

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Милош Р. Васовић

**КОНЦЕПТ СТВАРНОГ ВЛАСНИКА
ПРИХОДА У ПРАВУ МЕЂУНАРОДНИХ
ПОРЕСКИХ УГОВОРА**

докторска дисертација

Београд, 2024

UNIVERSITY OF BELGRADE
FACULTY OF LAW

Miloš R. Vasović

**THE BENEFICIAL OWNERSHIP CONCEPT IN
THE INTERNATIONAL LAW OF TAX
TREATIES**

Doctoral dissertation

Belgrade, 2024

Подаци о ментору и члановима комисије

Ментор:

Др Светислав Костић, ванредни професор Универзитета у Београду - Правног факултета.

Чланови комисије:

Др Дејан Поповић, професор емеритус Универзитета у Београду - Правног факултета.

Др Гордана Илић-Попов, редовни професор Универзитета у Београду - Правног факултета.

Др Саша Ранђеловић, редовни професор Економског факултета Универзитета у Београду

Датум одбране: _____

Изјава Захвалности

Пре свега, желим да изразим најдубљу захвалност свом ментору, проф. др Светиславу Костићу, који ме је водио кроз процес израде ове дисертације и својим саветима увек изводио на прави пут. Његова подршка, знање и стрпљење били су кључни у формирању мог истраживачког рада.

Захваљујем се и члановима Катедре за пореско право и јавне финансије, проф. др Гордани Илић-Попов и проф. емеритусу др Дејану Поповићу, на њиховом драгоценом доприносу и великој подршци током целог овог процеса. Захвалност дугујем и доц. др Милошу Милошевићу, мом ментору на мастер студијама, који је првенствено заслужан за то што сам заволео пореско право. Његово страствено предавање и вођење кроз материју су у великој мери обликовали мој академски интерес и усмерили ме ка даљем проучавању ове области.

Посебну захвалност дугујем колегама из иностранства који су, у тешком периоду пандемије корона вируса и затворених граница, омогућили да дођем до неопходне литературе коју нисам могао да набавим на други начин. Искрено се захваљујем проф. др Роберту Данону (Robert Danon) и његовом асистенту Бењамину Малеку (Benjamin Malek) са Правног факултета Универзитета у Лозани, чија је подршка била непроцењива, с обзиром на то да су ми слали радове најновијег издања у том моменту. Такође, захваљујем се др Блажеју Кузњацком (Blažej Kuźniacki), који ми је љубазно послао своју књигу најновијег издања о концепту стварног власника прихода без икакве накнаде, што је имало значајан утицај на моје истраживање. Посебно бих желео да поменем сада преминулог проф. др Франца Ванистендаела (Frans Vanistendael), који је био спреман да ми копира одређене књиге и пошаље их поштом, с обзиром да није постојала дигитална верзија. Велику захвалност дугујем и колегама са Института за аустријско и међународно пореско право у Бечу, који су ми омогућили приступ њиховој богатој библиотеци, као и прилику да присуствујем предавањима, семинарима, летњим школама и радионицама. Њихова подршка, како кроз размену литературе, тако и кроз образовне програме, значајно је допринела квалитету мог истраживања и обогаћивању знања. Несебична помоћ свих наведених људи обогатила је моју дисертацију и учинила је вреднијом.

Захваљујем се искрено др Јелени Костић, вишој научној сарадници Института за упоредно право у Београду на помоћи приликом израде докторске дисертације и корисним саветима, а која је Одлуком Научног већа Института за упоредно право број 343 од 22.04.2024. године именована за мог ментора на нивоу наведеног института.

На крају, неизмерно се захваљујем својој правничкој породици — мајци Татјани, оцу Радету и сестри Тамари — који су ме несебично подржавали током целог мог образовања. Без њихове љубави, разумевања и подршке, не бих био у могућности да достигнем ниво на којем се налазим данас.

Милош Р. Васовић

КОНЦЕПТ СТВАРНОГ ВЛАСНИКА ПРИХОДА У ПРАВУ МЕЂУНАРОДНИХ ПОРЕСКИХ УГОВОРА

Сажетак

Предмет докторске дисертације је анализа концепта стварног власника прихода из пореских уговора у вези са члановима уговора који регулишу дивиденде, камате и ауторске накнаде. Аутор у оквиру истраживања најпре наводи разлоге због којих постоји неуједначено разумевање појма, односно концепта стварног власника прихода, а што доприноси неуједначеној примени одредбе о стварном власнику прихода у оквиру пореских уговора, чиме се ствара правна несигурност. Осим тога, аутор указује и на постојање проблема интеракције теста основног циља и клаузула о ограниченим погодностима са једне стране и концепта стварног власника прихода из пореских уговора са друге стране. Циљ истраживања јесте изналажење јединственог међународног значења појма стварног власника прихода, као и давање препорука домаћем законодавцу у вези ефикасније примене домаће одредбе о стварном власнику прихода. Полазећи од претпоставке да је концепт стварног власника прихода потребно прилагодити, а његову дефиницију ускладити са савременим пореским трендовима које је првенствено успоставила OECD, а у циљу превенције злоупотребе пореских уговора, аутор је у раду применио историјски, упоредноправни, метод анализе садржаја, правно догматски, као и аксиолошки метод. У закључним разматрањима, аутор износи став да је одређене делове дефиниције OECD Коментара потребно додатно разјаснити и ускладити са глобалним променама у домену пореског права, а како би се примењивало јединствено међународно значење. На крају, како би се успоставила правна сигурност, и избегло преклапање са тестом основног циља и клаузулама о ограниченим погодностима, аутор препоручује да се усвоји концепт стварног власника прихода у антиабузивном светлу, тумачен формално-правно, односно рестриктивно, или алтернативно, да се прихвати, и додатно у том правцу продуби, концепт стварног власника као правило за приписивање прихода.

Кључне речи: концепт стварног власника прихода, уговори о избегавању двоструког опорезивања, пореска евазија, дивиденде, камате, ауторске накнаде, порез на добит по одбитку, тест основног циља, клаузуле о ограниченим погодностима.

Научна област: право

Ужа научна област: јавне финансије и пореско право

THE BENEFICIAL OWNERSHIP CONCEPT IN THE INTERNATIONAL LAW OF TAX TREATIES

Abstract

The subject of this dissertation is the analysis of the beneficial owner of income concept in double tax treaties, specifically regarding provisions that regulate dividends, interest, and royalties. The author presents the reasons for the inconsistent understanding of the term, or concept of the beneficial owner of income, which leads to uneven application of the provision on beneficial ownership in tax treaties, thereby creating legal uncertainty. Additionally, the author addresses the issue of the interaction between the principal purpose test and limitation on benefits clauses on one hand, and the concept of the beneficial owner of income in tax treaties on the other. The goal of the research is to establish a unified international meaning of the term "beneficial owner of income" and to provide recommendations to domestic lawmakers for the more effective application of the domestic provision on beneficial ownership in tax treaties. Based on the assumption that the concept of the beneficial owner of income needs to be adapted and the definition aligned with modern tax trends established by the OECD, with the aim of preventing the abuse of tax treaties, the author applied historical, comparative legal, content analysis, legal-dogmatic, and axiological methods in the research. In the concluding considerations, the author argues that certain parts of the OECD Commentary definition require further clarification and alignment with global changes in tax law, primarily initiated by the OECD, in order to implement a unified international meaning. Finally, to establish legal certainty and avoid overlap with the principal purpose test and limitation on benefits clauses, the author recommends adopting the concept of beneficial ownership in an anti-abuse context, interpreted in a formal (restrictive) manner. Alternatively, the concept of beneficial ownership could be accepted and further developed as an attribution of income rule.

Key words: the beneficial ownership of income concept, double tax treaties, tax avoidance and evasion, dividends, interest, royalties, withholding tax, principal purpose test, limitation on benefits clauses.

Scientific field: Law

Scientific subfield: Public Finances and Tax Law

САДРЖАЈ

УВОД.....	1
1. УВОДНО РАЗМАТРАЊЕ – ПРЕДМЕТ И ЦИЉ ДИСЕРТАЦИЈЕ.....	1
2. ОЧЕКИВАНИ РЕЗУЛТАТИ И НАУЧНИ ДОПРИНОС	3
3. ХИПОТЕЗЕ У ОСНОВИ ИСТРАЖИВАЊА.....	5
4. МЕТОДЕ КОЈЕ ЋЕ БИТИ ПРИМЕЊЕНЕ У ДИСЕРТАЦИЈИ.....	6
ДЕО ПРВИ.....	8
ПОЈАМ СТВАРНОГ ВЛАСНИКА ПРИХОДА	8
I. Појам стварног власника у домаћем праву држава које припадају англосаксонском правном систему	8
II. Појам стварног власника прихода у међународном пореском праву и његова еволуција до доношења OECD Модел-конвенције из 1977. године	10
1. Лига народа.....	10
2. Концепт стварног власника акција у првим пореским уговорима и прелаз на концепт стварног власника прихода	13
2.1. Стварно власништво над акцијама/уделима	14
2.2. Стварно власништво над приходима	15
3. Нацрт прве OECD Модел-Конвенције и њена ревизија	17
3.1. Радна група 21	18
3.2. Радна група 27	20
III. Еволуција концепта стварног власника прихода у оквиру OECD/УН Модел-конвенције и Коментара	22
1. Период пре 2003. године	22
1.1. Прва OECD Модел-конвенција	22
1.2. Извештај о проточним компанијама	23
1.3. OECD Извештај о штетном пореском надметању	25

1.4. Извештај о оспоравању користи из уговора	26
2. Период после 2003. године	28
2.1. OECD Модел-конвенција и Коментар из 2003. године	28
2.1.1. Опште измене Коментара са индиректним утицајем на концепт стварног власника	28
2.1.2. Ревизија концепта стварног власника прихода у оквиру Коментара	30
2.2. Разјашњење значења „стварног власника“ у OECD Модел-конвенцији	34
2.2.1. Коментари IBFD на предлоге нових ставова у оквиру новог ревидираног Коментара OECD	38
2.2.2. Коментари SIFMA асоцијације поводом предлога нових ставова за чланове 10-12 Модел-конвенције OECD	39
2.2.3. Коментари STEP удружења поводом предлога нових ставова за чланове 10-12 Модел-конвенције OECD	40
2.2.4. Коментари еминентних пореских стручњака поводом предлога нових ставова за чланове 10-12 Модел-конвенције OECD	41
2.2.5. Коментари компаније Deloitte поводом предлога нових ставова за чланове 10-12 Модел-конвенције OECD	42
2.3. Ревидирани предлози OECD за разјашњење значења појма стварног власника у члановима 10 – 12	45
2.4. Модел-конвенција OECD из 2014. године	47
2.5. Модел-конвенција OECD из 2017. године	49
3. Модел-конвенција УН 2017 и пратећи коментар	50
IV. Функција концепта стварног власника прихода у међународном пореском праву	52
1. Концепт стварног власника прихода као антибузивна мера	52
1.1. Аранжмани са пробирањем пореских уговора (treaty shopping)	52
1.1.1. Појам пробирања уговора	53
1.1.2. Врста аранжмана са пробирањем пореских уговора	56
1.1.2.1. Општа подела	56
1.1.2.2. Врсте аранжмана са пробирањем уговора са проточним компанијама	57
1.1.3. Начини сузбијања аранжмана са пробирањем уговора	62
1.2. Разлози приписивања антибузивне функције стварном власнику прихода	66
2. Концепт стварног власника као правило за приписивање прихода	71
3. Судска и административна пракса по основу функције одредбе о стварном власнику прихода	75
3.1. Италија	76
3.1.1. Првобитна административна пракса	76
3.1.2. Судска и каснија административна пракса	77
3.1.2.1. Интерпретација члана 10(4) пореског уговора између УК и Италије	77
3.1.2.2. Камате, дивиденде и камате од обвезница	78

3.1.2.3. Другостепено решење Регионалне пореске управе Италије	78
3.1.2.4. Првостепено решење Пореске управе Италије поводом пореског уговора између Италије и Немачке који садржи дефиницију стварног власника прихода.....	79
3.2. Шпанија	79
3.2.1. Стварно власништво прихода Менаџмент компаније.....	80
3.2.2. Стварно власништво прихода у случају играча клуба Реал Мадрид.....	80
3.2.3. Стварно власништво прихода у случају са Холдинг компанијом и крајњим акционаром	81
3.3. Доминантна функција концепта стварног власника у шпанској и италијанској административној и судској пракси	83
4. Сумирана историјска ретроспектива и еволуција функције концепта стварног власника у оквирима OECD и њен значај.....	84

ДЕО ДРУГИ 89

НЕУЈЕДНАЧЕНА ПРИМЕНА И ИНТЕРПРЕТАЦИЈА КОНЦЕПТА СТВАРНОГ ВЛАСНИКА ПРИХОДА..... 89

I. Дефиниција концепта стварног власника прихода	89
1. Дефиниција концепта стварног власника прихода у пореским уговорима	89
2. Правни карактер Коментара.....	90
3. Утицај дефиниције концепта стварног власника прихода из Коментара OECD на раније закључене пореске уговоре.....	95
II. Неуједначено тумачење појма стварног власника прихода по питању јединственог контекста	98
1. Члан 3 став 2 Модел-конвенције OECD	99
1.1. Аргументи у корист контекста који захтева другачије	101
1.1.1. Концепт стварног власника у контексту пореског ослобођења групе компанија.....	102
1.1.2. Стварни власник у контексту губитака	103
1.1.3. Стварни власник у контексту опорезивања трастова.....	104
1.2. Аргументи у корист примене домаћег права.....	106
2. Тумачење према којем се концепту стварног власника приписује јединствени међународни контекст	107
2.1. Јединствени међународни контекст стварног власника прихода који произлази из пореских уговора.....	108
2.1.1. Случај <i>Indofood</i>	111
2.1.1.1. Чињенице случаја.....	111
2.1.1.2. Судски поступак и пресуда.....	113
2.1.1.2.1. Првостепени поступак и пресуда.....	113

2.1.1.2.2.	Другостепени поступак и пресуда	114
2.1.1.3.	Да ли је пресуда апелационог суда у сагласности са верзијама Коментара из 2003. и 2014. године по питању међународног значења концепта стварног власника?....	116
2.1.1.4.	Значај <i>Indofood</i> пресуде	118
2.1.1.5.	Смернице Пореске управе УК по питању <i>Indofood</i> пресуде и међународног значења појма стварног власника	119
2.1.1.5.1.	Смерница број INTM332000: Захтеви за користима из пореских уговора: Стварно власништво	119
2.1.1.5.2.	Смерница број INTM504000: Уговори о избегавању двоструког опорезивања: Стварно власништво	122
2.1.2.	Случај <i>Prevost Car</i>	123
2.1.2.1.	Чињенице случаја	123
2.1.2.2.	Судски поступак и пресуда	124
2.1.2.2.1.	Првостепени поступак и пресуда	124
2.1.2.2.2.	Другостепени поступак и пресуда	126
2.1.2.3.	Да ли је пресуда Апелационог суда у сагласности са верзијама Коментара из 2003. и 2014. године по питању међународног значења концепта стварног власника ? ...	127
2.1.3.	Случај <i>Velcro Canada</i>	130
2.1.3.1.	Чињенице случаја	130
2.1.3.2.	Судски поступак и пресуда	131
2.1.3.3.	Да ли је пресуда Апелационог суда у сагласности са верзијама Коментара из 2003. и 2014. године по питању међународног значења концепта стварног власника?	133
2.1.3.4.	Значај канадских пресуда <i>Velcro Canada</i> и <i>Prevost Car</i>	134
2.1.4.	Остали случајеви	135
2.1.4.1.	Шпанија – Реал Мадрид	135
2.1.4.2.	Швајцарска – одлука Врховног суда из 2020. године	136
2.1.4.3.	Данска – општи принцип	137
2.1.5.	Закључак	139
2.2.	Јединствени међународни контекст стварног власника прихода у оквиру чланица Европске уније	140
2.2.1.	Појам пробирања директиве (Directive shopping)	140
2.2.2.	Концепт стварног власника у Европској унији	142
2.2.2.1.	Директива о Камати и ауторској накнади	142
2.2.2.1.1.	Концепт стварног власника у ситуацијама које укључују компаније	144
2.2.2.1.2.	Концепт стварног власника у ситуацијама које укључују сталне пословне јединице	146
2.2.2.2.	Јединствени контекст концепта стварног власника прихода у оквиру Европске уније	146
2.2.3.	Пресуда Суда правде Европске уније по питању стварног власника прихода	151

2.2.3.1.	Дански случајеви за које је затражена прелиминарна одлука Европског суда правде	151
2.2.3.1.1.	Случај C-116/16 <i>T Denmark</i> – порез по одбитку на дивиденде	153
2.2.3.1.2.	Случај C-117/16 <i>Y Denmark ApS</i> – порез по одбитку на дивиденде	155
2.2.3.1.3.	Случај C-115/16 <i>N Luxembourg I</i> – порез по одбитку на камате	156
2.2.3.1.4.	Случај C-118/16 <i>X Denmark A/S</i> – порез по одбитку на камате	157
2.2.3.1.5.	Случај C-119/16 <i>C Denmark I</i> – порез по одбитку на камате	159
2.2.3.1.6.	Случај C-299/16 <i>Z Denmark</i> – порез по одбитку на камате	160
2.2.3.2.	Питања која су дански судови упутили Суду правде Европске уније	160
2.2.3.2.1.	Питања везана за Директиву о филијали и матичној компанији	161
2.2.3.2.2.	Питања везана за Директиву о камати и ауторској накнади	164
2.2.3.3.	Мишљење општег пуномоћника поводом постављених питања националног суда	166
2.2.3.3.1.	Мишљење општег пуномоћника поводом случајева са дивидендама	166
2.2.3.3.2.	Мишљење општег пуномоћника поводом случајева са каматама	169
2.2.3.4.	Прелиминарна одлука Суда правде Европске уније	170
2.2.3.4.1.	Одлука поводом случајева са дивидендама	170
2.2.3.4.2.	Одлука поводом случајева са каматама	173
2.2.3.5.	Принцип забране злоупотребе одредаба пореских уговора као средство превенције деловања проточних компанија које нису стварни власници прихода	176
2.2.3.5.1.	Принцип забране злоупотребе као део пореских уговора	176
2.2.3.5.2.	Примена концепта стварног власника из пореских уговора који у себи садржи принцип забране злоупотребе одредаба пореских уговора	179
2.2.3.6.	Примена концепта стварног власника камате из пресуде Суда правде Европске уније и Директиве о камати и ауторској накнади на тумачење истог концепта који је део пореских уговора	181
2.2.3.6.1.	Први основ – примена члана 31.3.(ц) Бечке конвенције	182
2.2.3.6.2.	Други основ – примена члана 3 става 2 пореских уговора	183
2.2.3.6.3.	Трећи основ – примена принципа уједначене интерпретације Директива ЕУ	184
3.	Тумачење према којем се концепту стварног власника придаје домаће значење	185
3.1.	Примена домаће дефиниције концепта стварног власника прихода у Русији	187
3.2.	Примена домаће дефиниције концепта стварног власника прихода у Бразилу	191
3.3.	Примена домаће дефиниције концепта стварног власника прихода у Немачкој	193
3.4.	Примена домаће дефиниције концепта стварног власника прихода у осталим државама	196
III.	Неуједначено поступање националних судова поводом примене одредбе о стварном власнику прихода, уколико порески уговор не садржи поменућу одредбу	197
1.	Индиректна примена концепта стварног власника у оквиру уговора који не помиње појам стварног власника прихода	198

2. Директна примена концепта стварног власника у оквиру уговора који не помиње појам стварног власника прихода	200
2.1. Француска.....	200
2.2. Швајцарска	202
3. Одбијање примене одредбе о стварном власнику прихода уколико је порески уговор не помиње	204
IV. Неуједначена примена концепта стварног власника прихода према свом обиму.....	206
1. Теоријске разлике између формално-правног прилаза и прилаза „суштина изнад форме“ (економског прилаза).....	207
2. Да ли OECD Коментар подржава економску или формално-правну интерпретацију концепта стварног власника прихода?	208
2.1. Утицај дефиниције стварног власника у новијој верзији Коментара на формално-правну интерпретацију поменутог концепта	209
2.2. Утицај BEPS пројекта на формално-правну интерпретацију концепта стварног власника	211
3. Примена економске интерпретације концепта стварног власника у оквиру „суштина изнад форме“ од стране националних судова и пореских власти.....	212
3.1. Случај <i>Indofood</i>	213
3.2. Случај <i>The Bank of Scotland</i>	214
3.3. Случај <i>Carrefour</i>	215
3.4. Пракса швајцарских судова.....	216
3.5. Пракса осталих националних судова	216
4. Примена формално-правне интерпретације концепта стварног власника од стране националних судова и пореских власти	218
4.1. Случај <i>Prevost Car</i>	219
4.2. Случај <i>Velcro Canada</i>	220
4.3. Примена формално-правне интерпретације од стране других националних пореских власти.....	221
V. Како превазићи проблем неуједначене примене и интерпретације концепта стварног власника прихода?.....	222

ДЕО ТРЕЋИ..... 231

ОДНОС ОДРЕДБЕ О ТЕСТУ ОСНОВНОГ ЦИЉА И КЛАУЗУЛА О ОГРАНИЧЕНИМ ПОГОДНОСТИМА СА КОНЦЕПТОМ СТВАРНОГ ВЛАСНИКА ПРИХОДА 231

I. Одредба о тесту основног циља.....	231
1. BEPS пројекат и мултилатерални инструмент	231

2.	Опште карактеристике одредбе о тесту основног циља	233
2.1.	Водећи принцип (<i>the guiding principle</i>)	233
2.2.	Обим примене одредбе теста основног циља	235
2.2.1.	Први део дефиниције теста основног циља – утврђивање постојања погодности 235	
2.2.2.	Други део дефиниције теста основног циља – субјективни елемент	236
2.2.2.1.	Тест основаности (The Reasonableness Test).....	237
2.2.2.2.	„Један од основних разлога“	239
2.2.3.	Трећи део дефиниције одредбе о тесту основног циља – објективни елемент	240
3.	Одредба о тесту основног циља и концепт стварног власника прихода	243
3.1.	Разлике одредбе о тесту основног циља и концепта стварног власника прихода	243
3.1.1.	Правна природа концепта стварног власника у односу на тест основног циља	243
3.1.2.	Разлика у терету доказивања	245
3.1.3.	Разлика у последици примене теста основног циља и концепта стварног власника прихода	246
3.2.	Интеракција одредбе о тесту основног циља и концепта стварног власника прихода	249
3.2.1.	Интеракција формално-правно тумаченог концепта стварног власника и теста основног циља	253
3.2.2.	Интеракција економски тумаченог концепта стварног власника и теста основног циља	254
3.2.3.	Интеракција концепта стварног власника прихода као мере за приписивање прихода са тестом основног циља.....	256
II.	Клаузула о ограниченим погодностима	258
1.	Клаузуле о ограниченим погодностима из BEPS Акције 6 и MLI конвенције.....	258
2.	Однос клаузула о ограниченим погодностима и концепта стварног власника	260
2.1.	Правна природа концепта стварног власника у односу на клаузуле о ограниченим погодностима.....	260
2.2.	Предности и мане примене клаузула о ограниченим погодностима у односу на примену концепта стварног власника	261

ДЕО ЧЕТВРТИ..... 264

КОНЦЕПТ СТВАРНОГ ВЛАСНИКА ПРИХОДА У ПОРЕСКИМ УГОВОРИМА СА СРБИЈОМ И ПРЕДЛОГ КОНЦЕПТА СТВАРНОГ ВЛАСНИКА ПРИХОДА ЗА УСПОСТАВЉАЊЕ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ 264

I.	Концепт стварног власника прихода у Србији – питање контекста	265

II. Садржина и функција концепта стварног власника прихода у Србији	265
III. Зашто постоји потреба за дефинисањем појма стварног власника прихода у домаћем праву?274	
IV. Предлог концепта стварног власника прихода за успостављање правне сигурности	275

ЗАКЉУЧАК..... 282

ЛИТЕРАТУРА..... 286

Чланци и зборници	286
Књиге	291
Административна и судска пракса.....	292
Инострана судска и административна пракса	292
Домаћа судска и инострана пракса.....	295
Законодавство.....	296
Инсотрано законодавство	296
Домаће законодавство.....	298
Остали документи.....	299

Преглед коришћених скраћеница

BEPS	Base erosion and profit shifting
ЕУ	Европска унија
ЗПДПЛ	Закон о порезу на добит правних лица
ЗПДГ	Закон о порезу на доходак грађана
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
IFA	International Fiscal Organisation
КИК правила	Правила о контролисаним иностраним компанијама
КОП	Клаузуле о ограниченим погодностима
MLI Конвенција	Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS
ОЕЕС	Organization for European Economic Co-operation
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
ROI	Return on investment
САД	Сједињене Америчке Државе

СПЕУ	СПЕУ
SIFMA	Securities Industry and Financial Markets Association
STEP	The Society of Trust and Estate Practitioners
ТОЦ	Тест основног циља
УАЕ	Уједињени Арапски Емирати
УИДО	Уговор о избегавању двоструког опорезивања
УН	Уједињене нације
УК	Уједињено Краљевство

УВОД

I. УВОДНО РАЗМАТРАЊЕ – ПРЕДМЕТ И ЦИЉ ДИСЕРТАЦИЈЕ

Предмет дисертације јесте анализа концепта стварног власника прихода који је, првенствено путем напора OECD, постао део пореских уговора. Такође, предмет дисертације, у обиму који је потребан како би се боље свхватио концепт стварног власника прихода из пореских уговора, представља и анализа појма стварног власника из англосаксонског права. Предмет дисертације не представља концепт стварног власника у смислу прописа који регулишу спречавање прања новца и финансирање тероризма.

Првенствени циљ дисертације јесте утврђивање појма стварног власника прихода, са посебним освртом на еволуцију и функцију поменутог појма. У раду ћемо се пре свега фокусирати на еволуцију и преузимање концепта стварног власника из англосаксонског права у право међународних пореских уговора. Осврнућемо се и на развој концепта стварног власника прихода у оквиру међународног пореског права, почевши од рада Лиге народа на опорезивању права интелектуалне својине, конкретно патента и других ауторских права, 1928. године.¹ OECD је у оквиру Модел-конвенције OECD о избегавању двоструког опорезивања дохотка и имовине из 1977² поменула термин стварног власника прихода са нешто мањом разрадом у пратећем Коментару Модел-конвенције OECD (у даљем тексту: Коментар).³ Од тог момента су државе континенталног права почеле да прихватају концепт стварног власника у оквиру националног законодавства као идејно решење са даљом разрадом или без ње. Србија је наведени концепт усвојила, али исти није дефинисала.⁴ Значајније промене за концепт стварног власника у оквирима OECD су се десиле 2003. и 2014/17. године ревизијом Коментара Модела пореске конвенције за доходак и имовину OECD 2003 и 2014/17. Током еволуције која је трајала неколико деценија, концепт стварног власника је мењао и своју функцију, од правила о приписивању прихода ка антибузивној мери.

Даљи циљ истраживања аутора, кроз праксу националних судова и пореских органа, јесте да укаже на неуједначену примену и интерпретацију концепта стварног власника прихода из пореских уговора, као и да предложи мере које су потребне да се поменути проблеми око примене и интерпретације једног истог појма превазиђу. Наиме, Коментар Модел-конвенције OECD (у даљем тексту: Коментар), као ни Коментар Модел-конвенције УН о избегавању двоструког опорезивања између развијених земаља и земаља у развоју⁵ није правно обавезујући за државе, међутим, из одредбе члана 31 става 1 Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године (даље: Бечка конвенција), по којој се уговор мора тумачити добронамерно, могу се даље извлачити закључци у погледу тога да ли један правно

¹ Richard Vann „Beneficial ownership: what does history (and maybe policy) tell us“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Netherlands 2013, 268-269.

² У наредном делу текста, одговарајуће верзије Модел-конвенције OECD аутор ће наводити као Модел-Конвенција OECD са навођењем године њеног издања (нпр. Модел-конвенција OECD 1977).

³ Dietmar J. Aigner, „The concept of beneficial ownership“, *The taxation of savings interest income in the European capital market* (eds. Dietmar J. Aigner et al.), Linde, Wien 2006, 101.

⁴ На пример: Чл. 40а, ст. 1. ЗПДПЛ.

⁵ У наредном делу текста, одговарајуће верзије Модел-конвенције УН аутор ће наводити као Модел-конвенција УН са навођењем године њеног издања (нпр. Модел-конвенција УН 2017).

необавезујући инструмент попут Коментара Модел-конвенције OECD, може постати извор правне обавезе посредством концепта заштите легитимних очекивања и неких других концепата, попут *estoppel-a*, произашлих из принципа *bona fide*.⁶ С обзиром на то да Модел-конвенција OECD/УН не садржи дефиницију стварног власника, као ни већина пореских уговора, а једини значајнији извор дефиниције јесте Коментар, јављају се проблеми у пракси око интерпретације оних чланова пореских уговора којима се уређује опорезивање дивиденди, камата и ауторских накнада, што доводи до неуједначене примене одредбе о стварном власнику прихода. Затим, постоји неуједначено тумачење појма стварног власника прихода по питању јединственог контекста, па тако, ослањајући се на члан 3 став 2 пореских уговора који прате структуру OECD Модел-конвенције, националне пореске и судске власти, појму стварног власника прихода који није дефинисан у пореским уговорима, приписују значење из домаћег права или међународно јединствено значење. Битно је нагласити и да националне пореске и судске власти примењују концепт стварног власника из пореских уговора у рестриктивнијем или ширем обиму. Оваква различита тумачења, као и примена, једног истог појма из пореских уговора може довести до нарушавања правне сигурности.

Са BEPS Акцијом⁶⁷ и Мултилатералном конвенцијом за имплементацију мера везаних за пореске уговоре за спречавање ерозије пореске основице и премештања добити (енг.: Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting – даље: MLI конвенција)⁸, модификовани порески уговори сада садрже одредбу о тесту основног циља (енг.: Principle purpose test – даље: ТОЦ) и клаузуле о ограниченим погодностима (енг.: Limitation of benefits clauses – даље: КОП), али се не помиње конкретнији однос између наведених одредаба и концепта стварног власника прихода. Један од циљева ове дисертације јесте постављање јасне везе и интеракције између ТОЦ и КОП са једне стране и одредбе о стварном власнику прихода са друге стране, као и давање предлога о бољој усклађености и примени поменутих одредаба, а у циљу боље заштите фискалних интереса.

Крајњи циљ јесте да законодавцу и Министарству финансија Републике Србије укажемо на важне пропусте у вези са применом одредбе о стварном власнику прихода у оквиру пореских уговора где је Србија потписница. Због пропуста у примени и неусклађене интерпретације концепта стварног власника прихода од стране домаћих пореских и судских органа, порески обвезници са већом лакоћом могу да докажу статус стварног власника прихода што може бити супротно реалном чињеничном стању. Аутор ће настојати да предложи дефиницију која би била усклађена са јединственим и логичним значењем концепта стварног власника прихода и у складу са званичним OECD Коментаром.

Предмет ове дисертације је првенствено анализа OECD документа који се тичу концепта стварног власника прихода, а у одређеној мери и Модел-конвенција УН и пратећи Коментар, с обзиром на то да је поменути појам први пут примењен у првој OECD Модел-конвенцији 1977. године и касније, у оквиру пратећег OECD Коментара, допуњаван у циљу разјашњења и прецизније дефиниције. Са друге стране, УН су тек касније преузеле појам стварног власника, а у оквиру пратећег и званичног Коментара од 2017. године нису пружиле детаљнију дефиницију попут дефиниције која стоји у Коментару Модел-конвенције OECD 2014/17. С обзиром на то да је утицај OECD у овом пољу много већи, и да су државе првенствено усвајале концепт стварног власника прихода ослањајући се на Модел-конвенцију OECD 1977, јер се

⁶ Дејан Поповић, Светислав В. Костић, *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања – правни оквир и тумачење*, Sekos In, Београд 2009, 32.

⁷ Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, OECD/G20 BEPS Action 6: Final Report, 2015. Више о BEPS Акцији 6 вид.: ДЕО ТРЕЋИ, I.

⁸ Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, OECD, Paris, 2016. Више о овој конвенцији вид.: ДЕО ТРЕЋИ, I.

дефиниција поменутог концепта у том моменту могла наћи једино у документима OECD, рад УН на овом пољу аутор неће анализирати у већем обиму.

II. ОЧЕКИВАНИ РЕЗУЛТАТИ И НАУЧНИ ДОПРИНОС

Пре свега, супстантивни допринос науци видимо у свеобухватности анализе концепта стварног власника прихода и његовог неуједначеног разумевања и примене. Истраживање поменутог аспекта предложене теме је од великог значаја ако се узму у обзир актуелна дешавања на глобалном нивоу, а у циљу спречавања злоупотребе уговора. BEPS Акција 6 за главни циљ има спречавање аранжмана о пробирању пореских уговора (енг: treaty shopping), али одредба о стварном власнику у наведеној акцији није разрађена. Такође, чланови пореских уговора којима се уређује опорезивање дивиденди, камта и ауторских накнада су могли бити модификовани путем MLI конвенције, али ни то се није остварило. Овим истраживањем желимо да покажемо да наведена неуједначена примена и интерпретација одредбе о стварном власнику може да се превазиђе и да одредба о стварном власнику не може у потпуности бити занемарена тако што би се искључиво примењивао ТОЦ или самостално КОП. Потребно је радити на усавршавању концепта стварног власника и на дефиницији истог, а не на његовом замењивању другим антиабузивним мерама које такође могу имати своје недостатке. Усавршавање концепта стварног власника видимо у јаснијој дефиницији у оквиру антиабузивног оквира, или алтернативно, повратку првобитној функцији концепта стварног власника, односно простом правилу за приписивање прихода. Другим речима, потребно је овом концепту дати јасан смисао у оквиру структуре савременог међународног пореског права.

Ревизије Коментара OECD из 2003. и 2014. године потврђују постојање јединственог међународног контекста одредбе о стварном власнику прихода из пореских уговора.⁹ Међутим, јединствени контекст се може наћи у оквиру дефиниције у Коментару, која поводом одређених питања није најјаснија. Према томе, услед недовољно јасне дефиниције поменутог концепта, пореске власти могу прибегавати најекстремнијим тумачењима која се заснивају на тумачењима њихових домаћих антиабузивних правила. Такође, услед недовољно јасне природе концепта стварног власника прихода, пореске власти могу примењивати поменути концепт као антиабузивну меру или као меру за приписивање прихода. Даље, како у пореским уговорима и Модел-конвенцији OECD/УН наведени концепт није дефинисан, пореске власти нису у обавези да се у својим одлукама позивају на дефиницију стварног власника која се једино може наћи у Коментарима поменутих Модел-конвенција. Чак и уколико се пореске или судске власти позивају на OECD/УН Коментар, врло је вероватно да ће тумачење бити неуједначено с обзиром на то да званични Коментар у одређеним деловима дефиниције није потпуно јасан што може довести до неједнаке интерпретације. Услед овакве неуједначене примене, нарушава се начело правне сигурности. Овим истраживањем желимо да допринесемо истој. Уколико би концепт стварног власника био дефинисан у пореским уговорима, или алтернативно, јасније дефинисан у оквиру Коментара, правна несигурност би потенцијално била превазиђена.

⁹ Robert Danon, "The Beneficial Ownership Limitation in Articles 10, 11 and 12 OECD Model and Conduit Companies in Pre – and Post-BEPS Tax Treaty Policy: Do We (Still) Need It?", *Current Tax Treaty Issues* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam, 2020a, 596.

Дакле, приликом увођења ТОЦ и КОП није јасно указано на њихову међусобну интеракцију и везу са одредбом о стварном власнику прихода. ВЕРС Акција 6 назначава да прво треба применити КОП за сузбијање аранжмана о пробирању пореских уговора, па ако оне нису довољне да спрече одређени аранжман, примениће се ТОЦ у делу који није покривен поменутим клаузулама. Међутим, ако је исти аранжман покривен одредбом о ТОЦ/КОП и одредбом о стварном власнику, поставља се питање да ли прве две наведене одредбе искључују примену одредбе о стварном власнику или је обрнуто. Допринос овог рада видимо пре свега на указивању и решавању проблема недефинисане интеракције између наведених одредаба. Даље, у релевантној литератури поставља се питање да ли је одредба о стварном власнику општа или специјална антибузивна мера. Аргументовано желимо да допринесемо бољем разумевању одредбе о стварном власнику као специјалне антибузивне мере у односу на ТОЦ и КОП.

За разлику од континенталног права где је власништво интегрално, концепт стварног власништва из чл. 10–12 Модел-конвенције ОЕЦД/УН подразумева постојање економског и правног титулара права над приходима. Закон о порезу на добит правних лица¹⁰ (даље: ЗПДПЛ) и Закон о порезу на доходак грађана¹¹ (даље: ЗПДГ) не дефинишу стварног власника прихода, а Министарство финансија Републике Србије се у својим мишљењима придржава континенталне правне традиције и стварног, односно економског власника фактички поистовећује са формалним власником прихода. Изузетак можемо видети у мишљењима¹² из 2021. године која се односе на ауторска права где се указује да стварни власник ауторског права не мора бити и стварни власник прихода, међутим, докази који се према тим мишљењима захтевају од примаоца прихода нису довољни да се разграниче стварни и формални власник ауторске накнаде. На овај начин, концепт стварног власника губи антибузивну функцију коју му Коментар из 2014/17. године даје. Допринос овог рада видимо у формулисању адекватних предлога за примену, и на нивоу Републике Србије, најбољих законских и практичних решења у вези са концептом стварног власника, а до којих је могуће доћи након спроведене упоредноправне анализе. Услед бољег разумевања упоредноправне праксе, домаћа пореска администрација уз подршку Министарства финансија, могла би ефикасније да користи одредбу о стварном власнику, а ради спречавања злоупотребе уговора и пореских уштеда на уштрб буџета Републике Србије.

У циљу спречавања злоупотребе уговора и пореске уштеде у ситуацијама где је Србија једна од потписница пореског уговора, овај рад може утицати на законодавца да дефинише одредбу о стварном власнику прихода у оквиру ЗПДПЛ и ЗПДГ, или да Министарство финансија донесе мишљење које је у складу са дефиницијом датом у Коментару ОЕЦД у циљу успостављања правне сигурности. У крајњем случају, уколико би регулатива поводом стварног власника прихода у поменутим законима остала непромењена, Управни суд Србије би,

¹⁰ Закона о порезу на добит правних лица - ЗПДПЛ, (*"Службени гласник РС"*, број 25/01, 80/02 - др. закон, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14 - др. закон, 142/14, 91/15 - др. пропис, 112/15, 113/17, 95/18, 86/19, 153/20, 118/21).

¹¹ Закон о порезу на доходак грађана – ЗПДГ, *Службени гласник РС*, број 24/01, 80/02 - др. закон, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06 - исправка, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11 - УС, 93/12, 114/12 - УС, 47/1, 48/13 - исправка, 108/13, 57/14, 68/14 - др. закон, 112/15, 113/17, 95/18, 86/19, 153/20, 44/21, 118/21, 138/22, 92/23) Пречишћен текст закључно са изменама из „Службени гласник РС“ број 118/21 које су у примени од 01/01/2022 (измене у чл.: 9, 15а, 21в, 21д, 21е, 21ж, 51, 72, 72а, 74, 75, 79а, 79б, 87, 88, 95, 97, 99, 109); - осим чл.: 21з, 21и - у примени од 01/03/2022.

¹² Вид.: Мишљење Министарства финансија бр. 011-00-439/2021-04 од 11.6.2021. године, Билтен, Република Србија Министарство финансија, службена објашњења и стручна мишљења за примену финансијских прописа, број 7-8 година LXI, јул-август 2021; и Мишљење Министарства финансија бр. 011-00-867/2021-04 од 3.12.2021. године, Билтен, Република Србија Министарство финансија, службена објашњења и стручна мишљења за примену финансијских прописа, број 12 година LXI, децембар 2021. Ова мишљења су детаљније разрађена у оквиру четвртог поглавља.

такође, могао да примењује дефиницију из Коментара Модел-конвенције OECD 2017 и тиме успостави нову праксу по питању тумачења одредбе о стварном власнику прихода.

III. ХИПОТЕЗЕ У ОСНОВИ ИСТРАЖИВАЊА

1. Почетна хипотеза јесте непостојање уједначеног разумевања појма, односно концепта стварног власника прихода што доводи до неуједначене примене одредбе о стварном власнику прихода у оквиру пореских уговора, чиме се ствара правна несигурност. Појам стварног власника потиче из посебне гране енглеског права (equity law), што га чини неразумљивим за државе које припадају систему континенталног права. Појам стварног власника прихода је саставни део пореских уговора (налазимо га у одредбама којима се уређује опорезивање дивиденди, камата и ауторских накнада), али је исто тако и део националних законодавстава различитих држава где је различито дефинисан. Међутим, појам стварног власника у већини случајева није ближе дефинисан у самим пореским уговорима, већ је то препуштено Коментару Модел-конвенције OECD/УН чији је правни статус у најмању руку упитан. Појам стварног власника прихода је постао део и домаћих законодавстава бројних држава, при чему га ни оне често нису ближе дефинисале, а најбољи пример јесте српско пореско законодавство, односно члан 40а ЗПДПЛ и члан 107а ЗПДГ.

С обзиром да у свету имамо неуједначена и различита тумачења једног истог појма, начело правне сигурности би налагало да се овакво стање исправи и да би концепт стварног власника у оквиру барем уговорног међународног пореског права морао да има једнообразно значење, што би се могло постићи јаснијом и универзалном дефиницијом. За установљавање примера такве дефиниције се можемо на првом месту послужити већ постојећим изворима, првенствено из Коментара Модел-конвенције OECD/UN. **Оно што је у овом моменту потребно, јесте примена дефиниције појма стварног власника прихода како је дефинисано у Коментару Модел-конвенције OECD из 2014/17. године, са додатним разграничењем са ТОЦ и КОП, као и са јаснијим дефинисањем његове функције и обима тумачења. Рестриктивна интерпретација је потребна, а у складу са истом, потребно је тренутно јасније дефинисати одређене делове дефиниције у циљу веће објективности и лакше примене, а на основу уочених проблема у практичном тумачењу и одређених претходних предлога поводом разјашњења концепта стварног власника из 2011. године, који тада нису узети у обзир. Алтернативно, услед примене ТОЦ и КОП, може се у обзир узети дефиниција из Коментара из 1977. године где је концепту стварног власника иницијално била дата функција правила за приписивање прихода, али у оквиру опширније дефиниције како би се смањио простор за неуједначену примену и интерпретацију. Усвајањем једне од поменуте две дефиниције, правна несигурност би у великом била отклоњена.**

2. Уколико концепт стварног власника прихватамо као антиабузивно средство, постоје два типа тумачења поменутог концепта према обиму примене, формално-правни, односно рестриктивни (енг.: formal/narrow interpretation) и економски, односно шири тип тумачења (енг.: economic/broad interpretation). У светлу примене ТОЦ и КОП и даље постоји потреба за применом концепта стварног власника прихода који би се тумачио рестриктивније. Концепт какав сада постоји у Коментару, уколико се схвати као специјална антиабузивна мера у оквиру рестриктивне интерпретације, не би требало да буде замењен са ТОЦ и КОП. До момента дефинисања интеракције ТОЦ и концепта стварног власника од стране OECD, коегзистенција ове две норме, уколико се поменути концепт тумачи рестриктивније, је за сада

неопходна, односно поменуте мере су комплементарне. КОП и концепт стварног власника, уколико се тумачи рестриктивније, имају карактер специјалних антиабузивних мера које се не преклапају јер захтевају испитивање различитих објективних чињеница. Поновимо, наведена потреба и даље постоји, с тим да је проблем у томе што приликом увођења ТОЦ и КОП није јасно указано на њихову међусобну интеракцију и везу са концептом стварног власника. BEPS Акција 6, Коментар или други помоћни документи, не дају конкретно објашњење интеракције и везе између ТОЦ или КОП са једне и појма стварног власника са друге стране, што може довести до правне несигурности. **Такође, у светлу примене ТОЦ и КОП, постоји потреба да се концепту стварног власника, као алтернатива антиабузивној функцији, врати првобитан карактер одредбе за приписивање прихода, који не би био у супротности са наведеним антиабузивним мерама.**

3. Услед неуједначеног тумачења одредбе о стварном власнику из норми пореских уговора којима се уређује опорезивање дивиденди, камата и ауторских накнада, а у циљу заштите домаћих фискалних интереса, у српском пореском праву постоји потреба за дефинисањем стварног власника прихода из чл. 40а ЗПДПЈ и чл. 107а ЗПДГ, а у складу са јединственим међународним пореским значењем овог појма, с обзиром на то да домаћи закони уводе услов стварног власништва над приходима, али због непостојања дефиниције долази до неразумевања поменуте одредбе од стране домаћих пореских и судских власти. Наведене околности могу довести до лаког заобилажења примене поменуте одредбе од стране пореских обвезника, што би могло резултирати губитком пореских прихода. Алтернативно, потребно је да Министарство финансија донесе мишљење, или да Управни суд Србије обликује управну и судску праксу, а у складу са дефиницијом појма стварног власника из Коментара за чланове 10–12 Модел-конвенције OECD, где би се концепту стварног власника прихода приписало јединствено међународно значење. На тај начин Пореска управа у Србији би ефикасније могла да примењује наведену антиабузивну меру, што тренутно не чини. Посматрајући тренутно законодавно решење поводом појма стварног власништва над приходима, порески обвезници не знају шта могу да очекују од пореске администрације, јер је примена поменутог појма подложна разним тумачењима, чак и од стране самог Министарства финансија, што може да доведе до правне несигурности.

IV. МЕТОДЕ КОЈЕ ЋЕ БИТИ ПРИМЕЊЕНЕ У ДИСЕРТАЦИЈИ

1. Историјски метод:

Применом историјског метода осврнућемо се на то како је концепт стварног власника, као део англосаксонског права, постао део пореских уговора. Такође, наведени метод послужиће нам да откријемо како се концепт стварног власника развијао у оквиру Модел-конвенције OECD као и разлог зашто су 2003. и 2014. година постале врло значајне за концепт стварног власника. Укратко, 2003. године, ревизијом Коментара променила се улога концепта стварног власника прихода у антиабузивну, са нешто већом разрадом него што је то била у претходним верзијама Коментара, док са друге стране, промене Коментара које нису биле везане за чланове 10-12 Модел-конвенције OECD, индиректно су утицале на интерпретацију поменутог концепта. Након тога, ревизија Коментара Модел-конвенције OECD 2014 је у великој мери утицала на јасније дефинисање и схватање концепта стварног власника, где су разјашњења одређена, али не сва, спорна питања.

2. Упоредноправни метод:

Упоредноправним методом служићемо се како бисмо истражили национална законодавна решења, а поводом појма стварног власника прихода. Пре свега, осврнућемо се на појам стварног власника у државама које примењују англосаксонско право, и који није део пореских закона, а како бисмо направили разлику од концепта стварног власника прихода из пореских уговора. Затим, упоредноправни метод ће нам послужити да истражимо националне законодавне одредбе о стварном власнику прихода из пореских закона, а које су у већој или мањој мери усаглашене са дефиницијом поменутог концепта из Модел-конвенције OECD и пратећег Коментара или нису усаглашене уопште.

3. Метод анализа садржаја:

Овај метод користићемо да бисмо приказали како национални судови и порески органи примењују и тумаче концепт стварног власника из пореских уговора, у ком правцу примењују члан 3(2) пореских уговора који одговара чл. 3(2) Модел-конвенције OECD, а у сврху тумачења чланова којима се уређује опорезивање дивиденди, камата и ауторских накнада и какво опхођење имају према Коментару у којем је једино дата дефиниција стварног власника прихода. Такође, посветићемо се и истраживању концепта стварног власника у Европском законодавству са посебним освртом на пресуде Суда правде Европске уније. Поменута тумачења националних судова и пореских органа, упоредићемо са дефиницијом и логиком концепта стварног власника прихода из Модел-конвенције OECD и пратећег Коментара, како бисмо утврдили да ли постоји усклађеност.

4. Правно догматски метод:

Правно догматски метод користићемо како бисмо указали на законодавна решења која постоје у домаћим законима, а поводом појма стварног власника прихода. Наиме, применом поменутог метода, осврнућемо се на Закон о порезу на добит правних лица и Закон о порезу на доходак грађана, који захтевају да порески обвезник, поред сертификата о резидентности, докаже и да је стварни власник прихода који прима.

5. Аксиолошки метод:

С обзиром на то да аксиолошки метод служи за утврђивање и испитивање вредносних ставова, исти ћемо користити како бисмо критички сагледали законско решење садржано у чл. 40а ЗПДПЛ и чл. 107а ЗПДГ као и мишљења Министарства финансија која обавезују Пореску управу Републике Србије да по истим поступају. Преиспитаћемо да ли су примена и тумачење концепта стварног власника у српском пореском праву у сагласности са сврхом која је приписана концепту стварног власника од стране твораца Модел-конвенције OECD. Уколико је одговор на пређашње питање одричан, аксиолошким методом вредноваћемо бројна упоредноправна решења. Упознавање начина на који национални судови приступају проблему интерпретације и примене концепта стварног власника, као и упознавање законских дефиниција одредбе о стварном власнику, пружиће упориште за предлагање најадекватнијег решења у српском пореском законодавству, а које се тиче спречавања нелегитимних пореских уштеда и злоупотреба уговора.

ДЕО ПРВИ

ПОЈАМ СТВАРНОГ ВЛАСНИКА ПРИХОДА

V. Појам стварног власника у домаћем праву држава које припадају англосаксонском правном систему

Концепт стварног власника се први пут појавио у англосаксонском праву, односно прецизније у државама Комонвелта,¹³ у којима термин стварног власника није нужно подразумевао и правног власника.¹⁴ Израз својина користи се у англосаксонском праву у широком спектру значења и под наведеним појмом подразумевају се ствари, затим различита права¹⁵ на стварима, поједини или чак сваки интерес на стварима или интереси који нису непосредно везани за ствари.¹⁶

У земљама континенталног права наведена права и овлашћења су груписана у једној личности и право својине је интегрално, апсолутно и недељиво, док у системима англосаксонског права више субјеката на истој ствари има комплекс овлашћења, могућности и захтева.¹⁷ Разлику можемо најлакше видети у оквиру институције траста (енг.: trust) која постоји у англосаксонском праву, где трасти (енг.: trustee)¹⁸ према трећим лицима иступа као правни власник, а бенефицијар (енг.: beneficiary), односно власник користи, има положај идентичан економском власнику ствари.¹⁹ Временски гледано, траст се као институција први пут појавила у 14. веку у Енглеској, у оквиру институције *use*.²⁰ Наиме, термин правног власника се односио на лице које је уживало својинска права, док се концепт стварног власника односио на лице које није морало нужно да има право својине али је руководило имовином као да је његова, односно извлачио је економске користи.²¹ У оквирима домаћег енглеског права, траст није био део основе *common law* права, већ је припадао *equity* праву које је настало делатношћу Канцеларијског суда (енг.: Court of Chancery).²² Након укидања Канцеларијског суда, посебним Актом о судовима (1873 – 1875), права из траста остваривала су се пред свим

¹³ Концепт стварног власника, први пут се појављује у праву Уједињеног Краљевства, Аустралије и Канаде.

¹⁴ Marcin Zuk, „The Beneficial ownership concept in tax treaties“, *Limits to tax planning* (eds. Michael Lang et al.), Linde, Wien 2013, 311.

¹⁵ Сва права чине својину у ширем смислу (енг.: property): право својине, закупа, службености, залоге, грађења и слично, вид.: Рајко Јелић, „Својина у англосаксонском праву“, *Правни живот* 10/2000, 165.

¹⁶ *Ibid.*, 156.

¹⁷ *Ibid.*, 149 и 167.

¹⁸ Управник траста.

¹⁹ Р. Јелић, 154.

²⁰ Tomislav Karlović, „Fiducijarni prijenos vlasništva i trust - uvodna razmatranja o mogućnosti primjene Haške konvencije o pravu mjerodavnom za trust i o njegovom priznavanju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 55 br. 3, 2018, 580.

²¹ М. Zuk, 311.

²² Т. Karlović, 590 – 591.

судовима.²³ Не постоји општи споразум у правној науци које су карактеристике траста, с обзиром на то да постоји више закона који парцијално уређују питање траста, а и такви закони се често мењају, затим постоје разлике у судској пракси, као и различите теорије о трасту.²⁴ Уједињено Краљевство (даље: УК) је у оквиру закона имало одредбу стварног власника али је њену дефиницију извлачило из судске праксе.²⁵²⁶ Међутим, Карловић истиче да постоје истакнуте дефиниције које су опште прихваћене попут оне Андерхилове (Underhill) у којој се наводило да је обавеза утужива према *equity* праву обавезивала особу која се назива трасти да користи имовину траста, која је одвојена од трастијеве личне имовине, чији је власник за добробит особа које се називају бенефицијарима.²⁷ Својинска овлашћења обухватају држање, убирање плодова и располагање, а из примера са институтом траста видимо да англосаксонско право допушта могућност раздвајања управљања и коришћења исте ствари, тако да припадају различитим лицима.²⁸ У истом примеру, трасти би се квалификовао као правни, а бенефицијар као стварни власник. По Торенсовом систему регистрације права, постоје три принципа на којима наведени систем почива, а један од њих подразумева да се стварни економски власници не виде из регистра, односно да остају скривени „иза завесе“,²⁹ што је класичан пример траста.

На овом месту вредно је споменути и Хашку конвенцију о праву меродавном за траст и о његовом признавању (даље: Хашка конвенција), која је усвојена 1985. године, а ступила је на снагу 1992. године.³⁰ Ова конвенција за сада има 16 потписника, али није у свим државама успешно ратификована.³¹ Међу државама које су ратификовале Хашку конвенцију, налазе се и Швајцарска, Италија и Холандија, које припадају кругу држава које примењују континентално право.³² Конвенција пре свега дефинише траст као правни однос који настаје за живота или после смрти једног лица (енг.: settlor), где се имовина ставља под контролу трастија у корист бенефицијара.³³ Хашка конвенција у правни систем државе потписнице не уводи траст с обзиром на то да она не садржи материјално правне норме, већ само процесно правне, у првом реду колизионе норме.³⁴ На овај начин, судови држава које припадају континенталном праву, уколико би решавали спорове који се односе и на трастове, применом Хашке конвенције добијају јасну дефиницију траста као и колизионе норме које упућују на меродовно право за трастове, као и у чему се састоји признавање трастова.³⁵ Већина потписница припадају англосаксонском систему права. Једна од потписница је и Аустралија која разликује формално и правично власништво (енг.: legal and equitable ownership) које, у случају траста, може бити раздвојено.³⁶ На овом месту се нећемо много задржавати на домаћем

²³ *Ibid.*, фуснота 54.

²⁴ *Ibid.*, 591.

²⁵ Један познатији случај који је обликовао судску праксу вид.: Case 45 TC 112 Wood Preservation Ltd. v Prior (H.M. Inspector of Taxes) [1966-1969], преузето 1, јуна 2020, са адресе https://library.cronerico.uk/cch_uk/btc/45-tc-112

²⁶ M. Zuk, 311–312.

²⁷ T. Karlović, 591 – 592.

²⁸ P. Јелић, 154 и 165.

²⁹ Милош Живковић, *Право регистра непокретности општи део*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво, Београд 2020, 47.

³⁰ Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition, Hague, 1985.

³¹ Стање потписника и земаља које су ратификовале ову конвенцију преузето 16.3.2022 са адресе <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=59>

³² T. Karlović, 596.

³³ Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition, Hague, 1985, чл. 2.

³⁴ T. Karlović, 597.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Angelika Meindl-Ringler, *Beneficial ownership in international tax law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016, 122.

праву држава које примењују англосаксонски систем права с обзиром на то да ће о томе бити више речи у делу који је везан за стварно власништво у домаћим правима ових држава.

Дакле, појам стварног власника можемо наћи у историји англосаксонског права у оквиру института траста. Траст је у суштини правна форма регулисања одређених имовинско правних односа, где се титула формалног власника додељује једном лицу, док се титула економског, односно стварног власника додељује лицу за чији рачун је траст и основан, а то је бенефицијар. Поновимо, институт траста није својствен државама које припадају групи земаља које примењују континентално право утемељено на традицији римског права.³⁷

VI. Појам стварног власника прихода у међународном пореском праву и његова еволуција до доношења OECD Модел-конвенције из 1977. године

1. Лига народа

Концепт стварног власника прихода је први пут уведен у оквиру Модел-конвенције OECD 1977. године,³⁸ која није садржала дефиницију стварног власника, а Коментар је само ограничено помињао наведени термин без већег појашњења.³⁹ У оквиру овог поглавља, видећемо да ли је пре ступања на снагу Модел-конвенције OECD 1977, концепт стварног власника прихода постојао у нацртима модел-конвенција Лиге народа. Конкретније, Лига народа је радила на изради нацрта универзалне модел-конвенције. Рад Лиге народа на нацртима својих модел-конвенција је у одређеној мери значајан из разлога што се у то време већ стварала свест о томе да директни прималац прихода не мора у исто време и бити лице коме наведени приход заиста и припада. Такође, видећемо да ли се концепт стварног власника, или сличан појам, у периоду када је Лига народа радила на изради нацрта модел-конвенција, појављивао у неким већ закљученим пореским уговорима.

Лига народа је увидела проблем двоструког опорезивања када су порези на доходак током Првог светског рата постали врло битни, јер су огромна национална новчана средства у току рата била потрошена.⁴⁰ Велики утицај на форму данашњих пореских уговора имали су радови Финансијског комитета и Фискалног комитета Лиге народа.⁴¹ Финансијски комитет Лиге Народа је 1923. године објавио Извештај о двоструком опорезивању са навођењем економских последица таквог опорезивања.⁴² Даље, Финансијски комитет је окупио тим експерата са

³⁷ T. Karlović, 590.

³⁸ D. J. Aigner, 101.

³⁹ Chris J. Finnerty, Paulus Merks, Mario Petriccione, Raffaele Russo (ed.), *Fundamentals of international tax planning*, IBFD, Amsterdam 2007, 229.

⁴⁰ Richard J. Vann, Victor Thuronyi (ed.), *Tax law design and drafting*, Volume 2, International Monetary Fund, Washington 1998, поглавље 18, 5.

⁴¹ Romi Irawan „Historical development of the OECD's work on treaty abuse“, *Preventing treaty abuse* (eds. Daniel W. Blum et al.), Linde, Wien 2016, 24-25.

⁴² *Ibid.*

циљем налажења решења у смислу спречавања двоструког опорезивања и пореске евазије.⁴³ На предлог експерата, формиран је Фискални комитет, који је до 1939. године радио на нацртима неколико модел-конвенција ради спречавања двоструког опорезивања и пореске евазије.⁴⁴ Проистекла су два нацрта модел-конвенција и то 1943. године под називом „Мексички Нацрт“ и 1946. године под називом „Лондонски Нацрт“.⁴⁵ Из тих Нацрта, OECD је наставила рад на развоју одговарајуће модел-конвенције.⁴⁶ Конкретније, 1955. године, рад Фискалног комитета Лиге народа на овом пољу наставио је Фискални комитет ОЕЕС (The Organisation for European Economic Co-operation) који је донео нацрт чланова везаних за опорезивање ауторских накнада, камата и дивиденди, а потом, 1961. године, основана је OECD (The Organisation for Economic Development) која је две године касније направила Нацрт модел-конвенције и објавила прву Модел-конвенцију 1977. године, као и пратећи Коментар.⁴⁷ Битно је навестити да је Лига народа престала да постоји 1946. године из разлога што није успела да оствари своје циљеве због којих је и била основана, конкретније, није успела да спречи избијање новог светског рата.⁴⁸ У овом периоду, савезничке снаге су већ почеле са расправом око установљивања институције УН, која је требало да наследи институцију Лиге народа.⁴⁹ С обзиром на то да је Лига народа престала да постоји, OECD, која је настала од ОЕЕС, постала је једина водећа институција која се заиста посветила раду на избегавању двоструког опорезивања, и која је уложила велике напоре на изради нацрта сопствене модел-конвенције.⁵⁰ Када је OECD објавила Модел-конвенцију OECD 1977, УН су желеле да се поново упусте у решавање проблема двоструког опорезивања.⁵¹

Иако појам стварног власника прихода није присутан у објављеним документима Лиге народа, у њеним оквирима ипак су постављена питања која су имала додира са стварним власништвом прихода.⁵² Наиме, 1928. године Лига народа је разматрала три појаве:⁵³

- мере за избегавање двоструког опорезивања прихода који проистиче из патента и ауторских права;
- мере за прераспodelу профита уколико компаније послују у више држава;
- мере за избегавање двоструког опорезивања трастова и компанија које поседују велики износ лако преносивих хартија од вредности.

По питању прве појаве, Фискални комитет Лиге народа је 1930. године нагласио да су ауторске накнаде често плаћане колективним друштвима као номиналним власницима, а у име власника који се описују као бенефицијари (енг.: beneficiary).⁵⁴ Комитет је даље чланицама Лиге народа упутио циркуларни упитник следеће садржине:⁵⁵

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Arnold A. Knechtle, *Basic Problems in International Fiscal Law*, Kluwer, Deventer, Holandija 1979, превод са немачког језика на енглески: W.E. Weisflog, 185.

⁴⁶ R. J. Vann, V. Thuronyi (ed.), поглавље 18, 5.

⁴⁷ Romi Irawan. 25.

⁴⁸ Преузето са адресе <https://www.khanacademy.org/humanities/us-history/rise-to-world-power/us-in-wwi/a/the-league-of-nations> дана 10.11.2023.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Peter D. Byrne, "Developing countries, tax treaties and the United Nations model tax convention." *ILSA Journal of Int'l & Comparative Law*, Volume 2 Issue 3, 1995, 701.

⁵¹ Ibid.

⁵² R. Vann (2013). 268.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid., 269.

⁵⁵ Ibid.

„Који би се фискални систем требало применити на приходе од ауторских права које примају:

а. Директно аутор;

б. Лице којем је то одобрено;

ц. Компаније или друга тела којима су права прикупљања прихода посебно додељена?“

Треће питање се односило на агенте, номиналне власнике и проточне ентитете који прослеђују приходе ауторима. Одговор Канаде на треће питање упитника био је да, док агент (трасти) или компанија која прикупља приход мора да поднесе пореску пријаву за примљени приход, плаћање пореза пада на терет лица у чије име је приход примљен.⁵⁶ Француска је дала сличан одговор наводећи да приход који је прикупљен од стране компанија или других институција, би требало опорезивати у рукама бенефицијара којима се исти приход прослеђује.⁵⁷ Даље, Лига народа је 1931. године први пут користила термин „beneficiary“ у својим нацртима мултилатералне конвенције⁵⁸ како би означила лице којем се приход од права интелектуалне својине приписивао.⁵⁹ Видимо да је Лига народа појму бенефицијара доделила функцију правила за приписивање прихода по основу права интелектуалне својине, а у циљу спречавања двоструког опорезивања. Ако погледамо Лондонски модел из 1946. године, можемо видети да у случају доминантне партиципације у управљању или капиталу филијале, порез по одбитку на дивиденде је нула посто,⁶⁰ али без икакве заштите од аранжмана са пробирањем уговора.⁶¹ Наведено указује да злоупотреба уговора није имала примарни значај, већ се радило највише на спречавању двоструког опорезивања, а у истом смислу је и термин бенефицијар коришћен код права интелектуалне својине.

У том периоду, државе попут Француске и Мађарске, користиле су термин „бенефицијар“ у својим пореским уговорима за приходе од пензија и права интелектуалне својине, такође у виду правила за приписивање прихода.⁶² Исти термин се користио и у пореском уговору између Белгије и Француске из 1932. године.⁶³ Лига народа је у још неким споредним документима користила термин „бенефицијар“, али искључиво да би означила особу којој се приход приписује.⁶⁴

Вредно је напоменути да стварних, односно економских власника прихода, који пористичу из имовине коју чине права интелектуалне својине, може бити више, али ће у већини случајева само једна компанија бити правни власник права интелектуалне својине, односно на њу ће исто право, на пример патент, бити регистрован.⁶⁵ Шпански суд је у једном случају, који ћемо детаљније разрадити у наредном делу, навео да овакве компаније само управљају правима у

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Наведена мултилатерална конвенција није заживела.

⁵⁹ R. Vann (2013). 268–269.

⁶⁰ Fiscal Committee, LONDON AND MEXICO MODEL TAX CONVENTIONS Commentary and Text, League of Nations, Geneva 1946, 25.

⁶¹ R. Vann (2013), 273.

⁶² *Ibid.*, 269.

⁶³ *Ibid.*, фуснота 7. Битно је нагласити да енглески превод тада није постојао. Француска реч која се користила за бенефицијара била је „beneficiaire“ за чланове 6(1) који се односио на приход од преносивих хартија од вредности, 9(2) који се односио на приходе од ауторских накнада и члана 13 који се односио на приходе од анuitета (енг.: annuities). Међутим, када је Лига народа преводила пореске уговоре на енглески језик, превод бенефицијар (енг.: beneficiary) користио се само за члан 6(1), док се за остала 2 члана користила реч прималац (енг.: recipient).

⁶⁴ *Ibid.*, 270.ара

⁶⁵ C. J. Fennerty, P. Merks, M. Petriccione, R. Russo (ed.), 173.

име властодавца односно аутора, и власници ових права нису доделили већа овлашћења менаџмент компанијама осим овлашћења да у њихово име приме ауторске накнаде.⁶⁶ Такође, у новијем мишљењу Министарства финансија Србије, наведено је да у свим случајевим утврђивања статуса стварног власника прихода (у конкретном случају, ауторске накнаде по основу лиценце за жиг) статус стварног власника прихода (ауторске накнаде по основу лиценце за жиг) не треба мешати са статусом стварног власника ауторског права над (у конкретном случају) предметним жигом.⁶⁷ Овде је Министарство финансија јасније одредило да лице које је власник над предметом ауторског права, не мора бити и стварни власник прихода које поменуто право интелектуалне својине генерише.

Лига народа у својим текстовима концепт стварног власника прихода није дефинисала у контексту који му је касније дат у оквиру Модел-конвенције OECD 2017 и Коментара, већ је циљ био спречавање двоструког опорезивања тако што би се одредило ко је у обавези да плати порез, агент или бенефицијар, и то само у случају са приходима од права интелектуалне својине. Иако Нацрти Модел-конвенција Лиге народа из 1943. и 1946. године нису заживели,⁶⁸ можемо видети да се у то време већ стварала свест о томе да директни прималац прихода не мора у исто време и бити лице коме наведени приход заиста и припада. Иако наведене Модел-конвенције нису заживеле, OECD је касније наставила рад на изради одговарајуће Модел-конвенције.⁶⁹

2. Концепт стварног власника акција у првим пореским уговорима и прелаз на концепт стварног власника прихода

Пре него што је концепт стварног власника постао део међународног пореског права у оквиру пореских уговора, коришћен је у правној традицији домаћег енглеског⁷⁰ права, а преко политичког утицаја УК, постао је и део правне традиције држава Комонвелта.⁷¹ УК је у свом пореском закону у одломку 17 (6) Финансијског акта (енг.: Finance Act) из 1954. године, који се односио на реорганизацију компанија, помињало термин стварног власника.⁷² Међутим, термин није био дефинисан, већ је то било препуштено судској пракси.⁷³ У случају *Wood Preservation Ltd. V. Prior*, судија Харман (Harman) је изјавио да стварно власништво није пуко правно власништво на основу чињенице уписа у регистар, већ се подразумева да стварни власник може да располаже имовином као да је његова.⁷⁴ Судија Донован (Donovan) је у истом случају навео да се компанија не може сматрати стварним власником ако нема права да прода акције или ужива у њеним плодовима (дивиденда).⁷⁵ Дакле, појам стварног власника се односио на имовину, конкретније на акције компанија, а не на приходе.

⁶⁶ Adolfo Martin Jimenez, „Beneficial ownership as an attribution of income rule in Spain: source and residence country perspectives“, *Beneficial Ownership: Recent Trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Amsterdam 2013a, 199.

⁶⁷ Мишљење Министарства финансија бр. 011-00-439/2021-04 од 11.6.2021. године, Билтен, 188-190.

⁶⁸ Brian J. Arnold, *International Tax Primer*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, Alphen aan den Rijn, 2016, 140.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Дакле, домаће право Енглеске, која сада представља део УК.

⁷¹ M. Zuk, 311.

⁷² *Ibid.*, 311-312.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*, 311-312.

⁷⁵ *Ibid.*

У наредном излагању, видећемо како је појам стварног власника први пут почео да се примењује у пореским уговорима између држава које примењују англосаксонско право. С обзиром на то да су порески уговори закључени између земаља које примењују англосаксонско право, користио се термин стварног власника, али искључиво за имовину, односно акције, што је и логично, јер је концепт преузет из домаћих права држава које припадају англосаксонском систему права. Модел-конвенција OECD 1977 и пратећи Коментар усвојили су концепт стварног власника али искључиво за приходе, и то дивиденде, ауторске накнаде и камате. Након овог периода, при закључењу пореских уговора, државе су примењивале Модел-конвенцију OECD 1977 као „мустру“ за закључење пореских уговора, чиме су у највећем броју усвајале и концепт стварног власника прихода. С тим у вези, поделићемо наредни део на две целине које ће бити посвећене првим почецима примене појма стварног власника у домену пореских уговора о избегавању двоструког опорезивања.

2.1. Стварно власништво над акцијама/уделима

Утицај англосаксонског права је био велики, па је тако преузет термин нашао своје место у првим пореским уговорима под називом „стварни власник“. Први порески уговор који је садржао термин стварног власника, био је уговор између Канаде и Сједињених Америчких Држава (даље: САД) из 1942. године.⁷⁶ Тадашњи концепт стварног власника није подразумевао власништво над приходима како то сада дефинише Модел-конвенција OECD 2017⁷⁷, већ над акцијама.⁷⁸ Сврха појма стварног власника је била да се осигурају снижене стопе пореза по одбитку на дивиденде матичне компаније, али само у случају када би филијала била окарактерисана као „стварна филијала“.⁷⁹ Наведени порески уговор у члану 11 ставу 2 наводио је да разрезани порез не може бити већи од 5% бруто износа дивиденде уколико филијала, која је регистрована у држави уговорници под домаћим правом као корпорација, исплаћује дивиденду матичној компанији, која је регистрована у другој држави уговорници под домаћим правом као корпорација. Супротно, таква погодност не би била одобрена ако би компетентне власти државе исплатиоца прихода сматрале да је једини циљ повезивања ових корпорација искоришћавање погодности овог члана⁸⁰ Даље, под појмом „филијала корпорација“, уговор је сматрао да је то корпорација чије су све акције са пуним правом гласа у стварном власништву (енг.: *beneficially owned*) друге корпорације, матичне компаније, и захтевао је такође да 75% прихода филијале чине активни приходи, односно да пасивни приход не сме да прелази 25% у односу на укупан приход филијале.⁸¹

Дакле, концепт стварног власника из уговора између Канаде и САД је имао двоструку улогу:⁸²

⁷⁶ *Ibid.*, 314.

⁷⁷ Чл. 10 ст. 2, OECD Model Tax Convention on Income and Capital, 2017.

⁷⁸ M. Zuk, 314.

⁷⁹ R. Vann (2013), 271.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² M. Zuk, 314

- да се преференцијални режим омогући само за дивиденде које дистрибуира „стварна“ филијала, како би се омогућио преференцијални режим опорезивања дивиденде у оквиру међународне групе компанија; и
- да се из обима примене уговора искључе агенти и номинални власници, који се не сматрају бенефицијарима снижене стопе пореза по одбитку на дивиденде, односно лицима која примају приход.⁸³

Поред наведеног пореског уговора између Канаде и САД, УК је потом закључило пореске уговоре са САД 1945. године, као и са Канадом годину дана касније.⁸⁴ Оба уговора су садржала појам стварног власника који се такође односио само на акције.⁸⁵ Видимо да је утицај англосаксонског права, с обзиром на то да поменуте државе припадају истом, био изузетно јак, а с обзиром на то да се стварни власник као појам односио искључиво на акције. Међутим, OECD својим радом на првој Модел-конвенцији 1977. године је полако уводила појам стварног власника прихода у право⁸⁶ међународних пореских уговора. Конкретно, Модел-конвенција OECD 1977 је помињала појам стварног власника прихода у члановима 10 до 12, где су биле дефинисане дивиденде, камате и ауторске накнаде. Дефиниција овог појма пружао је тада само пратећи Коментар. Предмет примене више нису биле акције, него приход који одређена имовина/право генерише. Убрзо након усвајања Модел-конвенције OECD 1977, у оквиру поменутог уговора између Канаде и САД 1980. године извршена је ревизија пореског уговора, где је у члану 10 ставу 2 писало да су преференцијалне стопе примењиве само уколико је прималац прихода стварни власник дивиденде.⁸⁷ Видимо утицај Модел-конвенције OECD из 1977. године, јер се стварно власништво сада односило искључиво на приходе. Након овог периода, државе су почеле да прихватају концепт стварног власника прихода у својим пореским уговорима.

2.2. Стварно власништво над приходима

Стварно власништво над приходима подразумевало је економско власништво над приходима који проистичу из одређене имовине, односно права. Па тако, концепт стварног власништва над приходима, пратећи резонување OECD, односио се на дивиденде, камате и ауторске накнаде.

Прво појављивање концепта стварног власника прихода можемо наћи у протоколу уговора између УК и САД који је закључен 1966. године.⁸⁸ Након тога, УК је закључила уговоре који су садржали концепт стварног власника прихода и то са Холандијом и Аустралијом 1967. године, а затим и са Шпанијом 1975. године.⁸⁹ Идеја увршћивања концепта стварног власника

⁸³ ; Blazej Kuzniacki, *Beneficial ownership in international taxation*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2022, 81 – 82.

⁸⁴ R. Vann (2013), 272.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Под изразом „право“, не подразумевамо постојање посебне врсте права, већ овакав термин у конкретном навођењу користимо искључиво да обухватимо поље примене пореских уговора о избегавању двоструког опорезивања.

⁸⁷ Bernie M. Tuggle, “The Proposed United States-Canada Income Tax Treaty”, *Denv. J. Int’l L. & Pol’y* 169, Volume 10 No. 1, 1980, 173.

⁸⁸ *Ibid.*, 315.

⁸⁸ M. Zuk, 313.

⁸⁹ *Ibid.*

који се односио искључиво на приходе, потекао је управо од УК, а затим је таква идеја усвојена и од осталих држава које припадају систему англосаксонског права.⁹⁰ Видимо како је концепт стварног власника из англосаксонског права полако прелазио у сферу међународног права пореских уговора, али и да су се већ тада појављивали први проблеми око интерпретације наведеног концепта. Наиме, концепт стварног власника прихода је постао део пореских уговора, али порекло дефиниције појма није проистицало из закона већ из судске праксе енглеских⁹¹ судова. У преговорима између УК и Аустралије 1966. године око закључења пореског уговора, аустралијски тим је поднео писмени коментар на став који садржи концепт стварног власника прихода који је гласио:⁹²

„Израз стварни власник није дефинисан у нашем статутарном праву. Међутим, с времена на време наши судови примењују наведени појам у односу на власништво над непокретностима и акцијама у компанијама. Тачно значење тог појма зависи од контекста у којем се појави, али генерално говорећи, стварни власник непокретности може бити онај који има право да користи непокретност, да убира њене плодове, да исту прода и слично.“

Даље, у образложењу се наводило следеће:⁹³

„Особа која држи имовину у име другог лица, не сматра се стварним власником исте. Тако, стварни власник дивиденде би било лице које има ултимативно право да прими такву дивиденду и право да са истом располаже по својој вољи. Према томе, стварни власник није нужно и правни власник, чији статус може имати друго лице.“

На основу наведеног, видимо да у то време није постојало јединствено значење и примена појма стварног власника чак ни у оквиру држава англосаксонског правног система.⁹⁴ Оно што је свим наведеним државама тада било својствено јесте примена појма стварног власника у односу на имовину (нпр. непокретности), где је исти имао право на плодове и коришћење такве имовине и тиме се разликовао од правног власника који је само носилац права.⁹⁵ Сам појам није законски био дефинисан у многим државама које су у своје пореске уговоре уносиле одредбу о стварном власнику прихода, а судови су у оквиру домаћег права наведени појам примењивали најчешће у оквиру имовинско-правних односа, а како би разграничили ко све има одређена права на некој имовини (акције, непокретности). Тако се концепт из имовинског права англосаксонских судова примењивао паралелно на концепт стварног власништва над приходима из пореских уговора.

OECD је преузела одговорност поводом разјашњења појма стварног власника, међутим, поставља се питање колико је у томе била успешна. Наредни део биће посвећен историјском развоју Нацрту прве OECD Модел-конвенције и касније Модел-конвенције OECD 1977, а у односу на концепт стварног власника прихода.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Појам енглеско право користимо за означавање домаћег права Енглеске, која је касније постала део УК. Па тако, навођењем да су у питању енглески судови, конкретно мислимо на судове из Енглеске, не узимајући у обзир целу територију УК.

⁹² M. Zuk, 315.

⁹³ R. Vann (2013), 278.

⁹⁴ M. Zuk, 313.

⁹⁵ *Ibid.*

3. Нацрт прве OECD Модел-Конвенције и њена ревизија

Приликом свог оснивања OECD је заузела став да је потребно радити на сузбијању пореских баријера међународне трговине, а први корак ка наведеном циљу био је доношење Нацрта Модел-конвенције 1963. године.⁹⁶ Међутим, пре доношења Нацрта, Фискални комитет OECD поднео је неколико верзија чланова за пореске уговоре, а у оквиру четири извештаја између 1956. и 1961. године.⁹⁷ Савет OECD је потом Нацрт Модел-конвенције, коју је израдио Фискални комитет OECD, препоручио свим државама чланицама као модел приликом закључивања билатералних уговора.⁹⁸ Међутим, већ приликом представљања Нацрта Модел-конвенције, истакнуто је да рад на истраживању међународног двоструког опорезивања треба наставити, па је, отуда Комитет за фискалне послове OECD као наследник Фискалног комитета OECD, 1977. године припремио Модел-конвенцију о двоструком опорезивању дохотка и имовине.⁹⁹

Иако концепт стварног власника прихода није био део Нацрта Модел-конвенције, његови почети у оквирима OECD се везују за 1961. годину, када су САД постале његова чланица¹⁰⁰. Наиме, делегација САД је јануара 1962. године упутила званичну ноту OECD у којој је захтевала формирање Фискалног комитета који би у оквиру модел-конвенције размотрио одређене чланове у циљу спречавања злоупотребе пореских уговора.¹⁰¹ У то време САД су биле забринуте око измештања профита и аранжмана са пробирањем уговора.¹⁰² Такође, у периоду када је радна група 21 основана, САД су изразиле забринутост поводом могуће злоупотребе чланова пореских уговора који су се односили на дивиденде, камате, ауторске накнаде, резидентство из пореских уговора за ортачка друштва, односно партнерства, као и на размену информација.¹⁰³

Након што је донет Нацрт Модел-конвенције, у пракси су се показали нови проблеми, примљено је пуно примедби, па је тако настављен рад на побољшању Нацрта, а у циљу доношења Модел-конвенције. Процес ревизије је почео оног момента када су делегати чланица OECD позвани да укажу на недостатке Нацрта Модел-конвенције са којима су се они сусретали, па је тако маја 1967. године први коментар послала делегација УК који је гласио:¹⁰⁴

„Ако одредба о подвргнутом опорезивању [енг.: subject to tax] није укључена у чланове о дивидендама, каматама и ауторским накнадама, сматрамо да је Нацрт мањкав. Доходак који је у држави извора квалификован за примену пореске погодности, је исти доходак који је плаћен резиденту друге државе уговорнице. По нашем виђењу, пореска погодност коју предвиђају ови чланови, требало би да буде примењена само ако је прималац прихода, резидент друге државе уговорнице, стварни власник тог прихода. Супротно, могло би доћи до злоупотребе ових чланова уговора тако што би лица из трећих држава могла, на пример, доходак уступити номиналним власницима који су резиденти друге државе уговорнице. Сигурно сте приметили

⁹⁶ Lynne Oats et al., *Principles of International Taxation*, Bloomsbury Professional, London, 2017, 153.

⁹⁷ Klaus Vogel, „Double Tax Treaties and Their interpretation“, *Berkeley Journal of International Law*, Volume 4, Issue 1 Spring, 1986, 11.

⁹⁸ Дејан Поповић, Светислав В. Костић, *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања – правни оквир и тумачење*, Sekos In, Београд 2009, 36.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ R. Irawan, 26.

¹⁰¹ M. Zuk, 315.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ R. Irawan, 26.

¹⁰⁴ R. Vann (2013), 282.

да смо у протоколима које смо скоро закључили са Сједињеним Америчким Државама и Швајцарском, унели тест стварног власништва који рефлектује очигледну намеру Комитета када је Модел-конвенција припремана.“

Група експерата која је била задужена за ревизију Нацрта Модел-конвенције 1967. године, предложила је да се радне групе које су радиле на самом Нацрту поново активирају, као и да се оснују нове радне групе.¹⁰⁵ Наиме, на изради Нацрта Модел-конвенције и њене ревизије радиле су четири радне групе, од којих су две имале додирних тачака са концептом стварног власника прихода.¹⁰⁶ Радна група 21 је радила на спречавању злоупотребе уговора, док је радна група 27 радила на изради чланова који су се односили на камате и ауторске накнаде.¹⁰⁷

3.1. Радна група 21

Радна група 21 као део Комитета за фискалне послове је наследница исте групе која је била део Фискалног комитета ОЕСД.¹⁰⁸ Ова група је основана током скупа који је био одржан од 16. до 19. јануара 1962. године,¹⁰⁹ након што је ОЕЕС прерасла у ОЕСД и након приступа САД и Канаде чланству ОЕСД 1961. године.¹¹⁰ Државе попут Немачке су сматрале да највећи проблем стварају базне компаније, док су са друге стране САД указивале на општи проблем злоупотребе пореских уговора, што је довело да формирања радне групе 21.¹¹¹ Групу су чинили делегати САД и Данске који су били у обавези да свој први извештај презентују на седници Фискалног комитета која је одржана у мају 1962. године.¹¹² Наиме, од групе је захтевано да утврди размере злоупотребе уговора између држава чланица ОЕСД, као и да ли би користи из уговора услед њихове злоупотребе требало да буду онемогућене одређеним ентитетима са територија држава уговорница или трећих држава.¹¹³ Тачније, такви ентитети су одређени као:¹¹⁴

- базне компаније;
- компаније укључене у активности лиценцирања и пружања техничких услуга;
- део подухвата између повезаних лица;
- лица која служе ентитетима трећих држава у нелегитимном приписивању користи из уговора где трећа држава није уговорница.¹¹⁵

У Првом извештају радне групе 21, одређена је њена сврха где су наглашене две ставке:¹¹⁶

- Конвенције о избегавању двоструког опорезивања могле су да повећају шансе пореских обвезника да избегну плаћање пореза у њиховим домаћим земљама и у страним

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ M. Zuk, 315–316.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ R. Irawan, 26.

¹⁰⁹ M. Zuk, 315–316.

¹¹⁰ R. Irawan, 26.

¹¹¹ R. Vann (2013), 289.

¹¹² R. Irawan, 26.

¹¹³ R. Vann (2013), 289.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Овакви ентитети представљају проточне компаније које нису стварни власници прихода.

¹¹⁶ R. Vann (2013), 289–290.

земљама са ниским пореским стопама. Радна група је сматрала да би њихова пажња требало да буде усмерена на спречавању наведених ситуација:

- Рад ове групе није био усмерен на абוזивно понашање које је подразумевало случајеве где намерно или не, чланови конвенције нису примењени како треба или су игнорисани. Овде су спадали случајеви где су се исправном применом конвенције, према лицу или компанији, примењивале пореске погодности које нису биле намераване да у том смислу буду пружене.

Од 1963. до 1976. године радна група 21 објавила је неколико извештаја у вези неправилне примене пореских уговора у смислу избегавања плаћања пореза.¹¹⁷ У свом првом извештају радна група 21 наводила је базне компаније као главни проблем пореске евазије а као решење је видела антиабузивне мере у земљи резидентства.¹¹⁸ Проблем аранжмана са пробирањем уговора није био од интереса за ову групу, па тако, питање стварног власника прихода није ни постављено.¹¹⁹ Ревизија првог извештаја 1965. године је и даље држала фокус на решавању проблема избегавања плаћања пореза употребом базних компанија и додатно се фокусирала на опорезивање у земљи резидентства.¹²⁰ У једном документу из 1967. године помињао се проблем стварног власника прихода, а такође је и УК указивало на проблем аранжмана са пробирањем уговора. Међутим, пошто је пажња групе и даље била на проблему базних компанија и опорезивању у земљи резидентства, појам стварног власника је коришћен у смислу крајњег економског власника у оквиру правила о контролисаној иностраној компанији, што је супротно од смисла и значења којем је том појму дала радна група 27.¹²¹ У последњем извештају радне групе 21 из 1975. године је поново била изражена забринутост око базних компанија и наведено је да клаузула о подвргнутом опорезивању (subject to tax) може да спречи проблем са базним компанијама тако што снижена пореска стопа за дивиденде, камате и ауторске накнаде које су плаћене холдинг компанији, резиденту друге државе уговорнице, не би биле примењене ако другопоменута држава разрезује порез испод одређене прихватљиве норме.¹²² Такав предлог није прихваћен и ова одредба није нашла место у OECD Модел-конвенцији из 1977. године.¹²³ Проблем ове радне групе јесте чињеница да консензус чланица OECD око питања шта представља злоупотреба конвенције и која су евентуална решења, до доношења прве Модел-конвенције, није постојао.¹²⁴ Модел-конвенција и Коментар из 1977. године, садржали су врло мало тога на тему злоупотребе уговора, па тако нису рефлектовали рад и напор уложен од стране радне групе 27.¹²⁵ Резултати ове групе се могу видети у усвајању правила о иностраној контролисаној компанији у оквиру домаћих законодавастава држава чланица.¹²⁶ Иако се у извештајима и пратећим документима радне групе 21 термин стварног власника делимично помиње, ова група није дала предлог усвајања концепта стварног власника прихода као мере за спречавање аранжмана са пробирањем уговора.¹²⁷ Ипак, не можемо рећи да рад ове групе није значајан са аспекта развоја концепта стварног власника прихода, јер се термин ипак користи и указује се на агенте и номиналне власнике, али у оквиру правила о контролисаној иностраној компанији. Такође, радна група 21 формирана је неколико година пре радне групе 27 која је заправо допринела да концепт стварног власника прихода

¹¹⁷ R.Irawan, 26.

¹¹⁸ R. Vann (2013), 290.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*, 291.

¹²¹ *Ibid.*, 291-292.

¹²² *Ibid.*, 294.

¹²³ M. Zuk, 316.

¹²⁴ R.Irawan, 27.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ M. Zuk, 316.

постане део Модел-конвенције OECD из 1977. године, тако да рад групе 21 можемо сматрати почецима развоја наведеног концепта у оквиру рада OECD на формирању модел-конвенције.

Вредно је напоменути да је концепт стварног власника овде коришћен у смислу крајњег власника акција као термин који се данас користи у документима и законима о спречавању прања новца и финансирању тероризма.¹²⁸ Супротно, у Коментару Модел-конвенције OECD из 2014/17. године¹²⁹ јасно се наводи да се концепт стварног власника прихода не примењује у контексту који је користила радна група 21.¹³⁰

3.2. Радна група 27

Радна група 27 је основана 1967. године од стране Фискалног комитета OECD, а састојала се од делегација Луксембурга, Француске и Холандије.¹³¹ Ова група је основана са циљем припремања чланова за камате и ауторске накнаде, а у оквиру нове модел-конвенције, док се дивидендама бавила друга радна група.¹³² Поновимо, делегација УК је 1967. године, четири месеца пре оснивања радне групе 27, нагласила забринутост око могуће злоупотребе чланова конвенције који су се односили на дивиденде, камате и ауторске накнаде и захтевала је уношење клаузуле о подвргнутом опорезивању (subject to tax) или концепт стварног власника прихода.¹³³ У домаћем праву УК, питање стварног власништва најчешће се појављивало код института траста, па се тако делегација УК залагала да концепт стварног власништва буде део конвенције, како би се избегле могуће злоупотребе уговора.¹³⁴ Наиме, домаћи закон УК је опорезивао само трастије, правне власнике прихода, али само уколико је и бенефицијар резидент УК за сврхе пореског уговора и то за цео приход који трасти оствари.¹³⁵ Супротно, ако је бенефицијар траста лице, резидент друге државе уговорнице, за сав примљени приход, трасти се није сматрао пореским обвезником у УК.¹³⁶ Делегација УК је уочила могућу злоупотребу у случају да је она земља резидентства трастија који прима приход, а да држава резидентства бенефицијара примењује исти закон за опорезивање трастија како је то уређено у УК.¹³⁷ У случају да земља извора исплаћује приход трастију, резиденту УК, услед непостојања одредбе о стварном власнику или о подвргнутом опорезивању, земља извора би применила снижену стопу пореза по одбитку, а примљени приход не би био опорезован у УК.¹³⁸ Проблем са домаћим законима о трасту није постојао код свих држава које примењују англосаксонско право, пре свега у САД и у Аустралији.¹³⁹

Радна група 27 се у свом првом извештају осврнула на коментар ове делегације наводећи да би клаузула о подвргнутом опорезивању била супротна духу и циљу конвенције, док би се питање о стварном власништву могло поставити као административно питање ко је „прави“ прималац прихода у случају коришћења агената и номиналних власника.¹⁴⁰ У одговору,

¹²⁸ B. Kuzniacki (2022), 92.

¹²⁹ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2014/17, Коментар члана 10, став 12.6.

¹³⁰ B. Kuzniacki (2022), 92.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² R. Vann (2013), 282.

¹³³ M. Zuk, 316.

¹³⁴ R. Vann (2013), 285.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ B. Kuzniacki (2022), 85.

¹³⁹ R. Vann (2013), 286.

¹⁴⁰ *Ibid.*, 283.

делегација УК сматрала је наведено питање од значаја за спречавање злоупотребе уговора, а не као обично административно питање, па је тако ова група даље затражила мишљење комитета по питању коментара делегације УК.¹⁴¹ У оквиру Фискалног комитета, делегације чланица су прихватале концепт стварног власништва, а посебно се истичу делегације Швајцарске и САД, док је делегација Немачке сматрала да би у оквиру Коментара нове модел-конвенције требало навести да прималац прихода мора бити стварни власник истог.¹⁴² Међутим, делегација УК је овог пута заузела став да би концепт стварног власника прихода требало да буде општи принцип у оквиру посебног члана, а не само као део чланова 10 – 12.¹⁴³ Такав предлог није прихваћен, највероватније јер су једино чланови 10 – 12 уводили фиксну ограничену стопу пореза по одбитку, која је најчешће нижа од домаће стопе.¹⁴⁴

Такође, битно је напоменути да је додатни мотив УК за примену одредбе о стварном власнику за чланове 10 -12 у својим пореским уговорима из шездесетих година претходног века био везан за добротворне организације и пензионе фондове.¹⁴⁵ Наиме, наведена два ентитета, која су у УК по домаћем праву била изузета од опорезивања, услед примене одредбе о подвргнутом опорезивању, не узимајући у обзир изузетке, не би имала право на погодности из пореског уговора.¹⁴⁶ Фокус УК у оквиру својих уговора био је на омогућавању одређеним ентитетима да приступе погодностима из уговора, која би им иначе била ускраћена услед уске примене одредбе о подвргнутом опорезивању.¹⁴⁷ Појам стварног власника прихода, према мишљењу тима за закључивање пореских уговора, могао је ефикасније наведеним ентитетима омогућити примену пореских уговора.

У свом следећем извештају, радна група 27 је предлажила да се на основу коментара делегације УК концепт стварног власника прихода унесе у Модел-конвенцију.¹⁴⁸ У последњем извештају 1970. године, ова група даје тачно дефинисан предлог како би чланови 11 и 12, у оквиру Модел-Конвенције и Коментара, који садрже појам стварног власника прихода требало да изгледају, наводећи да камата која настаје у држави уговорници, а плаћена је резиденту друге државе уговорнице може бити опорезована у тој другој држави, ако је тај резидент стварни власник прихода.¹⁴⁹ Сврха овог услова била је да се осигура испитивање резидентности према лицу које има стварно власништво над таквом каматом, а не према лицу које је само посредник у виду агента или номиналног власника, који је убачен између исплатиоца камате и бенефицијара који има право да прими такав приход.¹⁵⁰ Радна група која се бавила дивидендама и нацртом тог члана, није узимала у разматрање и питање стварног власништва над дивидендама, јер је група разматрала много шира питања.¹⁵¹ Како се рад групе ближио изради нацрта члана 10, у разматрање је узето и питање стварног власника, а по утицају коментара делегације УК, која је допринела усвајању концепта стварног власника у члановима 11 и 12¹⁵² У крајњем нацрту члана 10 у истом моменту је предложено и усвојено решење које је претходно предложила радна група 27 за камате, односно члан 11.¹⁵³

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*, 283-284.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ A. Meindl-Ringler, 332-333.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*, 333.

¹⁴⁸ R. Vann (2013), 284-285.

¹⁴⁹ M. Zuk, 316.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ R. Vann (2013), 287.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ *Ibid.*

Посматрајући извештаје радне групе 27, чини се као да је њен рад био усмерен ка удовољавању делегацији УК, па је концепт стварног власника предложен без дубље разраде.¹⁵⁴ Такође, расправа о концепту стварног власника се водила само на нивоу номиналних власника и агената, док се питање проточних компанија није отварало.¹⁵⁵ Проблем је постао још сложенији када се појам стварног власника преводио на друге језике, где енглески није службени језик, као и када је наведени концепт преко Модел-конвенције OECD постао део правних система који нису познавали термин стварног власништва.¹⁵⁶ Иако је стварни власник прихода као појам поменут у извештајима и документима радне групе 21, заправо радна група 27, под притиском делегације УК, заслужна је за увршћивање концепта стварног власника прихода у Модел-конвенцију OECD 1977.

VII. Еволуција концепта стварног власника прихода у оквиру OECD/УН Модел-конвенције и Коментара

1. Период пре 2003. године

Еволуцију концепта стварног власника у оквиру OECD, поделићемо на два раздобља, односно на део пре и после 2003. године. Наиме, 2003. година је веома значајна јер је тада Коментар OECD по први пут увео огромне промене, не само у односу на одредбу о стварном власнику прихода, већ и на бројне друге одредбе. У оквиру овог периода анализираћемо еволуцију концепта стварног власника прихода у оквиру OECD.

1.1. Прва OECD Модел-конвенција

Поновимо, на основу Нацрта Модел-конвенције, 1977. године усвојена је прва Модел-конвенција у оквиру OECD.¹⁵⁷ Учинак радних група 21 и 27, довео је до тога да концепт стварног власника постане део прве Модел-конвенције OECD.¹⁵⁸ Наиме, појам стварног власника прихода постао је део чланова 10-12 Модел-конвенције, а додатна објашњења могла су се наћи у одређеним ставовима у оквиру Коментара на ове чланове.¹⁵⁹ Модел-конвенција је у наведеним члановима само назначила да ако је прималац прихода и стварни власник истог, преференцијалне стопе биће одобрене.¹⁶⁰ Даље, Коментар је, на пример у члану 10, само један став посветио стварном власнику прихода који је гласио:¹⁶¹

¹⁵⁴ *Ibid.*, 286.

¹⁵⁵ B. Kuzniacki (2022), 88.

¹⁵⁶ R. Vann (2013), 288.

¹⁵⁷ B. J. Arnold (2016), 140.

¹⁵⁸ C. J. Finnerty, P. Merks, M. Petriccione, R. Russo (ed.), 229.

¹⁵⁹ M. Zuk, 316.

¹⁶⁰ Model Double Taxation Convention on Income and Capital, OECD Committee on Fiscal Affairs, Paris 1977, чл. 10, ст. 2, стр 31.

¹⁶¹ *Ibid.*, Коментар чл. 10, ст. 2, тч. 12, стр. 92.

„У оквиру става 2 члана 10, ограничене стопе земље извора неће бити доступне када је посредник у виду агента или номиналног власника уметнут између бенефицијара и платиоца прихода, осим уколико стварни власник није резидент друге државе уговорнице. Државе које желе да експлицитно уведу ово у свој уговор, могу то учинити у оквиру билатералних преговора.“

Радна група 27, поновимо, под притиском делегације УК је предложила концепт стварног власника као део Модел-конвенције. Видели смо да је УК у својим уговорима који датирају пре доношења ове Модел-конвенције, уносила одредбу о стварном власнику за дивиденде, камате и ауторске накнаде. Такође, историјски гледано, државе које су примењивале англосаксонско право, појам стварног власника су користиле највише у оквиру закона о трасту, како би се направила јасна дистинкција између трастија као формалног и правног власника и бенефицијара као стварног власника, односно лица које је такође имало сва права према трећим лицима иако се не појављује у својству формалног власника.¹⁶² Експерти који су радили на изради чланова 10-12 Модел-конвенције OECD 1977, укључили су концепт стварног власника прихода без даљег размишљања о потребној интерпретацији таквог појма, а то је вероватно због чињенице да је 18 од 24 чланица OECD, које су се сложиле са изменама Модел-конвенције 1977. године, припадало групи држава које примењују континентално право, у којем је овом концепту придато знатно мање конотација него што је ситуација са англосаксонским правом.¹⁶³ Дакле, OECD је усвојила наведени термин.¹⁶⁴

- без даљег размишљања на тему стварног значења таквог појма;
- који није био познат у правима многих чланица OECD, па тако упућивање пореских уговора на домаће право у случају да неки појам из уговора, попут стварног власника прихода, није дефинисан, остаје без ефекта, јер наведене чланице у својим законима нису препознавале такав термин;
- где државе које су такав појам у својим законима препознавале, исти су користиле у разним конотацијама и са различитим значењима, а ни једно од тих значења није одговарало пореским уговорима.

Коментар је само у једној реченици објашњавао појам стварног власника и препуштао је државама уговорницама да саме уреде ово питање током билатералних преговора, па тако видимо да OECD тада није била свесна пропуста који је направила из разлога што већина чланица није имала разумевања шта такав појам уопште значи, а сматрало се да такав члан није могао да шкоди. Међутим, видећемо касније какви су се све проблеми везани за интерпретацију и примену појма стварног власника прихода у пракси појавили.

1.2. Извештај о проточним компанијама

Пре прве ревизије Модел-конвенције из 1977. године, Савет OECD усвојио је Извештај о проточним и Извештај о базним компанијама 1986. године.¹⁶⁵ У овим извештајима можемо видети наставак рада на пољу на којем је радила рада група 21, чији напор није нашао место у

¹⁶² C. J. Finnerty, P. Merks, M. Petriccione, R. Russo (ed.), 229.

¹⁶³ L. Oats *et al.*, 495.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ За проточне компаније вид.: Double taxation conventions and the use of Conduit companies, OECD, 1986; За базне компаније вид.: Double taxation conventions and the use of Base companies, OECD, 1986.

Модел-конвенцији јер није постигнута сагласност унутар групе око одређених питања.¹⁶⁶ У Извештају о проточним компанијама, наводе се две врсте таквих компанија: „Direct“ и „Stepping Stone“ проточне компаније,¹⁶⁷ а више о таквим аранжманима биће речи у каснијем делу овог рада. Извештај везан за проточне компаније је као свој предмет наводио следеће:¹⁶⁸

„Овај Извештај се бави ситуацијом где компанија која се налази у држави уговорници, делује у својству проточне компаније, како би примљени приход каналисала према лицу треће државе, а који економски присваја наведени приход и који тиме искоришћава користи које порески уговор омогућава. Оваква ситуација се често означава појмом аранжмана са пробирањем уговора. Проточну компанију могу чинити корпорације, партнерства, траст или слични ентитети. Овај извештај се бави опорезивањем у земљи извора а Извештај о базним компанијама искључиво у земљи резидентства лица које економски присваја приходе [...] Проточна компанија искоришћава погодности уговора у земљи извора, а под својим именом, док са економске стране гледано, све користи иду лицу које нема право на такве користи из наведеног уговора“.

Даље, конкретно за чланове 10-12 Модел-конвенције OECD, Извештај је наглашавао:¹⁶⁹

„Чланови 10-12 Модел-конвенције OECD оспоравају примену ограничене стопе земље извора за дивиденде, камате и ауторске накнаде ако проточна компанија није стварни власник наведених прихода. Тако, преференцијална стопа није омогућена када, економски гледано, користи из уговора извлачи лице које иначе на њих не би имало право, а између себе и исплатиоца поставља проточну компанију у виду посредника. Коментар као посреднике наводи само агенте и номиналне власнике, међутим, ова одредба се односи и на сва друга лица која улазе у уговорне или друге обавезе, а које се изједначавају са онима какве су код агената и номиналних власника. Тако, проточна компанија се неће сматрати стварним власником прихода ако, иако власник у формалном смислу, има врло уска овлашћења поводом примљених прихода, што такву компанију чини фидуцијаром или администратором који послује за рачун трећег лица (највероватније је то акционар проточне компаније).“

Са друге стране, Извештај о базним компанијама је само узгредно помињао стварно власништво прихода у конвенционалном смислу помињући само агенте и номиналне власнике:

„Иако базна компанија има правни субјективитет и место стварне управе у држави где је инкорпорирана, а нема сталну пословну јединицу у држави резидентства пореског обвезника, та држава може, примењујући домаћу норму, да приход и активности базне компаније припише свом пореском обвезнику. Овај приступ очигледно не би био у супротности са OECD Модел-конвенцијом ако базна компанија делује у својству посредника, агента, фидуцијара или номиналног власника пореског обвезника (на пример, појам стварног власника у члановима 10-12 OECD Модел-конвенције).“

У оквиру Извештаја о базним компанијама, појам стварног власништва није виђен као начин борбе против деловања базних компанија, док са друге стране, Извештај о проточним компанијама, примену концепта стварног власника прихода преноси на проточне компаније али у ограниченом облику без већег указивања на злоупотребу уговора.¹⁷⁰ У истом Извештају нису наведене стриктне препоруке за превазилажење проблема са проточним компанијама, у

¹⁶⁶ R. Vann (2013), 296.

¹⁶⁷ L. Oats *et al.*, 497.

¹⁶⁸ Double taxation conventions and the use of Conduit companies, пар. 2 и 6, R(6)-2 и 4.

¹⁶⁹ *Ibid.*, пар. 14(6) , R(6)-8.

¹⁷⁰ M. Zuk, 318.

оквиру стварног власништва над приходима.¹⁷¹ Разлози непостојања таквих препорука јесу различити порески режими у разним државама. OECD чланице имају различите интересе и пореске политике, што је све укупно утицало на Комитет да у оквиру Извештаја не поднесе конкретне препоруке.¹⁷² Из наведених разлога, ставови везани за концепт стварног власника из овог Извештаја нису прихваћени у оквиру новог OECD Коментара ревидиране верзије Модел-конвенције 1992. године.¹⁷³ Међутим, ван концепта стварног власника, Извештај је наводио неколико антиабузивних мера за борбу против злоупотребе уговора, а ревидирани Коментар је такве препоруке, са одређеним изменама, усвојио у оквиру члана 1.¹⁷⁴ Извештај је државама уговорницама препоручио пет мера које могу да послуже као решење за сузбијање проблема створених од стране проточних компанија и то: „The look-through“ прилаз, „The Exclusion“ прилаз, „The subject to tax“ прилаз, „The Channel“ прилаз и на крају „Bona Fide“ прилаз.¹⁷⁵ Иако је изостајао предлог да на проточне компаније буде примењен концепт стварног власништва прихода,¹⁷⁶ овај Извештај је добио на значају 2003. године, када су наступиле највеће промене у оквиру Коментара.

Након усвајања прве OECD Модел-конвенције, 1992. године је одлучено да је потребно чешће ревидирати Модел-конвенцију.¹⁷⁷ До 2003. године извршено је пет ревизија Модел-конвенције.¹⁷⁸ У ревидираним Коментарима до 2003. године, није било промена у погледу дефинисања појма стварног власника прихода, али у посматраном периоду велики утицај имала су још два OECD Извештаја.

1.3. OECD Извештај о штетном пореском надметању

OECD је 1998. године објавила Извештај о штетном пореском надметању са циљем указивања на два проблема.¹⁷⁹ Најпре указано је на проблем пореских рајева који су идентификовани као јурисдикције које не уводе уопште или уводе номиналне порезе на доходак, а имају барем једну од наведене три карактеристике: немају ефективну размену информација, немају пореске транспарентности или немају довољно материјалне, односно суштинске активности од стране пореског обвезника.¹⁸⁰ Даље, указано је на проблем преференцијалних режима који су идентификовани као режими који имају ниску или нулту ефективну пореску стопу и имају једну од следећих карактеристика: омогућују „ring fencing“ аранжмане¹⁸¹ и немају пореску транспарентност или ефективну размену информација.¹⁸² Овај Извештај је осуђивао јурисдикције које су се овом логиком могле сматрати пореским рајевима или јурисдикцијама

¹⁷¹ R. Irawan, 28.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ M. Zuk, 318.

¹⁷⁴ R. Irawan, 28.

¹⁷⁵ Double taxation conventions and the use of Conduit companies, пар. 21, R(6)-11.

¹⁷⁶ R. Vann (2013), 298.

¹⁷⁷ B. J. Arnold (2016), 140.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, OECD, Paris 1998.

¹⁸⁰ Reuven S. Avi-Yonah "The OECD Harmful Tax Competition Report: A Tenth Anniversary Retrospective." *Brook. J. Int'l L.* Vol. 34, No. 3, 2009, 784.

¹⁸¹ Овај појам подразумева одвајање дела имовине једног лица или компаније (пореског обвезника), како би се смањило опорезивање у земљи његовог резидентства, а типичан пример је премештање имовине у јурисдикције са преференцијалним пореским системом или у пореске рајеве, где потом у земљи резидентства, таква имовина постаје неопорезива. Вид.: <https://www.investopedia.com/terms/r/ringfence.asp>, приступљено дана 4.2.2021.

¹⁸² R. S. Avi-Yonah, 784.

са преференцијалним пореским системом,¹⁸³ а такви режими су били део пореских система неких држава чланица ОЕСД.¹⁸⁴ Иако овај Извештај није био усмерен директно ка концепту стварног власника, ипак је предложио две важне препоруке које су се односиле на пореске уговоре.¹⁸⁵

Прва препорука у вези додељивања права на погодности из пореских уговора гласила је:¹⁸⁶

„Државе би требало да размотре да у оквиру својих пореских уговора укључе одредбе усмерене ка рестрикцији права на погодности из уговора за ентитете и приходе који стварају штетну пореску праксу и да размотре како би се постојеће одредбе конвенције могле користити за исте сврхе. [...] Државе које су увеле такве пореске режими који доводе до штетног пореског надметања често сматрају да мрежа њихових пореских уговора представља средство за олакшавање и подстицање употребе таквих режима од стране резидената трећих држава. Таква широка мрежа пореских уговора може да доведе до ненамераваих искоришћавања погодности из пореских уговора, а који су изазвани штетним преференцијалним пореским режимима држава саговорница. [...] Државе су предузеле различите прилазе како би смањиле такав ризик. [...] Један од примера подразумева неодобравање пореских погодности компанијама које немају реалну економску функцију, јер се такве компаније не сматрају стварним власницима прихода који им је формално приписан.“

Друга препорука у вези разјашњења везе и интеракције домаћих антиабузивних мера и пореских уговора гласила је:¹⁸⁷

„Коментар би требало да разјасни компатибилност домаћих антиабузивних мера са Модел-конвенцијом и тиме уклони сваку несигурност и двосмисленост. [...] Ова препорука треба да покаже компатибилност домаћих законских антиабузивних мера и судских доктрина са пореским уговорима.“

Нова пореска политика, као део препорука овог извештаја, резултирала је до тада највећим променама Коментара 2003. године.¹⁸⁸ Међутим, као одговор на прву препоруку, ОЕСД је претходно издала 2002. године Извештај о оспоравању користи из уговора¹⁸⁹, што је додатно допринело развоју концепта стварног власника у оквиру Коментара из 2003. године.¹⁹⁰

1.4. Извештај о оспоравању користи из уговора

Новембра 2002. године ОЕСД је објавила Извештај о оспоравању користи из уговора, који је предлагао неколико промена, односно измена у оквиру Коментара.¹⁹¹ Промене су се односиле на место стварне управе, стварно власништво прихода, специјалне антиабузивне мере у пореским уговорима, одредбе које ограничавају примену користи из пореских уговора, као и на одредбе које су спречавале примену преференцијалних режима након што је порески уговор

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ B. J. Arnold (2016), 185.

¹⁸⁵ R. Irawan, 30.

¹⁸⁶ Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, Recommendation 9, ств. 118 и 119, 47.

¹⁸⁷ *Ibid.*, Recommendation 10, ств. 125, 48 и 49. Превод је омогућио аутор.

¹⁸⁸ M. Zuk, 318.

¹⁸⁹ Restricting the Entitlements to Treaty Benefits, OECD, Paris 2002.

¹⁹⁰ R. Irawan, 31.

¹⁹¹ *Ibid.*

ступиио на снагу.¹⁹² Извештај у последњем делу, у оквиру наслова „Разјашњење концепта стварног власништва“ наводио је да је Комитет усвојио одређене промене са циљем разјашњавања значења стварног власништва у Коментару за чланове 10, 11 и 12.¹⁹³

Извештај је даље предлагао нову дефиницију концепта стварног власника прихода, као замену до тада постојећег става 12 члан 10¹⁹⁴, а која је гласила:¹⁹⁵

„Услов стварног власништва је уведен у оквиру става 2 члана 10 да разјасни значење речи „плаћено резиденту“, а које су коришћене у ставу 1 овог члана. Постаје јасно да земља извора није у обавези да одустане од свог пореског захтева за дивиденде само на основу чињенице да је приход непосредно примљен од стране лица који је резидент државе са којом држава извора има закључен порески уговор. Термин стварног власника није коришћен у уском техничком значењу, већ треба бити схваћен у свом контексту у оквиру предмета и сврхе Конвенције, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенцију фискалне евазије и избегавања плаћања пореза.“

Извештај је већ у првом ставу предлагао велике промене, а у следећем ставу наводило се:¹⁹⁶

„Уколико је приход примљен од стране резидента државе уговорнице, а који делује у својству агента или номиналног власника, не би било у складу са предметом и сврхом Конвенције да држава извора одобри користи из уговора само на основу чињенице да је непосредни прималац прихода резидент друге државе уговорнице. Непосредни прималац прихода се у овој ситуацији квалификује као резидент, али не може доћи до дуплог опорезивања на основу статуса резидента, јер се такав прималац не сматра власником прихода за пореске сврхе у земљи резидентства. Такође, не би било у складу са предметом и сврхом Конвенције да земља извора одобри користи из уговора у случајевима када резидент друге државе уговорнице, не послује као агент или номинални власник, али зато послује као проточна компанија за друго лице које у суштини прима користи наведеног прихода. Због наведених разлога, Извештај Комитета фискалних послова под називом Конвенција о двоструком опорезивању и употреба проточних компанија доноси закључак да проточна компанија не може бити сматрана за стварног власника прихода иако јесте формални власник, јер у пракси има врло уске могућности поводом коришћења тог прихода, а послује у својству фидуцијара, односно администратора који делује за рачун других заинтересованих страна.“

Извештај је представљао велики корак напред ка унапређивању дефиниције концепта стварног власника прихода у односу на дефиниције из претходних OECD Коментара и на Извештај о проточним компанијама, јер по први пут се поставило питање разјашњења појма стварног власника, што је указивало да је у овом периоду OECD постала свесна да је наведени концепт прихваћен, али да његова функција као и дефиниција нису у потпуности јасне. Иако је ово сам почетак развијања концепта стварног власника прихода у оквиру Коментара, потребно је указати на значајан пропуст који проналазимо у Извештају. Наиме, у Извештају се наводило да проточна компанија послује за друго лице које у суштини прима користи наведеног прихода, што би стриктним тумачењем значило да свако правно лице не може бити стварни власник прихода, јер на самом крају, сва правна лица делују у својству проточних лица, јер све користи од прихода ултимативно присвајају физичка лица.¹⁹⁷ Оваква формулација је наводила

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ Restricting the Entitlements to Treaty Benefits, R(17)-19.

¹⁹⁴ Навешћемо само члан 10, али извештај је истим речима предложио нове дефиниције концепта стварног власника и за чланове 11 и 12 Модел-конвенције.

¹⁹⁵ Restricting the Entitlements to Treaty Benefits, R(17)-19.

¹⁹⁶ *Ibid.*, R(17)-19 и R(17)-20.

¹⁹⁷ R. Vann (2013), 300.

на чињеницу да би се стварним власником могао сматрати само крајњи, ултимативни и економски власник прихода, што није била намера аутора овог Извештаја.¹⁹⁸

2. Период после 2003. године

У наредном делу овог рада анализираћемо период развијања концепта стварног власника прихода од 2003. године па све до последње верзије Модел-конвенције OECD и Коментара. Пажњу посебно посвећујемо Коментару из 2003. године и верзији из 2014. године, када су наступиле највеће промене које су се односиле на дефиницију појма стварног власника прихода у оквиру Коментара.

2.1. OECD Модел-конвенција и Коментар из 2003. године

Значај ревидираног Коментара из 2003. године је изузетно велики и то не само са аспекта концепта стварног власника прихода. Потребно је нагласити да су промене Коментара које нису биле везане за чланове 10-12 Модел-конвенције OECD, индиректно утицале на интерпретацију концепта стварног власника.

2.1.1. Опште измене Коментара са индиректним утицајем на концепт стварног власника

Наиме, OECD је у јануару 2003. године објавила продужену верзију Коментара на члан 1 Модел-конвенције OECD са сврхом да разјасни:¹⁹⁹

- проблеме који су се односили на неправилну или абузивну употребу пореских уговора;
- везу између пореских уговора и домаћих антиабузивних мера.

Од 1977. године до почетка 2003. године, став 7 коментара на члан 1 Модел-конвенције OECD је истицао да је сврха билатералних пореских уговора да се подстакну међународна трговина и инвестиције и то елиминисањем двоструког опорезивања.²⁰⁰ Међутим, Коментар је даље наводио да порески уговори не би требало да помажу избегавању плаћања пореза и пореској евазији.²⁰¹ На основу препорука из претходног Извештаја о штетном пореском надметању²⁰², OECD је 2003. године у истом ставу Коментара на члан 1 Модел-конвенције навела да је сврха конвенције такође и спречавање избегавања плаћања пореза и пореске евазије.²⁰³ Спречавање пореске евазије и избегавања плаћања пореза тако постаје један од циљева Конвенције и државе нису у обавези да одобре користи из уговора у случају злоупотребе одредаба

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Brian J. Arnold, Stef van Weeghel, "The Relationship between tax treaties and domestic anti-abuse measures", *Tax treaties and domestic law* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2006, 81.

²⁰⁰ *Ibid.*, 82.

²⁰¹ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, Paris, 1992, ст. 7 чл. 1 Коментара.

²⁰² Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, Recommendation 9 и 10, ств. 118, 119 и 125.

²⁰³ B. J. Arnold (2016), 167.

Конвенције.²⁰⁴ Видећемо у каснијим излагањима индиректни утицај наведеног ревидираног става на интерпретацију концепта стварног власника, посебно на његову антиабузивну функцију.

Коментар је такође решио питање односа домаћих антиабузивних норми и пореских уговора на које је указивао Извештај о штетном пореском надметању, и наводио је два угла сагледавања овог проблема од стране држава. У оквиру првог контекста сагледавања овог проблема Коментар је наводио:²⁰⁵

„За многе државе, злоупотреба одредаба пореске конвенције може такође бити окарактерисана као злоупотреба одредаба домаћег закона у оквиру којег је порез наметнут. За ове државе јавља се питање да ли одредбе пореске конвенције могу да спрече употребу домаћих антиабузивних мера.“

Даље, Коментар је наводио и други угао сагледавања овог проблема:²⁰⁶

„Друге државе преферирају да неке злоупотребе класификују као злоупотребу саме конвенције, супротно од злоупотребе домаћег права. Ове државе сматрају да им добра конструкција пореске конвенције дозвољава да занемаре абुзивне трансакције, као што су оне чији је циљ искоришћавање ненамераваних користи у оквиру одредаба ове конвенције. Оваква интерпретација произилази из предмета и сврхе пореских конвенција, као и из обавезе њиховог тумачења у доброј вери (по члану 31 Бечке конвенције).“

За оба ова прилаза, државе нису морале да одобре користи из уговора ако се трансакција заснивала на злоупотреби уговора, односно Коментар је јасно указивао да је употреба домаћих антиабузивних мера у сагласности са пореском конвенцијом.²⁰⁷ Коментар није пружао објашњење шта се сматрало абुзивном трансакцијом, али пружао је „водећи принцип“ (енг.: *guiding principle*),²⁰⁸ који је гласио:²⁰⁹

„Важно је напоменути, међутим, да не би требало олако претпоставити да порески обвезник врши абузивну трансакцију како је то горе објашњено. Треба се водити принципом да погодности из уговора о избегавању двоструког опорезивања не би требало да буду доступне онима којима је главна намера при ступању у одређене трансакције или уговорне односе била да осигурају повољнију пореску позицију, и да остваре такав повољнији третман у околностима у којима би то било противно предмету и сврси релевантних одредаба.“

У претходној верзији, Коментар²¹⁰ је наводио да порески обвезници могу да искористе разлике у пореским системима држава, а да је такво искоришћавање убрзано ширењем билатералних пореских уговора.²¹¹ Као решење, Коментар је навео уношење домаћих антиабузивних правила у сам порески уговор.²¹² Видимо да је Коментар у овом правцу прихватио препоруку из Извештаја о штетном пореском надметању, али исто тако направљен је пропуст који до данас није решен. Наиме, Коментар је навео да непостојање конфликта између домаће антиабузивне норме и пореског уговора не значи да су специјалне антиабузивне мере у оквиру

²⁰⁴ B. J. Arnold, S. van Weeghel, 101.

²⁰⁵ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, Paris, 2003, ст. 9.2, чл. 1 Коментара.

²⁰⁶ *Ibid.*, ст. 9.3, чл. 1 Коментара.

²⁰⁷ L. Oats *et al.*, 500.

²⁰⁸ B. J. Arnold, S. van Weeghel, 86.

²⁰⁹ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2003, ст. 9.5, чл. 1 Коментара.

²¹⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 1992, ст. 7 чл. 1 Коментара.

²¹¹ B. J. Arnold, S. van Weeghel, 82-83.

²¹² *Ibid.*

уговора непотребне.²¹³ Поставља се питање, да ли постојање специјалне антибузивне мере у оквиру уговора може довести до тога да се домаћа антибузивна правила не примењују у контексту уговора.²¹⁴ Одредба о стварном власнику прихода се може сматрати специјалном антибузивном мером.²¹⁵ Ако држава у оквиру домаћег закона има одредбу о стварном власнику прихода која је другачије дефинисана од исте одредбе из уговора, да ли таква уговорна мера преклудира антибузивну домаћу меру?²¹⁶ Званични Коментар до данас није одговорио на ово питање, али једна од великих мана овог концепта јесте примена појма у уговорима чија дефиниција постоји само у Коментару, па се можемо запитати да ли се наведени пропуст Коментара у вези члана 1 из 2003. године може односити на концепт стварног власника јер његова дефиниција у већини пореских уговора не постоји.

2.1.2. Ревизија концепта стварног власника прихода у оквиру Коментара

У складу са ревизијом Коментара на члан 1, промењени су и ставови Коментара у односу на чланове 10-12 Модел-конвенције, али дефиниција појма стварног власника прихода у оквиру саме конвенције није пружена. У сваком случају учињен је први велики корак ка разјашњавању термина стварног власника.

Коментар је посветио три посебна става концепту стварног власника за чланове 10-12 Модел-конвенције OECD где је наведено следеће:²¹⁷

„Услов стварног власништва је уведен у оквиру става 2 члана 10 да разјасни значење речи „плаћено...резиденту“, а које су коришћене у ставу 1 овог члана. Постаје јасно да земља извора није у обавези да одустане од свог пореског захтева за дивиденде само на основу чињенице да је приход непосредно примљен од стране лица који је резидент државе са којом држава извора има закључен порески уговор. Термин стварног власника није коришћен у уском техничком значењу, већ треба бити схваћен у свом контексту у оквиру предмета и сврхе Конвенције, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенцију фискалне евазије и избегавања плаћања пореза.“

Пре свега, Коментар је као разлог укључивања концепта стварног власника у оквиру члана 10 Модел-конвенције навео разјашњење значење речи „плаћено...резиденту.“ Видимо да је овај став указивао на став 7 Коментара члана 1, односно као предмет и сврху наводио је и спречавање фискалне евазије²¹⁸ и избегавање плаћања пореза,²¹⁹ што је битно утицало на антибузивну функцију концепта стварног власника, а што ћемо видети у даљем тексту. Такође, овај став указивао је на разлику између домаће норме о стварном власнику прихода и

²¹³ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2003, ст. 9.6, чл. 1 Коментара.

²¹⁴ B. J. Arnold, S. van Weeghel, 87.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2003, ст. 12, чл. 10 Коментара.

²¹⁸ У овом раду користимо изразе попут „фискална евазија“, „евазија пореза“, „незаконита евазија“, „утаја пореза“ а у сврху означавања радњи које порески обвезник предузима и тиме крши законске прописе и чини кривично дело. Вид.: Marcus Livio Gomes, „The DNA of the Principle Purpose Test in the Multilateral Instrument“, *Intertax*, Volume 47 Issue 1, 2019, 69.

²¹⁹ У овом раду користимо изразе попут „избегавање плаћања пореза“, „законита нелегитимна евазија пореза“, а у сврху означавања радњи које порески обвезник предузима, али тиме не чини кривично дело, већ искоришћава „рупе у закону“, односно недовољно добро дефинисане одредбе у закону, или искоришћава хибридно непоклапање два пореска система, или се користи техником пробирања уговора/чланова. Вид.: Marco Gregg, „Avoidance and Abus De Droit: The European Approach in Tax Law“, *Journal of Tax Research* Volume 6 Issue 1, 2008, 24.

контекста стварног власника прихода у оквиру предмета и сврхе конвенције. Иако ово разликовање није потпуно, поновимо, ово је био почетак дефинисања концепта стварног власника прихода, где су тек почели да се уочавају проблеми везани за наведени концепт. Велики недостатак већ у првом ставу било је непостојање конкретне дефиниције стварног власника прихода, што је даље омогућило државама да флексибино интерпретирају наведени појам у складу са чињеницама конкретног случаја.²²⁰ Коментар је смањивао ризик од превелике флексибилности у тумачењу наводећи да појам стварног власника не би требало тумачити у уском техничком значењу које се том појму приписивало у домаћим законима.²²¹

Даље, Коментар је наводио:²²²

„Уколико је приход примљен од стране резидента државе уговорнице, а који делује у својству агента или номиналног власника, не би било у складу са предметом и сврхом Конвенције да држава извора одобри користи из уговора само на основу чињенице да је непосредни прималац прихода резидент друге државе уговорнице. Непосредни прималац прихода се у овој ситуацији квалификује као резидент, али не може доћи до дуплог опорезивања на основу статуса резидента, јер се такав прималац не сматра власником прихода за пореске сврхе у земљи резидентства. Такође, не би било у складу са предметом и сврхом Конвенције да земља извора одобри користи из уговора у случајевима када резидент друге државе уговорнице не послује као агент или номинални власник, али зато послује као проточна компанија за друго лице које у суштини прима користи наведеног прихода. Због наведених разлога, Извештај Комитета фискалних послова под називом Конвенција о двоструком опорезивању и употреба проточних компанија доноси закључак да проточна компанија не може бити сматрана за стварног власника прихода иако јесте формални власник, јер у пракси има врло уска овлашћења поводом коришћења тог прихода, а послује у својству фидуцијара, односно администратора који делује за рачун других заинтересованих страна.“

Извештај је поред агената и номиналних власника, наводио и проточне компаније као посреднике којима користи из уговора не би требало да буду одобрене, а Комитет за фискалне послове OECD у оквиру Коментара 2003. године заузео је исти став и наведени Извештај је поменуо у ставовима 12.1, 8.1, односно 4.1. Коментара на чланове 10-12.²²³ Овај став је такође преузет и из Извештаја о оспоравању користи из уговора, који је увео додатну конфузију у Коментар чланова 10-12, јер је наглашавао и потврдио широку интерпретацију појма стварног власништва тиме што су се поред агената и номиналних власника, наводиле и проточне компаније као лица која не могу бити сматрана за стварне власнике прихода.²²⁴ OECD није навела дефиницију проточне компаније, па се овај став могао тумачити тако да се свака холдинг компанија која поседује инвестициону имовину коју држи у корист својих акционара, не би могла сматрати стварним власником прихода.²²⁵ Међутим, Извештај о проточним компанијама је ипак указивао да је мало вероватно да довољно информација буде доступно у већини случајева да се ускрате користи из уговора холдинг компанији.²²⁶ Из наведеног разлога, Коментар је оставио могућност државама да при преговорима око закључења уговора, посебно

²²⁰ R. Irawan, 40.

²²¹ *Ibid.*

²²² Model Tax Convention on Income and on Capital, 2003, ст. 12.1, чл. 10 Коментара.

²²³ C. J. Finnerty, P. Merks, M. Petriccione, R. Russo (ed.), 230.

²²⁴ Susi Hjorth Baerentzen, “Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?”, *World Tax Journal*, vol. 12, No.1, 2020, 32.

²²⁵ R. Irawan, 40.

²²⁶ *Ibid.*

размотре питање стварног власништва у случају са холдинг и инвестиционим компанијама.²²⁷ Ово питање се разрешило ревизијом Коментара 2014. године.²²⁸

У последњем ставу Коментар је навео да погодности из уговора могу бити одобрене ако се посредник у виду агента или номиналног власника налази у држави уговорници или у трећој држави, али је стварни власник резидент друге државе уговорнице.²²⁹ С обзиром на то да се овако дефинисана одредба задржала и у наредним верзијама Коментара све до 2017. године²³⁰, у оквиру појашњења ове верзије Коментара, осврнућемо се на логику овог става и на један специфичан судски случај који се односио на раздобље после ревизије Коментара из 2003. године. Наиме, према овом ставу, користи из уговора између државе А и Б биле би омогућене иако би се агент или номинални власник налазио у држави Б или Ц, докле год би се стварним власником могло сматрати лице, резидент државе Б, а са друге стране, уколико би посредник био у држави Ц, не би се применио уговор између држава А и Ц, уколико би исти уопште и постојао.

У једном случају, порески обвезник је тако поставио структуру да директни примаоци прихода видно буду квалификовани као посредници, како би се он, као крајњи власник прихода, сматрао стварним власником прихода.²³¹ Структура је постављена на следећи начин. Порески обвезник из Аустрије, основао је компанију у Лихтенштајну (на даље: PS), која је даље основала компанију у Панами (на даље: PHI), која је затим заједно са панамском фирмом у власништву брата обвезника из Аустрије основала заједничку нову панамску компанију (на даље: ICHF).²³² Панамска компанија ICHF основала је компанију на Британским Девичанским Острвима (на даље: UCI) која је на крају основала две фирме у Швајцарској (на даље: FBA и CFG). Компанија FBA је од 2008. до 2011. године дистрибуирала годишње 1.500.000 фунти својим акционарима, док је фирма CFG својим акционарима у истом периоду дистрибуирала 1.000.000 фунти годишње.²³³ Порески уговор између Швајцарске и Британских Девичанских Острва није постојао, а порески обвезник из Аустрије се позивао на пореске погодности из уговора између Швајцарске и Аустрије из разлога што је сматрао да је он стварни власник прихода. Занимљиво је да тадашња верзија уговора није садржала услов стварног власништва,²³⁴ међутим видећемо касније да то није први пут да Швајцарска примењује одредбу стварног власништва за уговор који у то време није предвиђао испитивање услова стварног власништва. Тест стварног власништва над директним примаоцем прихода примениће се у случају да између исплатиоца и директног примаоца прихода постоји порески уговор који омогућава пореске погодности у смислу снижене стопе пореза по одбитку. У овом случају видимо обрнуту структуру где држава (јурисдикција) директног примаоца прихода нема порески уговор са државом резидентства исплатиоца, па се питање стварног власника из члана 10 OECD Модел-конвенције и не поставља. Швајцарски порески систем прописује наплату домаће стопе пореза по одбитку, а затим порески обвезник, нерезидент Швајцарске,

²²⁷ Model Tax Convention on Income and on Capital, 2003, ст. 22, чл. 10 Коментара.

²²⁸ Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014, OECD, Paris, став 12.6. члана 10 Коментара и пратећа фуснота 1.

²²⁹ Model Tax Convention on Income and on Capital, 2003, ст. 12.2, чл. 10 Коментара.

²³⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital OECD, 2017, пар. 12.7 члана 10 Коментара.

²³¹ Вид. пресуду Врховног федералног суда: Bundesgericht, 2C_344/2018, Urteil vom 4. Februar 2020. Преузето са адресе

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_similar_document_s&page=10&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&docid=aza%3A%2F%2F13-12-2004-2A-299-2004&rank=99&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F04-02-2020-2C_344-2018&number_of_ranks=1086 16.2.2021. године.

²³² Bundesgericht, 2C_344/2018, пар. 3.1.

²³³ Ibid.

²³⁴ Ibid., пар. 2.2.1.

може да поднесе захтев за рефундацију позивајући се на порески уговор.²³⁵ Порески обвезник Аустрије је то и урадио, наводећи да је управо он стварни власник дивиденде, а да су остале компаније само посредници у прослеђивању прихода. Након негативних одлука у оквиру управног поступка и нижег слоја судске заштите, порески обвезник поднео је тужбу Федералном Врховном суду Швајцарске. Предмет спора било је питање да ли је резидент Аустрије стварни власник дивиденде коју су исплатиле две швајцарске компаније свом акционару на Британским Девичанским Острвима.²³⁶ Порески обвезник је у тужби навео да је Аустрија њему приписала дивиденде које су дистрибуирале две швајцарске компаније,²³⁷ а затим је изразио став да по швајцарским пореским прописима, уколико постоји злоупотреба норме, требало би се приступити пробијању правне личности, па је даље нагласио да је потребно све посредничке компаније посматрати као транспарентне по домаћим швајцарским прописима.²³⁸ Из докумената суд није могао да утврди да ли је панамска фирма приход даље проследила свом акционару у Лихтенштајну па све до аустријског резидента.²³⁹ Такође, за наведене године у билансу стања панамске фирме РНІ, примљене дивиденде су евидентирани не као капитал већ као обавезе у корист јединог акционара из Лихтенштајна, међутим, није постојала одлука скупштине акционара панамске фирме о расподели дивиденде, па суд није могао са сигурношћу да утврди да ли дошло до прослеђивања дивиденде подносиоцу ове тужбе, који није поднео додатне доказе о потврђивању ових чињеница.²⁴⁰ Суд је одбацио све наводе о транспарентности акционара швајцарских компанија и навео да чињеница приписивања прихода од стране аустријске пореске администрације у случају злоупотребе не може да утиче на околности овог судског спора.²⁴¹ Стога је Врховни суд потврдио пресуду нижег суда.²⁴²

Можемо уочити три ствари. Прво, аустријски резидент се позивао на концепт стварног власништва који у оквиру уговора²⁴³ између Швајцарске и Аустрије није био прописан. Наиме, обично се на одредбу о стварном власништву позивају пореске администрације како би спречиле примену погодности посредничким компанијама, али овде је обрнута ситуација, односно порески обвезник се позивао на наведени концепт како би му погодности из уговора биле одобрене. Друго, ако порески уговор не захтева испитивање стварног власништва, а са друге стране се не прописује да само директни прималац прихода има право да поднесе захтев за рефундацију, формално не постоје препреке за испуњење захтева пореског обвезника из Аустрије, посебно уколико је евидентно из околности случаја да је исти стварни власник дивиденде. Треће, ако је швајцарски Врховни суд већ применио одредбу о стварном власнику, питање је зашто није консултован Коментар чији је став²⁴⁴ ишао у прилог подносиоца рефундације пореза по одбитку, јер тај параграф из Коментара није наводио да држава посредничке компаније мора да има закључен порески уговор са државом резидентства исплатиоца, већ само да ће се применити уговор између државе исплатиоца и државе стварног власника прихода. Видећемо у каснијем излагању да је Швајцарска пре 2003. године користила домаћу одредбу о стварном власнику у сврху превенције злоупотребе уговора, иако

²³⁵ *Ibid.*, пар. 2.2.2.

²³⁶ *Ibid.*, пар. 3.

²³⁷ *Ibid.*, пар. 3.3.

²³⁸ *Ibid.*, пар. 3.4.2.

²³⁹ *Ibid.*, пар. 3.2.

²⁴⁰ *Ibid.*, пар. 3.4.1.

²⁴¹ *Ibid.*, пар. 3.4.6.

²⁴² *Ibid.*, пар. 3.5.

²⁴³ Напомињемо, да ни последњим протоколом уговора између Швајцарске и Аустрије, одредба о стварном власнику није део члана 10 који се односи на дивиденде. Вид.: Convention between the Swiss Federation and the Republic of Austria for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and on capital, as amended through 2012, чл. 10.

²⁴⁴ Model Tax Convention on Income and on Capital, 2003, ст. 12.2, чл. 10 Коментара, У каснијим верзијама број става је промењен али текст остаје исти.

иста није постојала у оквиру пореског уговора. Овде је специфична ситуација, јер порески обвезник Аустрије између себе и компанија из Швајцарске није уметнуо директну посредничку фирму, односно агента или номиналног власника како би искористио погодности из таквог уговора, јер Британска Девичанска Острва нису имала закључен порески уговор са Швајцарском, па тако не можемо поставити питање злоупотребе уговора који не постоји. Са друге стране, уговор између Швајцарске и Аустрије је коришћен да би користи у виду снижене стопе пореза по одбитку биле омогућене резиденту Аустрије који је уједно и стварни власник прихода, на шта је и упућивао став 12.2. Коментара, па тако не видимо да је постојала злоупотреба и овог уговора. Међутим, чини се да овде није било питање да ли постоји злоупотреба уговора између Швајцарске и Аустрије, јер тај уговор не обавезује исплатиоца и директног примаоца, већ само исплатиоца и стварног власника прихода, него је питање више било везано за приписивање прихода јер је подносилац тужбе навео како му је приход од дивиденди приписан у Аустрији. Суд није узео тај податак као релевантан за порез по одбитку на дивиденде, јер је мишљења да је Аустрија сматрала правну структуру аранжмана пореског обвезника абוזивном и као меру применила правило за приписивање прихода.²⁴⁵

2.2. Разјашњење значења „стварног власника“ у OECD Модел-конвенцији

Са повећањем броја судских спорова, примећене су различите интерпретације појма стварног власника, што је доводило до правне несигурности.²⁴⁶ Из наведеног разлога, OECD је 29. априла 2011. године објавила нацрт јавне дискусије под називом „Разјашњење значења стварног власника у OECD Модел-конвенцији“, са предлозима измене одредаба Коментара на чланове 10-12 Модел-конвенције.²⁴⁷ Због ризика од двоструког опорезивања и неопорезивања, до којих долази применом различитих интерпретација истог појма, OECD Комитет за фискалне послове, преко Радне групе 1, радио је на предлозима са циљем разјашњавања интерпретације која би требало да буде приписана концепту стварног власника у контексту OECD Модел-конвенције.²⁴⁸

Предлог првог става гласио је:²⁴⁹

„Услов стварног власништва је уведен у оквиру става 2 члана 10 да разјасни значење речи „плаћено...резиденту“, а које су коришћене у ставу 1 овог члана. Постаје јасно да земља извора није у обавези да одустане од свог пореског захтева за дивиденде само на основу чињенице да је приход плаћен директно резиденту државе са којом држава извора има закључен порески уговор (Остатак овог става чини део новог става 12.1.).“

Већ у ставу 12 видимо измену у односу на верзију Коментара из 2003. године, јер се у поменутом документу користио израз „приход плаћен директно“ уместо „приход непосредно примљен од“, и део става је пребачен у наредни став.

Следећи предлог става је био нов у односу на верзију из 2003. године и гласио је:²⁵⁰

²⁴⁵ Bundesgericht, 2C_344/2018, пар. 3.4.6.

²⁴⁶ R. Vann (2013), 304.

²⁴⁷ M. Zuk, 319-320.

²⁴⁸ Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, 29 April 2011 to 15 July 2011, OECD, 2.

²⁴⁹ *Ibid.*, став 12.1, стр. 3.

²⁵⁰ *Ibid.*

„Пошто је термин стварног власника додат да укаже на потенцијалне потешкоће које произилазе из употребе речи „плаћено...резиденту“ у ставу 1, намеравано је да буде интерпретиран у овом контексту а не да се односи на техничко значење које може да има у оквиру домаћих закона одређених земаља (у суштини, када је он додат у наведени став, термин није имао прецизно значење у законима многих држава)²⁵¹. Појам стварног власника се не користи у уском техничком значењу (какво има у оквиру закона о трастовима многих држава које примењују англосаксонско право), већ би требало да буде схваћен у свом контексту, конкретно у релацији са речима „плаћено... резиденту“, као и у светлу предмета и сврхе Конвенције, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенције фискалне евазије и избегавања плаћања пореза. Ово не подразумева да је значење стварног власника по домаћем закону аутоматски ирелевантно за интерпретацију овог појма у контексту овог члана: домаће значење појма је применљиво у обиму који је конзистентан са општим навођењима из Коментара“.

Новина овог предлога се огледала у конкретнијем навођењу шта се сматрало под уским техничким значењем наводећи законе о трасту у државама које примењују англосаксонско право. Међутим, последње две реченице су конфликтне јер се прво наводило да је појам стварног власника требало да буде свхаћен у свом контексту, који се извлачи из предмета и сврхе Модел-конвенције, а потом се наводило да се домаће значење наведеног појма не би требало аутоматски занемарити ако је у складу са општим навођењима из Коментара. Циљ овог предлога је требало да буде спречавање различите интерпретације која може довести до двоструког опорезивања или неопорезивања, али последњом реченицом овог предложеног става, остављала се велика слобода у одлучивању шта јесте или није у складу са општим нормама Коментара у конкретним случајевима, што је на крају могло довести опет до различитих интерпретација.

Наредна два предложена става су остала скоро неизмењена, осим што су се користили изрази „плаћени резиденту“ и „директни прималац“ уместо израза „примљен од резидента“ и „непосредни прималац“, а гласили су:²⁵²

„Уколико је приход плаћен резиденту државе уговорнице, а који делује у својству агента или номиналног власника, не би било у складу са предметом и сврхом Конвенције да држава извора одобри користи из уговора само на основу чињенице да је директни прималац прихода резидент друге државе уговорнице. Директни прималац прихода се у овој ситуацији квалификује као резидент, али не може доћи до дуплог опорезивања на основу статуса резидента, јер се такав прималац не сматра власником прихода за пореске сврхе у земљи резидентства. Такође, не би било у складу са предметом и сврхом Конвенције да земља извора одобри користи из уговора у случајевима када резидент друге државе уговорнице, не послује као агент или номинални власник, али зато послује као проточна компанија за друго лице које у суштини прима користи наведеног прихода. Због наведених разлога, Извештај Комитета фискалних послова под називом Конвенција о дуплом опорезивању и употреба проточних компанија доноси закључак да проточна компанија не може бити сматрана за стварног власника прихода иако јесте формални власник, јер у пракси има врло уска овлашћења

²⁵¹ На пример: уколико трасти дискреционог траста не дистрибуира дивиденде које су зарађене током одређеног периода, такав трасти, који делује у сопственом капацитету (или траст ако се сматра одвојеним пореским обвезником), може бити сматран за стварног власника таквог прихода за сврху члана 10, без обзира на релевантни закон о трасту који може да прави разлику између правног и стварног власника. Вид.: Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, фуснота 1 за став 12.1, стр. 3.

²⁵² *Ibid.*, ст. 12.2 и 12.3., стр. 3 и 4.

поводом коришћења тог прихода, а послује у својству фидуцијара, односно администратора који делује за рачун других заинтересованих страна.“

Наредни предложени став требало је да разјасни ко је заправо стварни власник прихода.²⁵³

„У овим разним примерима (агенти, номинални власници и проточне компаније које делују у својству фидуцијара или администратора), прималац дивиденде није стварни власник прихода јер такав прималац нема пуно право да користи и убира плод дивиденде које прими и те дивиденде нису његове; таква права овог примаоца над примљеним дивидендама су ограничена јер је он у обавези (уговорној, фидуцијарној или другој обавези) да примљени приход проследи другом лицу. Прималац дивиденде јесте стварни власник такве дивиденде уколико има пуно право да користи и убире плодове примљене дивиденде без ограничења у смислу постојања уговорне или законске обавезе прослеђивања прихода другом лицу. Таква обавеза нормално произилази из релевантних правних докумената, али може такође постојати услед чињеница и околности које указују да, суштински, прималац очигледно нема пуно право да користи и убира плод дивиденде; такође, коришћење и уживање у плодовима дивиденде мора бити разликовано од правног власништва, као и од коришћења и уживања у плодовима акција на основу којих се исплаћују дивиденде.“

Иако је циљ овог става био да се разјасни ко се сматра, односно не сматра стварним власником дивиденде, постигло се управо супротно, и проблеми и конфузија постали су још већи.²⁵⁴ Наиме, проблем је представљао израз „пуно право да користи и ужива у плодовима дивиденде“, јер није било јасно колики обим права, односно моћи над тим приходом неко лице мора да има да би се сматрало стварним власником.²⁵⁵ Нацрт предлога у овом ставу није успео да укаже на есенцијалне факторе који разликују лице које нема стварно власништво од лица које има ограничена права над примљеним приходима али пролази границу теста стварног власништва.²⁵⁶ Такође, овај став је био контрадикторан са ставом 12.1. који је наводио да појму стварног власника прихода не би требало приписивати уско значење које оно има као на пример у закону о трасту разних држава, наводећи у фусноти пример када се трасти (или траст ако је препознат као засебни порески обвезник) може сматрати стварним власником за сврху члана 10 Конвенције. Наиме, сваки трасти, односно траст, има фидуцијарну обавезу да примљени приход исплати другим лицима у складу са уговором о трасту, па тако, читајући став 12.4 при слободнијој интерпретацији, могао се стећи утисак да трастови никада не би могли бити сматрани за стварног власника, што није била намера аутора нацрта предлога.²⁵⁷

Поновимо, широким тумачењем става 12.1 члана 10 Коментара из 2003. године, могло се закључити да холдинг компаније не могу бити стварни власници прихода, већ само њихови акционари у чије име таква компанија држи инвестициону имовину (нпр. дивиденде). Предлог новог става делимично је отклонио овакво тумачење јер је јасније наводио да власништво над акцијама и приходом од акција није иста ствар и да члан 10 Конвенције подразумева само други наведени тип власништва, а што је делом потврђивао и предложени став 12.6. члана 10. Међутим, видећемо да су еминентни стручњаци у области пореског права, у одговору на нацрт дискусије, указали да су пореске управе и даље могле холдинг компаније да окарактеришу као проточна друштва, јер је крајња сврха таквих компанија да администрирају приходима које на крају преносе својим акционарима, иако приход не прослеђују одмах и имају право

²⁵³ *Ibid.*, ст. 12.4., стр.4.

²⁵⁴ R. Irawan, 41.

²⁵⁵ R. Vann (2013), 304 и 305.

²⁵⁶ R. Irawan, 41.

²⁵⁷ R. Vann (2013), 305.

располагања над тим приходом.²⁵⁸ Наведени стручњаци су према томе предлагали и изричиту формулацију за холдинг компаније да крајња обавеза да се приход проследи акционарима, ако холдинг компанија има моћ располагања над приходом и не прослеђује га одмах, не укида статус стварног власника прихода холдинг компанији.²⁵⁹

Сврха наредног предложеног става је била да се делимично разграничи концепт стварног власника, који је у том моменту имао јаснију антибузивну функцију, са осталим антибузивним мерама, а гласио је:²⁶⁰

„Чињеница да се прималац дивиденди сматра стварним власником те дивиденде не значи да ограничење опорезивања предвиђено ставом 2 треба аутоматски да буде одобрено. Ограничење опорезивања не би требало да буде одобрено у случају злоупотребе ове одредбе (види такође ставове 17 и 22 у наставку). Као што је објашњено у делу „Злоупотреба Конвенције“ у Коментару члана 1, постоје бројни начини за управљање ситуацијама где се јављају проточне компаније и случајеви са „treaty shopping“ аранжманима. Ови начини укључују специфичне антибузивне одредбе у уговорима, општа антибузивна правила и приступе који се ослањају на суштину изнад форме, односно економску суштину. Иако се концепт стварног власника бави неким облицима избегавања плаћања пореза (тј. облицима који укључују постављање примаоца који је под обавезом да проследи дивиденду другом лицу), он се не бави другим случајевима који подразумевају аранжмане са пробирањем уговора и не сме се сматрати да ограничава примену других приступа намењених решавању оваквих случајева.“

Видећемо касније каква је могућа интерпретација овог става у релацији са другим ставовима и члановима, а у сврху поналажења интеракције и везе између концепта стварног власника са једне и ТОЦ и КОП са друге стране. Ако узмемо у обзир проблеме који се везују за наведени концепт, видећемо да је овај став изузетно нејасан и недовољно дефинисан, па су могуће различите интерпретације.

Последња новина коју је предлагао овај нацрт гласила је:²⁶¹

„Претходно наведена објашњења у вези са значењем појма стварни власник јасно стављају до знања да значење овог термина у контексту овог члана треба разликовати од другачијег значења које је додељено овом термину у контексту других инструмената који се тичу утврђивања лица (обично су у питању појединци) који имају крајњу и коначну контролу над друштвима или средствима. Та другачија значења стварног власника не могу се применити у контексту овог члана. Значење које се односи на физичка лица (тј. појединце) не може се довести у везу са изричитом формулацијом тачке а) става 2, који се односи на ситуацију у којој је компанија стварни власник дивиденде. С обзиром на то да је у контексту члана 10, термин стварног власника намењен ублажавању потешкоћа насталих услед коришћења речи „исплаћује“ у односу на дивиденде, а не потешкоћа у вези са власништвом акција у компанији која исплаћује дивиденде, не би било прикладно, у контексту тог члана, разматрати значење које се односи на појединце који имају коначну ефективну контролу над правним лицем или аранжманом.“

²⁵⁸ OECD Discussion Draft “Clarification of the Meaning of „Beneficial Owner“ in the OECD Model Tax Convention”, Response by John Avery Jones, Richard Vann and Joanna Wheeler, 15 July 2011, 3 и 4.

²⁵⁹ *Ibid.*, 5

²⁶⁰ Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, ст. 12.5., стр. 4.

²⁶¹ *Ibid.*, ст. 12.6., стр. 4.

Коментар је наглашавао и наводио неколико случајева у којима се појам стварног власника појављивао, али не у смислу члана 10-12 Модел-конвенције као стварни власник прихода.²⁶² Овај став је додатно отклањао могућност евентуалне широке интерпретације да холдинг компанија не може бити стварни власник дивиденде, с обзиром на то да се јасно разграничавало власништво над акцијама у виду крајње контроле и над приходима од акција у виду дивиденде, где се наводило да се за сврху члана 10 не сме узети у обзир контекст појма стварног власника како наводе други документи.

Последњи став 12.7 остао је исти као став 12.2 члана 10 Коментара из 2003. године, без икаквих измена.

Након изнетих предлога нових ставова за ревидирани Коментар, 39 заинтересованих страна²⁶³ је упутило своје коментаре OECD. Навешћемо само неке.

2.2.1. Коментари IBFD на предлоге нових ставова у оквиру новог ревидираног Коментара OECD

Што се тиче материјалног дела дефиниције појма стварног власника, Међународни биро за фискалну документацију (даље: IBFD - the International Bureau of Fiscal Documentation), пре свега, сматрао је да је наведеном појму приписано пуно дефиниција и да није постојала конзистентност.²⁶⁴ Међутим, да би постојала конзистентност у интерпретацији, IBFD је сматрао да је потребно мењати не само Коментар него и Модел-Конвенцију, али ако се већ врши ревизија само Коментара, потребно је да се у исти унесе експлицитна изјава да је намера ових измена била да се поставе нови стандарди у интерпретацији наведеног појма.²⁶⁵ Такође се наводило да нацрт дискусије није пружао конкретан одговор на питање шта значи техничко значење, већ се само указивало на закон о трасту, који је важан део својинског, односно имовинског закона (енг.: property law) у државама које припадају англосаксонском систему права.²⁶⁶ Нејасно је да ли је предложени став 12.1 наводио да се не сме прибегавати интерпретацији из својинског закона, већ се може прибегавати само дефиницији стварног власника из пореског закона.²⁶⁷ Фуснота у којој је дат пример за трастија као стварног власника, наводило се да ако трасти, или сам траст, не дистрибуира дивиденде у одређеном периоду, исти би се сматрао стварним власником за сврху члана 10, иако не би по домаћем закону о трасту био сматран за стварног власника.²⁶⁸ Међутим, у предложеном ставу 12.4 захтевало се да стварни власник има пуно право да ужива и убире плодове дивиденде, а трасти по сили закона не може да има такво право чак ни у случају да не дистрибуира дивиденде бенефицијару, па тако овај пример није био у сагласности са дефиницијом из главног текста.²⁶⁹ Последњи коментар упућен самој дефиницији овог појма, односио се на израз „пуно право да

²⁶² *Ibid.*, ст. 12.6., фусноте 1 и 2, стр.4.

²⁶³ Сви коментари доступни су на адреси

<http://www.oecd.org/tax/treaties/publiccommentsreceivedonthediscussiondraftonthemeaningofbeneficialownerintheoecdmodeltaxconvention.htm>, приступљено дана 4.3. 2021.

²⁶⁴ Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Response from IBFD Research Staff, 2011, 2.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Ibid.*, 3.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, фуснота 1 за став 12.1, стр. 3.

²⁶⁹ Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Response from IBFD Research Staff, 3.

користи и ужива у плодовима дивиденде“. На основу овакве изјаве могло се прибећи тумачењу да само једно лице може имати пуно право коришћења и убирања плодова, али је IBFD указао на судски случај *Falcon*²⁷⁰ где је суд у Холандији сматрао да у оквиру једне исплате дивиденде могу постојати два економска власника, којима је омогућена примена афилијационе привилегије.²⁷¹ У ситуацијама сличним наведеном случају у Холандији, IBFD је сматрао да постоји опасност да рестриктивним тумачењем наведеног израза, уговорна заштита буде ускраћена лицима који имају подељено економско власништво над дивидендама, јер ни једно лице у таквој ситуацији не би могло да тврди и докаже да поседује пуно право коришћења и убирања плодова дивиденде.²⁷²

Предложени став 12.4 из нацрта дискусије као лица која се не могу сматрати стварним власницима наводио је агенте, номиналне агенте и друга лица која имају сличне карактеристике и немају пуно право да располажу и убиру плодове дивиденде јер је то право ограничено правном или уговорном обавезом да примљени приход проследи другом лицу.²⁷³ IBFD је навео да постоји широки спектар обавеза које могу да се наметну директном примаоцу прихода, а неке од њих не би требало да спрече да се порески обвезник окарактерише као стварни власник прихода.²⁷⁴ Наиме, наведена су два примера оваквих обавеза где:²⁷⁵

- поверилац, на основу судског налога, замрзава све приходе дужника, па тако дужник није више у могућности да слободно располаже својим приходом;
- је једна индивидуа у обавези да плаћа алиментацију бившем супружнику. Приход ове индивидуе се састоји од ограничене плате и портфолио инвестиција, па тако обавеза да се плати алиментација у суштини значи да та индивидуа више нема слободу да одлучује како да користи тај приход.

Делује мало вероватно да се лица којима су наметнуте такве обавезе не сматрају стварним власницима прихода, али ако се чита став како је предложен у нацрту дискусије, може се тумачити да лица којима су наметнуте обавезе да се приход проследи и немају право коришћења истог, не би могла бити стварни власници таквог прихода.²⁷⁶ IBFD је препоручио да се направи јасна разлика између самог постојања обавезе да се проследи приход и природе такве обавезе.²⁷⁷

2.2.2. Коментари SIFMA асоцијације поводом предлога нових ставова за чланове 10-12 Модел-конвенције OECD

Асоцијација за индустрију хартија од вредности и финансијска тржишта (даље: SIFMA - Securities Industry and Financial Markets Association) поднела је неколико коментара везаних за нацрт дискусије OECD. SIFMA, пре свега, наводила је да је за разјашњење појма стварног власника прихода потребна јединствена дефиниција, јер државе имају различите пореске

²⁷⁰ Hoge Raad, BNB 2003/34, No. 36272, 22 November 2002., *Falcon Case*.

²⁷¹ Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Response from IBFD Research Staff, 3.

²⁷² *Ibid.*, 3 и 4.

²⁷³ Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, ст. 12.4., стр. 4.

²⁷⁴ Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Response from IBFD Research Staff, 4.

²⁷⁵ *Ibid.*, 4.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ *Ibid.*

системе, а многе државе због нејаснића око интерпретације овог појма, престале су да исти примењују у оквиру својих пореских уговора.²⁷⁸

Први коментар односио се на предложени став 12.4, где је SIFMA сматрала да у оквиру широких свакодневних економских веза многе уговорне и правне обавезе могу постојати, али неке од њих не би требало да доведу до губитка статуса стварног власника прихода и навели су неколико примера:²⁷⁹

- холдинг компанија која је објавила своју намеру да дистрибуира добит својим јавним акционарима, на основу такве ситуације, могло би се рећи да таква компанија има правну или уговорну обавезу да својим акционарима проследи камате и дивиденде које је примила од својих филијала;
- удео у трасту, по сили закона захтева од траста да примљени приход даље дистрибуира бенефицијарима.

Даље, поводом ових примера, SIFMA је сматрала да ови примери не потпадају под намеравани обим Коментара OECD, али се чинило да језичко тумачење предложеног става указује на супротно.²⁸⁰

На крају, SIFMA је навела да је потребно да Коментар OECD садржи тачне параметре и тежину таквих параметара, а у циљу одређивања стварног власника прихода како би се учврстила правна сигурност.²⁸¹ Предложили су да се у обзир узму економска права²⁸² или законска права²⁸³ на коришћење и уживања у плодовима дивиденде или камате у оквиру домаћег права.²⁸⁴

2.2.3. Коментари STEP удружења поводом предлога нових ставова за чланове 10-12 Модел-конвенције OECD

Удружење стучњака за траст и имовину (даље: STEP - The Society of Trust and Estate Practitioners) упутило је два коментара поводом решавања питања траста у оквиру концепта стварног власника за чланове 10-12 Модел-конвенције OECD.

Наиме, први коментар се односио на предложени став 12.1 који уско техничко значење појма стварног власника повезује само са законом о трасту држава које примењују англосаксонско право. STEP је наводио да термин стварног власника није дефинисан само у оквиру домаћег закона о трасту, већ се може у разним контекстима исто тако наћи и у пореским домаћим законодавствима, законима о спречавању прања новца и у пореским уговорима.²⁸⁵ Удружење је сматрало да је потребно да OECD обезбеди јединствену дефиницију стварног власника, јер су се државе, а и Европска унија (даље: ЕУ) угледале на OECD који на њих има јак утицај, а као пример навело је познати случај *Indofood* где је суд УК изричито навео да се термин

²⁷⁸ SIFMA, response to: Discussion Draft – Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention (the “Discussion Draft”), July 19, 2011, 1.

²⁷⁹ *Ibid.*, 2.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Ibid.*, 3.

²⁸² Као што су на пример: ризик од губитка и могућност за стварање добити.

²⁸³ Као што су на пример: права на гласање у скупштини акционара и право на улагање вета.

²⁸⁴ SIFMA, response to: Discussion Draft – Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention (the “Discussion Draft”), 3 и 4.

²⁸⁵ Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, Response from the Society of Trust and Estate Practitioners, July 2011, 1.

стварног власника не треба посматрати из угла домаћих закона, већ је потребно применити наведени термин у контексту међународног фискалног значења.²⁸⁶

Други коментар упућен је предложеном ставу 12.4 у ком се наводило да се стварним власником неће сматрати лице које нема пуно право да користи и убира плодове дивиденде и које има уговорну, правну или другу обавезу да приход проследи другом лицу. СТЕР је сматрало да ОЕСД није довољно пажње посветила трастовима, па је пратећа фуснота²⁸⁷ става 12.1 у супротности са целим ставом 12.4, јер је траст, односно трасти према уговору о трасту, увек у обавези да на крају примљени приход проследи бенефицијару у чију корист је и основан траст.²⁸⁸ Међутим, СТЕР се слагало са констатацијом из фусноте да ако трасти, или траст као засебан порески обвезник, у одређеном периоду не би дистрибуирао дивиденду бенефицијару, сматрао би се стварним власником дивиденде, иако по домаћем закону, стварни власник дивиденде може бити само бенефицијар.²⁸⁹ ОЕСД није навела дужину периода у ком трасти, односно траст не сме да дистрибуира дивиденду да би се сматрао стварним власником прихода, што је могло довести до одређених злоупотреба, па је тако СТЕР сматрало да је било потребно одредити експлицитно дужину периода.²⁹⁰

2.2.4. Коментари еминентних пореских стручњака поводом предлога нових ставова за чланове 10-12 Модел-конвенције ОЕСД

Заједничке коментаре на предлог нових ставова изнели су заједнички Џон Ејвери Џонс (John Avery Jones), Ричард Ван (Richard Vann) и Џоана Вилер (Joanna Wheeler). Они су указали на проблеме који су други коментатори већ навели, па исте нећемо понављати, већ ћемо се задржати само на посебним предлозима наведених еминентних стручњака.

Пре свега, указано је на чињеницу да би концепт стварног власништва требало да се постави само за одређене ставке прихода а у оквиру става 12.4 који се односио на постојање обавеза да се приход проследи другом лицу.²⁹¹ Уколико за тачно одређену ставку прихода постоји обавеза да се иста проследи другом лицу, може се применити тест стварног власништва, међутим, уколико директни прималац прихода има обавезу да проследи приход, али без одређивања коју тачно ставку прихода од све укупног прихода који му пристиже он мора да проследи, односно он има моћ бирања коју ће ставку прихода проследити за обавезу коју он одабере (уколико их има више), па се у овом случају, према наведеним коментаторима, односно за овакву врсту обавеза прослеђивања прихода, наведени тест не би требало уопште ни примењивати.²⁹²

Даље, предлагали су да се изричито наведе да ће се, уколико неко лице прима одређени приход и има право да тај приход тренутно задржи и да га користи по својој вољи, сматрати стварним власником таквог прихода, иако је сасвим сигурно да би у неком моменту у будућности то

²⁸⁶ *Ibid.*, 2.

²⁸⁷ Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, фуснота 1 за став 12.1, стр. 3.

²⁸⁸ Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, Response from the Society of Trust and Estate Practitioners, 2 и 3.

²⁸⁹ *Ibid.*, 3.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ OECD Discussion Draft “Clarification of the Meaning of „Beneficial Owner“ in the OECD Model Tax Convention”, Response by John Avery Jones, Richard Vann and Joanna Wheeler, 5.

²⁹² *Ibid.*, 5.

лице приход даље проследило трећим лицима, што је практично пример са свим правним лицима^{293, 294}.

2.2.5. Коментари компаније Deloitte поводом предлога нових ставова за чланове 10-12 Модел-конвенције OECD

Компанија Deloitte је у свом одговору на нацрт дискусије детаљно образложила своје ставове. Пре свега, у предложеном ставу 12.7. Deloitte је сматрала да је потребна изричита изјава да пореске администрације користе принцип пробијања правне личности (енг.: Look-Through approach) према посреднику који није стварни власник, а који поступа у својству агента, номиналног власника или проточне компаније са карактеристикама фидуцијара или администратора, али да се ограничена стопа пореза по одбитку задржи према стварном власнику прихода, без обзира на посреднички ентитет.²⁹⁵

Предложени став 12.4 наводио је, поновимо, да се стварним власником неће сматрати лице које има обавезу (уговорну, правну или проистеклу из околности случаја) да приход проследи другом лицу. Deloitte је навела да је потребно јасно написати ко сноси терет доказивања постојања таквих обавеза и сматрала је да је пореска управа у обавези да такве доказе обезбеди.²⁹⁶ Такође, ова компанија је била мишљења да је фраза „у суштини“ двосмислена јер је могла да указује на доказе попут правних докумената из којих се види постојање обавезе прослеђивања прихода, а такође, могла је да означава и могућност пореске управе да анализира суштину таквог документа а не само његову форму.²⁹⁷

Даље, споменути су ставови 12.3 и 12.4 који су наводили да агенти, номинални власници и проточне компаније које делују у својству фидуцијара или администратора, нису стварни власници прихода у одређеним ситуацијама.²⁹⁸ Deloitte је сматрала да се из такве дефиниције могло извући две интерпретације. Прва интерпретација подразумевала је да само агенти, номинални власници и проточне компаније које делују у својству фидуцијара или администратора, не могу бити стварни власници прихода, што искључује ентитете која немају својство компаније, или компаније које не делују у својству фидуцијара или администратора.²⁹⁹ На основу ове интерпретације у виду тачно одређене листе ко не може бити стварни власник прихода, ентитети који нису наведени и који по свом аранжману нису стварни власници прихода, могли би проћи тест стварног власништва.³⁰⁰ Друга интерпретација подразумевала је да су агенти, номинални власници и проточне компаније које делују у

²⁹³ Аутори овог предлога упућују на могућност да пореске управе применом концепта стварног власника прихода, холдинг компанијама онемогуће приступ користима из пореских уговора, јер акционари, преко скупштине акционара, могу у било ком моменту да донесу одлуку о расподели дивиденде, иако је евидентно да холдинг компаније саме одлучују о томе како ће користити примљени приход, и исти не преносе одмах акционарима. Према ауторима, потребно је изричито навести да крајња обавеза прослеђивања прихода, ако холдинг компанија има право располагања над тим приходом и не прослеђује га одмах, не утиче на статус стварног власнишва холдинг компаније, а како би интерпретација у погледу ових компанија била уједначена. Пример такве ситуације вид.: *Ibid.*, 3 и 4.

²⁹⁴ *Ibid.*, 5.

²⁹⁵ Comments on Public Discussion Draft: Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Deloitte, Steve Towers, 13 July 2011, 2.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, стр. 12.4.

²⁹⁹ Comments on Public Discussion Draft: Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Deloitte, Steve Towers, 3.

³⁰⁰ *Ibid.*

својству фидуцијара или администратора само примери широког спектра ентитета који не могу бити сматрани за стварне власнике прихода.³⁰¹ Компанија Deloitte је у свом коментару навела да би OECD требало јасно да укаже која је интерпретација релевантна тако што би се предложени текст изменио у правцу једне од наведене две интерпретације.³⁰² Присетимо се, циљ нацрта дискусије и предлога је био управо да се концепт стварног власника разјасни, како би се избегле различите интерпретације истог појма од стране различитих судова и пореских администрација.³⁰³ Deloitte је овде јасно указала на две различите могуће интерпретације, што је супротно циљу нацрта дискусије OECD.

Deloitte је даље указала на важан пропуст у виду неподударања ставова 12.4 и 12.7. Наиме, став 12.4. помињао је агенте, номиналне власнике и проточне компаније који делују у својству фидуцијара или администратора, а став 12.7. није помињао проточне компаније, што је могло погрешно да се протумачи да уколико између исплатиоца и стварног власника постоји ентитет у својству правног лица, стварни власник, резидент друге државе не би имао право да примени уговор са државом одакле се приход исплаћује.³⁰⁴ Предлагала се измена става 12.7 тако што би се додала реченица која би била у сагласности и са ставом 12.4 наводећи и могућност примене уговора између исплатиоца и стварног власника и у случају да је директни прималац проточна компанија или посредник³⁰⁵, који није стварни власник прихода.³⁰⁶

Даље, указано је на двосмислену интерпретацију става 12.4. у трећој реченици према којој је обавеза прослеђивања прихода нормално произилазила из релевантних правних докумената, али је могла такође постојати услед чињеница и околности које су указивале да, суштински, прималац очигледно није имао пуно право да користи и убира плод дивиденде.³⁰⁷ Прва интерпретација је подразумевала да је правни документ о прослеђивању прихода морао да постоји, или да постоји неки уговор који не би помињао такву обавезу, али суштински, она је постојала на основу околности случајева који су се разликовали од онога што је уговором прописано.³⁰⁸ На пример, стране могу да потпишу уговор, али у стварности да примењују други уговор, усмени или писмени или у виду амандмана уговора.³⁰⁹ Друга интерпретација према изразу „али може такође постојати“ указивала је на то да пореске администрације нису биле у обавези да трагају искључиво за неким правним документом и гледају његову суштину, већ су могле и да одбију примену користи из уговора на основу околности и чињеница које су указивале да директни прималац није стварни власник прихода иако није постојао правни документ који га је обавезивао да приход проследи, али стране (директни прималац и стварни власник прихода) су суштински поступале као да такав документ постоји.³¹⁰ Као пример ова компанија је навела познати судски случај *Prevost Car Inc. v Canada*. Наиме, Компанија из Канаде, исплатила је дивиденде холдинг компанији из Холандије PH BV, чији су акционари биле компаније Volvo из Шведске и Henlys из УК.³¹¹ Компанија из Холандије није имала запослене, имовину, осим акција у канадској фирми, седиште јој је било регистровано у

³⁰¹ *Ibid.*, 4.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ R. Vann (2013), 304.

³⁰⁴ Comments on Public Discussion Draft: Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Deloitte, Steve Towers, 5 - 7.

³⁰⁵ У случају да агент, номинални власник и проточна компанија чине само примере и да је намера OECD да шири спектар ентита не сматра стварним власником прихода, користио би се израз „посредник“. Вид.: *Ibid.*, 7.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, ст. 12.4.

³⁰⁸ Comments on Public Discussion Draft: Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Deloitte, Steve Towers, 8.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ Brian J. Arnold, „The concept of beneficial ownership under Canadian Tax Treaties“, Beneficial ownership: recent trends (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Netherlands 2013, 40.

канцеларијама компаније за управљање, а приход је у скоро једнаком износу прослеђивала акционарима.³¹² Пореска администрације није применила уговор између Канаде и Холандије где је порез по одбитку на дивиденде 5% већ уговор између Канаде и Шведске, односно УК где су пореске стопе наведеног пореза 10% и 15%.³¹³ Суд је прихватио жалбу пореског обвезника и сматрао је да правни документ, односно уговор, из кога се може видети да је постојала правна обавеза да холдинг фирма из холандије РН BV проследи дивиденде својим акционарима, није постојао, па је тако стварним власником прихода сматрао само компанију РН BV.³¹⁴ Даље, суд је навео да уговор који је постојао између компаније Volvo из Шведске и Henlys из УК, није обухватао и холдинг компанију, па се не може узети у разматрање.³¹⁵ Оваква одлука је у сагласности са првом интерпретацијом, али би суд, применом друге интерпретације, иако нема правног документа из којег се може видети постојање обавезе прослеђивања прихода, на основу околности³¹⁶ случаја могао да закључи да постоји обавеза прослеђивања прихода и да су стварни власници прихода заправо компаније Volvo из Шведске и Henlys из УК.³¹⁷ Deloitte је сматрала да је потребно јасно дефинисати намеру OECD у ставу 12.4 у трећој реченици, како судови не би могли да придају различите интерпретације овом ставу.³¹⁸ Такође, израз да обавеза нормално поизилази из правног документа, указивала је на то да је позивање на обавезе које произлазе из чињеница и околности случаја пожељно само у специфичним случајевима.³¹⁹ У закључку компаније коментатора, наведено је да је потребно дати навођење пореским администрацијама када је потребно испитати чињенице и околности случаја ван обавеза које проистичу из правног документа.³²⁰

У виду последњег коментара, Deloitte је приметила да прве две реченице предложеног става 12.4 нису користиле исти текст за означавање позитивне и негативне дефиниције стварног власника прихода. Наиме у првој реченици се користила фраза „таква права овог примаоца над примљеним дивидендама су ограничена јер је он у обавези (уговорној, фидуцијарној или другој обавези) да примљени приход проследи другом лицу“, а у другој реченици се користила фраза „дивиденде без ограничења у смислу постојања уговорне или законске обавезе прослеђивања прихода другом лицу“.³²¹ Deloitte је сматрала да је потребно уједначити позитивну и негативну дефиницију стварног власника прихода и користити фразу „уговорне, правне или фидуцијарне обавезе“ из разлога што је израз „друге обавезе“ отварао могућност широке интерпретације.³²²

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ L. Oats *et al*, 495.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ Непостојање имовине, осим акција у канадској фирми, запослених, објеката, и сл. ; као и прослеђивање прихода акционарима.

³¹⁷ Comments on Public Discussion Draft: Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Deloitte, Steve Towers, 9.

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, *сг.* 12.4.

³²² Comments on Public Discussion Draft: Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Deloitte, Steve Towers, 10.

2.3. Ревидирани предлози ОЕСД за разјашњење значења појма стварног власника у члановима 10 – 12

Након што је ОЕСД примила коментаре за прву верзију предлога из нацрта дискусије, радна група 1 је 19. октобра 2012. године објавила другу верзију нацрта под називом „Ревидирани предлози који се односе на разјашњавање појма стварног власника у члановима 10,11 и 12“.³²³ Овај документ је укључивао коментаре сваког ревидираног става посебно и објашњавао разлог измена предложених ставова из првог нацрта дискусије.³²⁴

Пре свега, став 12 је остао исти, али се став 12.1 променио у смислу брисања последње реченице која је гласила:³²⁵

„Ово не подразумева да је значење стварног власника по домаћем закону аутоматски ирелевантно за интерпретацију овог појма у контексту овог члана: домаће значење појма је применљиво у обиму који је конзистентан са општим навођењима из Коментара“.

Радна група 1 је навела да су се стране које су упутиле своје коментаре, сложиле да би концепт стварног власника из чланова 10-12 Модел-конвенције ОЕСД требало да има јединствено међународно значење, али да је последња реченица противуречила јединственом значењу наведеног појма.³²⁶ Неке стране су сматрале да порески обвезник последњу реченицу може да протумачи као да има право да бира да ли ће применити одредбу стварног власника из домаћег права или из навођења у оквиру Коментара ОЕСД.³²⁷

Такође, фуснота везана за пример траста је пружила боље образложење у смислу да је последњи део реченице измењен и гласио је:³²⁸

„На пример, тамо где трастији дискреционог траста не дистрибуирају дивиденде зарађене током одређеног периода, овакви трастији, који наступају као такави (или сам траст уколико је препознат као засебан порески обвезник), могу представљати стварне власнике прихода за потребе члана 10, иако не би били сматрани стварним власницима прихода за потребе одговарајућег закона којим се уређују трастови.“

Стране које су упутиле коментаре везане за ову фусноту, подржавале су став ОЕСД поводом сматрања трастија или трастова за стварног власника иако по домаћем праву нема такво својство.³²⁹ Међутим, били су упућени коментари да трасти никад неће имати пуно право над приходом јер исти је у обавези да проследи.³³⁰ Радна група је одлучила да остави фусноту каква јесте, уз кратко појашњење у последњем делу реченице, с обзиром на то да су се стране сгласиле са таквим схватањем. Став 12.4 је додатно измењен па је тако у сагласности са коментаром да трастији немају пуно право над приходом.³³¹

³²³ M. Zuk, 320.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ OECD Model Tax Convention: Revised Proposals concerning the meaning of „Beneficial Owner“ in articles 10, 11 and 12, Revised public discussion draft, OECD, 19 October 2012 to 15 December 2012, 3.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ *Ibid.*, 4.

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *Ibid.*

Ставови 12.2 и 12.3 нису мењани али је зато став 12.4 у многоне био измењен. Пре свега, коментатори су навели да је фраза „пуно право да користи и ужива у плодовима дивиденде“ прешироко постављена и да на тај начин легитимни аранжмани не би прошли тест стварног власништва.³³² Као примере наводили су:³³³

- коришћење примљеног прихода да се отплате други дугови који дужник има према другим повериоцима, као на пример отплата камате повериоцу;
- активности банака и сличних финансијских институција;
- употреба холдинг компанија;
- употреба ентитета попут „unit“ трастова, који су у обавези да проследе приход;
- поверилац који на основу судског налога замрзава сва средства свог дужника;
- индивидуа која је у обавези да исплати алиментацију бившем супружнику;
- исплата дивиденде од стране филијале матичној компанији и слично.

За холдинг компаније неки коментатори су навели да би у оквиру става 12.4. требало да стоји да типичне холдинг компаније могу бити стварни власници прихода, и да стварно власништво не зависи од физичке присутности (простор и запослени), као и да би холдинг компанија требало да буде сматрана за стварног власника прихода, осим уколико се не би показало да иста служи као проточна компанија која је основана због пореских мотивисаних разлога како је то било наведено у Извештају о проточним компанијама и предложено у том тренутку у нацрту дискусије.³³⁴ Радна група 1 је усвојила већину коментара и признала да је потребно овај став даље усавршавати. Предлог измењеног става гласио је:³³⁵

„У овим разним примерима (агенти, номинални власници и проточне компаније које делују у својству фидуцијара или администратора), прималац дивиденде није стварни власник прихода јер је право таквог примаоца на коришћење и уживање у плодовима дивиденде ограничено уговорном или правном обавезом да проследи примљену уплату другом лицу. Таква обавеза нормално произилази из релевантних правних докумената али такође може постојати и на основу околности и чињеница које показују, у суштини, да прималац нема право да користи и ужива у плодовима дивиденде без ограничења наметнутог уговором или правном обавезом да проследи примљену уплату другом лицу. Ова врста обавезе мора бити повезана са примљеном уплатом: па тако не би укључивала уговорне или правне обавезе које нису повезане са примљеном уплатом, чак и ако би такве обавезе ефективно довеле до тога да прималац користи примљену уплату да подмири такве обавезе. Примери таквих неповезаних обавеза су обавезе које не зависе од пријема уплате и које директни прималац има као дужник или као учесник у финансијским трансакцијама, или као што су типичне обавезне расподеле пензионих аранжмана или колективних инвестиционих подухвата који имају право на погодности уговора, у складу са начелима ставова 6.8. до 6. 34 Коментара члана 1. Када прималац дивиденде има право да користи и убира плод дивиденде без ограничења наметнутог уговором или правном обавезом да проследи уплату другом лицу, тај прималац је стварни власник те дивиденде. Такође је потребно истаћи да се члан 10 односи на стварног власника дивиденде а не на власника акција/удела, који може бити друго лице у неким случајевима.“

Став 12.5 је остао скоро неизмењен,³³⁶ док се у ставу 12.6 појашњавала последња реченица, а примери када се појам стварног власника примењује у другом контексту, ван наведеног у

³³² *Ibid.*, 6.

³³³ *Ibid.*, 6 и 7.

³³⁴ *Ibid.*, 7.

³³⁵ *Ibid.*, 6.

³³⁶ *Ibid.*, 10.

члановима 10-12 Модел-конвенције OECD, било је наведено детаљније у фуснотама³³⁷ ревидираног предлога.³³⁸ У последњој реченици се наводило да је у контексту члана 10, термин стварног власника додат да укаже на потенцијалне потешкоће које произилазе из употребе рећи „плаћено...” у релацији са дивидендама, а не да укаже на потешкоће које се односе на власништво над акцијама компаније која плаћа дивиденде. Због наведеног разлога, сматрало се да не би било прикладно, у контексту овог члана, разматрати значење које је развијено да се односи на појединце који имају крајњу ефективну контролу над правним лицем или аранжманом.³³⁹

Став 12.7 је остао скоро неизмењен, али је предложено да се преамбула става 2 члана 10 Модел-конвенције OECD измени и гласила је:³⁴⁰

„Ипак, дивиденде плаћене од стране компаније која је резидент државе уговорнице, могу бити опорезоване у тој држави према домаћим законима те државе, али ако је стварни власник дивиденде резидент друге државе уговорнице, наметнут порез не сме да прелази.....“

2.4. Модел-конвенција OECD из 2014. године

На основу нацрта дискусије о разјашњењу појма стварног власника за чланове 10-12 Модел-конвенције, и каснијих ревидираних предлога, наступиле су велике измене Коментара OECD 2014. године.³⁴¹ Наиме, промене у оквиру Коментара су биле следеће:³⁴²

- промена текста члана 26 који се односио на размену информација;
- разјашњење значења стварног власника прихода за чланове 10-12;
- примена члана 17 за спортисте и забављаче;
- проблеми уговора са емисионим дозволама и кредитима;
- порески третман из уговора за отпремине које се исплаћују запосленима.

Ставови су преузети из нацрта дискусије, односно његове ревизије, па тако можемо видети велику разлику у односу на појашњење појма стварног власника за чланове 10-12 Коментара OECD из 2003. године. Тадашњи Коментар није пружао објашњење дефиниције стварног власника, односно ситуације у којој се директни прималац није сматрао стварним власником, што је доводило до различитих интерпретација у односу на конкретне околности различитих случајева.³⁴³ Поменути ранији Коментар OECD је покушао да смањи могућност прешироке интерпретације појма наводећи, без даљих детаља, да појам не би требало да се користи у уском техничком значењу.³⁴⁴ Међутим, одредба је и даље била прешироко постављена и доводила је до ширег обима примене и интерпретације концепта стварног власника, чак и шире него што је наведеном појаму првобитно приписано.³⁴⁵ Коментар из 2014. године у ставу

³³⁷ Financial Action Task Force, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation – The FATF Recommendations (OECD-FATF, Paris, 2012). Вид.: *Ibid.*, 12.

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ *Ibid.*, 14.

³⁴¹ L. Oats *et al.*, 496,

³⁴² *Ibid.*, 155.

³⁴³ R. Irawan, 40.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ Robert J. Danon, „Treaty Abuse in the Post-Beps World: Analysis of the Policy Shift and impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups“, *Bulletin for International Taxation*, vol. 72, No.1, 2018, 34.

12.1 и 12.4. детаљније је дефинисао ситуације у којима се агент, номинални власник или проточна компанија која послује у својству администратора или фидуцијара није сматрао/ла стварним власником прихода, а такође наводио је квалификацију уског техничког значења тако што је упућивао на домаће законе о трасту који постоје у државама које примењују англосаксонско право.³⁴⁶ Обим примене појма стварног власника је Коментаром OECD из 2014. године је био доста сужен,³⁴⁷ али и даље није било јасно да ли се наведени појам користио само за аранжмане са посредничким компанијама или и за трансакције које подразумевају абузивно реструктурирање.³⁴⁸ BEPS Акција 6 и нови Коментар OECD из 2017. године, су на индиректан начин потврдили да је стварни власник прихода из верзије Коментара OECD од 2014. године сузио употребу на само одређене аранжмане злоупотребе уговора где се појављују посреднички ентитети.³⁴⁹

Што се тиче суженог обима концепта стварног власника прихода, потребно је издвојити следеће. Пре свега, Коментар из 2014. године за члан 10, став 2 је наводио да је појам стварног власника намењен да укаже на потешкоће које произлазе из речи „плаћено резиденту“ у релацији са дивидендама, а не на потешкоће повезане са власништвом над акцијама компаније која исплаћује те дивиденде.³⁵⁰ Обим примене је био доста сужен у односу на верзију Коментара члана 10 става 2 из 2003. године, који није јасно дефинисао ову разлику. Даље, Коментар је наводио да директни прималац дивиденде није могао бити стварни власник јер је право тог примаоца да користи и ужива у плодовима дивиденде било ограничено уговорном или правном обавезом да проследи примљене уплате другом лицу, наводећи да је таква обавеза нормално произлазила из релевантних правних докумената, али је могла постојати и на основу чињеница или околности које су указивале да, суштински, прималац није имао право да користи и убира плод дивиденде без ограничења наметнутог уговорном или правном обавезом да проследи примљену уплату другом лицу.³⁵¹ Ако ову дефиницију упоредимо са доктрином „суштина изнад форме“ коју су државе попут Швајцарске користиле за случајеве откривања стварног власништва над приходима, можемо видети да је Коментар доста сузио обим примене овог појма.³⁵² Наиме, према судској пракси у Швајцарској, на основу прилаза „суштина изнад форме“ (шири, економски обим тумачења), обавеза да се проследи приход може постојати у оквиру правних аранжмана или једноставно на основу чињеница.³⁵³ Коментар из 2014. године је чињенице и околности случаја помињао као средство да се докаже постојање правне или уговорне обавезе да се приход проследи, а не као врсту обавезе како је приказано у судској пракси Швајцарске.³⁵⁴ Као наставак става 12.4, Коментар је додатно ограничио обим примене концепта стварног власника тако што је изузео одређене обавезе наводећи да обавеза прослеђивања прихода не би укључивала уговорне или правне обавезе које не зависе од пријема уплате од стране директног примаоца, као што је обавеза која не зависи од пријема уплате и коју директни прималац има као дужник или учесник у финансијским трансакцијама, или као што су типичне обавезе расподеле пензионих аранжмана или колективних инвестиционих подухвата који право на погодности из уговора.³⁵⁵ На крају, нови став 12.5 Коментара члана 10 Модел-конвенције OECD 2014 додатно је ограничио обим појма стварног власника само на аранжмане са посредничким компанијама које су у обавези да приход

³⁴⁶ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, Paris, 2014, ст. 12.1 и 12.4, чл. 10 Коментара.

³⁴⁷ R. J. Danon (2018.), 34.

³⁴⁸ S. H. Baerentzen (2020), 33.

³⁴⁹ R. J. Danon (2018.), 34 – 36.

³⁵⁰ *Ibid.*, 34.

³⁵¹ Model Tax Convention on Income and on Capital, 2014, ст. 12.4, чл. 10 Коментара.

³⁵² R. Danon (2018.), 34.

³⁵³ *Ibid.*, 34-35.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ *Ibid.*, 35.

проследе другом лицу.³⁵⁶ Наведени став могао се протумачити тако да је концепт стварног власника тест који служи спречавању аранжмана са проточним примаоцима прихода који имају обавезу да приход проследе другом лицу, а није у стању да спречи аранжмане који подразумевају абוזивно реструктурирање.³⁵⁷

2.5. Модел-конвенција OECD из 2017. године

Текст из Коментара везан за стварног власника прихода из чланова 10-12 Модел-конвенције OECD није се суштински променио у односу на верзију из 2014. године, али утицај BEPS Акције 6 и MLI конвенције, довели су до тога да на индиректан начин, нови Коментар сузи обим примене концепта стварног власника. У релацији са чланом 29³⁵⁸ нове Модел-конвенције OECD, званични Коментар потврђује да се ТОЦ односи и на ограничења права на опорезивање државе извора и то дивиденде, камате и ауторске накнаде које настају у тој држави, а које се плаћају резиденту друге државе (који је стварни власник) у оквиру чланова 10, 11 и 12.³⁵⁹ Наведено показује да и поред концепта стварног власника, ипак постоји потреба ефикаснијег супротстављања аранжманима са проточним компанијама.³⁶⁰ Став 12.5³⁶¹ новог Коментара OECD указује на исто и у вези са чланом 29 може се читати: ³⁶² „Одредбе члана 29 и принципи који су изнети, примениће се да спрече злоупотребу уговора, укључујући и аранжмане са пробирањем уговора где је прималац стварни власник дивиденде“. Може се закључити да концепт стварног власника не покрива све случајеве аранжмана са проточним компанијама и да се у складу са дефиницијом из Коментара из 2014. године може сматрати врло рестриктивним у спречавању злоупотребе уговора.³⁶³ Такође, након усвајања ТОЦ, свих пет мера за сузбијање аранжмана са проточним компанијама које је Извештај о проточним компанијама наводио, нови Коментар избацује, јер поменуте мере конзумира ТОЦ као општа антиабוזивна мера која може да се примени на све облике злоупотребе уговора.³⁶⁴ Овај моменат такође утиче на ограничавање обима примене концепта стварног власника прихода, а у корист ТОЦ.³⁶⁵ Нови Коментар у ставовима за члан 29 Модел-конвенције наводи много примера са проточним компанијама, где је употреба ТОЦ, или КОП у случају да држава не оптира за примену ТОЦ, изузетно ефикасна. Навешћемо једна пример:³⁶⁶

ТЦО је компанија резидент државе Т која нема закључен порески уговор са државом С и позајмљује 1.000.000 компанији СЦО, која је резидент државе С и у потпуном је власништву компаније ТЦО, а у замену за књижно одобрење издату од стране СЦО. ТЦО схвата да може да избегне плаћање пореза по одбитку за камате коју уводи држава С, тако што књижно одобрење преноси на своју филијалу РЦО која је резидент државе Р са којом држава С има закључен порески уговор, према којем држава извора не уводи порез по одбитку за камате. Потом, на основу књижног одобрења које је ТЦО пренела на РЦО, другопоменута компанија

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ Model Tax Convention on Income and on Capital OECD, 2017, став 175 члана 29 Модел-конвенције.

³⁵⁹ S. H. Baerentzen (2020), 34.

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ Model Tax Convention on Income and on Capital OECD, 2017, став 12.5 члана 10 Модел-конвенције.

³⁶² S. H. Baerentzen (2020), 34.

³⁶³ R. J. Danon (2018.), 35.

³⁶⁴ Blazej Kuzniacki, „Beneficial Ownership in International Taxation and Biosemantics – Why a Redundant, Paradoxical and Harmful Concept can be a Potent Weapon in the Hands of the Tax Authorities“, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 77, No. 2, Published Online 2023, 6.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, став 187, пример С. члана 29 Модел-конвенције.

свом акционару ТЦО издаје ново књижно одобрење. Књижно одобрење које је издала СЦО носи камату у износу од 7%, а књижно одобрење издато од стране РЦО носи камату од 6%.

Коментар наводи да оваква ситуација представља аранжман са проточним компанијама јер је структурирана тако да се преко РЦО избегне плаћање пореза по одбитку за камате у држави Ц.³⁶⁷ С обзиром на то да су дати многи примери аранжмана са проточним компанијама, а нови Коментар и Акција 6 наводе да само ТОЦ или КОП могу да спрече такве аранжмане, не наводећи концепт о стварном власнику прихода, Данон (Danon) сматра да наведени концепт није у могућности да спречи модерне аранжмане са проточним компанијама и да се у сагласности са Коментаром из 2014. године, концепт стварног власника треба посматрати веома рестриктивно, као мера која служи сузбијању само тачно одређених ситуација са проточним ентитетима.³⁶⁸ Концепт стварног власника онемогућава користи из уговора агентима, номиналним власницима, као и, шире дефинисано, свим осталима који имају правну или уговорну обавезу да уплату проследе другом лицу.³⁶⁹ Са друге стране, неке јурисдикције примењују наведени концепт изузетно широко па тако поред онога што захтева став 12.4, ове јурисдикције захтевају и да постоји економско власништво и чињенична и економска повезаност над токовима прихода.³⁷⁰ Међутим, чак и да се појам стварног власника прихода примењује шире од интерпретације коју намећу Коментари из 2014. године и 2017. године, овај концепт не би могао ефикасно да спречи аранжмане са проточним компанијама где резиденти додељују права како је приказано у горе наведеном примеру.³⁷¹

Анализа концепта стварног власника прихода се у овом раду у већем делу односи на OECD Модел-конвенцију и пратећи Коментар, с обзиром на то да је OECD поменути концепт прва уврстила у своју Модел-конвенцију 1977. године, и касније радила на усавршавању и бољем разумевању истог. Међутим, на овом месту споменућемо и званичну Модел-конвенцију УН из 2017. године, као и пратећи коментар.

3. Модел-конвенција УН 2017 и пратећи коментар

Модел-конвенција УН 2017 не дефинише појам стварног власника прихода који се помиње у члановима 10 – 12, који регулишу дивиденде, камате и ауторске накнаде. Дефиниција се може наћи у Коментару поменутих чланова Конвенције. Пре свега, у Коментару Модел-конвенције УН 2017, наводи се следеће:³⁷²

„Услов стварног власништва је уведен у став 2 члана 10 како би се разјаснило значење речи „плаћено...резиденту“, како је наведену у ставу 1 истог члана. Јасно је да држава извора није у обавези да одустане од права на опорезивање прихода од дивиденди само на основу чињенице да је приход примљен од стране резидента државе са којом држава извора има закључен порески уговор. Појам „стварни власник“ не би требало бити коришћен у уском техничком значењу, већ би требало бити схваћен у контексту и светлу предмета и сврхе Конвенције,

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ R. J. Danon (2018.), 35.

³⁶⁹ *Ibid.*, 36.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, United Nations, New York, 2017 Update, Коментар члана 10, пар. 13 (12.), члана 11, пар. 18 (9), члана 12 пар. 5 (4.1.).

укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенцију фискалне евазије и избегавања плаћања пореза.“

У наредном ставу, наводи се:³⁷³

„Уколико приход прима резидент државе уговорнице који послује као агент или пуномоћник, не би било конзистентно са циљем и сврхом ове Конвенције да држава извора одобри користи из Конвенције само на основу чињенице да директни прималац прихода има статус резидента друге државе уговорнице. Директни прималац прихода се у овој ситуацији квалификује као резидент, али због статуса резидента до потенцијалног двоструког опорезивања не може доћи, с обзиром на то да се прималац не сматра власником прихода за пореске сврхе у држави свог резидентства. Такође, не би било конзистентно са циљем и сврхом ове Конвенције да држава извора одобри користи из Конвенције уколико резидент државе уговорнице, на други начин осим кроз однос агента или пуномоћника, послује у виду посредника у име другог лица које у ствари заиста прима користи од прихода који је узет у обзир. Због наведених разлога, Извештај Комитета фискалних послова под називом Конвенција о дуплом опорезивању и употреба проточних компанија доноси закључак да проточна компанија не може бити сматрана за стварног власника прихода иако јесте формални власник, јер у пракси има врло уска овлашћења поводом коришћења тог прихода, а послује у својству фидуцијара, односно администратора који делује за рачун других заинтересованих страна.“

На самом крају, Коментар Модел-конвенције УН 2017 наводи:³⁷⁴

„Под другим условима које намеће овај став, ограничење опорезивања у држави извора остаје доступно када је посредник, као што је агент или пуномоћник који се налази у држави уговорници или трећој држави, постављен између стварног власника и исплатиоца, али је стварни власник резидент друге државе уговорнице.“

У оквиру последњег пасуса, Коментар чланова 11 и 12 додатно наводи следеће:³⁷⁵

„(текст Модела је био измењен 1995. године како би се ова ставка појаснила, што представља доследан став свих држава чланица). Државе које желе да експлицитно уведу ово у свој уговор, могу то учинити у оквиру билатералних преговора.“

Можемо приметити да Коментар Модел-конвенције УН 2017 у многоме „касни“ за дефиницијом концепта стварног власника из Модел –конвенције OECD 2014/17. Пре свега, УН су поставиле дефиницију стварног власника прихода слично како је дефинисано у Модел-конвенцији OECD од 2003. године. Најважније измене концепта стварног власника у оквиру Коментара OECD Модел-конвенције из 2014. године нису узете у обзир при изради нове Модел-конвенције УН и пратећег Коментара 2017. године. Чини нам се да су УН придале минимални значај концепту стварног власника, а у односу на OECD. Такође, УН нису у довољној мери разјасниле одређене дилеме поводом концепта стварног власника које је OECD решила објављивањем новог Коментара 2014. године. Конкретније, УН су прешироко дефинисале концепт стварног власника, остављајући широм отворена врата за различите интерпретације поменутог појма.

С обзиром на то да је концепт стварног власника први пут коришћен у модел-конвенцији OECD 1977. године, и касније јасније дефинисан у циљу бољег разумевања и смањења неуједначене примене истог појма од стране различитих националних судова, у даљем раду

³⁷³ *Ibid.*, Коментар члана 10, пар. 13 (12.1.), члана 11, пар. 18 (10), члана 12 пар. 5 (4.1.).

³⁷⁴ *Ibid.*, Коментар члана 10, пар. 13 (12.2.), члана 11, пар. 18 (11), члана 12 пар. 5 (4.2.).

³⁷⁵ *Ibid.*, Коментар члана 11, пар. 18 (11), члана 12 пар. 5 (4.2.).

ћемо у обзир и анализу узети само материјале OECD који су се односили на концепт стварног власника прихода.

VIII. Функција концепта стварног власника прихода у међународном пореском праву

1. Концепт стварног власника прихода као антиабузивна мера

Концепт стварног власника може имати две функције: функцију антиабузивне мере као и правила за приписивање прихода.³⁷⁶ Историјски гледано, концепту стварног власника се првобитно придавала функција правила за приписивање прихода у оквирима Модел-конвенције OECD из 1977. године, и то само за агенте и номиналне власнике.³⁷⁷ Нешто касније, Извештај о проточним компанијама напомиње да OECD Коментар као посреднике наводи само агенте и номиналне власнике, али да се ова одредба односи и на сва друга лица која улазе у уговорне или друге обавезе, а које се изједначавају са онима какве су код агената и номиналних власника.³⁷⁸ Иако у поменутом извештају антиабузивна улога није наглашена, 2003. године, у оквирима нових измена Коментара, концепт стварног власника је добио јаснију антиабузивну улогу наводећи да поменути концепт треба бити схваћен у свом контексту у оквиру предмета и сврхе Конвенције, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенцију фискалне евазије и избегавања плаћања пореза.³⁷⁹ У последњим изменама OECD Коментара 2014/17. године, концепту стварног власника се антиабузивни карактер додатно наглашава. Почећемо са анализом аранжмана са пробирањем уговора, које концепт стварног власника прихода тежи да сузбије, а затим ћемо погледати који су то разлози који многе ауторе наводе на чињеницу да је сврха овог концепта искључиво сузбијање наведених аранжмана.

1.1. Аранжмани са пробирањем пореских уговора (treaty shopping)

Сматра се да термин „пробирање уговора“ потиче од термина „пробирање судова“ (енг.: *forum shopping*) који се примењивао у САД.³⁸⁰ Наиме, термин „пробирање судова“ подразумевао је ситуацију у којој је страна у праничном поступку тражила одговарајућу јурисдикцију у којој ће се одлучивати о случају, а у којој може извојевати повољнију судску одлуку.³⁸¹ Када би парнична странка открила такву јурисдикцију, парницу би покренула пред таквим судом што

³⁷⁶ Joanna Wheeler, “The Missing Keystone of Income Tax Treaties”, *World Tax Journal*, Vol. 3, No. 2, 2011, 257.

³⁷⁷ Model Double Taxation Convention on Income and Capital, OECD, Paris 1977, Коментар чл. 10, ст. 2, тч. 12, стр. 92.

³⁷⁸ Double taxation conventions and the use of Conduit companies, пар. 14(б) , R(6)-8.

³⁷⁹ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2003, ст. 12, чл. 10 Коментара.

³⁸⁰ Andrea Brignoli, „Treaty Shopping and International Tax Planning“, *Limits to tax planning* (eds. Michael Lang et al.), Linde, Wien 2013, 15.

³⁸¹ Radhika karadkar, „Action 6 of the OECD/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies“, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 71, No. ¾, Published Online, 2017, 5.

се може смтрати да је она пробирала разне јурисдикције и „купила“ ону, по странку, најповољнију.³⁸²

1.1.1. Појам пробирања уговора

На злоупотребу пореских уговора је први пут указано у Коментару члана 1 Модел-конвенције OECD 1977. године где се наводило да је сврха пореског уговора да промовише размену добара и услуга као и кретању капитала и особа, а тако што ће се елиминисати међународно двоструко опорезивање, као и да порески уговор не би требало да доприноси пореској евазији или избегавању плаћања пореза.³⁸³ Међутим, термин „пробирање уговора“ није детаљније дефинисан у Модел-конвенцији OECD, већ је пружена квази-дефиниција овог термина, а која укључује широк спектар аранжмана, односно структура од чисто лажних (енг.: sham transactions) до оних структура са више суштине.³⁸⁴ Фокус OECD није био у дефинисању овог термина већ у навођењу примера и мера које ефикасно могу да спрече овакве аранжмане.³⁸⁵ Наведени термин није адекватно објашњен ни у OECD Коментару, а помиње се једино у контексту где се спомињу мере за сузбијање аранжмана са пробирањем уговора.³⁸⁶ Кратку дефиницију можемо наћи у OECD Речнику пореских термина где се наводи да појам пробирање уговора подразумева анализу одредаба пореских уговора како би се конструисала међународна трансакција или операција, а како би се искористио одређени порески уговор. Термин се нормално користи у ситуацијама где лице које није резидент ни једне државе уговорнице, основа ентитет у једној од држава уговорница како би то лице искористило користи из тог уговора.³⁸⁷

Даље, BEPS Акција 6 као минимални стандард увела је обавезу да се преамбуле модификованих пореских уговора допуне са навођењем новог циља: спречавање пореске евазије и избегавања плаћања пореза, укључујући и избегавање плаћања пореза коришћењем аранжмана са пробирањем уговора чија је сврха искоришћавање погодности из уговора у име резидената трећих држава.³⁸⁸ Акција 6 је наводила да је циљ спречавање злоупотребе уговора, али је посебан акценат придат аранжманима са пробирањем пореских уговора.³⁸⁹ Иако се придавао посебан значај овим аранжманима у односу на остале видове злоупотребе пореских уговора, и даље конкретна дефиниција није пружена, већ су наведене ситуације са проточним компанијама у оквиру аранжмана са пробирањем уговора које ТОЦ и КОП могу ефикасно да сузбију.³⁹⁰ Међутим, у Акцији 6 укратко се наводило да постоји пуно аранжмана преко којих лице које није резидент државе уговорнице може покушати да присвоји користи које порески уговор одобрава резиденту државе уговорнице. Оваквим аранжманима се углавном придаје назив „пробирање пореских уговора“. Пробирање уговора се односи на ситуације које типично укључују лица, резиденте трећих држава, која покушавају да приступе на индиректан начин

³⁸² Frederici Zari Malacrida, „Meaning and Concept of Treaty Abuse in DTA Law“, *Preventing treaty abuse* (eds. Daniel W. Blum et al.), Linde, Wien 2016, 7.

³⁸³ R. karadkar, 6.

³⁸⁴ S. H. Baerentzen (2020), 28.

³⁸⁵ Reuven S. Avi-Yonah, Christina HJI Panayi, „Rethinking Treaty Shopping Lessons for the European Union“, *Public Law and Legal theory Working Paper Series*, Univeristy of Michigan Law School, No. 182, 2010, 3. Доступно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1531192

³⁸⁶ F. Z. Malacrida, 8.

³⁸⁷ У оквиру Речника, јасно се указује да термини који су у оквиру истог дефинисани, не одражавају нужно званични став OECD у интерпретацији међународних пореских термина. Вид.: OECD Glossary of Tax Terms, <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm#T> 31.3.2021.

³⁸⁸ B. J. Arnold (2016), 171.

³⁸⁹ R. karadkar, 6.

³⁹⁰ R. J. Danon (2018.), 35.

користима из уговора између две државе уговорнице.³⁹¹ Занимљиво је напоменути да Акција 6 није препоручила наведену дефиницију као део Модел-конвенције OECD.³⁹²

Са друге стране, у оквиру УН, неправилна употреба пореских уговора је први пут поменута у оквиру Модел-конвенције УН из 2001. године, а у оквиру Коментара члана 1 Модел-конвенције, додато је још ставова који су се односили на наведену тему.³⁹³ Пре свега, у Коментару члана 1 Модел-конвенције УН из 2011³⁹⁴, појам „treaty shopping“ је дефинисан као форма неправилне употребе пореских уговора у виду аранжмана где особа која нема право на користи из уговора, преко особе која има право на такве користи, индиректно приступа наведеним користима.³⁹⁵ Међутим, иако Коментар члана 1 Модел-конвенције УН један одељак посвећује „treaty shopping“ аранжманима, у суштини пресликава се дефиниција из Извештаја OECD о проточним компанијама.³⁹⁶ У последњој верзији Модел-конвенције УН, Коментар члана 1 који се односи на неправилну примену пореских уговора, наводи да:³⁹⁷

- сам назив Модел-конвенције буде проширен и гласи: „Конвенција између држава А и Б за елиминисање двоструког опорезивања дохотка и имовине и превенција избегавања плаћања пореза и пореске евазије“;
- преамбула буде измењена и да гласи: „Државе закључују ову конвенцију како би елиминисале двоструко опорезивање дохотка и имовине без стварања могућности за неопорезивање или смањено опорезивање путем пореске евазије или избегавања плаћања пореза (укључујући и путем аранжмана са пробирањем уговора чији је циљ искоришћавање користи из конвенције у име резидента трећих држава)“.³⁹⁸

Битно је нагласити да су УН и OECD 1987. године у својим засебним документима и састанцима о злоупотреби пореских уговора нагласили да сматрају да аранжмани са пробирањем уговора, посебно коришћењем проточних компанија, доводе до неправилне употребе пореских уговора.³⁹⁹

У оквиру Техничког објашњења Модел-конвенције САД (даље: Модел-конвенција US), термин „пробирање уговора“ се користи како би се објаснила функционалност одредаба за спречавање аранжмана са пробирањем уговора.⁴⁰⁰ Први пут овај термин користио се у оквиру Модел-конвенције US из 2006. године и њеног Техничког објашњења, међутим, најновија верзија Модел-конвенције из 2016. године, овај термин користи у преамбули као део предмета и сврхе конвенције.⁴⁰¹ Потребно је нагласити да су САД највеће заговорнице ефикасног сузбијања аранжмана са пробирањем уговора, мада то није био случај од самог почетка. Јануара 1962. године, делегација САД, упутила је званичну ноту OECD са захтевом да се оформи комитет који би радио на развијању одредаба за сузбијање абузивног премештања

³⁹¹ OECD (2015), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, секција А, 17.

³⁹² R. karadkar, 3.

³⁹³ Ibid., 6.

³⁹⁴ У истом облику се задржава и у новој верзији Модел-конвенције УН из 2017.године, Вид.: United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2017, Коментар члана 1, пар. 65-76.

³⁹⁵ Isidora A. G. Carvalho Algorta, „Preventing Treaty Abuse: The United Nations' Perspective“, *Preventing treaty abuse* (eds. Daniel W. Blum et al.), Linde, Wien 2016, 56.

³⁹⁶ United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2017 Update, Коментар члана 1, пар. 64 – 76.

³⁹⁷ Ibid., Коментар става 12 члана 1 Модел-конвенције, Improper use of tax treaties, 71.

³⁹⁸ Ibid., Преамбула.

³⁹⁹ Конкретне документе и састанке OECD и УН вид: F. Z. Malacrida, фуснота 67, 7.

⁴⁰⁰ R. S. Avi-Yonah, C. HJI Panayi, 3,

⁴⁰¹ R. karadkar, 6.

профита и аранжмана са пробирањем уговора.⁴⁰² Делегација САД је у својој ноти као проблем првенствено нагласила абузивно измештање профита, јер након Другог светског рата, међународна политика САД је била усмерена ка излазним инвестицијама.⁴⁰³ Међутим почетком 1980. године, почела је транзиција САД из земље резидентства ка земљи извора.⁴⁰⁴ У том периоду, међународна политика САД је била усмерена ка улазним инвестицијама, па су тако пружене многе олакшице како би се привукао страни капитал и како би се на тај начин финансирале домаће инвестиције, док је други циљ био одвраћање од излазних инвестиција.⁴⁰⁵ Након промене политике, САД су почеле оштрије да критикују аранжмане са пробирањем уговора, и све је већи значај био придат антиабузивним мерама које могу ефикасно да сузбију овакве аранжмане.⁴⁰⁶

Иако наведене Модел-конвенције и њихови Коментари не садрже прецизну и опширну дефиницију термина пробирања уговора, она се може извући из контекста и разни аутори су дали своје дефиниције. Де Бру (De Broe) је 2008. године „пробирање уговора“ дефинисао као ситуацију у којој лице које нема право на користи из пореског уговора, употребом другог лица (генерално, правно лице) стиче користи из уговора које му иначе не би биле доступне директно.⁴⁰⁷ Розенблум (Rosenbloom), који је обављао дужност међународног пореског саветника у Министарству финансија САД у периоду од 1977-1981. године, наведени термин је дефинисао као праксу неких инвеститора да „позајме“ порески уговор, тако што би основали ентитет (обично би то била корпорација) у држави која има повољан порески уговор са државом извора, односно са државом где је извршена инвестиција и где је приход зарађен.⁴⁰⁸ Ван Вигел (van Weeghel) је 1988. године пробирање уговора посматрао као ситуацију у којој лице које нема право на користи из пореског уговора, искоришћава, у најширем обиму те речи, физичко или правно лице, како би приступило користима из уговора, које му иначе не би биле доступне директно.⁴⁰⁹ Шуери (Schoueri), који се међу првима бавио проблемом аранжмана са пробирањем уговора у Бразилу, а 1995. године дао је дефиницију овог појма према којој се злоупотреба уговора у виду аранжмана са пробирањем уговора дешава када, у сврху искоришћавања погодности из уговора о двоструком опорезивању, порески обвезник који у старту не би био бенефицијар⁴¹⁰, структурира своје пословање тако што умеће између себе и извора прихода, лице или сталну пословну јединицу, који имају право на погодности из поменутог уговора.⁴¹¹

Суштински, овакви аранжмани подразумевају да лица која нису резиденти ни једне државе уговорнице, преко посредног лица које јесте резидент једне од држава које имају потписан порески уговор са државом у којој се инвестира, остварују погодности из таквог уговора, односно право на преференцијалну стопу пореза из уговора.⁴¹² Дакле, карактеристике аранжмана са пробирањем уговора могу бити следеће.⁴¹³

⁴⁰² M. Zuk, 315.

⁴⁰³ R. S. Avi-Yonah, C. HJI Panayi, 20.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, 21.

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ Sergio Andre Rocha, „Treaty Shopping and Beneficial Ownership Under Brazil's Tax Treaties“, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 66 No.7, 2012, 352.

⁴⁰⁸ R. S. Avi-Yonah, C. HJI Panayi, 2.

⁴⁰⁹ R. karadkar, 2.

⁴¹⁰ На енглеском језику Beneficiary и Beneficial Ownership могу звучати исто, па је на овом месту потребно нагласити да аутор није мислио на бенефицијара у смислу стварног власника прихода, односно, мислио је на лице које има право на бенефите (користи) из уговора.

⁴¹¹ S. A. Rocha, 352.

⁴¹² L. Oats *et al.*, 476,

⁴¹³ R. S. Avi-Yonah, C. HJI Panayi, 5.

- власник проточног ентитета није резидент државе која има потписан уговор са земљом изовра (где је извршена инвестиција);
- проточна компанија има минималну економску активност у јурисдикцији где је основана;
- примљени приход се минимално, или уопште не опорезује у држави резидентства уметнуте компаније.

1.1.2. Врста аранжмана са пробирањем пореских уговора

У наредном делу, приказаћемо општу поделу абузивног реструктурирања на пробирање уговора и чланова уговора. Након тога, указаћемо на врсте аранжмана са пробирањем уговора са проточним компанијама и дефиницију истих.

1.1.2.1. Општа подела

OECD Модел-конвенција од 1992. године па све до последње верзије из 2017. године, на исти начин аранжмане са пробирањем уговора описује кроз два општа примера наводећи:⁴¹⁴

„Ово би био случај, на пример, уколико лице (било оно резидент државе уговорнице или не) послује преко правног лица основаног у одређеној држави са основним циљем да оствари погодности из уговора које му у супротном, на директан начин, не би биле доступне. Следећи случај могао би да буде уколико се ради о физичком лицу које у држави уговорници има и стално место становања и све своје економске интересе, укључујући и значајно власништво у привредном друштву у тој држави, и које, са циљем да прода акције и избегне опорезивање капиталног добитка оствареног од продаје акција у тој држави (на основу члана 13, став 5), пренесе своје стално место становања у другу државу уговорницу, у којој су такви капитални добици подвргнути ниској пореској стопи, или нису уопште опорезовани.“

Овај пасус OECD Коментара члана 1 Модел-конвенције илуструје две главне форме аранжмана са пробирањем уговора и то: ситуације са проточним компанијама, као и абузивно реструктурирање.⁴¹⁵ Прва ситуација подразумева коришћење проточних компанија док друга ситуација подразумева структурирање трансакције где су порески обвезник и његова инвестиција иницијално пореклом из једне исте државе, али порески обвезник променом резидентства у корист друге државе уговорнице, избегава иницијални порез на капиталне добитке у својој претходној држави резидентства која сада постаје држава извора за сврхе пореског уговора.⁴¹⁶ Иако Коментар даје пример за капиталне добитке, ми ћемо се задржати на члану 10 Модел-конвенције. Наиме, постоје две врсте абузивног реструктурирања где:⁴¹⁷

⁴¹⁴ Вид.: OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, 1992, Коментар члана 1, пар. 9; OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, 2017, Коментар члана 1, пар. 56.

⁴¹⁵ Robert J. Danon, “The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It is a GAAR but Just a GAAR!”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 74, No. 4/5, 2020, 244.

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ Robert J. Danon, “The Beneficial Ownership Limitation in Articles 10, 11 and 12 OECD Model and Conduit Companies in Pre – and Post-BEPS Tax Treaty Policy: Do We (Still) Need It?“, *Current Tax Treaty Issues* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam, 2020a, 594.

- Порески обвезник структурира своју трансакцију тако да придобије погодности из уговора који је погоднији од тренутног уговора који држава његовог резидентства има са државом извора;
- Порески обвезник структурира своју трансакцију тако да искористи погодније правило за њега у оквиру истог пореског уговора, што се назива пробирање правила (енг.: rule shopping).

Пример првог вида реструктурирања би подразумевао да лице које је резидент треће државе врши трансфер власништва компаније која се налази у држави извора прихода (држава С), а преноси на ентитет који је резидент државе Р.⁴¹⁸ Држава С и Р имају повољан порески уговор где лице из треће државе може да искористи такве погодности за касније исплате дивиденде. Потенцијална злоупотреба се огледа у томе да дивиденде које су акумулиране у компанији државе С, буду исплаћене одмах након промене власништва.⁴¹⁹ Са друге стране, пробирање правила подразумева да порески обвезник има право на погодности из уговора, међутим он своју трансакцију конструише како би искористио неко погодније правило из истог уговора, на које иначе, да није абוזивно реструктурирао трансакцију, не би имао право.⁴²⁰ Уколико порески уговор државе С и Р предвиђа у члану 10, ставу 2(б) преференцијалну стопу од 15%, а у ставу 2(а) 5%, портфолио акционар (појединац) ће своје акције у компанији С приложити као улазни капитал у компанију Р која такође поседује акције у компанији С.⁴²¹ На тај начин, појединац преко компаније Р, за своју портфолио инвестицију, неће платити порез по одбитку на дивиденде у износу од 15, већ 5%.⁴²²

Концептуално, одредба о стварном власнику је подобна да сузбије само случајеве са проточним компанијама,⁴²³ што Коментар чланова 10-12 OECD Модел-конвенције и потврђује наводећи да концепт стварног власника није подобан да сузбије све форме аранжмана са пробирањем уговора, већ само оне које подразумевају уметање примаоца прихода, који је у обавези да такав приход проследи другом лицу.⁴²⁴ Међутим, у стварности, ове две форме аранжмана се често преплићу, па тако, на пример, у првој наведеној форми абузивног реструктурирања, након трансфера власништва, компанија Р се ликвидира и ликвидациони остатак се преноси проточној компанији која је резидент државе са којом држава Р има повољан порески уговор за дивиденде.⁴²⁵ Проточна компанија је у уговорној обавези да примљени ликвидациони остатак, у целости пренесе стварном власнику у виду дивиденде.⁴²⁶

1.1.2.2. Врсте аранжмана са пробирањем уговора са проточним компанијама

Извештај о проточним компанијама OECD из 1986. године је први значајнији документ који је споменуо аранжмане са пробирањем уговора у оквиру детаљнијег описа проточних компанија наводећи:⁴²⁷

„Овај Извештај се односи на врло битне ситуације, где компанија, резидент државе уговорнице, послује у својству проточне компаније која каналише приход који економски

⁴¹⁸ Ibid.

⁴¹⁹ Ibid.

⁴²⁰ Gabriele Bonschak, „Rule Shopping and International Tax Planning“, *Limits to tax planning* (eds. Michael Lang et al.), Linde, Wien 2013, 37.

⁴²¹ R. J. Danon (2020a), 594,

⁴²² Ibid.

⁴²³ Ibid., 595.

⁴²⁴ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, 2017, Коментар члана 10, пар. 12.5.

⁴²⁵ R. J. Danon (2020a), 595,

⁴²⁶ Ibid.

⁴²⁷ Double taxation conventions and the use of conduit companies, OECD, 1986, пар. 2, R(6)-2.

припада лицу у другој држави, који је због тога у ситуацији да неправилно искористи погодности из уговора. Овакву ситуацију често називају пробирање уговора. Проточна компанија, која је обично део овакве шеме је уобичајено корпорација, али може бити и партнерство, траст или неки сличан ентитет.“

Извештај даље није објашњавао термин „пробирање уговора“, већ је фокус био на излагању карактеристика проточних компанија као део ових аранжмана, као и на предлогу мера које би послужиле сузбијању такве врсте злоупотребе уговора. Извештај је навео две врсте аранжмана са пробирањем уговора и то аранжмане са директним проточним компанијама и аранжмане који се користе „степеник“ стратегијом (енг.: *stepping stone strategy/conduit*).⁴²⁸ Погледајмо пример аранжмана са директном проточном компанијом:⁴²⁹

Румунској компанији је потребна технологија из САД за свој производни погон, а према уговору између ове две државе, порез по одбитку за индустријску својину по члану 12 тог уговора је 15%.⁴³⁰ Супротно, према уговору између Аустрије и Румуније, порез по одбитку за ауторске накнаде је 3%,⁴³¹ уколико изузмемо примену Директиве о каматама и ауторским накнадама. Даље, према уговору између САД и Аустрије, не обрачунава се порез по одбитку за ауторске накнаде у земљи извора.⁴³² Према томе, америчка компанија потписује уговор о лиценци са аустријском компанијом, која даље потписује уговор о подлиценци са румунском компанијом. Порез у транзиту је смањен са 15% на 3%.

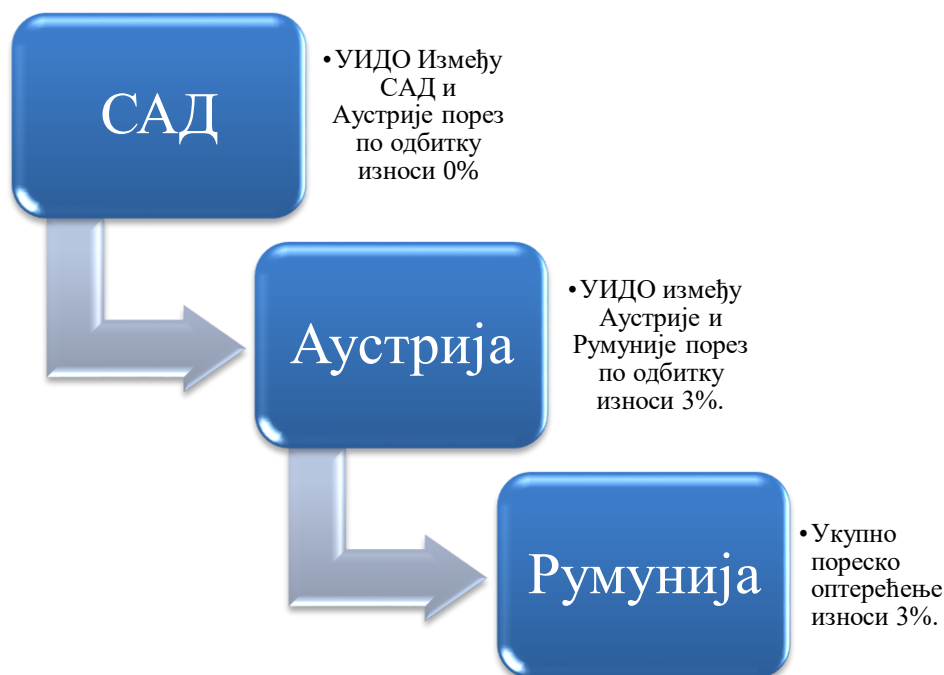
⁴²⁸ *Ibid.*, пар. 4, R(6)-2 и R(6)-3.

⁴²⁹ A. Brignoli, 16-17.

⁴³⁰ The Convention between the government of the United States of America and the government of the Socialist Republic of Romania with respect to taxes on income, 1973., чл. 12. <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/romania.pdf> 5.4.2021.

⁴³¹ The Convention between the Republic of Austria and Romania, for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and on capital, чл. 12, <https://expatcenter.ro/romania-austria-convention-for-avoidance-of-double-taxation/> 5.4.2021.

⁴³² Члан 12 овог уговора порез по одбитку предвиђа само за одређене врсте ауторских накнада, где не спада индустријска својина. Вид.: Convention between the United States of America and the Republic of Austria for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income, 1999, чл.12. <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/austria.pdf> 5.4.2021.

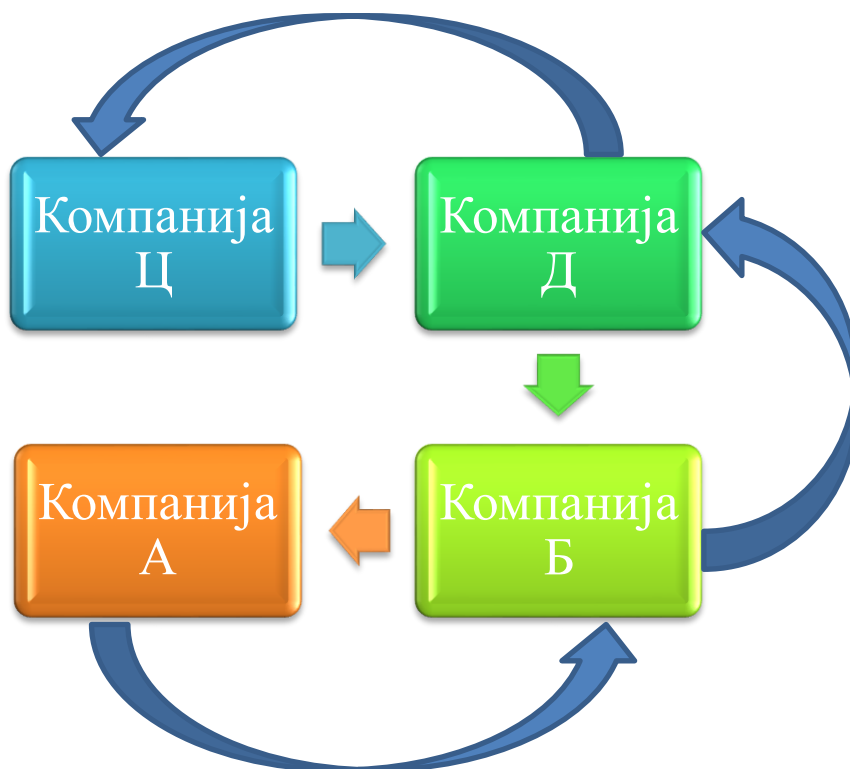


*Слика број 1

Погледајмо сада пример аранжмана са „степеник“ стратегијом у виду „back-to-back“ позајмица:⁴³³

Компанија Ц је матична фирма и резидент државе Ц. Ова компанија врши докапитализацију компаније Д која је лоцирана у јурисдикцији која се сматра пореским рајем. Компанија Д затим одобрава кредит Компанији Б, која је резидент у држави Б и основана је као холдинг компанија. Холдинг компанија Б даље одобрава кредит својој филијали, компанији А, резиденту државе А. Државе А, Б и Ц су јурисдикције које имају високе пореске стопе. Камата коју исплаћује компанија А, сматра се трошком, а порез по одбитку између државе А и Б по уговору је врло низак или уопште не постоји. Даље, компанија Б ће задржати минимални део примљене камате која улази у основицу пореза на добит, а остатак прослеђује у виду камате држави Д. По домаћем праву државе Б, не постоји порез по одбитку на камате. Камату коју прими компанија Д се не опорезује или се опорезује ниском ефективном пореском стопом, или се користе хибридни инструменти како се порез не би платио. На крају, дивиденда коју компанија Д исплаћује држави Ц се не опорезује услед афилијационе привилегије коју уводи држава Ц, или услед коришћења ентитета за хибридно неподударање.

⁴³³ R. karadkar, 11.



*Слика број 2

Овакви „back-to-back“ аранжамани могу постојати и између неповезаних лица.⁴³⁴ На пример: компанија А жели да својој филијали Ц одобри кредит у држави Ц, међутим, не постоји пореки уговор између државе А и Ц. А ивистира у неповезану финансијску институцију Б, која је резидент државе Б, са којом држава Ц има закључен порески уговор.⁴³⁵ Финансијска институција одобрава кредит компанији Ц, а камата се опорезује преференцијалном стопом пореза по одбирку за камате из наведеног уговора.⁴³⁶ Примљену камату финансијска институција, уз задржавање провизије, тај износ преноси компанији А у виду повраћаја првобитног улагања (енг.: return on investment – ROI).⁴³⁷

Видимо да је разлика између ове две врсте аранжмана у броју и саставу проточних компанија које се користе како би се искористиле користи из пореских уговора, међутим, оно што је за обе врсте аранжмана исто, јесте чињеница да проточна компанија не плаћа, или плаћа врло мало пореза у држави свог резидентства, јер би у супротном домаће опорезивање компензовало добитак од искоришћавања преференцијалних стопа пореза по одбитку из уговора.⁴³⁸ Поновимо, Коментар Модел-конвенције УН, преузео је исту ову поделу аранжмана са пробирањем уговора како је наведено у Извештају о проточним компанијама.⁴³⁹

Иако је Извештај на почетку дефинисао проточну компанију као компанију која каналише приход који економски припада лицу у другој држави, који је због тога у ситуацији да неправилно искористи погодности из уговора, индиректна дефиниција се могла извући и из

⁴³⁴ В. J. Arnold (2016), 169.

⁴³⁵ *Ibid.*

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ Double taxation conventions and the use of conduit companies, OECD, R(6)-3.

⁴³⁹ United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2017 Update, Коментар члана 1, пар. 65.

Коментара OECD Модел-конвенције из 1977. године.⁴⁴⁰ Наиме, овај Коментар је наводио да је важно нагласити да се проширењем мреже уговора о избегавању двоструког опорезивања повећава ризик злоупотребе, олакшавајући употребу вештачких правних творевина чији је циљ да обезбеде како користи од пореских олакшица предвиђених одређеним домаћим законима, тако и пореска ослобођења предвиђена уговорима о избегавању двоструког опорезивања.⁴⁴¹ Даље, у наредном ставу, Коментар је споменуо да би ово био случај, на пример, уколико би лице (било резидент државе уговорнице или не) пословало преко правног ентитета који је основан у одређеној држави са циљем да оствари погодности из уговора које му у супротном, на директан начин, не би биле доступне.⁴⁴² Комбинованим текстом ова два става, може се закључити да је проточна компанија у суштини, описана као вештачка правна конструкција, односно творевина.⁴⁴³ Данон (Danon) сматра да се појам „вештачка правна творевина“ може упоредити са концептом „потпуно вештачког аранжмана“ који је развио Суд правде Европске уније (даље: СПЕУ) у оквиру концепта злоупотребе права.⁴⁴⁴ СПЕУ је у већини случајева пробирања директива (енгл.: directive shopping), проточну компанију одређивао као уметнути ентитет који прима дивиденде и исте врло брзо након тога преноси својим акционарима што је у сагласности са Извештајем о проточним компанијама OECD.⁴⁴⁵ Такође и код „степеник“ стратегија у виду „back-to-back“ позајмица, СПЕУ је у судским случајевима доносио пресуде где је наводио да компанија послује у својству проточног лица, уколико је њена једина сврха била да прими камату и исту пренесе даље стварном власнику или другој проточној компанији.⁴⁴⁶ Међутим, није се знало који су одлучујући елементи у одређивању уметнуте компаније као проточне вештачке творевине, у оквиру чланова који се односе на дивиденде, камате и ауторске накнаде, јер СПЕУ није био конзистентан у својим одлукама поводом тог питања.⁴⁴⁷

У скоријим одлукама за данске случајеве, СПЕУ је навео да је компанија вештачка проточна творевина ако нема економску активност што се може видети на основу непостојања пословних књига, правог менаџмента компаније, реализованих расхода, запослених, опреме и простора.⁴⁴⁸ У другом случају, СПЕУ је донео закључак да је уметнута компанија у ствари вештачка проточна творевина ако примљену камату врло брзо након што је прими пренесе другом лицу на основу уговорне или правне обавезе, или чак на основу чињеница које указују да обавеза прослеђивања прихода постоји, иако не постоји уговорна или правна обавезност да се приход проследи.⁴⁴⁹ Данон (Danon) сматра да за сврху дивиденде, камате и ауторских накнада, уметнута компанија може бити окарактерисана као вештачка творевина само у смислу њене економске повезаности са приходом, а не са државом свог резидентства у смислу постојања особља, просторија и слично.⁴⁵⁰ Па тако, резидентна финансијска институција која има значајно присуство у тој држави у смислу наведених фактора, може бити проточна компанија за сврху чланова који се односе на дивиденде, камате и ауторске накнаде.⁴⁵¹ Обрнуто, холдинг компанија која нема значајније присуство у земљи резидентства, не мора

⁴⁴⁰ R. J. Danon (2020a), 592.

⁴⁴¹ Model Double Taxation Convention on Income and Capital, OECD, 1977, Коментар члана 1, ст. 8.

⁴⁴² *Ibid.*, Коментар члана 1, ст. 9.

⁴⁴³ R. J. Danon (2020a), 593.

⁴⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁴⁵ R. J. Danon (2020), 248.

⁴⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁴⁷ R. J. Danon (2020a), 593.

⁴⁴⁸ ECJ Joined Cases T Danmark C-116/16 and Y Denmark Aps C-117/16, 26 February 2019, ст. 104.

⁴⁴⁹ ECJ Joined Cases N Luxembourg 1 (C-115/16), X Denmark A/S (C-118/16), C Danmark I (C-119/16), Z Denmark ApS (C-299/16), 26 February 2019, ст. 132.

⁴⁵⁰ R. J. Danon (2020a), 593.

⁴⁵¹ R. J. Danon (2020), 248.

нужно бити и проточна компанија.⁴⁵² Занимљиво је да се поменути став 8 и појам „вештачка правна творевина/конструкција“ из Коментара члана 1 од 1977. године задржао све до последње ревизије Модел-конвенције из 2017. године у којој се сада наводи да се проширењем мреже уговора о избегавању двоструког опорезивања повећава ризик злоупотребе, олакшавајући употребу аранжмана чији је циљ да обезбеде како користи од пореских олакшица предвиђених одређеним домаћим законима, тако и пореска ослобођења предвиђена уговорима о избегавању двоструког опорезивања.⁴⁵³ Ова промена, резултирала је променом преамбуле која сада експлицитно наводи да је један од циљева конвенције и спречавање аранжмана са пробирањем уговора.⁴⁵⁴ С обзиром на то да се поменути аранжмани и вештачке правне творевине/конструкције односе на проблеме са проточним компанијама, њихов ефекат након BEPS иницијативе остаје скоро идентичан.⁴⁵⁵

1.1.3. Начини сузбијања аранжмана са пробирањем уговора

Пре свега, потребно је навести разлоге због којих су ови аранжмани непожељни, па тако, OECD је у Извештају навела да аранжмани са пробирањем уговора нису пожељни из три разлога:⁴⁵⁶

- погодности из уговора су преко ових аранжмана економски проширени и на лица који су резиденти трећих држава и то ненамерно од стране држава уговорница, па тако принцип реципроцитета више не постоји и баланс онога што су се државе одрекле у уговорима се тиме мења;
- коришћењем оваквих аранжмана, међународни новчани токови остају неопорезовани или неадекватно опорезовани;
- државе резидентства немају подстицаја да закључују уговоре са државама извора ако знају да њихови резиденти, крајњи бенефицијари прихода, могу погодности да стекну индиректно уметањем посредничке компаније. На тај начин држава резидентства инвеститора нема обавезу да држави извора пружи реципрочне погодности, а њени резиденти, тј. инвеститори, на индиректан начин ће искористити погодности из другог уговора који је земља извора закључила са неком другом државом.

У литератури се најчешће као један од главних аргумената наводи да аранжмани са пробирањем уговора доводе до нежељених губитака прихода једне државе и уводе економску дисторзију.⁴⁵⁷ Међутим, поставља се питање, да ли је уопште могуће да се израчунају користи и трошкови пореског уговора једне државе.⁴⁵⁸ Такође, неке користи, као на пример узајамна помоћ у пореским стварима, не могу да се израчунају у монетарном смислу.⁴⁵⁹ Друго, да ли овакви аранжмани резултују искључиво губитком прихода једне државе? Може се тврдити и да ови аранжмани могу да повећају економску активност у држави извора, па тако укупна економска добит може превазићи губитке која иста држава извора има од ове врсте злоупотребе уговора. Такође, уколико држава у развоју на неки начин одобрава ове аранжмане, то ради у циљу привлачења страног капитала и технологија, јер би у супротном

⁴⁵² R. J. Danon (2020a), 593.

⁴⁵³ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, Коментар члана 1, ст. 55.

⁴⁵⁴ R. J. Danon (2020a), 621.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ Вид.: F. Z. Malacrida, 8; Double taxation conventions and the use of conduit companies, R(6)-4 и R(6)-5.

⁴⁵⁷ R. S. Avi-Yonah, C. HJI Panayi, 7.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, 9.

⁴⁵⁹ *Ibid.*

трошкови усклађивања према антиабузивним правилима били превелики за инвеститора, што може довести до негативних ефеката, у смислу одвраћања потенцијалних инвеститора од улагања у тој држави.⁴⁶⁰ Врховни суд у Индији је у једном предмету одбио да примени клаузулу за сузбијање аранжмана са пробирањем уговора, а која је постојала у уговору између Индије и Маурицијуса.⁴⁶¹ Суд је навео да државе у развоју подстичу овакве аранжмане јер су користи по њихову економију већи од самог пореског губитка на основу искоришћавања преференцијалних стопа из уговора од стране резидената трећих држава.⁴⁶²

Корисно је на овом месту поменути и ставове САД, које су снажни заступници сузбијања ових аранжмана и које су развиле многе антиабузивне мере у циљу спречавања злоупотребе уговора коришћењем проточних компанија. Пре свега, САД преко ових аранжмана резидентима трећих држава омогућава примену преференцијалне стопе пореза по одбитку, али се зато према резидентима САД у трећој држави, са којом САД немају потписан порески уговор, примењују домаће стопе пореза по одбитку, које су по правилу веће од оних из уговора.⁴⁶³ Даље, због могућности примене искоришћавања преференцијалних пореских стопа од стране резидената трећих држава и због инсистирања САД на КОП као део пореског уговора, треће државе нису заинтересоване за закључивање пореског уговора са САД.⁴⁶⁴ Као пример можемо навести Канаду, која је до 1992. године одбијала да преговара са САД око амандмана пореског уговора који је подразумевао уношење поменутих клаузула, јер инвеститори из Канаде који су хтели да улажу у САД, оснивали су проточне компаније у Холандији која је имала порески уговор са САД али без поменутих клаузула.⁴⁶⁵ Тек када је уговор између САД и Холандије ревидиран у смислу да су убачене и клаузуле, Канада је приступила преговорима са САД и прихватила уношење поменутих клаузула.⁴⁶⁶ Дакле, Канада није имала подстицај да приступи преговорима, јер је на индиректан начин, резидентима Канаде било омогућено да користе преференцијалну пореску стопу из уговора САД са Холандијом. Међутим, одређен број стручне и научне јавности сматра да САД са својим антиабузивним мерама за спречавање аранжмана са пробирањем уговора, заправо смањује способност САД да привуку страни капитал.⁴⁶⁷

Модел-конвенције УН и OECD најновијег издања у оквиру Коментара члана 1 наводе неколико начина за сузбијање аранжмана са пробирањем уговора.⁴⁶⁸

- специјалне и опште антиабузивне мере из пореских уговора;
- општа интерпретација одредаба пореских уговора;
- специјалне и опште законске антиабузивне мере из домаћег права;
- судске доктрине и принципи интерпретације који су део домаћег права.

⁴⁶⁰ Barnabas Mark Kerekcs, „Limitation on Benefits Clauses – Function, Purpose and History“, *Preventing treaty abuse* (eds. Daniel W. Blum et al.), Linde, Wien 2016, 154 и 156.

⁴⁶¹ R. S. Avi-Yonah, C. HJI Panayi, 9.

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ Anna A. Kornikova, „Solving the Problem of Tax-treaty Shopping through the use of Limitation on Benefits Provisions“, *Richmond Journal of Global Law & Business*, Volume 8 Issue 2, 2008, 256.

⁴⁶⁴ *Ibid.*

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ *Ibid.*

⁴⁶⁷ *Ibid.*, 256-257.

⁴⁶⁸ Коментар Модел-конвенције УН наводи ове начине сузбијања ове врсте злоупотребе уговора много прегледније него што то чини Коментар Модел-конвенције OECD. Упор.: United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2017 Update, Коментар члана 1, пар. 15 и OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, 2017, Коментар члана 1, пар. 54-80.

Ове Модел-конвенције као специјалне антиабузивне мере које већ постоје наводе и концепт о стварном власнику прихода за чланове 10-12 пореских уговора. Иако Извештај о проточним компанијама OECD није као меру за спречавање аранжмана са пробирањем уговора предвидео и концепт о стварном власнику прихода, навео је четири мере: клаузулу о пробијању правне личности (енг.: look-through clause), клаузулу о искључењу (енг.: exclusion clause), клаузулу о подвргнутом опорезивању (енг.: subject-to-tax clause), прилаз о каналисању (енг.: channel approach) и као изузетак је предвидео *bona fide* одредбе.⁴⁶⁹ Наведене мере нису генерално прихваћене, осим клаузуле о подвргнутом опорезивању које представљају део пореских уговора које је закључило УК, што се може видети из коментара делегације УК из 1967. године, где се указало на важност ове клаузуле.⁴⁷⁰ Као специјалне антиабузивне мере за сузбијање ових аранжмана јављају се и КОП, које су прве кренуле да примењују САД, а потом и Модел-конвенција OECD је у оквиру Коментара члана 1 преузела овакве одредбе.⁴⁷¹ BEPS Акција 6 је предвидела потпуно нови сет ових клаузула са предлогом да исте постану део Модел-конвенције и пореских уговора, а не само Коментара.⁴⁷² Преко BEPS Акције 6⁴⁷³ и MLI конвенције⁴⁷⁴, а у оквиру модификованих пореских уговора, као општа антиабузивна мера појављује се ТОЦ и то као минимални стандард.

Модел-конвенција УН 2017⁴⁷⁵ изричито наводи да се општом интерпретацијом одредаба пореског уговора могу спречити аранжмани са пробирањем уговора, док Модел-конвенција OECD 2017⁴⁷⁶ овакву могућност само узгред помиње, али не у виду посебног одељка како то чини прва поменута конвенција. Модел-конвенција УН 2017 наводи да уколико се сматра да постоји злоупотреба пореског уговора, може се занемарити таква злоупотреба трансакција у оквиру правилне интерпретације релевантних одредаба пореског уговора где се узима у обзир његов контекст, предмет и сврха, као и обавеза да се такве одредбе тумаче у доброј вери у складу са чланом 31 Бечке конвенције.⁴⁷⁷ Дакле, ако је договорено да је сврха уговора такође и превенција избегавања плаћања пореза и пореске евазије, држава уговорница може унилатерално да одбије да примени погодности из уговора у случајевима када сматра да је сврха трансакције злоупотреба уговора.⁴⁷⁸ Овакво поступање државе уговорнице се ослања на међународно јавно право које је кодификовано у Бечкој конвенцији, на основу које уговори морају бити тумачени у доброј вери и у складу са предметом и сврхом уговора.⁴⁷⁹ Ако трансакција служи злоупотреби одредаба уговора, држава уговорница ће такве одредбе интерпретирати тако да не одобри погодности из уговора, а како би се злоупотреба спречила.⁴⁸⁰

⁴⁶⁹ Double taxation conventions and the use of conduit companies, OECD, пар. 21, R(6)-11.

⁴⁷⁰ R. Vann (2013), 282.

⁴⁷¹ Valery Manokhin, „Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties“, *Limits to tax planning* (eds. Michael Lang et al.), Linde, Wien 2013, 342.

⁴⁷² OECD (2015), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, 20.

⁴⁷³ *Ibid.*, 55.

⁴⁷⁴ Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, OECD, Paris, 2016, чл. т, ст. 1.

⁴⁷⁵ United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2017 Update, Коментар члана 1, пар. 15 и 54-56.

⁴⁷⁶ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, 2017, Коментар члана 1, пар. 59.

⁴⁷⁷ United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2017 Update, Коментар члана 1, пар. 54.

⁴⁷⁸ R. Russo (ed.), 236.

⁴⁷⁹ K. Vogel, 33-34.

⁴⁸⁰ R. Russo (ed.), 236.

Овакву интерпретацију можемо видети у једном познатом судском случају *Aikens Industries*⁴⁸¹ где је интерпретацијом одредбе из уговора заузет став да директни прималац камате није стварни власник прихода и да је таква трансакција у ствари аранжман са пробирањем уговора. Наиме, америчка компанија MPI је позајмила новац од бахамске компаније ECL, која је крајњи власник америчке компаније.⁴⁸² Између Бахама и САД није постојао уговор о двоструком опорезивању, а домаћа америчка стопа пореза по одбитку за камате била је 30%.⁴⁸³ Имајући претходну чињеницу у виду, у оквиру „back-to-back“ кредитирања, компанија ECL је дуг и камату пренела на своју индиректну филијалу, компанију из Хондураса *Industrias*, која је за узврат позајмила исти износ са истом каматном стопом од компаније ECL.⁴⁸⁴ Хондурас и САД су имале потписан порески уговор који је предвиђао да земља извора нема право опорезивања камата порезом по одбитку.⁴⁸⁵ Када је компанија *Industrias* примила камату, исту је проследила даље матичној фирми по основу уговора о кредиту који је био идентичан уговору између компанија ECL и MPI.⁴⁸⁶ Иако трансакције нису биле привидне, нису постојали валидни економски и пословни разлози за овакву трансакцију, већ је једини циљ био да се избегне плаћање пореза по одбитку за камате.⁴⁸⁷ Суд је сматрао да је услед злоупотребе, потребно правилно протумачити израз „примљено од“ (енг.: *received by*).⁴⁸⁸ С обзиром на то да дефиниција овог израза није постојала у уговору, суд је наведени израз интерпретирао у смислу да није довољно само да се камата прими, већ је потребно и да директни прималац има моћ располагања и контролу над примљеним приходом.⁴⁸⁹ Одлуком суда, одбијена је погодност из пореског уговора на основу наведене интерпретације где је установљено да стварни власник прихода није директни прималац из Хондураса већ бахамска компанија ECL.⁴⁹⁰ Концепт стварног власника прихода је постао 1977. године део Модел-конвенције US, као иницијални одговор на аранжмане са пробирањем уговора.⁴⁹¹ Међутим, САД су покушавале у годинама након овог случаја да развију судску праксу преко наведене интерпретације, али успех је био изузетно мали.⁴⁹² Након тога, САД су као најефикаснији начин сузбијања ових аранжмана виделе у домаћим законским специјалним антиабузивним нормама и клаузулама о ограниченим погодностима у оквиру својих пореских уговора.⁴⁹³

Што се тиче специјалних и општих законских антиабузивних мера из домаћег права, Модел-конвенције УН⁴⁹⁴ и OECD⁴⁹⁵ сматрају да овакве мере нису у супротности са одредбама пореског уговора, уколико је домаћа антиабузивна мера у сагласности са водећим принципом из Коментара члана 1 става 61 (водећи принцип) и са ставом 9 члана 29 Модел-конвенције (ТОЦ). Обе Модел-конвенције такође сматрају да судске доктрине и принципи интерпретације који су део домаћег права нису у супротности са одредбама пореског уговора и да могу

⁴⁸¹ *Aiken Industries Inc. V. Commissioner of Internal Revenue*, 56 T.C. 925, 1971, преузето са адресе <https://www.ileagle.com/decision/197198156brtc9251912> 7.4.2021.

⁴⁸² Yariv Brauner, „Beneficial Ownership in and outside US Tax Treaties“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Netherlands 2013, 146.

⁴⁸³ L. Oats et al., 485.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, 485-486.

⁴⁸⁵ Y. Brauner, 147.

⁴⁸⁶ L. Oats et al., 486.

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ Y. Brauner, 148.

⁴⁸⁹ L. Oats et al., 486.

⁴⁹⁰ Y. Brauner, 147.

⁴⁹¹ *Ibid.*, 148.

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2017 Update, Коментар члана 1, пар. 42.

⁴⁹⁵ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, 2017, Коментар члана 1, пар. 77.

послужити у сузбијању злоупотребе уговора.⁴⁹⁶ Доктрине које су наведене јесу: „пословне сврхе“, „лажне трансакције“, „суштина изнад форме“, „економска суштина“, „злоупотреба права“ и „fraus legis“ доктрина.⁴⁹⁷

1.2. Разлози приписивања антибузивне функције стварном власнику прихода

На почетку смо историјски развој концепта стварног власника поделили на два периода, пре и после 2003. године из разлога што је Коментар ОЕЦД из 2003. године стварном власнику приписао функцију антибузивне мере против проточних компанија, што није била првобитна улога концепта стварног власника коју су јој приписали аутори који су радили на нацрту наведене Конвенције.⁴⁹⁸ Коментар ОЕЦД из 1977. године је концепт стварног власника прихода представио у стриктном техничком смислу као правило за приписивање прихода са циљем да се лицима која имају правне интересе према одређеним приходима, а исти им се не приписују, ускрати право на погодности из пореских уговора.⁴⁹⁹ Такође, Коментар ОЕЦД из 1977. године је концепту стварног власника придавао уско значење које се базирало на домаћем праву и англосаксонском разликовању између правног и стварног власника, док је верзија Коментара ОЕЦД из 2003. године промовисала ширу интерпретацију у светлу међународног фискалног значења и у смислу превенције избегавања плаћања пореза и фискалне евазије.⁵⁰⁰ Међутим, иако сām Коментар ОЕЦД из 1977. године концепту стварног власника није приписивао антибузивни карактер, ОЕЦД Извештај о међународном избегавању пореза и пореској евазији наводио је супротно.⁵⁰¹ Наиме, у наведеном Извештају у делу где су се наводиле антибузивне одредбе, споменути су чланови 10 - 12 Коментара ОЕЦД из 1977. године.⁵⁰²

Поменути извештај је навео да је ОЕЦД у оквиру ревидиране верзије Модел-конвенције из 1977. године уврстио и одредбе које у одређеним случајевима онемогућавају лицима која послују као проточне компаније, да остваре право на користи из пореског уговора.⁵⁰³ Као пример, Извештај је споменуо да чланови 10 до 12 ОЕЦД Модел-конвенције онемогућавају примену преференцијалне пореске стопе за порез по одбитку за дивиденде, камате и ауторске накнаде, уколико проточна компанија није стварни власник поменутих прихода. Даље је наведено да је Коментар помињао само агенте и номиналне власнике али се исто тако може применити и на лица која улазе у аранжмане или преузимају обавезе које су сличне функцијама које се приписују агентима и номиналним власницима.⁵⁰⁴ Можемо закључити да ОЕЦД Коментар из 1977. године, сам по себи, концепту стварног власника није приписивао антибузивни карактер, међутим, поменути Извештај је променио наведену ситуацију и

⁴⁹⁶ United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2017 Update, Коментар члана 1, пар. 43-47; OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, 2017, Коментар члана 1, пар. 78-80.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ M. Zuk, 330.

⁴⁹⁹ Daniel S. Smit, „The Concept of beneficial ownership and possible alternative remedies in netherlands case law“, *Beneficial Ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Amsterdam 2013, 59.

⁵⁰⁰ R. Vann (2013), 4.

⁵⁰¹ International Tax Avoidance and Evasion – Four Related Studies, OECD, Paris, 1987, 92 – 93.

⁵⁰² Juan Lopez Rodriguez, Georg Kofler, „Beneficial Ownership and EU Law“, *Beneficial Ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Amsterdam 2013, 236.

⁵⁰³ International Tax Avoidance and Evasion – Four Related Studies, OECD, 1987, 92 .

⁵⁰⁴ *Ibid.*, 93.

отворио пут Коментару из 2003. године, који је јасније исказао антиабузивни карактер појма стварног власника из пореских уговора.

Три догађаја су утицала на антиабузивни карактер концепта стварног власника: ревизије Коментара 2003. и 2014. године, као и BEPS Акција 6 која је преко MLI конвенције, као минимални стандард увела промену преамбуле.

У Модел-Конвенцији OECD из 1977. године је први пут споменуто избегавање плаћања пореза,⁵⁰⁵ али ипак, злоупотреба уговора није схваћена као већи проблем с обзиром на то да су само четири става била посвећена овој теми у оквиру Коментара на члан 1.⁵⁰⁶ Коментар OECD из 1977. године је у ограниченом обиму помињао како злоупотребу уговора, тако и концепт стварног власника, па је било нејасно да ли је наведени концепт представљао само услов да се приступи пореским уговорима или је у питању била специјална антиабузивна мера.⁵⁰⁷ Ревидирани Коментар из 2003. године је аранжмане са пробирањем уговора представио као велики проблем, јер су такви аранжмани у супротности са предметом и сврхом уговора.⁵⁰⁸ Пре свега Коментари OECD из 1977.⁵⁰⁹ и 1992. године⁵¹⁰ су наводили да порески уговори не би требало да доприносе избегавању плаћања пореза и фискалној евазији, док је верзија Коментара из 2003. године⁵¹¹ подразумевала да је спречавање избегавања плаћања пореза и фискалне евазије један од циљева, односно сврха пореског уговора. Коментар из 2003. године унео је позитивну изјаву о томе шта је сврха уговора, док су претходне верзије Коментара само указивале на предлог, а у вези са спречавањем избегавања плаћања пореза и фискалне евазије.⁵¹² Појашњавање да је сврха уговора и спречавање избегавања плаћања пореза и фискалне евазије, утицало је на интерпретацију и примену пореских уговора.⁵¹³

За интерпретацију уговора, потребно је консултовати Бечку конвенцију, која наводи да уговор мора бити интерпретиран у доброј вери према уобичајеном смислу који се мора дати изразима у уговору у њиховом контексту и у светлости предмета и сврхе уговора.⁵¹⁴ Према томе, одредбе пореских уговора морају бити интерпретиране у смислу спречавања избегавања плаћања пореза и фискалне евазије.⁵¹⁵ Концепт стварног власника се у оквиру Коментара OECD из 2003. године ускладио са новом сврхом пореског уговора где се наводило да поменути концепт не би требало примењивати у уском техничком значењу, већ би требало бити схваћен у свом контексту и у светлу предмета и сврхе пореског уговора, укључујући избегавање двоструког опорезивања, као и превенцију фискалне евазије и избегавања плаћања пореза.⁵¹⁶ Даље, на основу нове сврхе, Коментар Модел-конвенције OECD 2003 је навео да је примена агената, номиналних власника и проточних компанија противно предмету и сврси уговора.⁵¹⁷ Армелин (Armelin) сматра да није тешко закључити да је концепт стварног власника имао антиабузивни карактер и да је служио сузбијању аранжмана са пробирањем уговора, посебно из разлога што су предмет и сврха конвенције били и спречавање избегавања

⁵⁰⁵ R.Irawan, 31.

⁵⁰⁶ Model Double Taxation Convention on Income and on Capital, OECD 1977, Коментар члана 1, пар. 7-10.

⁵⁰⁷ R. J. Danon (2020a), 590.

⁵⁰⁸ Z. Malacrida, 15.

⁵⁰⁹ Model Double Taxation Convention on Income and on Capital, OECD 1977, Коментар члана 1, пар. 7.

⁵¹⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 1992, Коментар члана 1, пар. 7.

⁵¹¹ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2003, Коментар члана 1, пар. 7.

⁵¹² R.Irawan, 36.

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, Vienna 1969, чл. 31, ст. 1.

⁵¹⁵ R.Irawan, 36.

⁵¹⁶ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2003, Коментар члана 10, пар.12.

⁵¹⁷ Daniela Vicente Armelin, „Treaty abuse and beneficial ownership: latest OECD developments“, *Preventing treaty abuse* (eds. Daniel W. Blum *et al.*), Linde, Wien 2016, 501.; Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2003, Коментар члана 10, пар.12.1.

плаћања пореза и фискалне евазије, а на које се Коментар Модел-конвенције OECD 2003 на чланове 10 - 12 директно позивао.⁵¹⁸ Иако овај закључак није једногласан међу академским редовима, слажемо се са наведеним аутором из разлога што члан 31 став 1 Бечке конвенције упућује на тумачење које мора бити у сагласности са предметом и сврхом уговора, а на које је директно упућивао и Коментар из 2003. године. Такође, иако концепту стварног власника прихода 1977. године првобитно није директно приписана антиабузивна улога из разлога што злоупотреба уговора није представљала једно од примарнијих питања којим се Коментар у то време бавио, став 10 члана 1 Коментара наводио је да се злоупотребом уговора бави и наведени концепт из чланова 10-12 пореског уговора.⁵¹⁹ Антиабузивни карактер одредбе о стварном власнику прихода потврдио је и OECD Извештај о проточним компанијама који је наведену одредбу из чланова 10-12 пореских уговора наводио под насловом „Одредбе о спречавању избегавања плаћања пореза“.⁵²⁰ Након усвајања Извештаја о проточним компанијама и новог Коментара 2003. године, одредба о стварном власнику је постепено добијала функцију примарне мере за спречавање злоупотребе уговора са проточним компанијама.⁵²¹ Такође, истакнути стручњаци Међународне пореске групе сматрају да је историјски, концепт стварног власника служио решавању техничких потешкоћа које су произлазиле из уметања агената и номиналних власника у држави резидентства, не указујући на проблем са проточним компанијама.⁵²² Међутим, уколико се концепт стварног власника интерпретира у складу са чланом 31 Бечке конвенције, узимајући у обзир предмет и сврху пореског уговора, овај концепт није могао остати лимитиран само на агенте и номиналне власнике, па је тако морао бити схваћен у антиабузивном контексту.⁵²³ Можемо закључити на основу изнетих чињеница да је концепт стварног власника тада почео да добија јаснију улогу примарне антиабузивне мере, а током, и након овог периода, судска пракса по питању примене концепта стварног власника прихода постала је све већа.⁵²⁴

Други догађај који је утицао на појачавање антиабузивне функције јесте измена концепта стварног власника прихода у оквиру нове ревизије Коментара која је уследила 2014. године. На овом месту нећемо понављати које су то промене, већ ћемо се фокусирати само на делове који су одредби о стварном власнику прихода појачале антиабузивну функцију. Пре свега, Коментар из 2014. године потврдио је да би концепт стварног власника требало да буде схваћен у свом контексту, пре свега у односу са речима „исплаћује...резиденту“, као и у светлу предмета и сврхе пореског уговора, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенцију фискалне евазије.⁵²⁵ Даље, Коментар је споменуо интеракцију одредбе о стварном власнику прихода са другим домаћим и уговорним антиабузивним мерама.⁵²⁶ Мишљења смо да је став 12.5 овог Коментара потврђивао статус концепта стварног власника као антиабузивне мере из два разлога. Прво, у општем смислу, питање интеракције једне одредбе са другом може се поставити само уколико обе имају исти циљ и постоји могућност њиховог преклапања. Најбољи пример јесте BEPS Акција 6 која је наводила да интеракција између КОП, као специјалних антиабузивних мера и ТОЦ, као опште антиабузивне мере, постоји из разлога што су обе мере усмерене ка спречавању аранжмана са пробирањем уговора, па је

⁵¹⁸ D. V. Armelin, 502.

⁵¹⁹ Model Double Taxation Convention on Income and on Capital, OECD 1977, Коментар члана 1, пар. 10; овај став се задржао и у свим наредним коментарима: Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2017, Коментар члана 1, ст. 63.

⁵²⁰ Double taxation conventions and the use of conduit companies, OECD, 1986, одељак Б ст. 14, тч б.

⁵²¹ R. J. Danon (2020a), 591.

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2014, Коментар члана 10, ст. 12.1.

⁵²⁶ *Ibid.*, Коментар члана 10, ст. 12.5.

њихово преклапање могуће.⁵²⁷ Коментар Модел-конвенције OECD 2014 је поставио питање интеракције између одредбе о стварном власнику прихода и уговорних, односно домаћих антиабузивних мера, које су усмерене ка спречавању злоупотребе пореских уговора, где спадају и аранжмани са пробирањем уговора. На основу тога можемо закључити да је Коментар концепту стварног власника приписивао антиабузивну функцију какву су имале и остале мере које су се доводиле у интеракцију са наведеним концептом. Друго, у истом ставу у Коментару се наводило да се концепт стварног власника бави само одређеним формама избегавања плаћања пореза, и то оним формама где је уметнути прималац прихода у обавези да исти пренесе другом лицу, али се зато не бави осталим видовима аранжмана са пробирањем уговора. Овде је Коментар директно приписивао концепту стварног власника антиабузивну функцију, јер се наводило да се овај концепт бави одређеним формама аранжмана са пробирањем уговора.⁵²⁸ Иако се ревизијом овог Коментара умањио обим примене одредбе о стварном власнику, њена функција је остала иста.⁵²⁹ Дакле, можемо закључити да је ова ревизија концепта стварног власника у оквиру Коментара Модел-конвенције OECD 2014 и даље потврђивала антиабузивни карактер наведеног концепта, без обзира на сужени обим примене.

Последњи догађај који је додатно појачао антиабузивну функцију концепту стварног власника јесте измена преамбуле Модел-конвенција OECD, као и модификованих пореских уговора, услед BEPS Акције 6 и MLI конвенције. Пре свега, 2013. године OECD је припремила BEPS акциони план подржан од стране лидера Г20, који је идентификовао 15 акција, којима би се на свеобухватан начин супротставило ерозији основице и премештању добити.⁵³⁰ Финални извештај BEPS Акције 6 предвиђао је нову преамбулу у пореским уговорима као минимални и обавезујући стандард.⁵³¹ Даље, Комитет за фискалне послове OECD је образовао *ad hoc* радну групу за израду мултилатералног инструмента, чији је главни задатак био да пронађе начин како да се најефикасније модификују одредбе постојећих билатералних пореских уговора да би се примениле BEPS мере.⁵³² Као резултат тих напора, OECD је 24. новембра 2016. године представио MLI конвенцију, а уз њу и Објашњење.⁵³³ MLI конвенција је предвиђала, као један од минималних стандарда, измену преамбуле у смислу позитивне изричите изјаве која је гласила:⁵³⁴

„Државе уговорнице желе да закључе уговор за избегавање двоструког опорезивања за порезе на приходе и имовину али без стварања могућности за неопорезивање или смањено опорезивање путем незаконите пореске евазије или нелегитимне законите пореске евазије (укључујући и аранжмане са пробирањем уговора чији је циљ искоришћавање погодности из уговора за индиректну корист резидената трећих држава)“.

Видимо да је BEPS Акција 6, преко MLI конвенције, мењала предмет и сврху конвенције и то у оквиру преамбуле пореских уговора, па се поставило питање утицаја такве модификоване преамбуле на интерпретацију концепта стварног власника прихода. До сада, преамбуле пореских уговора имале су мали утицај на интерпретацију одредаба пореских уговора из

⁵²⁷ Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, OECD/G20 BEPS Action 6: Final Report, 2015, 56.

⁵²⁸ M. Zuk, 331-332.

⁵²⁹ R. J. Danon (2020a), 591.

⁵³⁰ Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Значај и ефекти БЕПС мултилатералне конвенције у међународном пореском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 75, 2017, 15.

⁵³¹ Slobodanka Kolundžija, „OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT“, *Preventing treaty abuse* (eds. Daniel W. Blum et al.), Linde, Wien 2016, 351.

⁵³² Д. Поповић, Г. Илић Попов, 16.

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2017, преамбула; Д. Поповић, Г. Илић Попов, 18.

разлога што ови уговори нису упићивали на закониту нелегитимну евазију, већ само на фискалну, незакониту евазију, па тако, судови преамбулама нису придавали већи значај.⁵³⁵ Генерални утицај нове преамбуле је изузетно велики из разлога што се јасно исказује намера држава уговорница да порески уговори нису намењени као средство за постизање пореске уштеде путем незаконите, нелегитимне законите евазије, као ни коришћењем аранжмана са пробирањем уговора.⁵³⁶

Међутим, пре него што објаснимо значај нове преамбуле и њен утицај на концепт стварног власника, битно је указати на две разлике између нове преамбуле са једне стране и предмета и сврхе конвенције коју је подразумевала Модел-конвенција OECD и Коментар из 2003. године. Прва разлика се односи на само место где су дефинисани предмет и сврха пореских уговора. Наиме, 2003. године Коментар члана 1 је фискалну евазију и нелегитимну закониту евазију предвидео као нову сврху уговора, што није представљало део пореских уговора. Према другој разлици, сврха избегавања двоструког опорезивања и превенција фискалне и нелегитимне евазије, потпуно се изједначавају по снази. Наиме, Коментар члана 1 из 2003. године наводио је да главни циљ (енг.: *principal purpose*) пореских уговора јесте промоција размене добара и услуга, као и кретања капитала и лица, и то помоћу избегавања двоструког опорезивања, а да је такође сврха пореских уговора и превенција фискалне евазије и избегавања плаћања пореза.⁵³⁷ Са друге стране, увод Модел-конвенције OECD из 2017. године циљ спречавања двоструког опорезивања, као и превенцију фискалне и нелегитимне законите евазије, представља као главне циљеве конвенције (енг.: *main purposes*).⁵³⁸

Поновимо, Бечка конвенција наводи да уговори морају бити тумачени према својем предмету и сврси, што сада чини део нове преамбуле.⁵³⁹ Такође, Бечка конвенција наводи и да се у сврху интерпретације уговора, мора сагледати цео текст уговора који обухвата преамбулу и анекс, као и други инструменти.⁵⁴⁰ У оквиру нове Модел-конвенције OECD из 2017. године, Коментар остаје исти по питању концепта стварног власника па се наведени концепт и даље тумачи у светлу предмета и сврхе пореског уговора, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенције фискалне евазије. С обзиром на то да се аранжмани са пробирањем уговора експлицитно помињу у оквиру преамбуле, као и чињеница да Коментар при тумачењу одредбе о стварном власнику прихода упућује на предмет и сврху уговора који сада чине део нове преамбуле, може се закључити да је наведеној одредби приписан искључиви антиабузивни карактер. Међутим, нова преамбула доводи до две врсте правне несигурности. Прво, поставља се питање да ли нова преамбула проширује обим примене одредбе о стварном власнику у оквиру анализе „суштина изнад форме“ (економско тумачење).⁵⁴¹ С обзиром на то да је ово питање део наредног дела овог рада, нећемо се задржавати на истом. Друго, Коментар из 2017. године описује, пре свега, однос између нове преамбуле и ТОЦ, изостављајући дефиницију односа са концептом стварног власника прихода.⁵⁴² У више наврата Коментар Модел-конвенције OECD 2017 наводи однос између нове преамбуле и члана 29, става 9 Модел-конвенције, а који се односи на ТОЦ,⁵⁴³ па тако, Коментар наводи да члан 29 Модел-конвенције OECD 2017 рефлектује намеру држава уговорница, која је инкорпорирана у преамбулу уговора, да елиминишу двоструко опорезивање без стварања могућности за неопорезивање или смањено опорезивање путем незаконите или законите а нелегитимне

⁵³⁵ R. J. Danon (2020), 252.

⁵³⁶ L. Oats *et al.*, 485.

⁵³⁷ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2003, Коментар члана 1, пар. 7.

⁵³⁸ R. J. Danon (2020), 244; Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2017, увод ст. 2 и 3.

⁵³⁹ L. Oats *et al.*, 485.

⁵⁴⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, чл. 31, ст. 2.

⁵⁴¹ R. J. Danon (2020a), 622.

⁵⁴² *Ibid.*, 592.

⁵⁴³ *Ibid.*, 621.

евазије, као и путем аранжмана са пробирањем уговора.⁵⁴⁴ Супротно, Коментар не помиње однос између концепта стварног власника и нове преамбуле, иако се наведени концепт при интерпретацији ослања на предмет и сврху уговора, који су сада део преамбуле уговора.⁵⁴⁵ Иако у оквиру најновије верзије Коментара не постоји дефиниција односа између одредбе о стварном власнику и нове преамбуле, Бечка конвенција, поновимо, пружа општу дефиницију интерпретације термина из уговора у оквиру члана 31 става 2, где се наводи преамбула као један од инструмената интерпретације.⁵⁴⁶

2. Концепт стварног власника као правило за приписивање прихода

Са друге стране, постоји мишљење да концепт стварног власника служи као правило за приписивање прихода (енг.: attribution of income rule), а не као антиабузивна мера. Пре свега, један део стручне јавности сматра да Коментар Модел-конвенције OECD 2017 наводи да одредба о стварном власнику служи да објасни појам “плаћено....резиденту”⁵⁴⁷ где се у ствари мисли на лице коме се приход приписује за пореске сврхе.⁵⁴⁸ Исти став заступали су и творци Техничког објашњења Модел-конвенције САД из 1996. године у којој је било прописано да као стварног власника ауторске накнаде треба схватати свако лице које је резидент у другој држави уговорници и којем та држава примљени доходак приписује за пореске сврхе.⁵⁴⁹ Дакле, ако се наведени концепт схвати као правило за приписивање прихода, стварним власником би се сматрало лице:⁵⁵⁰

- које је резидент државе уговорнице;
- које је поднело захтев за примену преференцијалне стопе из пореског уговора;
- коме се за пореске сврхе у земљи свог резидентства приписују примљени приходи.

Међутим реч „приписује“ може бити схваћена двојачко, па тако, наведено правило приход подвргава приступу о подложности опорезивању (енг.: liable to tax) или прилазу о подвргнутом опорезивању (енг.: subject to tax).⁵⁵¹ Први прилаз подразумева да се стварним власником прихода сматра лице чија држава резидентства примљени приход приписује том лицу за пореске сврхе иако, услед неких преференцијалних третмана, приход на крају не буде опорезован.⁵⁵² Супротно, други прилаз подразумева да се приход приписује лицу чија држава резидентства заиста опорезује такав приход, па тако уколико постоји одредба која изузима одређени приход од опорезивања, неће се сматрати да је такав приход подвргнут опорезивању.⁵⁵³ Позиције држава према начину прилаза за примену концепта стварног власника као правила за приписивање прихода се разилазе, па тако неке државе примењују

⁵⁴⁴ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2017, Коментар члана 29, ст.1.

⁵⁴⁵ R. J. Danon (2020a), 621.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, 622.

⁵⁴⁷ Model Tax Convention on Income and Capital, OECD 2017, Чл. 10 ст. 2,

⁵⁴⁸ C. J. Finnerty, P. Merks, M. Petriccione, R. Russo (ed.), 230.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, 231.

⁵⁵⁰ D. V. Armelin, 502.

⁵⁵¹ A. Meindl-Ringler, 331.

⁵⁵² *Ibid.*, 11.

⁵⁵³ *Ibid.*

прилаз о подложности опорезивању, док друге примењују прилаз о подвргнутом опорезивању.⁵⁵⁴

Историјски гледано, подсетимо се, делегација УК предлагала је да у оквиру прве Модел-конвенције OECD, за чланове 10-12 буде примњена одредба о стварном власнику прихода или одредба о подвргнутом опорезивању.⁵⁵⁵ С обзиром да је OECD сматрала да одредба о подвргнутом опорезивању није у складу са духом и општим аранжманом Модел-конвенције, прихваћена је одредба о стварном власнику прихода.⁵⁵⁶ У оквиру Модел-конвенције OECD из 1977. године, услов стварног власништва је служио да појасни термин „плаћено резиденту“ са циљем неодобравања погодности из уговора у оквиру чланова пореског уговора којима се уређује опорезивање дивиденди, камата и ауторских накнада, лицима која су имала правни основ да приме приход, али су имала слабу повезаност са истим приходом, јер су обављала активности као посредници у виду агената и номиналних власника.⁵⁵⁷ Видимо да је иницијално, у оквиру прве OECD Модел-конвенције, концепт стварног власника обухватао само агенте и номиналне власнике, не и проточне компаније, па се може закључити да је наведеном концепту тада дат карактер мере за приписивање прихода.⁵⁵⁸ Чак и поред тога што је Коментар прве Модел-конвенције у ставу 10 члана 1 наводио да се одређене ситуације непримерене употребе уговора могу сузбити и концептом стварног власника прихода, сматра се да је првобитна функција ипак била ближа правилу за приписивање прихода.⁵⁵⁹ Мотив УК за примену одредбе о стварном власнику за чланове којима се уређује опорезивање дивиденди, камата и ауторских накнада у својим уговорима из шездесетих година претходног века, између осталог, везан је и за добротворне организације и пензионе фондове.⁵⁶⁰ Наиме, наведена два ентитета, која су у УК по домаћем праву била изузета од опорезивања, услед примене одредбе о подвргнутом опорезивању, не би имала право на погодности из пореског уговора.⁵⁶¹ Напоменимо да у оваквим случајевима са наведеним ентитетима који су били изузети од опорезивања у земљи резидентства, није постојала опасност од двоструког опорезивања. Фокус УК у оквиру својих уговора био је на омогућавању одређеним ентитетима да приступе погодностима из уговора, које би им иначе биле ускраћене услед уске примене одредбе о подвргнутом опорезивању, док је фокус OECD при усвајању одредбе о стварном власнику био на омогућавању погодности из уговора само у случајевима који укључују одређени ризик двоструког опорезивања.⁵⁶² У сваком случају, на нивоу УК, као и на нивоу OECD, концепту стварног власника је придата функција правила за приписивање прихода.⁵⁶³

Поставља се питање да ли се правило за приписивање прихода примењује према праву државе извора или државе резидентства. У академским круговима, усталило се мишљење да се правило за приписивање прихода примењује према праву државе резидентства.⁵⁶⁴ Међутим неке државе примењују ово правило према праву државе извора као и државе резидентства.⁵⁶⁵ Такав пример можемо видети у пореским уговорима Немачке са Италијом, Норвешком и Шведском.⁵⁶⁶ У наведеном случају сматра се да држава извора испитује да ли је приход

⁵⁵⁴ D. V. Armelin, 503.

⁵⁵⁵ R. Vann (2013), 282.

⁵⁵⁶ A. Meindl-Ringler, 332.

⁵⁵⁷ Adolfo Martin Jimenez, „Beneficial Ownership: Current Trends“, *World Tax Journal*, Vol. 2, No. 1, 2010, 53.

⁵⁵⁸ A. Meindl-Ringler, 332.

⁵⁵⁹ A. M. Jimenez (2010), 53.

⁵⁶⁰ A. Meindl-Ringler, 332-333.

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² *Ibid.*, 333.

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ *Ibid.*, 334.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, 335.

⁵⁶⁶ *Ibid.*

примаоца прихода приписан према праву државе његовог резидентства, па на основу тога одлучује да ли је то прихватљиво како би се омогућиле погодности из уговора.⁵⁶⁷ Изузетак је пореска администрација САД која примењује правило за приписивање прихода по искључивом праву државе извора, где као део овог правила примењује и антиабузивни арсенал где спада и Регулација о проточним компанијама.⁵⁶⁸ САД не посматрају правило за приписивање прихода као засебану функцију концепта стварног власника, већ, заједно са домаћим антиабузивним правилима које онемогућавају погодности из уговора, чине интергрални концепт стварног власника прихода са аспекта земље извора.⁵⁶⁹ Међутим, према Арнолду (Arnold) и Вану (Vann), примена правила за приписивање прихода према праву државе резидентства јесте најприхватљивије решење, али које је такође у супротности са чланом 3 ставом 2 Модел-конвенције OECD.⁵⁷⁰ Наиме, члан 3 став 2 Модел-конвенције OECD 2017 између осталог прописује да сваки израз који у Конвенцији није дефинисан, има значење, осим ако контекст не захтева другачије, према закону те државе за потребе пореза на које се Конвенција примењује.⁵⁷¹ Читајући наведени члан Конвенције, држава извора би требало да за порез по одбитку за чланове пореских уговора којима се уређује опорезивање дивиденди, камата и ауторских накнада, примењује своје право према лицима која нису њени резиденти.⁵⁷² Међутим, у оквиру израза „осим ако контекст не захтева другачије“, контекст може да подразумева да је за сврху примене правила за приписивање прихода потребно применити право државе резидентства.⁵⁷³

Занимљиво је да концепт стварног власника није дефинисан у пореским уговорима осим у ретким уговорима где је на пример Немачка саговорница, међутим таква дефиниција не прати антиабузивни карактер какав се може извући из Коментара Модел-конвенције OECD 2003/14/17, већ је наведени концепт дефинисан као правило за приписивање прихода. За пример ћемо узети пореске уговоре које је Немачка потписала са Италијом и САД. Протокол уговора између Немачке и Италије у ставу 8 наводи да прималац дивиденде, камате и ауторске накнаде јесте стварни власник у оквиру значења које се налази у члановима 10, 11 и 12 овог уговора, уколико има право да прими исплате, па му је примљени приход приписан према правима обе државе.⁵⁷⁴ Видели смо да се суштински једино право државе резидентства узима у обзир, а држава извора може да донесе одлуку да ли ће прихватити приписивање прихода које је извршено од стране државе резидентства. Са друге стране уговор између Немачке и САД стварног власника дефинише на начин где држава уговорница сматра да је прималац дивиденде, камате или ауторске накнаде, резидент друге државе уговорнице, стварни власник за сврху чланова 10, 11 и 12 овог уговора, ако је прималац оно лице којем је приход приписан за пореске сврхе према законима прве поменуте државе (државе извора).⁵⁷⁵ Обе дефиниције концепту стварног власника прихода придају функцију правила за приписивање прихода, са

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ A. M. Jimenez(2010) , 56.

⁵⁶⁹ A. Meindl-Ringler, 335.

⁵⁷⁰ David G. Duff, „Beneficial ownership: Recent trends“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Netherlands 2013, 16.

⁵⁷¹ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, 2017, чл. 3, ст. 2.

⁵⁷² D. G. Duff, 16,

⁵⁷³ A. M. Jimenez (2010), 55.

⁵⁷⁴ Convention between the Federal Republic of Germany and the Republic of Italy for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and on capital and for the prevention of fiscal evasion, 1989, Protocol, ст. 9. Преузето са адресе: https://www.finanze.gov.it/export/sites/finanze/.galleries/Documenti/dipartimento_pol_fisc/germ-en.pdf 4.5.2021.

⁵⁷⁵ The Convention between the United States of America and the Federal Republic of Germany for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and capital and too certain other taxes, 1989, Protocol, ст. 10. Преузето са адресе: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/germany.pdf> 4.5.2021.

једином разликом око примене права државе извора или резидентства, односно права обе државе.

Примена концепта стварног власника прихода са функцијом правила за приписивање прихода има неколико предности. Прво, ово правило уобичајено искључује агенте и номиналне власнике од оствараивања погодности из уговора, елиминише двоструко опорезивање и као правни приступ делује да је лако применљив у пракси.⁵⁷⁶ Друго, видећемо у каснијем излагању⁵⁷⁷ да је субјективни елемент могући део концепта стварног власника прихода, док у оквиру анализе правила о приписивању прихода, овај елемент није битан и самим тим се не испитује.⁵⁷⁸

Супротно, оваква функција концепта стварног власника има и своје мане. Пре свега, правило за приписивање прихода служи да се агентима и номиналним власницима онемогући приступ погодностима из пореских уговора, али са друге стране наведено правило се не бави и проточним компанијама у оквиру шема за избегавање плаћања пореза.⁵⁷⁹ Друго, ако претпоставимо да концепт стварног власника нема улогу антиабузивног правила, поставља се питање интеракције другог антиабузивног правила и правила за приписивање прихода, с обзиром на то да Коментар Модел-конвенције OECD 2017 када говори о интеракцији овог концепта, истом даје антиабузивну функцију. Уколико исплатилац изврши уплату трећем лицу који је стварни власник прихода, уместо директном примаоцу прихода, али је држава резидентства директног примаоца услед примене правила о контролисаним иностраним компанијама (даље: КИК правила) тај приход за пореске сврхе приписала свом резиденту, директном примаоцу прихода, долази се до једне конфликтне ситуације где је примењена одредба о стварном власнику у виду правила за приписивање прихода, али је у исто време примењена антиабузивна одредба која се ослања на домаће правило о приписивању прихода, конкретно на КИК правила.⁵⁸⁰ Треће, да би правило о приписивању прихода функционисало, потребно је применити право државе резидентства примаоца прихода, па се поставља питање, колико је заиста држава извора спремна да своју пореску политику у наплати пореза одређује према опорезивању које држава резидентства спроводи.⁵⁸¹ Четврто, поставља се питање третмана транспарентних ентитета, као и оних који су изузети од опорезивања.⁵⁸² Наиме, услед примене правила о приписивању прихода са условом опорезивања, ентитети који су у држави свог резидентства третирали као правна лица у компанијским законима, али се за пореске сврхе сматрају транспарентним, не би имали право на погодности из пореских уговора, иако са правне стране, приход припада њима.⁵⁸³ Не треба се заборавити чињеница да се иницијално УК, између осталог, залагало за примену одредбе о стварном власнику прихода у својим пореским уговорима, са циљем омогућавања погодностима из уговора пензионим фондовима и добротворним организацијама, ентитетима који су ослобођени од плаћања пореза, а који путем одредбе о подвргнутом опорезивању не би имали право на такве погодности.⁵⁸⁴ Уколико би се користило правило за приписивање прихода, препоручује се да се тачно наведу ентитети који су изузети од опорезивања а који би услед примене наведеног правила, ипак имали право на погодности из уговора.⁵⁸⁵

⁵⁷⁶ A. Meindl-Ringler, 335.

⁵⁷⁷ Вид. стр. 238-239. Случај *The Bank of Scotland*

⁵⁷⁸ A. M. Jimenez (2010), 54.

⁵⁷⁹ A. Meindl-Ringler, 337.

⁵⁸⁰ A. M. Jimenez (2010), 57.

⁵⁸¹ A. Meindl-Ringler, 336.

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ A. M. Jimenez (2010), 57.

⁵⁸⁴ *Ibid.*

⁵⁸⁵ A. Meindl-Ringler, 336.

Иако се концепт стварног власника примењује у појединим уговорима као правило за приписивање прихода, сматрамо да је првенствена функција наведеног концепта антиабузивна, а такође и национални судови више примењују ову одредбу у оквиру антиабузивне конотације.⁵⁸⁶ Једини случај када је сасвим сигурно да ће судови применити концепт стварног власника у оквиру правила за приписивање прихода, јесте случај када порески уговор изричито наводи дефиницију одредбе о стварном власнику где јој се придаје функција наведеног правила. У осталим случајевима судови би највероватније применили антиабузивни карактер овог концепта, што наравно не мора нужно да буде случај, посебно када су у питању ауторске накнаде.⁵⁸⁷ У доле наведеним судским случајевима видећемо како је исти суд за ауторске накнаде у одређеним ситуацијама где је посредник менаџмент компанија, применио правило за приписивање прихода, а за камате и дивиденде, одредбу о стварном власнику је примењивао као широку антиабузивну меру. Такође видећемо и праксу италијанског суда који је у почетку концепту стварног власника придавао једну, а касније другу функцију.

3. Судска и административна пракса по основу функције одредбе о стварном власнику прихода

Анализом судских случајева у Шпанији и Италији, настојали смо да укажемо на поимање концепта стварног власника у пракси, као и да ли постоји конзистентност у примени наведеног концепта од стране суда у свим случајевима у вези са тумачењем одредаба пореских уговора. Разлог одабира наведених јурисдикција видимо првенствено у великом броју доступних административних и судских одлука, а што према нашем мишљењу може да указује на постојање изазова у вези са тумачењем функције одредбе о стварном власнику прихода.

Конкретније, административна и судска пракса у Италији нам јасније показује еволуцију примене концепта стварног власника од правила за приписивање прихода ка антиабузивној функцији. Такође, на конкретним примерима, видећемо да италијанске пореске и судске власти недвосмислено примењују концепт стварног власника као правило за приписивање прихода, уколико је концепт као такав дефинисан у пореском уговору, без обзира на претходну судску праксу и OECD Коментар који сада заговара његову антиабузивну функцију. Видећемо такође да се у административном поступку, од самог почетка примене, па све до пресуде Врховног суда Италије⁵⁸⁸, концепту стварног власника мењала функција од правила за приписивање прихода до антиабузивне мере.

Са друге стране, у пракси шпанских судова можемо видети како је концепт стварног власника био примењиван као правило за приписивање прихода за ауторске накнаде до појаве ревидираног OECD Коментара 2003. године, а када су шпански судови почели да мењају свој приступ и концепт стварног власника схватили као антиабузивну меру са широким обимом примене за сва три облика прихода (дивиденде, камате и ауторске накнаде).

С обзиром на све претходно наведено, сматрамо да се из јуриспруденције Италије и Шпаније може најбоље препознати еволуција карактера концепта стварног власника од правила за приписивање прихода до антиабузивне мере. Такође, у пракси судских и административних

⁵⁸⁶ Maxim Kotlyarov, „The Concept of Beneficial Ownership in the OECD Model Tax Convention 2010: A Critical Analysis“, Yekaterinburg, 2015, 49. Мастер теза доступна на адреси: https://kotlyarov.org/files/Kotlyarov_Beneficial_Ownership_protected.pdf 4.5.2021.

⁵⁸⁷ J. Weeler, 257.

⁵⁸⁸ P. Pistone (2018), 191.

органа поменутих држава, можемо видети и утицај OECD Коментара из 2003. године који је јасно заговарао прихватање антибузивног карактера концепта стварног власника прихода.

3.1. Италија

С обзиром на то да пореске и судске власти нису биле конзистентне по питању примене концепта стварног власника прихода из пореских уговора, поделили смо наведени део. У првом делу, осврнућемо се на првобитну праксу пореских власти у Италији, а затим, у наредном делу, осврнућемо се на праксу пореских и судских власти где се појам стварног власника примењивао у другачијем, односно антибузивном контексту.

3.1.1. Првобитна административна пракса

Пореска управа у Италији, објавила је неколико упутстава у вези интерпретације концепта стварног власника:⁵⁸⁹

- Упутство број 431 се односило на случај где је Италија земља извора одакле се плаћао приход банци у УК, која је пословала као агент за пензиони фонд из САД. С обзиром на то да приход у УК није био приписан за пореске сврхе банци, а у САД, исти приход је за пореске сврхе био приписан пензионем фонду, италијанска пореска управа је квалификовала пензиони фонд као стварног власника прихода применивши порески уговор између Италије и САД.
- Упутство број 104/Е се односило на случај где је дивиденда из Италије плаћена резидентима трећих држава преко посредничких финансијских институција. Пореска управа Италије као стварне власнике дивиденде одредила је лица која су власници прихода и која су за исти приход опорезована у земљама свог резидентства.
- Упутство број 86/Е се односило на ауторске накнаде које су из Италије плаћене посреднику из САД који је исте ауторске накнаде даље проследио власнику патента, резиденту треће државе. Пореска управа Италије сматрала је да је лице из САД само посредник у виду агента, јер није имао контролу над приходом као ни моћ располагања над истим, а у исто време, наведени приход није био подвргнут опорезивању у САД.
- Упутство број 167/Е односило се на приход који је плаћен из Италије транспарентном ентитету у Луксембургу, који је исти проследио пензионем фонду у Холандији. Пореска управа у Италији сматрала је да је стварни власник пензиони фонд из Холандије из разлога што је ентитет из Луксембурга био у обавези да приход који прими да дистрибуира својим власницима минимум једном годишње, а такође такав приход није био подвргнут опорезивању у Луксембургу. Са друге стране, примљени приход је у Холандији потенцијално био подвргнут опорезивању (иако је пензиони фонд изузет од опорезивања) и у исто време пензиони фонд је био резидент Холандије што је указивало да је он једини стварни власник прихода.

Можемо приметити да су пореске власти у Италији биле мишљења да је концепт стварног власника заправо мера за приписивање прихода. Конкретно, уколико директни прималац за

⁵⁸⁹ А. Meindl-Ringler, 266-267. Обухватнији опис случајева и начин на који су пореске власти у Италији утврдили постојање стварног власништва над приходима аутору није доступан у оригиналу или на енглеском језику. Имајући у обзир наведено, аутор се ослања на секундарни извор.

примљени приход не би био подвргнут опорезивању у земљи свог резидентства, не би се сматрао стварним власником прихода. Имајмо у виду да је OECD Модел-конвенција из 1977. године увела концепт стварног власника који није имао примарно антиабузивни карактер и да су државе прихватале наведени концепт, ослањајући се на поменути Модел-конвенцију OECD. Међутим, ревизија Коментара OECD Модел-конвенције 2003. године мења карактер одредбе о стварном власнику прихода, што се одразило и на праксу судских и пореских органа у Италији.

3.1.2. Судска и каснија административна пракса

Представићемо неколико пореских управних поступака и спорова како бисмо видели у ком правцу се управна и судска пракса даље развијала, односно да ли је суд/порески орган концепту стварног власника придавао функцију правила за приписивање прихода, како је то била административна пракса раније, или је придавао антиабузивну функцију.

3.1.2.1. Интерпретација члана 10 (4) пореског уговора између УК и Италије

Први случај се односи на судску интерпретацију члана 10(4) пореског уговора између УК и Италије. Чињенице случаја су следеће. Група компанија из САД је поседовала компанију која је била инкорпорирана у Холандији, али је од 2002. године имала седиште и место управе у УК, а којој је италијанска филијала током 2001. и 2002. године исплатила дивиденде.⁵⁹⁰ Члан 10 став 2 је преференцијалне пореске стопе предвиђао само уколико је лице, резидент друге државе уговорнице, за примљени приход који тај резидент прима, подвргнут опорезивању у УК и уколико је такав прималац и стварни власник прихода.⁵⁹¹ Ова два услова су егзистирала кумулативно, а не алтернативно. Италијанске пореске и судске власти су одбиле да признају преференцијалну пореску стопу из разлога што је сматрано да прималац није био резидент УК и није био стварни власник дивиденде.⁵⁹² Суд друге инстанце прихватио је наводе из тужбе пореског обвезника наводећи да је стварни власник лице:⁵⁹³

- које сноси порески терет примљене дивиденде;
- коме се приход приписује за пореске сврхе;
- које приложи доказе да је заиста дошло до исплате дивиденде и да су измирене пореске обавезе у држави резидентства примаоца дивиденде;
- које није посредник или агент, који је уметнут између исплатиоца и бенефицијара такве исплате.

Другостепени суд је овом пресудом концепту стварног власника придао функцију правила за приписивање прихода, без даљег испитивања постојања, односно непостојања антиабузивне функције, међутим Врховни суд је заузео другачији став.⁵⁹⁴ Наиме, пореске власти су уложиле жалбу Врховном суду, који није прихватио резонување пореске управе да прималац дивиденде није резидент УК, али је зато узео у разматрање приговор који се односио на стварно

⁵⁹⁰ Pasquale Pistone, „Italy: The Concept of beneficial ownership in tax treaties and its general anti-avoidance function“, *Tax treaty case law around the globe 2017* (eds. Michael Lang et al.), Linde, Wien 2018, 186.

⁵⁹¹ UK/Italy Double Taxation Convention, 1988, чл. 10, ст. 4, тч. (а) и (б). Преузето са адресе:

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/498371/italy-dtc_-_in_force.pdf 6.5.2021.

⁵⁹² P. Pistone (2018), 186.

⁵⁹³ *Ibid.*, 187.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, 191.

власништво над приходима и преиначио другостепену пресуду.⁵⁹⁵ Врховни суд је сматрао да је одредба о стварном власнику једна врста генералне клаузуле у оквиру међународног пореског права која служи превенцији избегавања плаћања пореза у оквиру аранжмана са пробирањем уговора.⁵⁹⁶ Даље, Врховни суд је сматрао да се концепт стварног власника ослања на два кумулативна елемента.⁵⁹⁷

- дивиденде ефективно морају бити подвргнуте опорезивању у другој држави уговорници; и
- прималац прихода мора да има право да користи такав приход у правном и економском смислу.

3.1.2.2. Камате, дивиденде и камате од обвезница

Други случај се односи на судску пресуду поводом провинцијске пореске управе која је донела одлуку број 242/01/2010 из 2010. године. Наиме, одлука се односила на три случаја у вези камате од бразилских обвезница, дивиденди из УК као и камата из УК које су исплаћене италијанским компанијама.⁵⁹⁸ Италијанске компаније су закључиле деривативне уговоре са швајцарским и УК банкама у вези са горе наведеним инвестицијама.⁵⁹⁹ Суд је донео одлуку којом је потврдио да постоји општа антиабузивна мера у италијанском пореском праву која може бити примењена у овом случају, не позивајући се конкретно на одредбу о стварном власнику из пореских уговора.⁶⁰⁰ Суд је одбио наводе пореског обвезника, тврдећи да италијанска банка није сносила никакав ризик у вези са бразилским обвезницама, а такође је била у обавези да приход проследи швајцарској банци⁶⁰¹, као и да није постојао валидан пословни разлог за постојаћом структуром што се тиче поседовања акција у компанијама УК.⁶⁰² Даље, суд је утврдио да је примена опште антиабузивне мере оправдана уколико је сврха уговора и супротстављање избегавању плаћања пореза и фискалној евазији.⁶⁰³

Пистоне (Pistone) сматра да иако овај случај није одлучен на основу концепта стварног власника из чланова који регулишу дивиденде, камате и ауторске накнаде, итекако је значајан јер се делимично преклапа са међународном праксом у контексту одлучивања о пореским погодностима на основу примене одредбе о стварном власнику прихода.⁶⁰⁴ Преклапање можемо видети у делу где суд у наведеном случају као разлог за своју одлуку наводи и постојање обавезе за прослеђивање прихода, што у међународној судској пракси чини срж концепта стварног власника прихода у пореским уговорима.⁶⁰⁵ Такође на основу ове пресуде, могуће је даље конструисати концепт стварног власника као антиабузивну меру.⁶⁰⁶

3.1.2.3. Другостепено решење Регионалне пореске управе Италије

⁵⁹⁵ *Ibid.*, 187.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, 188.

⁵⁹⁷ *Ibid.*

⁵⁹⁸ A. Meindl-Ringler, 268.

⁵⁹⁹ *Ibid.*

⁶⁰⁰ Pasquale Pistone, „Italy: Beneficial Ownership as Anti-Abuse Provision in International Taxation“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Netherlands, 2013, 181-182.

⁶⁰¹ A. Meindl-Ringler, 269.

⁶⁰² P. Pistone (2013), 181.

⁶⁰³ *Ibid.*

⁶⁰⁴ A. Meindl-Ringler, 269.

⁶⁰⁵ *Ibid.*

⁶⁰⁶ *Ibid.*

Наредни случај се односи на другостепено решење Регионалне пореске управе из Италије заведено под бројем 15/06/2012. Околности случаја су следеће: ауторске накнаде исплаћене су из Италије компанији из Луксембурга која је у потпуном власништву компаније са Бермуда, па се поставило питање примене преференцијалне пореске стопе из пореског уговора између Италије и Луксембурга.⁶⁰⁷ Првостепени орган (Провинцијска пореска управа), донео је одлуку на основу антиабузивног карактера који је доведен у везу са концептом стварног власника у ранијим судским одлукама.⁶⁰⁸ Наиме, овај орган је сматрао да компанија из Луксембурга није обављала никакву пословну активност, није имала организациону структуру, није сносила ризик пословања, није сносила трошкове набавке жига на основу ког су исплаћене ауторске накнаде, нити је имала било какве трошкове који су повезани са жигом, а такође ова компанија није поседовала материјална средства већ само жиг као нематеријалну имовину.⁶⁰⁹ На основу наведеног, првостепени орган је закључио да компанија из Луксембурга није стварни власник прихода.⁶¹⁰ Регионална пореска управа Италије је преиначила ову одлуку, јер је сматрала да су захтеви из Директиве о каматама и ауторским накнадама који су имплементирани у домаће право испуњени и да није потребно даље проверавати да ли су испуњени захтеви из пореског уговора.⁶¹¹ Из перспективе овог органа, захтев за испуњењем стварног власништва у оквиру пореског уговора мора бити исти као у Директиви или мање рестриктиван али никако ме може бити више рестриктиван.⁶¹²

3.1.2.4. Првостепено решење Пореске управе Италије поводом пореског уговора између Италије и Немачке који садржи дефиницију стварног власника прихода

Одлуку број 28/12/2012, Регионална Пореска управа Италије донела је у оквиру случаја који је подрзумевао исплату ауторске накнаде ентитету из Немачке који је издао подлиценцу, а био је у власништву компаније из САД који је издао лиценцу наведеном ентитету.⁶¹³ Поставило се питање, да ли је немачки ентитет квалификован за преференцијалну пореску стопу из пореског уговора између Италије и Немачке.⁶¹⁴ Поновимо, овај порески уговор је садржао дефиницију одредбе о стварном власнику прихода у оквиру правила за приписивање прихода. Немачка је издала сертификат на коме је писало да је ентитет резидент Немачке, чији је приход укључен у пореску пријаву и да је исти подвргнут опорезивању у Немачкој.⁶¹⁵ На основу овог сертификата, наведени орган је сматрао да је немачки ентитет заиста стварни власник прихода.⁶¹⁶

Као што смо већ напоменули, уколико порески уговор садржи дефиницију појма стварног власника прихода, суд такву дефиницију и примењује, иако је иста у супротности са ставовима ОЕСД поводом концепта стварног власника прихода.

3.2. Шпанија

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ *Ibid.*

⁶⁰⁹ *Ibid.*

⁶¹⁰ *Ibid.*

⁶¹¹ *Ibid.*

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ *Ibid.*, 270.

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ *Ibid.*

⁶¹⁶ *Ibid.*

Пракса судова у Шпанији се мењала, на шта је утицала ревизија Коментара OECD 2003. године када је концепт стварног власника прихода добио јасну антибузивну функцију. Према томе, може се видети разлика у судској одлуци из 2000. године, као и у одлукама које су наступиле након 2003. године. На основу наведеног, анализираћемо три важне судске пресуде из различитих периода.

3.2.1. Стварно власништво прихода Менаџмент компаније

Централни административни суд у Шпанији је 2000. године по први пут донео одлуку поводом интерпретације стварног власника прихода.⁶¹⁷ Суд је требало да донесе одлуку поводом питања да ли менаџмент компаније које се баве управљањем права интелектуалне својине у име власника тих права испуњавају услов да буду стварни власници прихода од права интелектуалне својине, и као такви остваре правно на преференцијалу стопу пореза по одбитку за ауторске накнаде из пореских уговора.⁶¹⁸ Суд је донео негативну пресуду сматрајући да менаџмент компаније не могу бити стварни власници прихода.⁶¹⁹ У образложењу пресуде, можемо видети следеће:

- Суд није применио домаће право у интерпретацији концепта стварног власника, али такође није узео у обзир OECD Коментар члана 12, већ је фокус био на функцији коју менаџмент компаније обављају;⁶²⁰
- Суд је смтрао да менаџмент компанија није крајњи власник прихода, не узимајући у обзир питање економског и правног власништва;⁶²¹
- Као главни разлог негативне пресуде, суд је узео чињеницу да менаџмент компанија није овлашћена да примљену ауторску накнаду користи, већ је на основу уговора у обавези да је проследи власнику права интелектуалне својине.⁶²² Овакве компаније само управљају правима за име властодавца односно аутора, и власници ових права нису доделили већа овлашћења менаџмент компанијама осим овлашћења да у њихово име приме ауторске накнаде.⁶²³

3.2.2. Стварно власништво прихода у случају играча клуба Реал Мадрид

Чињенице случаја су биле следеће: Реал Мадрид је плаћао ентитетима из Мађарске накнаду за коришћење и право коришћења lika неких фудбалских играча који су у то време имали потписане уговоре са Реал Мадридом.⁶²⁴ Такође, за играче који су регистровани своје име и лик као бренд, биле су плаћене и накнаде за коришћење и право коришћења таквог бренда.⁶²⁵ Мађарски ентитети су, по уплати, истог или наредног дана, између 98% и 99.5% примљене

⁶¹⁷ A. M. Jimenez (2013a), 199.

⁶¹⁸ A. M. Jimenez (2010), 37.

⁶¹⁹ A. Meindl-Ringler, 274.

⁶²⁰ A. M. Jimenez (2010), 37.

⁶²¹ A. M. Jimenez (2013a), 200.

⁶²² A. Meindl-Ringler, 274.

⁶²³ A. M. Jimenez (2013a), 201.

⁶²⁴ Adolfo Martin Jimenez „Beneficial ownership as a Broad Anti-avoidance Provision: Decisions by Spanish Courts and the OECDs Discussion Draft“, *Beneficial Ownership: Recent Trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Amsterdam 2013, 128.

⁶²⁵ A. M. Jimenez (2010), 38.

уплате пребацивали компанијама које су регистроване на Кипру или у Холандији.⁶²⁶ Порески уговор са Мађарском је био једини уговор (пored уговора са Бугарском) који је у то време Шпанија закључила, где није постојао порез по одбитку за ауторске накнаде у земљи извора.⁶²⁷ Суд је требало да донесе пресуду и одлучи да ли се мађарски ентитети могу сматрати стварним власницима ауторских накнада.⁶²⁸ Током 2006. и 2007. године суд је донео негативну пресуду по пореског обвезника.⁶²⁹

Наиме, према пресуди, суд је сматрао да уметнути ентитет из Мађарске није стварни власник ауторских накнада, јер је скоро целе суме ових накнада прослеђивао лицима трећих држава, осим врло мале провизије у износу од 0.5 до 2% по трансакцији.⁶³⁰ У неким случајевима није ни било рачуна између исплатиоца и мађарског ентитета, а ауторске накнаде би ипак биле исплаћене.⁶³¹ Такође, дешавало се и да су уговори између мађарског ентитета и трећих лица са Кипра и из Холандије потписани тек након што је потписан уговор између Реал Мадрида и поменутог ентитета.⁶³²

Према наводима суда, концепт стварног власника прихода је служио да спречи аранжмане са пробирањем уговора.⁶³³ Суд је констатовао да је Коментар ОЕCD из 2003. године концепту стварног власника доделио улогу широке антиабузивне мере.⁶³⁴ У складу са тим, концепту стварног власника је у овим случајевима приписана широка антиабузивна функција према економској, односно „суштина изнад форме“ интерпретацији.⁶³⁵ Шпански суд је ишао корак даље и асимиловао концепт стварног власника са тестом пословног циља (енг.: *business purpose test*), па тако, уколико би постојао пословни разлог за уметање мађарског ентитета, осим разлога смањења пореза по одбитку, посредник би био сматран за стварног власника прихода.⁶³⁶ Супротно, уколико би посредничкој компанији једини циљ био да искористи погодност у виду преференцијалне стопе пореза по одбитку из уговора, иста не би била сматрана за стварног власника прихода.⁶³⁷

3.2.3. Стварно власништво прихода у случају са Холдинг компанијом и крајњим акционаром

Чињенице случаја овде, биле су следеће: компанија резидент Шпаније, била је у власништву компаније из УК.⁶³⁸ Акције и гласачка права која су из њих произлазе, била су у власништву појединца, резидента Уједињених Арапских Емирата (даље: УАЕ).⁶³⁹ Октобра 2002. године, шпанска филијала је дистрибуирала дивиденду у износу од 1.800.000 евра свом акционару из УК.⁶⁴⁰ Наредне године у марту, компанија из УК је дистрибуирала дивиденду свом акционару

⁶²⁶ A. Meindl-Ringler, 275.

⁶²⁷ A. M. Jimenez (2013), 128.

⁶²⁸ A. M. Jimenez (2010), 38.

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ A. M. Jimenez (2013), 129.

⁶³¹ A. M. Jimenez (2010), 39.

⁶³² A. M. Jimenez (2013), 129.

⁶³³ A. Meindl-Ringler, 275.

⁶³⁴ A. M. Jimenez (2010), 39.

⁶³⁵ A. Meindl-Ringler, 275.

⁶³⁶ A. M. Jimenez (2013), 130-131.

⁶³⁷ A. Meindl-Ringler, 275.

⁶³⁸ A. M. Jimenez (2013), 134.

⁶³⁹ *Ibid.*

⁶⁴⁰ *Ibid.*

из УАЕ у износу од 1.450.000 евра.⁶⁴¹ Питање које се поставило јесте да ли се може применити Директива о матичној компанији и филијали, а уколико је одговор негативан, поставило се питање примене преференцијалне пореске стопе из пореског уговора између Шпаније и УК.⁶⁴² Одлучујући о примени Директиве, суд је применио домаћу антиабузивну меру⁶⁴³ према којој примена поменуте Директиве није могућа, односно Шпанија је могла да примени домаћу стопу пореза по одбитку или преференцијалну стопу из пореског уговора.⁶⁴⁴ Суд је изнео следеће чињенице на основу којих је применио домаћу антиабузивну меру:⁶⁴⁵

- шпанска компанија није обављала никакву пословну активност. Она је купила земљишну парцелу коју је касније продала, остваривши значајну капиталну добит. Након продаје и дистрибуирања дивиденде, ова компанија је ликвидирана;
- компанија из УК није обављала никакво пословање, а једину имовину коју је поседовала, биле су акције шпанске компаније;
- обе компаније нису имале запослене;
- није било доказа да је компанија из УК управљала филијалом из Шпаније, па се сматрало да је ефективну контролу имао резидент из УАЕ.

Даље, суд је разматрао евентуално примену погодности из уговора између УК и Шпаније и донео негативну одлуку по пореског обвезника.⁶⁴⁶ Суд је сматрао да је компанија из УК посредник, трасти или особа која прима приход за рачун крајњег власника.⁶⁴⁷ Стварно власништво је схваћено као антиабузивна мера која служи спречавању искоришћавања пореских уговора од стране посредника чији је то једини циљ.⁶⁴⁸ Иако је оваква конструкција представљала врсту законите нелегитимне евазије, па је примена антиабузивне мере била оправдана, концепт стварног власника није у потпуности био испитан из разлога што приходи нису у целости и у кратком року прослеђивани резиденту треће државе.⁶⁴⁹ Поновимо, тадашњи Коментар ОЕЦД из 2003. године наводио је, између осталог, да лице не може бити сматрано за стварног власника, уколико има уска овлашћења према примљеним приходима и послује у виду фидуцијара или администратора за рачун других страна.⁶⁵⁰ Суд није детаљније утврдио колика су овлашћења компаније из УК за примљену дивиденду и врло је брзо донео негативни закључак.⁶⁵¹ С обзиром на то да је суд, као и у случају са Реал Мадридом, заузео став да концепт стварног власника има исте ефекте као домаћа општа антиабузивна одредба,⁶⁵² Хименез (Jimenez) поставља питање зашто при одлучивању о могућности преференцијалне стопе из уговора између УК и Шпаније, суд није применио домаћу антиабузивну меру која би била оправдана, уместо одредбе о стварном власнику прихода из члана 10 пореског уговора.⁶⁵³

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² A. Meindl-Ringler, 275-276.

⁶⁴³ Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L 345, 29.12.2011, чл. 1, ст. 2. Према наведеном члану, Директива не преклудира мере чији је циљ спречавање преваре и пореске евазије (законите и незаконите).

⁶⁴⁴ A. Meindl-Ringler, 276.

⁶⁴⁵ A. M. Jimenez (2013), 134-135.

⁶⁴⁶ A. Meindl-Ringler, 276.

⁶⁴⁷ A. M. Jimenez (2013), 135.

⁶⁴⁸ A. Meindl-Ringler, 276.

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2003, Коментар члана 10, став 12.1.

⁶⁵¹ A. M. Jimenez (2013), 135.

⁶⁵² *Ibid.*, 137.

⁶⁵³ A. Meindl-Ringler, 276.

3.3. Доминантна функција концепта стварног власника у шпанској и италијанској административној и судској пракси

Видимо да је у почетку Италија концепту стварног власника придавала функцију правила за приписивање прихода, али се ситуација касније изменила и наведеном концепту се приписивала широка антиабузивна функција.⁶⁵⁴ Изузетак су уговори попут пореског уговора са Немачком где је одредба о стварном власнику прихода изричито дефинисана у уговору и то као мера за приписивање прихода, где је суд или порески орган у обавези да тако дефинисану одредбу примени.

Што се тиче Шпаније, суд је у ситуацијама са менаџмент компанијама концепту стварног власника приписао делимичну функцију правила за приписивање прихода, уместо функције антиабузивне мере.⁶⁵⁵ Такође, суд је право власништва над приходима повезао са правом располагања (енг.: *dominion*) над предметом права интелектуалне својине, третирајући концепт стварног власника као врсту теста, што је умањивало његову антиабузивну функцију.⁶⁵⁶ Међутим, не може се са сигурношћу тврдити да је намера суда била усмерена ка успостављању судске праксе где би се концепту стварног власника придавала функција правила за приписивање прихода,⁶⁵⁷ из разлога што је само пар година касније суд, у оквиру случаја са Реал Мадрид клубом, који је суштински имао исту конструкцију са ауторским накнадама, концепту стварног власника приписао ширу антиабузивну функцију.⁶⁵⁸ Такође, видимо да су се касније одлуке ослањале на одлуку суда из случаја са Реал Мадридом где је концепту стварног власника придата широка антиабузивна функција која је асимилована са другим антиабузивним мерама, попут мере о тесту пословне сврхе.⁶⁵⁹ У новијој пресуди *Colgate case* из 2020. године, Врховни суд Шпаније је навео да уколико концепт стварног власника није поменут у члановима 10 до 12, он се не може се применити, јер је то антиабузивна мера.⁶⁶⁰ Уколико би се антиабузивна мера примењивала, иако није наведена у пореском уговору, то би била злоупотреба овлашћења пореске администрације и кршење пореског уговора.⁶⁶¹ Ова пресуда показује да се концепт стварног власника прихода у Шпанији и даље примењује као антиабузивна мера широког обима.⁶⁶²

Можемо приметити како се правило за приписивање прихода и антиабузивни карактер једне исте одредбе преплићу у пресудама наведених држава. Примећујемо да су се у претходно наведеним пресудама, у зависности од временског раздобља и деловања ОЕЦД на пољу двоструког опорезивања, концепту стварног власника приписивале различите функције. Према томе, потребно је да сагледамо историјску еволуцију овог концепта у оквирима ОЕЦД, која је преко дефиниције концепта стварног власника у својим Коментарима, утицала на административне и судске органе да одредбу о стварном власнику прихода сагледају је и из друге перспективе, у светлу њене антиабузивне природе.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, 270.

⁶⁵⁵ A. M. Jimenez (2010), 37.

⁶⁵⁶ Saurabh Jain, John Prebble, "Conceptual Problems of Beneficial Ownership in Respect of Agents and Nominees", *Bulletin for International Taxation*, Volume 73 No. 1, Published Online 2019, 3.

⁶⁵⁷ A. Meindl-Ringler, 277.

⁶⁵⁸ A. M. Jimenez (2010), 38.

⁶⁵⁹ A. M. Jimenez (2013), 135-136.

⁶⁶⁰ B. Kuzniacki (2022), 93.

⁶⁶¹ *Ibid.*

⁶⁶² *Ibid.*

4. Сумирана историјска ретроспектива и еволуција функције концепта стварног власника у оквирима OECD и њен значај

У овом делу, сумираћемо историјску ретроспективу еволуције концепта стварног власника прихода по питању његове функције, и објаснити пут норме од правила за приписивање прихода до антиабузивног правила у оквирима OECD. Поновимо, прича о појму стварног власништва у оквирима пореских уговора и нове OECD Модел-конвенције кренула је од УК. Један од мотива УК за примену одредбе о стварном власнику за дивиденце, камате и ауторске накнаде у својим уговорима из шездесетих година претходног века везан је за добротворне организације и пензионе фондове.⁶⁶³ Наиме, наведена два ентитета, која су у УК по домаћем праву била изузета од опорезивања, услед примене одредбе о подвргнутом опорезивању, не би имала право на погодности из пореског уговора.⁶⁶⁴ Фокус УК у оквиру својих уговора био је на омогућавању одређеним ентитетима да приступе погодностима из уговора, која би им иначе била ускраћена услед уске примене одредбе о подвргнутом опорезивању.⁶⁶⁵ Са друге стране, у домаћем праву УК, питање стварног власништва најчешће се појављивало код института траста, па се тако делегација УК залагала да концепт стварног власништва буде део конвенције, како би се избегле могуће злоупотребе уговора и домаћег права.⁶⁶⁶

Даље, на основу захтева делегације УК, радна група 27 бавила се алокацијом прихода из земље извора ка држави резидентства, узимајући у обзир само агенте и номиналне власнике, који приход примају у име и за рачун другог лица.⁶⁶⁷ Абузивне ситуације са проточним компанијама нису узете у обзир, већ су препоручене посебне клаузуле о ограниченим погодностима.⁶⁶⁸ Према томе, аутор стиче утисак да, с обзиром на то да су се за сузбијање абузивних ситуација препоручивале поменуте клаузуле, а првобитан циљ радне групе 27 је био на решавању алокације прихода у случају када је прималац агент или номинални власник, првобитна функција концепта стварног власника није била антиабузивна већ правила за приписивање прихода. Такође, делегација УК је пре свега била забринута да одређени ентитети неће имати приступ пореским уговорима услед примене одредбе о подвргнутом опорезивању, или да ће бенефицијари трећих држава ангажовањем трастија који би био резидент УК искоришћавати норме о трасту из закона УК. Можемо закључити да делегација УК није видела одредбу о стварном власнику као антиабузивну меру која би могла да спречи пробирање уговора са проточним компанијама, већ је једини циљ био да се одређеним лицима омогући приступ уговорима, као и спречавање бенефицијарима трећих држава да се користе институцијом траста и тиме искористе норме домаћег права као и мрежу пореских уговора где је саговорница УК.

Нешто касније, појам стварног власника прихода постао је део чланова 10-12 Модел-конвенције OECD из 1977. године, а додатна објашњења могла су се наћи у одређеним ставовима истих чланова у оквиру Коментара.⁶⁶⁹ Модел-конвенција је у наведеним члановима само назначила да ако је прималац прихода стварни власник истог, преференцијалне стопе биће одобрене.⁶⁷⁰ Концепт стварног власника односио се само на агенте и номиналне власнике,

⁶⁶³ A. Meindl-Ringler, 332-333.

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ *Ibid.*, 333.

⁶⁶⁶ R. Vann (2013), 285.

⁶⁶⁷ B. Kuzniacki (2022).92 – 93.

⁶⁶⁸ *Ibid.*, 93.

⁶⁶⁹ M. Zuk, 316.

⁶⁷⁰ Model Double Taxation Convention on Income and Capital, OECD 1977, чл. 10, ст. 2, стр 31.

који према компанијским законима послују у име и за рачун другог лица, или у своје име а за рачун другог лица.⁶⁷¹ Проточне компаније, које у компанијским и пореским законима имају статус одвојених правних лица која послују у своје име и за свој рачун, Коментар из 1977. године није помињао.⁶⁷² Кузњацки (Kuzniacki) сматра да се фраза „посредник у виду агента или номиналног власника“ може схватити да и други ентитети поред поменутих два, могу бити узети у обзир, међутим, то би могли бити ентитети који имају правне сличности са агентима и номиналним власницима, па се ту проточна компанија никако не би могла сврстати.⁶⁷³ Поменути аутор сматра да концепт стварног власника тада није имао антиабузивну, већ примарно функцију правила за приписивање прихода из три разлога:⁶⁷⁴

- прво, жеља твораца Конвенције била је да агенти и номинални власници, који по компанијским законима не послују у своје име и за свој рачун, буду искључени из пореског уговора, односно, да се користи онемогуће ентитетима којима се за пореске сврхе приход не приписује;
- друго, иако се концепт стварног власника помињао у Коментару члана 1 у ставу 10, у оквиру секције „злоупотреба конвенције“, поменути аутор сматра да је то само остатак од појма стварног власника који је користила радна група 21 на изради Нацрта Конвенције, а који је у том моменту имао значење крајњег економског власника акција, конкретно, појединца, и који је споменут у антиабузивном светлу;
- треће, иако је крајњи резултат концепта стварног власника прихода онемогућавање трећим лицима да коришћењем агената и номиналних власника злоупотребљавају користи из уговора, што има антиабузивну конотацију, доминантна улога је ипак била на одређивању лица којем су приходи приписани за пореске сврхе. Дакле, антиабузивна улога је била секундарна и у врло уског обима, као и, како то поменути аутор наводи, случајна, јер је намера твораца Конвенције била пре свега усмерена на утврђивању да ли је приход директном примаоцу тог прихода приписан за пореске сврхе у држави свог резидентства.

Након прве ОЕСД Модел-конвенције, усвајањем Извештаја о проточним компанијама, концепту стварног власника почиње да се приписује антиабузивна функција.⁶⁷⁵ Подсетимо се, Извештај је наводио да преференцијална стопа из пореских уговора није омогућена када, економски гледано, користи из уговора извлачи лице које иначе на њих не би имало право, а између себе и исплатиоца поставља проточну компанију у виду посредника.⁶⁷⁶ Коментар из 1977. године као посреднике наводио је само агенте и номиналне власнике, међутим, према Извештају ова одредба се односила и на сва друга лица која улазе у уговорне или друге обавезе, а које се изједначавају са онима какве су код агената и номиналних власника.⁶⁷⁷ Дакле, проточна компанија није се сматрала стварним власником прихода уколико, иако власник у формалном смислу, би имала врло уска овлашћења поводом примљених прихода, што би такву компанију чинило фидуцијаром или администратором који послује за рачун трећег лица.⁶⁷⁸ Извештај о проточним компанијама се бавио ситуацијом где компанија која се налази у држави уговорници, делује у својству проточне компаније, како би примљени приход каналисала према лицу треће државе, а који економски присваја наведени приход и који тиме искоришћава користи које порески уговор омогућава. Овакву ситуацију Извештај је означавао

⁶⁷¹ B. Kuzniacki (2022).95.

⁶⁷² *Ibid.*

⁶⁷³ *Ibid.*

⁶⁷⁴ *Ibid.*, 95, 97 и 98.

⁶⁷⁵ Double taxation conventions and the use of Conduit companies, пар. 14(б) , R(6)-8.

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ *Ibid.*

⁶⁷⁸ *Ibid.*

као аранжмане са пробирањем уговора.⁶⁷⁹ С обзиром на то да је Извештај наводио да проточне компаније служе искоришћавању пореских уговора, ондносно, злоупотреби уговора, увршћавањем проточних компанија, поред агената и номиналних власника, као ентитета који нису стварни власници, чини се да је концепт стварног власника прихода полако добијао антиабузивни карактер. Међутим, са друге стране, Извештај је државама уговорницама препоручио пет мера које могу да послуже као решење за сузбијање аранжмана са проточним компанијама, где концепт стварног власника није нашао своје место.⁶⁸⁰ Разлог неувршћавања концепта стварног власника у мере за сузбијање аранжмана са проточним компанијама није познат. Услед недостатка јасноће поводом тог питања, пореске власти и судови широм света су бивали подстакнути да концепт стварног власника схватају као одредбу која садржи неке антиабузивне елементе у свом тексту, или чак као врсту опште антиабузивне мере са принципима „суштине изнад форме“.⁶⁸¹ Можемо приметити како се еволуција концепта стварног власника прихода полако удаљавала од иницијалног предлога УК, као и радне групе 27, чији је циљ био онемогућавање агентима и номиналним власницима примене преференцијалне стопе пореза по одбитку из пореских уговора, уколико држава њиховог резидентства примљени приход не приписује њима у пореске сврхе. Коришћење концепта стварног власника за сузбијање злоупотреба пореских уговора употребом проточних компанија, у том периоду, није био у плану.

Коначно, 2003. године, већ је постало сасвим извесно да је концепт стварног власника евалуирао од правила за приписивање прихода до антиабузивне мере. Пре свега, Коментар је детаљније приступио проблему злоупотребе пореских уговора наводивши да спречавање пореске евазије и избегавања плаћања пореза постаје један од циљева Конвенције, па тако државе нису биле у обавези да одобре користи из уговора у случају злоупотребе одредаба Конвенције.⁶⁸² Што се тиче измене концепта стварног власника, Коментар је пре свега навео да термин стварног власника не би требало да буде коришћен у уском техничком значењу, већ би требало бити схваћен у свом контексту у оквиру предмета и сврхе Конвенције, укључујући избегававање двоструког опорезивања и превенцију фискалне евазије и избегавања плаћања пореза.⁶⁸³ Видимо да је разрада на теми спречавања злоупотребе конвенције у оквиру Коментара члана 1 Модел-конвенције OECD 2003 утицала и на концепт стварног власника чији је контекст, поред избегавања двоструког опорезивања, обухватао и превенцију фискалне евазије и избегавања плаћања пореза. Такође, концепт стварног власника је у поменутих изменама као посредничке ентитете сада посматрао и проточне компаније. Увршћивањем проточних компанија у ентитете који се нису могли сматрати стварним власницима, овај концепт је добио антиабузивну конотацију. Дакле, поред неколико мера за које је Извештај наводио да могу успешно спречити злоупотребе пореских уговора коришћењем проточних компанија, од 2003. године, придружује им се и концепт стварног власника прихода. Поменуте промене, услед утицаја разраде на спречавању злоупотребе пореских уговора, уместо разјашњења концепта стварног власника, довеле су до промене његове функције од правила за приписивање прихода до једне широко постављене антиабузивне мере.⁶⁸⁴

У последњим већим променама Коментара Модел-конвенције OECD 2014/17. године, концепт стварног власника задржава антиабузивну улогу, али је обим примене ограничен. Обим примене појма стварног власника је Коментаром из 2014. године доста сужен.⁶⁸⁵ BEPS Акција

⁶⁷⁹ *Ibid.*, пар. 2 и 6, R(6)-2 и 4.

⁶⁸⁰ R. Vann (2013), 298.

⁶⁸¹ B. Kuzniacki (2022).109 – 110..

⁶⁸² B. J. Arnold, S. van Weeghel, 101.

⁶⁸³ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2003, ст. 12, чл. 10 Коментара.

⁶⁸⁴ B. Kuzniacki (2022).117 - 118.

⁶⁸⁵ R. J. Danon (2018.), 34.

6 и нови коментар из 2017. године, на индиректан начин потврђују да је Коментар из 2014. године сужавао употребу концепта стварног власника на само одређене аранжмане злоупотребе уговора где се појављују посредничке компаније.⁶⁸⁶ Пре свега, Коментар из 2014. године је наводио да директни прималац дивиденде није стварни власник јер је право тог примаоца да користи и ужива у плодовима дивиденде ограничено уговорном или правном обавезом да проследи примљене уплате другом лицу и наводио је да таква обавеза нормално произлази из релевантних правних докумената, али може постојати и на основу чињеница или околности које указују да, суштински, прималац нема право да користи и убира плод дивиденде без ограничења наметнутог уговорном или правном обавезом да проследи примљену уплату другом лицу.⁶⁸⁷ Коментар из 2014. године је чињенице и околности случаја помињао као средство да се докаже постојање правне или уговорне обавезе да се приход проследи, а не као врсту обавезе како је, на пример, приказано у судској пракси Швајцарске.⁶⁸⁸ Као наставак става 12.4, Коментар је додатно сузио обим примене концепта стварног власника тако што је изузео одређене обавезе наводећи да обавеза прослеђивања прихода не укључује уговорне или правне обавезе које не зависе од пријема уплате од стране директног примаоца, као што је обавеза која не зависи од пријема уплате и коју директни прималац има као дужник или учесник у финансијским трансакцијама, или као што су типичне обавезе расподеле пензионих аранжмана или колективних инвестиционих подухвата који право на погодности из уговора.⁶⁸⁹ На крају, став 12.5 Коментара члана 10 додатно је ограничио обим појма стварног власника само на аранжмане са проточним компанијама које су у обавези да приход проследи другом лицу.⁶⁹⁰ Наведени став може да се протумачи да је концепт стварног власника тест који служи спречавању аранжмана са проточним примаоцима прихода који имају обавезу да приход проследи другом лицу, а није у стању да спречи аранжмане који подразумевају абוזивно реструктурирање.⁶⁹¹

Изменама Модел-конвенције и Коментара 2017. године, антиабузивна улога концепта стварног власника још више се ограничава. Наиме, нови Коментар у ставовима за члан 29 Модел-конвенције наводи много примера са проточним компанијама, где је употреба ТОЦ или КОП изузетно ефикасна, не наводећи концепт стварног власника. Стиче се утисак да поменути концепт није у могућности да спречи све врсте злоупотреба са проточним компанијама, па се његова улога ограничава само на прослеђивање прихода. Такође, услед измена Модел-конвенције и Коментара, као и пореских уговора преко MLI конвенције, концепт стварног власника задржава антиабузивну улогу, али у рестриктивнијем смислу. Кузницацки (Kuzniacki) сматра да је OECD током измена Коментара 2014/17. године постала свесна да је концепту стварног власника претходно 2003. године додељена улога антиабузивне мере прешироког обима, што је било потребно ограничити.⁶⁹² Уколико је нека норма дефинисана прешироко, управни органи и судови је могу примењивати и тумачити неједнако, што може довести до правне несигурности. Па тако, државни органи једне јурисдикције могу поменути концепт да примењују у обиму који покрива све облике злоупотребе уговора са проточним компанијама, док би друга држава примењивала у нешто ужем обиму, односно само за одређене типове трансакција са проточним компанијама. Дилему је Коментар Модел-конвенције OECD 2014/17 у већем делу решио, међутим, пракса управних и судских органа неких држава већ је била усмерена на примену концепта стварног власника као антиабузивне мере веома широког обима према Коментару из 2003. године, и иста је постала јако укорењена у правним

⁶⁸⁶ R. J. Danon (2018.), 34 – 36.

⁶⁸⁷ Model Tax Convention on Income and on Capital, 2014, ст. 12.4, чл. 10 Коментара.

⁶⁸⁸ R. J. Danon (2018.), 34 – 35.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, 35.

⁶⁹⁰ *Ibid.*

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² B. Kuzniacki (2022).125.

системима тих држава.⁶⁹³ Па тако, судови одређених земаља, попут Швајцарске, иако примењују концепт стварног власника према новом Коментару, одређене нејасноће, попут дилеме да ли се у обзир узимају само обавезе које проистичу из уговора или другог акта, или се у обзир узимају такође и обавезе које проистичу из околности и чињеница случаја без обзира на постојање/непостојање уговорне обавезе, тумаче сувише широко, ослањајући се на ранију праксу након ступања на снагу верзије Коментара из 2003. године. Па тако, једина разлика између судске праксе Швајцарске и новијег OECD Коментара јесте у томе што Коментар околности и чињенице случаја представља као средство да се открије правна или уговорна обавеза прослеђивања прихода, док швајцарски судови сматрају другачије.⁶⁹⁴ Више о томе, видећемо у каснијем делу овог рада.

Историјска еволуција концепта стварног власника је врло значајна јер видимо како се њена функција временом мењала и прилагођавала циљевим OECD. Пре свега, у оквиру прве Модел-конвенције, концепт стварног власника је прихваћен без већег разумевања и у оквирима примарног циља Конвенције, односно спречавања двоструког опорезивања. Након тога, 2003. године OECD је увидела да се применом проточних компанија порески уговори лако могу злоупотребити, као и да је тој секцији у оквиру Коментара члана 1 Модел-конвенције посвећено место у нешто рестриктивнијем обиму. OECD је 2003. године уложила пуно напора како би се на што бољи начин супротставила стратегијама пробирања уговора са проточним компанијама, а што је постало видљиво и у драстичној промени функције концепта стварног власника. Поставља се питање, да ли је заиста било потребно концепту стварног власника променити функцију у антибузивну, ако је у истим изменама Коментара већ наведено да се домаће антибузивне норме услед злоупотребе пореских уговора, пратећи водећи принцип, могу користити за неодобравање користи из истих.⁶⁹⁵ Сматрамо да је OECD потом 2014. године увидела своју грешку, па је у одређеном делу, концепт стварног власника рестриктивније дефинисала у изменама Коментара. Међутим, нешто касније увиђамо тренд OECD да се кроз BEPS пројекат на још ефикаснији начин супротстави пробирању уговора са проточним компанијама, али сада применом нових мера. Утицај BEPS пројекта је доста велики, и стиче се утисак да концепт стварног власника није у могућности да спречи нове облике пробирања уговора, док неке нове мере, попут ТОЦ и КОП, могу више допринети поменутом циљу. Видимо да је концепт стварног власника, као један нејасан појам из англосаксонског права, мењао своју функцију у зависности од општих циљева OECD.

Значај промене функције концепта стварног власника прихода је велики. Наиме, промене коментара 2003. године утицале су на судске и пореске власти да своје одлуке мењају по питању функције концепта стварног власника, што се могло видети из административне и судске праксе Италије и Шпаније. У тренуцима непостојања опште сагласности на светском нивоу о прихватању посебних уговорних мера, попут данашњих мера у виду ТОЦ или КОП, одредба о стварном власнику се чинила као напогодније антибузивно решење за превенцију искоришћавања пореских уговора путем проточних компанија. Према томе, изменама Коментара 2003. године, пореским властима је било омогућено да опште прихваћену одредбу о стварном власнику прихода, коју је већина пореских уговора садржала, примењују као уговорну антибузивну меру. Међутим, и након каснијих измена Коментара 2014/17. године, где је антибузивни обим ограничен, посебно услед BEPS пројекта, судови и пореске власти су наставили да примењују схватање стварног власника прихода, мање или више базирано на претходно утврђеној пракси, у светлу широко постављене антибузивне мере. Свакако, можемо рећи да данас, концепт стварног власника има јасну антибузивну функцију.

⁶⁹³ *Ibid.*

⁶⁹⁴ R. Danon (2020a), 13.

⁶⁹⁵ *Ibid.*

ДЕО ДРУГИ

НЕУЈЕДНАЧЕНА ПРИМЕНА И ИНТЕРПРЕТАЦИЈА КОНЦЕПТА СТВАРНОГ ВЛАСНИКА ПРИХОДА

I. Дефиниција концепта стварног власника прихода

Питање места дефиниције концепта стварног власника прихода је од изузетног значаја, с обзиром на то да од тога зависи правна снага поменутог концепта. Потребно је погледати пореске уговоре, Модел-конвенције и њихове пратеће Коментаре. Следећи корак јесте утврђивање нивоа правне обавезности примене дефиниције концепта стварног власника из Коментара OECD у случају спора поводом чланова пореског уговора, уколико порески уговори не пружају поменути дефиницију.

1. Дефиниција концепта стварног власника прихода у пореским уговорима

Порески уговори углавном не садрже дефиницију стварног власника. Пример постојања дефиниције можемо наћи у неким од пореских уговора које је са одређеним државама закључила Немачка, али таква дефиниција не одговара оној која се налази у Коментару Модел-конвенције OECD 2017.⁶⁹⁶ Разлог непостојања дефиниције у уговорима јесте управо непостајње дефиниције у Модел-конвенцији. Наиме, државе у преговорима око закључивања пореских уговора као „мустре“ користе Модел-конвенцију OECD или Модел-конвенцију УН, па тако уколико ове конвенције немају неку одредбу дефинисану, врло је вероватно да ни уговори, чија се структура ослања на наведене конвенције, неће садржати додатну дефиницију. Уколико не постоји дефиниција неке одредбе у самом уговору, приступа се општој интерпретацији применом члана уговора који одговара члану 3(2) Модел-конвенције OECD 2017, где се недефинисани појам, са изузетком, тумачи према домаћем законодавству.⁶⁹⁷ Наведени члан пореских уговора отвара многа питања интерпретације недефинисаних појмова, о чему ће бити више речи у наредном поглављу. Са друге стране, с обзиром на то да Модел-конвенција OECD не пружа дефиницију стварног власника у оквиру чланова 10, 11. и 12, појашњење можемо наћи у Коментару,⁶⁹⁸ Дакле, појам стварног власника прихода може бити тумачен према домаћем законодавству, али са друге стране детаљније појашњење поменутог појма постоји и у Коментару, међутим, став доктрине и осталих

⁶⁹⁶ Вид. стр. 217.

⁶⁹⁷ Model Tax Convention on Income and Capital, OECD 2017, чл.3 ст.2.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, Коментар члана 10, пар. 12, члана 11, пар. 11, као и члана 12 пар. 4.

теоретичара међународног пореског права о карактеру Коментара није јединствен.⁶⁹⁹ Постављају се два питања: какав је правни карактер Коментара и да ли каснија верзија Коментара може бити коришћена у оквиру интерпретације одредбе уговора који је закључен пре ступања на снагу новије верзије Коментара.

2. Правни карактер Коментара

Пре свега, потребно је рећи да Модел-конвенција OECD и Коментар немају директно правно обавезујући значај, ни за државе чланице OECD, као ни за државе које су своје уговоре обликовале према “мустри” садржаној у тој Модел-конвенцији.⁷⁰⁰ Међутим, постоје дилеме око позиционирања Коментара према правилима о тумачењу уговора инкорпорираних у Бечкој конвенцији.⁷⁰¹ Како бисмо видели каква је позиција Коментара, потребно је осврнути се на чланове 31 и 32 Бечке конвенције, који су обавезујући за све државе које су чланице ове конвенције.⁷⁰²

Члан 31 Бечке конвенције објашњава опште правило интерпретације наводећи:⁷⁰³

1. Уговор се мора добронамерно тумачити, према уобичајеном смислу који се мора дати изразима у уговору у њиховом контексту и у светлости његовог предмета и његовог циља.
2. У циљу тумачења уговора, контекст обухвата, осим текста увода и укључених прилога, и:
 - а. сваки споразум у вези са уговором који постоји између држава уговорница приликом закључивања уговора;
 - б. сваки инструмент који сачине једна или више држава уговорница приликом закључивања уговора, а који прихвате остале државе уговорнице као инструмент који се односи на уговор.
3. Као и о контексту, водиће се рачуна о:
 - а. сваком доцнијем споразуму између држава уговорница у погледу тумачења уговора или примене његових одредаба;
 - б. свакој доцнијој пракси у вези са применом уговора којим је постигнут споразум између држава уговорница у погледу тумачења уговора;
 - ц. сваком релевантном правилу међународног права које се примењује у односима између држава уговорница.
4. Израз се узима у посебном смислу ако се утврди да је таква била намера држава уговорница.

Члан 32. посвећен је допунским средствима тумачења наводећи да се допунским средствима тумачења, укључујући и припремне радове уговора, може прибегавати како би се потврдило значење које произлази из примене члана 31, или да се одреди значење када је тумачење дато

⁶⁹⁹ Дејан Дабетић, *Република Србија и избегавање двоструког опорезивања*, Савез рачуновођа и ревизора Србије „Рачуноводство“ д.о.о., Београд 2008, 36.

⁷⁰⁰ Д. Поповић, С. В. Костић, 31.

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² Felix I. Lessambo, *International Aspects of the US Taxation System*, Palgrave Mcmilan, New York, 2016, 106.

⁷⁰³ Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, чл. 31.

према члану 31 двосмислено или нејасно, или када доводи до резултата који је очигледно апсурдан или неразуман.⁷⁰⁴

Анализом чланова 31 и 32 Бечке конвенције, видимо да Коментар не може представљати „сваки споразум у вези са уговором који постоји између држава уговорница у вези са тумачењем уговора“ из члана 31, става 2, тачке а), нити „сваки каснији споразум између држава уговорница у вези са тумачењем уговора“ из члана 31, става 3, тачке а) Бечке конвенције.⁷⁰⁵ Такође, Коментар, као такав, не може бити сматран ни за „инструмент“ у смислу члана 31, става 2, тачке б) Бечке конвенције, јер се та одредба тиче ратификованих инструмената који садрже какве резерве, или одређених декларација усвојених у вези са закључењем уговора.⁷⁰⁶ Међутим, не постоји једногласно усвојено решење поводом интеракције Коментара и Бечке конвенције, па у литератури наилазимо на различите предложене солуције. Прва солуција подразумева да Модел-конвенција OECD, као и Коментар, потпадају под „уобичајено значење“ из члана 31, става 1 Бечке конвенције.⁷⁰⁷ Према Вогелу (Vogel) и Олту (Ault), ако државе чланице OECD закључе уговор на основу OECD Модел-конвенције, требало би претпоставити да наведене државе желе да одредбе из пореског уговора имају значење које им је придато у Модел-конвенцији.⁷⁰⁸ Такво значење може бити „уобичајено“ како је представљено у члану 31 ставу 1 Бечке конвенције, или „посебно“ значење како стоји у члану 31 ставу 4 исте конвенције.⁷⁰⁹ Према OECD, Коментар није осмишљен као анекс пореских уговора, који су сами по себи правно обавезујући међународни инструменти, али између делегација OECD чланица, постигнута је сагласност да је Коментар од велике помоћи за интерпретацију и примену пореских уговора.⁷¹⁰ Чини се да, иако постоји велико неслагање, уколико се услед преговорања око закључења уговора OECD Модел-конвенција и Коментар узимају у обзир, исти имају „посебно“ значење према члану 31 ставу 4 Бечке конвенције.⁷¹¹ Други сматрају да би Коментар евентуално могао да пружи доказ о постојању праксе у вези са применом уговора, којом је постигнут пређутни споразум између држава чланица OECD у погледу тумачења уговора, у смислу члана 31, става 3, тачке б) Бечке конвенције.⁷¹² То, наравно, директно не обавезује државе које нису чланице OECD.⁷¹³ Даље, Коментар може бити схваћен као споразум у вези са уговором који постоји између држава уговорница приликом закључивања уговора у оквиру тумачења контекста уговора према члану 31 ставу 2, тачки а) Бечке конвенције.⁷¹⁴ У вези са контекстом уговора, Коментар може бити схваћен и као релевантно правило међународног права које се примењује у односима између држава уговорница према члану 31, ставу 3, тачке ц) Бечке конвенције.⁷¹⁵ Што се тиче члана 32 Бечке конвенције, неки сматрају да Коментар чини допунско средство тумачења.⁷¹⁶ Разлог томе јесте квалитет Коментара који је сличан припремним радовима при закључењу уговора.⁷¹⁷ Међутим, припремни радови из члана 32 Бечке конвенције односе се на материјале сваког уговора засебно, а не на Модел-конвенцију OECD или Коментар.⁷¹⁸ Де бру (De Broe) и фон Френкел (von Frencckell) сматрају да је OECD Модел-конвенцији и Коментару доделио

⁷⁰⁴ *Ibid.*, чл. 32.

⁷⁰⁵ Д. Поповић, С. В. Костић, 31.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, 31-32.

⁷⁰⁷ C. J. Finnerty, P. Merks, M. Petriccione, R. Russo (ed.), 18.

⁷⁰⁸ A. Meindl-Ringler, 8.

⁷⁰⁹ *Ibid.*

⁷¹⁰ C. J. Finnerty, P. Merks, M. Petriccione, R. Russo (ed.), 18.

⁷¹¹ *Ibid.*

⁷¹² Д. Поповић, С. В. Костић, 32.

⁷¹³ *Ibid.*

⁷¹⁴ A. Meindl-Ringler, 8.

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶ Д. Поповић, С. В. Костић, 32.

⁷¹⁷ A. Meindl-Ringler, 8.

⁷¹⁸ K. Vogel, 40.

озбиљнију улогу у интерпретацији уговора, па примена Модел-конвенције и Коментара у виду допунских средства тумачења, делује неприкладна.⁷¹⁹ Напокон, потребно је рећи да Бечка конвенција није излишна, већ кодификује општа, а не сва могућа правила интерпретације, па тако може се и закључити да Бечка конвенција не покрива примену Коментара у тумачењу пореских уговора.⁷²⁰

Наглашавамо да се међународни уговори морају тумачити у доброј вери према члану 31, ставу 1 Бечке конвенције, па се не може прихватити став да држава поступа у доброј вери тврдећи да се одредбама пореских уговора мора придати значење које је другачије од онога установљеног у Коментару Модел-конвенције OECD у погледу њиховог тумачења постојећих одредаба и примене тих одредаба на специфичне ситуације, а да притом ниједна од уговорница није ставила примедбу на тумачење Коментара.⁷²¹ У оваквим околностима, постоји претпоставка да су уговорне стране прихватиле интерпретацију успостављену у Коментару, што се своди на прећутно саглашавање да се одредбе пореског уговора које су идентичне онима из Модел-конвенције OECD тумаче и примењују у складу са одговарајућим ставом из Коментара.⁷²² Међутим, исправност оваког закључка ће зависити од тога да ли су обе, само једна или ни једна страна пореског уговора чланице OECD.

Уколико су обе стране чланице OECD, не може се прихватити да држава чланица поступа у доброј вери тврдећи да се одредбама уговора мора придати значење које је другачије од оног установљеног у Коментару OECD за идентичну одредбу, у мери у којој:⁷²³

- су обе стране гласале за препоруку која се односи на Модел-конвенцију, усвојену од стране Савета OECD, у складу са чланом 5 (б) Конвенције OECD;
- ниједна страна није ставила резерву у односу на одредбе Модел-конвенције, нити примедбу на тумачење тих одредаба, установљено у Коментару;
- порески уговор следи матрицу и основне одредбе Модел-конвенције;
- ниједна страна у току преговора није назначила да одредбе уговора схвата другачије него што је установљено у Коментару у погледу идентичних одредаба Модел-конвенције.

У овим околностима, постоји претпоставка да су стране прихватиле интерпретацију успостављену у Коментару, што се своди на прећутно саглашавање да се одредбе пореског уговора које су идентичне онима из Модел-конвенције OECD тумаче и примењују у складу са одговарајућим ставом из Коментара.⁷²⁴ Прећутно прихватање од стране обе државе уговорнице служи као *estoppel* у случајевима када једна од страна касније изнесе став да је имала у виду другачије тумачење.⁷²⁵ *Estoppel* представља правило доказивања, преузето из *common law* система, којим се неком лицу (укључујући и државу уговорницу) не допушта да пориче истинитост одређене изјаве коју је претходно сâмо дало (експлицитно или прећутно).⁷²⁶

⁷¹⁹ A. Meindl-Ringler, 9.

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² *Ibid.*, 33.

⁷²³ Д. Поповић, С. В. Костић, 32-33.

⁷²⁴ *Ibid.*, 33.

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ *Ibid.*

У случају пореског уговора између државе чланице OECD и државе не-чланице, потребно је направити разлику између не-чланица које су одредиле свој став у погледу Модел-конвенције OECD и њеног Коментарa и не-чланица које то нису учиниле.⁷²⁷ Када су у питању не-чланице које су дефинисале своју позицију према Модел-конвенцији OECD и Коментару, иако формално не учествују у доношењу одлука у органима OECD надлежним за Модел-конвенцију и њен Коментар, у погледу тумачења и примене пореских уговора између неке од њих и неке државе чланице OECD важе претходни закључци, под условом да:⁷²⁸

- ниједна страна није унела резерву на одредбу Модел-конвенције, нити ставила примедбу на тумачење те одредбе установљено у Коментару;
- порески уговор следи матрицу и основне одредбе Модел-конвенције;
- ниједна страна у току преговора није назначила да одредбе уговора схвата другачије него што је установљено у Коментару у погледу идентичних одредаба Модел-конвенције.

Када је у питању тумачење пореског уговора између државе чланице OECD и државе не-чланице, која није дефинисала своју позицију према Модел-конвенцији OECD и Коментару, сама чињеница да тај уговор може садржати одредбе које су идентичне са одредбама Модел-конвенције OECD није довољна за закључак да је држава не-чланица прећутно прихватила интерпретацију тих одредаба на начин који је установљен у Коментару.⁷²⁹ Једино би, уколико се може установити да је у моменту закључења уговора та држава не-чланица била, или је морала бити, свесна чињенице да је друга страна, држава чланица OECD, разумела да би те одредбе требало тумачити и примењивати у складу са Коментаром, важили принципи које смо установили за случај тумачења уговора између државе чланице OECD и државе не-чланице, која је дефинисала своју позицију према Модел-конвенцији OECD и Коментару.⁷³⁰ У осталим ситуацијама, Коментар се може једино сматрати „допунским средством тумачења“ из члана 32 Бечке конвенције.⁷³¹

Када је у питању тумачење одредаба пореског уговора између две државе не-чланице, које су дефинисале своју позицију према Модел-конвенцији OECD и Коментару, које су идентичне са одредбама Модел-конвенције OECD, примењујемо оне принципе које смо установили за случај тумачења пореског уговора између државе чланице OECD и државе не-чланице, која је дефинисала своју позицију према наведеној конвенцији и Коментару.⁷³² Ако се, пак, ради о две државе не-чланице, од којих једна није дефинисала своју позицију према Модел-конвенцији OECD и Коментару, не може се претпоставити да постоји прећутно прихватање тумачење одредаба на начин установљен у Коментару.⁷³³ Видимо да значај Коментара за тумачење одредаба пореских уговора није универзалан, односно нема исту тежину у свим ситуацијама. Погледајмо у конкретним примерима какав однос према Коментару имају држава чланица и држава не-чланица OECD.

Као пример не-чланице, можемо узети Русију. Разлог одабира ове државе лежи у чињеници да Русија увелико примењује одредбу о стварном власнику прихода, која је законски регулисана са ослоном на концепт стварног власника прихода из OECD Модел-конвенције, а како би

⁷²⁷ *Ibid.*

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ *Ibid.*, 33-34.

⁷³⁰ *Ibid.*, 34.

⁷³¹ *Ibid.*

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ *Ibid.*

сузбила аранжмане са проточним компанијама. Русија је у писму Министарства финансија наводила следеће:⁷³⁴

„Приликом разматрања спорова везаних за примену споразума, судови, у циљу постизања идентичног тумачења и разумевања пореских уговора, користе Модел-конвенцију OECD, која представља основу за већину пореских уговора, као и званични Коментар који иде уз наведену конвенцију. Примена одредаба Модел-конвенције и Коментара, као извора тумачења, заснива се на општим правилима тумачења међународних уговора садржаних у Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. Тако, у складу са чланом 31 Бечке конвенције, уговор се мора добронамерно тумачити, према уобичајеном смислу који се мора дати изразима у уговору у њиховом контексту и у светлости његовог предмета и његовог циља. У члановима 31 до 33 Бечке конвенције, утврђују се главни и допунски извори тумачења међународних уговора. [...] У одлуци Врховног арбитражног суда Руске Федерације од 15.11.2011. бр. 8654, Модел-конвенција препозната је као оквирни документ који успоставља опште принципе и приступе уклањања двоструког опорезивања. Тако се Модел-конвенција и Коментар који иде уз њу, у зависности од конкретног случаја, могу сматрати допунским извором тумачења међународног уговора.“

Дакле, OECD Модел-конвенција и њен Коментар, у Русији се примењују као допунско средство тумачења по основу члана 32 Бечке конвенције. Руско министарство је у истом документу даље помињало како је концепт стварног власника прихода дефинисан у Коментару OECD.⁷³⁵ Међутим, видећемо касније да Русија заправо примењује домаћу законску норму о стварном власнику прихода која је доста ширег обима од дефиниције из Коментара OECD, али судови свакако при разматрању случаја, у обзир узимају и дефиницију из Коментара OECD, која чини део судске интерпретације појма стварног власника прихода.

Као пример чланице OECD, можемо узети Швајцарску, која такође активно примењује одредбу о стварном власнику прихода, јер се у новијој пресуди која датира из 2020. године, Врховни суд Швајцарске, при одлучивању о стварном власништву над приходима, осврнуо на Коментар OECD.⁷³⁶ Наиме, банка A.Plс, са седиштем у УК, припадала је повезаној групи инвестиционих банака са седиштем у САД, тачније у Њујорку. A.Plс је купила 40.722.313 акција швајцарске фирме B.Ltd, која је за наведени број акција, маја 2008. године исплатила 101.805.782,50 швајцарских франака. Примењена је домаћа стопа пореза по одбитку на дивиденде у износу од 35%, па је компанија A.Plс тражила повраћај у износу од 20%, по основу пореског уговора између Швајцарске и УК. Поставило се питање да ли је компанија A.Plс била стварни власник дивиденде. Врховни суд је заступао становиште да када се тумаче и примењују одредбе пореских уговора, морају се применити принципи тумачења који се заснивају на Бечкој конвенцији, наводећи чланове 31 и 32 наведене конвенције.⁷³⁷ Суд је даље проценио да се одредбама пореског уговора не би смело придати значење које би било супротно циљу и предмету уговора.⁷³⁸ Даље, у пресуди се наводило да, у оквиру устаљене праксе, Врховни суд при тумачењу одредаба пореског уговора, у обзир узима и OECD Модел-конвенцију и пратећи Коментар из разлога што се и порески уговори које је Швајцарска закључила базирају на наведеним документима.⁷³⁹ Суд је на крају закључио да не постоји материјална разлика у пракси овог суда при дефинисању концепта стварног власника прихода,

⁷³⁴ Письмо Федеральной налоговой службы от 17 мая 2017 г. № СА-4-7/9270@ “О практике рассмотрения споров по вопросу неправомерного применения налоговыми агентами льготных условий налогообложения при взимании налога на прибыль с доходов иностранных организаций”, 1.

⁷³⁵ *Ibid.*

⁷³⁶ Federal Supreme, Case No. 2C_880/2018, Judgment of 19 may 2020, II Public Law Departement.

⁷³⁷ *Ibid.*, пар. 2.1.1.

⁷³⁸ *Ibid.*, пар. 2.1.2.

⁷³⁹ *Ibid.*, пар. 4.1.

од дефиниције коју пружа тренутни Коментар OECD, где је наведени концепт последњи пут ревидиран (2014/17).⁷⁴⁰ На основу наведене пресуде и резоновања Врховног суда, можемо рећи да Швајцарска, чланица OECD, Модел-конвенцију OECD и Коментар користи у светлу члана 31 Бечке конвенције као примарни, а не допунски извор тумачења пореских уговора.

Можемо закључити да Коментар OECD, који садржи дефиницију концепта стварног власника прихода, није правно обавезујући за државе уговорнице, као ни за државе чланице OECD. Међутим, улога Коментара у светлу примене Бечке конвенције о тумачењу уговора, није сасвим јасна, што доводи до неконзистентне примене Коментара од стране националних судова при тумачењу одредаба пореских уговора. С обзиром на то да је OECD свесна да је правни карактер Коментара упитан, може се поставити питање зашто дефиниција не постоји у Модел-конвенцији, коју државе користе као „мустру“ при закључењу пореских уговора. IBFD је у одговору на предлог измена концепта стварног власника навела да би требало дефиницију пренети на Модел-конвенцију, што би створило већу гаранцију јединствене примене овог концепта, а у оквиру чланова 10-12, или алтернативно, у оквиру члана 3.⁷⁴¹ Кузниацки (Kuzniacki) сматра да је OECD 2003. године концепт стварног власника са намером дефинисала само у оквирима Коментара, а не Модел-конвенције која служи као „муфра“ за закључење уговора, како би се дефиниција појма стварног власника из Коментара, која добија широк антиабузивни карактер, применила и на пореске уговоре који су закључени и пре ступања на снагу поменуте верзије Коментара.⁷⁴² Супротно, уколико би дефиниција из 2003. године постала део Модел-конвенције, иста би важила као „муфра“ само за будуће закључене уговоре, док би раније закључени уговори највероватније остали „испод радара“.

Можемо закључити да се значај дефиниције концепта стварног власника ипак не би требало занемарити или умањити на основу чињенице њеног постојања само у оквирима Коментара, односно непостојања исте у пореским уговорима. На основу закљученог, потребно је одговорити на питање утицаја дефиниције концепта стварног власника прихода из Коментара OECD на раније закључене пореске уговоре

3. Утицај дефиниције концепта стварног власника прихода из Коментара OECD на раније закључене пореске уговоре

Поновимо, концепт стварног власника је био дефинисан у Коментару OECD 1977. године врло уско, а затим су уследиле ревизије 2003. године и највеће промене 2014. године. Може се поставити питање: уколико је порески уговор закључен пре последње верзије Коментара, да ли је за интерпретацију концепта стварног власника прихода, као део чланова који се у пореским уговорима односе на дивиденде, камате и ауторске накнаде, валидан Коментар који је био на снази у време закључења уговора или најновија верзија Коментара. Погледајмо следећи пример. Две државе су закључиле порески уговор 1988. године када је концепт стварног власника био врло уско дефинисан у Коментару. Уколико је сада 2024. година, национални судови имају две могућности:

⁷⁴⁰ *Ibid.*, пар. 4.4.

⁷⁴¹ Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Response from IBFD Research Staff, 2011, 2.

⁷⁴² B. Kuzniacki (2022), 116.

- да примене Коментар који датира из 1977. године;
- да примене Коментар који датира из 2014. године, односно из 2017. године, јер је одредба о стварном власнику остала скоро непромењена у најновијој верзији Коментара.

Уколико би суд применио дефиницију из Коментара од 1977. године, занемарујући чињеницу да је у најновијем Коментару концепт стварног власника детаљније дефинисан, постојала би опасност од прешироке интерпретације наведеног концепта, јер је ранији Коментар уском дефиницијом стварног власника прихода, омогућавао националним судовима да применом Коментара овај појам тумаче по сопственом нахођењу. Увод Модел-конвенције OECD 2017 и Коментара помиње ову дилему под насловом „однос са претходним верзијама“. У прва два става овог одељка наводи се:⁷⁴³

„Приликом израде Модел-конвенције из 1977. године, Комитет за фискалне послове испитао је проблеме сукоба тумачења који могу настати као резултат измена чланова и Коментара Нацрта конвенције из 1963. године. У то време, Комитет је сматрао да би постојећи уговори, колико год је то могуће, требало да се тумаче у духу измена Коментара, иако одредбе тих уговора можда и даље не укључују прецизнији текст Модел-конвенције из 1977. године. Такође, напоменуто је да би државе чланице које желе да појасне своје ставове у том смислу, требало то да учине разменом нота између надлежних органа у складу са поступком заједничког договарања, а да би надлежни органи, чак и без такве размене, могли да искористе могућност заједничког договарања како би потврдили овакво тумачење у конкретном случају. Комитет верује да би измене у члановима Модел-конвенције и Коментару, које су извршене пре 1977. године, требало тумачити на сличан начин.“

Даље OECD наводи:⁷⁴⁴

„Можда је непотребно напоменути, али измене чланова Модел-конвенције и Коментара као директна последица оваквих измена, нису релевантне за тумачење или примену претходно закључених уговора у случају када су одредбе тих уговора суштински различите у односу на измењене чланове. Међутим, друге измене или допуне Коментара свакако се примењују приликом тумачења и примене уговора који су закључени пре њиховог усвајања, зато што оне рефлектују консензус држава чланица OECD у вези са исправним тумачењем постојећих одредаба и њиховом применом у специфичним случајевима“.

На крају, у последњем ставу овог одељка OECD закључује:⁷⁴⁵

„С обзиром на то да Комитет сматра да су измене у Коментару релевантне за тумачење и примену уговора закључених пре усвајања таквих измена, не слаже се са било којим обликом *a contrario* тумачења, којим би се тврдило да измена одређеног члана Модел-конвенције или Коментара у односу на претходни текст води различитој примени у односу на такав претходни текст. Велики број измена извршен је у циљу да се појасни, а не измени, значење чланова или коментара, и такво *a contrario* тумачење би било очигледно погрешно у таквим ситуацијама. Пореске управе у државама чланицама следе начелне ставове утврђене у претходна четири параграфа. Дакле, Комитет за фискалне послове сматра да за пореске обвезнике може да буде корисно да следе касније верзије Коментара приликом тумачења раније закључених уговора.“

⁷⁴³ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, Introduction, ст. 33 и 34..

⁷⁴⁴ *Ibid.*, ст. 35.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, ст. 36 и 36.1.

Дакле, опште је прихваћено да каснији Коментари представљају консенсуз OECD чланица, а такође, касније измене Коментара служе да појасне постојеће одредбе пореских уговора, а не да их мењају.⁷⁴⁶ Међутим, одређени број аутора сматра да само Коментар који је био на снази у моменту закључења пореског уговора може бити средство тумачења одредаба пореских уговора.⁷⁴⁷ Па тако, уколико се сматра да Коментар има „посебно значење“ у смислу члана 31, става 4 Бечке конвенције, каснији Коментар не може да буде примењен на раније закључене пореске уговоре.⁷⁴⁸ Ако историјски погледамо како се концепт стварног власника развијао у оквиру OECD Коментара, можемо приметити да се заправо наведени концепт не мења, већ се унапређује у складу са судском праксом и новонасталим околностима и циљевима OECD, па тако, сматрамо да је прикладно применити каснију верзију Коментара као врсту средства интерпретације овог концепта. Национални судови претендују на коришћење новије верзије Коментара за уговоре који су закључени раније. У раније наведеном случају са Реал Мадридом, суд је у обзир узео OECD Коментар из 2003. године и Извештај о проточним компанијама из 1986. године, а порески уговор између Мађарске и Шпаније је био закључен 1984. године.⁷⁴⁹ Шпански суд није навео разлог коришћења новије верзије Коментара и Извештаја за интерпретацију раније закљученог пореског уговора.⁷⁵⁰ У познатом случају *The Velcro Canada Case*, канадски суд је за интерпретацију стварног власника прихода из пореског уговора који је закључен 1978. године, применио OECD Коментар из 1977. године као и верзију Коментара из 2003. године, а такође је применио и OECD Извештај о проточним компанијама из 1986. године.⁷⁵¹ Напоменимо да је OECD сматрала да ће државе, односно национални судови, присвојити дефиницију концепта стварног власника при решавању случајева о примени пореских уговора закључених пре 2003. године.⁷⁵² Већ међу првим познатим случајевима из 2006. године и 2009. године, национални судови су применили Коментар из 2003. године у сврху интерпретације одредаба пореских уговора који су раније закључени.⁷⁵³ Такође, Министарство финансија Русије навело је да судови у Русији, при интерпретацији одредаба из пореских уговора, користе OECD Модел-конвенцију и званични Коментар, односно онај који је тренутно на снази.⁷⁵⁴ Даље, у претходно поменутом случају у Швајцарској из 2020. године, Врховни суд је разматрао и питање да ли каснији Коментар може да се примени на порески уговор који је закључен раније. У образложењу пресуде, Врховни суд Швајцарске навео је следеће:⁷⁵⁵

„Појам стварног власника прихода из члана 10 пореског уговора између Швајцарске и УК је први пут дефинисан у оквиру OECD Коментара из 1977. године. Државе уговорнице су морале знати да ће се појам, који је био нов у то време, у каснијим годинама мењати и прилагођавати у оквиру рада OECD. Због наведеног, динамична интерпретација одредаба пореског уговора је оправдана. Стога, за интерпретацију појма стварног власника, упућујемо на тренутну верзију OECD Коментара. Последња ревизија OECD Коментара, а која се односила на концепт стварног власника за члан 10 пореског уговора, била је 2014. године.“

⁷⁴⁶ Д. Поповић, С. В. Костић, 32.

⁷⁴⁷ С. J. Finnerty, P. Merks, M. Petriccione, R. Russo (ed.), 19.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, 18.

⁷⁴⁹ A. M. Jimenez (2013), 131.

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ B. J. Arnold (2013), 45.

⁷⁵² Christopher Bergedahl, „Anti-Abuse Measures in Tax Treaties Following the OECD Multilateral Instrument – Part 1“, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 72 No. 1, 2018, 14.

⁷⁵³ *Ibid.*

⁷⁵⁴ Письмо Федеральной налоговой службы от 17 мая 2017 г. No СА-4-7/9270@ “О практике рассмотрения споров по вопросу неправомерного применения налоговыми агентами льготных условий налогообложения при взимании налога на прибыль с доходов иностранных организаций”, 1.

⁷⁵⁵ Federal Supreme Court, Case No. 2C_880/2018, 2020, пар. 4.1 и 4.2.

Наравно, постоје и случајеви где је за интерпретацију појма стварног власника прихода коришћена верзија Коментара која је важила у време закључења пореског уговора. На пример, дански суд је у пресуди 3.маја 2021. године применио Коментар из 1977. године за интерпретацију концепта стварног власника из пореског уговора између Данске и Кипра који је закључен 1981. године.⁷⁵⁶ Са друге стране, постоје и случајеви где суд није применио ни статичку ни динамичку интерпретацију. Па тако, у Пољској, суд је донео одлуку јануара 2020. године, где је за интерпретацију концепта стварног власника из пореског уговора са Јужном Корејом који је закључен 1991. године, примењен Коментар OECD из 2005. године.⁷⁵⁷ Услед статичке интерпретације, користила би се верзија Коментара из 1977. године, док би се за динамичку интерпретацију користила најновија верзија из 2017. године.⁷⁵⁸

Закључујемо да је врло пожељно користити каснију, односно званичну верзију Коментара за интерпретацију концепта стварног власника прихода, чија је дефиниција временом унапређена у циљу повећања правне сигурности. Међутим, IBFD је у свом предлогу навела да је потребно у OECD Модел-конвенцији дефинисати наведени концепт, у корист будућих пореских уговора који OECD Модел-конвенцију користе као „мустру“ при закључењу уговора, из разлога што не примењују све државе динамичну интерпретацију Коментара.⁷⁵⁹ Поновимо, овакво решење јесте пожељно, али не би довело до веће унификације појма стварног власника прихода, јер би само будући уговори подлежали евентуалној промени. Потребна је унификација појма на глобалном нивоу између пореских уговора који су раније закључени, као и будућих пореских уговора.

II. Неуједначено тумачење појма стварног власника прихода по питању јединственог контекста

Један од главних проблема са концептом стварног власника из пореских уговора јесте дилема: да ли применити домаћу дефиницију одредбе о стварном власнику, која може бити дефинисана у закону или од стране суда, или применити наведену одредбу у оквиру јединственог међународног значења.⁷⁶⁰ Уколико државе различито примењују члан 3 став 2 како је дефинисан у Модел-конвенцији OECD 2017 у погледу дефиниције и примене стварног власника прихода, правна сигурност се смањује, а порески обвезници би морали да структурирају своје међународне трансакције и аранжмане према начину примене члана 3 става 2 сваке државе уговорнице засебно, а у погледу стварног власништва над приходима, што би подизало трошкове пословања.

⁷⁵⁶ B. Kuzniacki (2022), 210.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, 212 фуснота 137.

⁷⁵⁸ *Ibid.*

⁷⁵⁹ Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Response from IBFD Research Staff, 2011, 2.

⁷⁶⁰ J. Wheeler, 258.

1. Члан 3 став 2 Модел-конвенције OECD

Пре свега, потребно је указати на генерални однос између домаћег права и међународних ратификованих уговора. Опште правило је да одредбе пореских уговора имају превагу над супротним одредбама домаћег права, што проистиче из устава, закона или чињенице да међународни уговор представља *lex specialis*.⁷⁶¹ Устав Републике Србије прописује да закони морају бити у сагласности са потврђеним међународним уговорима,⁷⁶² док са друге стране немачко законодавство на пример прописује да међународни уговори имају исту снагу као и закони, али судови по својој интерпретацији у пракси предност дају међународним уговорним обавезама.⁷⁶³ Имајући у виду чињеницу да порески уговори имају превагу над домаћим одредбама, потребно је погледати чланове пореских уговора који регулишу дивиденде, камате и ауторске накнаде у потрази за дефиницијом стварног власника, а како у наведеним члановима појам није објашњен, примењује се члан 3 став 2 истих уговора⁷⁶⁴, односно Модел-конвенције OECD 2017 који садржи следеће:⁷⁶⁵

„Када држава уговорница примењује у било које време Конвенцију, сваки израз који у њој није дефинисан има значење, осим ако контекст не захтева другачије, према закону те државе за потребе пореза на које се Конвенција примењује у том тренутку и значење према важећим пореским законима које примењује та држава има предност у односу на значење које том изразу дају други закони те државе“.

За државу извора прихода, која примењује порески уговор, постоје два начина примене наведеног члана:⁷⁶⁶

- директна примена домаћег права и тако дефинисане одредбе стварног власника;
- примена појма стварног власника у оквиру међународног јединственог контекста на шта члан 3 став 2 такође упућује.

Историјски гледано, у свом извештају који је био упућен Лиги народа, четворица познатих економиста⁷⁶⁷ је навело да је економска концепција дохотка веома сложена и државе имају различите пореске законе и да таквом применом, проблем двоструког опорезивања за порез на доходак постаје већи него код било које друге врсте пореза.⁷⁶⁸ Мексички и Лондонски Нацрт Лиге народа садржао је врло лимитиран број дефиниција за одређене врсте прихода, међутим, порески уговор између САД и Канаде из 1942. године, садржао је дефиниције⁷⁶⁹ за неколико врста дохотка.⁷⁷⁰ Постојала је опасност да, уколико се не би пронашло неко решење, број

⁷⁶¹ B. J. Arnold (2016), 139.

⁷⁶² Устав Републике Србије, ("Сл. гласник РС", бр. 98/2006), чл. 194.

⁷⁶³ Alexander Rust, „Tax treaties in the hierarchy of law“, *Tax treaties and domestic tax law* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2006, 234–235 i 237–238.

⁷⁶⁴ Претпоставка јесте да члан 3 став 2 пореских уговора прате дефиницију истог члана из Модел-конвенције OECD 2017. У даем делу овог рада, аутор ће наводити члан 3 став 2 пореских уговора који се искључиво ослања на исти члан поменуте Модел-конвенције.

⁷⁶⁵ OECD Model Tax Convention on Income and Capital, 2017, чл. 3 ст. 2.

⁷⁶⁶ D. J. Aigner, 104.

⁷⁶⁷ Професор Селигман (Seligman) из САД, лорд Јозеп Стамп (Josiah Stamp) из УК, професор Бруинс (Bruins) из Холандије и сенатор, касније председник Еинауди (Einaudi) из Италије.

⁷⁶⁸ John F. Avery Jones, *The Interaction Between Tax Treaty Provisions and Domestic Law*, *Tax treaties and domestic law* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2006, 123–124.

⁷⁶⁹ Дефиниције су постојале за следеће приходе од: изнајмљивања, ауторских накнада, камата, дивиденди, пензија и годишњих анuitета. Вид.: *Ibid.*, 124.

⁷⁷⁰ *Ibid.*

дефиниција би се повећавао, што би преоптеретило пореске уговоре и преговарање о закључењу уговора учинило тежим.⁷⁷¹ Члан 3 став 2, који је био везан за појмове који нису дефинисани у пореском уговору, први пут се појавио у пореском уговору између САД и УК, што је зауставило тренд повећавања броја дефиниција у пореским уговорима.⁷⁷²

Битно је напоменути да члан 3 став 2 пореских уговора представља посебно правило интерпретације у односу на опште правило интерпретације уговора из Бечке конвенције.⁷⁷³ Према томе, обим примене члана 3 става 2 је ограничен само на интерпретацију појмова који су коришћени у уговору, па тако се наведени члан не може применити како би се применом домаћег права попуниле правне празнине у уговору.⁷⁷⁴

Дакле, према члану 3 ставу 2 пореских уговора, односно OECD Модел-конвенције, појмови који у уговорима нису дефинисани, придаће им се значење које исти имају у домаћим правима држава уговорница, али само у случају да такво значење није у супротности са контекстом уговора.⁷⁷⁵ Конкретно, за појам стварног власника прихода, Ли (Li) наводи да је појам стварног власника прихода усвојен у многим билатералним пореским уговорима, али скоро сви уговори овај појам не дефинишу.⁷⁷⁶ Према томе, поменути аутор даље сматра да је значење овог појма препуштено интерпретацији према члану 3 ставу 2 OECD Модел-конвенције из разлога што овај појам нема посебно значење у правима многих држава, па тако, начин на који би домаћи судови требало да тумаче овај појам који потиче из пореских уговора, подлеже великој научној расправи.⁷⁷⁷

Поставља се питање како тумачити израз „осим ако контекст не захтева другачије“, односно, када контекст захтева другачије. Вогел (Vogel) сматра да иако контекст захтева другачије тумачење, „контекст“ има широко значење, па тако одбацивање интерпретације на основу домаћег права није прихватљиво, осим ако контекст не носи снажне аргументе у корист тумачења другачијег од оног које пружа домаће право.⁷⁷⁸ Он даље сматра да је примена контекста који појму придаје јединствено значење, према члану 3 ставу 2, оправдана, уколико постоји повећан ризик од дуплог опорезивања или дуплог неопорезивања.⁷⁷⁹ Супротно, може се рећи да контекст захтева другачије ако интерпретација према домаћем праву не доводи до јасног решавања одређеног пореског проблема.⁷⁸⁰ У конкретном случају, немачко Министарство финансија, решавајући по случају где се поставило питање да ли се приходи запосленог који пружа зависне услуге могу сматрати домаћим приходом према пореском уговору између Немачке и САД, примењено је домаће немачко право где су морала бити испуњена два услова: место пружања услуга и место одакле је пружена услуга.⁷⁸¹ Међутим, услуга је пружена у САД али није пружена из наведене државе, већ из Немачке.⁷⁸² Немачко Министарство финансија, применивши право САД и члан 15 OECD Модел-конвенције, сматрало је да је једино место одакле је пружена услуга релевантни фактор у решавању овог

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² *Ibid.*

⁷⁷³ C. J. Finnerty, P. Merks, M. Petriccione, R. Russo (ed.), 19.

⁷⁷⁴ K. Vogel, 70.

⁷⁷⁵ M. Kotlyarov, 26.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, 25

⁷⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁷⁸ A. Meindl-Ringler, 293.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, 294.

⁷⁸⁰ K. Vogel, 72.

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² *Ibid.*

питања.⁷⁸³ У овом случају, видимо да примена домаћег права не доводи до решавања пореског питања, па према томе контекст захтева другачију интерпретацију у циљу решавања случаја.⁷⁸⁴

Према Ајгнеру (Aigner), у оквиру стандардног пореског уговора не постоје чињенице које би указивале да према члану 3 ставу 2 интерпретација стварног власника према домаћем праву није оправдана, а такође још увек, према мишљењу овог аутора, није у потпуности разјашњен међународни једногласни контекст стварног власника прихода.⁷⁸⁵ Такође, Васмајер (Wasswemeyer) сматра да уколико термин није дефинисан у пореском уговору, требало би применити дефиницију из домаћег права.⁷⁸⁶ Супротно, Ланг (Lang) сматра да „контекст“ из члана 3 става 2 покрива сва правила интерпретације из чланова 31 и 32 Бечке конвенције.⁷⁸⁷ Он даље сматра да би примена домаћег права требало бити доста рестриктивна, односно таква примена би била дозвољена само уколико интерпретација према правилима Бечке конвенције није успешна.⁷⁸⁸ Де Бру (De Broe) „контекст“ из члана 3 става 2 пореских уговора доводи у везу са тумачењем уговора у доброј вери из члана 31 Бечке конвенције, па тако сматра да није пожељно користити дефиниције из домаћег права уколико су оне прешироке и захватају више од „уобичајеног значења“ који термин из пореског уговора има.⁷⁸⁹

1.1. Аргументи у корист контекста који захтева другачије

Иако појам стварног власника прихода у већини случајева није дефинисан у пореским уговорима као ни у Модел-конвенцији OECD 2017, не смео занемарити чињеницу да овај појам јесте дефинисан у оквиру Коментара OECD и да се уопштено сматра да у оквиру општег правила интерпретације, „контекст“ према Бечкој конвенцији обухвата и Модел-конвенцију као и Коментар.⁷⁹⁰ OECD Коментар је тек од 2003. године наводио следеће:⁷⁹¹

„Услов стварног власништва је уведено у оквиру става 2 члана 10 да разјасни значење речи „плаћено...резиденту“, а које су коришћене у ставу 1 овог члана [...]. Термин стварног власника није коришћен у уском техничком значењу, већ треба бити схваћен у свом контексту у оквиру предмета и сврхе Конвенције, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенцију фискалне евазије и избегавања плаћања пореза.“

OECD Коментари из 2014. и 2017. године потврђују ову дефиницију.⁷⁹²

⁷⁸³ *Ibid.*

⁷⁸⁴ *Ibid.*

⁷⁸⁵ D. J. Aigner, 105.

⁷⁸⁶ A. Meindl-Ringler, 294.

⁷⁸⁷ *Ibid.*

⁷⁸⁸ *Ibid.*

⁷⁸⁹ *Ibid.*, 295.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, 293.

⁷⁹¹ Model Tax Convention on Income and on Capital, 2003, ст. 12, чл. 10 Коментара.

⁷⁹² „Пошто је термин стварног власника додат да укаже на потенцијалне потешкоће које произилазе из употребе речи „плаћено...резиденту“ у ставу 1, намеравао је да буде интерпретиран у овом контексту а не да се односи на техничко значење које може да има у оквиру домаћих закона одређених земаља (у суштини, када је он додат у наведени став, термин није имао прецизно значење у законима многих држава). Појам стварног власника се не користи у уском техничком значењу (како има у оквиру закона о трастовима многих држава које примењују англосаксонско право), већ би требало да буде схваћен у свом контексту, конкретно у релацији са речима „плаћено... резиденту“, као и у светлу предмета и сврхе Конвенције, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенције фискалне евазије и избегавања плаћања пореза.“ Вид.: Model Tax Convention on Income and on Capital 2014/2017, Коментар чланова 10-12.

Сматра се да већина држава, укључујући државе које примењују континентално право, у свом правном систему немају одредбу о стварном власнику прихода, али уколико наведене државе примењују ову одредбу у пореским уговорима, не може се рећи да су желеле појму стварног власника да придају значење које има у државама англосаксонског права.⁷⁹³ Иако одредба о стварном власнику постоји у државама које примењују англосаксонско право, ова одредба у правима наведених држава често има другачије значење или прецизна дефиниција и не постоји и користи се углавном за имовину, не и за приходе.⁷⁹⁴ Такође, чак и ако би се користиле дефиниције из домаћег права, исте не произлазе из пореских закона као ни из контекста пореских уговора.⁷⁹⁵ Установљавање дефиниције стварног власника у пореској материји у државама које примењују англосаксонско право, базира се на специфичним ситуацијама сваког одређеног случаја, па таква дефиниција није потпуно прецизна.⁷⁹⁶

Погледајмо следеће случајеве у УК и Аустралији где се концепт стварног власника у оквиру домаћег права примењивао у различитим ситуацијама и где је дефиниција зависила од околности конкретних случаја. У оквиру анализе, узећемо УК и Аустралију због богате судске праксе поводом стварног власника у оквиру домаћег права. Такође, не заборавимо, с обзиром на то да се УК залагало да концепт стварног власника прихода постане део пореских уговора, сматрамо да је потребно пре свега анализирати праксу судова поменуте државе поводом појма стварног власника из домаћег права и видети у којим контекстима се исти помињао.

1.1.1. Концепт стварног власника у контексту пореског ослобођења групе компанија

Компанија *Leigh Spinners* је захтевала од пореске администрације ослобођење од плаћања таксе из члана 42 Финансијског акта УК из 1930. године.⁷⁹⁷ Компанија је основала нову компанију, којој је пребацила одређена средства у замену за акције у новој компанији, а након тога је договорено да се наведене акције даље продају акционарима оснивачке фирме.⁷⁹⁸ Према секцији 42 Финансијског акта из 1930. године, групно ослобођење од плаћања такси је било одобрено уколико би оснивачка компанија поседовала 90 или више процената нове компаније.⁷⁹⁹ Иако фактички оснивачка фирма јесте поседовала 98 процената нове компаније, суд је сматрао да оснивачка фирма није била стварни власник тих акција, рачунајући од момента када је оснивачка компанија основала нову компанију, где се прва поменута компанија обавезала да ће акције нове фирме пренети на акционаре оснивачке компаније.⁸⁰⁰ У пресуди суда можемо наћи следеће сличности са концептом стварног власника прихода из пореских уговора:⁸⁰¹

- суд помиње посредника који само преноси акције, што је у суштини блиско проточној компанији која у случају примене пореских уговора прослеђује приход стварном власнику прихода;
- иако се случај дотиче само домаћег права и односи се само на акције, не и на приходе, суд је, одлучујући о чињеници да ли је оснивачка фирма стварни власник акција, као главни разлог навео постојање обавезе да се имовина пренесе на друго лице. У оквиру

⁷⁹³ A. Meindl-Ringler, 296.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, 296.

⁷⁹⁵ *Ibid.*

⁷⁹⁶ *Ibid.*, 297.

⁷⁹⁷ *Leigh Spinners Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue*, 46 TC 425, 23.3.1956, вид.: *Ibid.*, 97-98.

⁷⁹⁸ *Ibid.*

⁷⁹⁹ *Ibid.*

⁸⁰⁰ *Ibid.*

⁸⁰¹ *Ibid.*

Коментара OECD из 2014/17. године, главна чињеница при утврђивању постојања или непостојања стварног власништва над приходима јесте управо постојање или непостојање обавезе да се примљени приход даље проследи трећем лицу.⁸⁰²

1.1.2. Стварни власник у контексту губитака

Овај случај, где је примењено домаће право УК, односио се на питање преношења губитака у оквиру групе компанија.⁸⁰³ Фирма *Sainsbury* је потписала уговор о заједничком улагању са белгијском компанијом, на основу ког би прва фирма имала 75% акција, а белгијска компанија осталих 25% акција филијале Х. Уговор је подразумевао опцију за откуп 5% акција које је белгијска фирма имала право да откупи након протека рока од пет година од дана инкорпорисања филијале. Поставило се питање да ли је фирма *Sainsbury*, према секцији 258 Закона о порезу на доходак и добит корпорација УК из 1970. године, имала право да искористи ослобођење за групу компанија на име губитака које је филијала Х остварила. Суд је у првој инстанци сматрао да стварно власништво мора бити сагледано засебно од правног власништва. Даље, суд је сматрао да потпуна слобода располагања над акцијама није суштински битна за одређивања стварног власништва, већ је битна чињеница да ли лице има право да ужива у плодовима акција, односно дивиденде. Суд је у пресуди навео да уколико би филијала остварила добит, фирма *Sainsbury* би имала право на дивиденду на основу поседовања свих 75% акција, а с обзиром на то да опција откупља 5% акција није примењена од стране белгијске фирме, фирма *Sainsbury* је имала пуно право да ужива у каптиалу и приходу филијале.

Апелациони суд је првостепену пресуду потврдио, наводећи да је потребно утврдити у конкретном случају које су чињенице одлучујуће за одређивање стварног власника. Апелациони суд је сматрао да за утврђивање стварног власника није битна чињеница што фирма *Sainsbury* није имала право да слободно располаже са 5% акција које чине део опције из уговора о заједничком улагању, већ је битна чињеница која је указивала да би, услед расподеле дивиденде, фирма *Sainsbury* имала право на дивиденду која произлази из поседовања и тих 5% акција, чиме је наведена фирма имала и правно и стварно власништво над акцијама које су део опције. Један од судија апелационог суда навео је да стварно власништво подразумева власништво за своју корист што је супротно власништву које је поверено трастију.

Видимо да се у овом случају власништво над акцијама изједначава са правом да се приме дивиденде, што се делимично поклапа са концептом стварног власника прихода из пореских уговора. Можемо приметити, како у контексту пореских губитака, стварни власник је другачије дефинисан од контекста пореског ослобођења групе компанија, односно судови од случаја до случаја стварном власнику придају другачији карактер и дефиницију.

Суд УК је у једној каснијој пресуди *Bupa Finance* која се односила на одређивање и дефинисање стварног власника услед признавања губитака у оквиру групе компанија потврдио горе наведену пресуду, али је јасно указао на разлику од стварног власника у оквиру међународног јединственог контекста који је везан за пореске уговоре.⁸⁰⁴ Чињенице случаја су следеће:⁸⁰⁵ Компанија *Bupa Finance* је купила 46% акција фирме *CX Re* од продавца, компаније

⁸⁰² Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2014, ст. 12.4, чл. 10 Коментара.

⁸⁰³ J. Sainsbury plc. v. O Connor (Inspector of taxes) 1991, вид: A. Meindl-Ringler, 102 - 104.

⁸⁰⁴ Bupa Insurance Ltd. V. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, 2014, вид: A. Meindl-Ringler, 104.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, 104 – 105.

Tawa. Купопродајни уговор је подразумевао да компанија *Bupa Finance* исплати цену акција у року од десет дана од момента када фирма *CX Re* исплати дивиденду поменутој компанији. Поставило се питање да ли *Bupa Finance* има право да користи губитке фирме *CX Re* у оквиру пореске консолидације групе компанија према секцији 403C Закона о порезу на доходак и добит корпорација из 1988. године. Пореска администрација УК је сматрала да *Bupa Finance* нема право да консолидује губитке нове филијале, с обзиром на то да је поменута компанија била у уговорној обавези да целокупну примљену дивиденду даље проследи. Суд је своју пресуду засновао на претходној, горе наведеној пресуди, наводећи да је потребно сагледати да ли би *Bupa Finance* имала право на дивиденду која произлази из поседовања 46% акција. У овом случају, суд је навео да је *Bupa Finance* имала право располагања над примљеном дивидендом, јер је могла по својој вољи да троши примљени приход, док је обавезу из уговора могла да плати из неких других новчаних прилива, такође примљену дивиденду је у року од десет дана могла краткорочно да инвестира. Према наведеном, суд је сматрао да *Bupa Finance* јесте бенефицијар примљене дивиденде па према томе и стварни власник акција, што подразумева пореско консолидовање губитака фирме *CX Re*. Интересантно је да је суд, у оквиру ове пресуде споменуо и *Indofood* пресуду. Суд је, одлучивајући у овом случају, сматрао да интерпретација стварног власника из *Indofood* пресуде, нема никаквог утицаја на интерпретацију стварног власника у оквиру домаћег контекста, јер се у оквиру *Indofood* пресуде примењивао међународни јединствени фискални контекст концепта стварног власника прихода из пореских уговора, а на основу Коментара OECD и индонезијског закона, што је ирелевантно за домаћи контекст стварног власника. Напоменимо да се овај случај из пресуде *Bupa Finance* дотицао стварног власништва над акцијама али у контексту прихода, односно дивиденде. Такође, можемо видети да је суд у овом случају као главне чињенице за одлучивање о стварном власништву над акцијама узео стварно власништво над дивидендом и могућност слободног располагања истом, што се донекле поклапа са концептом стварног власника из пореских уговора.

Иако се ове две пресуде, у којима се у домаћем контексту одређују критеријуми стварног власништва, делимично поклапају са резоновањем националних судова при одлучивању о критеријумима о стварном власништву над приходима из пореских уговора, примена домаћег права по питању стварног власника прихода од стране судова који примењују англосаксонско право, није препоручљива из разлога што се, како смо видели у разним пресудама, дефиниција стварног власника разликује у зависности од околности и контекста конкретног случаја.⁸⁰⁶ Такође, одредба о стварном власнику није дефинисана у пореским или другим законима УК, већ судови сами дефинишу ову одредбу према имовинском закону у виду права на коришћење, уживање и продају имовине, као и у виду права на приходе које имовина приноси.⁸⁰⁷

1.1.3. Стварни власник у контексту опорезивања трастова

Одредба о стварном власнику је својствена трастовима, али, како смо видели, може се појавити и у другим контекстима у оквиру домаће судске праксе.⁸⁰⁸ Поновимо, траст је аранжман где је титулар права имовине траста трасти, док се приходи од имовине дистрибуирају посебним

⁸⁰⁶ *Ibid.*, 150.

⁸⁰⁷ *Ibid.*

⁸⁰⁸ *Ibid.*, 108.

бенефицијарима.⁸⁰⁹ Дакле, бенефицијари су стварни власници прихода траста, док је трасти само правни власник.⁸¹⁰ Траст оснива лице које се назива *settlor* или *grantor*, који одређену имовину поверава трастију, који даље исту имовину поседује у своје име а за рачун бенефицијара.⁸¹¹ Лице које оснива траст може то урадити за живота или у виду тестаментна након смрти (тестаментарни траст).⁸¹² Постоје две методе опорезивања трастова.⁸¹³

- Уколико траст дистрибуира све приходе бенефицијару, једини порески обвезник који је у обавези да приходе укључи у своју пореску пријаву јесте управо бенефицијар. Међутим, уколико траст не дистрибуира све приходе бенефицијару, трасти ће бити у обавези да плати порез за такве приходе, а у моменту када се приходи дистрибуирају касније бенефицијару, не опорезују се.
- Друга метода опорезивања трастова подразумева да се за цео приход, без обзира да ли се исти дистрибуира даље, опорезује у рукама трастија, а када дође до фактичке дистрибуције прихода, бенефицијар се исто опорезује али му се одобрава порески кредит за порез који је претходно, за исте приходе, платио трасти.

Дакле, према домаћем праву УК и осталих држава које примењују англосаксонско право, стварни власник ће увек бити бенефицијар, међутим проблем се јавља код дискреционих (овлашћујућих) и акумулационих трастова. Ови трастови не дистрибуирају приходе бенефицијарима одмах, већ после одређеног времена, након што се приходи акумулирају у оквиру траста, или траст има овлашћење (енг.: *discretion*) да одлучи када ће да дистрибуира приходе бенефицијарима.⁸¹⁴ Према праву УК, дискрециони и акумулациони трастови не сматрају се транспарентним лицима, па тако, за сав приход, опорезује се трасти, а бенефицијари на име тога могу да траже порески кредит када им се исти приход дистрибуира и поново опорезује.⁸¹⁵ Према наведеном, уколико би се у оквиру концепта стварног власника прихода из пореских уговора, применило домаће право УК везано за стварно власништво у контексту трастова, трасти се не би могао сматрати стварним власником прихода, већ само бенефицијари, иако је трасти порески обвезник за сав приход који траст оствари.⁸¹⁶ За сврхе пореског уговора, тешко је одредити ко је стварни власник прихода дискреционог или акумулационог траста, с обзиром на то да бенефицијари немају непосредно право располагања над приходом траста, а са друге стране, трасти приходе прима у своје име али за рачун бенефицијара.⁸¹⁷

Такође, Нови Зеланд, преговарајући око закључења одредбе о стварном власнику као део пореског уговора са УК, навео је да се стварном власнику мора приписати јединствено значење а не домаће значење, јер трасти не би могао да има приступ пореским уговорима, с обзиром на то да према домаћем праву држава уговорница, он није стварни власник прихода.⁸¹⁸ Нови Зеланд је у преговорима истакао да би јединствено значење могло да доведе и до другачијег исхода.⁸¹⁹ У преговорима између Аустралије и УК, истакнуто је да Аустралија према домаћем праву трастије не сматра стварним власницима прихода, па је Аустралија

⁸⁰⁹ Victor Thuronyi, Alex Easson, „Fiscal Transparency“, *Tax law design and drafting* (ed. Victor Thuronyi), Volume 2, International Monetary Fund, Washington 1998, 25.

⁸¹⁰ A. Meindl-Ringler, 108.

⁸¹¹ V. Thuronyi, A. Easson, 25.

⁸¹² *Ibid.*, 25.

⁸¹³ *Ibid.*, 27 - 28.

⁸¹⁴ A. Meindl-Ringler, 109.

⁸¹⁵ *Ibid.*

⁸¹⁶ *Ibid.*

⁸¹⁷ *Ibid.*, 108 – 109.

⁸¹⁸ *Ibid.*, 147.

⁸¹⁹ *Ibid.*

сматрала да одредба о стварном власнику у контексту пореских уговора, која би била дефинисана према домаћем праву, није задовољавајућа.⁸²⁰

Можемо закључити да примена концепта стварног власника из домаћег права као део истог концепта у контексту пореског уговора, није задовољавајућа, јер трасти, као лице које се опорезује за сву добит коју траст оствари, не би имало право на користи из пореског уговора. Напоменимо да Коментар посебно наводи ситуацију када се дискрециони траст, односно трасти, може сматрати стварним власником прихода у контексту пореских уговора, иако домаће право државе уговорнице за стварног власника сматра само бенефицијара.⁸²¹ У литератури пореског права се предлаже да државе које припадају систему англосаксонског права, наставе да примењују принципе домаћег права, али да у исто време узму у обзир контекст и антибузивну функцију концепта стварног власника који је својствен пореским уговорима.⁸²² Па тако, на пример, то би значило да упркос домаћем праву, трасти акумулационог траста би могао да се квалификује као стварни власник прихода.⁸²³ Такође, архивски материјали у току преговора између УК са Аустралијом и Новим Зеландом око закључења пореских уговора и одредбе о стварном власнику прихода у вези са трастовима, показују да намера ових држава које примењују англосаксонско право, није била усмерена ка примени домаћег права у погледу стварног власништва, већ ка примени посебног контекста који је својствен пореским уговорима.⁸²⁴ За државе које припадају континенталном систему права, предлаже се да примењују јединствено међународно значење концепта стварног власника прихода из пореских уговора.⁸²⁵ У сваком случају, Коментар OECD, посебно наглашава да одредбу о стварном власништву није пожељно примењивати у оквиру домаћег права, већ у контексту који је својствен пореским уговорима. На основу наведеног, произлази да члан 3 став 2 пореских уговора указује да контекст ипак захтева другачије тумачење и да је потребно применити јединствено међународно значење концепта стварног власника прихода.⁸²⁶

1.2. Аргументи у корист примене домаћег права

Вогел (Vogel) сматра да је при разматрању питања контекста уговора, потребно узети у обзир како OECD Модел-конвенцију, пратећи Коментар и допунске протоколе, тако је потребно и размотрити домаће право држава уговорница.⁸²⁷ Међутим, само у случају јаким аргумената да је потребно контексту дати широк смисао, девијација од примене домаћег права при интерпретацији појмова је допустива.⁸²⁸ Такође, поновимо, УК, као држава англосаксонског система права која је имала богату судску праксу на тему стварног власништва, инсистирало је да одредба о стварном власнику постане део Модел-конвенције OECD, што нам указује на неку врсту намере ове државе да, приликом примене члана 3 става 2 пореских уговора, примењује домаћу судску праксу о стварном власнику као део домаћег права.⁸²⁹ Наравно, са друге стране, друге државе које примењују англосаксонски систем права, попут Аустралије и

⁸²⁰ *Ibid.*, 148 и 297.

⁸²¹ Model Tax Convention on Income and Capital, OECD 2017, Коментар члана 10, став 12.1, фуснота 1.

⁸²² A. Meindl-Ringler, 297.

⁸²³ *Ibid.*

⁸²⁴ *Ibid.*

⁸²⁵ *Ibid.*

⁸²⁶ A. Meindl-Ringler, 297.

⁸²⁷ K. Vogel, 74.

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ A. Meindl-Ringler, 295.

Новог Зеланда, указале су на могући проблем са акумулационим и дискреционим трастовима, уколико би се применило домаће право.

Сматрамо да је јединствено међународно значење појма пожељно ради смањења правне несигурности и стварања неке врсте једнообразности у пресудама различитих националних судова који одредбу о стварном власнику примењују у већем обиму и ка таквом значењу треба тежити. Међутим, неки аутори сматрају да јединствено међународно значење појма стварног власника прихода из пореских уговора још увек није у потпуности јасно одређено, и да је зато пожељно, до тада, примењивати домаће право.⁸³⁰ Проблем се јавља са питањем: шта представља јединствено фискално међународно значење и да ли оно уопште тренутно постоји? Видећемо касније да јединствено фискално значење овог појма постоји у оквиру верзије OECD Коментара из 2014/17. године, међутим, због необавезујућег карактера Коментара и непостојања дефиниције у Модел-конвенцијама и пореским уговорима, поједине државе искључиво примењују домаће право, или национални судови дају домаће тумачење појма стварног власника прихода за које наводе да је у складу са дефиницијом из OECD Коментара. Свакако, у новијим пресудама судова у државама где постоји дужа пракса поводом концепта стварног власника из пореских уговора, попут Швајцарске, видећемо да је ослањање на јединствено фискално значење и дефиницију поменутог концепта из OECD Коментара од 2014. године све снажније.

Уколико сумирамо све наведено везано за члан 3 став 2 пореских уговора, можемо закључити да би порески обвезник и пореска администрација, приликом примене овог члана, требало да прате следеће кораке:⁸³¹

- прво се примењује дефиниција и правило интерпретације које је наведено у пореском уговору;
- уколико не постоји посебна дефиниција у уговору, може се применити домаће право, уколико оно садржи дефиницију одређеног појма који није дефинисан у пореском уговору, а у оквиру контекста пореза на које се уговор примењује;
- међутим, пре примене домаћег права, потребно је проверити да ли контекст захтева другачију интерпретацију, као и колико су јаки аргументи на којима се заснива девијација од интерпретације домаћег права, а у корист ширег контекста.

2. Тумачење према којем се концепту стварног власника приписује јединствени међународни контекст

У оквиру овог поглавља, покушаћемо да одговорима на питања: Да ли јединствени контекст одредбе о стварном власнику прихода постоји? Уколико постоји, да ли је довољно јасан у смислу да примена домаћег права за интерпретацију појма стварног власника према члану 3 ставу 2 пореских уговора постаје сувишна? Да ли постоји више врста контекста ове одредбе за које се може рећи да су јединствене на међународном нивоу? Такође, видећемо каква је судска пракса у одређеним државама где се концепт стварног власника прихода из пореских уговора интензивно примењује у циљу сузбијања аранжмана са пробирањем пореских уговора.

⁸³⁰ D. J. Aigner, 105.

⁸³¹ K. Vogel, 74-75.

2.1. Јединствени међународни контекст стварног власника прихода који произлази из пореских уговора

Ван (Vann) сматра да је одредба о стварном власнику прихода антиабузивна мера и да је због њене сврхе која се састоји у сузбијању злоупотребе уговора, потребно радити на њеном јединственом значењу.⁸³² Исти аутор даље сматра да је приписивање јединственог значења од изузетне важности како би се овај појам примењивао конзистентно у свим државама уговорницама, како би се повећала правна сигурност и „есенцијална дискрециона примена“ наведеног појма, како то наводи аутор, од стране пореских администрација.⁸³³ Поновимо, појам стварног власника прихода нема прецизно и конзистентно значење у државама чланицама OECD.⁸³⁴ Па тако, у зависности од јурисдикције, концепт стварног власника из пореских уговора може бити интерпретиран у оквиру домаћег права, или према широком или уском међународном фискалном значењу.⁸³⁵

У сваком случају, увелико је прихваћено да код стварног власника, као појма, контекст захтева јединствено значење, дефинисање и примену.⁸³⁶ Међународна Фискална Организација (International Fiscal Organisation – IFA) је дошла до истог закључка на неколико својих конференција које су биле одржане 1998. и 1999. године.⁸³⁷ На једној од конференција, један од чланова швајцарске делегације⁸³⁸ изразио је став да би стварно власништво требало да остане својствени део концепта пореских уговора и да коришћење члана 3(2) и примена домаћег права нарушава сврху пореских уговора, што би могло довести до преовлађивања домаћег права над пореским уговором (енг.: *treaty override*). Поменута делегација је даље сматрала да би требало навести под којим условима се исте користи могу ускратити, што такође не би требало бити могуће на основу домаћег права, већ на основу одредаба пореског уговора. Закључили су да би требало јасно да се наведе да се не може применом домаћег права одредити ко има или нема право на користи из пореског уговора.

До оваквог закључка на IFA конгресима се дошло на основу чињенице да домаћа права не пружају прецизно и одговарајуће значење одредбе о стварном власнику прихода,⁸³⁹ а у исто време, многе државе чланице OECD нису имале дефинисану наведену одредбу у својим домаћим правима.⁸⁴⁰ Такође, наведени закључак је у сагласности са потребом да се услед примене националног права избегне преовлађивање домаћег права над пореским уговором.⁸⁴¹ Тако, Вогел (Vogel) сматра да се применом члана 31 Бечке конвенције, одредбе пореског уговора морају тумачити у складу са предметом и сврхом уговора, што даље наводи да би државе уговорнице, применом заједничке интерпретације, требало да траже интерпретацију која би највероватније била прихваћена у обе државе.⁸⁴²

⁸³² D. G. Duff, 22.

⁸³³ *Ibid.*

⁸³⁴ Rene Matteotti, Fabian M. Sutter, „Switzerland: Broad vs Narrow Interpretation of the Beneficial Owner Concept“, *Beneficial Ownership: recent trends* (eds. Michael Lang *et al.*), IBFD, Amsterdam 2013, 51

⁸³⁵ *Ibid.*

⁸³⁶ R. J. Danon (2020a), 596.

⁸³⁷ *Ibid.*

⁸³⁸ *Ibid.*, фуснота 66.

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ M. Kotlyarov, 26.

⁸⁴¹ R. J. Danon (2020a), 596.

⁸⁴² *Ibid.*, фуснота 69.

Коментари OECD који датирају пре 2003. године нису изражавали став поводом дилеме око примене домаћег права или јединственог фискалног значења концепта стварног власника.⁸⁴³ Ревизије Коментара OECD из 2003. и 2014. године су потврдиле постојање јединственог међународног контекста одредбе о стварном власнику прихода из пореских уговора.⁸⁴⁴

Присетимо се, Коментар OECD из 2003. године подразумевао је да термин стварног власника не би требало бити коришћен у уском техничком значењу, већ да треба бити схваћен у свом контексту у оквиру предмета и сврхе Конвенције, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенцију фискалне евазије и избегавања плаћања пореза.⁸⁴⁵ Видимо да се у овој верзији Коментара појашњавало да је потребно концепт стварног власника сагледати у оквиру јединственог међународног контекста. Неке од првих, у литератури познатијих, судских пресуда, *Indofood* (2006) и *Prevost* (2009) које су уследиле након ревизије Коментара 2003. године, примениле су овај принцип, ослањајући се на јединствени фискални контекст одредбе о стварном власнику прихода.⁸⁴⁶

Коментар из 2014. године је потврдио овај став и детаљније прецизирао, наводећи да се појам стварног власника не користи у уском техничком значењу, какво има у оквиру закона о трастовима многих држава које примењују англосаксонско право, већ би требало да буде схваћен у свом контексту.⁸⁴⁷ Ова верзија Коментара је додатно појашњавала да концепт стварног власника не би требало да буде тумачен применом домаћег права, већ у оквиру јединственог, себи својственог, међународног контекста, што указује да Коментар из 2003. године није био потпуно прецизан. Такође, сматрамо да државе чланице OECD све до 2014. године нису биле сигурне да ли је наведени концепт потребно тумачити према домаћем праву или у оквиру јединственог контекста. Чињеница која нас наводи на овакав закључак јесте предлог из првог документа OECD „Разјашњење значења стварног власника у OECD Модел-конвенцији“ из 2011. године где се наводило да значење стварног власника по домаћем закону није аутоматски ирелевантно за интерпретацију овог појма, већ је домаће значење појма применљиво у обиму који је конзистентан са општим навођењима из Коментара.⁸⁴⁸ У ревизији овог документа из 2012. године, овај део о примени домаћег права је уколњен, што нас наводи на закључак да је тек Коментаром из 2014. године, концепту стварног власника прихода заиста приписан јединствени међународни својствени контекст, а у оквиру предмета и сврхе пореских уговора. У оквиру разјашњења значења појма стварног власника прихода, OECD је 2011. године прихватила и потврдила да би концепт стварног власника требало да има јединствено међународно фискално значење, али у исто време није желела да у потпуности одбије примену домаћег права у оквиру интерпретације наведеног концепта.⁸⁴⁹

Видели смо да је Коментар OECD према изменама из 2014. године подржавао јединствено значење појма стварног власника које је својствено предмету и сврси пореских уговора, међутим, поставља се питање: шта се подразумева под контекстуалним јединственим значењем на које упућује члан 3 став 2 пореских уговора? Како бисмо одговорили на ово питање, потребно је видети шта се у међународном пореском праву сматра под

⁸⁴³ C. Bergedahl, 14

⁸⁴⁴ R. J. Danon (2020a), 596.

⁸⁴⁵ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, 2003, ст. 12, чл. 10 Коментара.

⁸⁴⁶ C. Bergedahl, 14.

⁸⁴⁷ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, 2014, ст. 12.1, чл. 10 Коментара.

⁸⁴⁸ Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, OECD, став 12.1, стр. 3.

⁸⁴⁹ V. Armelin, 504.

„контекстом“.⁸⁵⁰ Полазна тачка јесте управо Бечка конвенција, међутим „контекст“ се помиње и у Коментару OECD.⁸⁵¹

Коментар на члан 3 става 2 наводи следеће:⁸⁵²

„Контекст је одређен првенствено намером држава уговорница у тренутку потписивања пореског уговора, као и значењем које је дато конкретном изразу законодавством друге државе уговорнице (имплицитно упућивање на принцип реципроцитета на којем се Конвенција заснива). Дакле, формулација овог члана даје одређену слободу надлежним органима.“

Поновимо, опште је прихваћен став да OECD Модел Конвенција и пратећи Коментар чине део „контекста“ иако немају правно обавезујући карактер.⁸⁵³ Па тако, видећемо у наредним судским случајевима да судови, када одлуку заснивају на јединственом међународном значењу појма стварног власника, у обзир узимају, имплицитно или експлицитно, OECD материјале попут Коментара и Извештаја о проточним компанијама из 1986. године,⁸⁵⁴ а такође неке државе попут Шпаније, Канаде и УК, ове материјале примењују и ретроактивно.⁸⁵⁵ Међутим, према неким ауторима, потребно је при интерпретацији појма стварног власника поћи од члана 31 става 1 Бечке конвенције према којем се уговор мора добронамерно тумачити, према уобичајеном смислу који се мора дати изразима у уговору у њиховом контексту и у светлости његовог предмета и његовог циља.⁸⁵⁶ Потребно је видети шта представља „уобичајено значење“. Судови који се баве интерпретацијом пореских уговора и примењују Бечку конвенцију, прибегавају примени граматичке анализе како би нашли уобичајено значење неког појма и често примењују неколико ауторитативних речника попут Оксфордског речника енглеског језика (енг.: Oxford English Dictionary).⁸⁵⁷ Зук (Zuk) сматра да би, с обзиром на то да је појам стварног власника потекао из држава које припадају англосаксонском систему права, као и да је на инсистирање УК, овај појам постао део OECD Модел-конвенције и Коментара, уобичајено значење требало тажити у правним речницима енглеског језика.⁸⁵⁸ Ди Тоит (Du Toit) има слично мишљење и наводи да би, с обзиром на то да је изворно значење појма стварног власника преузето из права држава које припадају англосаксонском систему права, такво значење требало да буде полазна тачка у налажењу међународног пореског значења које је својствено пореским уговорима који су креирани према Модел-конвенцији OECD.⁸⁵⁹ Уколико је неопходно, овакво почетно значење може бити модификовано према контексту пореског уговора у оквиру његовог предмета и циља, према томе, цео овај процес интерпретације би требало да буде у складу са корацима које поставља Бечка конвенција.⁸⁶⁰

Сматрамо да јединствено међународно значење можемо наћи у дефиницији коју пружа OECD коментар из 2014/17. године, док правни речници енглеског језика могу да послуже, како је то Ди Тоит рекао, само као полазна тачка у налажењу међународне јединствене интерпретације. Јединствено међународно значење би подразумевало да држава уговорница примењује дефиницију из Коментара. Међутим, присетимо се, OECD Коментар није правно обавезујући документ, па се у пракси дешава да се судови позивају на Коментар, а у суштини примењују

⁸⁵⁰ M. Zuk, 324.

⁸⁵¹ *Ibid.*

⁸⁵² OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, 2017, Коментар члана 3, параграф 12.

⁸⁵³ A. Meindl-Ringler, 293.

⁸⁵⁴ R. J. Danon (2020a), 597.

⁸⁵⁵ A. M. Jimenez (2010), 50.

⁸⁵⁶ Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, чл. 31, ст. 1.

⁸⁵⁷ M. Zuk, 324-325.

⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁸⁵⁹ *Ibid.*

⁸⁶⁰ *Ibid.*

домаће право односно, судови појму стварног власника приписују значење према свом сопственом разумевању, које се у суштини разликује од дефиниције коју Коментар пружа.⁸⁶¹ Закључујемо да правни енглески речници и OECD материјали попут Коментара и Извештаја о проточним компанијама могу послужити у изналажељу јединствене интерпретације појма стварног власника, и као што Коментар наводи, јединствени међународни контекст постоји, али се поставља следеће питање: да ли је јединствени међународни контекст довољно јасан, односно да ли је веза са домаћим правом у потпуности прекинута? Одговор на ово питање покушаћемо да добијемо анализирајући познате судске случајеве у вези са тумачењем концепта стварног власника прихода.

2.1.1. Случај *Indofood*

За анализу пресуде *Indofood* определили смо се из више разлога. Пре свега, то је била прва пресуда донета на нивоу државе која припада англосаксонском правном систему, а која је обезбедила јединствено међународно фискално значење појму стварног власника, занемарујући домаће значење истог појма које може бити потпуно другачије.⁸⁶² Подсетимо се, напорима делегације УК, концепт стварног власника, који је постојао у домаћим правима држава које припадају англосаксонском систему права, постао је део прве OECD Модел-конвенције, па је тиме ова пресуда још више добила на значају, јер ју је донео суд из УК који је јасно направио дистинкцију од појма стварног власника из домаћег права. Друго, у овој пресуди се види и утицај OECD Модел-конвенције из 2003. године према којој је појму стварног власника прихода приписано јединствено фискално значење у оквиру предмета и сврхе Модел-конвенције, односно пореских уговора, а с обзиром на то да се суд у УК позвао на поменути предмет и сврху. Осим тога, Пореска управа УК је након ове пресуде објавила одређене обавезујуће документе поводом јединственог међународног значења појма стварног власника из пореских уговора, а који су се ослањали на пресуду у случају *Indofood*. У поменутиим документима, Управа је, захваљујући пресуди *Indofood*, формирала одређену врсту устаљене праксе.⁸⁶³ Пореска управа је сматрала да је пресуда Апелационог суда обавезујућа при интерпретацији стварног власника прихода из уговора у којима је УК саговорница. На крају, потребно је рећи и да су се судови других држава⁸⁶⁴ у одређеним случајевима поводом стварног власника прихода из пореских уговора, неретко позивали на *Indofood* у образложењу својих пресуда.

У наредном делу, изложићемо чињенице случаја, као и ток судског поступка. Након тога, анализом случаја *Indofood* видећемо и да ли је пресуда Апелационог суда у сагласности са верзијама OECD Коментара из 2003. и 2014. године по питању међународног значења концепта стварног власника. На крају, описаћемо детаљније значај и утицај ове пресуде на даљу праксу пореских органа у УК поводом концепта стварног власника прихода из пореских уговора.

2.1.1.1. Чињенице случаја

Компанија из Индонезије *Indofood Sukses Makur TBK* (даље: *Indofood*), 2002. године, желела је да се докапитализује са 280 милиона долара.⁸⁶⁵ То је урадила тако што је подигла кредит у

⁸⁶¹ A. M. Jimenez (2010), 50.

⁸⁶² V. Armelin, 504.

⁸⁶³ R. S. Avi-Yonah, C. H. Panayi, 15,

⁸⁶⁴ Нпр. Канада у случајевима *Prevost Car* и *Velcro Canada*.

⁸⁶⁵ M. Kotlyarov, 36.

наведеном износу од зајмодаваца из Лондона.⁸⁶⁶ Индонезијска компанија је требало да својим зајмодавцима изда дужничке хартије од вредности - обвезнице (енг.: loan notes) на основу којих зајмодавци могу да траже повраћај дуга са каматом која је у хартијама наведена.⁸⁶⁷ Међутим, уколико би то урадила директно, порез по одбитку на камате би био 20%, па је зато индонезијска компанија основала филијалу на Маурицијусу, која је директно подигла кредит и исти даље проследила индонезијској компанији.⁸⁶⁸ Између Маурицијуса и Индонезије важио је тада порески уговор из 1996. године према којем је порез по одбитку био смањен на 10%.⁸⁶⁹ Уговор о кредиту је подразумевао две важне карактеристике:⁸⁷⁰

- шта год да се деси са висином стопе пореза по одбитку на камату коју уводи Индонезија, инвеститори, односно зајмодавци би наставили да примају исти износ нето камате. Повећање висине пореске стопе не би значило да зајмодавци приме мањи износ камате;
- компанија *Indofood* је имала могућност да кредит исплати раније, односно да откупи обвезнице раније, ако би дошло до промене домаћег права или пореског уговора између Индонезије и Маурицијуса, а што би довело до повећања пореза по одбитку на камате, само уколико је зајмопримац предузео све „разумне мере“ да избегне наведено повећање пореза по одбитку.

Индонезија је 2004. године одлучила да раскине порески уговор са Маурицијусом што је ступило на снагу 1. јануара 2005. године, што је значило да од момента када би се раскинуо порески уговор, индонезијска компанија би била у обавези да примени домаћу стопу пореза по одбитку на камате у висини од 20%.⁸⁷¹ Ефекат раскида уговора је био двојак: компанија *Indofood* би била у обавези да бруто камату увећа за повећани износ стопе пореза по одбитку, како би инвеститори добили исти износ нето камате, док је са друге стране имала опцију да откупи дужничке обвезнице раније, јер је сматрала да није могуће предузети друге „разумне мере“ како би износ бруто камате био исти као у моменту док је порески уговор између Маурицијуса и Индонезије био на снази.⁸⁷² Банка *JP Morgan* из Лондона је деловала у својству трастија дужничких обвезница и сматрала је да индонезијска компанија није предузела све „разумне мере“ из комерцијалног уговора о кредиту.⁸⁷³ Зајмодавци и банка, која је поступала у својству трастија, изашли су са предлогом да се оснује посредничка компанија у Холандији којој би се дуг приписао, па би ова компанија примљену камату даље проследила зајмодавцима из Лондона.⁸⁷⁴ Оваква конструкција је подразумевала да се применом уговора између Индонезије и Холандије искористи преференцијална пореска стопа у висини од 10%, а с обзиром на то да Холандија није имала порез по одбитку на камате, пореско оптерећење би било исто, што би значило да индонезијска компанија не би имала право да раније отплати дуг.⁸⁷⁵ Након овога, компанија *Indofood* је поднела тужбу суду у УК и тиме покренула парницу, тврдећи да оснивање посредничке компаније није легитимно средство које би могло да се подведе под „разумне мере“.⁸⁷⁶ Суд је требало да реши ову комерцијалну парницу доношењем

⁸⁶⁶ Philip Baker, „United Kingdom: Indofood International Finance Ltd. V. JP Morgan Chase Bank NA“, *Beneficial Ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Amsterdam 2013, 28.

⁸⁶⁷ A. M. Jimenez (2010), 43.

⁸⁶⁸ S. A. Rocha, 354.

⁸⁶⁹ A. M. Jimenez (2010), 43.

⁸⁷⁰ L. Oats et al., 491.

⁸⁷¹ S. A. Rocha, 354.

⁸⁷² P. Baker, 29.

⁸⁷³ S. A. Rocha, 355.

⁸⁷⁴ M. Kotlyarov, 36.

⁸⁷⁵ L. Oats et al., 491.

⁸⁷⁶ S. A. Rocha, 355.

пресуде у којој би се одлучило да ли би холандска компанија била стварни власник камате коју би примила од индонезијске фирме.⁸⁷⁷

Пре него што погледамо како је текао судски поступак, поменимо још неке битне чињенице које је суд узео у обзир приликом доношења пресуде:

- каматне стопе између зајмодаваца и посредничке компанија из Холандије/Маурицијуса и каматне стопе које су биле у уговору између посредничке компаније и компаније *Indofood* биле су идентичне;⁸⁷⁸
- посредничка компанија из Холандије/Маурицијуса је задржала само мали проценат надокнаде што не може да потврди да је учествовала у било каквом ризику у оквиру пословног подухвата, односно циљ ове фирме није био њено даље ширење;⁸⁷⁹
- одредбе уговора су налагале да посредничка компанија исплати примљену камату у року од једног дана од дана када је исту примила од компаније *Indofood*;⁸⁸⁰
- у конкретном случају, компанија *Indofood* исплатила је камату директно трастију дужничких обвезница, па тако филијала са Маурицијуса фактички није примила никакву уплату;⁸⁸¹
- најзначајније, посредничка компанија из Холандије/Маурицијуса није имала право располагања над примљеном каматом већ је исту морала да проследи држаоцима дужничких обвезница. Шта више, посредничка фирма је била у обавези да конкретно онај новац који прими од компаније *Indofood*, исти даље пренесе. У комерцијалном уговору је постојала одредба према којој се посредничкој компанији забранило да камату исплати из својих средстава, већ је било потребно исту да исплати из тачно оног новца који је примила од индонезијске компаније.⁸⁸²

2.1.1.2. Судски поступак и пресуда

Поновимо, питање стварног власника прихода се појавило у спору комерцијалне природе у оквиру парнице између два лица приватног права.⁸⁸³ Према томе, ово није класичан порески случај, где са једне стране имамо пореског обвезника а са друге пореску администрацију. Такође, судије нису биле порески стручњаци у конкретној парници.⁸⁸⁴ По овом случају, одлучивао је виши суд, а након уложене жалбе и апелациони суд, међутим, случај даље није дошао и до врховног суда, па се поставља питање да ли би наведени суд дошао до другачијег закључка, односно пресуде.⁸⁸⁵

2.1.1.2.1. Првостепени поступак и пресуда

Судија у првостепеном првичном поступку, Ј. Еванс-Ломби (J. Evans-Lombe), пресудио је у корист трастија, односно банке *JP Morgan*.⁸⁸⁶ Судија је сматрао да холандска фирма јесте

⁸⁷⁷ P. Baker, 29.

⁸⁷⁸ C. J. Finnerty, P. Merks, M. Petriccione, R. Russo (ed.), 233.

⁸⁷⁹ A. M. Jimenez (2010), 43.

⁸⁸⁰ C. J. Finnerty, P. Merks, M. Petriccione, R. Russo (ed.), 233.

⁸⁸¹ A. M. Jimenez (2010), 43.

⁸⁸² *Ibid.*

⁸⁸³ P. Baker, 27.

⁸⁸⁴ L. Oats *et al.*, 493.

⁸⁸⁵ P. Baker, 28.

⁸⁸⁶ C. J. Finnerty, P. Merks, M. Petriccione, R. Russo (ed.), 234.

стварни власник камате, а пресуду је углавном засновао на упоредној методи и аналогiji.⁸⁸⁷ С обзиром на то да је филијала са Маурицијуса у претходном периоду примала камату и да је од стране индонезијске пореске администрације сматрана за стварног власника прихода, судија је такође сматрао да нема разлога за супротно гледиште за холандску фирму која би имала исту функцију као и поменута филијала.⁸⁸⁸ Судија је своју пресуду заснивао на следећим чињеничним разлозима:⁸⁸⁹

- компанија са Маурицијуса је од стране Пореске управе Индонезије сматрана за стварног власника, па тако холандска фирма би требало да има исти третман из разлога што обе фирме нису биле сматране за агента, номиналног власника или трастија спорне камате;
- холандска компанија је била у позицији да слободно располаже примљеном каматом иако је била у обавези да плати камату својим зајмодавцима. Суд је даље сматрао да је ова компанија могла да генерише сопствене приходе из разних извора и да је била у могућности да примљену камату инвестира, што би јој донело приходе од тих инвестиција;
- с обзиром на то да холандска фирма није била номинални власник, агент или трасти, неко је морао да буде стварни власник прихода, па тако, због непостојања алтернативе, стварни власник је могла бити само холандска компанија.

Првостепена пресуда је помало и збуњујућа. Наиме, пресуда је ишла у корист зајмодаваца, али је суд у истој пресуди сматрао да стварно власништво не може бити признато лицу које је део аранжмана са пробирањем уговора, што је типичан случај у овој спорној трансакцији са каматом.⁸⁹⁰ Такође, суд се превише ослонио на мишљење Пореске управе Индонезије која је сматрала да компанија са Маурицијуса јесте стварни власник прихода.⁸⁹¹ Додатно, судија је применио систем елиминације приликом одлучивања о стварном власништву, односно ако нико не би био сматран за стварног власника камате, онда би то могла бити холандска фирма.⁸⁹² Наведено указује да је резоновање суда веома лоше, али поновимо, судија није био стручњак пореског права и одлучивао је самостално, а не у већу, што је иначе случај у апелационом суду.

2.1.1.2.2. Другостепени поступак и пресуда

Пре него што се апелациони суд упустио у решавање овог случаја, упућено је питање Пореској управи Индонезије, да ли би она одобрила преференцијалну стопу из пореског уговора са Холандијом у износу од 10% или би применила домаћу стопу у висини од 20%, односно да ли би холандску фирму сматрала стварним власником камате.⁸⁹³ Такође, консултована је и Пореска управа Холандије из разлога што је она уговорница пореског уговора Холандије и Индонезије, међутим, већи значај је придат мишљењу индонезијске пореске администрације из разлога што је Индонезија била земља извора.⁸⁹⁴ Индонезијска општа дирекција за порезе

⁸⁸⁷ M. Kotlyarov, 36.

⁸⁸⁸ P. Baker, 30.

⁸⁸⁹ A. Meindl-Ringler, 112.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, 114.

⁸⁹¹ *Ibid.*

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ L. Oats *et al.*, 492.

⁸⁹⁴ *Ibid.*

је 24. јуна 2005. године одговорила и закључила да се уметање холандске фирме може сматрати неправилном употребом пореског уговора.⁸⁹⁵ Применом индонезијског домаћег права у виду принципа „суштина изнад форме“, оваква структура трансакције је чинила абузивно понашање, па тако холандска фирма није могла бити стварни власник камате.⁸⁹⁶ Након тога, 7. јула 2005. године, Дирекција је објавила јавни документ у коме је идентификовала стварног власника као правог власника прихода, који може бити индивидуални порески обвезник или пословни ентитет као порески обвезник, а који има пуно и директно право на користи од примљеног прихода.⁸⁹⁷ Па тако, ентитети за специјалне потребе у виду проточних компанија, компанија које постоје само на папиру и сличних ентитета, нису чинили део дефиниције стварног власника.⁸⁹⁸ Даље, лица која се нису сматрала стварним власницима камата, дивиденди и ауторских накнада, а које су исплаћене из, односно настале у Индонезији, нису имала право на преференцијалну пореску стопу пореза по одбитку већ се морала применити домаћа стопа у износу од 20%.⁸⁹⁹

Када се апелациони суд упустио у решавање овог случаја, донео је пресуду према којој се преиначила првостепена пресуда, односно холандска фирма није сматрана за стварног власника прихода.⁹⁰⁰ Судије апелационог суда су једногласно донеле одлуку да је појму стварног власника потребно придати јединствено међународно фискално значење, а не значење које се извлачи из домаћег права.⁹⁰¹ Ово је битна карактеристика пресуде из разлога што је истом прекинута традиционална примена одредбе о стварном власнику, која је у англосаксонском праву имала дугу традицију у оквиру домаћег права.⁹⁰² Судија сер Морит (Morritt), који је прогласио пресуду, изјавио је следеће:⁹⁰³

„Одредбе из Коментара OECD указују на чињеницу да се појму стварног власника треба приписати јединствено фискално значење које не проистиче из домаћих права држава уговорница. Као што коментари и запажања указују, концепт стварног власника није компатибилан са формалним власником који нема пуно право на директне користи од прихода. Ову фразу сам преузео из документа коју је објавила Дирекција за порезе из Индонезије, а која датира од 7. јула 2005. године“.

Дакле на основу изјаве судије апелационог суда, можемо закључити да је суд одлуку, на основу које је појму стварног власника из пореских уговора приписао јединствено фискално значење, базирао на три врсте извора:⁹⁰⁴

- Коментар OECD из 2003. године;
- коментари разних академика, где је посебно цитиран коментар академика Филипа Бејкера поводом концепта стварног власника;
- документ Дирекције за порезе Индонезије према којој је дефинисан појам стварног власника прихода.

Суд је применио тадашњу најновију верзију Коментара OECD, где је сматрао да појам стварног власника мора бити тумачен у оквиру свог контекста, као и у оквиру предмета и сврхе

⁸⁹⁵ S. A. Rocha, 355.

⁸⁹⁶ A. M. Jimenez (2010), 43.

⁸⁹⁷ *Ibid.*

⁸⁹⁸ *Ibid.*

⁸⁹⁹ L. Oats *et al.*, 493.

⁹⁰⁰ M. Kotlyarov, 36.

⁹⁰¹ P. Baker, 30.

⁹⁰² A. M. Jimenez (2010), 44.

⁹⁰³ P. Baker, 30.

⁹⁰⁴ C. J. Finnerty, P. Merks, M. Petriccione, R. Russo (ed.), 234.

OECD Модел-конвенције, односно пореских уговора.⁹⁰⁵ Иако се суд осврнуо на Коментар OECD, пресуда се ипак заснивала на домаћем праву Индонезије.⁹⁰⁶ Де Бру (De Broe) такође сматра да је примењен појам стварног власника у оквиру „суштине изнад форме“ која представља део домаћег права Индонезије.⁹⁰⁷ Суд не објашњава детаљније шта представља јединствено фискално значење и како је конкретно дошао до таквог резоновања, већ јаснију дефиницију пружа цитирајући документ Дирекције за порезе Индонезије, што може да наведе на закључак да је примењено индонезијско домаће право.⁹⁰⁸ Међутим, суд је навео у пресуди да дефиниција из наведеног документа није била у супротности са тадашњим Коментаром OECD и да је била у сагласности са јединственим међународним фискалним значењем.⁹⁰⁹

2.1.1.3. Да ли је пресуда апелационог суда у сагласности са верзијама Коментара из 2003. и 2014. године по питању међународног значења концепта стварног власника?

Сматрамо да примена домаћег права Индонезије јесте у складу са верзијом Коментара OECD из 2003. године из разлога што Коментар тада није конкретније навео која се лица сматрају проточним компанијама наводећи само, поновимо:⁹¹⁰

„Такође, не би било у складу са предметом и сврхом Конвенције да земља извора одобри користи из уговора у случајевима када резидент друге државе уговорнице, не послује као агент или номинални власник, али зато послује као проточна компанија за друго лице које у суштини прима користи наведеног прихода. Због наведених разлога, Извештај Комитета фискалних послова под називом Конвенција о дуплом опорезивању и употреба проточних компанија доноси закључак да проточна компанија не може бити сматрана за стварног власника прихода иако јесте формални власник, јер у пракси има врло уска овлашћења поводом коришћења тог прихода, а послује у својству фидуцијара, односно администратора који делује за рачун других заинтересованих страна.“

Даље, Коментар није наводио конкретније шта се подразумевало под изразом „врло уска овлашћења поводом коришћења тог прихода“, а документ Дирекције за порезе Индонезије само је мало детаљније допунио наведени израз из Коментара, односно није био у супротности са истим. Ако упоредимо израз „пуно и директно право на користи од примљеног прихода“ како се то наводило у документу Дирекције за порезе Индонезије, са уским овлашћењима поводом коришћења примљеног прихода, можемо видети доста сличности. Пре свега, лице које нема пуно право на користи од примљеног прихода, у ствари има врло уска овлашћења поводом коришћења примљеног прихода. Закључујемо да пресуда овог суда јесте у сагласности са Коментаром OECD из 2003. године из разлога што је наведени Коментар у том моменту доста широко поставио концепт стварног власника.

Пре него што се упустимо у поређење ове пресуде са верзијом Коментара из 2014. године, потребно је напоменути да постоје велике сличности наведене пресуде са документом OECD из 2011. године који се односио на разјашњење појма стварног власника из пореских уговора, а где се у предложеном ставу 12.4 нове верзије Коментара наводило, поновимо:⁹¹¹

⁹⁰⁵ R. S. Avi-Yonah, C. H. Panayi, 15.

⁹⁰⁶ V. Armelin, 505

⁹⁰⁷ A. Meindl-Ringler, 112.

⁹⁰⁸ P. Baker, 32.

⁹⁰⁹ *Ibid.*

⁹¹⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital, 2003, ст. 12.1, чл. 10 Коментара.

⁹¹¹ Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, ст. 12.4., стр. 4.

„У овим разним примерима (агенти, номинални власници и проточне компаније које делују у својству фидуцијара или администратора), прималац дивиденде није стварни власник прихода јер такав прималац нема пуно право да користи и убира плод дивиденде које прими и те дивиденде нису његове;“

Као што можемо видети израз „пуно право да користи и убира плод дивиденде које прими“ се поклапа са резоновањем енглеског суда и Дирекције за порезе Индонезије. Након објављивања документа о разјашњењу појма стварног власника, упућене су одређене примедбе поводом проблематичног израза „пуно право“, јер се поставило питање шта то у ствари значи, и указано је на чињеницу да би таква формулација могла изазвати правну несигурност и различито тумачење од стране националних судова. У претходном делу смо писали о овим коментарима и нећемо их на истом месту понављати.⁹¹²

Коментар ОЕCD из 2014. године наводио је, поновимо:⁹¹³

„пошто је термин стварног власника додат да укаже на потенцијалне потешкоће које произилазе из употребе рећи „плаћено...резиденту“ у ставу 1, намеравао је да буде интерпретиран у овом контексту а не да се односи на техничко значење које може да има у оквиру домаћих закона одређених земаља (у суштини, када је он додат у наведени став, термин није имао прецизно значење у законима многих држава). Појам стварног власника се не користи у уском техничком значењу (какво има у оквиру закона о трастовима многих држава које примењују англосаксонско право), већ би требало да буде схваћен у свом контексту, конкретно у релацији са речима „плаћено... резиденту“, као и у светлу предмета и сврхе Конвенције, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенције фискалне евазије и избегавања плаћања пореза. У овим разним примерима (агенти, номинални власници и проточне компаније које делују у својству фидуцијара или администратора), прималац дивиденде није стварни власник прихода јер је право таквог примаоца на коришћење и уживање у плодовима дивиденде ограничено уговорном или правном обавезом да проследи примљену уплату другом лицу. Таква обавеза нормално произилази из релевантних правних докумената али такође може постојати и на основу околности и чињеница које показују, у суштини, да прималац нема право да користи и ужива у плодовима дивиденде без ограничења наметнутог уговором или правном обавезом да проследи примљену уплату другом лицу. Ова врста обавезе мора бити повезана са примљеном уплатом: па тако не би укључивала уговорне или правне обавезе које нису повезане са примљеном уплатом, чак и ако би такве обавезе ефективно довеле до тога да прималац користи примљену уплату да подмири такве обавезе.“

Пресуда апелационог суда је у сагласности са ставом 12.1 Коментара члана 10 ОЕCD Модел-конвенције, с обзиром на то да је суд наводио да се појму стварног власника треба приписати јединствено фискално значење, а не оно које има у домаћем праву држава уговорнице. Суд је такође указао на чињеницу да овај појам треба бити схваћен у оквиру предмета и сврхе пореског уговора у оквиру своје антиабузивне функције.⁹¹⁴ Даље, на основу чињеница случаја, према Коментару ОЕCD из 2014. године, холандска/мурицијска фирма се такође не би сматрала стварним власником прихода али не из разлога који је суд навео према документу који је објавила Дирекција за порезе Индонезије, већ из разлога што је између проточне компаније са Мурицијуса или из Холандије и компаније која је била зајмодавац постојала уговорна обавеза о прослеђивању истог прихода који је проточна компанија примила и то у року од једног дана.⁹¹⁵ Без обзира на чињеницу да ли суд примењује концепт стварног власника у ширем или ужем обиму, према ставу 12.4, који јасно наводи да је потребно да

⁹¹² Вид. стр. 50 - 56.

⁹¹³ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2014, ст. 12.1 и 12.4, чл. 10 Коментара.

⁹¹⁴ М. Kotlyarov, 36.

⁹¹⁵ А. М. Jimenez (2010), 43.

постоји одређена уговорна обавеза о прослеђивању истог прихода, посредничке фирме у овом случају не би биле сматране за стварне власнике прихода. Међутим, Апелациони суд је навео да применом „суштина изнад форме“ прилази према документу који је објавила Дирекција за порезе Индонезије, пуно право на директне користи од прихода постоји уколико посредничка фирма нема обавезу да проследи камату коју је примила, али се није наводила врста обавезе, како то Коментар ОЕСД из 2014/17. године појашњава.⁹¹⁶ Апелациони суд је једино навео да таква обавеза може да произлази из комерцијалне или практичне суштине аранжмана, не улазећи даље у веће детаље.⁹¹⁷ Како смо видели, Коментар је јасно навео да обавеза прослеђивања прихода мора бити повезана са примљеном уплатом: па тако не би укључивала уговорне или правне обавезе које нису повезане са примљеном уплатом, чак и ако би такве обавезе ефективно довеле до тога да прималац користи примљену уплату да подмири такве обавезе.⁹¹⁸ У сваком случају можемо рећи да би се применом ове верзије Коментара дошло до истог резултата, односно, стварно власништво не би било признато посредничким компанијама.

2.1.1.4. Значај *Indofood* пресуде

Иако је просуда донесена од стране парничног суда, чије судије нису имале практично знање о порезима, значај пресуде у међународној пореској материји је био изузетно велики из следећих разлога:

- ово је била прва пресуда у оквиру групе држава које припадају англосаксонском систему права, а која је обезбедила јединствено међународно фискално значење појму стварног власника, занемарујући домаће значење истог појма које може бити потпуно другачије;⁹¹⁹
- ова пресуда је прва која је интерпретирала појам стварног власника прихода након издања нове верзија Коментара 2003. године, а у сагласности са истим, где је наведеном појму приписано јединствено фискално значење у оквиру предмета и сврхе Модел-конвенције, односно пореских уговора;⁹²⁰
- иако је примењено и домаће право Индонезије према документу Дирекције за порезе, исто је у сагласности са тадашњим Коментаром из 2003. године, што је суд конкретно и навео;⁹²¹
- пореска управа УК је након ове пресуде 9. октобра 2006. године објавила одређене обавезујуће документе поводом јединственог међународног значења појма стварног власника из пореских уговора, где је потврдила пресуду која је донесена у случају *Indofood*.⁹²² Пореска управа је сматрала да је пресуда апелационог суда обавезујућа при интерпретацији стварног власника прихода из уговора где је УК саговорница;⁹²³
- у каснијим пресудама које су донели судови УК поводом питања стварног власништва, јасно се правила разлика између домаћег и јединственог значења наведеног појма. Конкретно, у случају *Bupa Finance* из 2014. године, поновимо, суд је, одлучивајући у овом случају, сматрао да интерпретација стварног власника из *Indofood* пресуде, нема никакав утицај на интерпретацију стварног власника у оквиру домаћег контекста, јер се у оквиру *Indofood* пресуде примењивао међународни јединствени фискални

⁹¹⁶ A. Meindl-Ringler, 115.

⁹¹⁷ P. Baker, 37.

⁹¹⁸ *Ibid.*

⁹¹⁹ V. Armelin, 504.

⁹²⁰ M. Kotlyarov, 35.

⁹²¹ P. Baker, 32.

⁹²² R. S. Avi-Yonah, C. H. Panayi, 15,

⁹²³ *Ibid.*

контекст концепта стварног власника прихода из пореских уговора, а на основу Коментара и индонезијског закона, што је ирелевантно за домаћи контекст стварног власника.⁹²⁴

2.1.1.5. Смернице Пореске управе УК по питању *Indofood* пресуде и међународног значења појма стварног власника

Пореска управа УК је након доношења наведене пресуде апелационог суда објавила две важне смернице поводом разјашњења концепта стварног власника прихода из пореских уговора. Ове смернице су касније постале део Међународног пореског приручника Пореске управе УК.⁹²⁵ Питања која су се поставила јесу:

- у којим ситуацијама је потребно применити појам стварног власника у контексту међународног фискалног значења из *Indofood* пресуде, односно, када је потребно применити домаћи контекст истог појма?
- да ли је пресуда у сагласности са праксом пореске управе?
- ко је стварни власник прихода у пореским уговорима где је УК саговорница?

У овом делу, задржаћемо се само на одређеним деловима смерница Пореске управе УК које се односе на јединствено међународно фискално значење појма стварног власника, док ће у наредном делу овог рада бити више речи о обиму примене овог појма у смислу „суштине изнад форме“.

2.1.1.5.1. Смерница број INTM332000: Захтеви за користима из пореских уговора: Стварно власништво

Према овој смерници, стварно власништво је дефинисано као „јединствено и неспутано право да се користи, ужива и располаже имовином или приходима“.⁹²⁶ Пореска управа је даље сматрала да је потребно направити разлику између стварног власништва над имовином и над приходима који проистичу из одређене имовине.⁹²⁷ Пореска управа је навела да већина пореских уговора о избегавању двоструког опорезивања даје одређене погодности стварном власнику прихода, док је Регулација за резиденте из иностранства (енг.: Free Of Tax to Residents Abroad) одобравала погодности стварним власницима имовине.⁹²⁸ Наглашено је да, с обзиром на то да неке државе нису правиле разлику између стварног и правног власника, како је то случај у УК, па је у пореским уговорима са таквим државама, УК уместо одредбе о стварном власнику закључило уговор са одредбом о подвргнутом опорезивању (енг.: subject to tax).⁹²⁹ У случајевима када постоји само одредба о подвргнутом опорезивању, лице које подлеже опорезивању у држави уговорници, сматра се власником таквог прихода, којем су омогућене погодности из уговора.⁹³⁰

У посебном делу ове смернице, под бројем INTM332050, можемо видети реакцију Пореске управе УК на резултате *Indofood* пресуде. Пре свега, Пореска администрација је наводила да

⁹²⁴ A. Meindl-Ringler, 105.

⁹²⁵ P. Baker, 33.

⁹²⁶ HMRC internal manual - International Manual INTM332010, студија преузета са адресе <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332010> дана 6.7.2021.

⁹²⁷ A. Meindl-Ringler, 117.

⁹²⁸ HMRC internal manual - International Manual INTM332020, студија преузета са адресе <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332020> дана 6.7.2021.

⁹²⁹ A. Meindl-Ringler, 117.

⁹³⁰ HMRC internal manual - International Manual INTM332020.

порески уговори нису интерпретирани у оквиру домаћег права Индонезије, већ у складу са интерпретацијом OECD.⁹³¹ Став Пореске управе УК је подразумевао да појам стварног власника према јединственом међународном фискалном значењу из *Indofood* пресуде, који се односио на пореске уговоре, је сада чинио део права УК.⁹³² Такође ова пресуда је и у сагласности са праксом пореске администрације, која је била у обавези да наведену пресуду примењује.⁹³³ Кључна тачка јесте чињеница да је апелациони суд потврдио да би стварни власник, у сагласности са OECD Коментаром, требало бити схваћен у свом контексту и у оквиру предмета и циља конвенције, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенцију избегавања плаћања пореза и фискалне евазије.⁹³⁴ Према томе, Пореска управа УК сматрала је да, уколико постоји злоупотреба пореског уговора у смислу аранжмана са пробирањем уговора, не би било прикладно применити домаће значење појма стварног власника, које не би било у сагласности са предметом и сврхом пореског уговора, као ни са превенцијом фискалне евазије.⁹³⁵ Тако, у случајевима када постоји злоупотреба уговора, примениће се јединствено међународно фискално значење из *Indofood* пресуде.⁹³⁶ Међутим, уколико не постоји злоупотреба уговора, јединствено значење појма стварног власника се поравњава са домаћим значењем које би у конкретном случају било једино релевантно.⁹³⁷

Наводило се неколико примера са ентитетима за посебне сврхе (енг.: special purpose vehicles) и фондовима, где се правила разлика између домаћег и јединственог фискалног значења појма стварног власника.⁹³⁸ Фондови и наведени ентитети се не би често сматрали за стварне власнике прихода у контексту јединственог фискалног значења, с обзиром на то да они уобичајено имају уска права располагања над примљеним приходима уз постојање обавезе да такав приход проследи.⁹³⁹ Међутим, Пореска управа УК је сматрала да уколико не постоји опасност од злоупотребе пореског уговора, односно уколико ентитети за посебне сврхе и фондови нису уметнути како би се уштедело на порезу по одбитку, није потребно применити јединствено фискално значење, већ домаће значење појма стварног власника.⁹⁴⁰ Такође, уколико не постоји злоупотреба пореских уговора, постигнути су предмет и сврха пореских уговора, па није потребно применити јединствено фискално значење појма стварног власника.⁹⁴¹

Наведено је осам конкретних примера, где се првих шест односило на ентитете са специјалном сврхом који су уметнути између крајњег примаоца прихода и исплатиоца прихода, који се не би квалификовали као стварни власници прихода према чињеничним околностима из *Indofood* пресуде, али порез по одбитку остаје исти без обзира на чињеницу да ли је овај ентитет уметнут између наведених лица.⁹⁴² У наведеним случајевима, пореска администрација сматрала је да циљ овакве структуре није злоупотреба пореских уговора, па тако примена концепта стварног власника из *Indofood* пресуде није била неопходна, већ је било довољно

⁹³¹ P. Baker, 33.

⁹³² HMRC internal manual - International Manual INTM332050, студија преузета са адресе <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332050> 6.7.2021.

⁹³³ A. Meindl-Ringler, 117.

⁹³⁴ P. Baker, 33.

⁹³⁵ HMRC internal manual - International Manual INTM332050

⁹³⁶ P. Baker, 33.

⁹³⁷ A. Meindl-Ringler, 117.

⁹³⁸ HMRC internal manual - International Manual INTM332080, студија преузета са адресе <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332080> дана 6.7.2021.

⁹³⁹ P. Baker, 34.

⁹⁴⁰ A. Meindl-Ringler, 117 – 118.

⁹⁴¹ HMRC internal manual - International Manual INTM332060, студија преузета са адресе <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332060> дана 6.7.2021.

⁹⁴² A. Meindl-Ringler, 118.

применити домаће значење појма стварног власника.⁹⁴³ Пример број седам се односио на уметнуту компанију из Луксембурга која прима инвестицију у виду зајма из треће државе, а потом исту своту новца пребацује такође у виду зајма компанији која је део исте групе повезаних компанија а резидент је УК.⁹⁴⁴ Према комерцијалном уговору, договорено је да посредничка компанија, у моменту када прими камату од резидента УК, исту проследи финалном зајмодавцу.⁹⁴⁵ Због наведене обавезе прослеђивања истог прихода, компанија из Луксембурга се не би сматрала стварним власником прихода у контексту јединственог фискалног значења из *Indofood* пресуде.⁹⁴⁶ УК и држава финалног зајмодавца нису имале закључен порески уговор.⁹⁴⁷ Пореска управа је сматрала да је ово злоупотреба уговора, јер је постигнута уштеда на име пореза по одбитку, а околности случаја су указивали да је циљ трансакције злоупотреба пореског уговора између Луксембурга и УК.⁹⁴⁸ Према томе, пореске погодности из уговора, према *Indofood* пресуди, не би биле одобрене с обзиром на то да се компанија из Луксембурга не би сматрала стварним власником прихода, јер је главна сврха овакве структуре злоупотреба уговора.⁹⁴⁹ Последњи пример је био сличан претходном, али без уштеде на име пореза по одбитку, па је примена домаћег значења појма стварног власника оправдана.⁹⁵⁰ Наиме, финални зајмодавац је из САД који је позајмио средства компанији из Луксембурга која је у истом износу позајмила даље средства повезаној фирми у УК.⁹⁵¹ Поновимо, компанија из Луксембурга је имала уговорну обавезу да приход проследи финалном зајмодавцу из САД, па се према фискалном интернационалном значењу не би сматрала стварним власником прихода.⁹⁵² Међутим, између САД и УК постоји порески уговор, па не би дошло до уштеде на име пореза по одбитку, па је зато примена домаћег значења појма стварног власника оправдана, односно компанија из Луксембурга сматрала би се стварним власником прихода, али по домаћем закону.⁹⁵³

Видимо да је наведена смерница правила разлику између домаћег и међународног фискалног контекста у којима се појам стварног власника појављивао. Међутим, међународни контекст би се применио само у случају да постоји злоупотреба уговора. Па тако, чак и ако се неко лице не би квалификовало за стварног власника према ОЕСД интерпретацији према којој се појму стварног власника придаје међународни фискални карактер, применило би се домаће значење наведеног појма уколико не постоји злоупотреба пореског уговора. Напоменимо, Пореска управа УК није навела прецизно које домаће значење овог појма би се требало применити,⁹⁵⁴ иако су судови у УК појам стварног власника интерпретирали зависно од контекста у којима се јавља, а што смо видели у ранијем излагању. Дакле, примена међународног фискалног значења овог појма зависила је од чињенице постојања, односно непостојања злоупотребе пореских уговора, која се откривала принципом „суштина изнад форме“. Ова смерница је послужила да објасни у којим ситуацијама ће се применити домаћи а у којим међународни фискални концепт стварног власника, без пружања детаљније дефиниције шта се подразумевало под јединственим међународним значењем овог појма.⁹⁵⁵

⁹⁴³ HMRC internal manual - International Manual INTM332080, примери 1-6.

⁹⁴⁴ A. Meindl-Ringler, 118.

⁹⁴⁵ HMRC internal manual - International Manual INTM332080, пример 7.

⁹⁴⁶ A. Meindl-Ringler, 118.

⁹⁴⁷ HMRC internal manual - International Manual INTM332080, пример 7.

⁹⁴⁸ *Ibid.*

⁹⁴⁹ A. Meindl-Ringler, 118.

⁹⁵⁰ *Ibid.*

⁹⁵¹ HMRC internal manual - International Manual INTM332080, пример 8.

⁹⁵² *Ibid.*

⁹⁵³ *Ibid.*

⁹⁵⁴ A. Meindl-Ringler, 118.

⁹⁵⁵ A. Meindl-Ringler, 118-119.

2.1.1.5.2. Смерница број INTM504000: Уговори о избегавању двоструког опорезивања: Стварно власништво

С обзиром на то да је претходна смерница само појаснила у којим ситуацијама би се требало користити међународно фискално значење стварног власника, не појашњавајући детаљније његову дефиницију, Пореска управа УК је 2012. године објавила нову смерницу INTM504000 која је садржала детаљнију дефиницију стварног власника у оквиру интернационалог фискалног контекста.⁹⁵⁶ Ова смерница је служила као допуна претходној, а пореска администрација је остала на истом становишту да је примена међународног фискалног значења оправдана само уколико постоји злоупотреба пореског уговора.⁹⁵⁷ У смерници се наводило шта се сматрало под аранжманима са пробирањем уговора наводећи да аранжмани са пробирањем уговора подразумевају неправилну употребу пореских уговора, где лице послује преко ентитета који је основан у некој другој држави, са главном или једином сврхом искоришћавања користи из пореског уговора, а наведене користи не би биле доступне директно првом поменутом лицу.⁹⁵⁸ Пореска управа је даље у смерници наводила да одредба о стварном власнику у пореским уговорима служи да спречи овакве аранжмане који доводе до злоупотребе уговора, али такође је споменуто и да у неким уговорима где је УК саговорница постоје и друге мере за спречавање наведених злоупотреба.⁹⁵⁹ То су тест главног циља и правило против проточних компанија.⁹⁶⁰ Такође, смерница је у једном делу споменула чињенице које карактеришу директног примаоца прихода као проточно лице у оквиру „суштина изнад форме“ анализе,⁹⁶¹ о чему ће бити више речи у наредном делу овог рада. У смерници је такође јасно био изражен став да је концепт стварног власника својствен пореским уговорима и цитирао се OECD Коментар, где се извео закључак да примена домаћег права није примерена.⁹⁶²

Даље се појашњавало када постоји пуна привилегија на коришћење прихода, што је апелациони суд у *Indofood* пресуди видео као главну чињеницу постојања стварног власништва над приходима. Апелациони суд је навео да пуно право на директне користи од прихода постоји уколико посредничка фирма нема обавезу да проследи камату коју је примила, али не наводи се врста обавезе.⁹⁶³ Ова смерница је навела да обавеза прослеђивања прихода не мора бити заснована на истом карактеру трансакције, па тако, чињеница промене форме прихода који је проточна фирма у обавези да проследи није сама по себи индикатор да је посредничка фирма стварни власник прихода.⁹⁶⁴ На пример, уколико проточна фирма која прими камату, коју је у истом износу у обавези да проследи у форми дивиденде.⁹⁶⁵ Такође, чињеница да се приход не прослеђује у краћем периоду, није доказ постојања стварног власништва.⁹⁶⁶ У сваком случају, обавеза прослеђивања прихода мора бити повезана са

⁹⁵⁶ P. Baker, 36.

⁹⁵⁷ A. Meindl-Ringler, 119.

⁹⁵⁸ HMRC internal manual - International Manual INTM 504010, студија преузета са адресе <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504010> дана 7.7.2021.

⁹⁵⁹ A. Meindl-Ringler, 119.

⁹⁶⁰ *Ibid.*

⁹⁶¹ HMRC internal manual - International Manual INTM 504050, студија преузета са адресе <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504050> дана 7.7.2021.

⁹⁶² HMRC internal manual - International Manual INTM 504030, студија преузета са адресе <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504030> дана 7.7.2021.

⁹⁶³ A. Meindl-Ringler, 115.

⁹⁶⁴ HMRC internal manual - International Manual INTM 504030, студија преузета са адресе <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504030> дана 5.10.2021.

⁹⁶⁵ P. Baker, 37.

⁹⁶⁶ HMRC internal manual - International Manual INTM 504030, студија преузета са адресе <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504030> дана 5.10.2021.

примљеним приходом.⁹⁶⁷ На пример, банци, у оквиру свог пословања, неће бити одбијен статус стварног власника ако она није у обавези да исти примљени приход даље проследи, већ има општи фонд свих прихода из којег може да бира одакле ће да проследи примљени приход.⁹⁶⁸

2.1.2. Случај *Prevost Car*

Prevost Car је био први већи случај у Канади, а који се тицао стварног власништва над приходима и пореза по одбитку у оквиру примене пореских уговора.⁹⁶⁹ Изабрали смо овај случај из разлога што се о истом одлучивало након 2003. године када је OECD ревидирала Коментар чланова 10 – 12 Модел-конвенције. Даље, у овој пресуди такође можемо видети и утицај пресуде из *Indofood* случаја, јер се канадски суд позивао на исту. Канадски судови су доносили пресуде поводом концепта стварног власника прихода, позивајући се на међународни контекст поменутог концепта. Међутим, примењено је домаће право, за које је утврђено да је у складу са међународним контекстом. На основу ове пресуде, можемо видети да заправо међународни контекст, на који се Коментар ослањао, није био довољно јасан, јер је био прешироко дефинисан. Ово је омогућавало националним судовима да примењују одредбу о стварном власнику из пореских уговора према свом нахођењу и у оквиру домаће интерпретације, тврдећи да је иста у складу са међународним контекстом концепта стварног власника прихода.

У даљем делу описаћемо чињенице случаја и цео ток предмета, где ћемо на крају утврдити да ли је ова пресуда у складу са дефиницијама концепта стварног власника прихода из OECD Коментара из 2003. и 2014. године.

2.1.2.1. Чињенице случаја

Prevost Car је била канадска компанија која је производила аутобусе.⁹⁷⁰ Наведена компанија је у периоду од 1996. до 1999. године и током 2001. године дистрибуирала дивиденде у износу од 80 милиона канадских долара својој матичној холдинг компанији, резиденту Холандије.⁹⁷¹ Компанија *Volvo Bus Corporation*, резидент Шведске, поседовала је 51% акција у холандској фирми, док је компанија *Henlys Group*, резидент УК, поседовала осталих 49% акција поменуте фирме.⁹⁷² Међутим, оваквој структури, претходила је куповина свих акција фирме *Prevost Car* 1995. године од стране шведске компаније *Volvo*.⁹⁷³ Исте године, компанија *Volvo* пренела је све акције канадске фирме својој филијали из Холандије, а потом је 49% акција холандске филијале пренела шведској компанији *Henlys Group*.⁹⁷⁴ У оквиру ове нове структуре компаније *Volvo* и *Henlys Group* потписале су оснивачки уговор према којем је не мање од 80% добити холандске фирме морало бити исплаћено оснивачима.⁹⁷⁵ Напомињемо да холандска

⁹⁶⁷ P. Baker, 38.

⁹⁶⁸ HMRC internal manual - International Manual INTM 504030, студија преузета са адресе <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504030> дана 5.10.2021.

⁹⁶⁹ A. Meindl-Ringler, 226.

⁹⁷⁰ P. Baker, 40.

⁹⁷¹ R. S. Avi-Yonah, C. H. Panayi, 17.

⁹⁷² F. I. Lessambo, 117.

⁹⁷³ *Ibid.*

⁹⁷⁴ P. Baker, 40.

⁹⁷⁵ F. I. Lessambo, 117.

посредничка фирма није била потписница оваквог уговора.⁹⁷⁶ Према наведеном уговору, добит холандске фирме морала је бити исплаћена акционарима у што хитнијем року након завршетка фискалне године у виду дивиденде, повратка инвестиције или зајма.⁹⁷⁷ Уговор је даље наводио да је управни одбор холандске фирме био у обавези да предузме све разумљиве кораке како би се дивиденда исплатила акционарима.⁹⁷⁸ Битно је нагласити да су управни одбор холандске фирме чинили исти људи који су били чланови управног одбора канадске фирме *Prevost Car*.⁹⁷⁹ Холандска фирма није имала запослена лица и закупљене или своје канцеларије, нити је поседовала било какву имовину или инвестиције, осим акције компаније *Prevost Car*.⁹⁸⁰ Канадска фирма *Prevost Car* приликом примене члана 10 става 2 пореског уговора између Канаде и Холандије, исплатила је дивиденде и одбила је порез по одбитку у висини од 5%.⁹⁸¹ Међутим, Агенција за пореске приходе Канаде сматрала је да примена наведеног члана није оправдана из разлога што холандска фирма није била стварни власник прихода.⁹⁸² Агенција је сматрала да су стварни власници компаније из Шведске и УК.⁹⁸³ Према томе, требало је применити стопе из пореских уговора са наведеним земљама, односно 10% пореза по одбитку према пореском уговору са Шведском, и 15% према уговору са УК.⁹⁸⁴ Агенција за пореске приходе је своју одлуку засновала на чињеницама да холандска холдинг компанија није имала запослене а седиште фирме је било регистровано на адреси једне менаџмент компаније која је била повезана са банком холдинг фирме.⁹⁸⁵ Такође, пореска администрација је сматрала да је оснивачки уговор између *Volvo* и *Henlys Group* обавезивао холандску холдинг фирму да исплати минимум 80% своје годишње добити по завршетку фискалне године.⁹⁸⁶ Порески обвезник се противио оваквом третману наводећи да је оваква структура сасвим уобичајена пословна структура где две или више компанија приступају заједничкој инвестицији и улагању, односно оваква структура није навођена пореским разлозима.⁹⁸⁷ Такође, порески обвезник је навео да је холдинг фирма основана у Холандији из разлога што су фирме *Volvo* и *Henlys Group* желеле да оснују филијалу у некој неутралној трећој земљи.⁹⁸⁸

2.1.2.2. Судски поступак и пресуда

О овом случају су даље одлучивали у првом степену Порески суд Канаде, а после и Федерални апелациони суд у другом степену.⁹⁸⁹ Првостепена пресуда је објављена 22. априла 2008. године, док је другостепена пресуда уследила годину дана касније, 26. фебруара 2009. године.⁹⁹⁰

2.1.2.2.1. Првостепени поступак и пресуда

⁹⁷⁶ P. Baker, 41.

⁹⁷⁷ F. I. Lessambo, 117.

⁹⁷⁸ Saurabh Jain, John Prebble, "Conceptual Problems of Beneficial Ownership and the Corporate Veil", *Bulletin for International Taxation*, Vol. 73 No. 3, Published Online 2019, 2.

⁹⁷⁹ *Ibid.*

⁹⁸⁰ M. Kotlyarov, 37.

⁹⁸¹ S. A. Rocha, 354.

⁹⁸² P. Baker, 40.

⁹⁸³ *Ibid.*

⁹⁸⁴ S. A. Rocha, 354.

⁹⁸⁵ P. Baker, 41.

⁹⁸⁶ *Ibid.*

⁹⁸⁷ R. S. Avi-Yonah, C. H. Panayi, 18.

⁹⁸⁸ A. Meindl-Ringler, 226.

⁹⁸⁹ R. S. Avi-Yonah, C. H. Panayi, 18.

⁹⁹⁰ A. M. Jimenez (2010), 47.

Према пресуди Пореског суда Канаде, холдинг компанија из Холандије сматрана је за стварног власника дивиденде.⁹⁹¹ При доношењу одлуке, суд је узео у разматрање домаће законе Канаде, домаће прописе Холандије, као и *Indofood* пресуду.⁹⁹² Такође, у разматрање је узео и OECD Коментар из 1977. године као примаран, док је мање пажње посветио новој верзији Коментара из 2003. године,⁹⁹³ а видећемо касније да је овакаво поступање суда било пресудно за доношење пресуде која се заснивала на формалном, односно рестриктивнијем, а не на суштинском, односно економском приступу. Првостепена одлука се, према члану 3 ставу 2 пореског уговора између Канаде и Холандије, заснивала само на домаћем праву,⁹⁹⁴ а према тадашњим пореским прописима у Канади, порески обвезник је био у обавези да у своју основицу пореза на добит укључи и примљене дивиденде, само уколико је он и стварни власник такве дивиденде.⁹⁹⁵ Суд је сматрао да се концепт стварног власника у оквиру домаћег права, може применити у контексту, који можда и није исти контексту из пореских уговора, али је он исти у грађанским и обичајним законима у Канади.⁹⁹⁶ Наиме, судија Пореског суда Канаде Рип (Rip) сматрао је да, с обзиром на то да појам стварног власника није био дефинисан у Закону о порезу на Доходак Канаде, требало применити уобичајено значење које се могло наћи у оквиру приватног права.⁹⁹⁷ Узевши у обзир значење наведеног појма из канадских закона, Закона о порезу на доходак, Грађанског законика Квебека и холандског права, суд је закључио да у оквиру континенталног као и обичајног права, особа која ултимативно, односно у крајњој линији, прима приход јесте управо власник истог.⁹⁹⁸ Поновимо, с обзиром на то да у Канади, концепт стварног власника није био дефинисан,⁹⁹⁹ на крају је суд усвојио концепт стварног власника из перспективе трговинских и пореских закона Холандије, односно занемарена је легислатива државе извора као и њене друге антибузивне мере.¹⁰⁰⁰ Према наведеном, суд је стварног власника дивиденде дефинисао као лице које прима дивиденду за себе и за сопствено коришћење и у којој ужива, са претпостављеним ризиком и контролом дивиденде коју прима.¹⁰⁰¹

Суд је даље образложио да холдинг фирма из Холандије јесте стварни власник дивиденде, наводећи да није постојао већ одређени и аутоматски проток дивиденде од холдинг компаније према акционарима.¹⁰⁰² Такође, оснивачки уговор није обавезивао и холдинг фирму, па према томе, акционари нису могли правним средствима да изврше такав уговор према холдинг фирми, односно нису је могли правним путем натерати да исплати дивиденду.¹⁰⁰³ Даље, према законима Холандије, суд је утврдио да је холдинг фирма регуларно основана и вршила пословање према холандским домаћим законима и да је поменута фирма поседовала акције као своју имовину, па су према томе и примљене дивиденде припадале холдинг компанији.¹⁰⁰⁴ Према истим законима Холандије, било је потребно да директори холдинг фирме прво објаве исплату међудивиденде, са чиме су акционари требали да се сложе, па да се тек онда дивиденде исплате акционарима, односно није постојало аутоматско преслеђивање дивиденде акционарима, а за време од објаве до исплате, дивиденда је остала у власништву холдинг

⁹⁹¹ S. A. Rocha, 354.

⁹⁹² P. Baker, 41.

⁹⁹³ A. M. Jimenez (2010), 48.

⁹⁹⁴ M. Kotlyarov, 37.

⁹⁹⁵ A. Meindl-Ringler, 227.

⁹⁹⁶ A. Meindl-Ringler, 226 - 227.

⁹⁹⁷ M. Kotlyarov, 38.

⁹⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹⁹ S. A. Rocha, 354.

¹⁰⁰⁰ A. M. Jimenez (2010), 48.

¹⁰⁰¹ P. Baker, 41.

¹⁰⁰² R. S. Avi-Yonah, C. H. Panayi, 19.

¹⁰⁰³ P. Baker, 41.

¹⁰⁰⁴ F. I. Lessambo, 118.

фирме.¹⁰⁰⁵ Таква примљена дивиденда је могла бити и предмет исплате дуговања уколико би холдинг фирма имала одређене зајмове, према томе, утврђено је да је холдинг фирма имала право да располаже примљеном дивидендом по својој вољи, са евентуалним ограничењима који су прописивали закони у Холандији.¹⁰⁰⁶ С обзиром на то да је пореска администрација изјавила жалбу на овакву пресуду, другостепени суд је преузео случај.¹⁰⁰⁷

2.1.2.2. Другостепени поступак и пресуда

Пореска администрација је у жалби као главне аргументе навела да се пресуда првостепеног суда заснивала на обичајном праву, где су занемарени цивилно и међународно право.¹⁰⁰⁸ Према томе, пореска администрација је предложила да стварни власник прихода буде дефинисан као лице које, фактички, ултимативно, односно крајње, има користи од примљене дивиденде.¹⁰⁰⁹ Међутим, суд је потврдио првостепену пресуду где је за статус стварног власника признат холдинг компанији из Холандије.¹⁰¹⁰ Жалба пореске администрације није прихваћена из разлога што је апелациони суд сматрао да предложена дефиниција није имала упориште у OECD Коментару из 2003. године, као ни у OECD Извештају о проточним компанијама, односно, поменута дефиниција се није појављивала ни у једном документу OECD.¹⁰¹¹ Такође, суд је сматрао да је предложена дефиниција сувише широка што би утицало на правну сигурност.¹⁰¹² Апелациони суд се једино није сложио са тврдњом првостепеног суда где је концепту стварног власника придато домаће значење. Апелациони суд је сматрао да је концепту стварног власника потребно придати међународно значење, а не оно које има у домаћем праву државе уговорнице.¹⁰¹³ Међутим, сматра се да је суд донео овакву одлуку из разлога што концепт стварног власника није био дефинисан у домаћем праву Канаде.¹⁰¹⁴ Даље, апелациони суд је сматрао да дефиниција коју је првостепени суд изнео у својој пресуди, није била у супротности са релевантим OECD материјалом, односно може се рећи да је била у складу са међународним значењем.¹⁰¹⁵ На основу наведеног, апелациони суд је потврдио дефиницију да је стварни власник лице које прима дивиденду за себе и за сопствено коришћење и у којој ужива, са претпостављеним ризиком и контролом дивиденде коју прима.¹⁰¹⁶ Гојет (Goyette) и Халворсон (Halvorson) у својству канадских представника на конгресу Међународне фискалне заједнице 2010. године изнели су став да је члан 3(2) пореског уговора између Канаде и Холандије, као и одељак 3 Акта о интерпретацији конвенције о порезу на доходак наглашавао да би појмовима који нису дефинисани у пореским уговорима требало придати значење које имају у домаћем праву, осим ако контекст уговора не захтева другачије.¹⁰¹⁷ Поменути представници су такође навели и да је министар финансија приговорио да појам стварног власништва нема устаљено значење у домаћем пореском праву Канаде, па је потребно наведеном појму приписати међународно значење.¹⁰¹⁸

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, 118- 119.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁰⁷ A. M. Jimenez (2010), 49.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ P. Baker, 42.

¹⁰¹⁰ A. Meindl-Ringler, 228.

¹⁰¹¹ A. M. Jimenez (2010), 49.

¹⁰¹² A. Meindl-Ringler, 228.

¹⁰¹³ A. M. Jimenez (2010), 49.

¹⁰¹⁴ S. A. Rocha, 354.

¹⁰¹⁵ A. M. Jimenez (2010), 49.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*

¹⁰¹⁷ S. A. Rocha, 354.

¹⁰¹⁸ *Ibid.*

Из наведеног не може се са сигурношћу рећи да је појму придато међународно значење, с обзиром на то да је апелациони суд потврдио дефиницију првостепеног суда, која је заснована на домаћем праву Холандије из разлога што домаће право Канаде није имало развијену дефиницију и значење наведеног појма. Потребно је видети да ли је таква дефиниција у складу са Коментаром OECD из 2003. и 2014. године. Уколико јесте, може се рећи да је ова пресуда заиста концепту стварног власника приписивала међународно значење.

2.1.2.3. Да ли је пресуда Апелационог суда у сагласности са верзијама Коментара из 2003. и 2014. године по питању међународног значења концепта стварног власника ?

Према Апелационом суду, контексту стварног власника је приписано међународно значење, међутим, поставља се питање колики је утицај OECD Коментара, који је пропагирао међународно значење, заиста имао на судије при доношењу пресуде.

Пре свега, подсетимо се, при доношењу првостепене пресуде, судија је у обзир узео домаће право Канаде, домаће право Холандије, OECD Коментар из 1977. године као примарни и Коментар из 2003. године као секундарни, али је узета у обзир и пресуда *Indofood*.¹⁰¹⁹ На крају, судија се одлучио да концепт стварног власника дефинише из перспективе трговинског и пореског закона Холандије.¹⁰²⁰ Апелациони суд је констатовао да је наведеном концепту потребно приписати међународно значење према OECD Коментару, где је даље утврдио да је концепт, претходно дефинисан од стране првостепеног суда, у потпуности сагласан са OECD материјалом, односно потврдио је пресуду нижег суда.¹⁰²¹ Из наведеног разлога, потребно је погледати потпуно образложење пресуде првостепеног суда. Наиме, у образложењу пресуде, судија Рип (Rip) навео је следеће:¹⁰²²

„По мом схватању, стварни власник дивиденде је лице које прима дивиденду за себе и за сопствено коришћење и у којој ужива, са претпостављеним ризиком и контролом дивиденде коју прима. Лице које је стварни власник дивиденде је оно лице које ужива у свим атрибутима власништва. Укратко, власник дивиденде има право да ужива у њеним користима, и та особа није у обавези да полаже рачуне другим лицима о томе како ће он или она користити ту дивиденду. Када је Врховни суд у Јодрију изјавио да је стварни власник лице које има крајњу и ултимативну контролу над имовином, уверен сам да суд није мислио, при коришћењу речи „крајњи“, да је потребно пробити правну личност корпорацијама у смислу да имовина, као и приходи који произлазе из такве имовине припадају акционарима. Реч крајњи се односи на примаоца дивиденде који је прави власник дивиденде, односно лице које може да располаже дивидендом по својој вољи. Уколико постоји агенција, или имовина гласи на номиналног власника, потребно је погледати у чије име ова лица послују. У случају правних лица, не треба се приступати пробијању правне личности, осим уколико корпорација није проточна компанија која нема апсолутно никакву моћ располагања над примљеним средствима, или је таква компанија сагласна да послује у име другог лица према инструкцијама истог, а без икаквог права да врши радње које су супротне инструкцијама лица за које послује. На пример, берзански посредник, који је регистровани власник акција, али исте држи за свог клијента.“

Судија је навео да лице које заиста јесте стварни власник дивиденде, требало би да поседује све атрибуте власништва који се поистовећују са изразом „нема апсолутно никакву моћ

¹⁰¹⁹ P. Baker, 41.

¹⁰²⁰ A. M. Jimenez (2010), 48.

¹⁰²¹ *Ibid.*, 49.

¹⁰²² A. Meindl-Ringler, 227.

располагања над примљеним средствима“, што у ствари представља власништво у правном смислу речи, односно како то неки аутори називају *dominion*.¹⁰²³ Атрибути власништва чине: поседовање, употреба, ризик и контрола, а проблем се може јавити уколико једно лице не поседује све атрибуте, с обзиром на то да је суд захтевао поседовање свих а не само неких атрибута.¹⁰²⁴ Наведени атрибути служе да открију стварно власништво у правном смислу, а у случају пословања преко агената или номиналних власника.¹⁰²⁵ Наиме, номинални власници и агенти послују у име другог лица и имовина коју примају није њихова према имовинском закону.¹⁰²⁶ Међутим, код проточних компанија ситуација је другачија. Ове компаније послују у своје име и правни су власници имовине, односно прихода који примају.¹⁰²⁷ Према томе не можемо поистоветити агенте и номиналне агенте са једне стране и проточне компаније са друге стране. Међутим, пресуда је наведене ентитете поистовећивала, јер се у образложењу наводило да се у случају правних лица не треба приступати пробијању правне личности, осим уколико корпорација није проточна компанија која нема апсолутно никакву моћ располагања над примљеним средствима, или је таква компанија сагласна да послује у име другог лица према инструкцијама истог, а без икаквог права да врши радње које су супротне инструкцијама лица за које послује.¹⁰²⁸ Разлог поистовећивања јесте у томе што је суд у обзир узео примарно Модел конвенцију из 1977. године која је поистоветила номиналне власнике и агенте са проточном компанијом,¹⁰²⁹ док је мање узео у обзир новију верзију Коментара која их је разграничавала.¹⁰³⁰ У новијој верзији Коментара OECD из 2003. године наводило се да се непосредни прималац дивиденде у виду агента или номиналног власника квалификује као резидент државе уговорнице, али се по домаћем праву те државе не сматра правним власником прихода за пореске сврхе, па не може настати двостроко опорезивање, а у даљем тексту су се посебно помињале проточне компаније.¹⁰³¹ Сматрамо да атрибути власништва јесу доказ постојања стварног власништва над приходима у случају агената и номиналних власника, који нису правни власници прихода и имовине, док то није случај са проточним компанијама, које јесу правни власници имовине и прихода, а како пресуда исте атрибуте преноси и на проточне компаније, сматрамо да пресуда у том делу није приписивала међународно значење контексту стварног власника, како је то чинио OECD Коментар из 2003. године. Иако се суд позивао на међународни контекст појма стварног власника, у овом делу фактички је примењено домаће право, посебно имовинско право, према којем су атрибути власништва били пресудни за одређивање власништва у правном смислу, као у случају агената и номиналних власника.

Суд је даље утврдио да постоје сви атрибути наводећи да није постојало претходно одређено или аутоматско прослеђивање прихода, а уговор између акционара није обавезивао и холдинг компанију из Холандије да проследи примљени износ дивиденде. Уколико погледамо OECD Коментаре из 2003. и 2014. године и упоредимо их са оваквим резонавањем суда, видећемо да

¹⁰²³ Saurabh Jain, John Prebble, Allegra Crawford, *Conduit Companies, Beneficial Ownership, and the Test of Dominion in Claims for Relief under Double Tax Treaties*, 53, преузето са адресе <https://www.business.unsw.edu.au/About-Site/Schools-Site/Taxation-Business-Law-Site/Documents/PREBBLE-John-et-al-Conduit-Companies-Beneficial-Ownership-and-the-Test-of-Dominion-in-Claims.pdf> 7.10.2021.

¹⁰²⁴ A. Meindl-Ringler, 228.

¹⁰²⁵ S. Jain, J. Prebble, A. Crawford, 8.

¹⁰²⁶ *Ibid.*

¹⁰²⁷ *Ibid.*

¹⁰²⁸ R. S. Avi-Yonah, C. H. Panayi, 17 - 18.

¹⁰²⁹ S. Jain, J. Prebble, A. Crawford, 15.

¹⁰³⁰ Модел конвенција помиње само агенте и номиналне власнике као посреднике, и то само као примере посредничког ентитета (коришћен је израз „such as“). Вид.: Model Double Taxation Convention on Income and Capital, 1977, Коментар чл. 10, ст. 2, тч. 12, стр. 92.

¹⁰³¹ Модел-конвенција посебно описује ситуацију са агентима и номиналним власницима, а после посебно описује и ситуацију са проточним компанијама. Тиме се наглашава да номинални власници и агенти нису врста проточне компаније. Вид.: Model Tax Convention on Income and on Capital, 2003, ст. 12.1, чл. 10 Коментара; S. Jain, J. Prebble, A. Crawford, 15.

постоји извесно поклапање.¹⁰³² Суд је сматрао да је потребно да постоји обавеза прослеђивања прихода, одређена пре него што је проточна фирма примила дивиденду или је проток прихода аутоматски, а на основу уговора. OECD Коментар из 2003. године¹⁰³³ помињао је уска овлашћења поводом примљеног прихода, док је верзија Коментара из 2014. године¹⁰³⁴ јасније показивала да уска овлашћења постоје у случају када постоји правна или уговорна обавеза прослеђивања прихода, а која проистиче из релевантних правних докумената или чак из околности случаја. Суд је у овом случају сматрао да је потребно да постоји само уговорна обавеза прослеђивања прихода која може да проистиче из релевантног потписаног уговора од стране проточне фирме. Овај део образложења суда се заснивао се на рестриктивнијем, формално-правном прилазу и делимично је у складу са верзијом OECD Коментара из 2014. године, односно можемо рећи да се овај део пресуде поклапао са јединственим међународним значењем који су део Коментара из 2003. године, а посебно верзије из 2014. године.

Уколико пажљиво погледамо пресуду, можемо видети да је суд упоредио принцип пробијања правне личности који произлази из домаћег компанијског права са концептом стварног власника.¹⁰³⁵ Уколико се примењује принцип пробијања правне личности, суд би требало да утврди да ли би компанија требало да буде третирана као у потпуности независно правно лице или је потребно гледати кроз исто правно лице и сагледавати економску суштину наведене компаније или њених трансакција.¹⁰³⁶ На први поглед, овај принцип делује близак питању да ли пасивни приход стварно припада лицу које тај приход прима, односно да ли је наведено лице стварни власник тог прихода.¹⁰³⁷ Међутим, уколико се примењује принцип пробијања правне личности, чињенице се сагледавају из угла техничке доктрине која се развила у оквиру компанијског закона. Супротно, у случају стварног власништва над приходима, суд испитује чињенице у сврху одређивања права на користи из пореских уговора.¹⁰³⁸ Међутим, без обзира на наведену разлику, суд је одлучио да принцип пробијања правне личности може логички бити примењен и на проблем одређивања стварног власништва над пасивним приходима.¹⁰³⁹

С обзиром на то да су чињенице сагледаване из угла компанијског права, суд је, подсетимо се, одлуку засновао на чињеницама да је холандска компанија правно лице према холандском праву која је имала власништво, односно све атрибуте власништва над акцијама, а на основу тога и над пасивним приходом који произлази из поменутих акција.¹⁰⁴⁰ Суд је поставио питање да ли је холдинг фирма из Холандије испуњавала услове за пробијање правне личности, уместо да је постављено питање да ли је овакав аранжман био у складу са предметом и сврхом пореских уговора.¹⁰⁴¹ OECD Коментар из 2003. године је јасно наводио да термин стварног власника није коришћен у уском техничком значењу, већ би требало бити схваћен у свом контексту у оквиру предмета и сврхе Конвенције, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенцију фискалне евазије и избегавања плаћања пореза.¹⁰⁴² Према томе, требало је проблем стварног власништва сагледати из перспективе пореских уговора, односно да ли аранжман не противуречи предмету и сврси пореског уговора. Такође, Коментар је јасно показао да примена домаћег права није оправдана, а у овом случају чињенице су сагледаване из перспективе домаћег компанијског закона, а у контексту који се односио на пореске уговоре. Мишљења смо да пресуда у овом делу није заснована на међународном значењу које

¹⁰³² A. Meindl-Ringler, 228.

¹⁰³³ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2003, ст. 12.1, чл. 10 Коментара.

¹⁰³⁴ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2014, ст. 12.4. чл. 10 Коментара

¹⁰³⁵ S. Jain, J. Prebble, A. Crawford, 53.

¹⁰³⁶ S. Jain, J. Prebble, 1.

¹⁰³⁷ S. Jain, J. Prebble, A. Crawford, 56.

¹⁰³⁸ S. Jain, J. Prebble, 1.

¹⁰³⁹ S. Jain, J. Prebble, A. Crawford, 56.

¹⁰⁴⁰ S. Jain, J. Prebble, 4.

¹⁰⁴¹ S. Jain, J. Prebble, A. Crawford, 56 - 57.

¹⁰⁴² Model Tax Convention on Income and on Capital, 2003, ст. 12, чл. 10 Коментара.

прокламује Коментар, већ је примењен принцип и доктрина из домаће норме, а у ситуацијама где се преиспитује стварно власништво над приходима у сврху одобравања користи из пореског уговора.

2.1.3. Случај *Velcro Canada*

Случај *Velcro Canada* је од изузетне важности, јер нам показује став судске праксе у Канади поводом питања стварног власништва над приходима из пореских уговора. Наиме, канадски суд се позивао на претходну пресуду *Prevost Car* и наставио да развија судску праксу у истом смеру. У овом случају су се у обзир узеле одређене околности попут мешања примљених средстава у оквиру једног фонда одакле су се даље исплаћивале уговорне обавезе, и задржавања одређеног дела исплате. Околности попут ове су јако битне, јер ни у најновијој верзији Коментара ОЕCD, није довољно јасно шта радити у тим случајевима. Конкретно, да ли се може сматрати да је стварни власник лице које прима приходе у једној валути, конвертује у другу валуту и меша са осталим примљеним средствима одакле исплаћује своје уговорне обавезе, где одређени проценат примљеног прихода задржава за себе?

У даљем делу, представимо чињенице случаја као и ток судског поступка. На крају, видећемо да ли је оваква пресуда у сагласности са дефиницијом стварног власника прихода која је садржана у ОЕCD Коментарима.

2.1.3.1. Чињенице случаја

Компанија *Velcro Industries* из Холандије је потписала 1987. године уговор о лиценци са фирмом *Velcro Canada*, резидентом Канаде.¹⁰⁴³ Канадска компанија је производила појасеве за аутомобиле користећи интелектуалну својину компаније из Холандије.¹⁰⁴⁴ Према комерцијалном уговору, Канадска фирма је била у обавези да плати ауторску накнаду за коришћење права интелектуалне својине.¹⁰⁴⁵ Према пореском уговору између Канаде и Холандије, порез по одбитку за ауторске накнаде је износио 10%, док је према домаћем праву висина пореза износила 25%.¹⁰⁴⁶ Исплата се вршила у канадским доларима.¹⁰⁴⁷ 1995. године, компанија *Velcro Industries* је постала резидент Холандских Антила, међутим, није постојао порески уговор између Холандских Антила и Канаде.¹⁰⁴⁸ Како се не би обрачунавао порез по одбитку у износу од 25%, компанија *Velcro Industries* основала је фирму *Velcro Netherlands*, која је била резидент Холандије.¹⁰⁴⁹ Одмах по оснивању, *Velcro Industries* је потписала уговор са својом филијалом у Холандији, где је сва права која је имала према компанији из Канаде пренела на поменути филијалу, с тим да је власник права интелектуалне својине остала *Velcro Industries*.¹⁰⁵⁰ Према овом новом комерцијалном уговору, холандска филијала је била у обавези да пренесе 90% ауторске накнаде коју прими од канадске фирме у року од 30 дана од дана примања исте.¹⁰⁵¹ Компанија *Velcro Industries* је задржала могућност да правним путем присили компанију из Канаде на извршење комерцијалног уговора, односно да плати ауторску

¹⁰⁴³ S. Jain, J. Prebble, 5.

¹⁰⁴⁴ P. Baker, 44.

¹⁰⁴⁵ M. Kotlyarov, 39.

¹⁰⁴⁶ S. Jain, J. Prebble, 5.

¹⁰⁴⁷ P. Baker, 45.

¹⁰⁴⁸ A. Meindl-Ringler, 229.

¹⁰⁴⁹ S. Jain, J. Prebble, 5 - 6.

¹⁰⁵⁰ M. Kotlyarov, 39.

¹⁰⁵¹ A. Meindl-Ringler, 229.

накнаду, уколико холандска фирма то претходно не би учинила.¹⁰⁵² Потребно је нагласити да је холандска фирма у свом власништву имала и акције других филијала, којима је такође и позајмљивала новац са одређеним каматним стопама, међутим, ауторске накнаде су биле највећи приходи и расходи у билансу успеха фирме.¹⁰⁵³ Па тако, ауторска накнада коју би холандска фирма примила у канадским доларима, била би конвертована у америчке доларе или понекад у националну валуту Холандије и тако помешана са свим осталим приходима чинила помешани новчани фонд.¹⁰⁵⁴ Из овог фонда плаћали су се трошкови инвестиционих зајмова, оперативних трошкова, професионалних накнада као и ауторска накнада компанији *Velcro Industries*.¹⁰⁵⁵ Управни одбор састајао се само када је неопходно без претходно заказаних и снимљених састанака.¹⁰⁵⁶ Иако није поменуто у пресуди, сматра се да холандска фирма није имала ни своје просторије, а ни запослене.¹⁰⁵⁷ Финансијске услуге и, најважније, менаџмент компаније из Холандије водила је спољна фирма *Amaco Management Services*.¹⁰⁵⁸ Коначан резултат овакве структуре повезаних лица јесте смањење пореске стопе пореза по одбитку са 25% на 10% услед примене пореског уговора између Канаде и Холандије.

Пореска администрација Канаде је одбила примену стопе од 10%, јер је сматрала да стварни власник прихода није холандска холдинг фирма већ *Velcro Industries*, фирма из Холандских Антила.¹⁰⁵⁹ Своју одлуку је засновала на пресуди *Prevost Car*, где је изнела аргумент да холдинг фирма из Холандије нема све инциденце власништва.¹⁰⁶⁰ Такође, изнела је став да је, за разлику од холандске холдинг фирме из случаја *Prevost Car*, холдинг фирма *Velcro Netherlands* у посматраном случају била у уговорној обавези да 90% примљеног прихода проследи компанији *Velcro Industries* у року од 30 дана.¹⁰⁶¹

2.1.3.2. Судски поступак и пресуда

Порески суд Канаде, као суд првог степена, донео је одлуку да холандска холдинг фирма јесте стварни власник ауторске накнаде и да није агент, номинални власник или проточна компанија.¹⁰⁶² Суд је ову пресуду засновао на претходној *Prevost Car* пресуди, па тако одлучујућа чињеница постојања стварног власништва над приходима била је постојање свих атрибута власништва над ауторским накнадама.¹⁰⁶³ На основу *Prevost Car* пресуде, суд је стварног власника ауторске накнаде дефинисао као лице које прима ауторску накнаду за себе и за сопствено коришћење и у којој ужива, са претпостављеним ризиком и контролом ауторске накнаде коју прима.¹⁰⁶⁴ Суд је даље навео да у случају правних лица, не би се требало приступати пробијању правне личности, осим уколико корпорација није проточна компанија која нема апсолутно никакву моћ располагања над примљеним средствима, или је таква компанија сагласна да послује у име другог лица према инструкцијама истог, а без икаквог права да врши радње које су супротне инструкцијама лица за које послује.¹⁰⁶⁵ Примењујући претходну пресуду, суд се и у овом случају фокусирао на поседовање, употребу, ризик и

¹⁰⁵² S. Jain, J. Prebble, 6.

¹⁰⁵³ P. Baker, 45.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

¹⁰⁵⁶ S. Jain, J. Prebble, 6.

¹⁰⁵⁷ P. Baker, 44.

¹⁰⁵⁸ S. Jain, J. Prebble, 6.

¹⁰⁵⁹ M. Kotlyarov, 39.

¹⁰⁶⁰ S. Jain, J. Prebble, 7.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*

¹⁰⁶² P. Baker, 45.

¹⁰⁶³ S. Jain, J. Prebble, 7.

¹⁰⁶⁴ P. Baker, 46.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*

контролу као атрибуте власништва, утврдивши да је холандска фирма поседовала, користила, имала ризике и контролу над примљеном ауторском накнадом.¹⁰⁶⁶ Суд је сматрао да је ауторска накнада у власништву холандске фирме из разлога што је наведена накнада депонована на рачун који је био у искључивом поседу и под контролом поменуте фирме.¹⁰⁶⁷ Даље, фирма је била у обавези 90% ауторске накнаде да проследи, док је осталих 10% било у њеној надлежности. Такође, целокупну примљену ауторску накнаду, холандска фирма је примала у једној валути, а исплаћивала је у другој валути што указује да је имала одређени валутни ризик приликом конверзије валута. У моменту када је фирма из Холандије примила ауторску накнаду, исту је конвертовала у другу валуту и спојила са свим осталим својим приходима, па је из таквог заједничког фонда плаћала рачуне, професионалне накнаде, враћала зајмове и исплаћивала ауторске накнаде. С обзиром на то да није постојала обавеза из уговора о лиценци између *Velcro Netherlands* и *Velcro Industries* да се потпуно исти приход проследи и у истој валути, суд је сматрао, узевши у обзир и чињеницу заједничког фонда, да је холандска фирма могла слободно да располаже својим средствима и да није агент, номинални власник или проточна компанија.¹⁰⁶⁸ Додатно, чињеница да су сви приходи били спојени у оквиру једног фонда указује на то да обавеза прослеђивања није била везана за специфични приход.¹⁰⁶⁹ Према томе, постојање уговорне обавезе из наведеног уговора није указивало на аутоматски или претходно одређени проток прихода.¹⁰⁷⁰ Дакле, на основу изнетих чињеница суд је утврдио да холдинг фирма из Холандије поседује све атрибуте власништва, и да се обавеза прослеђивања не односи на специфични и тачно одређени приход из разлога што је примљена ауторска накнада спојена са свим осталим приходима и даље из таквог заједничког фонда и прослеђена. Према томе, суд је сматрао да је потребно применити стопу у висини од 10% према пореском уговору између Канаде и Холандије, јер је холандска фирма стварни власник ауторске накнаде. На ову пресуду, пореска администрација се није жалила.¹⁰⁷¹

Суд је приликом доношења пресуде поменуо OECD Коментар из 1977. године и верзију из 2003. године, као и Извештај OECD о проточним компанијама из 1986. године.¹⁰⁷² Међутим, суд није детаљније анализирао наведене материјале који су пружали суштину међународног јединственог значења.¹⁰⁷³ На пример, цитиран је одељак из Извештаја о проточним компанијама, а који је инкорпориран у оквиру OECD Коментара¹⁰⁷⁴, где се наводило да проточна компанија не може бити стварни власник прихода, уколико има уску моћ располагања над примљеним приходима, међутим, даља анализа наведеног става од стране суда, није била извршена.¹⁰⁷⁵

¹⁰⁶⁶ A. Meindl-Ringler, 229.

¹⁰⁶⁷ S. Jain, J. Prebble, 7.

¹⁰⁶⁸ A. Meindl-Ringler, 229.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

¹⁰⁷⁰ S. Jain, J. Prebble, 7.

¹⁰⁷¹ A. Meindl-Ringler, 230.

¹⁰⁷² P. Baker, 45.

¹⁰⁷³ R. Danon (2020), 18.

¹⁰⁷⁴ Рачунајући од 2003. године, свака верзија OECD Коментара је имала инкорпориран овај одељак из Извештаја о проточним компанијама. Вид.: Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2003, ст. 12.1, чл. 10 Коментара.

¹⁰⁷⁵ P. Baker, 46.

2.1.3.3. Да ли је пресуда Апелационог суда у сагласности са верзијама Коментара из 2003. и 2014. године по питању међународног значења концепта стварног власника?

Пре свега, видели смо да се пресуда суда заснива на претходној *Prevost Car* пресуди,¹⁰⁷⁶ а да је OECD Коментар само поменут и није даље разрађен.¹⁰⁷⁷ Према томе, образложење које смо дали за *Prevost Car* пресуду, односи се и на *Velcro Canada* пресуду. Међутим, потребно је указати на једну заједничку разлику ове две пресуде, а у односу на OECD Коментар из 2003. године. Подсетимо се, наведени Коментар, као и свака наредна верзија Коментара, подразумевао је да термин стварног власника не буде коришћен у уском техничком значењу, већ треба бити схваћен у свом контексту у оквиру предмета и сврхе Конвенције, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенцију фискалне евазије и избегавања плаћања пореза.¹⁰⁷⁸ На основу претходног закључка да верзија Коментара из 2003. године уводи антиабузивну функцију, што тренутно чини део међународног значења поменутог концепта, поставља се питање функције коју је суд доделио концепту у својим пресудама. С обзиром да се обе пресуде заснивају на атрибутима власништва, може се рећи да је суд приписао стварном власнику делимичну функцију прилаза за приписивање прихода,¹⁰⁷⁹ односно установио да антиабузивна функција није неопходна, већ је стварно власништво посматрао у светлу теста власништва над приходима.¹⁰⁸⁰ Суд је такође при доношењу одлуке у случају *Prevost Car* у обзир узео и пресуду *Indofood*.¹⁰⁸¹ Међутим, Апелациони суд УК је у *Indofood* пресуди интерпретирао појам стварног власника прихода након издања нове верзија Коментара 2003. године, а у сагласности са истом, где је наведеном појму приписано јединствено фискално значење у оквиру предмета и сврхе конвенције, односно пореских уговора.¹⁰⁸² Такође, Пореска управа УК је након донесене *Indofood* пресуде, објавила смерницу према којој, уколико постоји злоупотреба пореског уговора у смислу аранжмана са пробирањем уговора, не би било прикладно применити домаће значење појма стварног власника, које не би било у сагласности са предметом и сврхом пореског уговора, као ни са превенцијом фискалне евазије.¹⁰⁸³ Видимо да *Indofood* пресуда јесте узета у разматрање од стране канадског суда, али није прихваћено њено образложење према којем се концепту стварног власника прихода придавала функција антиабузивне норме. На основу изнетог, сматрамо да две изложене пресуде канадског суда нису у сагласности са OECD Коментаром који промовише антиабузивну функцију концепта стваног власништва, односно, у овом делу пресуде, суштински није примењено јединствено међународно значење, иако се канадски суд позивао на исто.

Суд је, присетимо се, у оквиру пресуде *Velcro Canada*, на основу чињенице да су сви приходи спојени у оквиру једног фонда, утврдио да обавеза прослеђивања није везана за специфичну ставку прихода.¹⁰⁸⁴ Према томе, постојање уговорне обавезе из наведеног уговора није указивало на аутоматски или претходно одређени проток прихода.¹⁰⁸⁵ OECD Коментар из 2003. године није прецизније навео ситуацију у којој би се сматрало да лице није стварни власник прихода, већ је уопштено наведено да то није лице које као формални власник има

¹⁰⁷⁶ S. Jain, J. Prebble, 7.

¹⁰⁷⁷ P. Baker, 46.

¹⁰⁷⁸ Model Tax Convention on Income and on Capital, 2003, ст. 12, чл. 10 Коментара.

¹⁰⁷⁹ A. M. Jimenez (2010), 48.

¹⁰⁸⁰ S. Jain, J. Prebble, 7.

¹⁰⁸¹ P. Baker, 41.

¹⁰⁸² M. Kotlyarov, 35.

¹⁰⁸³ HMRC internal manual - International Manual INTM332050.

¹⁰⁸⁴ A. Meindl-Ringler, 229.

¹⁰⁸⁵ S. Jain, J. Prebble, 7.

уска овлашћења поводом примљеног прихода.¹⁰⁸⁶ У сваком случају, наведена пресуда је у сагласности са општом формулацијом из Коментара. Са друге стране, верзија OECD Коментара из 2014/17. године прецизније дефинише ситуацију у којој се лице неће смтрати стварним власником прихода наводећи да лице није стварни власник прихода уколико је његово право да користи и убира плод дивиденде које прими ограничено уговорном или правном обавезом да примљену уплату проследи другом лицу.¹⁰⁸⁷ Таква обавеза нормално произлази из релевантних правних докумената, али исто тако може постојати услед чињеница и околности које указују да, суштински, прималац очигледно нема право да користи и убире плод дивиденде без ограничења наметнутог уговорном или правном обавезом да проследи примљену уплату другом лицу.¹⁰⁸⁸ Коментар даље наводи да оваква врста обавезе не укључује уговорне или правне обавезе које не зависе од пријема уплате од стране директног примаоца.¹⁰⁸⁹ У пресуди је суд јасно навео да уговорна обавеза постоји, али није подразумевала исплату тачно одређеног прихода, већ је примљена уплата конвертована у другу валуту и асимилована са осталим уплатама, па су из таквог јединственог фонда исплаћиване све обавезе, где је спадала и обавеза из уговора о лиценци. Џоунс (Jones), Ван (Vann) и Вилер (Wheeler) су у одговору на документ о разјашњењу концепта стварног власника указали на чињеницу да би одредба о стварном власништву требало да се примени само за одређене ставке прихода а у оквиру става 12.4 који се односи на постојање обавеза да се приход проследи другом лицу.¹⁰⁹⁰ Па тако, уколико за тачно одређену ставку прихода постоји обавеза да се иста проследи другом лицу, може се применити одредба о стварном власништву, међутим, уколико директни прималац прихода има обавезу да проследи приход, али без одређивања коју тачно ставку прихода од све укупног прихода који му пристиже он мора да проследи, односно он има моћ бирања коју ће ставку прихода проследити за обавезу коју он одабере (уколико их има више), па се у овом случају, односно за овакву врсту обавеза прослеђивања прихода, наведена одредба не би требало уопште ни примењивати.¹⁰⁹¹ У овом делу пресуде, можемо рећи да је иста у сагласности са међународним јединственим значењем на који указује верзија Коментара из 2014. године.

2.1.3.4. Значај канадских пресуда *Velcro Canada* и *Prevost Car*

Поменули смо да се наведене пресуде нису заснивале у потпуности на међународном значењу, међутим, не смемо заборавити чињеницу да су обе пресуде поменуле OECD материјале, иако истина, без веће разраде. Дефиниција је донесена на основу искуства из домаћег права, и то пре свега под утицајем имовинског и компанијског права. Такође, апелациони суд у случају *Prevost Car* се једино није сложио са тврдњом првостепеног суда да је концепту стварног власника потребно приписати домаће значење. Апелациони суд је сматрао да је концепту стварног власника потребно приписати међународно значење, а не оно које има у домаћем праву државе уговорнице.¹⁰⁹² Са друге стране, апелациони суд је сматрао да је пресуда, односно дефиниција концепта стварног власника према првостепеној пресуди, у сагласности са OECD Коментаром и Извештајем о проточним компанијама.¹⁰⁹³ Дакле, иако не можемо са сигурношћу рећи да је канадски суд фактички концепту стварног власника придао међународно значење, признање суда да међународно значење постоји и да такво треба бити приписано наведеном концепту, допринело је јачања свести о напуштању примене стварног

¹⁰⁸⁶ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2003, ст. 12.1, чл. 10 Коментара.

¹⁰⁸⁷ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2014, ст. 12.4, чл. 10 Коментара.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ *Ibid.*

¹⁰⁹⁰ OECD Discussion Draft "Clarification of the Meaning of „Beneficial Owner“ in the OECD Model Tax Convention", Response by John Avery Jones, Richard Vann and Joanna Wheeler, 5.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*, 5.

¹⁰⁹² A. M. Jimenez (2010), 49.

¹⁰⁹³ *Ibid.*

власника из домаћег права. Конкретније, утицај Коментара из 2003. године је постао снажнији, а што је све укупно допринело јачању свести о јединственом фискалном међународном значењу овог концепта из пореских уговора.

2.1.4. Остали случајеви

У наредном делу, у обзир ћемо узети праксу судова у Шпанији, Швајцарској и Данској, с обзиром на то да је иста доступна у релевантнијим научним и стручним радовима. Изабрали смо наведене државе, јер се у њиховим судским пресудама јасно може видети у којој мери је заступљено позивање на OECD материјале и јединствени међународни контекст одредбе о стварном власнику прихода из пореских уговора. Оно што се јасно у судској пракси наведених држава може видети јесте став да домаће право не би требало да буде примењено приликом интерпретације појма који је део пореских уговора уколико јединствени међународни контекст постоји. Такође, за разлику од претходних случајева, национални судови ових држава су заиста у већем обиму анализирали OECD материјале којима је дефинисан концепт стварног власника, а у циљу усаглашавања националне праксе са значењем и контекстом наведеног појма на међународном нивоу.

Пракса судова у Швајцарској поводом овог питања је врло значајна, јер према пресуди Врховног суда из 2020. године, дакле након последње измене OECD Коментара, можемо приметити скоро па потпуно напуштање примене домаћег права приликом интерпретације поменутог концепта. Такође, након ревизије Коментара 2014. године, јединствени контекст је постао јаснији, што је судовима, посебно у Швајцарској, омогућило не само позивање на OECD Коментар, већ и прихватање дефиниције стварног власника прихода из наведеног Коментара. У делу у којем Коментар није био довољно јасан, суд у Швајцарској је применио своје тумачење¹⁰⁹⁴. Ова пресуда је значајна јер указује на потребу ревизије концепта стварног власника, а у циљу јасније интерпретације. Уколико би дефиниција наведеног концепта била јаснија, национални судови би имали мање могућности за слободну интерпретацију (тумачење). У даљем тексту, бавимо се анализом одређених случајева из судске праксе наведених држава.

2.1.4.1. Шпанија – Реал Мадрид

Претходно смо навели чињенице случаја,¹⁰⁹⁵ али ћемо на овом месту поновити најосновније. Реал Мадрид је плаћао ентитетима из Мађарске накнаду за коришћење и право коришћења лика неких фудбалских играча који су у то време имали потписане уговоре са Реал Мадридом.¹⁰⁹⁶ Мађарски ентитети су истог или наредног дана између 98% и 99.5% прихода

¹⁰⁹⁴ У новијој пракси швајцарских судова, околности случаја се користе не као средство за доказивање постојања уговорне обавезе да се проследи приход, него као врста обавезе (дакле сматра се да и не мора уговорни однос нужно да постоји). Коментар OECD из 2014/17. године у овом делу није довољно јасан и прецизан, али се сматра да су творци ревизије Коментара на уму имали значење према којем околности и чињенице случаја служе да се докаже уговорни однос, посебно имајући у виду BEPS пројекат који је додатно сузио домет антибузивне функције концепту стварног власника прихода. О овом питању, биће више речи у четвртном делу овог одељка где ће се разматрати питање обима концепта стварног власника прихода (вид.: стр. 229-246)

¹⁰⁹⁵ Вид. стр. 94 - 95.

¹⁰⁹⁶ A. M. Jimenez (2013), 128.

пребацивали компанијама које су биле регистроване на Кипру или у Холандији.¹⁰⁹⁷ Порески уговор Шпаније са Мађарском није садржао порез по одбитку за ауторске накнаде у земљи извора.¹⁰⁹⁸ Суд је сматрао да уметнути ентитет из Мађарске није стварни власник ауторских накнада.¹⁰⁹⁹ Према пресуди, појам стварни власник имао је међународно значење, односно према члану 3 (2), контекст је захтевао другачије, па тако примена домаћег права није била оправдана.¹¹⁰⁰ Међутим, суд је протумачио да су промене које је увео OECD Коментар из 2003. године, концепту стварног власника приписивале функцију антиабузивне мере у много ширем обиму.¹¹⁰¹ Шпански суд је ишао корак даље и асимиловао концепт стварног власника са тестом пословног циља (енг.: *business purpose test*), па тако, уколико би постојао пословни разлог за уметање мађарског ентитета, осим разлога смањења пореза по одбитку, посредник би био сматран за стварног власника прихода.¹¹⁰²

Ова пресуда је значјна из разлога што је суд јасно нагласио да је циљ применити јединствено значење на дефиницију појма стварног власника. Међутим, суд је погрешно протумачио промене Коментара из 2003. године, односно тумачио их је у много ширем обиму. Све у свему, свест о напуштању домаћег права при тумачењу концепта стварног власника из пореских уговора постајала је све јача. Битно је такође нагласити да је, за разлику од канадских судова, шпански суд заиста тумачио OECD материјале, односно приступио је њиховој анализи у изналажењу међународног значења.

2.1.4.2. Швајцарска – одлука Врховног суда из 2020. године

Швајцарска је првенствено одредби о стварном власнику приписивала домаће значење, међутим, са новијим случајевима, наведеној одредби се приписује јединствено међународно значење, односно концепту стварног власника се приписује дефиниција која је ближа међународном значењу из OECD Коментара, него домаћем праву.¹¹⁰³ Врховни суд Швајцарске је у мају 2020. године донео одлуку поводом случаја који се дотицао стварног власништва над приходима из пореског уговора.¹¹⁰⁴

Раније смо помињали овај случај, па ћемо околности истог само укратко поновити. Банка A.Plс, са седиштем у УК, купила је 40.722.313 акција швајцарске фирме B.Ltd, која је за наведени број акција, маја 2008. године исплатила 101.805.782,50 швајцарских франака. Примењена је домаћа стопа пореза по одбитку на дивиденде у износу од 35%, па је компанија A.Plс тражила повраћај у износу од 20%, по основу пореског уговора између Швајцарске и УК. Поставило се питање да ли је A.Plс стварни власник дивиденде. Према Врховном суду, када се тумаче и примењују одредбе пореских уговора, морају се применити принципи тумачења који се заснивају на Бечкој конвенцији, наводећи чланове 31 и 32 наведене конвенције.¹¹⁰⁵ Суд је даље навео да се одредбама пореског уговора не сме придати значење које би било супротно циљу и предмету уговора.¹¹⁰⁶ Даље, у пресуди се наводило да, у оквиру устаљене праксе, Врховни суд при тумачењу одредаба пореског уговора, у обзир узима и OECD Модел-конвенцију и пратећи Коментар из разлога што се и порески уговори које је Швајцарска

¹⁰⁹⁷ A. Meindl-Ringler, 275.

¹⁰⁹⁸ A. M. Jimenez (2013), 128.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

¹¹⁰⁰ A. M. Jimenez (2010), 39.

¹¹⁰¹ *Ibid.*

¹¹⁰² A. M. Jimenez (2013), 130-131.

¹¹⁰³ Упоредити три случаја, Вид.: R. Matteotti, F. M. Sutter, 51 – 57.

¹¹⁰⁴ Federal Supreme, Case No. 2C_880/2018, Judgment of 19 may 2020, II Public Law Departement.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, пар. 2.1.1.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, пар. 2.1.2.

закључила базирају на наведеним документима.¹¹⁰⁷ Такође, Врховни суд је сматрао да се при интерпретацији члана 10 става 2 пореског уговора између УК и Швајцарске, мора применити тренутни и важећи OECD Коментар.¹¹⁰⁸ У пресуди су споменуте одредбе OECD Коментара из 2014. године, јер су тада наступиле последње измене поводом концепта стварног власника.¹¹⁰⁹ На крају, упоређивајући тренутну судску праксу Врховног суда Швајцарске са OECD Коментаром из 2014. године, суд је закључио да нема материјалних разлика.¹¹¹⁰ Иако су судови у Швајцарској у првим пресудама контексту стварног власника придавали домаће значење, утицај OECD Коментара је постао израженији у тој мери да се пракса националних судова поравњавала са Коментаром и дефиницијом наведеног концепта коју тренутни Коментар пружа. Врховни суд је ову одлуку засновао на чињеници да је уговор између УК и Швајцарске заснован на OECD Модел-конвенцији, а да тренутни¹¹¹¹ пратећи Коментар служи као средство интерпретације.¹¹¹²

Значај ове пресуде је заиста велики из разлога што се види јасна транзиција ка напуштању домаћег значења при тумачењу концепта стварног власника прихода из пореских уговора. Видећемо касније да су швајцарски судови на почетку јасно наглашавали да је примена домаћег права неопходна, док се у овој пресуди Врховног суда јасно назначавало да је потребно примењивати званични OECD Коментар према којем се концепту стварног власника придаје јединствено међународно значење, прихватајући дефиницију из OECD Коментара, а не из домаћег права, као једину опцију.

2.1.4.3. Данска – општи принцип

Парламент у Данској је 2004. године усвојио измене закона према којима је порез по одбитку уведен на камате у случају зајма између повезаних лица.¹¹¹³ Појам стварног власништва није био део припремних материјала за измену закона за увођење пореза по одбитку за камате.¹¹¹⁴ Међутим, Данска је при имплементацији Директиве о каматама и ауторским накнадама између повезаних лица чланица других држава чланица¹¹¹⁵, уместо концепта стварног власништва, нагињала ка примени концепта „правичног примаоца“ (енг.: *rightful recipient*; дан.: *indkomstmodtager*), који је био опште познати концепт у пореском праву Данске.¹¹¹⁶ До 2015. године у пореским законима Данске, нису постојале специјалне антибузивне мере повезане са порезом по одбитку на камате или дивиденде.¹¹¹⁷

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, пар. 4.1.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, пар. 4.2.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, пар. 4.4.

¹¹¹¹ Подсетимо се, суд није навео Коментар из 2017. године, из разлога што се дефиниција појма стварног власника у оквиру Коментара није суштински мењала од 2014. године.

¹¹¹² Federal Supreme, Case No. 2C_880/2018, Judgment of 19 May 2020, II Public Law Departement, par. 4.1.

¹¹¹³ Jakob Bundgaard, „The Notion of Beneficial Ownership in Danish Tax Law: The Creation of a New Legal Order with Uncertainty as a Companion“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Netherlands, 2013, 92.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, 93.

¹¹¹⁵ Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States, OJ L 157, 26.06.2003.

¹¹¹⁶ Friis Hansen, „Denmark: Beneficial Ownership and Group Taxation“, *CJEU – Recent Developments in Direct Taxation 2018* (eds. Michael Lang et al.), Linde Verlag, Wien 2019, 49.

¹¹¹⁷ *Ibid.*

Затим, 2011. године, донесена је једна од првих пресуда од стране Високог суда Данске, а који се тичао стварног власништва над приходима.¹¹¹⁸ Чињенице случаја су следеће.¹¹¹⁹ Компанија *HoldCO H1 sarl*, резидент Луксембурга је примила дивиденду од своје филијале *HoldCO S A/S*, резидента Данске. *HoldCO H1 sarl* потом, један већи део примљене дивиденде, позајмила је својој истој филијали. Наведена филијала је тај новац приложила у виду докапитализације својој филијали, која је даље за тај исти новац купила акције нове фирме, која је такође резидент Данске. На крају пореске године, зајам фирме *HoldCO H1 sarl* ка компанији *HoldCO S A/S* се конвертовао у акције друге поменуте фирме из Данске. Поставило се питање да ли је компанија *HoldCO H1 sarl* стварни власник уплате коју је примила од данске компаније, или је то проточна фирма која је пословала само у циљу избегавања плаћања пореза по одбитку. Компанија је била регистрована у Луксембургу, без запослених, а пословање се водило преко приватних капиталних фондова. У сличном случају, где је у питању била камата а не дивиденда, суд је донео идентичну пресуду.¹¹²⁰ Суд је у оба случаја донео исту одлуку поводом питања да ли је потребно концепту стварног власника приписати домаће или међународно јединствено значење.

Суд је у пресудама навео да се уједначена примена пореских уговора може постићи само уколико се за сврху тумачења појма стварног власника прихода у обзир узме и OECD Коментар.¹¹²¹ Према томе, суд је утврдио да би се наведени појам требало тумачити у складу са међународним јединственим значењем.¹¹²² Такође, утврђено је да се на измене OECD Коментара из 2003. године треба гледати као на потврђивање става суда, па би наведени Коментар требало да служи као средство тумачења овог појма и за пореске уговоре који су закључени пре 2003. године.¹¹²³ Дакле, суд је утврдио да се концепту стварног власника треба приписати међународно значење, међутим, суд не објашњава конкретније шта овакво значење подразумева, осим што се позива на OECD материјале.¹¹²⁴ Такође, прихваћена је динамичка интерпретација, с обзиром на то да је OECD Коментар из 2003. године примењен на порески уговор који је био закључен 1980. године.¹¹²⁵

У једном сличном случају, суд је био још прецизнији при разматрању питања да ли је концепту стварног власника из пореских уговора потребно приписати домаће или међународно значење. Чињенице случаја су биле следеће.¹¹²⁶ Наиме, 2002. године група повезаних компанија је купљена од стране компаније Г1. Затим, 2003. године, компанија Г1 из Џерсија је дала зајам шведској компанији Г5, а у исто време, друга филијала из Шведске Г4 је дала идентични зајам данској компанији Х1. Каматне стопе су биле идентичне, и није постојао тачно одређен план отплате. Након што је фирма Х1 исплатила камату компанији Г4, друга наведена компанија је у виду доприноса групи, докапитализовала шведску фирму Г5. Даље, фирма Г5 је исплатила камату купцу ове групе компанија, фирми Г1 из Џерсија. Суд је у овом случају утврдио да појму стварног власника не би требало приписати значење према домаћем концепту „правог примаоца“, већ је наведени појам потребно тумачити према међународном значењу.¹¹²⁷ Дакле, иако је Данска усвојила концепт „правог примаоца“, исти није могао бити примењен у оквиру случаја који се односио на признавање права на снижену пореску стопу пореза по одбиту из

¹¹¹⁸ Eastern High Court, SKM2012.121.ØLR, 2011, преузето са адресе <https://www.skat.dk/SKAT.aspx?oid=2035604> дана 12. 10. 2021.

¹¹¹⁹ *Ibid.*

¹¹²⁰ The National Tax Court, SKM2010.729.LSR, 2010, преузето са адресе <https://www.skat.dk/skat.aspx?oid=1918282&lang=da> дана 12. 10. 2021.

¹¹²¹ J. Bundgaard, 96.

¹¹²² *Ibid.*

¹¹²³ *Ibid.*, 96 и 100.

¹¹²⁴ *Ibid.*, 98.

¹¹²⁵ *Ibid.*

¹¹²⁶ *Ibid.*, 101 – 102.

¹¹²⁷ *Ibid.*, 102.

пореских уговора. Према томе, суд је закључио да је потребно тумачити овај појам стварног власника над приходима према јединственом међународном значењу које је заступао OECD Коментар из 2003. године, као и све касније верзије Коментара.

2.1.5. Закључак

Анализирајући наведене судске случајеве различитих држава, можемо уочити да су се све пресуде позивале на OECD Коментар из 2003. године који је наводио да концепт стварног власника не би требало да буде схваћен у техничком уском значењу, према домаћем праву, већ у смислу јединственог међународног значења. Међутим, иако су се судови у својим пресудама позивали на OECD материјале, у пракси, судови су само признавали да је њихово резонување у складу са OECD Коментаром и међународним јединственим значењем концепта стварног власника. У случају *Prevost Car*, апелациони суд је утврдио да је резонување нижег суда у складу са дефиницијом концепта стварног власника из OECD Коментара од 2003. године, као и Извештаја о проточним компанијама.¹¹²⁸ Даље, у случају *Indofood*, суд није објашњавао детаљније шта је представљало јединствено фискално значење и како је конкретно дошао до таквог резонувања, већ је јаснију дефиницију пружио цитирајући документ Дирекције за порезе Индонезије, што може да наведе на закључак да је примењено индонезијско домаће право.¹¹²⁹ Међутим, суд је навео у пресуди да дефиниција из наведеног документа није у супротности са Коментаром и да је у сагласности са јединственим међународним фискалним значењем.¹¹³⁰ Сматрамо да су судови поступали на овакав начин из разлога што OECD Коментар из 2003. године није пружао јасније објашњење израза „уска моћ поводом располагања примљеног прихода“. Међутим, мишљења смо да је Коментар из 2014. године уклонио овакав недостатак, где је јасније дефинисано када се може сматрати да лице није стварни власник прихода.¹¹³¹ Видели смо да је у пресудама попут *Prevost Car*, суд захтевао да обавеза прослеђивања буде повезана са специфичним приходом који је примљен, што је одлика новије верзије Коментара OECD из 2014. године. У истом случају, суд је утврдио да је таква врста обавезе део јединственог међународног значења и да је у складу са Коментаром из 2003. године. Такође, према смерници која је Пореска управа УК објавила након *Indofood* пресуде, обавеза прослеђивања прихода морала је бити повезана са примљеним приходом.¹¹³² На пример, банци, у оквиру свог пословања, не би био одбијен статус стварног власника ако она не би била у обавези да исти примљени приход даље проследи, већ има општи фонд свих прихода из којег би могла да бира одакле би проследила примљени приход.¹¹³³

Приметно је да је судска пракса у периоду након 2003. године полако формирала дефиницију јединственог међународног концепта стварног власника прихода, коју 2014. године преузима и OECD Коментар. Видимо да је OECD Коментар из 2014. године јасније дефинисао карактер лица које није стварни власник прихода и које има уску моћ располагања над приходима, чиме јединствено међународно значење постаје јасније, а сопствене интерпретације судова су се смањивале, односно судови су се у већој мери ослањали на дефиницију из Коментара, што се

¹¹²⁸ M. Jimenez, 49.

¹¹²⁹ P. Baker, 32.

¹¹³⁰ *Ibid.*

¹¹³¹ Коментар разјашњава да уколико постоји обавеза прослеђивања прихода, моћ располагања је врло уска. Даље, Коментар наводи какав мора бити карактер наведене обавезе, да би се сматрало да лице није стварни власник прихода. Вид.: Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2014, ст. 12.4, чл. 10 Коментара.

¹¹³² P. Baker, 38.

¹¹³³ HMRC internal manual - International Manual INTM 504030.

и види у новијим пресудама. Врховни суд Швајцарске у пресуди из 2020. године извео је закључак да је потребно применити јединствено међународно значење појма стварног власника, где је цитирана дефиниција из Коментара од 2014. године, која је много јаснија и показује суду у ком правцу је потребно водити предмет, а у циљу откривања стварног власништва над приходима.¹¹³⁴ Међутим, до верзије Коментара из 2014. године, нејасно је да ли су судови појму стварног власника прихода из пореских уговора приписивали јединствено међународно значење из разлога што, као у Данској, домаће антиабузивне норме за порез по одбитку нису постојале, или зато што је постојала потреба да се порески уговор тумачи симетрично у државама уговорницама.¹¹³⁵ Такође, није сасвим јасно колико су судови заиста примењивали јединствену међународну, а у ком обиму домаћу интерпретацију појма стварног власника, а све под привидним заговарањем јединственог значења наведеног појма.¹¹³⁶

2.2. Јединствени међународни контекст стварног власника прихода у оквиру чланица Европске уније

С обзиром на то да појам стварног власника прихода постоји и у оквиру права Европске уније (даље: ЕУ), постављају се три питања на које је потребно дати одговоре. Да ли постоји јединствено значење стварног власника прихода у оквирима ЕУ? Да ли је такво значење другачије од јединственог међународног значења које се појављује у OECD материјалима? Да ли се држава чланица ЕУ може позвати на јединствено значење концепта стварног власника прихода у оквирима ЕУ приликом интерпретације истог појма који је део пореских уговора?

2.2.1. Појам пробирања директиве (Directive shopping)

Пре разматрања наведена три питања, потребно је указати на проблем са којим се сусрећу државе чланице ЕУ, као и на неке основне институције ЕУ. Правни систем ЕУ чине примарно, секундарно и меко право, као и ЕУ међународни уговори и одлуке Суда правде Европске уније (даље: СПЕУ).¹¹³⁷ Право ЕУ има предност у односу на домаће законе и устав, што потврђује и СПЕУ својом пресудом, јер то није изричито написано у Уговору о функционисању Европске уније.¹¹³⁸ Директиве, као део секундарног права ЕУ, не производе директно дејство према државама чланицама, па су исте у обавези да их имплементирају у своје правне системе у оквиру закона.¹¹³⁹ Тек тада, директива производи правна дејства према физичким или правним лицима, држављанима, односно резидентима држава чланица ЕУ.¹¹⁴⁰ Дакле, директиве су

¹¹³⁴ Federal Supreme, Case No. 2C_880/2018, Judgment of 19 May 2020, II Public Law Departement.

¹¹³⁵ M. Jimenez, 50.

¹¹³⁶ *Ibid.*

¹¹³⁷ Lukasz Adamczyk, Alicja Majdanska, „The Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation“, *Introduction to European Tax Law on Direct taxation* (eds. Michael Lang et al.), Linde, Wien 2018, 3 – 4.

¹¹³⁸ *Ibid.*, 4.

¹¹³⁹ *Ibid.*, 5 – 6.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

обавезујуће за државе чланице ЕУ, али форма и метода имплементације остају у надлежности чланице.¹¹⁴¹

Појам „пробирање директиве“ пресликава појам аранжмана са пробирањем пореских уговора.¹¹⁴² Подсетимо се, OECD Коментар објашњава аранжмане са пробирањем уговора наводећи као пример лице, које може а и не мора бити резидент државе уговорнице, које преко правног ентитета, основаног у држави уговорници, присваја користи из пореског уговора, а исте користи му не би биле доступне директно.¹¹⁴³ Уколико за пример узмемо Директиву о матичној компанији и филијали или Директиву о камати и ауторској накнади, чији су циљеви уклањање пореских препрека за функционисање унутрашњег тржишта ЕУ,¹¹⁴⁴ можемо уочити да лица трећих држава могу наведене директиве да злоупотребе. Уколико посматрамо прву поменућу Директиву, у члану 4 се наводи да држава чланица чији је резидент матична компанија мора да омогући наведеној компанији изузимање или индиректни порески кредит за дивиденду коју је примила од својих филијала које такође морају бити резиденти чланица ЕУ.¹¹⁴⁵ Такође, члан 6 укида могућност државама чланицама да обрачунавају порез по одбитку за дивиденде које матична компанија, резидент чланице ЕУ, прима од своје филијале која је исто резидент неке од држава чланица ЕУ.¹¹⁴⁶ Погледајмо следећи хипотетички пример. Уколико правно лице, резидент Републике Србије има филијалу у Италији, која би требало да исплаћује дивиденде, применом уговора о избегавању двоструког опорезивања између Републике Србије и Италије, порез по одбитку износио би 10%.¹¹⁴⁷ Међутим, уколико би домаћа компанија основала филијалу у Холандији, која је чланица ЕУ, а затим акције италијанске фирме приписала наведеној филијали, применила би се и Директива о матичној компанији и филијали. Применом члана 5 ове Директиве¹¹⁴⁸, Италија не би обрачунавала порез по одбитку на исплаћене дивиденде, а холандска фирма би према домаћем праву применила афилијациону привилегију¹¹⁴⁹ за примљене дивиденде. Уколико Холандија према домаћем праву не би обрачунавала порез по одбитку за исплаћене дивиденде¹¹⁵⁰, коначан исход би подразумевао да српска компанија из Италије прими 100% исплаћене дивиденде, односно не би се применила стопа од 10%. Са друге стране, уколико би Холандија ипак обрачунавала порез по одбитку на дивиденде, применила би се стопа од 5% из пореског уговора.¹¹⁵¹ Напоменимо да примена директиве има предност над применом домаћег права или пореског уговора, међутим, уколико домаће право или порески уговор пружају погодније услове од директиве, порески обвезник може да одлучи да примени такве режиме.¹¹⁵² Према томе, могли

¹¹⁴¹ Istvan Csovari, „Directive shopping and International Tax Planning“, *Limits to Tax Planning* (eds. Michael Lang et al.), Linde, Wien 2013, 499.

¹¹⁴² *Ibid.*

¹¹⁴³ Model Tax Convention on Income and on Capital 2017, Коментар став 56 члана 1 Модел-конвенције.

¹¹⁴⁴ L. Adamczyk, A. Majdanska, 17 - 18.

¹¹⁴⁵ Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L 345, 29.12.2011, чл. 4, ст. 1.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, чл. 5.

¹¹⁴⁷ Споразум између Федеративне Републике Југославије и Италијанске Републике о избегавању двоструког опорезивања у односу на порезе на доходак и на имовину, чл. 10.

¹¹⁴⁸ Подразумевамо да је холандска компанија испунила услове према директиви да се сматра компанијом резидентом Холандије. Вид.: Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L 345, 29.12.2011, чл. 2, ст (а), тч. 1, тч. 2 и тч. 3.

¹¹⁴⁹ Под претпоставком да домаћи закон Холандије примењује афилијациону привилегију за дивиденде примљене од филијале, која је резидент друге државе.

¹¹⁵⁰ Закључак о непостојању пореза по одбитку за исплаћене дивиденде је у овом хипотетичком случају само претпоставка.

¹¹⁵¹ Уговор између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и краљевине холандије о избегавању двоструког опорезивања у односу на доходак и имовину, 1982., чл 10 ст.2 тч. (а).

¹¹⁵² Mario Tenore, „The Parent-Subsidiary Directive“, *Introduction to European Tax Law on Direct taxation* (eds. Michael Lang et al.), Linde, Wien 2018, 164 – 165.

бисмо појам „пробирање директиве“ да дефинишемо као аранжмане где лица која су резиденти трећих држава присвајају користи из Директиве о матичној компанији и Директиве о камати и ауторској накнади, а преко ентитета који се квалификује као резидент једне од држава чланица ЕУ.¹¹⁵³

2.2.2. Концепт стварног власника у Европској унији

Појам стварног власника постоји у Директиви о камати и ауторским накнадама¹¹⁵⁴, као и у Директиви о штедњи.¹¹⁵⁵ Де Бру (de Broe) сматра да концепт стварног власника у Директиви о штедњи има другачије значење и служи другој сврси.¹¹⁵⁶ Концепт стварног власника у Директиви о штедњи служи да се крајњи стварни власник, физичко лице, власник штедног рачуна, ефикасно опорезује барем једампут у држави чланици.¹¹⁵⁷ Супротно, наведени концепт у Директиви о камати и ауторској накнади служи као услов да прави власник камате или ауторске накнаде може да буде ослобођен од плаћања пореза по одбитку у држави извора.¹¹⁵⁸ У сваком случају Директива о штедњи је укинута, па се зато даље нећемо задржавати на истој.

2.2.2.1. Директива о Камати и ауторској накнади

Директива о камати и ауторској накнади је ступила на снагу 1. јануара 2004. године.¹¹⁵⁹ Циљ Директиве је да се осигура, у оквиру јединственог ЕУ тржишта, да камате и ауторске накнаде које се исплаћују повезаним лицима који су резиденти различитих држава чланица ЕУ, не буду подложни мање повољним пореским условима у односу на исплате које се врше између повезаних лица у оквиру једне државе чланице.¹¹⁶⁰ Неповољнији порески услови могу да доведу до двоструког опорезивања у случају исплате камате или ауторске накнаде између повезаних лица, резидената различитих држава чланица ЕУ, а билатерални и мултилатерални порески уговори не могу увек да отклоне двоструко опорезивање.¹¹⁶¹ Пре него што анализирамо концепт стварног власника из Директиве о каматама и ауторским накнадама, потребно је сагледати историјски аспект и видети како је наведени концепт постао део ове Директиве.

Након што је 1990. године усвојена Директива о матичној компанији и филијали, Комисија ЕУ је исте године поднела предлог нацрта Директиве са циљем укидања пореза по одбитку за камате и ауторске накнаде у оквиру групе компанија, који су резиденти различитих држава

¹¹⁵³ I. Csovari, 499 – 500.

¹¹⁵⁴ Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States OJ L 157, 26.6.2003

¹¹⁵⁵ Council Directive 2003/48/EC of 3 June 2003 on taxation of savings income in the form of interest payments OJ L 157, 26.6.2003.

¹¹⁵⁶ Luc de Broe, “Should Courts in EU Member States Take Account of the ECJ 's Judgment in the Danish Beneficial Ownership Cases When Interpreting the Beneficial Owner Requirement in Tax Treaties“, *Current Tax Treaty Issues* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2020, 666- 667.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, fusnota 24, 666- 667.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*

¹¹⁵⁹ Dimitar Hristov, „The Interest and Royalties Directive“, *Introduction to European Tax Law on Direct taxation* (eds. Michael Lang et al.), Linde, Wien 2018, 198.

¹¹⁶⁰ Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States OJ L 157, 26.6.2003, увод, тч. 1.

¹¹⁶¹ D. Hristov, 198.

чланица.¹¹⁶² Предлог Комисије није садржао концепт стварног власника и исти је повучен 1994. године када је Комисија почела да припрема нови предлог Директиве.¹¹⁶³ Први предлог је повучен из разлога што Комисија и Веће нису могли да постигну договор око неких техничких ствари у вези са новом Директивом.¹¹⁶⁴ Комисија је поднела нови предлог Директиве 1998. године у којем је навела неколико услова који су морали бити испуњени како би лице могло да буде ослобођено пореза по одбитку, а један од тих услова је чинио и концепт стварног власника.¹¹⁶⁵ Дакле, концепт стварног власника се први пут појавио у новом предлогу из 1998. године.¹¹⁶⁶ У члану 1 предлога, наводило се да је изузимање од опорезивања камате и ауторске накнаде у држави извора могуће само уколико је прималац прихода, компанија или стална пословна јединица, стварни власник камате или ауторске накнаде.¹¹⁶⁷ Даље, предлог је у члану 3 дао дефиницију стварног власника наводећи да је стварни власник камате или ауторске накнаде компанија или стална пословна јединица државе чланице, која те уплате држи за своје сопствене користи, а не као агент, номинални власник или трасти за неко друго лице.¹¹⁶⁸ Пратећи меморандум, који је служио додатном објашњењу предлога нове Директиве, наводио је да је услов стварног власништва потребан да осигура да порез по одбитку за камате и ауторске накнаде не буде погрешно искоришћен тако што би се уметнуо посредник који би по основу Директиве поднео захтев за ослобођење од плаћања пореза у држави извора.¹¹⁶⁹ Што се тиче сталне пословне јединице, предлог је навео да она може бити стварни власник камате или ауторске накнаде, уколико такав пријем уплате представља приход за који је стална пословна јединица подложна опорезивању у тој држави чланице, а за порезе који су поменути у члану 1, ставу а, тачки 3 предлога.¹¹⁷⁰ Нови предлог је усвојен што је резултирало усвајањем Директиве 3. Јуна 2003. године.¹¹⁷¹ Међутим, пре усвајања предлога, Комисија је избрисала члан 3 који се односио на дефиницију стварног власника, и истим текстом допунила члан 1, где су додата још два става, један се односио на стварно власништво по питању компанија, а други по питању сталних пословних јединица.¹¹⁷²

Иако је концепт стварног власника усвојен, коначан текст који се нашао у Директиви је био измењен. Члан 1 активне Директиве сада наводи да ће компанија државе уговорнице бити третирана као стварни власник камате или ауторске накнаде, само уколико те уплате прими за своје сопствене користи, а не као посредник, као што је агент, трасти или пуномоћник за неко друго лице.¹¹⁷³ У даљем тексту активне Директиве, посвећује се посебна пажња сталној пословној јединици где се наводи да ће стална пословна јединица бити сматрана за стварног власника камате или ауторске накнаде: а) уколико је захтев по основу дуга, права или употребе информације, а на основу којих камата или ауторска накнада настаје, ефективно повезана са сталном пословном јединицом; и б) уколико уплате у виду камате или ауторске накнаде представљају приход који је подвргнут опорезивању у тој држави чланице, а за порезе који су поменути у Директиви.¹¹⁷⁴ Главна разлика између компанија и сталних пословних јединица, а

¹¹⁶² Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *European Tax Law*, sixth edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2012, 758.

¹¹⁶³ L. de Broe, 667.

¹¹⁶⁴ B. J. M. Terra, P. J. Wattel, 758.

¹¹⁶⁵ J. L. Rodriguez, G. Kofler, 216.

¹¹⁶⁶ L. de Broe, 667.

¹¹⁶⁷ J. L. Rodriguez, G. Kofler, 218.

¹¹⁶⁸ L. de Broe, 667.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*

¹¹⁷⁰ J. L. Rodriguez, G. Kofler, 218.

¹¹⁷¹ B. J. M. Terra, P. J. Wattel, 759.

¹¹⁷² J. L. Rodriguez, G. Kofler, 219.

¹¹⁷³ Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States OJ L 157, 26.6.2003, чл. 1 ст.4.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, чл. 1, ст. 4.

у односу на предлог из 1998. године, јесте чињеница да приход сталне пословне јединице мора да буде подвргнут опорезивању у држави чланици у којој се налази, што није случај са компанијама.¹¹⁷⁵

2.2.2.1.1. Концепт стварног власника у ситуацијама које укључују компаније

Дакле, да би компанија била сматрана за стварног власника камате или ауторске накнаде потребно је да 1) прима приход за сопствене сврхе, односно у своју корист, а 2) не као посредник, као што је агент, трасти или пуномоћник.¹¹⁷⁶ Термин „у своју корист“ (енг.: *own benefit*) подсећа на корене стварног власништва како се примењивао у правној традицији англосаксонског права.¹¹⁷⁷ Сврха наведеног термина јесте да укаже на раздвојене функције концепта власништва, које може бити подељено између између више особа.¹¹⁷⁸ Према томе, може се разликовати финансијско (економско) од правног власништва.¹¹⁷⁹ Међутим, термин стварног власништва и принцип раздвајања власништва није познат у већини држава чланица ЕУ које примењују континентално право.¹¹⁸⁰ Супротно, државе чланице ЕУ које примењују англосаксонско право, стварно власништво одвајају од правног власништва, приписивајући му карактер економског власништва.¹¹⁸¹ Наведено нам указује на чињеницу да судови држава чланица које примењују континентално право, могу имати потешкоћа у примени и интерпретацији термина „у своју корист“. Може се рећи да лице прима уплату у своју корист уколико оно ужива у економским резултатима, односно у профиту.¹¹⁸² Свакако, да би се боље разумео и применио овај део дефиниције, потребно је применити и други део дефиниције који се односи на посреднике и на негативно набрајање.¹¹⁸³

Подсетимо се предлога из 1998. године где се наводило да је стварни власник камате или ауторске накнаде компанија или стална пословна јединица државе чланице, која те уплате држи за своје сопствене користи, а не као агент, номинални власник или трасти за неко друго лице.¹¹⁸⁴ Ради упоређивања, подсетимо се на овом месту и дефиниције стварног власника из Директиве:¹¹⁸⁵ „Компанија државе уговорнице биће третирана као стварни власник камате или ауторске накнаде, само уколико те уплате прими за своје сопствене користи, а не као посредник, као што је агент, трасти или пуномоћник за неко друго лице.“ Можемо уочити да су дефиниције концепта стварног власника за компаније и сталне пословне јединице посебно одвојене. Даље, предлог је агенте, номиналне власнике и трастије наводио као излишне примере посредничких ентитета, односно, сваки други облик би се сматрао стварним власником прихода.¹¹⁸⁶ Супротно, Директива користи израз „као што су“ где се само илуструју примери посредничких ентитета, па сваки други сличан ентитет који има особине посредника, не може бити сматран за стварног власника прихода.¹¹⁸⁷ Дакле листа није излишна.¹¹⁸⁸ Може

¹¹⁷⁵ A. Meindl-Ringler, 300.

¹¹⁷⁶ Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States OJ L 157, 26.6.2003, чл. 1 ст. 4.

¹¹⁷⁷ J. L. Rodriguez, G. Kofler, 241.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

¹¹⁸⁰ D. J. Aigner, 105.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, 106.

¹¹⁸² J. L. Rodriguez, G. Kofler, 241.

¹¹⁸³ *Ibid.*

¹¹⁸⁴ L. de Broe, 667.

¹¹⁸⁵ Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States OJ L 157, 26.6.2003, чл. 1 ст. 4.

¹¹⁸⁶ J. L. Rodriguez, G. Kofler, 220.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, 241.

¹¹⁸⁸ L. de Broe, 667.

се поставити питање да ли је проточна компанија лице као што је агент, трасти или пуномоћник, чиме се стиче статус посредника, односно да ли се и проточној компанији такође онемогућавају користи из Директиве.¹¹⁸⁹ Де Бру (de Broe) сматра да је Директива написана тако да судови могу да примене уско значење стварног власништва, које не искључује проточне компаније из обима Директиве.¹¹⁹⁰ Са друге стране, Тера (Terra) и Вател (Wattel) сматрају да наведена дефиниција искључује и проточне компаније из обима Директиве, јер овакве компаније су вештачки уметнуте између стварног власника камате или ауторске накнаде из треће државе и дужника из државе чланице.¹¹⁹¹ У сваком случају, можемо закључити да дефиниција појма стварног власника у Директиви није потпуно јасна, како у првом тако и у другом делу.¹¹⁹²

Сprovedено је истраживање где је показано у ком правцу и у којој мери су државе чланице усвојиле члан 1 став 4 Директиве о камати и ауторској накнади.¹¹⁹³ Неке државе нису усвојиле никакву дефиницију стварног власника, друге су пак наставиле да користе домаћу одредбу о стварном власнику, док су преостале државе чланице усвојиле дефиницију из Директиве са неким варијацијама.¹¹⁹⁴ На пример, Немачка је имплементирала ову Директиву, међутим стварног власника прихода је дефинисала као лице којем се приходи приписују са становишта пореских закона Немачке. Дакле, стварно власништво над приходима за сврху Директиве се одређује на основу правила за приписивање прихода према немачком домаћем праву, што је у складу са немачким прилазом према одредби о стварном власништву из пореских уговора.¹¹⁹⁵ Присетимо се, на пример, протокола уговора између Немачке и Италије где се у ставу 8 наводи да је прималац дивиденде, камате и ауторских накнада стварни власник у оквиру значења које се налази у члановима 10, 11 и 12, уколико има право да прими исплате, па му је примљени приход приписан према праву обе државе.¹¹⁹⁶ Даље, у уговору између Немачке и САД, сматра се да је прималац дивиденде, камате или ауторске накнаде, резидент друге државе уговорнице, стварни власник за сврху чланова 10, 11 и 12, ако је прималац оно лице којем је приход приписан за пореске сврхе према законима прве поменуте државе.¹¹⁹⁷ Обе дефиниције концепту стварног власника прихода придају функцију правила за приписивање прихода. Дефиниција коју је Немачка усвојила се разликује од дефиниције стварног власника прихода у виду међународног концепта како је прописано у Коментару Модел-конвенције OECD 2003/14/17, међутим, с обзиром на то да је Директива, а у односу на Коментар OECD, у већој мери нејасно дефинисала наведени концепт, где се само захтева да стварни власник прима приходе у своје име и свој рачун, а не као посредник за друго лице, немачка домаћа дефиниција није у супротности са Директивом.¹¹⁹⁸ Различити прилази усвајања концепта стварног власника из Директиве могу довести до ситуације да право на ослобођење од плаћања пореза по одбитку буде одобрено у једној држави чланици, док под једнаким условима у другој држави чланици ово право не буде признато.¹¹⁹⁹

¹¹⁸⁹ A. Meindl-Ringler, 300.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, 300 – 301.

¹¹⁹¹ B. J. M. Terra, P. J. Wattel, 763.

¹¹⁹² A. Meindl-Ringler, 301.

¹¹⁹³ J. L. Rodriguez, G. Kofler, 221.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, 221 – 222.

¹¹⁹⁵ A. Meindl-Ringler, 302.

¹¹⁹⁶ Convention between the Federal Republic of Germany and the Republic of Italy for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and on capital and for the prevention of fiscal evasion, 1989, Protocol, ст. 9. Преузето са адресе: https://www.finanze.gov.it/export/sites/finanze/.galleries/Documenti/dipartimento_pol_fisc/germ-en.pdf 28.10.2021.

¹¹⁹⁷ The Convention between the United States of America and the Federal Republic of Germany for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and capital and too certain other taxes, 1989, Protocol, , ст. 10. Преузето са адресе: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/germany.pdf> 28.10.2021.

¹¹⁹⁸ A. Meindl-Ringler, 302.

¹¹⁹⁹ J. L. Rodriguez, G. Kofler, 222.

2.2.2.1.2. Концепт стварног власника у ситуацијама које укључују сталне пословне јединице

Члан 1 став 5 Директиве о камати и ауторској накнади наводи да стална пословна јединица може бити стварни власник камате или ауторске накнаде уколико је захтев по основу дуга, права или употребе информације, а на основу којих камата или ауторска накнада настаје, ефективно повезан са сталном пословном јединицом, као и уколико уплате у виду камате или ауторске накнаде представљају приход сталне пословне јединице који је подвргнут опорезивању у тој држави чланици, а за порезе који су поменути у Директиви.¹²⁰⁰ Директива даље наводи да уколико се стална пословна јединица сматра стварним власником прихода, ни један други део компаније не може имати исти статус стварног власника камате или ауторске накнаде коју је стална пословна јединица примила.¹²⁰¹

У оквиру наведене дефиниције, постоје два услова како би се стална пословна јединица сматрала стварним власником камате или ауторске накнаде. Прво, захтеви по основу дуга, права, или употребе информације морају ефективно бити повезани са сталном пословном јединицом. У пракси, сматраће се да захтеви по основу дуга или права јесу повезани ефективно са сталном пословном јединицом, уколико су исти део пословне имовине сталне пословне јединице, односно уколико камата и ауторска накнада представљају приходе у билансу успеха сталне пословне јединице.¹²⁰² Овај захтев о ефективној повезаности мора да постоји из разлога што стална пословна јединица није правно лице које има засебну пословну и правну способност, како је случај са компанијама.¹²⁰³ Други услов представља обавезност опорезивања сталне пословне јединице за примљену камату или ауторску накнаду, односно порез мора бити плаћен у држави чланици где се налази стална пословна јединица.¹²⁰⁴ Одредба о подвргнутом опорезивању је део дефиниције о стварном власнику прихода за сталне пословне јединице, с обзиром на то да су камате и ауторске накнаде у земљи извора признате као трошак, па наведена одредба онемогућава двоструко неопорезивање.¹²⁰⁵

2.2.2.2. Јединствени контекст концепта стварног власника прихода у оквиру Европске уније

У литератури можемо наићи на велики број закључака да концепт стварног власника има јединствено значење у оквиру ЕУ. Међутим, како бисмо утврдили постојање јединственог ЕУ значења, потребно је концепт стварног власника из Директиве о камати и ауторској накнади упоредити са истим концептом како је дефинисан у оквиру OECD Коментара из 2014/17. године.

Хинекенс (Hinneken) сматра да концепт стварног власника из Директиве има јединствено ЕУ значење, што потврђује чињеница да OECD Модел-конвенција у оквиру Директиве није поменута за наведени концепт, а такође постоје и велике разлике између OECD Модела и права ЕУ.¹²⁰⁶ Директива дефиницију о камати и ауторској накнади заснива на дефиницији наведених

¹²⁰⁰ Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States OJ L 157, 26.6.2003, чл. 1 ст. 5.

¹²⁰¹ *Ibid.*, чл. 1 ст.6.

¹²⁰² D. Hristov, 211 – 212.

¹²⁰³ L. de Broe, 668.

¹²⁰⁴ *Ibid.*

¹²⁰⁵ B. J. M. Terra, P. J. Wattel, 764.

¹²⁰⁶ A. Meindl-Ringler, 304.

прихода из OECD Коментара Модел-конвенције, са мањом разликом.¹²⁰⁷ Меморандум Комисије ЕУ у објашњењу наводи да званични Коментар OECD Модел-конвенције може да послужи у интерпретацији појма камате и ауторске накнаде из Директиве.¹²⁰⁸ Предлог Директиве из 1998. године се чак изричито позивао на OECD Модел-конвенцију из 1996. године, а у сврху одређивања појма камате и ауторске накнаде.¹²⁰⁹ Оваква изричито навођење OECD Модел-конвенције није усвојено у оквиру Директиве.¹²¹⁰ У сваком случају, Меморандум о објашњењу је изричито наводио да се појмови камате и ауторске накнаде заснивају на члановима 11 и 12 OECD Модел-конвенције.¹²¹¹ У вези са претходно наведеним, Комисија ЕУ је 2009. године објавила Извештај о функционисању Директиве о камати и ауторској накнади, где је навела да чланови 11 и 12 OECD Модел-конвенције не захтевају да исплата буде извршена повезаним лицима како то захтева Директива.¹²¹² Видимо да је утицај OECD Модел-конвенције и Коментара при дефинисању појмова камате и ауторске накнаде био велики како при ступању на снагу наведене Директиве, тако и у каснијем периоду при објављивању извештаја Комисије ЕУ. Међутим, предлог Директиве из 1998. године, пратећи меморандум, као и Директива о камати и ауторској накнади и њени пратећи документи, нису помињали OECD Модел-конвенцију и званични Коментар за сврху интерпретације концепта стварног власника из Директиве.¹²¹³ Остаје нејасно зашто се творци Директиве нису позвали на дефиницију стварног власника из званичне верзије OECD Модел-конвенције, која је много шири од дефиниције из Директиве. Такође, уколико погледамо BEPS пројекат и Директиву о спречавању избегавања плаћања пореза¹²¹⁴ (даље: АТАД Директива), о којој ће касније бити више речи, можемо утврдити да у циљу спречавања злоупотребе пореских уговора и директива, наведени OECD пројекат и ЕУ имају исти циљ супротстављања оваквој врсти злоупотребе. Логично би било да се Директива о камати и ауторској накнади до данас ускладила са OECD Коментаром, с обзиром на то да ЕУ тежи усклађивању својих антибузивних норми са OECD и њеним BEPS пројектом. Концепт стварног власника није део BEPS пројекта, али с обзиром на то да се политика ЕУ усклађује са општом политиком OECD, да се претпоставити да би и концепт стварног власника требало да буде усклађен са дефиницијом из OECD званичног Коментара.

Хинекенс (Hinneken) је такође навео да постоје велике разлике између OECD Модел-конвенције и права ЕУ. Наиме, OECD Модел-конвенција служи само као мустра при закључивању пореских уговора, док њен Коментар служи као средство интерпретације које није правно обавезујуће. Са друге стране, државе чланице ЕУ су у обавези да имплементирају директиве у своје национално законодавство.¹²¹⁵ С обзиром на то да државе чланице ЕУ имају обавезу имплементације директиве, можемо рећи да концепт стварног власника има јединствено значење у свим државама чланицама ЕУ. Међутим, чланице имају слободу начина имплементирања директиве у своје законодавство, па тако, према подацима које је изнела Комисија ЕУ, неке државе нису усвојиле никакву дефиницију стварног власника, друге су пак наставиле да користе домаћу одредбу о стварном власнику, док су преостале државе чланице усвојиле дефиницију из Директиве са неким варијацијама.¹²¹⁶ Видели смо да Данска није усвојила одредбу о стварном власнику, док је немачка усвојила али у виду правила за

¹²⁰⁷ B. J. M. Terra, P. J. Wattel, 773.

¹²⁰⁸ *Ibid.*

¹²⁰⁹ L. de Broe, 668.

¹²¹⁰ *Ibid.*

¹²¹¹ *Ibid.*, 667.

¹²¹² B. J. M. Terra, P. J. Wattel, 761.

¹²¹³ L. de Broe, 667 - 668.

¹²¹⁴ Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, OJ L 193, 19.7.2016.

¹²¹⁵ L. Adamczyk, A. Majdanska, 5.

¹²¹⁶ J. L. Rodriguez, G. Kofler, 221 – 222.

приписивање прихода, што се може сматрати да је у сагласности са Директивом. Мишљења смо да иако јединствено значење стварног власника из Директиве постоји из разлога што конкретна дефиниција представља део правно обавезујуће Директиве, сматрамо да различито поступање држава приликом имплементације Директиве и концепта стварног власника из исте, може да наруши јединствени контекст у оквиру ЕУ на који Директива указује. Право ЕУ одликује две карактеристике: јединство и примат над домаћим правом.¹²¹⁷ Моментом када је Директива о камати и ауторској накнади ступила на снагу, може се рећи да је појам стварног власника постао део права ЕУ.¹²¹⁸ С обзиром да право ЕУ има примат над домаћим правом, може се рећи да концепт стварног власника заиста има јединствено значење у оквиру Европске уније, докле год државе чланице усвоје дефиницију из Директиве која је у складу са истом.

Даље, уколико упоредимо дефиницију стварног власника из Директиве и званичног OECD Коментар, можемо приметити да Директива у лица која не могу бити стварни власници камате или ауторске накнаде изричито убраја и трастије, што није случај у Коментару. Коментар из 2014/17. године, наводи у фусноти да трасти дискреционог траста може, за потребе чланова 11 и 12 пореског уговора, бити сматран за стварног власника камате, ако исту не дистрибуира у одређеном временском периоду, иако је то супротно домаћим нормама из Закона о трасту.¹²¹⁹ Чини се да Директива концепту стварног власника придаје нешто другачији смисао у односу на Коментар.¹²²⁰ Наведена разлика указује на чињеницу да се јединствени контекст који пропагира OECD Коментар, разликује од контекста стварног власника који је својствен праву ЕУ, односно постоји јединствено ЕУ значење које се у оквирима ЕУ приписује стварном власнику прихода.¹²²¹ Такође, OECD Коментар изричито помиње да проточне компаније нису стварни власници прихода, док то није случај са дефиницијом из Директиве.¹²²² Наиме, једна група академика тврди да ће се проточна компанија увек сматрати стварним власником прихода уколико фирме послују по принципу продужене руке, док други тврде да проточне компаније које су део вештачке структуре нису стварни власници прихода према дефиницији из Директиве.¹²²³ С обзиром на то да посредничке компаније Директива поистовећује са агентима, трастијима и пуномоћницима, који послују у туђе име и за туђ рачун, може се закључити да уколико лице послује у своје име и за свој рачун, што је квалификација проточне фирме, а већину прихода прослеђује другом лицу, исто ће бити сматрано за стварног власника прихода.¹²²⁴ Дакле, прилаз који уводи Директива је заправо мање стриктан од прилаза који можемо наћи у Коментару, што нас опет наводи на закључак да се јединствено значење из Коментарa разликује од контекста стварног власника прихода који је део права ЕУ, односно, ЕУ право уводи јединствени карактер појма стварног власника прихода који је својствен само ЕУ.

Што се тиче сталних пословних јединица, OECD Коментар не предвиђа могућност да исте буду стварни власници прихода, како то предвиђа Директива о камати и ауторској накнади. Такође, Директива предвиђа да део концепта стварног власника у случају са сталним пословним јединицама, чини и одредба о подвргнутом опорезивању, што није случај са OECD Коментаром. Дефиниција за стварно власништво у случају са сталним пословним јединицама је морала бити промењена у односу на компаније из разлога што се фраза „прима у своју корист“ није могла употребити и на сталне пословне јединице које немају засебну правну

¹²¹⁷ *Ibid.*, 236.

¹²¹⁸ B. J. M. Terra, P. J. Wattel, 763.

¹²¹⁹ Model tax convention on income and on capital, OECD, 2014, Коментар члана 11, st. 9.1., fs. 1.

¹²²⁰ A. Meindl-Ringler, 305.

¹²²¹ J. L. Rodriguez, G. Kofler, 220.

¹²²² A. Meindl-Ringler, 305.

¹²²³ J. L. Rodriguez, G. Kofler, 243.

¹²²⁴ L. de Broe, 668.

личност.¹²²⁵ Свакако, остаје нејасан разлог дефинисања концепта стварног власника и за сталне пословне јединице, као и разлог неувршћивања одредбе о подвргнутом опорезивању и за компаније, уколико је то већ учињено за сталне пословне јединице.¹²²⁶ Може се претпоставити да став пети¹²²⁷, који се односи на стварно власништво над приходима сталне пословне јединице чини само допуну става четири¹²²⁸ који се односи на компаније.¹²²⁹ То би значило да је прво потребно проверити да ли је компанија стварни власник прихода, па уколико је компанија заиста и стварни власник прихода, може се приступити ставу петом који се односи на сталне пословне јединице.¹²³⁰ Дакле, стална пословна јединица се не може сматрати стварним власником прихода, уколико претходно није установљено да компанија, чији део стална пословна јединица сачињава, није стварни власник истог прихода.¹²³¹ Са друге стране, став шести¹²³² наглашава да уколико се стална пословна јединица сматра стварним власником прихода, ни један други део компаније не може бити третиран као стварни власник наведеног прихода, што нам указује на чињеницу да је потребно прво применити став везан за сталне пословне јединице, па тек онда претходни став који наводи само компаније. За концепт стварног власника прихода који се односи на сталне пословне јединице можемо рећи да има јединствено значење у оквиру ЕУ, јер OECD Модел-конвенција и Коментар такву дефиницију не познају.¹²³³

Такође, методе интерпретације у оквиру међународног пореског права и пореских уговора, и права ЕУ су различите.¹²³⁴ Наиме, приликом тумачења пореских уговора, примењују се општи принципи интерпретације који су кодификовани у Бечкој конвенцији, као и посебни принципи интерпретације који чине део пореских уговора, као на пример члан 3 став 2 уговора који одговара истом члану Модел-конвенције OECD.¹²³⁵ Супротно, право ЕУ користи сопствене методе интерпретације, међу којима телеолошки метод тумачења заузима битну улогу.¹²³⁶ У једном судском случају, СПЕУ је требало да интерпретира порески уговор између Аустрије и Немачке, где је навео да посебно правило интерпретације које је кодификовано у члану 3 ставу 2 пореског уговора, не може да буде примењено у овом случају, јер наведено правило не може да реши конфликт тумачења између две државе чланице ЕУ.¹²³⁷

Напоменимо на овом месту и да Директива о камати и ауторској накнади концепт стварног власника уводи само за компаније и сталне пословне јединице, искључујући појединце.¹²³⁸ Међутим, уколико пажљиво читамо Коментар чланова 10 – 12 Модел-конвенције OECD, можемо приметити да појединци нису искључени из дефиниције о стварном власнику прихода, односно и појединци могу да буду сматрани за стварне власнике дивиденде, камате или ауторске накнаде.

¹²²⁵ A. Meindl-Ringler, 301.

¹²²⁶ *Ibid.*

¹²²⁷ Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States OJ L 157, 26.6.2003, чл. 1 ст. 5.

¹²²⁸ *Ibid.*, чл. 1, ст. 4.

¹²²⁹ J. L. Rodriguez, G. Kofler, 245.

¹²³⁰ *Ibid.*

¹²³¹ *Ibid.*

¹²³² Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States OJ L 157, 26.6.2003, чл. 1 ст. 6.

¹²³³ A. Meindl-Ringler, 306.

¹²³⁴ L. de Broe, 668.

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ *Ibid.*

¹²³⁷ *Ibid.*, фуснота 33.

¹²³⁸ A. Meindl-Ringler, 306.

Циљ одредбе о стварном власнику у Директиви о камати и ауторској накнади јесте ограничавање обима Директиве, што наводи на чињеницу да наведена одредба има антиабузивни карактер.¹²³⁹ Антиабузивни карактер ове одредбе омогућава да лица која не примају уплате у своју корист, неће имати право на користи из Директиве где се порез по одбитку не наплаћује у држави чланици која је уједно и земља извора прихода.¹²⁴⁰ Комисија ЕУ је потврдила овај став у једној од својих извештаја наводећи да је циљ одредбе о стварном власнику да спречи вештачке проточне аранжмане, што је омогућавало да се кршење фундаменталних слобода на овај начин оправда и омогући.¹²⁴¹ Претпоставља се да су OECD Модел-конвенција из 1977. године и Коментар утицали на уношење одредбе о стварном власнику у оквиру предлога директиве из 1998. године, а потом и у Директиву о камати и ауторској накнади.¹²⁴² Међутим, присетимо се, OECD Коментар из 1977. године није концепту стварног власника приписивао јасну антиабузивну улогу, већ се таква улога први пут помињала у OECD Извештају о избегавању плаћања пореза и пореској евазији из 1987. године, а касније у верзији OECD Коментара из 2003. године. У сваком случају, при формирању свести и касније дефиниције о стварном власнику прихода у оквиру Директиве, утицај OECD је свакако постојао. Такође, циљ концепта стварног власника у оквиру Директиве, као и у OECD Модел-конвенцији и званичном Коментару, је у потпуности исти, односно онемогућава се ограничено опорезивање земље извора уколико се приход уплаћује посреднику а не стварном власнику прихода.¹²⁴³ На основу наведеног, није у потпуности јасно зашто се ЕУ дистанцирала од OECD у погледу дефиниције стварног власника прихода, ако је антиабузивна улога и сврха иста. Директива је могла бити измењена према званичном OECD Коментару. Уколико погледамо званични OECD Коментар можемо видети да се детаљније и обимније дефинише када ће се неко лице сматрати стварним власником прихода, док Директива и даље користи израз „у своју корист“ који је доста нејасан¹²⁴⁴ и отвара доста простора за различито тумачење што може довести до правне несигурности.

Можемо закључити да постоји интерес ЕУ да концепту стварног власника припише сопствено значење, које се доста разликује од међународног значења које заступа OECD у оквиру свог званичног Коментара. Није нам јасан интерес ЕУ у овом погледу, из разлога што преко BEPS пројекта и ATAD Директиве, антиабузивне норме ове две организације се поравњавају, с обзиром на то да обе имају исти циљ, а то је спречавање злоупотребе пореских уговора и директива. Можемо претпоставити да, с обзиром на то да OECD Коментар из 1977. године није садржао јасну дефиницију стварног власника прихода, ЕУ није желела да прихвати такав нејасан концепт, па је створила сопствену дефиницију која би била јединствена у оквиру ЕУ.¹²⁴⁵ Међутим, дефиниција је могла бити усклађена са новом верзијом Коментара 2003. и 2014. године, што није био случај. Сматрамо да није пожељно имати два различита јединствена значења, јер се може десити да се за сврху Директиве о камати и ауторској накнади утврди да компанија из државе чланице није стварни власник прихода, већ је то лице из треће државе, што би довело до ситуације да се не примени Директива, и да се примени порески уговор, уколико исти постоји. Даље, према пореском уговору може се утврдити да лице из исте државе чланице, којем је претходно на основу одредбе о стварном власнику из Директиве онемогућен приступ користима из исте, за сврху пореског уговора у оквиру јединственог значења заправо буде схваћено као стварни власник прихода. Уколико ЕУ јединствено значење и међународно

¹²³⁹ J. L. Rodriguez, G. Kofler, 234.

¹²⁴⁰ *Ibid.*

¹²⁴¹ У моменту ступања на снагу Директиве о камати и ауторској накнади, судска пракса СПЕУ поводом угрожавања фундаменталних слобода и њиховог оправдавања, није постојала, што је утицало на ЕУ Комисију да у извештају наведе да се одредба о стварном власнику примењује на вештачке проточне аранжмане, што је у складу са новонасталом праксом СПЕУ. Вид.: L. de Broe, 668 – 669.

¹²⁴² J. L. Rodriguez, G. Kofler, 235.

¹²⁴³ A. Meindl-Ringler, 305.

¹²⁴⁴ *Ibid.*, 301.

¹²⁴⁵ *Ibid.*, 306.

значење на које указује OECD у Коментару, нису у сагласности, правна сигурност може бити нарушена.

2.2.3. Пресуда Суда правде Европске уније по питању стварног власника прихода

Пре разматрања суштине пресуде, потребно је појаснити када СПЕУ иначе доноси своје пресуде и какав ефекат оне производе. Према члану 267 Уговора о функционисању ЕУ, СПЕУ има надлежност у доношењу прелиминарних одлука које се тичу интерпретације поменутог уговора који чини примарно право ЕУ.¹²⁴⁶ Циљ наведене одредбе је да се осигура јединствена примена права ЕУ у свим државама чланицама.¹²⁴⁷ Уколико се пред националним судом постави питање интерпретације или примене права ЕУ, поменути суд може од СПЕУ да затражи прелиминарну одлуку уколико сматра да је иста неопходна како би се донела пресуда на националном нивоу.¹²⁴⁸ Међутим, уколико се ово питање постави пред националним судом против чије одлуке није могуће уложити правни лек, такав суд је у обавези да затражи одлуку СПЕУ у виду претходног питања.¹²⁴⁹ Након доношења претходне одлуке, национални суд мора да настави поступак у складу са смерницама СПЕУ, али утврђивање чињеница и доношење пресуде остаје у надлежности националног суда.¹²⁵⁰ У сваком случају СПЕУ доноси прелиминарну одлуку по питању које му се постави као претходно у националном судском поступку и не може да расправља о питањима која национални суд није поставио и затражио, односно не може да проширује своју одлуку у том правцу.

2.2.3.1. Дански случајеви за које је затражена прелиминарна одлука Европског суда правде

Данска је крајем 1990. године и почетком 2000. године била атрактивна јурисдикција за оснивање холдинг компанија из разлога што у свом пореском законодавству није имала порез по одбитку за дивиденде без обзира на резидентство акционара.¹²⁵¹ Неколико година касније, политичка пажња је била усмерена на неколико великих данских компанија, које су преко приватних капиталних фондова и компликоване структуре, потенцијално могле да смање порез на добит.¹²⁵² ЕУ је критиковала овакву пореску политику Данске, што је довело до измене пореског закона.¹²⁵³ 2001. године, уведен је порез по одбитку и за дивиденде, а изузимање или преференцијални порески режими су били омогућени кроз примену Директиве о филијали и матичној компанији или Директиве о камати и ауторској накнади, као и кроз примену пореских уговора.¹²⁵⁴ Међутим, Данска до 2015. године није имплементирала антиабузивне мере у оквиру домаћег права.¹²⁵⁵ Такође, до наведене године, Данска у оквиру својих пореских закона није имала ни специјалне антиабузивне мере, које би се односиле на

¹²⁴⁶ L. Adamczyk, A. Majdanska, 28.

¹²⁴⁷ *Ibid.*

¹²⁴⁸ *Ibid.*

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ Susi Hjorth Baerentzen, Arjan Lejour, Maarten Van t Riet, „Limitation to Holding Structures for Intra-EU Dividends: An End to Tax Avoidance?“, *World Tax journal*, Vol. 12 No. 2, 2020, 273.

¹²⁵¹ S. Baerentzen (2020), 7.

¹²⁵² Susi Hjorth Baerentzen, „Cross-Border Dividend and Interest Payments and Holding Companies – An analysis of Advocate General Kokott 's Opinions in the Danish Beneficial Ownership Cases“, *European Taxation*, Vol. 58 No. 8, 2018, 343.

¹²⁵³ S. Baerentzen (2020), 7.

¹²⁵⁴ *Ibid.*

¹²⁵⁵ S. Baerentzen (2020), 9.

порез по одбитку за камате и ауторске накнаде.¹²⁵⁶ Након што је Директива о филијали и матичној компанији 2011/96/EU¹²⁵⁷ допуњена са антибузивном одредбом преко Директиве 2015/121/EU¹²⁵⁸, дански Закон о порезу на добит компанија имплементирао је наведену антибузивну норму из Директиве.¹²⁵⁹ Виши судови Данске су шест случајева, од којих се четири односило на порез по одбитку на камате, а два на порез по одбитку на дивиденде упутили СПЕУ захтев за доношење прелиминарне одлуке која се тичала интерпретације права ЕУ.¹²⁶⁰ Пореска администрација и Порески трибунал Данске су тврдили да је директни прималац камате и дивиденде проточна компанија, а не стварни власник прихода, као и да преференцијални режим пореза по одбитку према Директивама за камату, ауторску накнаду и дивиденду, као ни према пореском уговору, не би требало да буде одобрен.¹²⁶¹ Међутим, у то време, дански порески закони, како смо већ напоменули, нису садржали опште и специјалне законске антибузивне мере, па се члан 1 став 2¹²⁶² Директиве о филијали и матичној компанији као и члан 5 Директиве о камати и ауторској накнади, а који је омогућавао примену домаће антибузивне мере у случају злоупотребе директиве, није могао применити из горе наведеног разлога.¹²⁶³ Према томе, поставило се питање, шта је пореска администрација могла да користи као правни основ да не примени преференцијални режим из поменутих директива и пореских уговора.

Преостало је само да се примени антибузивна доктрина. У Данској, постојале су две антибузивне доктрине. Прва доктрина „правичног примаоца прихода“ (енг.: *rightful income recipient*), проистекла је из судских случајева који су датирани пре 2009. године.¹²⁶⁴ Наиме, према доктрини, правични прималац прихода је била особа којој је приход приписан за пореске сврхе, без обзира на формално појављивање у виду лица које је правни власник акција из којих су се исплаћивале дивиденде, или поверилац који је имао право на исплату камате према грађанском праву.¹²⁶⁵ Судови и Порески трибунал Данске су се у претходним случајевима сложили да се доктрина о правичном примаоцу прихода разликовала од концепта стварног власника прихода.¹²⁶⁶ Друга доктрина се односила на прилаз „суштине изнад форме“ (енг.: *Substance over form*).¹²⁶⁷ Ова доктрина је у Данској проистекла из докторске дисертације Педерсена (Pedersen) 1990. године, где је наведена теорија по којој је данска пореска администрација могла да спречи незакониту и закониту а нелегитимну пореску евазију применом доктрине о стварности (енг.: *reality doctrine*).¹²⁶⁸ Према овој доктрини, пореска управа је могла да занемари формалну страну трансакције која пореском обвезнику омогућава примену погодније одредбе.¹²⁶⁹ Иако су се правни саветници у оквиру Министарства Данске позивали на ову доктрину, Врховни суд Данске се у својим одлукама није осврнуо на наведени

¹²⁵⁶ S. F. Hansen, 49.

¹²⁵⁷ Council Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L 345, 29.12.2011.

¹²⁵⁸ *Ibid.*

¹²⁵⁹ S. F. Hansen, 49.

¹²⁶⁰ S. H. Baerentzen, A. Lejour, M. Van t Riet, 263-264.

¹²⁶¹ S. Baerentzen (2020), 9.

¹²⁶² Члан 1 став 2 наводи: „Директива неће преклудирати примену домаће или уговорне антибузивне мере чији је циљ спречавање преваре или злоупотребе“ вид.: Council Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L 345, 29.12.2011, чл.1, ст. 2.

¹²⁶³ S. Baerentzen (2018), 344.

¹²⁶⁴ *Ibid.*

¹²⁶⁵ S. Baerentzen (2020), 9.

¹²⁶⁶ A. Meindl-Ringler, 305.

¹²⁶⁷ S. Baerentzen (2020), 9.

¹²⁶⁸ S. Baerentzen (2018), 344.

¹²⁶⁹ *Ibid.*

принцип.¹²⁷⁰ У академским круговима дискутовало се о постојању доктрине о стварности, међутим, Пореска управа и Порески трибунал Данске су се сложили са пореском обвезником да ове две доктрине нису могле да буду примењене у конкретним случајевима који су се односили на стварно власништво над приходима.¹²⁷¹

Дакле, поновимо, концепт стварног власника у време када су се описани случајеви десили, није био познат у оквиру пореског права Данске,¹²⁷² а законска антибузивна правила која би се могла користити за порез по одбитку за дивиденде и камате нису постојала.¹²⁷³ Такође, како је Порески Трибунал и прихватио, Директива о филијали и матичној компанији није садржала одредбу о стварном власнику прихода.¹²⁷⁴ Суштина свих шест случајева који су били предмет прелиминарне одлуке СПЕУ сводили су се на питање да ли постоји неки правни основ према којем Пореска управа Данске има право да не примени погодности из Директиве о камати и аутоској накнади и из Директиве о филијали и матичној компанији, с обзиром на то да директни прималац није стварни власник камате и дивиденде.¹²⁷⁵ СПЕУ је донео јединствену и збирну одлуку за свих шест случајева, које је разматрао колективно, посебно за дивиденде и посебно за камате.¹²⁷⁶

У наредном делу, описаћемо свих шест случајева у којима је затражена прелиминарна одлука, а затим ћемо погледати какво је било мишљење општег пуномоћника¹²⁷⁷. На крају, сагледаћемо одлуку СПЕУ.

2.2.3.1.1. **Случај C-116/16 *T Denmark* – порез по одбитку на дивиденде**

Суштина овог случаја јесте да је данска филијала исплаћивала дивиденде холдинг компанији, резиденту чланице ЕУ.¹²⁷⁸ Детаљније, компанија *T Denmark* је била резидент Данске и пружала је одређене услуге на тржишту.¹²⁷⁹ Преко 50% акција наведене компаније поседовала је фирма *N Luxembourg II*, резидент Луксембурга, док су преостале акције поседовали мањински акционари којих је било више хиљада.¹²⁸⁰ Власник 99% акција компаније *N Luxembourg II* је била фирма *N Luxembourg*, такође резидент Луксембурга, док је преостали 1% поседовала иста фирма индиректно преко компаније *N Luxembourg III*.¹²⁸¹ Даље, акције компаније *N Luxembourg* поседовали су разни фондови приватног капитала који су се удруживали у форми ограниченог партнерства које је имало седиште ван ЕУ, у конкретном случају, Кајманска острва, са којима Данска није имала потписан уговор о избегавању двоструког опорезивања.¹²⁸² Током 2010. године, компанија *T Denmark* је исплатила дивиденду у вредности од приближно 800 милиона евра фирми *N Luxembourg II*.¹²⁸³ Поменути компанија је дивиденду проследила свом директном и индиректном власнику, компанији *N Luxembourg*,

¹²⁷⁰ *Ibid.*

¹²⁷¹ S. Baerentzen (2020), 9.

¹²⁷² S. Baerentzen (2018), 344.

¹²⁷³ S. F. Hansen, 49.

¹²⁷⁴ S. Baerentzen (2018), 344.

¹²⁷⁵ S. H. Baerentzen, A. Lejour, M. Van t Riet, 265.

¹²⁷⁶ S. Baerentzen (2020), 10.

¹²⁷⁷ Општи пуномоћник је лице које није члан Европског суда правде, али помаже наведеном суду при доношењу одлуке. Вид.: <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Advocate-General> 15.11.2021.

¹²⁷⁸ S. F. Hansen, 43.

¹²⁷⁹ S. H. Baerentzen, A. Lejour, M. Van t Riet, 265-266.

¹²⁸⁰ S. Baerentzen (2018), 347.

¹²⁸¹ S. H. Baerentzen, A. Lejour, M. Van t Riet, 265-266.

¹²⁸² S. Baerentzen (2018), 347.

¹²⁸³ S. H. Baerentzen, A. Lejour, M. Van t Riet, 265-266.

која је даље примљену дивиденду проследила својим власницима, односно приватним фондовима.¹²⁸⁴ Фирме *N Luxembourg*, *N Luxembourg II* и *N Luxembourg III* су задржале између 3% и 5% дивиденде како би се покрили трошкови трансакције.¹²⁸⁵

Порески обвезник Данске је пореској администрацији поднео захтев за обавезујуће претходно мишљење (енг.: *advanced ruling*) са питањем да ли би изузимање од опорезивања пореза по одбитку за дивиденде према Директиви о филијали и матичној компанији било одобрено уколико би се дивиденде дистрибуирале компанији *N Luxembourg*.¹²⁸⁶ Према пореској управи, изузимање од опорезивања према поменутој Директиви не би било омогућено, па је случај у даљем степену преузео Порески трибунал Данске.¹²⁸⁷ Трибунал је 2012. године донео ново мишљење које је заменило претходно, а према којем је овај Трибунал сматрао да би изузимање морало да буде одобрено јер Директива о филијали и матичној компанији не садржи захтев везан за стварно овласништво над дивидендом.¹²⁸⁸ Према томе, уколико би дивиденда била исплаћена компанији у Луксембургу, применило би се изузимање од опорезивања порезом по одбитку за дивиденде из поменуте Директиве.¹²⁸⁹ Такође, Порески трибунал Данске је сматрао да се члан 1 став 2 Директиве о филијали и матичној компанији није могао применити из разлога што у то време, Данска у домаћем праву није имала антиабузивне норме које би омогућиле примену опорезивања према домаћем праву, односно домаћом стопом пореза по одбитку која је у то време износила 28%.¹²⁹⁰ Међутим, у пореском управном поступку, Министарство за порезе Данске је сматрало да су компаније из Луксембурга уметнуте како би се искористиле користи из Директиве, јер поменуте компаније нису заиста користиле дивиденду, већ су исту прослеђивале, што им је придавало епитет проточне компаније а не епитет стварног власника дивиденде.¹²⁹¹ Министарство је даље сматрало да користи из Директиве не би требало да буду одобрене јер би то било у супротности са општим антиабузивним принципом ЕУ.¹²⁹² Такође, порески уговор између Данске и Луксембурга се по мишљењу Министарства није могло применити јер одредба о стварном власништву прихода није испуњена.¹²⁹³ Наглашено је од стране Министарства да оваква структура није имала утемељен пословни разлог, осим да се избегне плаћање пореза по одбитку за дивиденде према Директиви или пореском уговору.¹²⁹⁴ Министарство је против ове одлуке даље покренуло судски поступак. У шеми испод, можемо видети сликовито како је изгледала пореска структура ове трансакције.

¹²⁸⁴ S. Baerentzen (2018), 347.

¹²⁸⁵ S. H. Baerentzen, A. Lejour, M. Van t Riet, 265-266.

¹²⁸⁶ S. Baerentzen (2018), 347.

¹²⁸⁷ *Ibid.*

¹²⁸⁸ *Ibid.*

¹²⁸⁹ *Ibid.*

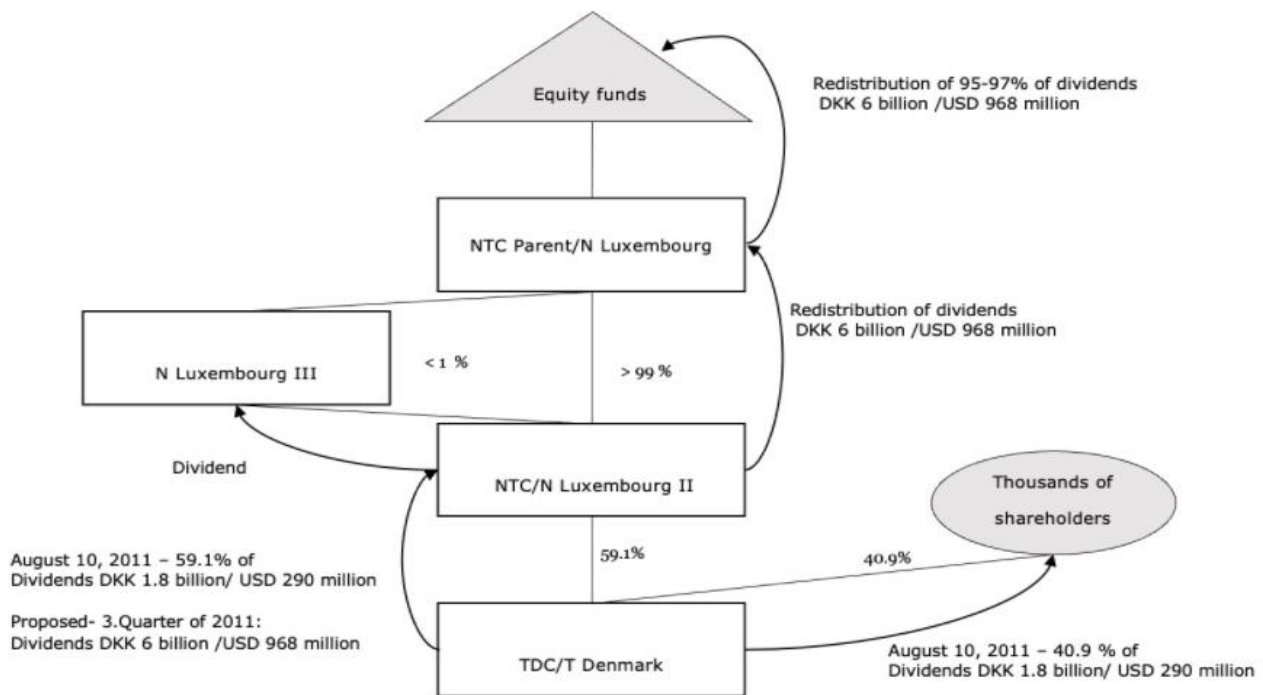
¹²⁹⁰ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 116/16 (T Denmark) and C – 117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 47.

¹²⁹¹ S. H. Baerentzen, A. Lejour, M. Van t Riet, 266.

¹²⁹² *Ibid.*

¹²⁹³ *Ibid.*

¹²⁹⁴ *Ibid.*



*Слика број 3. Извор: преузето са интернет адресе: <https://mnetax.com/danish-high-court-rules-on-beneficial-ownership-of-dividends-for-tax-purposes-43844> дана 25.4.2023.

2.2.3.1.2. Случај C-117/16 *Y Denmark ApS* – порез по одбитку на дивиденде

У оквиру ове структуре, данска филијала *Y Denmark ApS* је исплатила дивиденде свом акционару, компанији са Кипра.¹²⁹⁵ Кипарска компанија је примљеном дивидендом отплатила дуг који је имала према свом акционару, компанији са Бермуда.¹²⁹⁶ Зајам је иницијално послужио за куповину акције данске филијале. Кипарска компанија није имала пословне просторије, као ни запослене и није имала активно пословање, јер је основана као холдинг компанија која само поседује акције филијале.¹²⁹⁷ Крајњи власник акција у оквиру групе повезаних лица је била корпорација из САД.¹²⁹⁸ Током 2005. године, данска компанија је исплатила дивиденду у вредности од 566 милиона данских круна кипарској компанији, која је даље приходом од дивиденде вратила зајам акционару са Бермуда.¹²⁹⁹ Наредне године, исплаћена је дивиденда у вредности од 92 милиона данских круна по истом принципу.¹³⁰⁰

У оквиру пореског управног поступка, 2010. године, пореска управа донела је одлуку где се према пореском уговору између Данске и Кипра, компанија са Кипра не би сматрала стварним власником дивиденде из разлога што није имала пословне активности и није имала никакво

¹²⁹⁵ S. F. Hansen, 43.

¹²⁹⁶ S. Baerentzen (2018), 347.

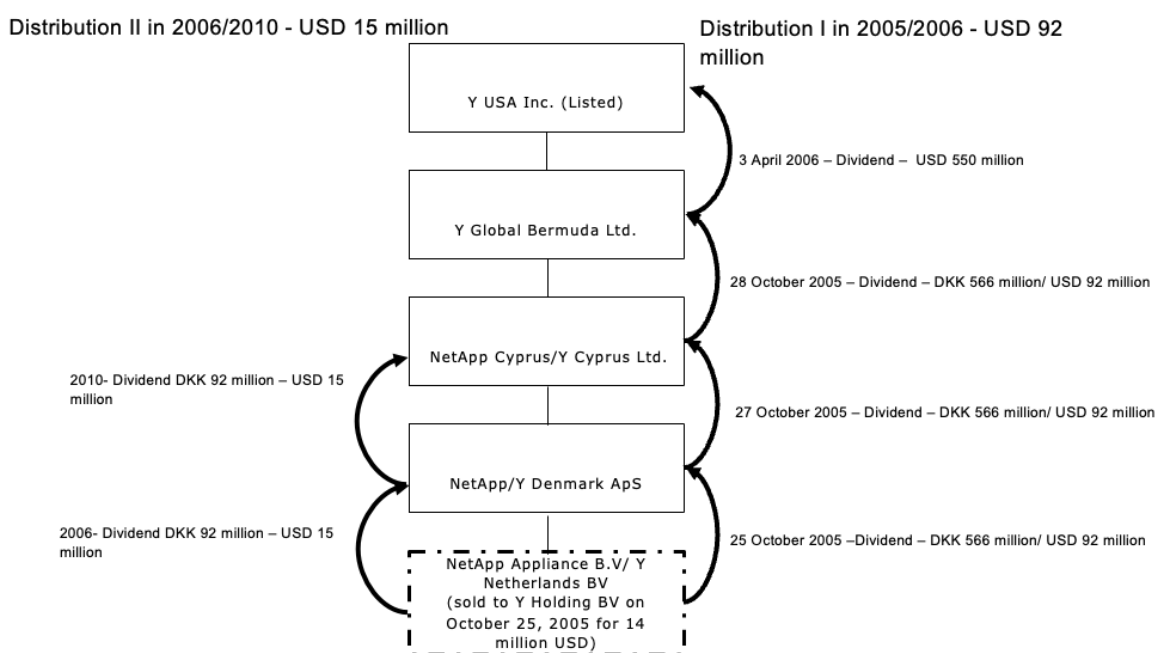
¹²⁹⁷ S. H. Baerentzen, A. Lejour, M. Van t Riet, 266-268.

¹²⁹⁸ S. Baerentzen (2018), 348.

¹²⁹⁹ S. H. Baerentzen, A. Lejour, M. Van t Riet, 266-268.

¹³⁰⁰ S. Baerentzen (2018), 348.

право да располаже примљеном дивидендом.¹³⁰¹ Дакле, према мишљењу пореске администрације, порез по одбитку је морао да буде обрачунат и плаћен. Даље, Порески трибунал Данске је потврдио одлуку пореске управе али је такође установио да су кипарској фирми користи из Директиве о филијали и матичној компанији омогућене из разлога што поменута Директива није захтевала услов стварног власништва.¹³⁰² Пре него што је случај преузео суд, Министарство за порезе Данске је тврдило да кипарска фирма није стварни власник дивиденде, већ да има својство проточне компаније.¹³⁰³ Своје мишљење, Министарство је засновало на чињеници да није постојао валидан пословни разлог за оваквом структуром, јер је циљ био искоришћавање користи из пореског уговора и Директиве о филијали и матичној компанији.¹³⁰⁴ Министарство је сматрало да према пореском уговору, стварни власник није кипарска фирма, а у исто време, сматрало је да Директива не може бити примењена јер би то било у супротности са антиабузивном принципом ЕУ.¹³⁰⁵ У шеми испод, можемо видети сликовито како је изгледала пореска структура ове трансакције.



*Слика број 4. Извор: преузето са интернет адресе: <https://mnetax.com/danish-high-court-rules-on-beneficial-ownership-of-dividends-for-tax-purposes-43844> дана 25.4.2023.

2.2.3.1.3. Случај C-115/16 *N Luxembourg I* – порез по одбитку на камате

Овај случај, као и преостала три, односио се на ситуацију у којој је данска компанија исплаћивала камату холдинг компанији која је даље исту прослеђивала лицима која нису били

¹³⁰¹ *Ibid.*

¹³⁰² *Ibid.*

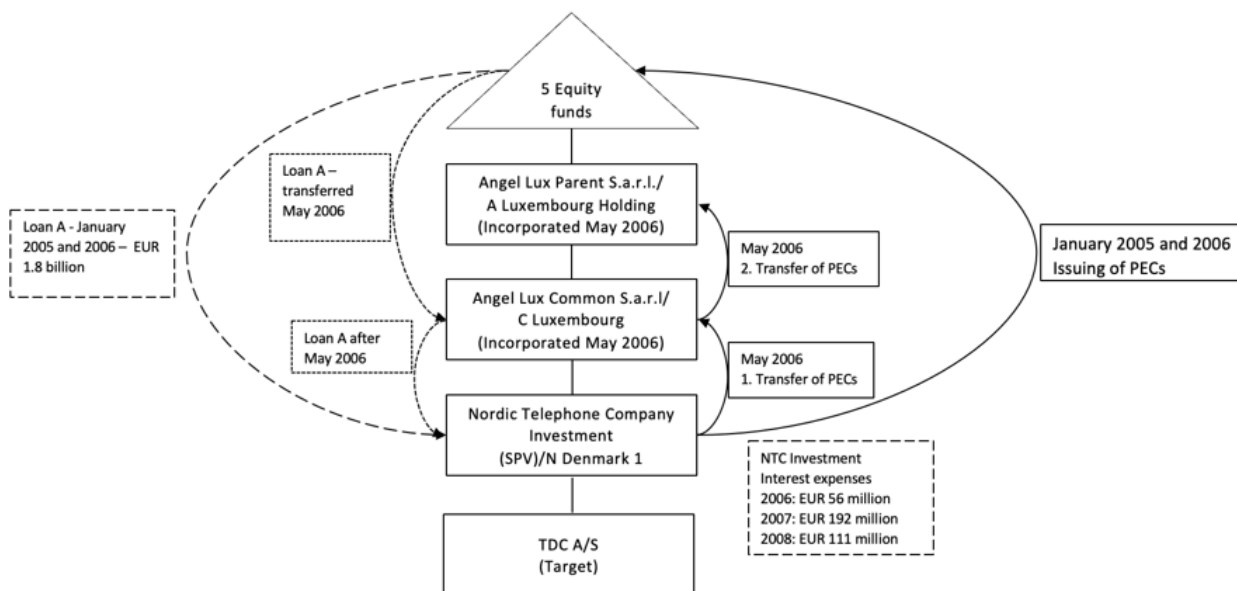
¹³⁰³ S. H. Baerentzen, A. Lejour, M. Van t Riet, 266-268.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, 268.

¹³⁰⁵ *Ibid.*

резиденти држава чланица ЕУ.¹³⁰⁶ Чињенице овог случаја су следеће.¹³⁰⁷ Пет фондова приватног капитала, резиденти трећих држава, основало је две компаније у Луксембургу *A Luxembourg Holding* и *C Luxembourg (SPV)* и једну компанију у Данској *N Denmark I (SPV)*. Како би данска компанија купила акције нове компаније у Данској, фондови су, у сврху куповине акција, одобрили зајам својој данској филијали, која је купила 80% удела у данској компанији *T Denmark*. Током 2006. године, хартије од вредности које дају право на потраживање по основу зајма, фондови су пребацили на своју филијалу *A Luxembourg Holding*, која је истог дана наведене хартије уступила компанији *C Luxembourg (SPV)*.¹³⁰⁸ Данска компанија је камату директно уплатила фондовима, док је само један изузетно мали део уплатила компанијама из Луксембурга. Према уговору, камата је преко компанија из Луксембурга, на крају припала фондовима.

Током 2011. године, Пореска управа Данске је донела решење према којем стварни власници нису биле компаније из Луксембурга већ капитални фондови из трећих држава. Порески трибунал Данске није одлучивао у другом степену, па је порески обвезник поднео тужбу пред Источним високим судом Данске, који је затражио прелиминарну одлуку СПЕУ. У шеми испод, можемо видети сликовито како је изгледала пореска структура ове трансакције.



*Слика број 5. Извор: преузето са интернет адресе: <https://mnetax.com/danish-beneficial-ownership-cases-on-interest-high-court-rules-in-favor-of-tax-administration-46444> дана 25.4.2023.

2.2.3.1.4. Случај C-118/16 X Denmark A/S – порез по одбитку на камате

Чињенице случаја су биле следеће.¹³⁰⁹ У оквиру групе компанија, све акције данске фирме *X Denmark A/S* је поседовала компанија из Шведске *X Sweden A/B*, која је даље била у власништву компаније *Sweden Holding AB*, резидента Шведске. Током 2006. године, компанија *X Sweden*

¹³⁰⁶ S. F. Hansen, 43.

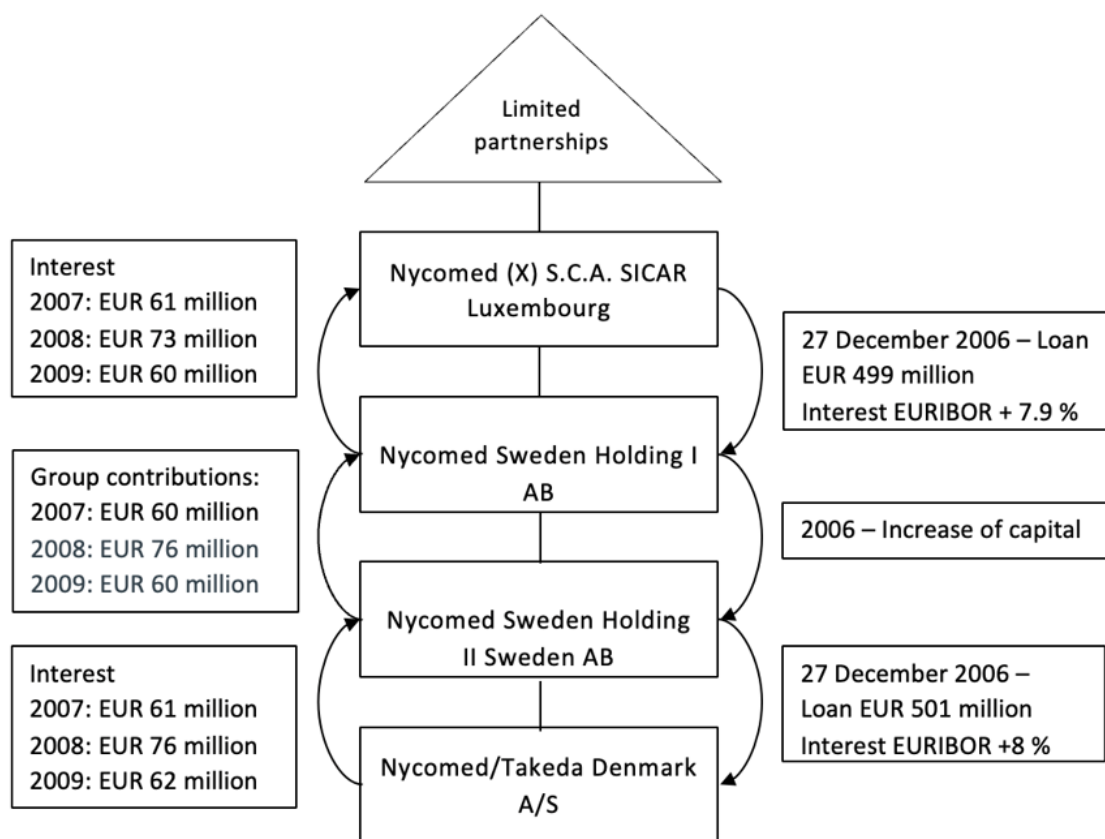
¹³⁰⁷ S. Baerentzen (2018), 350.

¹³⁰⁸ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 115/16 (N Luxembourg I), C – 118/16 (X Denmark), C – 119/16 (C Denmark I), C – 299/16 (Z Denmark), 26 February 2019, par. 34.

¹³⁰⁹ S. Baerentzen (2018), 350- 351.

A/B је одобрила зајам данској филијали у износу од 501 милион евра са одређеном фиксном каматом. Истог дана компанија *Sweden Holding AB* позајмила је готово идентичан износ (498,5 милиона евра) од компаније из Луксембурга са скоро идентичном фиксном каматном стопом. Власник компаније у Луксембургу је било партнерство са ограниченом одговорношћу. У периоду од 2007. године до 2009. године, данска фирма је исплаћивала камату фирми *X Sweden A/B*, која је даље у скоро идентичним износима докапитализовала компанију *Sweden Holding AB* као допринос групи, где је наведена шведска компанија даље исплаћивала скоро идентичну камату компанији из Луксембурга.

Пореска управа је 2010. године донела решење према којем се стварним власником прихода нису могле сматрати фирме из Шведске и Луксембурга, а по Директиви о камати и ауторској накнади, као и према пореским уговорима. За стварног власника камате, пореска управа је сматрала власнике компаније из Луксембурга. С обзиром на то да Порески трибунал Данске није одлучивао у другом степену, порески обвезник је тужбу поднео Источном вишем суду Данске. Наведени суд је даље затражио прелиминарну одлуку од СПЕУ. У шеми испод, можемо видети сликовито како је изгледала пореска структура ове трансакције.

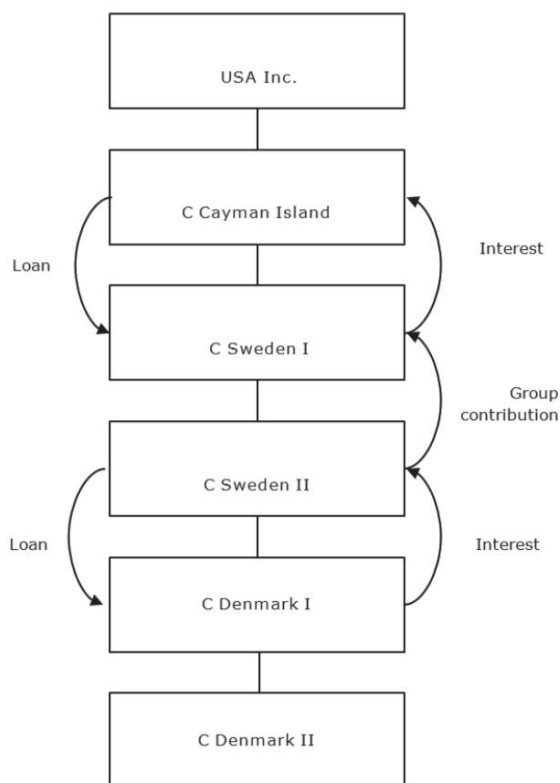


*Слика број 6. Извор: преузето са интернет адресе: <https://mnetax.com/danish-beneficial-ownership-cases-on-interest-high-court-rules-in-favor-of-tax-administration-46444> дана 25.4.2023.

2.2.3.1.5. Случај C-119/16 *C Denmark I* – порез по одбитку на камате

Чињенице овог случаја, који је доста сличан претходном, су следеће.¹³¹⁰ Компанија из Данске *C Denmark II* је била крајњи власник групе повезаних америчких компанија. Акције данске компаније су биле у власништву компаније са Кајманских Острва *C Cayman Island*. Фирма са Кајманских острва је позајмила милијарду долара данској фирми, међутим нешто касније дански прописи су се променили, па је у оквиру поменутог зајма морало бити извршено реструктурирање. Између поменутих фирми уметнуте су две шведске и још једна данска компанија. Након реструктурирања, данска фирма је дуговала новој данској фирми, која је даље у истом износу, са истом каматном стопом дуговала шведској фирми, која је у истом износу сваке године докапитализовала другу шведску фирму, која је тај износ искористила да врати зајам и камату компанији са Кајманских острва. Допринос групи коју је шведска фирма проследила другој шведској компанији се сматрало трошком.

Током 2009. године, пореска управа је донела решење према којем стварни власници камате нису биле фирме из Шведске као ни новооснована данска фирма. Овакво становиште је потврдио и Порески трибунал Данске. Порески обвезник је уложио тужбу Источном суду Данске, који је затражио прелиминарну одлуку СПЕУ. У шеми испод, можемо видети сликовито како је изгледала пореска структура ове трансакције.



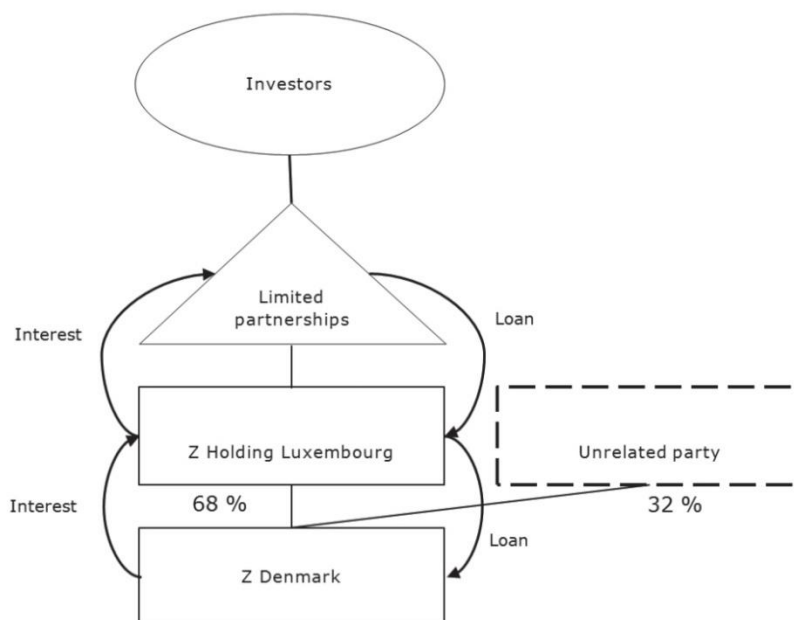
*Слика број 7. Извор: S. Baerentzen (2018), 351.

¹³¹⁰ *Ibid.*, 351-352.

2.2.3.1.6. Случај C-299/16 *Z Denmark* – порез по одбитку на камате

Чињенице овог случаја су следеће.¹³¹¹ Пет фондова, од којих је четири основало, према домаћем закону Данске, пореско транспарентно ограничено партнерство у Џерсију, купило је акције данске компаније *Z Denmark*, које су после пребацили својој филијали из Луксембурга *Z Holding Luxembourg*. Једина активност компаније из Луксембурга је била поседовање акција данске фирме. Фондови су дали зајам данској компанији, а затим су зајам у истом износу одобрили и филијали у Луксембургу. Зајам и камата су исплаћени компанији у Луксембургу, која је исти износ искористила за отплату зајма који је имала према фондовима.

Током 2010. године, Пореска управа данске је тврдила да се компанија из Луксембурга не може сматрати стварним власником камате како ни према Директиви о камати и ауторској накнади, тако ни према пореском уговору између Данске и Луксембурга. Порески трибунал је потврдио одлуку Пореске управе Данске. Порески обвезник је предао тужбу Западном вишем суду Данске, који је даље затражио прелиминарну одлуку од СПЕУ. У шеми испод, можемо видети сликовито како је изгледала пореска структура ове трансакције.



*Слика број 8. Извор: S. Baerentzen (2018), 352.

2.2.3.2. Питања која су дански судови упутили Суду правде Европске уније

Поновимо, Источни и Западни суд Данске су 19. фебруара 2016. године од СПЕУ затражили доношење претходне одлуке поводом интерпретације права ЕУ.¹³¹² Након тога, марта 2018. године, општи пуномоћник Кокот (Kokott), приложила је своје мишљење где је приказала како би прелиминарна одлука требало да изгледа.¹³¹³ Годину дана касније, 26. фебруара 2019. године, СПЕУ је објавио своју одлуку.¹³¹⁴ Суд је одлучивао колективно у поменути

¹³¹¹ *Ibid.*, 352.

¹³¹² S. Baerentzen (2018), 343.

¹³¹³ S. H. Baerentzen, A. Lejour, M. Van t Riet, 264.

¹³¹⁴ S. F. Hansen, 42.

случајевима,¹³¹⁵ али је донео истог дана две засебне одлуке.¹³¹⁶ Једна се односила на Директиву о филијали и матичној компанији, а друга на Директиву о камати и ауторској накнади.¹³¹⁷

Свих шест случајева је везано за стварно власништво над приходима, јер је Министарство за порезе Данске тврдило да директни примаоци нису стварни власници прихода већ су проточне компаније. Међутим, Директива о филијали и матичној компанији није предвиђала одредбу о стварном власнику прихода, па су се питања која је дански суд поставио СПЕУ у некој мери разликовала од питања у вези са Директивом о камати и ауторској накнади, која је садржала одредбу о стварном власнику прихода. Према томе, у наредном делу ћемо погледати која су то питања постављена СПЕУ за дивиденде, а која за камате.

2.2.3.2.1. Питања везана за Директиву о филијали и матичној компанији

Прво питање се састојало из два дела и гласило је:¹³¹⁸

„Да ли се држава чланица може позивати на члан 1 став 2 Директиве [90/435], који се односи на примену националних одредби за спречавање утаја и злоупотреба, само под условом да је наведена држава чланица усвојила посебну националну одредбу којом се имплементира члан 1 став 2 те директиве, односно да национално право садржи опште одредбе или начела о утаји и злоупотреби пореза који се могу тумачити у складу с наведеним чланом 1 ставом 2? Ако је одговор на прво питање потврдан, да ли се члан 2 став 1 тачка (ц) Закона о порезу на добит, којим се прописује да су, дивиденде изузете од опорезивања или се опорезују у смањеном износу на основу одредаба Директиве 90/435 [...]”¹³¹⁹, може сматрати таквом посебном националном одредбом у смислу члана 1 става 2 Директиве 90/435?“.

Дакле, суд је био у обавези да одговори да ли се члан 1 став 2 Директиве о филијали и матичној компанији могао директно применити.¹³²⁰ Ово питање је за Данску било важно, јер до 2015. године Данска у домаћем законодавству није имала антиабузивне норме,¹³²¹ па је тако и постављен упит да ли је члан 2, став 1, тачка ц Закона о порезу на добит могао да представља домаћу норму према члану 1 ставу 2 Директиве, уколико поменути члан Директиве нема директно дејство. Напоменимо, члан 1 став 2 Директиве прописивао је да Директива не може да преклудира домаће или уговорне антиабузивне норме које спречавају пореску утају или злоупотребу.¹³²²

¹³¹⁵ S. Baerentzen (2018), 343.

¹³¹⁶ Robert Danon *et al.*, „The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases“, *Intertax*, Vol. 49, Issue 6 & 7, 2021, 482.

¹³¹⁷ *Ibid.*

¹³¹⁸ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 116/16 (T Denmark) and C – 117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 48, ст. 1, тч. (а) и (б).

¹³¹⁹ Цео закон вид.: <https://danskelove.dk/selskabsskatteloven> 11.17.2021 .; Цео члан 2(1)(ц) закона вид.: Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 116/16 (T Denmark) and C – 117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 19.

¹³²⁰ S. Baerentzen (2018), 345.

¹³²¹ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 116/16 (T Denmark) and C – 117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 31.

¹³²² Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L 345, 29.12.2011, чл. 1, ст. 2.

Друго питање се односило на концепт стварног власника прихода из уговора о избегавању двоструког опорезивања који су закључени на основу Модел-конвенције OECD.¹³²³ Наиме, дански суд је питао да ли се одредба о стварном власнику из пореског уговора могла сматрати уговорном антиабузивном одредбом како је то предвиђао члан 1 став 2 Директиве о филијали и матичној компанији.¹³²⁴

Треће питање се надовезивало на претходно питање:¹³²⁵

„Ако је одговор на питање број два потврдно, да ли национални судови у том случају морају да дефинишу шта је укључено у појам стварног власника, или би концепт требало у сагласности са Директивом 90/435 интерпретирати у оквиру посебног значења у оквирима Европске уније?“

Суштински, дански суд је поставио питање да ли судови могу да тумаче појам стварног власника према домаћем праву.

Четврто питање се састојало из пет делова. Први део питања је гласио:¹³²⁶

„Ако се на питање број два одговори потврдно и одговор на питање број три подразумева да није на националним судовима да дефинишу шта спада под концепт стварног власника, да ли би концепт требало да буде интерпретиран у смислу да компанија која је резидент државе чланице, у условима као што је у презентованом случају, прима дивиденде од своје филијале из друге државе чланице и која јесте стварни власник тих дивиденди, где се наведени концепт интерпретира у складу са правом ЕУ?“

Суд се питао да ли, уколико се није могло применити домаће право, концепт стварног власника има посебно и јединствено значење у оквирима ЕУ. У другом делу четвртог питања, суд се запитао да ли је концепт стварног власника потребно интерпретирати у сагласности са концептом стварног власника из члана 1 ставова 1 и 4 Директиве 2003/49/ЕС.¹³²⁷ С обзиром на то да је овде реч о концепту стварног власника дивиденде, који није дефинисан у оквиру Директиве о филијали и матичној компанији, дански суд се питао да ли се могла применити дефиниција и интерпретација концепта стварног власника из Директиве о камати и ауторској накнади, где је концепт иначе дефинисан.

Трећи део овог питања гласио је:¹³²⁸

„Да ли би концепт стварног власника дивиденде требало да буде интерпретиран искључиво у светлу Коментара члана 10 OECD Модел-конвенције из 1977. године, или се у обзир може узети и каснија верзија Коментара из 2003. године где је дефинисана и проточна компанија, као и Коментар из 2014. године који уводи уговорну или правну обавезу да се проследи приход?“

Питање је сасвим логично из разлога што у моменту када је Директива о филијали и матичној компанији ступила на снагу, важила је дефиниција стварног власника прихода из OECD

¹³²³ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 116/16 (T Denmark) and C – 117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 48, ст. 2.

¹³²⁴ S. Baerentzen (2018), 345.

¹³²⁵ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 116/16 (T Denmark) and C – 117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 48, ст. 3.

¹³²⁶ *Ibid.*, par. 48, ст. 4, тч. (а).

¹³²⁷ *Ibid.*, par. 48, ст. 4, тч. (б).

¹³²⁸ *Ibid.*, par. 48, ст. 4, тч. (ц).

Коментара од 1977. године. Уколико је OECD Коментар релевантан у интерпретацији концепта стварног власника дивиденде, суд је доводио у питање динамичну интерпретацију појма. Поновимо, став OECD је следећи:¹³²⁹

„Можда је непотребно напоменути, али измене чланова Модел-конвенције и Коментара као директна последица оваквих измена, нису релевантне за тумачење или примену претходно закључених уговора у случају када су одредбе тих уговора суштински различите у односу на измењене чланове. Међутим, друге измене или допуне Коментара свакако се примењују приликом тумачења и примене уговора који су закључени пре њиховог усвајања, зато што оне рефлектују консензус држава чланица OECD у вези са исправним тумачењем постојећих одредаба и њиховом применом у специфичним случајевима“.

Концепт стварног власника према ставу OECD одликује динамична интерпретација. Четврти део питања је гласио:¹³³⁰

„Од какве би важности за оцену треба ли примаоца дивиденди сматрати стварним власником било да је наведени прималац имао уговорну или законску обвезу да проследи те дивиденде другом лицу?“

Даље, последњи део четвртог питања гласио је:¹³³¹

„Од какве је важности за оцену треба ли примаоца дивиденди сматрати стварним власником то што је суд који је упутио захтеве, након што је оценио чињенице у главном предмету, закључио да прималац, који није био под уговорном или законском обвезом да примљене дивиденде проследи другом лицу – у суштини није имао право употребе и коришћења дивиденди у смислу OECD Коментара из 2014. године, а за Модел-конвенцију из 1977. године?“

Дански суд се осврнуо на OECD Коментар из 2014. године, где је приметио да се захтева да постоји уговорна или правна обавеза да се приход проследи како би се лице сматрало проточном компанијом. Суд се даље запитао да ли лице може бити сматрано за стварног власника дивиденде ако не постоји правна или уговорна обавеза прослеђивања прихода, али таква обавеза произлази суштински из чињеница случаја, што указује да поменуто лице нема право употребе и коришћења дивиденде. Видећемо у наредном делу овог рада да је обавеза прослеђивања на основу чињеничног стања, неvezано од уговорне и законске обавезе прослеђивања прихода, карактеристика прилаза „суштина изнад форме“, односно економског тумачења концепта стварног власника.

Суд је даље поставио питање да ли се конкретни случај може сматрати злоупотребом Директиве према члану 1 ставу 2 Директиве о филијали и матичној компанији.¹³³² Последње битније питање које се односило на концепт стварног власника дивиденде, гласило је:

„Ако је одговор на друго питање потврђан и ако одговор на треће питање гласи да није на националним судовима да дефинишу појам стварног власника, и ако, конкретно, из тога следи да компанија резидент државе чланице (матично друштво), на основу Директиве 90/435, нема право на изузимање од пореза по одбитку у погледу дивиденди које је примило од компаније резидента друге државе чланице (филијала), да је ли друга поменута држава чланица тада, на

¹³²⁹ Model Tax Convention on Income and on Capital, 2017, Introduction ст. 35.

¹³³⁰ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 116/16 (T Denmark) and C – 117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 48, ст. 4, тч. (д).

¹³³¹ *Ibid.*, par. 48, ст. 4, тч. (е).

¹³³² S. Baerentzen (2018), 345.

основу Директиве 90/435 или члана 4 става 3. Уговора о Европској унији, у обавези да наведе ко се у том случају сматра стварним власником?“

Суд се овде питао да ли је постојала обавеза да држава извора открије ко је стварни власник прихода, јер уколико је стварни власник резидент треће државе која је уједно и чланица ЕУ, користи из Директиве би свакако биле одобрене.

Преостала питања се нису тичала конкретно стварног власништва над приходима, па нећемо даље улазити у детаље.¹³³³ Битно је нагласити да су наведена питања идентична за оба случаја која су се односила на дивиденде.

2.2.3.2.2. Питања везана за Директиву о камати и ауторској накнади

Дански суд је, као и за дивиденде, поставио питање да ли је ситуација у наведеним случајевима који су били везани за порез по одбитку за камате, потпадала под појам „злоупотребе“ како то иначе наводи члан 5 Директиве о камати и ауторској накнади.¹³³⁴ У наведеном члану се прописује да Директива не може да преклудира друге домаће или уговорне антиабузивне мере које служе спречавању пореске евазије и злоупотребе. Државе чланице могу, у случају када је главни мотив трансакције или један од главних мотива пореска евазија или злоупотреба, да повуку користи из ове Директиве или да одбију да примене ову Директиву.¹³³⁵

Следеће питање суда, гласило је:¹³³⁶

„Да ли се држава чланица може позивати на члан 5 став 1 Директиве, који се односи на примену националних одредби за спречавање утаја и злоупотреба, или на члан 5 став 2 Директиве, само под условом да је наведена држава чланица усвојила посебну националну одредбу којом се имплементира члан 5 те директиве, односно да национално право садржи опште одредбе или начела о утаји и злоупотреби пореза који се могу тумачити у складу с наведеним чланом 5? Ако је одговор на ово питање потврдан, да ли се члан 2 став 2 тачка (д) Закона о порезу на добит, којим се прописује да ограничено опорезивање за приходе од камата не укључује „камате које су изузете од опорезивања...у оквиру Директиве 2003/49 о јединственом систему опорезивања за камате и ауторске накнаде које се исплаћују повезаним компанијама у другим државама чланицама“, може сматрати таквом посебном националном одредбом у смислу члана 5 Директиве?“

Виши суд је даље поставио питање, да ли се концепт стварног власника који се могао наћи у члану 11 пореских уговора, који су били закључени по основу OECD Модел-конвенције, даље могао сматрати уговорном антиабузивном одредбом како то иначе прописује члан 5 Директиве.¹³³⁷ Као и у случају са дивидендама, дански суд се питао шта се може сматрати домаћом или уговорном антиабузивном одредбом према члану 5 Директиве, наводећи

¹³³³ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 116/16 (T Denmark) and C – 117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 48, ст. 6, 7, 9 и 10.

¹³³⁴ S. Baerentzen (2018), 346.

¹³³⁵ Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States, OJ L 157, 26.6.2003, чл. 5.

¹³³⁶ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 115/16 (N Luxembourg I), C – 118/16 (X Denmark), C – 119/16 (C Denmark I), C – 299/16 (Z Denmark), 26 February 2019, par. 45, ст. 2, тч. (а) и (б).

¹³³⁷ S. Baerentzen (2018), 346.

конкретне чланове домаћег закона и пореског уговора. Такође, суд је поставио питање да ли је члан 5 Директиве имао директну примену.

С обзиром на то да Директива о камати и ауторској накнади садржи одредбу о стварном власнику, суд је довео у питање тумачење поменутог појма.¹³³⁸ Пре свега, поставило се питање како се концепт стварног власника из Директиве о камати и ауторској накнади требало тумачити.¹³³⁹ Суд је даље поставио питање да ли би концепт стварног власника из Директиве требало да буде тумачен у складу са концептом стварног власника из члана 11 OECD Модел-конвенције из 1977. године. Уколико би одговор био потврдан, суд је поставио следеће питање да ли се концепт треба тумачити искључиво према OECD Коментару из 1977. године, или се у обзир могу узети и Коментари из 2003. и 2014. године, а који су детаљније одредили када се лице сматра проточном компанијом.¹³⁴⁰ Занимљиво је да се дански суд у следећем питању фокусирао само на Коментар из 2003. године, занемарујући новију верзију Коментара из 2014. године. Наиме, суд је поставио питање:

„Ако Коментар из 2003. године послужи као средство интерпретације, да ли је услов, како се компанија не би сматрала стварним власником према Директиви 2003/49, да мора постојати каналисање прихода према лицима за које земља одакле се плаћају камате сматра стварним власницима камате, и ако је тако, да ли је и услов такође да се прослеђивање прихода десило у временском периоду који је врло близак моменту исплате камате ?“¹³⁴¹

Уколико би држава из које се исплаћују камате сматрала да директни прималац није стварни власник камате али да је стварни власник камате треће лице, које је резидент државе чланице или државе са којом Данска има закључен порески уговор, суд је поставио питање да ли би држава извора имала право да примени домаћу норму за опорезивање камата по одбитку, да је зајмодавац из треће државе директно позајмио новац дужнику, у овом случају исплатиоцу камате.¹³⁴² Такође, поставило се и питање да ли би у случају да држава чланица сматра да директни прималац камате није стварни власник већ има својство вештачки створене проточне компаније, постојала обавеза да идентификује земљу у којој се налази стварни власник камате.¹³⁴³

Виши суд се, као и у случајевима са дивидендама, запитао да ли лице може, према OECD Коментару из 2014. године бити сматрано за стварног власника камате ако не постоји правна или уговорна обавеза прослеђивања прихода, али таква обавеза произлази суштински из чињеница случаја, што указује да поменуто лице нема право употребе и коришћења дивиденде.¹³⁴⁴

Преостала питања се нису тичала конкретно стварног власништва над приходима, па нећемо даље улазити у детаље. Битно је нагласити да су наведена питања идентична за сва четири случаја која су се односила на камате.

¹³³⁸ S. F. Hansen, 43.

¹³³⁹ S. Baerentzen (2018), 346.

¹³⁴⁰ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 115/16 (N Luxembourg I), C – 118/16 (X Denmark), C – 119/16 (C Denmark I), C – 299/16 (Z Denmark), 26 February 2019, par. 45, ст. 1, тч. (б) и (ц).

¹³⁴¹ *Ibid.*, par. 45, ст. 1, тч. (е).

¹³⁴² *Ibid.*, par. 45, ст. 1, тч. (е).

¹³⁴³ *Ibid.*, par. 45, ст. 5.

¹³⁴⁴ *Ibid.*, par. 45, ст. 1, тч. (ф).

2.2.3.3. Мишљење општег пуномоћника поводом постављених питања националног суда

Општи пуномоћник Кокот је почетком марта 2018. године објавила своје мишљење поводом питања која су дански судови упутили СПЕУ.¹³⁴⁵ Кокот је дала своје виђење како би СПЕУ требало да одговори на постављена питања у оквиру доношења претходне одлуке.

2.2.3.3.1. Мишљење општег пуномоћника поводом случајева са дивидендама

У овом делу, размотрићемо само случај C-116/16, с обзиром на то да су питања данског суда која су упућена СПЕУ суштински иста. Општи пуномоћник је одговорила пре свега на питање данског суда да ли је конкретна ситуација чинила „злоупотребу“ према члану 1 ставу 2 Директиве о филијали и матичној компанији. Она је навела да члан 1 став 2 Директиве о филијали и матичној компанији рефлектује општи принцип права ЕУ према којем се лица не могу ослонити на право ЕУ у случају злоупотребе или утаје.¹³⁴⁶ Право ЕУ не може да се прошири и на абузивну праксу економских оператера, односно на трансакције које се не спроводе у контексту нормалних комерцијалних трансакција, већ са једином сврхом да се неосновано примене користи које омогућава право ЕУ.¹³⁴⁷ Она је даље сматрала да се злоупотреба мора сагледати из угла претходних пресуда СПЕУ и навела је да аранжман мора бити у потпуности вештачки структуриран, а који такође не рефлектује економску стварност.¹³⁴⁸ Кокот је приложила одређене критеријуме према којима се могло утврдити постојање односно непостојање потпуно вештачког аранжмана. Пре свега, сматрала је да уколико у структури постоји холдинг компанија, то не може само по себи довести до чињенице да постоји злоупотреба права ЕУ.¹³⁴⁹ Такође, чињенице да холдинг компанија не обавља пословне активности и да њен једини циљ јесте да држи акције данске филијале, не може само по себи да подразумева постојање злоупотребе.¹³⁵⁰ Прослеђивање прихода холдинг компаније својим акционарима у виду дивиденде јесте управо и сврха оснивања исте, па се то не може узети у обзир при сагледавању чињеница које доводе до злоупотребе права ЕУ.¹³⁵¹ Не би имало смисла да се изузимање од опорезивања пореза по одбитку за дивиденде не одобри у случају када се исте исплаћују холдинг компанији, из разлога што ће холдинг компанија дивиденду проследити својим акционарима.¹³⁵² Исто се може рећи и за ситуацију у којој су акционари компаније која прима дивиденду, резиденти трећих држава које нису чланице ЕУ,¹³⁵³ јер је СПЕУ већ одлучио у једном случају да поменута ситуација не може бити довољан разлог да се установи злоупотреба.¹³⁵⁴ Међутим, са друге стране, општи пуномоћник је била мишљења да се злоупотреба може утврдити само проценом сваког случаја засебно, где је потребно сагледати целу структуру повезаних компанија, а не само директног примаоца дивиденде.¹³⁵⁵ Код директног примаоца дивиденде, који је најчешће холдинг компанија, потребно је узети у обзир постојање просторија, машина, запослених и слично, а у сврху доказивања постојања економске реалности.¹³⁵⁶ Према општем пуномоћнику Кокот, да би неки догађај могао да

¹³⁴⁵ S. H. Baerentzen, A. Lejour, M. Van t Riet, 264.

¹³⁴⁶ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 116/16, 1. March 2018, par. 48.

¹³⁴⁷ *Ibid.*

¹³⁴⁸ *Ibid.*, пар. 51.

¹³⁴⁹ S. F. Hansen, 47.

¹³⁵⁰ S. Baerentzen (2018), 349.

¹³⁵¹ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 116/16, 1. March 2018, par. 56.

¹³⁵² *Ibid.*

¹³⁵³ S. F. Hansen, 46.

¹³⁵⁴ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 116/16, 1. March 2018, par. 57.; Judgement of of 7 September 2017, *Eqiom and Enka C – 6/16*, EU:C:2017: 641, пар. 27.

¹³⁵⁵ S. Baerentzen (2018), 349.

¹³⁵⁶ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 116/16, 1. March 2018, par. 55.

представља злоупотребу права ЕУ, потребно је да аранжман буде потпуно вештачка творевина, која не рефлектује економску стварност, као и да је главни циљ аранжмана да се заобиђу домаће пореске норме држава чланица.¹³⁵⁷ У вези са наведеним, сматрала је да је обавеза доказивања ове две чињенице на страни пореске администрације, где би се пореском обвезнику дозволило да докаже да аранжман има комерцијалну вредност, односно да је структура постављена тако првенствено из комерцијалних разлога.¹³⁵⁸

Што се тиче питања данског суда, да ли се члан 1 став 2 Директиве могао директно применити без претходне имплементације, и уколико то није случај, да ли се могла домаћа норма из закона, конкретније члан 2 став 1 тачка (ц), или општи антиабузивни принципи, или члан 11 из пореског уговора, сматрати домаћом или уговорном нормом према члану 1 ставу 2 Директиве: Кокот је сматрала да се члан 1 став 2 Директиве не може директно применити на појединца уколико претходно тај члан није имплементиран,¹³⁵⁹ јер је у претходним случајевима, СПЕУ наводио да директива не може сама по себи да појединцима намеће обавезе, све док је држава не имплементира.¹³⁶⁰ У складу са наведеним, Кокот је навела да се пореске власти не могу у оквиру поступка директно ослањати и позивати на општи принцип права ЕУ према којем је злоупотреба права забрањена. Када би тако нешто било дозвољено, као и примена општег принципа ЕУ, који је по питању садржаја мање јасан и прецизан, хармонизациони циљ Директиве о филијали и матичној компанији би био доведен у опасност, а такође, остале антиабузивне мере које садрже друге директиве (као што је у члану 6 АТАД Директиве 2016/1164), биле би поткопане.¹³⁶¹

Општи пуномоћник је желела да каже да уколико би се општи принцип ЕУ користио директно преко Директиве, пореске управе би могле наведени принцип, који није био потпуно јасан и дефинисан, да користе како не би одобриле користи из Директиве о филијали и матичној компанији, што би могло угрозити хармонизациони циљ Директиве. Такође, у том случају, примена опште антиабузивне норме према члану 6 АТАД Директиве¹³⁶² постала би непотребна. Пуномоћник Кокот је затим била мишљења да се у случајевима са ПДВ, у којима је директно примењен општи принцип забране злоупотребе права, није могао аналогно применити и на директне порезе, јер је ПДВ од велике важности за само функционисање ЕУ.¹³⁶³

Она је даље сматрала да члан 2 став 1 тачка (ц) и члан 11 пореског уговора нису били довољни да конституишу имплементацију члана 1 става 2 Директиве у данско домаће право.¹³⁶⁴ Међутим, сматрала је да се генералне одредбе и принципи који су се односили на утају и злоупотребу, могли узети у обзир, где се наводе два већ поменута принципа: доктрина о правичном примаоцу прихода и доктрина о реалности.¹³⁶⁵ Пуномоћник Кокот, позивајући се на једну претходну пресуду¹³⁶⁶ СПЕУ навела је следеће:¹³⁶⁷

¹³⁵⁷ S. Baerentzen (2018), 345.

¹³⁵⁸ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 116/16, 1. March 2018, par. 60 – 65.

¹³⁵⁹ S. Baerentzen (2018), 345.

¹³⁶⁰ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 116/16, 1. March 2018, par. 99.

¹³⁶¹ *Ibid.*, par. 100.

¹³⁶² Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, OJ L 193, 19.7.2016.

¹³⁶³ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 116/16, 1. March 2018., par. 101 - 103.

¹³⁶⁴ S. Baerentzen (2018), 346.

¹³⁶⁵ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 116/16, 1. March 2018, par. 106 - 107.

¹³⁶⁶ Judgment of the Court (First Chamber) of 5 July 2007, Kofoed C – 321/05.

¹³⁶⁷ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 116/16, 1. March 2018, par. 95.

„Није увек неопходно да се формално усвоје услови из директиве (у овом случају члан 1 став 2 Директиве о филијали и матичној компанији) у виду одређених правних одредаба. Транспозиција директиве може, у зависности од свог садржаја, да буде постигнута путем општег правног контекста, укључујући и опште принципе националног уставног или административног права, уколико се на овај начин могу обезбедити пуна примена директиве у довољно јасном и прецизном смислу.“

Дакле, примена домаћих општих принципа, била би дозвољена, па тако, сматрало би се да је члан 1 став 2 Директиве имплементиран.

На питања везана за стварног власника прихода општи пуномоћник је пре свега одговорила да примена овог концепта није могућа јер Директива о филијали и матичној компанији не садржи такву одредбу као што је случај са Директивом о камати и ауторској накнади.¹³⁶⁸ Према томе, користи из Директиве о филијали и матичној компанији морају да буду омогућене директном примаоцу дивиденде, односно холдинг компанији без даљег испитивања стварног власништва над поменутом дивидендом.¹³⁶⁹ Кокот је закључила да се не може аналогно применити концепт стварног власника који постоји у Директиви о камати и ауторској накнади.¹³⁷⁰ Што се тиче примене OECD Модел-конвенције и Коментара на интерпретацију појма стварног власника дивиденде, пуномоћник Кокот је навела да се Директива о филијали и матичној компанији морала тумачити у оквирима права ЕУ, па тако, OECD Коментар, који иначе ни за државе OECD није правно обавезујући, није могао да послужи интерпретацији Директиве и СПЕУ није дужан да OECD материјале користи при тумачењу Директиве.¹³⁷¹ Кокот је на крају закључила да OECD Модел-конвенција и Коментар из 1977. године, као и све касније верзије, не утичу на интерпретацију Директиве о филијали и матичној компанији, која се тумачи у складу са јединственим правом ЕУ.¹³⁷²

Уколико пажљиво анализирамо мишљење општег пуномоћника Кокот, можемо приметити да је фокус био на општем принципу забране злоупотребе права.¹³⁷³ Наведено је посебно уочљиво у оквиру одговора на питање да ли је држава дужна да идентификује ко је стварни власник дивиденде, где је општи пуномоћник дала мишљење према којем таква обавеза постоји, али не у сврху примене концепта стварног власника, већ из разлога да се докаже постојање злоупотребе, јер се државе не могу позивати на општу злоупотребу.¹³⁷⁴ Сматрамо да је општи принцип забране злоупотребе права коректно тумачен од стране општег пуномоћника, која указује на велику опасност по правну сигурност, јер је општи принцип био доста нејасан и непрецизан. У сваком случају члан 6 АТАД Директиве¹³⁷⁵, односно општа антиабузивна мера, отклања сваку правну несигурност за све будуће случајеве, јер сада државе морају ову одредбу као део минималног стандарда да имплементирају у своје национално законодавство. Данска је, по имплементацији ове Директиве у своје законодавство, добила општу антиабузивну меру коју је могла да примени за случајеве који су се односили на стварно власништво над дивидендом, уместо општег принципа ЕУ о забрани злоупотребе права.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, пар. 85.

¹³⁶⁹ S. Baerentzen (2018), 346.

¹³⁷⁰ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 116/16, 1. March 2018, par. 86.

¹³⁷¹ *Ibid.*, пар. 78 - 86.

¹³⁷² *Ibid.*, пар. 85.

¹³⁷³ S. Baerentzen (2020), 14.

¹³⁷⁴ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 116/16, 1. March 2018, par. 87-92.

¹³⁷⁵ Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, OJ L 193, 19.7.2016.

2.2.3.3.2. Мишљење општег пуномоћника поводом случајева са каматама

Дански суд је пре свега поставио питање како би требало интерпретирати концепт стварног власника из Директиве о камати и ауторској накнади, као и питање ефекта OECD Модел-конвенције и Коментара на поменуто тумачење.¹³⁷⁶ Према пуномоћнику Кокот, било је потребно утврдити ко је, пре свега, лице које је имало право потраживања камате. Право да потражује камату имало је лице које је, у складу са грађанским правом, имало право да затражи исплату камате у своје име.¹³⁷⁷ Према томе, на основу претходних случајева СПЕУ, могло се закључити да је власник камате према Директиви о камати и ауторској накнади, било лице које је према правилима грађанског права имало основа да потражује исплату камате.¹³⁷⁸ Кокот је сматрала да је члан 1 став 4 Директиве потврђивао наведено, јер је овај члан наводио да агенти, трастији и овлашћени пуномоћници нису могли да буду третирани као стварни власници камате.¹³⁷⁹ Наведена лица не поступају у своје име и за свој рачун. Општи пуномоћник је даље сматрала да лице које самостално одлучује како ће располагати примљеном каматом и које сноси све ризике око оваквог пословања, могло би се сматрати стварном власником камате.¹³⁸⁰ Супротно, уколико је прималац камате везан за одлуке треће стране и све ризике сноси иста страна, такав директни прималац камате не би могао бити сматран за стварног власника камате јер не послује у своје име и за свој рачун.¹³⁸¹

Што се тиче ефекта OECD Модел-конвенције и Коментара на тумачење концепта стварног власника из Директиве, пуномоћник Кокот је донела мишљење које се подударало са мишљењем у оквиру случајева са дивидендама. Кокот је у овом случају навела да OECD Модел-конвенција и Коментар немају правно обавезујућу снагу ни за чланице OECD јер је, посебно Коментар, написан у виду препорука.¹³⁸² Такође, СПЕУ је у претходним случајевима потврдио тезу да тумачење према OECD Коментару не може да ограничава право ЕУ.¹³⁸³ Кокот је закључила да се концепту стварног власника из Директиве мора приписати јединствено значење у оквирима ЕУ и да се у обзир не би требало узимати OECD Коментари, посебно не верзије након ступања на снагу Директиве, јер би то значило да би државе OECD, преко промене Коментара могле да утичу на интерпретацију ЕУ Директиве.¹³⁸⁴ Дакле, концепту стварног власника из Директиве, може се приписати само значење према праву ЕУ, где OECD Модел-конвенција и Коментар из 1977. године и све касније верзије, не могу да имају утицаја на тумачење наведеног појма.¹³⁸⁵

На питање да ли овакав аранжман представља злоупотребу према члану 5 Директиве о камати и ауторској накнади, општи пуномоћник је одговорила скоро идентично као у случају са дивидендама. Кокот је навела да се питање злоупотребе није односило на одредбу о стварном власнику из члана 1 става 4 Директиве, већ на примену одредбе из члана 5 исте Директиве.¹³⁸⁶ Даље, сматрала је да је потребно да се испуне два услова како би се аранжман сматрао злоупотребом:¹³⁸⁷ 1) аранжман је морао бити потпуно вештачки структуриран без економске суштине, односно стварности, као и 2) главна намера оваквог аранжмана морала је бити

¹³⁷⁶ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 119/16, 1. March 2018, par. 34.

¹³⁷⁷ S. Baerentzen (2018), 353.

¹³⁷⁸ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 119/16, 1. March 2018, par. 37.

¹³⁷⁹ *Ibid.*, par. 38.

¹³⁸⁰ S. Baerentzen (2018), 353.

¹³⁸¹ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 119/16, 1. March 2018, par. 39.

¹³⁸² *Ibid.*, par. 50.

¹³⁸³ *Ibid.*, par. 53.

¹³⁸⁴ *Ibid.*, par. 53 и 55.

¹³⁸⁵ S. Baerentzen (2018), 346.

¹³⁸⁶ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 119/16, 1. March 2018, par. 60.

¹³⁸⁷ S. Baerentzen (2018), 346.

заобилажење пореских прописа држава чланица. Нагласила је да принцип забране злоупотребе права ЕУ постоји и да се лица не могу, у намери да злоупотребе користи из директиве, на исту ослонити.¹³⁸⁸ Међутим, директиве немају директан утицај па појединце, на њихову штету, па тако и члан 5 Директиве није могао без претходне имплементације применити на поменута лица.¹³⁸⁹ Такође, ни принцип забране злоупотребе права ЕУ, а у оквиру члана 5 Директиве не би могао бити директно примењен, јер би то било у супротности са претходним ставом СПЕУ да је забрањено директно примењивати одредбе директиве које нису претходно имплементирани у домаће право, а на штету појединаца.¹³⁹⁰ Кокот је навела да се применом члана 2 става 1 тачке (д) Закона о порезу на добит Данске није могло сматрати да је члан 5 Директиве имплементиран.¹³⁹¹ Исто је важило и за члан 11 пореских уговора, јер се није могло сматрати да наведени члан чини уговорну одредбу према члану 5 Директиве.¹³⁹² Са друге стране, како је сматрала и у случајевима за дивиденде, пуномоћник Кокот је била мишљења, ослањајући се на праксу СПЕУ, да општа антибузивна правила и принципи националног права могу бити примењени у оквиру члана 5 Директиве.¹³⁹³ Наводе се два правила: доктрина стварности и доктрина о правичном примаоцу прихода.¹³⁹⁴

Видимо да је општи пуномоћник Кокот и у случају са каматама, превише пажње посветила појму злоупотребе и члану 5 Директиве, што се посебно види у одговору на питање да ли је потребно да држава идентификује стварног власника камате. Кокот је изразила став да уколико држава не жели да примени користи из Директиве, јер стварни власник камате није директни прималац исте, потребно је да се наведе ко је стварни власник поменуте камате.¹³⁹⁵ Међутим, она је сматрала да оваква обавеза мора да постоји, али не са становишта концепта стварног власника прихода, него из разлога идентификовања злоупотребе у смислу члана 5 Директиве.¹³⁹⁶ Мишљења смо да није логички приступљено овом питању од стране општег пуномоћника Кокот, пре свега из разлога што није постављена граница између концепта стварног власника и члана 5 Директиве о камати и ауторској накнади. Неку врсту разграничавања одредбе о стварном власнику прихода са другим антибузивним мерама можемо наћи у оквиру Коментара члана 10, 11 и 12 OECD Модел-конвенције из 2014/17. године.¹³⁹⁷ Међутим суд, као и општи пуномоћник само одговарају на постављена питања националних судова, а конкретно, дански суд није поставио питање интеракције концепта стварног власника и члана 5 Директиве.

2.2.3.4. Прелиминарна одлука Суда правде Европске уније

С обзиром на то да је СПЕУ донео обједињену одлуку за дивиденде као и за камате, следећу целину ћемо поделити на два засебна дела ради бољег разумевања. Први део ће обухватати случајеве са дивидендама, док ће други део обухватати случајеве са каматама.

2.2.3.4.1. Одлука поводом случајева са дивидендама

СПЕУ је пре свега установио да је општи правни принцип забране злоупотребе права ЕУ постојао и у ранијим пресудама овог суда, а према којем лица нису могла да се позивају на

¹³⁸⁸ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 119/16, 1. March 2018, par. 61.

¹³⁸⁹ *Ibid.*, пар. 101.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, пар. 102.

¹³⁹¹ S. Baerentzen (2018), 346.

¹³⁹² Opinion of Advocate General Kokott, case C – 119/16, 1. March 2018, par. 108.

¹³⁹³ S. Baerentzen (2018), 346.

¹³⁹⁴ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 119/16, 1. March 2018, par. 98.

¹³⁹⁵ S. F. Hansen, 48.

¹³⁹⁶ S. Baerentzen (2018), 353.

¹³⁹⁷ Model Tax Convention on Income and Capital, OECD 2014, Коментар члана 10 став 12.5.

право ЕУ уколико би постојало абузивно или преварно понашање.¹³⁹⁸ Присетимо се, општи пуномоћник Кокот је навела случај *Kofoed*¹³⁹⁹ према којем је СПЕУ закључио да Директиве немају директан ефекат на штету појединаца, без претходне имплементације, на основу којег је извела закључак да општи принцип забране злоупотребе права, као ни члан 1 став 2 Директиве о филијали и матичној компанији, није могао да има директан утицај.¹⁴⁰⁰ СПЕУ је био другачијег мишљења. Наиме, суд је сматрао да претходни случајеви¹⁴⁰¹ везани за ПДВ у којима је општи принцип забране злоупотребе права ЕУ имао директан утицај, морају бити примењени и у случајевима са стварним власником дивиденде.¹⁴⁰² Са друге стране, случај *Kofoed* није требало бити тумачен тако да се директна примена општег принципа забрани.¹⁴⁰³ Дакле, СПЕУ је сматрао да се принцип забране злоупотребе права ЕУ могао применити и у случају да државе према члану 1 ставу 2 Директиве нису имплементирале домаће или уговорне антиабузивне норме.¹⁴⁰⁴ Конкретније, суд је поменути општи принцип уврстио у примарно право ЕУ, које има примат над директивама које чине секундарно право ЕУ.¹⁴⁰⁵ На основу наведеног, суд је чак закључио да држава чланица има обавезу да не примени изузимање од опорезивања пореза по одбитку на дивиденде из члана 5 Директиве у случају да постоји злоупотреба права ЕУ, без обзира на непостојање домаћих или уговорних антиабузивних норми.¹⁴⁰⁶ С обзиром да је СПЕУ донео одлуку у овом делу, која се суштински разликовала од мишљења општег пуномоћника Кокот, суд није даље расправљао о концепту стварног власника, јер из угла директне примене општег принципа забране злоупотребе права ЕУ, одговори на питања о концепту стварног власника остала су без ефекта.¹⁴⁰⁷ Суд је у обзир узео претходне ПДВ случајеве где је принципу забране злоупотребе придат ранг примарног права,¹⁴⁰⁸ и наведене ПДВ случајеве упоредио са случајем *Kofoed*, где је исти принцип примењен али му није приписан директан утицај на појединце.¹⁴⁰⁹ Последица поређења судских пресуда за ПДВ и за директне порезе, јесте занемаривање и поништавање ефеката пресуде *Kofoed*.¹⁴¹⁰ Такође, последица овкве пресуде суда у случају са концептом стварног власништва над дивидендама, јесте ограничавање суверености држава чланица за директне порезе.¹⁴¹¹ Видимо да фокус СПЕУ није био на концепту стварног власништва, већ на директној примени општег принципа забране злоупотребе права ЕУ, који је могао да се примени у случајевима са проточним компанијама и преносом уплата ка стварном власнику дивиденде.¹⁴¹²

¹³⁹⁸ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 116/16 (T Denmark) and C – 117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 70.

¹³⁹⁹ Judgment of the Court (Grand Chamber) in In Case C-321/05, 2 July 2007.

¹⁴⁰⁰ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 116/16, 1. March 2018, par. 99.

¹⁴⁰¹ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C-131/13, C-163/13 and C-164/13, 18 December 2014; Judgment of the Court (Grand Chamber) in In Case C-251/16, 22 November 2017.

¹⁴⁰² S. Baerentzen (2020), 19.

¹⁴⁰³ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 116/16 (T Denmark) and C – 117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 89.

¹⁴⁰⁴ S. Baerentzen (2020), 18.

¹⁴⁰⁵ R. Danon *et al.*, 486.

¹⁴⁰⁶ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 116/16 (T Denmark) and C – 117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 92.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, пар. 93 и 94.

¹⁴⁰⁸ R. Danon *et al.*, 484.

¹⁴⁰⁹ S. Baerentzen (2020), 22-23.

¹⁴¹⁰ R. Danon *et al.*, 484.

¹⁴¹¹ *Ibid.*, 484-485.

¹⁴¹² S. Baerentzen (2018), 345.

СПЕУ је даље пружио одговоре на питање шта се сматрало под појмом злоупотребе и како утврдити постојање злоупотребе. Према суду, да би се нека пракса сматрала абузивном, потребно је било да постоји:¹⁴¹³

1. комбинација објективних критеријума према којима, иако би формално били испуњени услови за примену ЕУ права, сврха тих правила не би била постигнута; и
2. субјективни елемент који се састојао у намери да се искористе предности из правила ЕУ, тако што би се вештачки стварали услови који су били потреби како би се поменуте предности искористиле.

Дакле, за абузивни тест потребно је да буду испуњени објективни и субјективни елементи, међутим, субјективни елемент, односно намеру није лако доказати, па је из наведеног разлога СПЕУ националном суду дао одређене смернице при одлучивању да ли постоји злоупотреба Директиве.¹⁴¹⁴ Индиције злоупотребе су, према СПЕУ, биле следеће:¹⁴¹⁵

- група компанија је структурирана тако да се присвоје пореске користи;
- целокупна, или већина примљене дивиденде, филијала редистрибуира акционару врло брзо након примања наведене дивиденде;
- уметнута холдинг компанија нема довољно прихода, који јој омогућава нормално пословање, из разлога што се примљена дивиденда прослеђује акционару;
- једина сврха холдинг компаније јесте редистрибуција дивиденде, а што се може утврдити на основу непостојања менаџмента, запослених, закупљених канцеларија, трошкова и слично;
- постоји уговорна, правна и обавеза која произлази из чињеница случаја да се дивиденда проследи из чега произлази да холдинг компанија нема право да користи дивиденде и у њима ужива; и
- постоји уска временска повезаност између постављања комплексних финансијских трансакција, односно структура и новог пореског режима.

Занимљиво је да се у оквиру општег принципа забране злоупотребе права ЕУ, као индиција постојања субјективног елемента заправо налази и одредба која према OECD Коментару 2014/17 проточну компанију дефинише као лице које има правну или уговорну обавезу да проследи приход другом лицу.¹⁴¹⁶ Коментар детаљније објашњава овакву врсту обавезе, што није случај у овој пресуди СПЕУ. Такође, суд је проширио овакву обавезу прослеђивања и на врсту обавеза које произлазе на основу околности случаја, независно од постојања правне или законске обавезе да се проследи приход.

СПЕУ је такође утврдио да примена општег принципа забране злоупотребе права ЕУ не зависи од претходног утврђивања ко је заиста стварни власник дивиденде. Довољно је да пореска управа докаже да директни прималац није стварни власник, односно да послује у својству проточне компаније.¹⁴¹⁷ Оваква одлука је у супротности са мишљењем општег пуномоћника Кокот.¹⁴¹⁸

¹⁴¹³ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 116/16 (T Denmark) and C – 117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 97.

¹⁴¹⁴ S. H. Baerentzen, A. Lejour, M. Van t Riet, 273.

¹⁴¹⁵ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 116/16 (T Denmark) and C – 117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 100-106.

¹⁴¹⁶ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2014/17, ст. 12.4, чл. 10 Коментара.

¹⁴¹⁷ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 116/16 (T Denmark) and C – 117/16 (Y Denmark Aps), 26 February 2019, par. 115-120.

¹⁴¹⁸ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 116/16, 1. March 2018, par. 92.

Можемо закључити да је СПЕУ већи значај приписао случајевима везаним за ПДВ где је претходно општи принцип забране злоупотребе права ЕУ сврстан у оквиру примарног права. Можемо се запитати, да ли је заиста било неопходно исти принцип применити и за директне порезе, који за функционисање ЕУ нису толико важни, као што је ПДВ. Са друге стране, право ЕУ је јединствено, па је логично исти принцип применити за све врсте пореза. Слажемо се са одлуком СПЕУ у том погледу, међутим, концепт стварног власника је игнорисан. Сматрамо да је разлог таквог игнорисања непостојање одредбе о стварном власнику у оквиру Директиве о филијали и матичној компанији и недовољно познавање одредбе о стварном власнику из званичног OECD Коментара. Мишљења смо да, с обзиром на то да Директива не предвиђа одредбу о стварном власнику, иста не може бити примењена, међутим, суд није дао одговор на питање да ли је наведена одредба из пореског уговора релевантна за тумачење члана 1 става 2 Директиве, односно да ли она представља уговорну антиабузивну одредбу. Уколико би суд одговорио потврдно, поставило би се даље питање релевантности OECD Коментара са једне стране, док би са друге стране општи принцип о забрани злоупотребе постао сувишан. Овим начином, суд је дао примат поменутом општем принципу, не улазећи у суштину концепта стварног власника из пореских уговора. Занимљиво је напоменути да се у случају који се односио на стварно власништво над дивидендом, применила општа антиабузивна норма у виду општег принципа, који је у себи садржао део дефиниције концепта стварног власника прихода из званичног OECD Коментара. На крају, можемо закључити да је СПЕУ за случајеве где држава није желела да одобри користи из Директиве из разлога што директни прималац дивиденде није и њен стварни власник, сматрао да је општи принцип злоупотребе права ЕУ адекватније решење од концепта стварног власника из пореских уговора који се заснивају на OECD Модел-конвенцији и Коментару, који садржи дефиницију поменутог концепта.

2.2.3.4.2. Одлука поводом случајева са каматама

Питања које је дански суд поставио везана за члан 5 Директиве о камати и ауторској накнади су суштински иста као и у случају са дивидендама. Дакле, и у случајевима са каматама, СПЕУ је сматрао да општи принцип забране злоупотребе права ЕУ пореске управе и судови држава чланица ЕУ морају да примене, уколико би се установило постојање злоупотребе или утаје пореза, без обзира на чињеницу да члан 5 Директиве о камати и ауторској накнади омогућава властима да не примене користи из наведене Директиве, искључиво уколико постоје домаће или уговорне антиабузивне одредбе.¹⁴¹⁹ Разлог таквог поступања јесте у чињеници да је принцип забране злоупотребе општи принцип који је увршћен у ранг примарног права.¹⁴²⁰ СПЕУ је овакво резоновање преузео из претходних случајева који су се односили на ПДВ.¹⁴²¹ У Конкретном случају, суд је као и код одлуке са дивидендама, сматрао да је потребно прво утврдити да ли национални закон има антиабузивне одредбе које могу да буду тумачене у складу са чланом 5 Директиве.¹⁴²² Уколико не постоје такве одредбе, без обзира на претходну одлуку СПЕУ у случају *Kofoed*, не би се могло сматрати да су националне власти и судови онемогућени да одбију примену изузимања од опорезивања из Директиве у случају евазије пореза или злоупотребе.¹⁴²³ На крају, суд је сматрао да услед примене општег принципа

¹⁴¹⁹ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 115/16 (N Luxembourg I), C – 118/16 (X Denmark), C – 119/16 (C Denmark I), C – 299/16 (Z Denmark), 26 February 2019, par. 104.

¹⁴²⁰ R. Danon *et al.*, 486.

¹⁴²¹ S. Baerentzen (2020), 19.

¹⁴²² Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 115/16 (N Luxembourg I), C – 118/16 (X Denmark), C – 119/16 (C Denmark I), C – 299/16 (Z Denmark), 26 February 2019, par. 116.

¹⁴²³ *Ibid.*, par. 117.

забране злоупотребе права ЕУ, није постојала потреба да се одговори на питање данског суда да ли концепт стварног власника из пореских уговора могу да се сматрају уговорним антиабузивним одредбама у смислу члана 5 Директиве о камати и ауторској накнади.¹⁴²⁴

Што се тиче концепта стварног власника камате, СПЕУ је одговорио на сва питања која су се тичала наведеног концепта, који је уједно и део Директиве о камати и ауторској накнади. Суд је пре свега навео да се концепту стварног власника прихода из члана 1 става 1 Директиве о камати и ауторској накнади, није могло приписати значење које је наведени концепт имао у домаћим правима држава чланица, из разлога што се значење овог појма разликовало од државе до државе.¹⁴²⁵ Даље, суд је навео да је концепт стварног власника камате морао да буде тумачен као ентитет који је заиста присвајао користи од камате која му је плаћена, односно, наводећи члан 1 став 4 Директиве, стварни власник је лице које камату примало за своју корист, а не као посредник у виду агента, трастија или пуномоћника у име и за рачун другог лица.¹⁴²⁶ Након тога, суд је проверио језичко значење концепта стварног власника из имплементiranог члана 1 става 1 Директиве у државама чланицама ЕУ, где је утврдио да се појам стварног власника односио на лице које није само формални прималац камате, већ је то лице које је имало економске користи од примљене камате и према томе имало моћ да слободно одлучује како ће примљену камату да искористи.¹⁴²⁷ Дакле, с обзиром на циљ Директиве о камати и ауторској накнади, СПЕУ је сматрао да је појам стварног власника требало да буде интерпретиран у ширем економском, а не рестриктивнијем формално-правном смислу.¹⁴²⁸ На основу оваквог резоновања суда, могло би се закључити да је концепту стварног власника камате приписано јединствено значење у оквирима ЕУ.¹⁴²⁹ Суд није изричито нагласио да је концепту потребно приписати јединствено ЕУ значење, како је то иначе нагласила општи пуномоћник Кокот у свом мишљењу поводом случаја са каматама.¹⁴³⁰ Де Бру (de Broe) сматра да је овакво тумачење сувише широко и не решава ситуацију у којој лице прими камату, а потом исту искористи у врло кратком року да исплати зајам који је претходно узео од финансијске институције, или да плати своје добављаче, запослене, па чак и да подмири пореске обавезе.¹⁴³¹ Уколико би се применио израз “моћ да слободно одреди употребу примљене камате“, ни једно лице које подмирује своје обавезе не би се могло сматрати стварним власником камате.¹⁴³² Такође, де Бру (de Broe) сматра да је потребно уз наведено тумачење суда применити и OECD Коментар из 2014. године, према којем мора да постоји уговорна или правна обавеза да се тачно одређена камата проследи другом лицу.¹⁴³³ Међутим, став поводом примене OECD Коментара из 2014. године према СПЕУ није сасвим јасан. Суд је пре свега навео да је за интерпретацију концепта стварног власника прихода из Директиве о камати и ауторској накнади, релевантна OECD Модел-конвенција и Коментар из 1996. године, као и све касније верзије модела и Коментара.¹⁴³⁴ Суд је потом навео да је јасно из надоградње OECD Модел-конвенције и Коментара који се односе на концепт стварног власника, да проточне компаније нису стварни власници прихода и да наведени концепт не може бити схваћен у уском техничком значењу, већ у значењу према којем се мора двоструко

¹⁴²⁴ *Ibid.*, пар. 121.

¹⁴²⁵ S. Baerentzen (2020), 15.

¹⁴²⁶ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 115/16 (N Luxembourg I), C – 118/16 (X Denmark), C – 119/16 (C Denmark I), C – 299/16 (Z Denmark), 26 February 2019, par. 88.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, пар. 89.

¹⁴²⁸ L. de Broe, 669.

¹⁴²⁹ S. Baerentzen (2020), 14-15.

¹⁴³⁰ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 119/16, 1. March 2018, par. 55.

¹⁴³¹ L. de Broe, 670.

¹⁴³² *Ibid.*, 670-671.

¹⁴³³ *Ibid.*, 671.

¹⁴³⁴ S. Baerentzen (2020), 16.

опорезивање отклонити и пореске евазије и злоупотребе спречити.¹⁴³⁵ Можемо приметити да је суд у обзир узео дефиницију из Коментара из 2003. године, чиме се занемарила последња верзија у којој је концепт стварног власника детаљније дефинисан. СПЕУ није споменуо у пресуди конкретно OECD Коментар из 2014. и 2017. године. Међутим, иако је суд прихватио динамичку интерпретацију, нејасно је у конкретном случају коју би верзију Коментара требало применити. На пример, да ли би се датум када је извршена трансакција могла узети у обзир при одлучивању о примени одређене верзије Коментара?¹⁴³⁶ Де бру (de Broe) сматра да би национални судови требало према овој прелиминарној одлуци СПЕУ, у обзир да узму и верзију из 2014. године, као и касније верзије.¹⁴³⁷ Општи пуномоћник Кокот је била супротног мишљења, сматрајући да уколико се примени OECD Коментар, који је за чланице OECD правно необавезујући документ, OECD би утицала на тумачење права ЕУ.¹⁴³⁸ СПЕУ је својом одлуком омогућио да OECD Коментар потенцијално постане правно обавезујуће средство за тумачење концепта стварног власника из Директиве.¹⁴³⁹ Поновимо, иако Коментар није правно обавезујући на за чланице OECD, у овом случају OECD је *de facto* стекао легислативну моћ у оквиру ЕУ, јер је могла да утиче на интерпретацију поменутог концепта из Директиве о камати и ауторској накнади.¹⁴⁴⁰

Дакле, СПЕУ је помешао принцип злоупотребе права ЕУ са концептом стварног власника у случају који се односио на стварно власништво над каматама. Разлог томе јесте иницијални тужбени захтев који је поднело Министарство за порезе Данске у којој се поменуто Министарство позивало на концепт стварног власника из Директиве и на посебни члан 5 Директиве, а у циљу стварања правног основа за одбијање примене изузимања из Директиве.¹⁴⁴¹ Према овом тужбеном захтеву, у поступку одлучивања, дански суд је затражио прелиминарну одлуку од СПЕУ, који је одлучивао по постављеним питањима која су се односила и на концепт стварног власника и на принцип забране злоупотребе права ЕУ.¹⁴⁴² Мишљења смо да је СПЕУ превише пажње посветио принципу забране злоупотребе права ЕУ, запоставивши концепт стварног власника из Директиве, односно, одговори на питања поводом поменутог концепта нису у потпуности пружени. Уколико је суд већ прихватио динамичку интерпретацију, потребно је било нагласити од чега зависи примена старије или новије верзије OECD Коментара. Поред тога, суд је директно поменуо OECD Коментар из 1996. године и 2003. године, док верзија из 2014. године није поменута. Суд је можда тако поступио из разлога што, у моменту ступања на снагу Директиве, била је актуелна верзија OECD Коментара из 2003. године.¹⁴⁴³ Такође, могуће је да је суд гледао моменат када су спорне камате у конкретним случајевима исплаћене, што је било после 2003. године а пре 2014. године.¹⁴⁴⁴ У сваком случају, разлог је нејасан. СПЕУ није улазио дубље у суштину концепта стварног власника из Директиве и његову интеракцију са OECD Коментарима. Сматрамо да постоји могућност да је СПЕУ био под политичким утицајем, па је принципу забране злоупотребе права, који је доста широк, приписао већи значај, јер је пореским управама ово антиабузивно правило које је својствено ЕУ, лакше применити и то за већи обим случајева који се односе на директне порезе.

¹⁴³⁵ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 115/16 (N Luxembourg I), C – 118/16 (X Denmark), C – 119/16 (C Denmark I), C – 299/16 (Z Denmark), 26 February 2019, par. 92.

¹⁴³⁶ L. de Broe, 8.

¹⁴³⁷ *Ibid.* 7.

¹⁴³⁸ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 119/16, 1. March 2018, par. 53.

¹⁴³⁹ L. de Broe, 671.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴⁴¹ S. Baerentzen (2020), 16.

¹⁴⁴² *Ibid.*

¹⁴⁴³ L. de Broe, 672.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*

2.2.3.5. Принцип забране злоупотребе одредаба пореских уговора као средство превенције деловања проточних компанија које нису стварни власници прихода

С обзиром на то да је СПЕУ сматрао у својим пресудама да општи и неписани принцип забране злоупотребе права ЕУ може бити директно примењен, можемо поставити два питања. Прво, да ли је наведени принцип применљив и у случајевима са пореским уговорима? Друго, уколико је одговор на прво питање потврдан, можемо се запитати како наведени принцип утиче на одредбу о стварном власнику из пореских уговора која има функцију антиабузивне мере.

2.2.3.5.1. Принцип забране злоупотребе као део пореских уговора

Одређени аутори и судови сматрају да порески уговори садрже у себи подразумевани принцип забране злоупотребе одредаба пореских уговора.¹⁴⁴⁵ Ови аутори свој став заснивају на члановима 26 и 31 Бечке конвенције.¹⁴⁴⁶ Један од првих аутора који су заступали овакав став је био и Вогел (Vogel).¹⁴⁴⁷ Према наведеном аутору, право пореских уговора само по себи садржи принцип „суштина изнад форме“, па тако, није битно да ли су државе уговорнице прихватиле општи принцип забране злоупотребе, као ни чињеница шта се сматра злоупотребом према домаћем праву.¹⁴⁴⁸ Вогелова перспектива сагледавања овог принципа подсећа на резонување СПЕУ за данске случајеве о стварном власништву.¹⁴⁴⁹

Већина аутора који се залажу за подразумевани принцип забране злоупотребе, сматра да је потребно наведени принцип тумачити рестриктивно.¹⁴⁵⁰ Према Енгелну (Engeln), овај принцип се у оквиру пореских уговора може применити само уколико постоји потпуно вештачки аранжман који је супротан сврси и циљу пореских уговора.¹⁴⁵¹ Појам потпуно вештачког аранжмана је инспирисан судском праксом СПЕУ, а посебно случајем *Cadbury Schweppes*, где је поменути појам први пут поменут и образложен.¹⁴⁵² СПЕУ је у поменутом случају навео да потпуно вештачки аранжман постоји уколико је присутан субјективни елемент који се састоји у намери да се искористе погодности из директиве, као и објективни елемент према којем сврха и циљ директиве нису постигнути.¹⁴⁵³ Де Бру (de Broe) сматра да је исто резонување потребно применити и на принцип забране злоупотребе у оквиру пореских уговора, а у складу са чланом 31 Бечке конвенције.¹⁴⁵⁴ Циљ пореских уговора¹⁴⁵⁵, према поменутом аутору, није испуњен уколико лице улази у трансакцију која не доприноси остварењу циља пореског уговора, већ је мотив искоришћавање користи из пореског уговора.¹⁴⁵⁶ Међутим, он даље наглашава да је потребно да такав мотив буде једини или одлучујући како би могло да се сматра да циљ и сврха одређене одредбе пореског уговора нису испуњени.¹⁴⁵⁷ OECD Коментар из 2003. године је подржавао примену принципа „суштина изнад форме“ у случајевима са

¹⁴⁴⁵ R. Danon *et al.*, 487.

¹⁴⁴⁶ R. Danon (2020a), 632.

¹⁴⁴⁷ R. Danon *et al.*, 487, фуснота 71.

¹⁴⁴⁸ R. Danon (2020a), 632.

¹⁴⁴⁹ R. Danon *et al.*, 487.

¹⁴⁵⁰ R. Danon (2020a), 632.

¹⁴⁵¹ *Ibid.*

¹⁴⁵² Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 September 2006, *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, Case C-196/04.

¹⁴⁵³ *Ibid.*, чл. 64.

¹⁴⁵⁴ R. Danon (2020a), 632 – 633.

¹⁴⁵⁵ промоција слободног кретања људи, услуга, добара и капитала избегавањем двоструког опорезивања.

¹⁴⁵⁶ R. Danon (2020a), 633.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*

пореским уговорима.¹⁴⁵⁸ Коментар је даље навео да се принципи „суштина изнад форме“ могу применити у оквиру домаћег права или на основу тачне интерпретације према члану 31 Бечке конвенције, међутим, оба прилаза морају бити у сагласности са „водећим принципом“ (енг.: *guiding principle*).¹⁴⁵⁹ OECD Коментар из 2003. године, као и све касније верзије Коментара, подсетимо се, наводи:¹⁴⁶⁰ „Водаћи принцип подразумева да користи из конвенције о избегавању двоструког опорезивања не би требало да буду доступне у случајевима где је главни циљ трансакције или аранжмана да се обезбеди повољнија пореска позиција, а што би било супротно циљу и сврси одредаба конвенције“. Дакле, водаћи принцип се састоји из субјективног елемента који се односи на главни циљ трансакције или аранжмана, као и из објективног елемента који се односи на повољнији порески третман који је супротан сврси и циљу релевантне одредбе конвенције.¹⁴⁶¹ У академским круговима постоји велика дискусија да ли главни циљ трансакције као субјективни елемент водаћег принципа може да конституише подразумевани принцип забране злоупотребе права.¹⁴⁶²

У сваком случају, уколико се може сматрати да је поменути принцип својствен пореским уговорима, постоји разлика у односу на исти принцип у оквиру ЕУ. Наиме, општи принцип забране злоупотребе права ЕУ је СПЕУ сврстао у примарно право које има превагу над директивама које чине секундарно право.¹⁴⁶³ У оквирима пореског уговора не постоје неке опште норме или принципи који имају већу правну снагу од пореских уговора, већ се може сматрати да је поменути принцип део пореских уговора.¹⁴⁶⁴ Друго, користи из уговора се могу применом водаћег принципа одбити на нивоу уобичајне интерпретације уговора из Бечке конвенције, док са друге стране, принцип забране у оквирима ЕУ има одлику опште антиабузивне мере.¹⁴⁶⁵

Што се тиче пресуда националних судова, дешавало се у пракси да у случајевима са проточним компанијама, уместо концепта стварног власника из пореских уговора, суд примени подразумевани принцип забране злоупотребе одредаба пореског уговора. Један од познатијих случајева десио се 2005. године. Наиме, данска холдинг компанија, која је била у власништву компаније у Гернзију, чији је даљи акционар био са Бермуда, прибавила је акције швајцарске компаније.¹⁴⁶⁶ Данска холдинг компанија није имала своје канцеларије и запослене, а једина имовина коју је поседовала, биле су акције швајцарске фирме.¹⁴⁶⁷ Директор холдинг компаније био је резидент Бермуда, који је уједно и крајњи власник ове групе компанија.¹⁴⁶⁸ Швајцарска фирма је исплатила дивиденду данској холдинг компанији, која је две недеље касније, у скоро истом износу, дивиденду проследила компанији у Гернзију.¹⁴⁶⁹ Данска холдинг компанија је поднела захтев за повраћај пореза по одбитку на дивиденде на основу члана 10 пореског уговора између Данске и Швајцарске, који је прописивао да само држава резидентства има право да опорезује примљену дивиденду.¹⁴⁷⁰ Поменути члан није садржао одредбу о стварном

¹⁴⁵⁸ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2003, ст. 22 чл. 1 Коментара Модел-конвенције.

¹⁴⁵⁹ R. Danon (2020a), 633.

¹⁴⁶⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2003, ст. 9.5 чл. 1 Коментара Модел-конвенције.

¹⁴⁶¹ R. Danon (2020a), 633.

¹⁴⁶² *Ibid.*

¹⁴⁶³ Robert Danon, Benjamin Malek, “Influence of EU case law on the prohibition of international tax abuse in Swiss practice: Critical remarks on the Federal Supreme Court Judgment 2C_354/2018 of 20 April 2020 and on its references to the ‘Danish cases’ decided by the CJEU”, *Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (ASA)*, 89 (8), 2021, 493.

¹⁴⁶⁴ R. Danon *et al.*, 488.

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶⁶ R. Matteotti, F. M. Sutter, 51.

¹⁴⁶⁷ R. Danon (2020a), 634.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*

¹⁴⁶⁹ A. Meindl-Ringler, 241.

¹⁴⁷⁰ R. Matteotti, F. M. Sutter, 52.

власнику прихода. Пореска управа је одбила захтев јер је сматрала да данска холдинг компанија није стварни власник дивиденде.¹⁴⁷¹ Суд је у складу са наводима пореске администрације члан 10 став 1 пореског уговора, интерпретирао у складу са Бечком конвенцијом, где је установио да је карактеристику примаоца дивиденде потребно утврдити у складу са чланом 3 ставом 2 пореског уговора а у складу са правом државе извора.¹⁴⁷² Суд је применио одредбу о повраћају пореза по одбитку за дивиденде из домаћег закона, према којој, право на повраћај има лице које из економске перспективе има моћ да располаже над уплаћеном дивидендом која је предмет пореза по одбитку.¹⁴⁷³ Утврђено је да свака фидуцијарна веза или обавеза да се проследи дивиденда трећем лицу, искључује моћ располагања над приходом, што даје могућност пореској управи да не одобри повраћај пореза по одбитку.¹⁴⁷⁴

На основу претходно наведеног, суд је закључио да је према члану 3 ставу 2 пореског уговора, потребно применити домаће право за тумачење појма „плаћено лице“ из економске перспективе, што на крају носи значење стварног власништва.¹⁴⁷⁵ Међутим, на крају, суд је сматрао да повраћај пореза по одбитку за дивиденду није основан, али не из разлога што данска компанија није стварни власник прихода према домаћем праву, већ из разлога постојања злоупотребе одредбе члана 10 пореског уговора између данске и Швајцарске.¹⁴⁷⁶ Конкретно, данска компанија није имала никакву економску функцију, била је проточна компанија чији је једини циљ био искоришћавање користи из пореског уговора према којем се могло тражити повраћај пореза по одбитку.¹⁴⁷⁷ Врховни суд Швајцарске је потврдио одлуку нижег суда, и потпуно се фокусирао искључиво на забрану злоупотребе одредаба уговора.¹⁴⁷⁸ Овај суд је даље сматрао да уколико порески уговор не садржи антиабузивну одредбу, а лице које тражи повраћај пореза по одбитку нема праву економску и пословну активност, може се применити општа антиабузивна норма која је имплицитно садржана у пореском уговору.¹⁴⁷⁹ Детаљније, Врховни суд је навео да подразумевани принцип забране злоупотребе права има упориште у Бечкој конвенцији, јер је наведени принцип део припција поступања у доброј вери.¹⁴⁸⁰ Такође, принцип забране злоупотребе права је у Швајцарској признат као општи правни принцип.¹⁴⁸¹ Наведени случај је један од првих у којем је принцип забране злоупотребе права примењен као имплицитни принцип који порески уговор садржи.¹⁴⁸²

Можемо закључити да имплицитна примена принципа забране злоупотребе одредаба пореског уговора има позитивне и негативне ефекте. Уколико порески уговор не садржи антиабузивну одредбу, пореска управа би могла да примени наведени принцип што је добро уколико злоупотреба одредаба пореског уговора заиста постоји. Међутим, СПЕУ је детаљније појаснио шта се сматра под злоупотребом, што обавезује државе чланице у случају примене одредаба из директиве, док то није случај са пореским уговорима. Код пореских уговора, не постоји ентитет, попут СПЕУ, који доноси обавезујућа правила, па тако, принцип забране злоупотребе одредаба пореских уговора национални судови могу тумачити по својој слободној вољи. Чак ни OECD Коментар не наводи изричито да порески уговори

¹⁴⁷¹ *Ibid.*

¹⁴⁷² *Ibid.*, 53.

¹⁴⁷³ *Ibid.*

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, 54.

¹⁴⁷⁶ A. Meindl-Ringler, 242.

¹⁴⁷⁷ *Ibid.*

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*

¹⁴⁸⁰ R. Danon (2020a), 634.

¹⁴⁸¹ *Ibid.*

¹⁴⁸² L. Oats, 489.

подразумевају имплицитну примену наведеног принципа. Свакако, као што је у ЕУ имплементација опште антиабузивне норме из члана 6 АТАД Директиве обавезна, тако је и имплементација ТОО за државе потписнице мултилатералног инструмента обавезујућа, што доводи до ситуације да имплицитни принцип забране злоупотребе одредаба пореског уговора постаје непотребан уколико су претходно две наведене антиабузивне норме имплементирале.

2.2.3.5.2. Примена концепта стварног власника из пореских уговора који у себи садржи принцип забране злоупотребе одредаба пореских уговора

Један од познатијих случајева где је концепт стварног власника из пореског уговора примењен у виду принципа забране злоупотребе права, десио се у Француској. Америчка компанија закључила је комерцијални уговор са Банком Шкотске, која је била резидент УК.¹⁴⁸³ Према уговору, америчка фирма је, за одређену цену, банци пребацила право коришћења обичних акција француске филијале за период од три године.¹⁴⁸⁴ Такође, уговор је подразумевао унапред одређену и загарантовану висину дивиденде коју би банка примала у наведеном периоду.¹⁴⁸⁵ На основу тадашњег пореског уговора између УК и Француске, порез по одбитку за дивиденде је износио 15% уместо 25%, колико је било по домаћој стопи.¹⁴⁸⁶ Овај уговор је такође подразумевао и могућност посебне рефундације за порески кредит за дивиденде (*avoir fiscal*).¹⁴⁸⁷ Дакле, у случају примене овог пореског уговора, шкотска банка би примила загарантовани износ дивиденде уз могућност рефундације што је било више од онога што је поменута банка платила америчкој компанији за право коришћења акција.¹⁴⁸⁸ Пореска управа Француске је сматрала да овакав аранжман чини део аранжмана са пробирањем уговора, где је одбијено право на примену преференцијалне пореске стопе и посебне рефундације.¹⁴⁸⁹ Административни суд је одбио овакве наводе пореске управе, наводећи да нису постојали докази злоупотребе права.¹⁴⁹⁰ Додатно, суд је утврдио да аранжман није представљао прикривени зајам, алокација ризика није прелазила границе нормале као и да је цена коју је банка платила за право коришћења акција била у складу са принципом ван дохвата руке, што је упућивало на чињеницу да је Банка Шкотске била стварни власник дивиденде.¹⁴⁹¹ Пореска администрација се даље жалила Врховном суду Француске.

Према Врховном суду Француске, наведени аранжман је представљао зајам који је Банка Шкотске дала америчкој компанији, а исти је била у обавези да врати филијала из Француске.¹⁴⁹² Суд је установио да је стварни власник дивиденде компанија из САД, а не Банка Шкотске.¹⁴⁹³ Утврђено је да је ризик потпуно алоциран, односно да Банка Шкотске није сносила никакве ризике, јер је америчка компанија банци гарантовала унапред утврђени износ дивиденде, а такође, гарантовала је исплату и рефундације према пореском уговору.¹⁴⁹⁴ Све је указивало на прикривени зајам. Врховни суд је тврдио да Банка Шкотске није стварни власник дивиденде наводећи да је једина сврха оваквог аранжмана била да се искористе повољније одредбе пореског уговора између Француске и УК, што је конституисало злоупотребу права.

¹⁴⁸³ A. Meindl-Ringler, 233.

¹⁴⁸⁴ Daniel Gutmann., „Beneficial Ownership as Anti-abuse Provision: The Bank of Scotland Case“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Netherlands, 2013, 167.

¹⁴⁸⁵ A. Meindl-Ringler, 233.

¹⁴⁸⁶ D. Gutmann, 167.

¹⁴⁸⁷ A. Meindl-Ringler, 233.

¹⁴⁸⁸ D. Gutmann, 168.

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*

¹⁴⁹¹ A. Meindl-Ringler, 233.

¹⁴⁹² D. Gutmann, 167.

¹⁴⁹³ A. Meindl-Ringler, 234.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, 233.

Овакав став суда, пореским властима је омогућио да игноришу шеме које су фиктивне са јединим циљем искоришћавања пореских погодности из одредаба пореских уговора и које су супротне сврси коју им је законодавац наменио.¹⁴⁹⁵ Практично, Врховни суд Француске је инкорпорирао појам забране злоупотребе права у концепт стварног власника из пореских уговора.¹⁴⁹⁶ Принцип забране злоупотребе права није примењен независно од концепта стварног власништва, већ је домаћи принцип забране злоупотребе, преко концепта стварног власника, као део пореског уговора, примењен директно у случају који се односио на примену одређене одредбе пореског уговора.¹⁴⁹⁷ Дакле, према Врховном суду, да би се применио концепт стварног власника, било је потребно да постоји доказана злоупотреба права која се састојала у намери да се искористе одредбе пореског уговора супротно њиховој сврси.

Видећемо у каснијем делу овог рада да Швајцарска јасно одваја субјективни елемент од појма стварног власништва,¹⁴⁹⁸ међутим, Федерални административни суд Швајцарске је 2014. године донео одлуку према којој, уколико се уметање компаније сматра злоупотребом, постоји претпоставка да таква компанија није стварни власник прихода, односно, анализа која је оријентисана на сврху трансакције служи да потврди одсуство стварног власништва код одређеног лица.¹⁴⁹⁹ Дакле, иако је став Швајцарске да појам злоупотребе није својствен концепту стварног власника, судови су се у појединим случајевима при одређивању стварног власника прихода, позивали и на принцип злоупотребе као један од елемената концепта стварног власника прихода.

Након што је пресуда *Indofood* ступила на снагу, Пореска управа УК је донела одређену смерницу где се наводило да, уколико постоји злоупотреба пореског уговора у смислу аранжмана са пробирањем пореских уговора, не би било прикладно применити домаће значење појма стварног власника, које не би било у сагласности са предметом и сврхом пореског уговора, као ни са превенцијом фискалне евазије.¹⁵⁰⁰ Тако, у случајевима када би постојала злоупотреба уговора, применило би се јединствено међународно фискално значење из *Indofood* пресуде, што је у сагласности са предметом и сврхом пореског уговора, који укључује и превенцију фискалне евазије.¹⁵⁰¹ Међутим, уколико не би постојала злоупотреба уговора, јединствено значење појма стварног власника би се поистоветило са домаћим значењем које би у конкретном случају било једино релевантно.¹⁵⁰² Односно, у зависности да ли постоји злоупотреба одредаба пореског уговора, применио би се концепт стварног власника из уговора, а којем се придаје значење из OECD Модел-конвенције.¹⁵⁰³

Пример концепта стварног власника који је обухватао и забрану злоупотребе права можемо наћи у пореском уговору између УК и САД, који је закључен 2001. године. Наиме, члан 3 је садржао посебну калузулу о проточним аранжманима (енг.: conduit arrangement clause) која је суштински објединила концепт стварног власника прихода и принцип забране злоупотребе права у оквиру једне посебне норме.¹⁵⁰⁴ Поменути члан прописивао је следеће следеће:¹⁵⁰⁵

¹⁴⁹⁵ D. Gutmann, 169.

¹⁴⁹⁶ R. Danon (2020a), 642.

¹⁴⁹⁷ A. Meindl-Ringler, 235 - 236.

¹⁴⁹⁸ R. Danon (2018), 33.

¹⁴⁹⁹ R. Danon (2020a), 642.

¹⁵⁰⁰ HMRC internal manual - International Manual INTM332050

¹⁵⁰¹ P. Baker, 33.

¹⁵⁰² A. Meindl-Ringler, 117.

¹⁵⁰³ R. Danon (2020a), 642.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*

¹⁵⁰⁵ UK/USA Double Taxation Convention, signed 24 July 2001, чл. 3, ст. 1, тч. (n), преузето са адресе https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/507431/usa-consolidated_-_in_force.pdf 20.3.2022.

„Термин проточног аранжмана подразумева трансакцију или серију трансакција: (i) које су структуриране на начин да резидент државе уговорнице који има право на користи из ове конвенције прими приход који настаје у другој држави чланици, али поменути резидент прослеђује, директно или индиректно, целокупни, или већи део прихода (у било ком временском периоду и у било којој форми) другом лицу које није резидент ни једне државе уговорнице, и које, да је приход примило директно из државе уговорнице извора прихода, не би имало право на основу конвенције о избегавању двоструког опорезивања између државе у којој је то друго лице резидент и државе уговорнице у којој приход настаје, или на неки други начин, на користи у односу на ту ставку прихода које су еквивалентне или повољније од оних које су према овој конвенцији доступне резиденту државе уговорнице; и (ii) које имају за главну сврху, или једну од од главних сврха, прибављање повољнијих бенефиција које су доступне у оквиру ове конвенције.“

Можемо закључити да традиционални концепт стварног власника из OECD Коментара из 2014/17. године не захтева испитивање субјективног елемента, односно постајање злоупотребе одредаба пореског уговора,¹⁵⁰⁶ па према томе, сматрамо да није примерено проширивати поменути концепт ван оквира јединственог међународног значења на који указује OECD Коментар. Логичније је применити концепт стварног власника као специјалну антиабузивну меру, а затим уколико се покаже да лице јесте стварни власник прихода, може се одвојено применити принцип забране злоупотребе права уобичајеним тумачењем пореског уговора, али само за део који није покривен одредбом о стварном власнику прихода, како је то наводио OECD Коментар из 2014. године.¹⁵⁰⁷ Односно, могуће је да применом концепта стварног власника из Коментара, директни прималац буде схваћен као стварни власник прихода јер није постојала правна или уговорна обавеза да се проследи приход трећем лицу, али је зато целокупни аранжман структуриран са јединим циљем да се искористе погодности из пореског уговора. Иако је дискутабилно да ли је принцип забране злоупотребе одредаба пореског уговора имплицитан пореским уговорима, свакако није добро примњивати поменути принцип у оквиру концепта стварног власника из разлога што се правна сигурност доводи у питање, као и због тога што такав појам стварног власника не осликава јединствено међународно значење које промовише званични OECD Коментар.

2.2.3.6. Примена концепта стварног власника камате из пресуде Суда правде Европске уније и Директиве о камати и ауторској накнади на тумачење истог концепта који је део пореских уговора

Подсетимо се, већина пореских уговора не садржи дефинисану одредбу о стварном власнику, већ се иста само помиње, а такође, OECD Коментар једини пружа дефиницију одредбе о стварном власнику прихода. На основу наведеног, може се поставити питање да ли може бити примењен концепт стварног власника из Директиве о камати и ауторској накнади уз пресуду СПЕУ на тумачење недефинисане одредбе о стварном власнику из пореских уговора. Питање је значајно из разлога што Директива и СПЕУ концепт стварног власника дефинишу у ширем обиму него што то чини OECD Коментар.¹⁵⁰⁸

Де Бру (de Broe) сматра да постоје три основа за примену концепта стварног власника из Директиве за тумачење исте одредбе из пореског уговора.¹⁵⁰⁹ Први основ се заснива на члану

¹⁵⁰⁶ D. Gutmann, 171.

¹⁵⁰⁷ Коментар наводи да уколико постоји злоупотреба члана 10, осим за део где је примењена одредба о стварном власнику прихода и где је доказано да директни прималац прихода јесте и њен стварни власник, могу се применити и друге антиабузивне мере за остале типове случајева са проточним компанијама. Вид.: Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2014, чл. 10 ст. 12.5 Коментара.

¹⁵⁰⁸ S. Baerentzen (2020), 17.

¹⁵⁰⁹ L. de Broe, 681.

31 ставу 3 тачки (ц) Бечке конвенције. Други основ се заснива на члану 3 ставу 2 OECD Модел-конвенције и пореских уговора који прате поменути модел. Трећи основ се односи на примену принципа уједначене интерпретације одредаба директива ЕУ.

2.2.3.6.1. Први основ – примена члана 31.3.(ц) Бечке конвенције

Пре свега, подсетимо се, Бечка конвенција прописује да се уговор мора тумачити у доброј вери у оквиру уобичајеног значења које се приписује појмовима уговора, а према свом контексту, предмету и сврси.¹⁵¹⁰ Конвенција даље додаје да се заједно са контекстом у обзир узима и „свако релевантно правило међународног права које се може применити у односима између страна уговора“.¹⁵¹¹ Де Бру (de Broe) сматра да уколико је одредба уговора нејасна, и уколико су стране таквог уговора такође и потписнице неког другог инструмента међународног права, који садржи исту дефинисану одредбу и може да помогне странама првог уговора да постигну заједнички договор око значења поменуте одредбе, пожељно је такав инструмент међународног права користити за тумачење истих одредаба уговора.¹⁵¹²

Што се тиче конкретно примене одредбе стварног власника из Директиве, потребно је да се протумачи члан 31.3.(ц) Бечке конвенције. Наиме, овај члан наводи да се при тумачењу може користити „свако релевантно правило међународног права“, где се не помињу никакве рестрикције и користи се израз „свако“.¹⁵¹³ Дакле, потребно је сагледати да ли се право ЕУ може сматрати „правилем међународног права“. СПЕУ је утврдио да Уговор о функционисању Европске уније чини део јединственог правног система ЕУ.¹⁵¹⁴ Са друге стране, у случају *Van Gend en Loos* СПЕУ је навео да је Европска заједница (сада Европска унија) део новог правног поретка међународног права.¹⁵¹⁵ Такође, СПЕУ је у свом мишљењу навео да иако Уговор о Европској економској области има уставни карактер на нивоу ЕУ, поменути Уговор је ипак закључен у форми међународног уговора.¹⁵¹⁶ На основу наведеног, водећи став међу ауторима пореског права јесте да право ЕУ чини правило међународног права у оквиру значења члана 31.3.(ц) Бечке конвенције.¹⁵¹⁷ Потребно је нагласити да се право ЕУ може сматрати правилем међународног права само за тумачење пореских уговора закључених искључиво између држава чланица ЕУ.¹⁵¹⁸ Већина аутора такође сматра да директиве, које се не могу без имплементације директно применити, али су обавезујући извор права у ЕУ, чине део правила међународног права која могу бити релевантна за интерпретацију пореских уговора закључених између држава чланица ЕУ.¹⁵¹⁹ С обзиром на то да одредбе о стварном власнику прихода из Директиве и OECD Модел-конвенције имају исти циљ, већина аутора се слаже да државе чланице ЕУ могу при тумачењу концепта стварног власника прихода из пореског уговора да примене дефиницију из Директиве о камати и ауторској накнади.¹⁵²⁰

¹⁵¹⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, чл. 31, ст. 1.

¹⁵¹¹ *Ibid.*, чл. 31, ст. 3, тч. (ц).

¹⁵¹² L. de Broe, 681.

¹⁵¹³ Vienna Convention on the Law of Treaties, чл. 31, ст. 3, тч. (ц).

¹⁵¹⁴ L. de Broe, 681.

¹⁵¹⁵ Judgment of the Court of 5 February 1963. - NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration. - Reference for a preliminary ruling: Tariefcommissie - Pays-Bas. - Case 26-62, питање број 2, потпитање Б, став 4.

¹⁵¹⁶ Opinion of the Court of 14 December 1991. - Opinion delivered pursuant to the second subparagraph of Article 228 (1) of the Treaty. - Draft agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area. - Opinion 1/91, Summary чл. 1, ст. 3.

¹⁵¹⁷ L. de Broe, 681.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*, 682.

¹⁵¹⁹ *Ibid.*

¹⁵²⁰ *Ibid.*

Што се тиче пресуде СПЕУ поводом концепта стварног власника из Директиве о камати и ауторској накнади, сматра се да уколико пресуда води до идентификације релевантног правила међународног права према Бечкој конвенцији, иста мора бити узета у обзир приликом тумачења одредаба уговора.¹⁵²¹ Де Бру (de Broe) свакако сматра да уколико би се занемарила пресуда СПЕУ која појашњава концепт стварног власника из Директиве о камати и ауторској накнади, таква интерпретација не би била спроведена у доброј вери како налаже Бечка конвенција.¹⁵²² Такође, овај аутор сматра да се одредба стварног власника из Директиве о камати и ауторској накнади може применити и на тумачење члана 10 пореских уговора, који се односи на дивиденде иако Директива о филијали и матичној компанији не садржи одредбу о стварном власнику.¹⁵²³

Постоји могућност да је порески уговор закључен пре 2003. године када је Директива, која садржи одредбу о стварном власнику, ступила на снагу, па се поставља питање да ли се одредба из Директиве може применити на раније закључене пореске уговоре. OECD сматра да је динамичка интерпретација неопходна посебно за појмове који су се временом са појавама нових верзија Коментара развијали.¹⁵²⁴ Динамична интерпретација би се свакако односила на концепт стварног власника из пореских уговора. Узевши у обзир став OECD по питању динамичне интерпретације и истоветност циља одредаба о стварном власнику из Директиве и OECD Модел-конвенције, де Бру (de Broe) не види разлог да национални судови одбију примену дефиниције из Директиве, која је такође појашњена у пресуди СПЕУ, и за тумачење концепта стварног власника из пореских уговора који су закључени пре 2003. године.¹⁵²⁵

2.2.3.6.2. Други основ – примена члана 3 става 2 пореских уговора

Подсетимо се, члан 3 став 2 Модел-конвенције OECD 2017 предвиђа да када држава уговорница у било које време примењује Конвенцију, сваки израз који у њој није дефинисан има значење, осим ако контекст не захтева другачије, према закону те државе за потребе пореза на које се Конвенција примењује у том тренутку и значење према важећим пореским законима које примењује та држава има предност у односу на значење које том изразу дају други закони те државе.¹⁵²⁶ Дакле, уколико контекст не захтева другачије, примениће се домаће значење појма који у пореском уговору није дефинисан. Директиве морају бити имплементиране како би имале ефекат на појединце, а имплементацијом одредаба Директиве, исте постају део домаћег закона државе чланице.¹⁵²⁷ На овај индиректан начин, директива може да послужи за интерпретацију одредаба пореских уговора. Де Бру (de Broe) сматра да имплементирана одредба Директиве о камати и ауторској накнади може преко члана 3 става 2 пореског уговора да буде примењена за тумачење недефинисаног појма стварног власника прихода из пореског уговора, како за камате и ауторске накнаде, тако и за дивиденде, без обзира што Директива о филијали и матичној компанији не садржи одредбу о стварном власнику.¹⁵²⁸ Он даље наводи и да не постоји ограничење поводом држава уговорница пореског уговора у оквиру члана 3

¹⁵²¹ *Ibid.*, 682-683.

¹⁵²² *Ibid.*

¹⁵²³ *Ibid.*, 683.

¹⁵²⁴ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, Introduction пар. 3.

¹⁵²⁵ L. de Broe, 683.

¹⁵²⁶ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, чл. 3 ст. 2.

¹⁵²⁷ L. Adamczyk, A. Majdanska, 5.

¹⁵²⁸ L. de Broe, 687.

става 2, па према томе, имплементирана одредба која чини део домаћег закона могла би да буде примењена и у случају када је само једна од држава уговорница уједно и чланица ЕУ.¹⁵²⁹

Члан 3 став 2 јасно заступа динамичну интерпретацију наводећи изразе „када држава уговорница у било које време примењује Конвенцију“ и „на које се Конвенција примењује у том тренутку“.¹⁵³⁰ С обзиром на то да се гледа закон који важи у моменту примене пореског уговора а не када је исти ступио на снагу, исти принцип се може применити и на Директиву о камати и ауторској накнади, односно, може се имплементирана одредба користити и за тумачење концепта стварног власника из пореских уговора који су закључени пре 2003. године, када је иначе поменути Директива ступила на снагу.¹⁵³¹

OECD Коментар изричито наводи да примена домаћег права није оправдана и да је концепт стварног власника потребно тумачити у свом контексту а у светлу циља и сврхе конвенције који укључује избегавање двоструког опорезивања и спречавање евазије пореза.¹⁵³² Применом OECD Коментара, не би се могло применити домаће право јер контекст, на који указује члан 3 став 2 OECD Модел-конвенције, захтева другачије, међутим, де Бру (de Broe) се не слаже са наведеном констатацијом. Наиме, он сматра да су циљ и сврха, на које указује OECD Коментар, прилично слични циљевима Директиве о Камати и ауторској накнади.¹⁵³³ Поменути аутор даље сматра да из наведеног разлога, не би требало занемарити одредбу о стварном власнику из Директиве услед примене члана 3 става 2 пореског уговора, уколико су уговорнице уједно и чланице ЕУ, јер оне применом домаћег права, у ствари примењују ЕУ значење стварног власника прихода, што би се од њих и очекивало.¹⁵³⁴ Уколико је само земља извора чланица ЕУ која примењује шири обим одредбе о стварном власнику услед примене имплементиране одредбе из Директиве, док са друге стране држава резиденства, интерпретирајући OECD Коментар, концепт стварног власника примењује у ужем обиму, дошло би до сукоба квалификација.¹⁵³⁵ Конкретније, држава извора може сматрати да директни прималац није стварни власник прихода, а да држава резидентства директног примаоца сматра да он јесте стварни власник прихода. Држава резидентства би морала да примени изузимање или да одобри порески кредит услед квалификације државе извора, које је у овом случају једино релевантно.¹⁵³⁶

2.2.3.6.3. Трећи основ – примена принципа уједначене интерпретације Директива ЕУ

СПЕУ је у својим пресудама установио постајње принципа уједначене интерпретације, где на основу члана 288 Уговора о функционисању Европске уније, све државе чланице морају да предузму све неопходне мере потребне да се оствари циљ који описује директива.¹⁵³⁷ Такође, у члану 4 ставу 3 Уговора стоји да државе чланице морају да предузму све одговарајуће мере, опште или тачно одређене, како би оствариле циљеве које је поставило право ЕУ.¹⁵³⁸ Наведене дужности обавезују и националне власти и судове.¹⁵³⁹ СПЕУ је даље утврдио да се обавеза тумачења домаћег права у складу са директивама не односи само на имплементиране одредбе

¹⁵²⁹ *Ibid.*

¹⁵³⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, чл. 3 ст.2.

¹⁵³¹ L. de Broe, 687.

¹⁵³² Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, чл. 10 ст. 12.1 Коментара.

¹⁵³³ L. de Broe, 687.

¹⁵³⁴ *Ibid.*

¹⁵³⁵ *Ibid.*, 690.

¹⁵³⁶ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, чл. 23 ст. 32.1 – 32.8 Коментара.

¹⁵³⁷ L. de Broe, 690.

¹⁵³⁸ Consolidated version of the Treaty on European Union, OJ C 326, 26.10.2012, чл 4 ст. 3.

¹⁵³⁹ L. de Broe, 690.

из директива, већ на целокупно домаће право и на домаће одредбе које су донете пре ступања на снагу директиве.¹⁵⁴⁰

У оквиру своје судске праксе, СПЕУ је утврдио да међународни уговори, у оквиру правног поретка ЕУ, чине део домаћег права.¹⁵⁴¹ Према томе, уколико порески уговор садржи одредбу о стварном власнику која постоји и у Директиви о камати и ауторској накнади, потребно је одредбу из уговора тумачити што је ближе могуће значењу појма стварног власника који он има у оквиру права ЕУ, без обзира да ли је порески уговор ступио на снагу пре или после 2003. године.¹⁵⁴² Дакле, наведени принцип се може применити уколико се претходно испуни један услов. Чињенице случаја који се односи на примену одредбе из пореског уговора, морају да потпадну под персонални и материјални обим Директиве о камати и ауторској накнади.¹⁵⁴³ Наведени обим Директиве подразумева исплату камате и ауторске накнаде између повезаних предузећа различитих држава чланица у смислу члана 1 и 3 Директиве о камати и ауторској накнади.¹⁵⁴⁴ Само у том случају може доћи до конфликта у примени одредбе о стварном власнику из пореског уговора који чини део домаћег права и исте одредбе из Директиве о камати и ауторској накнади, где је потом потребно применити принцип уједначеног тумачења.¹⁵⁴⁵

Де Бру (de Broe) закључује да наведене три врсте интерпретације не искључују једна другу.¹⁵⁴⁶ Уколико је одредба о стварном власнику из пореског уговора подложна двојној интерпретацији, а само једна врста интерпретације није у супротности са правом ЕУ, принцип тумачења у доброј вери према Бечкој конвенцији би подразумевао да суд прихвати такву интерпретацију која је у складу са правом ЕУ.¹⁵⁴⁷

3. Тумачење према којем се концепту стварног власника придаје домаће значење

Једна од највећих дилема поводом концепта стварног власника прихода јесте питање примене дефиниције поменутог концепта из домаћег права.¹⁵⁴⁸ Подсетимо се, ОЕСД Модел-конвенција не дефинише појам стварног власника прихода, па се зато примењује члан 3 став 2 конвенције који упућује на дефиницију из домаћег права уколико контекст не захтева другачије.¹⁵⁴⁹ Разлика између домаћег и јединственог међународног контекста није била потпуно јасна, јер Коментар ОЕСД до 2014. године није у потпуности јасно дефинисао свој став према примени домаће дефиниције појма стварног власника. Такође, у Нацрту јавне дискусије поводом

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*

¹⁵⁴¹ *Ibid.*

¹⁵⁴² *Ibid.*, 690 – 691.

¹⁵⁴³ *Ibid.*, 691.

¹⁵⁴⁴ Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States OJ L 157, 26.6.2003, чл. 1 и 3.

¹⁵⁴⁵ L. de Broe, 691.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*, 694.

¹⁵⁴⁷ *Ibid.*

¹⁵⁴⁸ Jonna Wheeler, 258

¹⁵⁴⁹ C. Bergedahl, 14.

разјашњења појма стварног власника наводио се да значење стварног власника по домаћем закону није аутоматски ирелевантно за интерпретацију овог појма у контексту овог члана, односно домаће значење појма је применљиво у обиму који је конзистентан са општим навођењима из Коментара.¹⁵⁵⁰ На основу овог пасуса, може се рећи да је OECD желела да установи јединствено међународно значење појма стварног власника прихода, али без искључивог изузимања домаћег значења поменутог појма.¹⁵⁵¹ Многи аутори упућених коментара творцима Нацрта, сматрали су да би наведени пасус могао да угрози циљ OECD у установљавању јединственог међународног контекста, што је довело до уклањања поменутог пасуса из ревизије Нацрта.¹⁵⁵² Зук (Zuk) сматра да је овај пасус био погрешно протумачен. Према овом аутору, ако контекст захтева другачије, односно уколико постоји јединствено међународно значење, а домаће значење није у супротности са јединственим контекстом, може се применити дефиниција стварног власника из домаћег права према члану 3 ставу 2 пореских уговора.¹⁵⁵³

Подсетимо се, Коментар OECD из 2014. године наводио је следеће:¹⁵⁵⁴

„пошто је термин стварног власника додат да укаже на потенцијалне потешкоће које произилазе из употребе рећи „плаћено...резиденту“ у ставу 1, намеравао је да буде интерпретиран у овом контексту а не у неком техничком смислу који би он могао имати у оквиру домаћих закона неке земље (заправо, када је он додат наведеном ставу, термин није имао прецизно значење у законима многих држава)¹⁵⁵⁵. Стога, појам стварног власника се не користи у уском техничком значењу (какво има у оквиру закона о трастовима многих држава које примењују англосаксонско право), већ би требало да буде схваћен у свом контексту, конкретно у релацији са речима „плаћено... резиденту“, као и у светлу предмета и сврхе Конвенције, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенције фискалне евазије и избегавања плаћања пореза.“

Такође, присетимо се, концепт стварног власника произашао је из англосаксонског права, а УК које припада овом правном систему је предложило 1967. године да се одредба о стварном власнику прихода уврсти у OECD Модел-конвенцију.¹⁵⁵⁶ Међутим, стварни власник из закона о трасту држава које припадају англосаксонском правном систему, разликује се од концепта стварног власништва над приходима из OECD Модел-конвенције. Из наведеног разлога, OECD је у последњој верзији Коментара јасно назначила да домаће значење које проистиче из закона о трасту не може бити примењено у изналажењу значења концепта стварног власника из пореског уговора. Сматрамо да су OECD, многи коментатори и аутори у свету пореског права, били забринуте да би примена одредбе о стварном власнику из закона о трасту могла да постане део јединственог значења, што је довело до јасног раздвајања у новијој верзији Коментара 2014. године.

У претходном делу смо већ нагласили зашто сматрамо да је потребно да постоји јединствени међународни контекст, међутим, исто тако сматрамо да је Зук (Zuk) у праву када наводи да уколико домаћа дефиниција није у супротности са јединственим значењем које приписује

¹⁵⁵⁰ Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, 29 April 2011 to 15 July 2011, OECD, став 12.1, стр.3.

¹⁵⁵¹ D. V. Armelin, 503 – 504.

¹⁵⁵² M. Zuk, 323.

¹⁵⁵³ Ibid.

¹⁵⁵⁴ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2014, чл. 10 ст. 12.1 Коментара.

¹⁵⁵⁵ На пример: уколико трасти дискреционог траста не дистрибуира дивиденде које су зарађене током одређеног периода, такав трасти, који делује у сопственом капацитету (или траст ако се сматра одвојеним пореским обвезником), може бити сматран за стварног власника таквог прихода за сврху члана 10, без обзира на релевантни закон о трасту који може да прави разлику између правног и стварног власника. Вид.: Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, фуснота 1 за став 12.1, стр. 3.

¹⁵⁵⁶ R. Vann (2013), 282.

OECD Коментар, не постоји разлог да се иста не примени. Такође, закључили смо да је примена јединственог значења и дефиниције из OECD Коментара нужна, међутим, како бисмо употпунили закључак, мишљења смо да уколико држава не припада англосаксонском систему права, или припада поменутом систему, али не примењује закон о трасту, или га примењује али такође има и дефинисану одредбу о стварном власнику прихода у неком другом пореском закону, ипак се може применити домаће право за интерпретацију концепта стварног власника из пореског уговора, искључиво у ситуацији где домаћа дефиниција из пореског закона није у супротности са јединственим значењем поменутог концепта. Свакако, како наводи Зук (Zuk), након што се установи да постоји јединствено значење и да према члану 3 ставу 2 пореског уговора контекст захтева другачије, потребно је да се види да ли је домаћа дефиниција стварног власника која не произлази из закона о трасту, већ из пореских закона, у супротности са јединственим контекстом. Уколико је то случај, примена домаћег права не би била оправдана.

Можемо закључити да је јединствено међународно значење неопходно, односно потребно је применити дефиницију из Коментара, јер, како наводи Вогел (Vogel), домаће дефиниције се разликују и не пружају исту и прецизну дефиницију.¹⁵⁵⁷ Међутим, видели смо да када OECD наводи уско техничко значење, посебан акценат придаје концепту стварног власника из англосаксонског права и закона о трасту, што указује да уколико држава у пореском закону, а не закону о трасту, има дефиницију о стварном власнику прихода, која се суштински не разликује од дефиниције из OECD Коментара и антибузивног циља који Коментар наводи, примена домаћег значења би била оправдана. Такође, могло би се рећи да је и у том случају примењено јединствено значење, јер уколико би домаћа дефиниција имала другачије значење од међународног јединственог контекста, примена такве дефиниције не би била оправдана.

У наредном делу, анализираћемо примену одредбе о стварном власнику из пореских уговора, а према дефиницији из домаћег права, која не произлази из закона о трасту. Анализираћемо домаће прописе о стварном власнику прихода Русије, Бразила и Немачке, а затим и Украјине и САД. Разлог одабира ових држава видимо у различитом тумачењу и контексту у којем се концепт стварног власника помиње у оквиру пореских закона. Анализом одредбе о стварном власнику ових држава, можемо доћи до закључка да уколико се поменута домаћа одредба не односи искључиво на пореске уговоре и нема антибузивну улогу коју јој приписује званични OECD Коментар, иста није у сагласности са међународним јединственим значењем и не може бити примењена у сврху тумачења концепта стварног власника прихода за чланове пореског уговора који регулишу дивиденде, камате и ауторске накнаде. Више пажње ћемо посветити анализи домаће норме о стварном власнику Русије, Бразила и Немачке, који појам стварног власника помињу у различитим контекстима у својим пореским законима.

3.1. Примена домаће дефиниције концепта стварног власника прихода у Русији

Русија је 2015. године у оквиру пројекта „офшоризација“, Порески законик Руске Федерације допунила посебним термином „лица које има право на приход“ у оквиру члана 7, који је био врло сличан одредби о стварном власнику из пореских уговора.¹⁵⁵⁸ Први уговор у којем је Русија, тада СССР, била потписиница, а који је садржао одредбу о стварном власнику, био је

¹⁵⁵⁷ R. Irwan, 39.

¹⁵⁵⁸ Nikolai Milogolov, Elena Zakharenkova, „Beneficial Owner as 'All-In' Test: The Massive Russian Weapon Against Treaty Shopping“, june 15 2020, 1, преузето са адресе https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3626944 8.12.2021.

уговор са Шпанијом из 1985. године.¹⁵⁵⁹ Порески закон термин „лица које има право на приход“ сада дефинише као лице које на основу директне или индиректне партиципације у компанији или по основу контроле коју има над компанијом, или на основу других околности, има право да независно користи и/или располаже тим приходом.¹⁵⁶⁰ У наредном ставу поменутог члана, омогућава се директна примена овог домаћег концепта и на пореске уговоре.¹⁵⁶¹ Конкретније, поменути став наводи да се неће сматрати да лице има право на примљени приход, и тиме губи право на користи из пореских уговора, уколико:

- има ограничене могућности поводом располагања над примљеним приходима,¹⁵⁶²
- има функцију проточног лица, односно прослеђује приход трећем лицу и нема никаквих пословних функција ни преузетих ризика,¹⁵⁶³
- прослеђује, директно или индиректно, примљени приход, (у потпуности или делимично) другом лицу које, да је директно примило поменути приход из Русије, као државе извора, не би имало право да примени одредбе пореског уговора са Русијом.¹⁵⁶⁴

У складу са новим одредбама закона, Министарство финансија Русије је објавило посебно писмо, према којем је исплатилац са извора из Русије, као порески платалац, био дужан да тражи доказ од примаоца прихода да има моћ располагања над приходима, да покаже да ли има неку обавезу према којој је дужан да проследи приход, као и да ли прималац у држави свог резидентства заиста врши пословне активности.¹⁵⁶⁵ Уколико исплатилац прихода не би добио одговоре на постављена питања од примаоца прихода, или се покаже да је прималац прихода проточна компанија, исплатилац прихода је био дужан да примени домаћу стопу пореза по одбитку, а не преференцијалну стопу из пореског уговора.¹⁵⁶⁶ Примећујемо да руски закон није детаљније навео каква врста обавезе мора да постоји, што нас наводи на чињеницу да прималац прихода мора бити у уговорној, законској обавези, или да постоји обавеза која произлази из околности случаја.

Пореска управа и Министарство финансија, као и судска пракса, касније су допуњавали домаћи концепт „лица које има право на приходе“. Конкретније, наведено је да страном лице нема право на примљени приход и тиме ни на користи из пореског уговора уколико:¹⁵⁶⁷

- страна компанија прослеђује приход, директно или индиректно другој компанији која се најчешће налази у јурисдикцији која нема порески уговор са Русијом и где је пореска обавеза ниска;
- страна компанија нема реалну моћ коришћења прихода који је примила;
- страна компанија нема прихода од других трансакција, односно нема пословне активности, односно прима само пасивне приходе;
- страна компанија нема запослене, просторије и остале материјалне ствари;
- је директор стране компаније заправо само номинални директор;

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, 2.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*

¹⁵⁶¹ *Ibid.*

¹⁵⁶² A. Meindl-Ringler, 284.

¹⁵⁶³ *Ibid.*

¹⁵⁶⁴ N. Milogolov, E. Zakharenkova, 3.

¹⁵⁶⁵ A. Meindl-Ringler, 284.

¹⁵⁶⁶ N. Milogolov, E. Zakharenkova, 3.

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*, 5.

- страна компанија поседује само акције у руској фирми која исплаћује дивиденде, или поседује акције и неке друге компаније али која је уобичајено повезано лице са првом поменутом руском компанијом.¹⁵⁶⁸

Федерална пореска агенција је навела у свом писму да пореска администрација посебну пажњу треба да посвети чињеницама које указују да лице јесте стварни власник прихода уколико:¹⁵⁶⁹

- има користи од примљеног дохотка;
- одређује економску судбину примљеног дохотка;
- има економско присуство у земљи свог резидентства;
- користи примљене приходе за сврху своје регистроване делатности;
- има знакове пословања, односно запошљава радну снагу, закупљује просторе, плаћа текуће пословне трошкове и слично, а чији директори имају самосталност у усвајању одлука;
- нема законску, ни уговорну обавезу да пренесе приход другом;
- нема горе наведену обавезу и не преноси систематски приход одмах након примања другом лицу.

У склопу допуна, Федерална пореска агенција Русије, 2018. године објавила је писмо према којем је наведено да уколико се утврди постојање ерозије пореске основице и пореске евазије, овај домаћи концепт се користи као универзално средство за борбу против злоупотребе одредаба пореских уговора.¹⁵⁷⁰

На крају, Федерална пореска агенција Русије је објавила мишљење према којем је порески обвезник морао да оправда своје пословање и целокупни аранжман, првенствено разлог уметања компаније, када за то реалне потребе није било.¹⁵⁷¹ Министарство финансија се надовезало на поменуто мишљење, и сматрало је да је порески обвезник требало да пружи и следеће информације:¹⁵⁷²

- документе на основу којих би се видело да постоји уговорна или правна обавеза да се приход проследи трећим лицима, а који би онемогућавао примаоцу прихода да самостално располаже приходом по својој вољи;
- документе који би показивали да постоји већ унапред договорени трансфер прихода према трећем лицу;
- документи на основу којих би се видело да је прималац прихода порески обвезник за примљени приход у држави свог резидентства;
- документи или информације на основу којих би се могло видети да прималац прихода врши пословну активност у држави свог резидентства.

¹⁵⁶⁸ У касније писму Федералне пореске агенције из 2019. године, наведено је да се домаћи концепт стварног власника не може применити генерално на све холдинг компаније чија се активност огледа само у држању акција, већ је потребно сагледати конкретне околности случаја, односно потребно је видети да ли постоји право располагања и коришћења над примљеним приходом и да ли постоји пословна активност холдинг компаније у смислу поседовања људи, простора и опреме. Вид.: *Ibid.*, 8.

¹⁵⁶⁹ Письмо Федеральной налоговой службы от 17 мая 2017 г. No CA-4-7/9270@ “О практике рассмотрения споров по вопросу неправомерного применения налоговыми агентами льготных условий налогообложения при взимании налога на прибыль с доходов иностранных организаций”, 1.

¹⁵⁷⁰ N. Milogolov, E. Zakharenkova, 4 - 5.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*, 9.

¹⁵⁷² *Ibid.*, 10.

Закон је пружио само основу домаћег концепта стварног власника прихода, док је даља разрада препуштена судској пракси и писмима Министарства финансија и Федералне пореске агенције. Међутим, писма која је објавила Федерална пореска агенција нису правно обавезујућа, али би свакако могла у будућим годинама да постану део судске праксе.¹⁵⁷³

Разлика између концепта стварног власника из руског домаћег права и истог концепта из пореских уговора се огледа у томе што се домаћа одредба односи на све врсте прихода, а не само на дивиденде камате и ауторске накнаде, како се помиње у пореским уговорима и OECD Модел-конвенцији.¹⁵⁷⁴ Конкретно, домаћу одредбу о стварном власнику прихода, суд у Русији је примењивао и за капиталне добитке.¹⁵⁷⁵ У каснијем делу овог рада, указаћемо и на разлику у виду обима¹⁵⁷⁶ поменутих одредба, а посебно у односу на OECD Коментар из 2014/17. године. Међутим, иако поменуте разлике постоје, судови у Русији сматрају да је домаћи концепт у складу са концептом стварног власника из OECD Коментара. Наиме, судови се позивају на чињеницу да концепт стварног власника из Коментара не би требало да буде схваћен у техничком смислу, већ би требало да буде тумачен у оквиру циљева и сврхе пореских уговора.¹⁵⁷⁷ Међу овим циљевима и сврхама пореског уговора, посебно се издваја циљ спречавања пореске евазије, што је уједно и циљ домаће одредбе о стварном власнику прихода.¹⁵⁷⁸ Дакле, судови сматрају да се домаћа одредба може применити директно на тумачење концепта стварног власника из пореског уговора, јер таква одредба није у супротности од онога што прописује OECD Коментар. Суштински, с обзиром на то да судови цитирају OECD Коментар и даље потврђују да је домаћа одредба у складу са Коментаром, сматрамо да су судови заправо прихватили постојање јединственог међународног значења, али су такође потврдили да је дефиниција из домаћег закона у складу са таквим јединственим значењем из разлога што је циљ домаћег и уговорног концепта стварног власника исти. Чињенице које потврђују наш закључак видимо у томе што Русија није чланица OECD па нема апсолутну никакву обавезу да примењује OECD Коментар, а такође у једном случају који се тичао стварног власника над приходима из периода пре измене руског законика, суд није применио OECD Коментар из разлога што Русија није била чланица OECD.¹⁵⁷⁹

На овом месту, поменућемо и пресуду московског арбитражног суда *Severstal* из 2016. године, која је једна од првих и најпознатијих пресуда где је примењена домаћа одредба о стварном власнику прихода у контексту стварног власника прихода из пореског уговора између Русије и Кипра, где је пореска управа одбила да примени преференцијалну стопу пореза по одбитку на дивиденде из пореског уговора између Русије и Кипра, а примењена је домаћа стопа јер је сматрано да стварни власник није кипарска компанија, већ фирма са Британских Девичанских Острва.¹⁵⁸⁰

¹⁵⁷³ *Ibid.*, 11.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*, 3.

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*, 7.

¹⁵⁷⁶ Конкретније, у Русији се концепт стварног власника из домаћег права примењује у оквиру економске, односно „суштина изнад форме“ интерпретације, што је супротно формално-правној интерпретацији на којој се заснива поменути концепт у оквиру OECD Коментара из 2014/17. године.

¹⁵⁷⁷ N. Milogolov, E. Zakharenkova, 11.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*

¹⁵⁷⁹ A. Meindl-Ringler, 285.

¹⁵⁸⁰ Moscow Arbitrazh Court, case PAO Severstal, No. A40-113217/16-107-982, 31. October 2016.

3.2. Примена домаће дефиниције концепта стварног власника прихода у Бразилу

Пре него што се упустимо у анализу концепта стварног власника из домаћег права, потребно је нагласити да Бразил право својине сматра интергралним правом, односно својина није дељива како је то случај са институцијом траста у државама које припадају англосаксонском систему права.¹⁵⁸¹ Што се тиче члана 3 става 2 пореских уговора, Роха (Rocha) сматра да уколико се не нађе контекст према члану 31 ставу 2 и 3 Бечке конвенције, потребно је применити домаће право.¹⁵⁸² У сваком случају, поменути аутор сматра да међународни контекст појма стварног власника није довољно јасан, па је потребно применити домаће право. Међутим, у моменту писања чланка поменутог аутора, важила је дефиниција стварног власника прихода из OECD Коментара из 2003. године, која није била у потпуности јасна као дефиниција последње верзије Коментара.¹⁵⁸³ Аутор у верзији Коментара из 2003. године није пронашао јасно јединствено значење, а које је довољно да се сматра да контекст захтева другачије. Даље, једна група аутора, чији став заступамо, сматра да домаћа одредба може бити примењена према члану 3 ставу 2 пореског уговора, само уколико је поменута одредба део пореског закона за врсту прихода која је предмет пореског уговора.¹⁵⁸⁴ Супротно, друга група сматра да се за дефиницију стварног власника може применити одредба из било ког домаћег закона.¹⁵⁸⁵

Већина пореских уговора Бразила је садржала и одредбу о стварном власнику, која није била дефинисана како ни у самом уговору, тако ни у домаћем закону.¹⁵⁸⁶ Међутим у оквиру једног пореског закона, Бразил је 2010. године дефинисао концепт стварног власника, а сврха ове одредбе је била да се не призна одбитак трошкова у виду уплата које су бразилске компаније исплаћивале лицима у пореским рајевима.¹⁵⁸⁷ Нови члан закона је прописивао да се стварним власником сматрало индивидуално лице или правни ентитет, чији главни или једини циљ није био постизање пореске уштеде, и које је примало уплату у своје име и за свој сопствени рачун, а не као трасти, агент или као номинални власник које делује за рачун другог лица.¹⁵⁸⁸ С обзиром на то да поменута дефиниција није важила као опште правило, већ се примењивала као посебно правило које је служило да се ограничи признавање трошкова из главне секције одређеног члана закона,¹⁵⁸⁹ нејасно је да ли таква дефиниција могла да се примени у смислу члана 3 става 2 пореског уговора.¹⁵⁹⁰

Бразилски аутор, Роха (Rocha) додатно појашњава да је концепт стварног власника део домаћег Закона о порезу на дохотак и да је дефинисан као специјална антиабузивна мера према којој се у одређеним условима, исплате пореским рајевима или јурисдикцијама са преференцијалним пореским режимима неће признавати као трошак.¹⁵⁹¹ Услов се састоји од субјективног дела где је потребно доказати да није постојала намера за пореском уштедом, као

¹⁵⁸¹ S. A. Rocha, 357.

¹⁵⁸² *Ibid.*, 356.

¹⁵⁸³ Аутор је објавио рад 2012. године, у моменту важења Коментара из 2010. године који је концепт стварног власника дефинисао по последњим променама из Коментара од 2003. године.

¹⁵⁸⁴ S. A. Rocha, 357.

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, 351.

¹⁵⁸⁷ A. Meindl-Ringler, 286.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*

¹⁵⁸⁹ S. A. Rocha, 357.

¹⁵⁹⁰ A. Meindl-Ringler, 286.

¹⁵⁹¹ S. A. Rocha, 358.

и од објективног дела где је потребно доказати да је прималац прихода стварни власник прихода а не трасти, агент или номинални власник који уплате не прима у своју корист, односно у своје име и за свој рачун.¹⁵⁹² Поменути аутор наводи да је према OECD Коментару концепт стварног власника схваћен као антиабузивна норма, чији је циљ да се спречи пореска евазија, што наводи на чињеницу да је домаћа одредба стварног власника у сагласности за међународним значењем концепта стварног власника.¹⁵⁹³

Закључујемо да одредба о стварном власнику прихода јесте дефинисана у пореском закону, али се не односи на приходе који су предмети пореског уговора (дивиденде, камате и ауторске накнаде), већ се односи на једну тачно одређену сврху непризнавања трошкова. Супротно, у Русији се тачно односило на непризнавања користи из пореског уговора уколико стварни власник није резидент државе уговорнице. Иако је домаћа дефиниција доста слична дефиницији концепта стварног власника из Коментара од 2003. године, домаћа одредба је доста шира у обиму од исте одредбе о стварном власнику прихода из Коментара од 2003, јер предвиђа и испитивање намере што коментар из 2003 није захтевао. Дакле, домаћа одредба садржи део дефиниције која је данас имплементирана у оквиру одредбе о тесту основног циља, као и део дефиниције која је слична дефиницији концепта стварног власника из Коментара од 2003. године. Домаћа дефиниција би једино могла да се примени према члану 3 ставу 2 пореских уговора, уколико би била у складу са јединственим контекстом, а како је OECD раздвојио тест основног циља и концепт стварног власника, сматрамо да јединствени контекст поменутог концепта не подразумева широку дефинисану одредбу у толиком обиму да се захтева и испитивање субјективног елемента. Међутим, примена тако широке дефиниције би била делимично оправдана уколико би таква одредба била део пореског закона за приходе који су предмет и пореских уговора и уколико би циљ такве одредбе био спречавање злоупотребе уговора и пореске евазије што је уједно и циљ концепта стварног власника према званичном Коментару. Такође, уколико би се дошло до истог резултата применом широке домаће одредбе и дефиниције из званичне верзије Коментара која промовише јединствено значење, могло би се рећи да таква одредба јесте у складу са јединственим значењем, што би довело до директне примене домаће норме о стварном власнику прихода. Међутим, морамо имати на уму да би услед такве примене, долазило до интеракције између субјективног елемента домаће одредбе о стварном власнику и одредбе о тесту основног циља што би довело до правне несигурности.

Иако је домаћа одредба део пореског закона и постављена у виду антиабузивне мере, сматрамо да је није могуће применити за дефиницију концепта стварног власника из пореских уговора јер је постављена као антиабузивна мера која се односи на тачно одређену ситуацију, изван онога што предвиђа порески уговор. Међутим, да је бразилски закон, попут руског закона, поменути одредбу дефинисао у оквиру посебног члана према којем би погодности из пореског уговора биле онемогућене, сматрамо да би таква дефиниција могла да буде примењена на тумачење концепта стварног власника из пореских уговора. Свакако, остаје нејасно да ли домаћа одредба о стварном власнику, која је у оквиру пореског закона дефинисана у виду специјалне антиабузивне мере за непризнавање трошкова услед исплате лицима који нису стварни власници прихода, може бити примењена у контексту пореског уговора у оквиру члана 3 става 2 OECD Модел-конвенције.¹⁵⁹⁴ У даљем истраживању, нисмо дошли до детаљнијих информација и одговора на питање да ли је ова одредба до сада била примењена у контексту стварног власника прихода из пореских уговора.

¹⁵⁹² *Ibid.*

¹⁵⁹³ *Ibid.*, 360.

¹⁵⁹⁴ A. Meindl-Ringler, 286.

3.3. Примена домаће дефиниције концепта стварног власника прихода у Немачкој

Немачка је 2003. године имплементирала одредбу о стварном власнику из Директиве о камати и ауторској накнади у оквиру члана 50г Закона о порезу на доходак (нем.: Einkommensteuergesetz – EStG).¹⁵⁹⁵ Поменути члан је наводио да се порез по одбитку за камате и ауторске накнаде могу признати само уколико је прималац стварни власник примљених прихода, што се односило на компаније и на сталне пословне јединице.¹⁵⁹⁶ Напоменимо да Немачка припада континенталном систему права где је власништво интегрално и до момента имплементације Директиве, порески закони Немачке нису препознавали појам стварног власништва.¹⁵⁹⁷ Међутим, Немачка је у оквиру свог Фискалног законика примењивала принцип суштине изнад форме које је правило разлику између правног (формалног) и стварног власника.¹⁵⁹⁸ Члан 39 Фискалног законика гласио је:¹⁵⁹⁹

„(1) Економска добра биће приписана свом власнику.

(2) Међутим, без обзира на одредбу из става 1 изнад, ова одредба ће се применити:

- Уколико лице које није власник има ефективну контролу над економским добром на тај начин да то лице може, у виду правила, економски да онемогући власнику да ужива у економском добру током нормалног периода трајања тог добра, економска добра биће приписана таквом лицу. У случају да постоји фидуцијарна веза, економска добра биће приписана бенефицијару, у случају са трансфером власништва за сврхе обезбеђења, економска добра биће приписана лицу које обезбеђује добра, и у случају власничког поседа, имаоцу својинског права.
- Уколико је на економским добрима више лица засновало право својине, свим лицима ће приписивање бити пропорционално учешћу утолико што се за опорезивање захтева одвојено приписивање.“

Питање које се даље поставило јесте да ли се члан 39 Фискалног законика може применити за тумачење концепта стварног власника из пореских уговора.¹⁶⁰⁰ Пре свега, став 2 поменутог члана се односио на приписивање имовине економском власнику за пореске сврхе у случајевима када правни и економски власник није чинило исто лице.¹⁶⁰¹ Дакле, пореска обавеза се утврђивала према правим економским чињеницама а не према формално-правној ситуацији.¹⁶⁰² Видимо да је овде реч о економском власништву над имовином а не над приходима, међутим члан 20 став 5 Закона о порезу на доходак је прописивао да су приходи

¹⁵⁹⁵ Income tax law in the version published on October 8, 2009 (Federal Law Gazette I p. 3366, 3862), which was last amended by Article 27 of the law of August 20, 2021 (Federal Law Gazette I p. 3932), чл. 50г. Закон преузет са адресе <https://www.gesetze-im-internet.de/estg/BJNR010050934.html> и https://www.gesetze-im-internet.de/estg/___50g.html 12.12.2021.

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*, чл. 50г ст. 3 тч. 1.

¹⁵⁹⁷ A. Meindl-Ringler, 169.

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹⁹ Fiscal Code of Germany in the version promulgated on 1 October 2002 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I p. 3866; 2003 I p. 61), last amended by Article 17 of the Act of 17 July 2017 (Federal Law Gazette I p. 2541), чл. 39, закон преузет са адресе https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html#p0430 12.12.2021.

¹⁶⁰⁰ A. Meindl-Ringler, 169.

¹⁶⁰¹ *Ibid.*, 170.

¹⁶⁰² *Ibid.*

од капитала, односно дивиденда, припадали власнику акција.¹⁶⁰³ Уколико се повежу поменути два члана, економским власником прихода би се сматрало лице које има економско власништво над акцијама компаније.¹⁶⁰⁴ За камате и ауторске накнаде нису постојале овакве упоређивајуће одредбе као за дивиденде.¹⁶⁰⁵

Како бисмо дали одговор на поменуто питање, потребно је утврдити разлике које постоје између економског власника и стварног власника из OECD Модел-конвенције. Прво, немачки закон, како смо већ напоменули, односио се на економско власништво над имовином, а потом, за сврхе опорезивања, економским власником прихода, сматрало се лице које је власник имовине која генерише приход. Концепт стварног власника из Модел-конвенције OECD 2014/17 односи се искључиво на приходе, што је Коментар из 2014. године додатно појашњавао.¹⁶⁰⁶ Даље, концепт економског и стварног власника имају различиту улогу. Концепт економског власника имао је функцију да онемогући приписивање имовине лицу које није било прави власник.¹⁶⁰⁷ Супротно, концепт стварног власника из OECD Модел-конвенције има за циљ да спречи аранжмане са пробирањем уговора.¹⁶⁰⁸ Такође, циљ поменутог концепта из OECD Модел-конвенције јесте и спречавање довоструког опорезивања што није циљ и концепта економског власника, а који се огледа у одговарајућем приписивању имовине у оквиру домаћег права.¹⁶⁰⁹

Мишљења смо да концепт економског власника не може бити примењен у оквиру члана 3 става 2 пореских уговора за интерпретацију концепта стварног власника. Разлог видимо у чињеници да појам економског власништва има потпуно другачију сврху од појма стварног власника прихода из OECD Модел-конвенције, без обзира на чињеницу да је поменути концепт из домаћег права заправо део пореског закона. Међутим, иако Немачка при закључењу уговора користи OECD Модел-конвенцију,¹⁶¹⁰ у неколико уговора је дефинисала концепт стварног власника, што значи да не треба применити члан 3 став 2 уговора, већ дефиницију из поменутог уговора. Уколико дефиниција из пореског уговора упућује на домаће право, што је најчешће случај, примениће се домаће право.

Погледајмо неке од уговора где је Немачка била потписница а у којима је био дефинисан концепт стварног власника. У пореском уговору са Аустралијом из 1972. године наводило се да је лице бенефицијар дивиденде, камате и ауторске накнаде према члановима 10 – 12 уговора, уколико је оно било и економски власник имовине из које се исплаћују дивиденде, камате и ауторске накнаде.¹⁶¹¹ Порески уговор са Норвешком у члану 9 протокола наводио је да прималац дивиденде, камате и ауторске накнаде јесте стварни власник у смислу чланова 10, 11 и 12, уколико је располагао правима на којима се заснивају уплате, и приход који је произлазио из таквих права се приписивао поменутом лицу према правима обе државе уговорнице.¹⁶¹² Даље, порески уговор са Шведском из 1992. године је у члану 43 ставу 3 садржао дефиницију појма стварног власника наводећи да се резидент државе уговорнице

¹⁶⁰³ Income tax law in the version published on October 8, 2009 (Federal Law Gazette I p. 3366, 3862), which was last amended by Article 27 of the law of August 20, 2021 (Federal Law Gazette I p. 3932), чл 20, ст. 5, Закон преузет са адресе https://www.gesetze-im-internet.de/estg/___20.html 12.12.2021.

¹⁶⁰⁴ A. Meindl-Ringler, 170.

¹⁶⁰⁵ Ibid.

¹⁶⁰⁶ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2014, чл. 10 ст. 12.4 Коментара.

¹⁶⁰⁷ A. Meindl-Ringler, 172.

¹⁶⁰⁸ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2014, чл. 10 ст. 12.5 Коментара.

¹⁶⁰⁹ A. Meindl-Ringler, 172.

¹⁶¹⁰ Martin Weiss, Manuel Bruhl, „Germany's Anti-Treaty-Shopping Rule Under ECJ Pressure“, *European Taxation*, No 2/3, 2019, 67.

¹⁶¹¹ A. Meindl-Ringler, 175.

¹⁶¹² Ibid., 174.

сматрао стварним власником дивиденде, камате или ауторске накнаде у смислу чланова 10 – 12 пореског уговора, уколико су се поменути приходи за пореске сврхе приписивали том резиденту према законима те државе (држава резидентства примаоца прихода). Такав резидент није бити сматран стварним власником прихода, уколико се сматрало да је, према законима друге државе (држава извора), такав приход било потребно приписати другим лицима која су имала право употребе и коришћења тог прихода и који нису били резиденти прве поменуте државе (држава резидентства – потписница пореског уговора између Немачке и Шведске).¹⁶¹³ Видимо да је Немачка у уговору са Аустралијом дефинисала стварног власника у виду економског власника, а према домаћем праву.¹⁶¹⁴ Што се тиче уговора са Норвешком, не помиње се економски власник већ се користи појам стварног власника, али са фокусом на имовину а не на приходе.¹⁶¹⁵ Уговор са Шведском се односио конкретно на приходе али је упућивао да правила о приписивању прихода према законима државе резидентства или извора. Свакако, Немачка би услед оваквих дефиниција, била у могућности да примени концепт економског власника имовине за тумачење концепта стварног власника из чланова 10-12 пореског уговора, из разлога што порески уговор у оквиру своје дефиниције стварног власника директно упућује на примену домаћих закона, а такође, одредбе пореских уговора су дефинисане слично норми из домаћег закона Немачке. Супротно, уколико се уговор у потпуности заснива на OECD Модел-конвенцији, и уговор не дефинише директно појам стварног власника прихода, сматрамо да не би требало применити домаћу немачку норму о економском власнику имовине према члану 3 ставу 2 пореских уговора, због суштинске разлике са контекстом одредбе о стварном власнику прихода из пореских уговора.

На овом месту је вредно напоменути да Немачка има посебно антиабузивно правило за сузбијање аранжмана са пробирањем уговора, које се више пута мењало, али у суштини гласило је:¹⁶¹⁶

„Страна компанија нема право на користи у виду изузимања или снижене стопе у складу са чланом 43б Закона или пореског уговора, уколико је таква компанија у власништву лица која не би имала право на поменуте користи да је приход њима директно исплаћен, и уколико нема економских и суштинских разлога да страна компанија буде уметнута и уколико иста страна компанија нема сопствену економску активност“.

Немачка је донела овакво правило из разлога што су неки уговори имали преференцијалне стопе од 0%, што је могло да доведе до злоупотребе истих.¹⁶¹⁷ С обзиром на то да је оваква антиабузивна норма била под притиском СПЕУ и Федералног пореског суда Немачке, Министарство финансија је објавило документ према којем се ово правило није могло користити за погодности које прописује Директива о филијали и матичној компанији, али је важило за пореске уговоре.¹⁶¹⁸ Дакле, ово правило се односило само на дивиденде, а касније само за сврху примене члана 10 пореских уговора. Остаје нејасно да ли је Немачка примењивала поменуту домаћу антиабузивну норму независно од концепта стварног власника или у склопу тумачења наведеног концепта. Мишљења смо да је домаћа норма примењивана независно од концепта стварног власника, из разлога што се иста односила само на дивиденде и није конкретно помињала стварно власништво над дивидендом, већ је фокус био на пословним и економским разлозима уметања посредничке компаније и на њеној пословној активности. Супротно, фокус концепта стварног власника прихода из пореских уговора је на

¹⁶¹³ *Ibid.*, 175.

¹⁶¹⁴ *Ibid.*, 174.

¹⁶¹⁵ *Ibid.*

¹⁶¹⁶ M. Weiss, M. Bruhl, 66.

¹⁶¹⁷ На пример, уговор између Јапана и Немачке где је порез по одбитку за дивиденде износио 0%. Вид.: *Ibid.*

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, 71 – 72.

праву коришћења, употребе и убирања прихода директног примаоца прихода, које није ограничено постојањем обавезе прослеђивања прихода трећем лицу.¹⁶¹⁹

3.4. Примена домаће дефиниције концепта стварног власника прихода у осталим државама

Овај одељак посветили смо домаћем праву Украјине и САД. Разлог одабира Украјине видимо у дефинисању концепта стварног власника прихода у пореском закону на сличан начин како је то Русија урадила. Међутим, разлика постоји, јер је украјински закон навео да се домаћа одредба може користити у контексту пореских уговора, као антиабузивна мера, али само за оне приходе у којима се одредба о стварном власнику прихода у пореским уговорима појављује, а то су дивиденде, камате и ауторске накнаде. Подсетимо се, руски закон омогућава примену домаће одредбе о стварном власнику и за капиталне добитке. Што се тиче САД, њихови домаћи прописи наводе посебно правило за превенцију „back-to-back“ финансијских аранжмана, које се користи само у једном сегменту, и то највише за камате. У оквиру овог правила се помињу и дефинишу посреднички ентитети, међутим, није сасвим јасно да ли се таква дефиниција може узети у обзир за тумачење концепта стварног власника из пореских уговора. Ово посебно правило дефинише посредничке ентитете и помиње појам стварног власника прихода, што је био и један од разлога за одабир САД за сврху ове анализе.

Украјина примењује одредбу о стварном власнику прихода у оквиру члана 103 Пореског законика, који се односи на порез по одбитку за приходе са извора из Украјине који се исплаћују нерезидентима у оквиру примене пореских уговора.¹⁶²⁰ Према домаћем закону, постоји ограничење према којем се не могу применити преференцијалне пореске стопе из пореских уговора, уколико директни прималац прихода није стварни власник тог прихода.¹⁶²¹ Стварни власник прихода се даље дефинише као лице које има право да прими приход, односно није агент, номинални власник или посредник.¹⁶²² Оваква дефиниција јесте у складу са дефиницијом концепта стварног власника из OECD Коментара од 1977. и 2003. године, које су иначе биле доста широко постављене. У сваком случају, уколико би се применила аналогија са домаћом одредбом из руског закона, могла би се домаћа одредба из украјинског закона применити и на тумачење концепта стварног власника из пореских уговора, јер су циљеви ових одредаба исти, а такође домаћа одредба произлази из пореског закона и иста се примењује у случајевима по питањима примене преференцијалних пореских стопа из пореских уговора, што украјински Порески законик и конкретно наводи.

На овом месту, вредно је поменути и домаће право САД, где се примењује домаћа норма за спречавање злоупотребе са проточним компанијама (енг.: anti-conduit regulations). Према овој норми, посреднички ентитет који послује у виду проточне компаније у оквиру финансијског аранжмана може бити занемарен за сврху примене члана који се односи на порез по одбитку за стране корпорације које нису ефективно повезане са трговином и пословањем у САД, а таква трансакција била би рекарактеризована као директна трансакција између финансираног ентитета и ентитета који финансира.¹⁶²³ Дакле, такав посредник не би имао право на примену преференцијалне стопе из пореских уговора.¹⁶²⁴ Конкретније, САД су сматрале да користи из

¹⁶¹⁹ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2014, чл. 10 ст. 12.4 Коментара.

¹⁶²⁰ A. Meindl-Ringler, 286.

¹⁶²¹ *Ibid.*

¹⁶²² *Ibid.*

¹⁶²³ A. Meindl-Ringler, 212.

¹⁶²⁴ *Ibid.*

пореског уговора не би требало да буду омогућене у случају „back-to-back“ зајмова и сличних трансакција, када је резидент државе саговорнице из пореског уговора лице са својством проточне компаније и које није стварни власник прихода из САД као земље извора.¹⁶²⁵ Посредник би се према праву САД сматрао проточном компанијом уколико његово учествовање у аранжману смањује пореску обавезу у оквиру пореза по одбитку и уколико је разлог учествовања у поменутом аранжману пореска уштеда, односно уколико постоји намера да се избегне плаћање пореза и да је то једна од главних сврха такве структуре трансакције.¹⁶²⁶ Такође, било би потребно и утврдити да ли је посредник повезано лице са ентитетима који финансирају или су финансирани.¹⁶²⁷ Браунер (Brauner) сматра да је САД за „back-to-back“ финансијске аранжмане, концепт стварног власника из пореских уговора заменила домаћом нормом за спречавање злоупотребе са проточним компанијама.¹⁶²⁸ Нећемо улазити у детаље поводом поменуте домаће норме, с обзиром на то да она служи само за одређене финансијске аранжмане и као замена концепта стварног власника из пореског уговора, а не као средство тумачења поменутог концепта уколико уговор не садржи дефиницију истог. Дакле, сматрамо да не би требало дефиницију посредничког ентитета узимати из ове посебне антиабузивне норме, а у сврху тумачења концепта стварног власника из пореских уговора, јер се, како Браунер (Brauner) наводи, ова одредба примењује независно од одредбе о стварном власнику прихода из пореских уговора. Такође, у оквиру ове посебне одредбе, захтева се постојање субјективног елемента, што није у складу са јединственим значењем из OECD Коментара 2014/17.

III. Неуједначено поступање националних судова поводом примене одредбе о стварном власнику прихода, уколико порески уговор не садржи поменуту одредбу

Поставља се питање да ли, уколико порески уговор не садржи одредбу о стварном власнику прихода, она на неки начин ипак може бити примењена и затим тумачена у домаћем или јединственом контексту. Дакле, уколико држава примењује концепт стварног власника из пореских уговора у оквиру јединственог контекста и ослања се, мање или више, на дефиницију из OECD Коментара, или утврди да је домаћа дефиниција у складу са јединственим контекстом, може се поставити питање примене такве дефиниције чак и у случају да порески уговор уопште и не садржи одредбу о стварном власнику. Ово би посебно било занимљиво уколико држава при закључењу пореских уговора користи OECD Модел-конвенцију. Видећемо да је пракса поводом овог питања различита, јер су национални судови доносили различите пресуде по овом питању.

¹⁶²⁵ Y. Brauner, 159.

¹⁶²⁶ A. Meindl-Ringler, 213 - 214.

¹⁶²⁷ *Ibid.*, 213.

¹⁶²⁸ Y. Brauner, 159 – 160.

1. Индиректна примена концепта стварног власника у оквиру уговора који не помиње појам стварног власника прихода

Да ли је могуће применити концепт стварног власника прихода тумачењем одређеног израза, иако порески уговор не садржи поменути концепт? У једном познатијем случају, пореске власти САД индиректно су примениле концепт стварног власника, тако што су при тумачењу израза „примљено од стране“ (енг.: *received by*) применили концепт стварног власника који није био део пореског уговора. Ради боље анализе, описаћемо укратко чињенице случаја *Aikens Industries*. Корпорација, резидент Бахама била је власник 99,99% акција америчке корпорације *Aikens Industries Inc.*¹⁶²⁹ Поменута америчка корпорација била је јдини власник компаније *Mechanical Products Inc.*, која је такође резидент САД. *Mechanical Products Inc* позајмила је 2,25 милиона долара од компанија са Бахама, а за узврат, компанија из САД је повериоцу са Бахама издала меницу.¹⁶³⁰ Између САД и Бахама није постојао порески уговор, па би се применила домаћа стопа при исплати камате.¹⁶³¹ Из наведеног разлога, годину дана након трансакције, фирма са Бахама је основала фирму у Еквадору, која је основала фирму у Хондурасу.¹⁶³² Фирма са Бахама, меницу је трансферисала филијали из Хондураса,¹⁶³³ а за узврат, поменута филијала морала је да исплати дуг и камату матичној компанији у идентичном износу како је било предвиђено комерцијалним уговором између компаније са Бахама и *Mechanical Products Inc.*¹⁶³⁴ Коначан резултат се огледао у томе да је кроз *back-to-back* аранжман, камата исплаћена бахамској фирми преко филијале из хондураса, користећи порески уговор између САД и Хондураса.¹⁶³⁵ Наведени порески уговор из 1956. године је подразумевао да земља извора не обрачунава порез по одбитку за камате, што је довело до тога да уместо домаће стопе у висини од 30%, буде примењена преференцијална стопа од 0%.¹⁶³⁶ Пореска управа је изнела случај пред Пореским судом САД, јер је сматрала да фирма из Хондураса није прави власник и прималац камате, већ је то компанија са Бахама.¹⁶³⁷ Порески обвезник је тврдио да се порески уговор морао применити јер је компанија из Хондураса основана у складу са дефиницијом корпорације из члана 2 пореског уговора.¹⁶³⁸

Порески суд се није фокусирао на значење коцепта стварног власника, јер порески уговор између САД и Хондураса није ни садржао поменути концепт, већ је фокус био на интерпретацији израза из члана 9 уговора „примљено од стране“.¹⁶³⁹ С обзиром на то да је израз „примљено од стране“ био недефинисан у пореском уговору, примењен је члан 2 став 2 уговора, према којем се недефинисани изрази тумаче у складу са домаћим правом САД, уколико контекст не захтева другачије.¹⁶⁴⁰ Применивши домаће право, суд је поменути израз дефинисао у складу са доктрином „власништво и контрола“.¹⁶⁴¹ Према наведеној доктрини, потпуно власништво и контрола су постојали уколико лице које је примало камату није имало обавезу да проследи уплату трећем лицу и уколико је исто стварало профит на име

¹⁶²⁹ *Ibid.*, 146.

¹⁶³⁰ *Ibid.*

¹⁶³¹ S. Jain, J. Prebble, A. Crawford, 29.

¹⁶³² Y. Brauner, 146.

¹⁶³³ *Ibid.*

¹⁶³⁴ L. Oats *et al.*, 485-486.

¹⁶³⁵ S. Jain, J. Prebble, A. Crawford, 30.

¹⁶³⁶ L. Oats *et al.*, 485.

¹⁶³⁷ A. Meindl-Ringler, 201.

¹⁶³⁸ S. Jain, J. Prebble, A. Crawford, 30.

¹⁶³⁹ A. Meindl-Ringler, 201.

¹⁶⁴⁰ Y. Brauner, 148.

¹⁶⁴¹ L. Oats *et al.*, 486.

финансијске трансакције.¹⁶⁴² У конкретном случају, суд је утврдио да постоји уговорна обавеза прослеђивања прихода у истом износу како је гласио првобитни зајам са истоветном каматном стопом.¹⁶⁴³ Такође, утврђено је да компанија из Хондураса није имала никакве финансијске користи од учествовања у трансакцији.¹⁶⁴⁴ На крају, суд је применио тест пословног циља утврдивши да не постоје валидни економски и комерцијални разлози за овакво структурирање трансакције,¹⁶⁴⁵ односно, сврха трансакције је била мотивисана искључиво пореским разлозима.¹⁶⁴⁶

С обзиром на то да је концепт стварног власника из OECD Модел-конвенције и Коментара појашњавао значење израза „плаћено резиденту“, према Пореском суду САД, стварно власништво је већ било имплицитно садржано у изразу „примљено од стране“.¹⁶⁴⁷ Поставља се питање да ли је тумачење израза „примљено од стране“, у виду подразумеване одредбе о стварном власнику, у сагласности са OECD Коментаром и његовом дефиницијом о стварном власнику прихода. Дакле, суд је појам стварног власника прихода који је садржан у поменутом изразу, у оквиру доктрине „власништва и контроле“ дефинисао као лице које нема обавезу да проследи приходе и од трансакције има приходе, што је доста слично дефиницији из OECD Модел-конвенције од 2014. године.¹⁶⁴⁸

Зук (Zuk) сматра да изрази попут „плаћено резиденту“ или „примљено од стране“ не би требало да буду тумачени од стране суда у оквиру концепта стварног власника, осим уколико уговор посебно не помиње појам стварног власника.¹⁶⁴⁹ Из наведеног произилази да уколико порески уговор не садржи поменути појам, не може се сматрати да постоји имплицитни концепт стварног власника, односно не могу се горе поменути изрази тумачити у оквиру непостојећег концепта.¹⁶⁵⁰

Мишљења смо, пре свега, да је домаћа дефиниција стварног власништва према доктрини „власништво и контрола“ у складу са концептом стварног власника из OECD Модел-конвенције и Коментара од 2014. године, јер се и домаћа дефиниција заснива на прослеђивању прихода. Међутим, суд је такође применио и доктрину пословне сврхе што је изван дефиниције из Коментара. На основу комбиноване примене ових доктрина суд је утврдио да је компанија из Хондураса проточна компанија и да није имала стварни интерес у трансакцији са каматом, односно да није била прави и стварни власник камате коју је платила америчка компанија.¹⁶⁵¹ Даље, сматрамо, како је и Зук (Zuk) навео, да концепт стварног власника не постоји уколико порески уговор изричито не помиње појам стварног власника. Конкретније, не би требало тумачити изразе потпут „примљено од“ у оквиру концепта који не постоји у пореском уговору. Супротно, у случају овакве индиректне примене одредбе о стварном власнику прихода преко тумачења одређеног израза из пореског уговора, дошло би до правне несигурности и неуједначене праксе, јер, видећемо касније, неки судови не примењују одредбу о стварном власнику уколико то уговор изричито не захтева.

¹⁶⁴² A. Meindl-Ringler, 202.

¹⁶⁴³ Y. Brauner, 146.

¹⁶⁴⁴ S. Jain, J. Prebble, A. Crawford, 33.

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*

¹⁶⁴⁶ L. Oats *et al.*, 486.

¹⁶⁴⁷ A. Meindl-Ringler, 202.

¹⁶⁴⁸ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2014, чл. 10 ст. 12.4 Коментара.

¹⁶⁴⁹ M. Zuk, 327-328.

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*

¹⁶⁵¹ Y. Brauner, 147.

2. Директна примена концепта стварног власника у оквиру уговора који не помиње појам стварног власника прихода

У наредном делу, бавимо се анализом праксе неколико националних судова поводом питања примене имплицитне одредбе о стварном власнику прихода. Конкретније, директна имплицитна одредба о стварном власнику би подразумевала примену поменутог концепта иако то није садржано у пореском уговору. Дакле, видећемо да су судови неких држава директно примењивали концепт стварног власника иако то није дефинисано пореским уговором, али не у виду интерпретације одређеног израза како је било примењено у случају *Aikens Industries* у САД. Анализираћемо судске случајеве у Француској и Швајцарској, јер се из њих може видети да је директна примена, супротно непостојању одредбе о стварном власнику прихода у пореском уговору, могућа. Такви случајеви су ретки, али свакако доприносе неуједначеној примени која доводи до правне несигурности.

2.1. Француска

Познати случај *The Bank of Scotland* десио се у Француској и како смо га већ претходно описали, на овом месту поновићемо чињенице случаја у кратким цртама. Америчка компанија закључила је комерцијални уговор са Банком Шкотске, која је била резидент УК. Према уговору, америчка фирма је, за одређену цену, банци пребацила право коришћења обичних акција француске филијале за период од три године. Такође, уговор је подразумевао унапред одређену и загарантовану висину дивиденде коју би банка примала у наведеном периоду. На основу тадашњег пореског уговора између УК и Француске, порез по одбитку за дивиденде је износио 15% уместо 25%, колико је било по домаћој стопи. Овај уговор је такође подразумевао и могућност посебне рефундације за дивиденде (*avoir fiscal*). Дакле, у случају примене овог пореског уговора, шкотска банка би примила загарантовани износ дивиденде уз могућност рефундације што је било више од онога што је поменута банка платила америчкој компанији за право коришћења акција. Врховни суд Француске је установио да је стварни власник дивиденде компанија из САД, а не Банка Шкотске.¹⁶⁵² Утврђено је да је ризик потпуно алоциран, односно да Банка Шкотске није сносила никакве ризике, јер је америчка компанија банци гарантовала унапред утврђени износ дивиденде, а такође, гарантовала је исплату и рефундације према пореском уговору.¹⁶⁵³ Све је указивало на прикривени зајам. Врховни суд је тврдио да Банка Шкотске није стварни власник дивиденде наводећи да је једина сврха оваквог аранжмана била да се искористе повољније одредбе пореског уговора између Француске и УК, што конституише злоупотребу права. Поновимо, суд је применио домаћу антиабузивну доктрину забране злоупотребе права у виду имплицитне норме која је садржана у концепту стварног власника прихода.¹⁶⁵⁴ Међутим, члан 9 став 7 пореског уговора између Француске и УК није садржао одредбу о стварном власнику прихода, али је суд ипак применио концепт стварног власника прихода.¹⁶⁵⁵ Уколико би се применило језичко тумачење члана 9 пореског уговора, Врховни суд Француске би дошао до закључка да поменути члан не садржи концепт стварног власника и да испитивање стварног власништва над приходима које је

¹⁶⁵² Jain Saurabh, John Prebble, Kristina Bunting, „Conduit Companies, Beneficial Ownership, and the Test of Substantive Business Activity in Claims for Relief under Double Tax Treaties“, WU International Taxation Research Paper Series, No. 2014 – 11, 2014, 428.

¹⁶⁵³ A. Meindl-Ringler, 233.

¹⁶⁵⁴ A. M. Jimenez (2010), 47.

¹⁶⁵⁵ A. Meindl-Ringler, 234 и 236.

примио директни прималац није било потребно.¹⁶⁵⁶ Међутим, разлог примене концепта стварног власника од стране суда, иако порески уговор не садржи поменути концепт, лежи у чињеници да је суд одлуку засновао на претходној пресуди у случају *SA Diebold Courtage*.¹⁶⁵⁷

Чињенице случаја *SA Diebold Courtage* су следеће. Компанија из Француске *SA Diebold Courtage* продала је компјутере и пратећу опрему компанији из Холандије, која је затим поменути опрему изнајмила француској компанији *SA Diebold Courtage*.¹⁶⁵⁸ Француска компанија је платила накнаду за употребу компјутера холандској фирми, која је даље по основу уговора о пружању услуга преоследила 68% примљене ауторске накнаде повезаној компанији из Швајцарске.¹⁶⁵⁹ С обзиром на то да је пореска управа сматрала да је стварни власник ауторске накнаде компанија из Швајцарске и да се не може применити порески уговор између Француске и Холандије,¹⁶⁶⁰ Врховни суд је требало да одлучи да ли се концепт стварног власника може применити, иако поменути порески уговор није садржао поменути концепт. Суд је у пресуди навео да се концепт стварног власника може применити, без обзира на чињеницу да се поменути концепт не помиње у пореском уговору.¹⁶⁶¹ Међутим, суд је навео да пореска управа није пружила довољно доказа који би указали да холандска компанија није стварни власник ауторске накнаде, тако да суд није улазио у суштину значења концепта стварног власника.¹⁶⁶²

Након ове пресуде, Врховни суд је 2009. године у виду саветовања француске владе, објавио мишљење у којем је наведено да уколико је порески уговор ступио на снагу пре него што је концепт стварног власника постао део OECD Модел-конвенције 1977. године, доктрина из случаја *SA Diebold Courtage*, у потпуности је применљива.¹⁶⁶³ Супротно, уколико је порески уговор закључен након поменутог датума, не може се ова доктрина узети у обзир, јер се сматра да државе уговорнице са намером нису укључиле концепт стварног власника из OECD Модел-конвенције у порески уговор.¹⁶⁶⁴ Свакако, ова пресуда нема велики утицај с обзиром на то да врло мали број пореских уговора које је Француска закључила не предвиђа одредбу о стварном власнику прихода.¹⁶⁶⁵

Не слажемо се са пресудама Врховног суда Француске из разлога што такво поступање доводи до правне несигурности и урушава јединствени концепт стварног власника који OECD Модел-конвенција прописује у оквиру Коментара. Применом одредбе која није предвиђена у пореском уговору, у случају са Банком Шкотске, пореска управа је прешироко дефинисала појам стварног власника у том смислу да је и убачен и субјективни елемент у поменути концепт, а што, како смо већ раније поменули, OECD Коментар не предвиђа. Мишљења смо, уколико суд сматра да је концепт стварног власника имплицитан пореским уговорима иако га исти не садржи, а из разлога што се такав уговор заснива на OECD Модел-конвенцији која помиње овај концепт, поменути концепт би требало тумачити према дефиницији из OECD Коментара, односно према домаћој дефиницији која би морала бити у складу са дефиницијом из Коментара. Врховни суд је пружио објашњење према којем се само за уговоре који су закључени пре 1977. године, може применити доктрина из случаја *SA Diebold Courtage*, што доприноси правној сигурности, међутим, сматрамо да таква одлука не доприноси

¹⁶⁵⁶ D. Gutmann, 170.

¹⁶⁵⁷ A. Meindl-Ringler, 235.

¹⁶⁵⁸ Daniel Gutmann, „Beneficial Ownership without Specific Beneficial Ownership Provision“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Netherlands 2013a, 161 – 162.

¹⁶⁵⁹ A. Meindl-Ringler, 232.

¹⁶⁶⁰ J. Wheeler, 318.

¹⁶⁶¹ D. Gutmann (2013a), 162.

¹⁶⁶² A. Meindl-Ringler, 232.

¹⁶⁶³ D. Gutmann (2013a), 163 - 164.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, 164.

¹⁶⁶⁵ *Ibid.*, 165.

уједначавању судске праксе поводом тумачења концепта стварног власника, јер би судови других држава могли да се угледају на поменути пресуду. С обзиром на то да концепт стварног власника није дефинисан у OECD Модел-конвенцији и у већини пореских уговора у свету, сматрамо да судска пракса доприноси проналажењу јединственог међународног значења поменутог концепта, па је зато врло битно да национални судови различитих држава у мањој или већој мери доносе уједначене пресуде.

2.2. Швајцарска

У оквиру праксе швајцарских судова, навешћемо два случаја која су потпуно различита и из којих се види када је правилно применити концепт стварног власника у тумачењу пореских уговора који језички појам „стварни власник“ не користе.

Током 2001. године, Федерални порески суд Швајцарске донео је одлуку у случају *V SA*. Чињенице случаја су биле следеће.¹⁶⁶⁶ Компанија из Луксембурга била је у власништву две компаније са простора УК. Један од власника је одобрио зајам фирми из Луксембурга како би поменута фирма купила акције швајцарске компаније. Касније, швајцарска компанија је исплатила дивиденду фирми из Луксембурга, која је даље користила за исплату камате, као и за плаћање осталих обавеза. Пореска управа је сматрала да компанија из Луксембурга није стварни власник дивиденде. Суд је утврдио да је порески уговор између Швајцарске и Луксембурга користио термин „корисник“ (енг.: *beneficiary*) а не појам стварног власника.¹⁶⁶⁷ Међутим, суд је појам корисника, по основу језичке интерпретације, поистоветио са дефиницијом стварног власника прихода из OECD Извештаја о проточним компанијама, сматрајући да компанија из Луксембурга није корисник, односно стварни власник дивиденде јер нема економске користи од примљеног прихода.¹⁶⁶⁸ Дакле, поменути порески уговор није садржао појам стварног власника прихода, те је суд упоредио постојећи појам корисника са концептом стварног власника, позивајући се на Извештај о проточним компанијама, односно, примењено је јединствено међународно значење концепта стварног власника. Сматрамо да не би требало у пореским уговорима примењивати аналогију између појмова, уколико је њихова суштина различита. Присетимо се, СПЕУ је при доношењу прелиминарне одлуке у случајевима са стварним власником, упоредио језичка значења појма стварног власника, где су се за означавање појма стварног власника прихода из Директиве о камати и ауторској накнади, користили изрази попут „корисник“, „ефективни власник“ и слично.¹⁶⁶⁹ Уколико је језичко значење другачије, али је суштина иста, мишљења смо да се два појма могу упоредити, односно аналогично се у конкретном случају може применити концепт стварног власника из материјала OECD у оквиру појма „корисник“.

Наредни случај се разликовао од претходног јер порески уговор уопште није садржао термин стварног власника прихода, корисника или неки сличан појам, односно уговор није уопште предвиђао примену концепта стварног власника. У питању је случај *X Holding APS* који смо већ раније поменули и описали, па ћемо на овом месту само укратко поновити. Наиме, данска холдинг компанија, која је била у власништву компаније у Гернзију, чији је даљи акционар био са Бермуда, прибавила је акције швајцарске компаније.¹⁶⁷⁰ Данска холдинг компанија није

¹⁶⁶⁶ A. M. Jimenez (2010), 40 - 41.

¹⁶⁶⁷ *Ibid.*, 41.

¹⁶⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁶⁹ Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C – 115/16 (N Luxembourg I), C – 118/16 (X Denmark), C – 119/16 (C Denmark I), C – 299/16 (Z Denmark), 26 February 2019, par. 10 и 89.

¹⁶⁷⁰ R. Matteotti, F. M. Sutter, 51.

имала своје канцеларије и запослене, а једина имовина коју је поседовала, биле су акције швајцарске фирме.¹⁶⁷¹ Директор холдинг компаније био је резидент Бермуда, који је уједно и крајњи власник ове групе компанија.¹⁶⁷² Швајцарска фирма је исплатила дивиденду данској холдинг компанији, која је две недеље касније, у скоро истом износу, дивиденду проследила компанији у Гернзију.¹⁶⁷³ Данска холдинг компанија је поднела захтев за повраћај пореза по одбитку на дивиденде на основу члана 10 пореског уговора између Данске и Швајцарске, који је прописивао да само држава резидентства има право да опорезује примљену дивиденду.¹⁶⁷⁴ Поменути члан није садржао одредбу о стварном власнику прихода. Међутим, и поред наведене чињенице да уговор није помињао појам стварног власника, пореска управа је одбила захтев јер је сматрала да данска холдинг компанија није стварни власник дивиденде.¹⁶⁷⁵ Подсетимо се, суд је упркос непостојању одредбе о стварном власнику у пореском уговору, применио имплицитни принцип забране злоупотребе одредаба пореског уговора, који је, према швајцарском суду, био подрезумевани део пореских уговора.¹⁶⁷⁶ Поменути принцип је послужио суду како би решио питање стварног власништва над приходима, што је иначе циљ одредбе о стварном власнику прихода. Швајцарски суд је слично одлучио и у случају *The Swiss Swap Case*, где је у оквиру одлучивања о стварном власништву над приходима из пореског уговора који није садржао одредбу о стварном власнику, примењен прилаз „суштина изнад форме“ у виду имплицитне претпостављене норме у пореским уговорима.¹⁶⁷⁷

Из Швајцарске перспективе, концепт стварног власника је подразумевана имплицитна одредба у пореским уговорима.¹⁶⁷⁸ Швајцарски суд је потврдио мишљење одређеног броја академика који се залажу за имплицитну примену поменуте одредбе.¹⁶⁷⁹ Оба поменута случаја су се односила на порески уговор између Швајцарске и Данске који до 2009. године није садржао одредбу о стварном власнику,¹⁶⁸⁰ а суд је био мишљења да је тиме само потврђено постајање имплицитне норме.¹⁶⁸¹ Међутим, Врховни суд Швајцарске сматрао је да за решавање питања стварног власништва над приходима није битно утврдити да ли је одредба о стварном власнику имплицитног карактера, па је на крају примењен имплицитни општи антиабузивни принцип за решавање поменутог питања.¹⁶⁸²

Мишљења смо да је примена поменутог принципа у виду опште антиабузивне мере, уместо концепта стварног власника који уговор не садржи, а за испитивање стварног власништва, могућа уколико су циљеви и обими поменутог принципа и концепта исти, што конкретно није случај. Међутим, пореска управа се директно позивала на концепт стварног власника, тврдећи да директни прималац није стварни власник прихода. Сматрамо да је суд применио подрезумевани принцип који је садржан у пореском уговору из разлога што на располагању није имао друга средства у оквиру пореског уговора за спречавања аранжмана са пробирањем уговора. Свакако, такво поступање суда доводи до правне несигурности, јер већина држава и аутора не подржава примену подразумеваног принципа забране злоупотребе одредаба пореских уговора, а порески обвезник не би знао шта да очекује од примене поменутог принципа, јер је исти сувише широк и укључује субјективне елементе. Пореска управа је

¹⁶⁷¹ R. Danon (2020a), 634.

¹⁶⁷² *Ibid.*

¹⁶⁷³ A. Meindl-Ringler, 241.

¹⁶⁷⁴ Rene M., Fabian M. S., 52.

¹⁶⁷⁵ *Ibid.*

¹⁶⁷⁶ R. Danon (2020a), 634.

¹⁶⁷⁷ R. Matteotti, F. M. Sutter, 57.

¹⁶⁷⁸ A. Meindl-Ringler, 250.

¹⁶⁷⁹ J. Saurabh, J. Prebble, 11.

¹⁶⁸⁰ A. Meindl-Ringler, 245.

¹⁶⁸¹ J. Saurabh, J. Prebble, 12.

¹⁶⁸² *Ibid.*, 12 – 13.

одбила примену уговора из разлога што је сматрала да прималац није стварни власник прихода, па је према томе суд требало језичким тумачењем да дође до закључка да се концепт стварног власника не може применити јер га порески уговор и не помиње. Ситуација би била другачија да се пореска управа на почетку позвала на принцип забране злоупотребе праве из разлога што све чињенице упућују да је одређени члан пореског уговора искоришћен противно његовој сврси и да је постојала намера да се избегне плаћање пореза по одбитку према домаћем праву државе извора. Дакле, потребно је одвојити примену концепта стварног власника од поменутог принципа, што у конкретном случају суд није урадио, већ је утврдио да директни прималац није стварни власник прихода на основу подразумеваног принципа забране злоупотребе одредаба пореског уговора.¹⁶⁸³

3. Одбијање примене одредбе о стварном власнику прихода уколико је порески уговор не помиње

Национални судови одређених држава су изричито одбијали да примене концепт стварног власника прихода уколико га порески уговор не помиње. У обзир ћемо узет судске пресуде судова из Канаде, Италије, Бразила, Русије, Шпаније и Швајцарске. Разлог одабира ових држава видимо у томе што смо претходно, у оквиру судске праксе, у обзир већ узели поменуте државе. Такође, национални судови у поменутим државама су у већој мери решавали питање стварног власника прихода из пореских уговора, створивши једну континуирану домаћу праксу. Битно је напоменути и да су нам судски и управни поступци у овим државама били у већем обиму доступни. У овом делу, видећемо како су неки судови директно у својим пресудама навели да уколико порески уговор не садржи одредбу о стварном власнику прихода, иста не може бити примењена ни у каквом облику. Са друге стране, ситуација у појединим државама није потпуно јасна, као на пример у Русији и Швајцарској.

Управни одбор за извештавање о порезима Канаде је објавио да уколико порески уговор не садржи израз „стварни власник“, не може се применити концепт стварног власника прихода.¹⁶⁸⁴ Врховни суд Италије је слично одлучио у случају који је заведен под бројем 4600 из 2009. године.¹⁶⁸⁵ Италијанска филијала је исплатила дивиденде ентитету из САД, чији је оснивач јапанска банка, која је пословала у виду агента у име јапанског пензионог фонда.¹⁶⁸⁶ Јапански пензиони фонд је у својству стварног власника прихода желео да искористи преференцијалну пореску стопу из пореског уговора између Италије и Јапана.¹⁶⁸⁷ Међутим поменути порески уговор није садржао одредбу о стварном власнику прихода.¹⁶⁸⁸ Врховни суд је сматрао да је директни прималац ентитет из САД једино лице које може да захтева примену преференцијалне стопе из пореског уговора, или, уколико се ентитет сматра транспарентним за пореске сврхе, јапанска банка би могла у крајњем случају да поднесе захтев за примену уговора, а не пензиони фонд.¹⁶⁸⁹ Суд је даље утврдио да, иако се пензиони фонд могао сматрати крајњим корисником прихода, с обзиром на то да порески уговор није садржао одредбу о стварном власнику, концепт стварног власника се није могао применити.¹⁶⁹⁰ Дакле,

¹⁶⁸³ R. Danon (2020a), 635.

¹⁶⁸⁴ M. Zuk, 328.

¹⁶⁸⁵ Corte di Cassazione, No. 4600 (1.3.2009.), вид.: A. Meindl-Ringler, 268.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸⁸ *Ibid.*

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*

Врховни суд Италије је дошао до истог закључка као и Управни одбор за извештавање о порезима Канаде.¹⁶⁹¹

У ову групу држава спада и Бразил, где је у једном случају утврђено да, с обзиром на то да порески уговор између Бразила и Јапана из 1967. године није садржао одредбу о стварном власнику камате, за примену преференцијалне пореске стопе из пореског уговора, довољно је било утврдити да ли је прималац камате био резидент друге државе уговорнице.¹⁶⁹² Дакле, пореске власти Бразила и судови, сматрали су да уколико не постоји одредба о стварном власнику у оквиру пореског уговора, концепт стварног власника се не може применити, односно довољно је утврдити да ли је прималац резидент државе уговорнице пореског уговора.

Подсетимо се, Русија је 2015. године у оквиру пројекта „офшоризација“ Порески законик Руске Федерације допунила посебним термином „лице које има право на приход“ у оквиру члана 7, који је био врло сличан одредби о стварном власнику из пореских уговора.¹⁶⁹³ Овај члан је омогућавао да се одредба о стварном власнику из пореских уговора тумачи на основу домаће одредбе. Међутим, у једном случају који се односио на „back-to-back“ зајмове између британске банке и две проточне компаније са Кипра, поставило се питање примене концепта стварног власника иако порески уговор није захтевао примену одредбе о стварном власнику.¹⁶⁹⁴ Једна од две поменуте проточне компаније је зајам искористила за своју руску сталну пословну јединицу, која је зајам вратила директно британској банци.¹⁶⁹⁵ Пореска управа је сматрала да стварни власник прихода није компанија са Кипра.¹⁶⁹⁶ Суд је утврдио да наводи пореске управе да кипарска компанија није стварни власник прихода нису основани, јер порески уговор није садржао одредбу о стварном власнику прихода.¹⁶⁹⁷ С обзиром на то да је о овом случају одлучено пре ревизије закона где је почела да се примењује домаћа одредба о стварном власнику, може се поставити питање да ли би суд дошао до истог резултата након ступања на снагу ревидираног закона. У поменутом случају, суд је сматрао да OECD Коментар није примењив из разлога што Русија није чланица OECD.¹⁶⁹⁸ Након ревизије закона, у писмима пореских власти, видели смо да се Русија позива на OECD Коментар,¹⁶⁹⁹ што нас наводи на чињеницу да би руски судови могли да примене домаћу одредбу о стварном власнику иако порески уговор не садржи поменуту одредбу, из разлога што би се позивали на OECD Коментар где би се могло сматрати да је поменути концепт имплицитан у пореским уговорима. Такође, овакво поступање би се и могло очекивати од руских судова јер је од 2015. године актуелан пројекат „офшоризације“.

Што се тиче новијих пресуда поводом поменутог питања, можемо изнети пресуде судова из Швајцарске и Шпаније. Пре свега, видели смо да су швајцарски судови у неким случајевима примењивали одредбу о стварном власнику, иако порески уговор није изричито такву одредбу наводио. Међутим, 2020. године, Федерални врховни суд Швајцарске је у својој одлуци навео да се одредба о стварном власнику не помиње у Директиви о филијали и матичној компанији, као ни у Аранжману између Швајцарске и ЕУ (Swiss-EU Agreement).¹⁷⁰⁰ Поменути суд је даље навео да се услед уобичајне интерпретације може закључити да је питање имплицитне

¹⁶⁹¹ M. Zuk, 328.

¹⁶⁹² A. Meindl-Ringler, 287.

¹⁶⁹³ N. Milogolov, E. Zakharenkova, 1.

¹⁶⁹⁴ A. Meindl-Ringler, 284.

¹⁶⁹⁵ *Ibid.*

¹⁶⁹⁶ *Ibid.*

¹⁶⁹⁷ *Ibid.*, 285.

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹⁹ Вид. стр. 210 - 212.

¹⁷⁰⁰ R. Danon *et al.*, 507.

примене концепта стварног власника из поменуте Директиве и Аранжмана неважно, с обзиром на то да је СПЕУ сматрао да постоји имплицитна одредба о забрани злоупотребе права ЕУ.¹⁷⁰¹ Заправо, швајцарски суд је у претходним одлукама дошао до закључка да постоји имплицитна одредба о стварном власнику у пореским уговорима, док је у новијој споменутој одлуци за исту одредбу у оквиру Директиве решио другачије, ослањајући се на пресуду СПЕУ. Поновимо, дански суд, упућујући захтев за прелиминарном одлуком СПЕУ, није захтевао од овог суда да одлучи по питању постојања имплицитне одредбе о стварном власнику у оквиру Директиве о матичној компанији и филијали.¹⁷⁰² С обзиром на то да се одлука швајцарског суда односила само на Директиву, не можемо проценити њен утицај на претходно устаљену праксу поводом примене концепта стварног власника прихода и услед непостајања одредбе о стварном власнику прихода у пореским уговорима. На овом месту можемо поменути и пресуду Врховног суда Шпаније из 2020. године, где је одлучено да се одредба о стварном власнику из пореског уговора између Шпаније и Швајцарске не може применити ако је поменути члан изричито не наводи.¹⁷⁰³

IV. Неуједначена примена концепта стварног власника прихода према свом обиму

Пореске власти и судови разних држава примењују концепт стварног власника у ширем или ужем обиму. Ужи обим подразумева примену формално-правног¹⁷⁰⁴ прилаза, док шири обим подразумева примену прилаза „суштина изнад форме“, односно економског прилаза. OECD Коментар не пружа директан одговор који би се прилаз при тумачењу поменутог концепта требало користити, међутим, одређене околности нам могу помоћи да дођемо до конкретнијег одговора. Пре свега потребно је утврдити теоријске разлике између поменутих прилаза, као и конкретне разлике у оквиру тренутне судске и законодавне праксе поводом горе наведеног проблема у одређеним државама које у већој мери примењују концепт стварног власника прихода из пореских уговора.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*

¹⁷⁰² *Ibid.*

¹⁷⁰³ B. Kuzniacki (2022), 93.

¹⁷⁰⁴ С обзиром на то да се све тумачи формално-правно, наглашавамо да се израз „формално-правно тумачење/прилаз“ у овом раду користи као превод енглеског израза „formal interpretation/approach“ што означава рестриктивно, односно уже тумачење појма стварног власника прихода.

1. Теоријске разлике између формално-правног прилаза и прилаза „суштина изнад форме“ (економског прилаза)

Применом прилаза „суштина изнад форме“, односно економског прилаза¹⁷⁰⁵, у обзир се узимају стварне чињенице и околности трансакције, често укључујући и карактеристике примаоца прихода, односно фокус је на економском садржају.¹⁷⁰⁶ Дакле, фокус овакве широке економске интерпретације јесте на економији целокупне структуре аранжмана.¹⁷⁰⁷ Такође, у сврху откривања стварног власника у оквиру економског прилаза, у обзир се узимају и реалне економске везе између исплатиоца и примаоца прихода.¹⁷⁰⁸ Суд може, примењујући економски прилаз, да постави питање да ли постоји обавеза да се проследи приход трећем лицу која постоји услед чињеница или произлази из околности случаја, као и ко заиста има користи од прихода и ко има стварну контролу над приходом.¹⁷⁰⁹ Поменути прилаз се може користити и за интерпретацију антиабузивних норми са фокусом на откривању постојања пословних активности примаоца, пословне сврхе, као и постојања економске суштине примаоца у виду канцеларија, запослених, машина и слично.¹⁷¹⁰ Дакле, уколико суд примењује концепт стварног власника прихода из пореских уговора у оквиру прилаза „суштина изнад форме“, могуће је поменути принцип користити за сузбијање више врста аранжмана који се користе проточним компанијама. Став већине држава које примењују концепт стварног власника према економском прилазу јесте да поменути концепт не садржи субјективне елементе.¹⁷¹¹ Видећемо касније да је таквог става швајцарски суд, док је француски суд у случају *Bank of Scotland* ипак применио и субјективне елементе.

Са друге стране, формално-правни прилаз се заснива на формално-правним чињеницама, без даљег утврђивања да ли на основу стварних околности и чињеница, прималац прихода заиста има користи од таквог прихода.¹⁷¹² Дакле, у оквиру ове уже и формално-правне интерпретације, стварним власником прихода сматраће се лице које је формални власник поменутог прихода и које на основу закона полаже право над примљеним приходом.¹⁷¹³ Најчешће, фокус је на утврђивању постојања само правне обавезе да се приход проследи трећем лицу, као и на утврђивању постојања формалних права у односу на примљени приход.¹⁷¹⁴

Мишљења смо да економски прилаз може да доведе до правне несигурности, јер порески обвезник не би знао шта да очекује у конкретним околностима, а такође, захтева се веће ангажовање пореске администрације, посебно у околностима уколико не постоји правна обавеза прослеђивања прихода, па је потребно сагледати све чињенице и околности случаја како би се утврдило да ли поменуте чињенице стварају обавезу да се приход проследи, иако правна или уговорна обавеза не постоји.¹⁷¹⁵ Формално-правни приступ је за пореску администрацију доста једноставнији, али зато порески обвезници могу да манипулишу

¹⁷⁰⁵ У литератури се изрази „economic approach/interpretation“ и „substance over form approach“ поистовећују, односно имају исто значење. Конкретно, оба израза служе да означе тумачење концепта стварног власника у ширем обиму.

¹⁷⁰⁶ A. Meindl-Ringler, 10.

¹⁷⁰⁷ L. De Broe, 667.

¹⁷⁰⁸ M. Kotlyarov, 30.

¹⁷⁰⁹ A. Meindl-Ringler, 10.

¹⁷¹⁰ *Ibid.*

¹⁷¹¹ R. Danon (2018), 31.

¹⁷¹² A. Meindl-Ringler, 11.

¹⁷¹³ L. De Broe, 667.

¹⁷¹⁴ A. Meindl-Ringler, 11.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*, 327.

трансакцијама тако што филијала прослеђује дивиденду акционарима без постојања уговорне или законске, односно правне обавезе, а на основу корпоративне контроле акционара над филијалом у том обиму где она губи своју самосталност.¹⁷¹⁶

Иако разлике постоје, битно је нагласити да поменута два прилаза нису у сукобу, већ су комплементарни, односно допуњују се.¹⁷¹⁷ Па тако, суд који примењује економски прилаз, утврђивао би пре свега да ли постоји правна, законска или уговорна обавеза да се проследи приход, као и да ли је прималац прихода формални власник тог прихода. Након тога, уколико би се показало да прималац јесте формални власник, и да не постоји уговорна или правна обавеза да се проследи приход, суд би сагледао да ли се обавеза прослеђивања може пронаћи на основу чињеница и околности конкретног случаја. Такође, суд би, највероватније у обзир узео и пословну активност примаоца прихода и да ли исти поседује другу имовину, просторије, машине, запослене и слично.

2. Да ли OECD Коментар подржава економску или формално-правну интерпретацију концепта стварног власника прихода?

Поставља се питање да ли OECD Коментари из 2014. и 2017. године подржавају економску или формално-правну интерпретацију концепта стварног власника прихода? Како бисмо одговорили на ово питање, потребно је пре свега погледати став Коментара из 2003. године када су настале прве значајне измене. Данон (Danon) наводи да пореске власти у Холандији примењују концепт стварног власника у оквиру економског прилаза, а такође, Вогел (Vogel) наводи да се поменути концепт треба проверавати у оквиру принципа „суштина изнад форме“, односно тест стварног власника је потребно сагледати са формално-правне, као и са чињеничне стране.¹⁷¹⁸ Поменути аутори сматрају да је OECD Коментар из 2003. године за чланове 10-12 Модел-конвенције подржавао економско, а не формално-правно тумачење.¹⁷¹⁹ Подсетимо се, OECD Коментар из 2003. године пружио је једну широку дефиницију наводећи да проточна компанија не може бити сматрана за стварног власника прихода иако јесте формални власник, јер у пракси има врло уска овлашћења поводом коришћења тог прихода, а послује у својству фидуцијара, односно администратора који делује за рачун других заинтересованих страна.¹⁷²⁰ OECD Коментар није детаљније навео шта се подразумевало под уским овлашћењима, што је омогућавало судовима да примењују концепт стварног власника у ширем економском обиму. Такође, Коментар се позивао и на Извештај о проточним компанијама који је подупирао став да се концепт стварног власника требало тумачити у оквиру економског прилаза. Наиме, поновимо, у Извештају о проточним компанијама наводило се да преференцијална пореска стопа не би требало да буде одобрена уколико би, економски, користи из уговора имало лице које нема право на поменуте користи из пореског уговора, и које је уметнуло проточну компанију у виду посредника између себе и исплатиоца прихода.¹⁷²¹ Реч „економски“ у оквиру Извештаја о проточним компанијама је увело доста нејасноћа и на неки начин је упућивало на примену економског тумачења.¹⁷²² Слажемо се са поменутим ауторима да је OECD Коментар из 2003. године, наслањајући се на Извештај о проточним компанијама, концепту стварног власника прилазио са економског аспекта,

¹⁷¹⁶ *Ibid.*

¹⁷¹⁷ M. Kotlyarov, 50.

¹⁷¹⁸ A. M. Jimenez (2010), 51.

¹⁷¹⁹ *Ibid.*

¹⁷²⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2003, ст. 12.1, чл. 10 Коментара.

¹⁷²¹ Double taxation conventions and the use of Conduit companies, пар. 14(б).

¹⁷²² A. M. Jimenez (2010), 52.

омогућавајући судовима да економским и широким тумачењем конкретизују општу дефиницију концепта коју је прописивао тадашњи OECD Коментар.

Новије верзије OECD Коментара из 2014. и 2017. године не упућују директно на примену формално-правног или економског прилаза, међутим, конкретизовање дефиниције стварног власника 2014. године у оквиру Коментара, као и BEPS пројекат, утицали су на сужавање дефиниције стварног власника уводећи рестриктивнији начин интерпретације.

2.1. Утицај дефиниције стварног власника у новијој верзији Коментара на формално-правну интерпретацију поменутог концепта

Пре свега, OECD Коментар из 2014. године сужавао је услове за примену преференцијалне пореске стопе из чланова 10 – 12 на тај начин што је конкретније дефинисао услове које је стварни власник морао да испуни.¹⁷²³ У оквиру највеће промене, Коментар је навео да је право примаоца да користи и убира плод дивиденде ограничено уговорном или правном обавезом да проследи примљене уплате другом лицу, а таква обавеза је обично произилазила из релевантних правних докумената, али је могла и постојати услед чињеница и околности које су указивале да, суштински, прималац очигледно није имао право да користи и убере плод дивиденде без ограничења наметнутог уговорном или правном обавезом да примљену уплату проследи другом лицу.¹⁷²⁴ Коментар је дефинисао концепт стварног власника у оквиру прилаза о прослеђивању (енг.: forwarding approach).¹⁷²⁵ Прихватањем прилаза о прослеђивању, Коментар је доста сузио обим примене концепта стварног власника где се може претпоставити да је Коментар наводио на примену формално-правне интерпретације. У оквиру Коментара, помињале су се чињенице и околности случајева које су могле да послуже као средство доказивања постојања правне или уговорне обавезе о прослеђивању примљене уплате, што је одлика формално-правне интерпретације.¹⁷²⁶ Супротно, у пракси одређених држава попут Швајцарске, обавеза прослеђивања произлази из уговорног, односно правног аранжмана, као и из чињеница и околности случаја, што је одлика економске интерпретације.¹⁷²⁷ Коментар није навео детаљније коју би интерпретацију требало применити, па тако, није у потпуности јасно да ли су изрази попут „чињенице и околности“ као и „у суштини“, упућивали на формално-правну или економску интерпретацију.¹⁷²⁸

Подсетимо се, Компанија *Deloitte* је у оквиру поменуте јавне расправе о разјашњењу концепта стварног власника навела да изрази „нормално произлази из“, „може постојати и услед чињеница и околности“ и „суштински“, могу довести до двојаке интерпретације. Прва интерпретација подразумева да правни документ о прослеђивању прихода мора да постоји, или да постоји неки уговор који не помиње такву обавезу, али суштински, она постоји на основу околности случајева који се разликују од онога што је уговором прописано.¹⁷²⁹ На пример, стране могу да потпишу уговор, али у стварности да примењују други уговор, усмени или писмени или у виду амандмана уговора.¹⁷³⁰ Друга шири интерпретација према изразу „али

¹⁷²³ R. Danon (2018), 34.

¹⁷²⁴ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2014, ст. 12.4, чл. 10 Коментара.

¹⁷²⁵ A. Meindl-Ringler, 325.

¹⁷²⁶ R. Danon (2018), 35.

¹⁷²⁷ R. Danon (2020a), 13.

¹⁷²⁸ *Ibid.*, 13 – 14.

¹⁷²⁹ Comments on Public Discussion Draft: Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Deloitte, Steve Towers, 8.

¹⁷³⁰ *Ibid.*

може такође постојати“ указује да пореске администрације нису у обавези да трагају искључиво за неким правним документом и гледају његову суштину, већ могу и да одбију примену користи из уговора на основу околности и чињеница које указују да директни прималац није стварни власник прихода иако не постоји правни документ који га обавезује да приход проследи, али стране (директни прималац и стварни власник прихода) суштински поступају као да такав документ постоји.¹⁷³¹ Ланг (Lang) и ван Рад (van Rad) сматрају да обавеза прослеђивања прихода мора бити искључиво правна, али да таква обавеза може да произлази и из околности случаја и чињеница.¹⁷³² Према поменутиим ауторима, једини проблем јесте питање да ли је потребно да пореска администрација захтева само неки документ који указује на постојање обавезе прослеђивања, или је потребно сагледати све околности и чињенице које би указивале да таква правна обавеза постоји.¹⁷³³ Дакле, ови аутори су мишљења да је потребно применити формално-правну интерпретацију прилаза о прослеђивању. Данон (Danon) сматра да обавеза прослеђивања, према којој холдинг компанија не би имала статус стварног власника прихода, постоји када акционари холдинг компаније имају моћ утицаја на одлуке холдинг компанија где поменута компанија нема никакву могућност да доноси сопствене одлуке.¹⁷³⁴ Овај аутор, даље наводи да стандардни утицај који акционари имају на холдинг компанију није довољан да се створи обавеза прослеђивања прихода у оквиру формално-правне интерпретације.¹⁷³⁵ Видећемо касније да је исто поступио и канадски суд у оквиру неколико случајева где је концепт стварног власника тумачен стриктно у оквиру формално-правног прилаза. Ду Тоит (de Toit) такође сматра да је потребан највиши ниво контроле акционара да би се сматрало да филијала нема никакву могућност да сама доноси одлуке, односно такав ниво контроле указује да постоји обавеза прослеђивања која се мора тумачити формално.¹⁷³⁶ Дакле, уколико би се применила економска интерпретација, могло би се сматрати и при стандардној контроли холдинг компаније да она не би могла бити сматрана за стварног власника прихода, на шта је указала и SIFMA асоцијација у оквиру јавне расправе поводом разјашњења појма стварног власника прихода из 2011. године.¹⁷³⁷

Даље, Коментар није навео колики износ примљене уплате је потребно проследити да би се сматрало да директни прималац није стварни власник примљеног прихода. Коментар је само споменуо правну или уговорну обавезу да се уплата пренесе другом лицу, без навођења износа.¹⁷³⁸ У Кини, пракса је да уколико се прослеђује више од 60% примљене уплате, директни прималац није стварни власник прихода.¹⁷³⁹ Судови Швајцарске и Данске су у познатим случајевима утврдили да статус стварног власника није признат лицима која преносе идентичне или скоро идентичне износе другим лицима.¹⁷⁴⁰ Супротно, канадски суд је у једном случају утврдио да уколико директни прималац задржи 10% уплате а остатак проследи, сматраће се стварним власником прихода.¹⁷⁴¹ Дакле, при формално-правној интерпретацији коју канадски суд примењује, уколико директни прималац задржи мањи део уплате а остатак прихода проследи, сматраће се стварним власником прихода. Коментар је такође навео да мора да постоји зависност између примљене и прослеђене уплате, односно обавеза прослеђивања

¹⁷³¹ *Ibid.*

¹⁷³² A. Meindl-Ringler, 327.

¹⁷³³ *Ibid.*

¹⁷³⁴ *Ibid.*

¹⁷³⁵ *Ibid.*

¹⁷³⁶ *Ibid.*

¹⁷³⁷ SIFMA, response to: Discussion Draft – Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention (the “Discussion Draft”), July 19, 2011, 1.

¹⁷³⁸ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2014, ст. 12.4, чл. 10 Коментара.

¹⁷³⁹ A. Meindl-Ringler, 329.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.*

¹⁷⁴¹ *Ibid.*

се не односи на уговорне или правне обавезе које не зависе од пријема уплате.¹⁷⁴² Коментар није детаљније дефинисао ситуације у којима се мења карактер уплате, на пример уколико се прими приход у виду камате а проследи се у виду дивиденде.¹⁷⁴³ Такође, није дат одговор на питање шта радити у ситуацији где не постоји обавеза да се тачно одређени примљени приход проследи, али постоји обавеза да се проследи приход који у износу одговара износу примљеног прихода, и где су сва примљена средства помешана у оквиру једног фонда и одатле се исплаћују.¹⁷⁴⁴ Иако је Коментар сузио примену на тачно одређене врсте правних или уговорних обавеза, и даље остаје нејасно да ли је потребно применити формално-правну или економску интерпретацију у оквиру поменутих питања, на која се Коментар није осврнуо. Сматрамо да је потребно применити формално-правну интерпретацију за поменуте проблеме који се у пракси могу јавити поводом међузависности између примљене уплате и обавезе да се приход проследи, с обзиром на то да је примена концепта стварног власника у оквиру овог Коментара генерално сужена.

У оквиру последње веће промене 2014. године, Коментар је навео да одредба о стварном власнику служи да сузбије само одређене форме аранжмана са пробирањем уговора¹⁷⁴⁵, а не све форме поменутог аранжмана и зато не може да спречава примену других мера за такве остале врсте аранжмана. Оваква дефиниција може да укаже да је новим Коментаром, концепт стварног власника сужен и да се исти може користити само за одређене аранжмане, што потврђује примену формално-правног тумачења.¹⁷⁴⁶

Мишљења смо да је Коментар из 2014. године у већој мери сузио обим примене концепта стварног власника, међутим, одређени делови дефиниције из Коментара остали су подложни двоструком тумачењу с обзиром на то да Коментар није конкретно навео коју је врсту интерпретације потребно применити, формално-правну или економску. Свакако, иако директна референца у Коментару не постоји, сматрамо да је због суженог обима примене, поменути концепт потребно тумачити у формално-правном смислу. Видећемо у наредном делу да BEPS пројект такође непосредно указује на примену формално-правне интерпретације овог концепта. Хименез (Jimenez) сматра да је примена формално-правне интерпретације задовољавајућа, а такође, проблем је видео у тенденцији судова да примењују економску интерпретацију, иако је за анализу стварног власништва над приходима у конкретним ситуацијама било довољно применити само формално-правну интерпретацију.¹⁷⁴⁷

2.2. Утицај BEPS пројекта на формално-правну интерпретацију концепта стварног власника

Усвајањем BEPS Акције 6, одредба о ТОЦ и КОП су постале део OECD Коментара из 2017. године. Пре свега, у оквиру ТОЦ, Коментар наводи да се израз „користи“ односи и на ограничења из чланова 10 – 12 где су примаоци дивиденде, камате или ауторске накнаде стварни власници поменутих прихода.¹⁷⁴⁸ У вези са тим, Коментар у оквиру концепта стварног

¹⁷⁴² Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2014, ст. 12.4, чл. 10 Коментара.

¹⁷⁴³ A. Meindl-Ringler, 329.

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*, 330.

¹⁷⁴⁵ Мисли се на оне форме „treaty shopping“ аранжмана у оквиру прилаза о прослеђивању, односно где постоји уговорна или правна обавеза да се приход проследи другом лицу. Вид.: Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2014, ст. 12.5, чл. 10 Коментара.

¹⁷⁴⁶ R. Danon (2018), 35.

¹⁷⁴⁷ A. M. Jimenez (2010), 52.

¹⁷⁴⁸ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2017, ст. 175, чл. 29 Коментара.

власника наводи и да уколико је лице стварни власник прихода, може се применити члан 29 за спречавање аранжмана са пробирањем уговора.¹⁷⁴⁹ Даље, Коментар пружа више примера аранжмана са пробирањем уговора у којима се члан 29 може применити,¹⁷⁵⁰ а за неке од поменутих примера, у циљу сузбијања поменутих аранжмана, могао би се применити и концепт стварног власника. Данон (Danon) сматра да је појавом ТОЦ и КОП обим примене концепта стварног власника сужен, пре свега из разлога што код илустрованих примера аранжмана са пробирањем уговора, где би се иначе могла применити економска интерпретација поменутог концепта, Коментар примат даје новој одредби и клаузулама.¹⁷⁵¹ Његову тезу потврђује и чињеница да BEPS Акција 6 у финалном извештају није помињала концепт стварног власника као средство за сузбијање разних примера аранжмана са пробирањем уговора, али је наведено да се овакве конструкције могу спречити применом ТОЦ и КОП.¹⁷⁵² Поменути аутор закључује да уколико се узму у обзир последње измене концепта стварног власника из 2014/17. године као и BEPS Акција 6, поменути концепт би требало да буде тумачен рестриктивно и формално-правно, односно примена се ограничава само на ситуацију у којој прималац прихода има уговорну или правну обавезу да проследи приход другом лицу, не узимајући у обзир и обавезу да се проследи приход која произлази из чињеница и околности случаја.¹⁷⁵³ Конкретније, Коментар из 2014/17. године је чињенице и околности случаја помињао као средство да се докаже постојање правне или уговорне обавезе да се приход проследи, а не као врсту обавезе како је приказано у судској пракси Швајцарске.¹⁷⁵⁴ С обзиром на то да ћемо се касније посебно бавити питањем интеракције између ТОЦ и КОП са једне стране и концепта стварног власника са друге стране, на овом месту нећемо улазити у дубљу анализу.

Напоменимо да је СПЕУ 2019. године поводом случајава у вези са концептом стварног власника применио економску интерпретацију, наводећи да би поменути концепт требало да буде тумачен економски, а не формално-правно.¹⁷⁵⁵ ЕУ је усклађивала своја правила са BEPS акционим планом, што је довело да усвајања паралелних релативно сличних правила од стране ЕУ. Међутим, иако BEPS акциони план није обухватао и концепт стварног власника, није сасвим логична одлука СПЕУ по којој је овај концепт у оквиру Директиве о камати и ауторској накнади тумачен у оквиру економског прилаза, јер ЕУ последњих неколико година усклађује своја правила са OECD препорукама.

3. Примена економске интерпретације концепта стварног власника у оквиру „суштина изнад форме“ од стране националних судова и пореских власти

Након што смо утврдили утицај BEPS пројекта, као и новијих измена OECD Коментара из 2014/17. године на обим тумачења концепта стварног власника, потребно је видети у ком обиму национални судови одређених држава тумаче поменути концепт. Пре свега, у обзир ћемо узети пресуде националних судова УК, Француске, Кореје и Швајцарске. Пракса ових

¹⁷⁴⁹ *Ibid*, ст. 12.5, чл. 10 Коментара.

¹⁷⁵⁰ *Ibid*, ст. 187, чл. 29 Коментара.

¹⁷⁵¹ R. Danon (2018), 35.

¹⁷⁵² *Ibid*.

¹⁷⁵³ *Ibid.*, 36.

¹⁷⁵⁴ *Ibid*. 34-35.

¹⁷⁵⁵ L. De Broe, 669.

судова је изузетно значајна, с обзиром на то да је примењена економска интерпретација али су у обзир узете различите чињенице као одлучујуће. Из таквих судских пресуда можемо видети да судови могу заправо, због ширине у могућности интерпретације, различите чињенице узети у обзир што доприноси мањој уједначености у примени овог концепта. Тако је, на пример, суд у Француској у обзир узимао и субјективне елементе. Додатни разлог одабира наведених држава видимо и у временском раздобљу, па је тако, пресуда *Indofood* једна од првих пресуда која је дефинисала концепт стварног власника из пореских уговора. Са друге стране, пресуда Врховног суда Швајцарске је донесена 2020. године након последње измене Коментара из 2014/2017 године, где се може видети да новија верзија Коментара ипак није довољно јасна по питању обима интерпретације, јер је у пресуди Врховни суд навео да је дефиниција из званичног OECD Коментара пресудна и у потпуности примењена.

Након тога, анализираћемо и пресуде судова из Шпаније, Кине, Вијетнама, Русије и Јапана. Један од разлога за такав приступ јесте тај што се у тим пресудама види различитост у одлучујућим чињеницама у оквиру економске интерпретације.

3.1. Случај *Indofood*

Случај *Indofood* смо већ описали детаљније,¹⁷⁵⁶ а у овом делу, осврнућемо се само на форму, односно обим тумачења којој се апелациони суд приклонио. Пре свега, суд је у обзир узео формалне чињенице испитујући формалну структуру холандске компаније и аранжмана.¹⁷⁵⁷ Међутим, суд се није ограничио само на формалне чињенице, већ је у обзир узео и суштину аранжмана, сагледавајући из комерцијалне и практичне перспективе.¹⁷⁵⁸ У оквиру свог образложења, суд је навео да је за сврху примене концепта стварног власника који је део пореских уговора потребно применити суштинску, а не формално-правну интерпретацију.¹⁷⁵⁹ Даље је утврђено да је холандска компанија била у уговорној обавези да проследи примљену камату, међутим суд је јасно навео да је потребно поред постојања уговорне обавезе сагледати и обавезе које произлазе из комерцијалне или практичне суштине аранжмана.¹⁷⁶⁰ Дакле, иако је утврђено да применом формално-правног прилаза холандска компанија не би била сматрана за стварног власника прихода, суд је ипак одлучио да своју одлуку заснује и на суштинској интерпретацији.¹⁷⁶¹ Подсетимо се, Општа дирекција за порезе Индонезије је у оквиру једног документа поводом случаја *Indofood* навела да се концепт стварног власника мора применити у оквиру принципа „суштина изнад форме“ у виду антиабузивне норме.¹⁷⁶² Дакле, у случају *Indofood*, суд се фокусирао на услове из комерцијалних уговора у оквиру формално-правне интерпретације, а затим је фокус преместио на комерцијалну и практичну реалност у оквиру економске интерпретације, што је довело до тога да се концепт стварног власника у поменутом случају тумачи економски.¹⁷⁶³ С обзиром на то да је холандска компанија морала према уговору да проследи приход, а у исто време није имала друге приходе из којих би извршила своју обавезу према овом комерцијалном уговору, поменута компанија није имала пуну привилегију на директне користи од примљеног прихода.¹⁷⁶⁴ Дакле, при суштинској

¹⁷⁵⁶ Вид. стр. 128.

¹⁷⁵⁷ L. Oats *et al.*, 493.

¹⁷⁵⁸ A. Meindl-Ringler, 113.

¹⁷⁵⁹ J. Saurabh, J. Prebble, A. Crawford, 38.

¹⁷⁶⁰ P. Baker, 28 i 37.

¹⁷⁶¹ J. Saurabh, J. Prebble, A. Crawford, 40.

¹⁷⁶² A. M. Jimenez (2010), 43.

¹⁷⁶³ A. Meindl-Ringler, 115.

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*, 113.

интерпретацији концепта стварног власника прихода, према овом суду, потребно је на основу околности случаја и чињеница из комерцијалне и практичне перспективе утврдити да ли прималац прихода има обавезу да проследи приход, односно да ли има пуно право на директне користи од примљеног прихода.¹⁷⁶⁵

Подсетимо се, у оквиру Коментара из 2014/17. године чињенице и околности случајева могу да послуже као средство доказивања постојања правне или уговорне обавезе о прослеђивању примљене уплате, што је одлика формално-правне интерпретације.¹⁷⁶⁶ Међутим, у оквиру овог случаја, суд је утврдио да обавеза прослеђивања произлази из формалног уговорног аранжмана, као и из чињеница и околности случаја сагледавајући из комерцијалне и практичне перспективе, чиме је проширен обим примене поменутог концепта.

3.2. Случај *The Bank of Scotland*

Због сложености случаја, потребно је на овом месту поновити неке чињенице. Америчка компанија закључила је комерцијални уговор са Банком Шкотске, која је била резидент УК. Према уговору, америчка фирма је, за одређену цену, банци пребацила право коришћења обичних акција француске филијале за период од три године. Такође, уговор је подразумевао унапред одређену и загарантовану висину дивиденде коју би банка примала у наведеном периоду. На основу тадашњег пореског уговора између УК и Француске, порез по одбитку за дивиденде је износио 15% уместо 25%, колико је било по домаћој стопи. Овај уговор је такође подразумевао и могућност посебне рефундације за дивиденде (*avoir fiscal*). Дакле, у случају примене овог пореског уговора, шкотска банка би примила загарантовани износ дивиденде уз могућност рефундације што је било више од онога што је поменута банка платила америчкој компанији за право коришћења акција. Врховни суд је установио да је стварни власник дивиденде компанија из САД, а не Банка Шкотске.¹⁷⁶⁷ Поновимо, суд је применио домаћу антиабузивну доктрину забране злоупотребе права у виду имплицитне норме која је садржана у концепту стварног власника прихода.¹⁷⁶⁸

Врховни суд је у овом случају применио концепт стварног власника прихода у оквиру прилаза „суштина изнад форме“ у изузетно широком обиму. Суд је пре свега ову трансакцију која је везана за дивиденде преквалификовао у исплату камате. Утврђено је да комерцијални уговор о праву коришћења акција заправо представља прикривени зајам Банке Шкотске према америчкој компанији, а да је француска филијала у име поменуте америчке фирме враћала зајам.¹⁷⁶⁹ OECD Коментар, ни у једној од својих верзија, не помиње могућност да се концепт стварног власника може користити у сврху преквалификације прихода у виду опште антиабузивне мере.

Врховни суд је потом отишао и корак даље где је у оквиру економске интерпретације концепту стварног власника приписао и субјективни елемент. У образложењу пресуде наведено је да лице није стварни власник прихода уколико је једини циљ трансакције био да се искористе повољне одредбе пореског уговора.¹⁷⁷⁰ OECD Коментар не помиње примену субјективног елемента, као што је случај код ТОЦ. Суд је уношењем субјективног елемента у концепт стварног власника, довео да врло вероватног преклапања са субјективним елементом ТОЦ.

¹⁷⁶⁵ P. Baker, 31.

¹⁷⁶⁶ R. Danon (2018), 35.

¹⁷⁶⁷ J. Saurabh, J. Prebble, K. Bunting, 428.

¹⁷⁶⁸ A. M. Jimenez (2010), 47.

¹⁷⁶⁹ A. Meindl-Ringler, 233.

¹⁷⁷⁰ D. Gutmann, 169.

Међутим, у моменту доношења ове пресуде, ТОЦ није био шире познат и примењен у пореским уговорима.

Дакле, при економској интерпретацији појма стварног власника, суд је у оквиру субјективног елемента у обзир узео суштину трансакције, као и намеру пореских обвезника да се искористе повољности из пореског уговора у виду сврхе трансакције. Анализа субјективног елемента је у супротности са језичким тумачењем концепта стварног власника из OECD Коментара.¹⁷⁷¹ Сматрамо да иако је суд применио економску интерпретацију, што је супротно од формално-правног тумачења на које индиректно указују последње измене OECD Коментара као и BEPS пројекат, није требало у оквиру тумачења испитивати и субјективни елемент. Три су разлога за овакво схватање. Прво, из документације делегације УК која је предлагала да овај концепт постане део Модел-конвенције, није се могла видети њихова жеља за субјективним елементом, вероватно из разлога што ни домаћа одредба о стварном власнику из закона о трасту није помињала анализу субјективног елемента. Друго, примена субјективног елемента је супротна језичком тумачењу концепта стварног власника из OECD Коментара. Треће, са појавом BEPS Акције 6 и OECD Модел-конвенције из 2017. године, поставило би се питање интеракције субјективног елемента ТОЦ и концепта стварног власника.

3.3. Случај *Carrefour*

Случај *Carrefour* је специфичан из разлога што се односио на капиталне добитке, али пореска управа се у поступку пред судом позвала на концепт стварног, односно суштинског власништва. Даље, потребно је видети чињенице случаја и ток предмета.¹⁷⁷² Француска компанија је основала холоаднску холдинг компанију. Поменути холдинг компанија је поседовала 80% акција у корејској фирми, док је преосталих 20% поседовала француска фирма. Након продаје свих акција, само је холандска холдинг компанија имала право на изузимање од опорезивања капиталних добитака јер је поседовала више од 25% акција према пореском уговору између Холандије и Кореје. Пореска управа у Кореји је тврдила да холандска фирма није стварни, односно суштински власник капиталних добитака, већ је то компанија из Француске. Врховни суд Кореје није прихватио наводе пореске администрације наводећи да је холандска фирма дуго пословала и да је поседовала много суштинских инвестиција, а такође је запошљавала већи број људи и постојала је установљена управна структура која је доносила независне пословне одлуке од француске фирме.¹⁷⁷³ У пресуди, одлучено је да холандска фирма јесте била суштински, односно стварни власник капиталних добитака и да је имала право на пореско изузимање према уговору између Кореје и Холандије.¹⁷⁷⁴

Напоменимо да Кореја при тумачењу пореских уговора уобичајно примењује доктрину „суштина изнад форме“.¹⁷⁷⁵ Суд је у више случајева концепт стварног власника интерпретирао у оквиру доктрине „суштина изнад форме“, са фокусом на економску суштину и пословну активност.¹⁷⁷⁶ Дакле, суд у Кореји концепт стварног власника тумачи широко, анализирајући суштину аранжмана и пословну активност примаоца прихода.

¹⁷⁷¹ R. Danon (2018), 36.

¹⁷⁷² Andrea Silvestri, “Holding Companies in the BEPS Era”, *Intertax*, Volume 45 Issue 6 & 7, 2017, 483 – 484.

¹⁷⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁷⁵ A. Meindl-Ringler, 285.

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*

3.4. Пракса швајцарских судова

Швајцарски судови концепт стварног власника тумаче у оквиру прилаза „суштина изнад форме“ и у том погледу, пракса је конзистентна.¹⁷⁷⁷ Пре свега, судови јасно одвајају примену концепта стварног власника од општег принципа забране злоупотребе који у себи садржи и субјективни елемент.¹⁷⁷⁸ Изузетно, швајцарски судови испитују сврху трансакције као субјективни елемент, али само у случајевима када је потребно утврдити постојање одсуства стварног власништва.¹⁷⁷⁹ Данон (Danon) критикује овакве малобројне пресуде где се ипак испитује субјективни елемент јер може доћи до ситуације где постоји зависност између примљеног прихода и обавезе прослеђивања, док у исто време не постоји намера да се искористе одредбе пореског уговора јер прималац прихода врши активну и комерцијалну активност.¹⁷⁸⁰ Међутим, овакве пресуде су малобројне, а судска пракса Швајцарске је најближа економском тумачењу које би могло да буде у складу са OECD Коментаром из 2014/17. године, уколико бисмо претпоставили да Коментар промовише економско тумачење концепта стварног власника.

Судови у оквиру економске интерпретације захтевају да постоји економска контрола и међузависност између примљеног прихода и обавезе да се приход проследи трећем лицу.¹⁷⁸¹ При анализи економске контроле, суд се фокусира на чињеницу да ли прималац прихода може слободно да располаже тим приходом.¹⁷⁸² Прималац не може слободно да располаже примљеним приходом уколико постоји правна и уговорна обавеза, као и обавеза која произлази из чињеница и околности случаја да се приход проследи трећем лицу.¹⁷⁸³ Једина разлика између судске праксе Швајцарске и новијег OECD Коментара јесте у томе што Коментар околности и чињенице случаја представља као средство да се открије правна или уговорна обавеза прослеђивања прихода.¹⁷⁸⁴ Судови не испитују пословну активност примаоца прихода, као ни намеру, односно сврху трансакције, што је најближе OECD Коментару који такође не захтева такву анализу. Конкретније, судска пракса Швајцарске концепт стварног власника тумачи у оквиру прилаза „суштина изнад форме“ али у најужем могућем обиму, фокусирајући се само на економску контролу и међузависност примљеног прихода и обавезе прослеђивања истог трећем лицу. Присетимо се, у једној од новијих пресуда Врховног суда Швајцарске из 2020. године, наведено је да се концепт стварног власника примењује у оквиру прилаза „суштина изнад форме“ где се у обзир узима и *de facto* обавеза да се проследи приход, односно обавеза која произлази из околности случаја и чињеница.¹⁷⁸⁵

3.5. Пракса осталих националних судова

Шпански судови су у познатијим случајевима примењивали концепт стварног власника у оквиру прилаза „суштина изнад форме“. Један од најпознатијих случајева где је примењена економска интерпретација јесте пресуда везана за клуб Реал Мадрид.¹⁷⁸⁶ У оквиру прилаза

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*, 250.

¹⁷⁷⁸ R. Danon (2018), 33.

¹⁷⁷⁹ *Ibid.*

¹⁷⁸⁰ *Ibid.*

¹⁷⁸¹ R. Danon (2020a), 13.

¹⁷⁸² A. Meindl-Ringler, 250.

¹⁷⁸³ R. Matteotti, F. M. Sutter, 57.

¹⁷⁸⁴ R. Danon (2020a), 13.

¹⁷⁸⁵ Federal Supreme, Case No. 2C_880/2018, Judgment of 19 may 2020, II Public Law Departement. Пар. 3.2.

¹⁷⁸⁶ Више о чињеницама случаја вид. стр. 94 - 95.

„суштина изнад форме“, суд је концепт стварног власника асимиловао са тестом пословног циља, што је допринело да се поменути концепт примењује у веома широком обиму.¹⁷⁸⁷ Према тесту пословног циља, лице се може сматрати стварним власником прихода уколико постоји пословни разлог за уметање посредничке фирме између исплатиоца и крајњег примаоца прихода којем је исти прослеђен.¹⁷⁸⁸ Уколико такав разлог не постоји, сматраће се да је разлог уметања посредничке фирме искоришћавање преференцијалне пореске стопе из пореског уговора.¹⁷⁸⁹

У Кини концепт стварног власника се односи на лице које има право да користи и поседује приход који произлази из имовине или права, односно које је укључено у суштинске пословне активности.¹⁷⁹⁰ Министарство финансија Кине је објавило документ у којем се наводи седам фактора који се морају узети у обзир при одлучивању о постојању стварног власништва:¹⁷⁹¹

- да ли постоји обавеза прослеђивања више од 60% примљеног прихода лицу из треће државе у периоду од 12 месеци од дана пријема прихода;
- да ли прималац има пословну активност, занемарујући холдинг активности које се огледају у држању акција компаније која исплаћује приход;
- да ли су имовина, пословне операције и особље сразмерни приходу;
- да ли прималац прихода има малу или никакву моћ да контролише на који начин ће примљени приход бити коришћен и да ли постоје одређени ризици у вези са примљеним приходом;
- да ли је приход опорезован ниском или нултом стопом пореза у држави резидентства примаоца прихода;
- што се тиче зајма, да ли постоји идентичан комерцијални уговор између примаоца камате и резидентом треће државе а у погледу износа зајма, камате и датума исплате;
- што се тиче ауторских накнада, да ли постоји сличан комерцијални уговор са трећом страном.

У допунском документу, Министарство у Кини је навело да је потребно испунити све елементе а не само неколико да би се лице сматрало стварним власником прихода.¹⁷⁹² Дакле, Кина примењује економско тумачење за концепт стварног власника и то у обиму ширем него што је предвидео OECD Коментар. Коментар је концепт стварног власника наменио за сузбијање аранжмана са проточним компанијама које у оквиру прилаза о прослеђивању приход преносе трећим лицима, док Кина поменути принцип користи и за испитивање пословне активности, суштине трансакције, постојања опорезивања у држави резидентства примаоца прихода, нивоа контроле и ризика, као и да ли је присутан „back-to-back“ аранжман.¹⁷⁹³ Постојање обавезе о прослеђивању прихода само је један од неколико фактора који према мишљењу пореских власти у Кини чине део концепта стварног власника.

На овом месту можемо споменути и Вијетнам, где је Министарство финансија објавило документ 2013. године према којем је стварни власник прихода дефинисан према параметрима

¹⁷⁸⁷ A. Meindl-Ringler, 275.

¹⁷⁸⁸ A. M. Jimenez (2013), 130.

¹⁷⁸⁹ A. M. Jimenez (2010), 39 - 40.

¹⁷⁹⁰ A. Meindl-Ringler, 262.

¹⁷⁹¹ *Ibid.*, 262 – 263.

¹⁷⁹² *Ibid.*, 263.

¹⁷⁹³ *Ibid.*

који су слични резоновању кинеских власти.¹⁷⁹⁴ Дакле, пореске власти у Вијетнаму поменути концепт тумаче у оквиру прилаза „суштина изнад форме“.¹⁷⁹⁵

Што се тиче Русије, присетимо се, пореске власти и судови примењују домаћу одредбу о стварном власнику, која је изузетно широко постављена. Пре свега, домаћу одредбу судови примењују и за врсте прихода код којих порески уговори нису предвидели примену концепта стварног власника, конкретније за капиталне добитке.¹⁷⁹⁶ Даље, Федерална пореска агенција Русије, Министарство финансија и судска пракса, детаљније су одредили параметре који се морају узети у обзир приликом анализе стварног власништва над приходима. Русија примењује економско тумачење што се такође може видети из параметара који се узимају у обзир приликом анализе стварног власништва. Наиме, поред захтева да не постоји обавеза прослеђивања прихода, прималац прихода мора да обавља пословну активност, да преузима ризике који су повезани са уплатом, да самостално доноси одлуке поводом примљеног прихода, као и да испуни остале параметре који су предвиделе пореске власти и судови.¹⁷⁹⁷ Подсетимо се, OECD Коментар наводи да се само прилаз о прослеђивању прихода узима као главни параметар при одређивању стварног власништва.

Поменимо још и Јапан, чије пореске власти примењују три параметра при одређивању стварног власништва над ауторским накнадама.¹⁷⁹⁸ Прво, прималац прихода мора бити заиста страна у комерцијалном уговору, односно не сме бити агент или номинални власник који нема моћ односно могућност да самостално преговара о условима из уговора о подлици. Друго, прималац прихода мора да има суштинско пословање, односно да има опрему, запослене и своје просторије. Треће, примљени приход мора бити забележен у пословним књигама као приход директног примаоца ауторске накнаде. Видимо да Јапан концепт стварног власника прихода тумачи у оквиру економског прилаза, али је занимљиво да пореске власти скоро уопште не обраћају пажњу на постојање обавезе да се приход проследи трећем лицу, што је главна чињеница у оквиру анализе поменутог концепта у оквиру OECD Коментара. Такође, пореске власти Јапана, не дефинишу ни врсту обавезе, како то чини Коментар, али зато помињу да примљена уплата мора да буде регистрована у књигама директног примаоца као његов приход, што онемогућава проточним компанијама да у кратком року проследи примљену уплату.

4. Примена формално-правне интерпретације концепта стварног власника од стране националних судова и пореских власти

Канада је једна од ретких држава која снажно заговара примену формално-правне интерпретације концепта стварног власника. Најпознатије пресуде у којима су канадски судови применили овакву врсту интерпретације јесу случајеви *Prevost Car* и *Velcro Canada*. Већина држава које примењују концепт стварног власника у формално-правном смислу, немају богатију судску праксу, док су канадски судови јасније дефинисали који су битни параметри за одређивање стварног власништва, а што је најближе новијој верзији Коментара из 2014/17. године, за коју можемо рећи да фаворизује формалније тумачење. С обзиром на наведено, прво ћемо видети каква је пракса судова у Канади поводом обима тумачења, а затим ћемо у обзир узети и Холандију која је такође позната по рестриктивнијем тумачењу концепта

¹⁷⁹⁴ *Ibid.*, 286.

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*

¹⁷⁹⁶ N. Milogolov, E. Zakharenkova, 7.

¹⁷⁹⁷ A. Meindl-Ringler, 284.

¹⁷⁹⁸ *Ibid.*, 287.

стварног власника из пореских уговора. На крају, у обзир ћемо узети и Белгију, чије пореске власти примењују формално-правну интерпретацију у обиму ужем него што то чине канадски и холандски судови, односно стварног власника прихода изједначавају са формалним власником имовине из које проистичу приходи.

4.1. Случај *Prevost Car*

Овај случај смо већ претходно описали али ћемо на овом месту поменути само најбитније. Дакле, канадска фирма *Prevost* је исплатила дивиденде холдинг компанији из Холандије која је даље дивиденду у истом износу исплатила компанијама *Volvo* из Шведске и *Henlys* из УК.¹⁷⁹⁹ Пореска управа Канаде је применила економску интерпретацију, где је тврдила да стварни власник дивиденде није холдинг компанија из Холандије.¹⁸⁰⁰ Конкретније, пореске власти су навеле да холдинг компанија није имала запослене, регистроване просторије холдинг компаније су припадале менаџмент фирми, а такође, оснивачки уговор између компанија *Volvo* и *Henlys* је подразумевао да се минимум 80% профита холандске филијале мора проследити поменутим оснивачким фирмама.¹⁸⁰¹ Међутим, суд је био другачијег мишљења и применио је формално-правну интерпретацију.¹⁸⁰²

Конкретније, суд је своју одлуку засновао на три чињенице. Прво, суд је утврдио да је холандска холдинг фирма имала дискреционо право да одлучује о начину располагања примљеном дивидендом и да није постојала претходно утврђена или аутоматска обавеза прослеђивања фондова.¹⁸⁰³ Друго, Оснивачки уговор између *Volvo* и *Henlys* није обавезивао и холандску фирму.¹⁸⁰⁴ Треће, Холандска фирма је имала пуно право да користи дивиденду и имала је контролу над истом јер је до момента исплате акционарима, могла да користи да намири своје повериоце ако их је имала до тада.¹⁸⁰⁵ Дакле, суд је применио формално-правну интерпретацију онемогућивши користи из пореског уговора агентима, номиналним власницима и проточним компанијама које немају апсолутно никакво дискреционо право да користе приход, јер постоји правна обавеза да се исти приход проследи, што значи да не постоји ефективна контрола над примљеним приходима.¹⁸⁰⁶ Са становишта интерпретације концепта стварног власништва, овакво схватање суда је најближе тумачењу новијег OECD Коментара, јер се у поменутом случају захтева да постоји само правна обавеза прослеђивања прихода, а не захтева се обавеза прослеђивања која произлази из чињеница и околности случаја. Такође, суд није у обзир узео суштину трансакције као ни пословну активност холдинг компанија, што је такође у складу са OECD Коментаром.

¹⁷⁹⁹ L. Oats *et al.*, 494.

¹⁸⁰⁰ A. Meindl-Ringler, 225.

¹⁸⁰¹ B. J. Arnold, 41.

¹⁸⁰² A. Meindl-Ringler, 225.

¹⁸⁰³ A. Silvestri, 483.

¹⁸⁰⁴ R. Danon (2020a), 16.

¹⁸⁰⁵ A. Silvestri, 483.

¹⁸⁰⁶ S. Baerentzen (2020), 28 – 29.

4.2. Случај *Velcro Canada*

У оквиру овог случаја, подсетимо се укратко, канадска фирма је платила ауторску накнаду холдинг компанији из Холдандије.¹⁸⁰⁷ Холдинг компанија је претходно закључила комерцијални уговор са компанијом из Холандских антила, према којем је холдинг компанија била у обавези да свом акционару проследи 90% примљене уплате.¹⁸⁰⁸ Управни одбор холдинг компаније се састајао само по потреби али никакви докази о реалним састанцима нису постојали, а такође, управљачки апарат фирме је чинила спољна менаџмент компанија.¹⁸⁰⁹ Холандска фирма је поседовала акције и других компанија којима је позајмљивала средства, међутим приливи од ауторске накнаде су били највећи у укупном приходу поменути фирме.¹⁸¹⁰ Није познато да ли је холдинг компанија поседовала просторије и да ли је имала запослене.¹⁸¹¹

Суд је применио став који је претходно утврђен у пресуди *Prevost Car* према којем стварни власник прихода може бити лице које има пуно дискреционо право да располаже приходом и где не постоји правна обавеза да се проследи приход у смислу постојања већ унапред утврђене или аутоматске обавезе прослеђивања прихода трећем лицу.¹⁸¹² Иако је постојао уговор према коме је холандска фирма у року од 30 дана морала да проследи 90% примљене уплате, суд је тврдио да није постојала претходно утврђена или аутоматска обавеза да се проследи приход, јер је примљена ауторска накнада помешана са осталим приходима, што је чинило један општи фонд одакле је холдинг компанија плаћала своје обавезе.¹⁸¹³ Суд је даље утврдио да прослеђивање мора да се односи на специфичан приход, што овде није био случај јер је пре свега ауторска накнада примљена у једној валути а затим конвертована у другу валуту и тако помешана са другим приходима од камате у оквиру заједничког фонда.¹⁸¹⁴ Такође је утврђено да је холандска компанија имала дискреционо право да користи приход, јер је примљену ауторску накнаду, у оквиру заједничког фонда, могла да користи да измири своје евентуалне обавезе, односно тај приход је био доступан повериоцима.¹⁸¹⁵ Додатно, холандска фирма је једина сносила валутни ризик, а имала је и потпуно право располагања над преосталих 10% примљене ауторске накнаде, што значи да је имала контролу над приходом и да је могла да га користи како је она сматрала да је потребно.¹⁸¹⁶

Дакле, суд је применио формално-правну интерпретацију концепта стварног власника, утврдивши да иако је постојао уговор о прослеђивању прихода, није се захтевало да се проследи тачно одређени приход у тачно одређеној валути у којој је примљен, већ је исплата извршена из општег и помешаног фонда одакле су се исплаћивале све остале обавезе које је холдинг компанија имала. Званични OECD Коментар не наводи да ли је потребно да постоји обавеза прослеђивања целокупне уплате коју је директни прималац примио, као ни рок у којем прослеђивање мора да се деси. Такође, Коментар се не изјашњава поводом исплате из помешаног заједничког фонда, где се исплата не врши из конкретне примљене уплате, већ из фонда у којем су помешани приходи из разних других активности. OECD Коментар једино захтева да обавеза прослеђивања зависи од пријема уплате од стране директног примаоца.¹⁸¹⁷ Канадски суд је сматрао да холандска компанија јесте стварни власник, јер иако је постојао

¹⁸⁰⁷ L. Oats *et al.*, 495.

¹⁸⁰⁸ A. Meindl-Ringler, 229.

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*

¹⁸¹⁰ B. J. Arnold, 44.

¹⁸¹¹ *Ibid.*

¹⁸¹² A. Meindl-Ringler, 229.

¹⁸¹³ *Ibid.*, 230.

¹⁸¹⁴ B. J. Arnold, 45.

¹⁸¹⁵ A. Meindl-Ringler, 230.

¹⁸¹⁶ *Ibid.*

¹⁸¹⁷ Model Tax Convention on Income and Capital, OECD 2017, Коментар члана 10 став 12.4.

уговор о прослеђивању, није се наводило да је потребно да се проследи тачно примљена уплата у истој валути из посебног фонда, а такође, уговор није подразумевао да се 100% од примљене ауторске накнаде проследи.

Сматрамо да је суд превише рестриктивно тумачио постојање комерцијалног уговора, односно, мишљења смо да ако се захтева прослеђивање већег процента прихода, обавеза прослеђивања према OECD Коментару постоји. У конкретном случају 90% је висок износ прослеђивања. Даље, према овом уговору, прослеђивање јесте зависило од пријема уплате, а исход би био другачији да је холандска фирма свом акционару требало да исплати 90% од унапред утврђене цене из уговора о подлици између канадске и холандске фирме, без обзира да ли холандска компанија заиста и прими уплату, а у року који није везан за моменат када холдинг компанија уплату прима. На пример, то би био случај уколико би уговор о лиценци између холандске компаније и акционара из Холандских антила подразумевао да је холдинг компанија у обавези да исплати 90% цене која је уговорена у оквиру уговора о подлици са канадском фирмом у одређеном року од момента закључења уговора о лиценци, без обзира да ли холандска фирма заиста прими уплату у виду ауторске накнаде од канадске компаније. У таквом случају, холандска холдинг фирма би била у обавези да исплати ауторску накнаду свом акционару, без обзира на извор прихода из којих се врши даља уплата, јер уколико канадска фирма не би исплатила ауторску накнаду, холандска фирма би била у обавези да свом акционару из Холандских антила исплати 90% претходно уговорене цене из својих других извора прихода. У конкретном случају, акционар из Холандских антила је био заинтересован за прослеђивање тачно одређене уплате у одређеном року након што холдинг фирма заиста прими уплату од канадске компаније. Према томе, ако консултујемо званични OECD Коментар, сматрамо да чињеница прослеђивања из помешаног фонда нема утицаја на концепт стварног власника, уколико постоји комерцијални уговор према којем обавеза да се проследи приход и рок исплате зависе од пријема уплате директног примаоца. Мишљења смо да је канадски суд је овде применио тумачење које је рестриктивније у односу на случај *Prevost Car*, где није постојала уговорна обавеза да се проследи 90% прихода.¹⁸¹⁸

4.3. Примена формално-правне интерпретације од стране других националних пореских власти

Што се тиче Холандије, потребно је истаћи да је заменик министра финансија почетком 1980. године дао изјаву поводом стварног власништва над приходима.¹⁸¹⁹ У својој изјави је навео да се лице не може сматрати стварним власником прихода уколико постоји уговорна обавеза да се проследи већи део примљене уплате трећем лицу, а као пример је приказао „back-to-back“ трансакције.¹⁸²⁰ Дакле, заменик министра је јасно фаворизовао формално-правну интерпретацију концепта стварног власника прихода. У познатом случају *Market Maker*, Врховни суд Холандије је у одлуци навео да лице није стварни власник уколико не може слободно да располаже примљеним приходом.¹⁸²¹ Даље, у образложењу пресуде наведено је да право примаоца прихода да слободно располаже примљеном уплатом не постоји уколико је присутна правна обавеза да се примљени приход проследи трећем лицу.¹⁸²² Ова пресуда је

¹⁸¹⁸ B. J. Arnold, 46.

¹⁸¹⁹ A. Meindl-Ringler., 221.

¹⁸²⁰ *Ibid.*, 222.

¹⁸²¹ D. S. Smit, 67.

¹⁸²² *Ibid.*, 67 - 68.

такође једна од познатијих примера где је примењена формално-правна интерпретација концепта стварног власника.¹⁸²³

Наглашавамо да како постоји економска интерпретација чији обим може бити шири као у случају *Bank of Scotland* или ужи као у случају код швајцарских судова, тако и формално-правна интерпретација може бити и ужа од резонувања канадског суда у случају *Velcro Canada*. На пример, белгијске пореске власти тумаче концепт стварног власника веома уско и рестриктивно.¹⁸²⁴ Према белгијској пореској администрацији, стварни власник прихода је лице које има право уживања над имовином која даје одређене приходе, а не послује у својству посредника које делује у име другог лица, попут агента.¹⁸²⁵ Такође, није од велике важности ни чињеница прослеђивања прихода другом лицу.¹⁸²⁶ У суштини, белгијске пореске власти концепт стварног власника изједначавају са правним (формалним) власником, односно примаоцем прихода.¹⁸²⁷

На основу анализе праксе судских и пореских органа наведених држава, које стварног власника прихода не изједначавају са формалним власником како је то случај у Белгији, можемо да закључимо да формално-правна интерпретација не садржи превише одступања и да се правна, односно уговорна обавеза прослеђивања узима у обзир као одлучујућа чињеница приликом одлучивања у случајима који се тичу концепта стварног власника из пореских уговора. С обзиром на наведено, можемо закључити да овакав вид тумачења може довести до уједначене примене истог концепта из пореских уговора од стране судова различитих држава.

V. Како превазићи проблем неуједначене примене и интерпретације концепта стварног власника прихода?

Пре свега, на овом месту, потребно је поновити у којим случајевима се може јавити неуједначена примена и интерпретација концепта стварног власника. Након тога, за наведене случајеве, аутор ће дати предлог механизма потребних како би се примена и интерпретација концепта стварног власника прихода из пореских уговора у што већем обиму уједначила.

Прво, неуједначено поступање можемо наћи у примени Коментара OECD на интерпретацију недефинисаних појмова из пореских уговора, с обзиром на то да се опширнија дефиниција концепта стварног власника прихода може наћи у Коментару, док само мањи број држава уговорница поменути појам дефинише у пореским уговорима. Модел-конвенција и Коментар немају директно правно обавезујући значај, ни за државе чланице OECD, као ни за државе које су своје уговоре обликовале према “мустри” садржаној у тој Модел-конвенцији.¹⁸²⁸ Међутим, постоје дилеме око позиционирања Коментара према правилима о тумачењу уговора

¹⁸²³ *Ibid.*, 68.

¹⁸²⁴ A. Meindl-Ringler, 285.

¹⁸²⁵ *Ibid.*

¹⁸²⁶ *Ibid.*

¹⁸²⁷ *Ibid.*

¹⁸²⁸ Д. Поповић, С. В. Костић, 31.

инкорпорираних у Бечкој конвенцији.¹⁸²⁹ Група академика и стручњака пореског права сматра да се дефиниција из Коментара мора примењивати у оквиру члана 31 Бечке конвенције, док друга група заговара примену члана 32 који се односи на допунска средства тумачења. Такође, може се рећи да Бечка конвенција није излишна, већ кодификује општа, а не сва могућа правила интерпретације, па тако може се и закључити да Бечка конвенција не покрива примену Коментара у тумачењу пореских уговора.¹⁸³⁰ Подсетимо се, према ставу 1 члана 31 Бечке конвенције, може се рећи да уколико су обе стране чланице OECD, не може се прихватити да држава чланица поступа у доброј вери тврдећи да се одредбама уговора мора придати значење које је другачије од оног установљеног у Коментару OECD за идентичну одредбу, уколико се испуне одређени услови.¹⁸³¹ У овим околностима, постоји претпоставка да су стране прихватиле интерпретацију успостављену у Коментару, што се своди на прећутно саглашавање да се одредбе пореског уговора које су идентичне онима из Модел-конвенције OECD тумаче и примењују у складу са одговарајућим ставом из Коментара.¹⁸³²

У случају пореског уговора између државе чланице OECD и државе не-чланице, потребно је направити разлику између не-чланица које су одредиле свој став у погледу Модел-конвенције OECD и њеног Коментара и не-чланица које то нису учиниле.¹⁸³³ Када су у питању не-чланице које су дефинисале своју позицију према Модел-конвенцији OECD и Коментару, иако формално не учествују у доношењу одлука у органима OECD надлежним за Модел-конвенцију и њен Коментар, у погледу тумачења и примене пореских уговора између неке од њих и неке државе чланице OECD важе претходни закључци, под сличним условима.¹⁸³⁴ Када је у питању тумачење пореског уговора између државе чланице OECD и државе не-чланице, која није дефинисала своју позицију према Модел-конвенцији OECD и Коментару, сама чињеница да тај уговор може садржати одредбе које су идентичне са одредбама Модел-конвенције OECD није довољна за закључак да је држава не-чланица прећутно прихватила интерпретацију тих одредаба на начин који је установљен у Коментару.¹⁸³⁵ Једино би, уколико се може установити да је у моменту закључивања уговора та држава не-чланица била, или је морала бити, свесна чињенице да је друга страна, држава чланица OECD, разумевала да би те одредбе требало тумачити и примењивати у складу са Коментаром, важили принципи које смо установили за случај тумачења уговора између државе чланице OECD и државе не-чланице, која је дефинисала своју позицију према Модел-конвенцији OECD и Коментару.¹⁸³⁶ У осталим ситуацијама, Коментар се може једино сматрати „допунским средством тумачења“ из члана 32 Бечке конвенције.¹⁸³⁷ Када је у питању тумачење одредаба пореског уговора између две државе не-чланице, које су дефинисале своју позицију према Модел-конвенцији OECD и Коментару, које су идентичне са одредбама Модел-конвенције OECD, примењујемо оне принципе које смо установили за случај тумачења пореског уговора између државе чланице OECD и државе не-чланице, која је дефинисала своју позицију према наведеној конвенцији и Коментару.¹⁸³⁸ Ако се, пак, ради о две државе не-чланице, од којих једна није дефинисала своју позицију према Модел-конвенцији OECD и Коментару, не може се претпоставити да постоји прећутно прихватање тумачење одредаба на начин установљен у Коментару.¹⁸³⁹

¹⁸²⁹ *Ibid.*

¹⁸³⁰ A. Meindl-Ringler, 9.

¹⁸³¹ Д. Поповић, С. В. Костић, 32-33.

¹⁸³² *Ibid.*, 33.

¹⁸³³ *Ibid.*

¹⁸³⁴ *Ibid.*

¹⁸³⁵ *Ibid.*, 33-34.

¹⁸³⁶ *Ibid.*, 34.

¹⁸³⁷ *Ibid.*

¹⁸³⁸ *Ibid.*

¹⁸³⁹ *Ibid.*

Пример примене Коментара смо показали у оквиру судских пресуда у Русији, која Коментар примењује у оквиру члана 32 Бечке конвенције у виду допунског средства, док, Швајцарска, чланица OECD, исти примењује у оквиру члана 31 поменуте конвенције. Свакако, можемо закључити да OECD Коментар не би требало занемаривати при тумачењу појмова недефинисаних у пореским уговорима.

Уколико заступамо став да се Коментар не треба занемаривати при тумачењу недефинисаних појмова, јавља се проблем динамичне или статичне интерпретације. OECD сматра да одредбе нових верзија Коментара нису релевантне за тумачење или примену претходно закључених уговора у случају када су одредбе тих уговора суштински различите у односу на измењене чланове. Међутим, друге измене или допуне Коментара свакако се примењују приликом тумачења и примене уговора који су закључени пре њиховог усвајања, зато што оне рефлектују консензус држава чланица OECD у вези са исправним тумачењем постојећих одредаба и њиховом применом у специфичним случајевима.¹⁸⁴⁰ Међутим, како је правни карактер Коментара упитан, видели смо да су национални судови у разним државама доносили пресуде у којима се позивају на каснију или на ранију верзију Коментара, или на Коментар који не одражава ни статичну ни динамичну интерпретацију. Сматрамо да овакав проблем проистиче из жеље пореских и судских власти да концепт стварног власника примене у што ширем, или ужем обиму. На пример, уколико је порески уговор закључен 2004. године, пореска администрација или суд би могли да примене Коментар OECD из 2003. године, уместо верзије од 2017. године, из разлога што је ранији Коментар омогућавао шири обим примене концепта стварног власника и на ситуације са проточним компанијама које нису обухватале само случајеве са прилазом о прослеђивању прихода трећим лицима. Такође, пореске и судске власти би могле применити и Коментар из 1977. године за пореске уговоре који су закључени после поменутог периода а пре 2003. године. У том случају, у обзир се не би могле узети и проточне компаније, као ни потпуна антиабузивна улога поменутог концепта. У конкретној ситуацији, дански суд је у пресуди 3.маја 2021. године применио Коментар из 1977. године за интерпретацију концепта стварног власника из пореског уговора између Данске и Кипра који је закључен 1981. године.¹⁸⁴¹ Супротно, у оквиру динамичне интерпретације, Врховни суд Швајцарске је разматрао и питање да ли каснији Коментар може да се примени на порески уговор који је закључен раније. У образложењу пресуде, Врховни суд Швајцарске навео је да су државе уговорнице морале знати да ће се појам, који је био нов у то време (први OECD Коментар), у каснијим годинама мењати и прилагођавати у оквиру рада OECD, те је због наведеног динамична интерпретација одредаба пореског уговора оправдана.¹⁸⁴² Швајцарски суд је дао детаљније објашњење поводом примене динамичне интерпретације, међутим, у раније наведеном случају са Реал Мадридом, шпански суд је у обзир узео каснији OECD Коментар из 2003. године и Извештај о проточним компанијама из 1986. године, а порески уговор између Мађарске и Шпаније је био закључен 1984. године, без навођења разлога коришћења новије верзије Коментара и Извештаја за интерпретацију раније закљученог пореског уговора.¹⁸⁴³ Такође, без већег појашњења, у Пољској, суд је донео одлуку јануара 2020. године, где је за интерпретацију концепта стварног власника из пореског уговора са Јужном Корејом који је закључен 1991. године, примењен Коментар OECD из 2005. године.¹⁸⁴⁴ Услед статичне интерпретације, користила би се верзија Коментара из 1977. године, док би се за динамичну интерпретацију користила најновија верзија из 2017. године.¹⁸⁴⁵

¹⁸⁴⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, ст. 35, ст. 36 и 36..1.

¹⁸⁴¹ B. Kuzniacki (2022), 210.

¹⁸⁴² Federal Supreme Court, Case No. 2C_880/2018, 2020, пар. 4.1 и 4.2.

¹⁸⁴³ A. M. Jimenez (2013), 131.

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*, 212 фуснота 137.

¹⁸⁴⁵ *Ibid.*

Видимо да пореске и судске власти у разним државама, поред јасног става OECD, могу да примењују или не примењују Коментар за интерпретацију концепта стварног власника, јер се правни карактер Коментара може довести у питање. Такође, јавља се и питање динамичне или статичне интерпретације. Иако на први поглед делује очигледно да је потребно применити други поменути вид тумачења, судови неких држава и даље примењују статичну интерпретацију, или по сопственом нахођењу, као на пример у поменутом случају у Пољској, примењују Коментар који им одговара. Уколико би дефиниција постојала у пореским уговорима, питање правног статуса Коментара се не би ни постављало, међутим, мало је вероватно да државе приступе изменама пореских уговора поводом концепта стварног власника путем неког мултилатералног инструмента, с обзиром на то да поменути концепт није био део BEPS пројекта, па тако, врло вероватно у блиској будућности неће бити део интересовања OECD. Са друге стране, измена у Модел-конвенцији би донела унификацију само за будуће пореске уговоре који се закључе, али само уколико би такви уговори преписали дефиницију из Модел-конвенције. Према томе, једини тренутни и реалан начин да се превазиђе проблем око правног статуса Коментара видимо у посебном навођењу у коментарима чланова 10 – 12 Модел-конвенције да је примена динамичне интерпретације пожељна, док би се у Модел-конвенцији могло нагласити у поменутиим члановима да се за дефиницију концепта користе одредбе из Коментара. Иако ће нова Модел-конвенција служити као „мустра“ за нове пореске уговоре, створила би се већа свест међу пореским и судским властима да је потребно користити дефиницију из Коментара по принципу динамичне интерпретације, што би можда утицало на поменуте власти да такав приступ примењују и на раније закључене уговоре.

Друго, неуједначена примена и тумачење се могу приметити и код питања јединственог значења концепта стварног власника. Питања која се намећу јесу:

- да ли постоји јединствени контекст стварног власника?;
- да ли у том случају дефиниција стварног власника из домаћег права постаје ирелевантна?;
- да ли постоји само један јединствени контекст стварног власника прихода?

Утврдили смо да јединствени контекст стварног власника постоји и да је он постао јаснији појавом верзије Коментара OECD 2003. године, где се наводило да термин стварног власника не би требало да буде коришћен у уском техничком значењу, већ треба бити схваћен у свом контексту у оквиру предмета и сврхе Конвенције, укључујући избегавање двоструког опорезивања и превенцију фискалне евазије и избегавања плаћања пореза. Такође, суд у УК је у пресуди *Bupa Finance* поводом стварног власника из домаћег права, јасно нагласио да такав појам из домаћих закона не би требало мешати са концептом стварног власника из пореских уговора који има јединствено међународно значење.¹⁸⁴⁶ Ово је додатно појачало јединствено значење поменутог појма, с обзиром на то да се искључиво УК залагало за увођење овог концепта у прву OECD Модел-конвенцију, када је исти појам био потпуно непознат државама континенталног права. Након ступања на снагу Коментара из 2003. године, судови су почели да се у већој мери позивају на јединствено значење концепта стварног власника из пореских уговора. Међутим, неки судови су се позивали на међународно значење овог појма из разлога што је у домаћем праву поменути појам био недефинисан, или су пак примењивали дефиницију из домаћег права, или сопствено тумачење, наводећи да је оно у складу са јединственим значењем. У сваком случају, судови су се јасно позивали на постојање јединственог значења концепта стварног власника из пореских уговора. У коментару из 2003. године није било сасвим јасно шта чини јединствено значење концепта стварног власника,

¹⁸⁴⁶ Bupa Insurance Ltd. V. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, 2014, вид: A. Meindl-Ringler, 104

иако је Коментар на исто указивао, јер је дефиниција постављена прешироко, док је Коментар из 2014/17. године пружио јаснију дефиницију, те је структура јединственог значења стварног власника прихода постала јаснија. У новијим пресудама, на пример у Швајцарској, судови се изричито позивају на међународно јединствено значење концепта стварног власника које се може наћи у најновијој верзији Коментара, пратећи дефиницију из истог.¹⁸⁴⁷ Дакле, можемо закључити да, јединствено значење концепта стварног власника постоји, рачунајући од појаве Коментара из 2003. године, али се суштина таквог значења може наћи у Коментару OECD из 2014/17 у оквиру дефиниције концепта стварног власника прихода.

Са друге стране, одређени аутори сматрају да је домаћу дефиницију могуће користити, само уколико је у складу са јединственим значењем из Коментара, у супротном, требало би избегавати примену домаће норме. Па тако, показали смо да дефиниција појма стварног власника прихода из домаћег права Русије јесте у складу јединственим значењем из Коментара у једном већем делу, док је ситуација супротна у случају са Бразилом. Такође, постоје и малобројни уговори, где је Немачка потписница, чије одредбе о стварном власнику из уговора изричито упућују на примену домаћег права, иако оно није у складу са међународним значењем.¹⁸⁴⁸

Овај проблем је у већој мери решен појавом новије верзије Коментара где јединствено међународно значење концепта стварног власника из пореских уговора постаје доста јасније, међутим, поставља се питање да ли је постоји само једно јединствено значење концепта стварног власника прихода. Наиме, дефиниција одредбе о стварном власнику прихода постоји и у Директиви о камати и ауторским накнадама. Дефиниција из Директиве се разликује од исте из OECD званичног Коментара. Поред тога, поводом тумачења концепта стварног власника из Директиве, СПЕУ је 2019. године донео пресуду. Иако СПЕУ није изричито нагласио да је концепту потребно приписати јединствено ЕУ значење, како је то иначе нагласила општи пуномоћник Кокот у свом мишљењу,¹⁸⁴⁹ на основу резонавања овог суда, могло би се закључити да је концепту стварног власника камате приписано јединствено значење у оквирима ЕУ.¹⁸⁵⁰ Закључили смо да јединствено ЕУ значење стварног власника постоји, и исто може бити проблематично из два разлога. Прво, нарушава се јединство које постоји у сарадњи између OECD и ЕУ, што се може видети након BEPS пројекта где је ЕУ ускладила своја правила у оквиру нове ATAD Директиве. Друго, државе чланице које су закључиле пореске уговоре могу на индиректан начин да примењују дефиницију из Директиве, која је постављена у ширем обиму у односу на исту из званичног OECD Коментара, на интерпретацију концепта стварног власника прихода из пореског уговора. Де Бру (de Broe) наводи три основа за овакву индиректну интерпретацију: примена члана 31.3.(ц) Бечке конвенције; примена члана 3 става 2 пореских уговора; као и примена принципа уједначене интерпретације директива ЕУ.

Једино решење видимо у изменама Директиве о камати и ауторској накнади, где би требало дефиницију ускладити са дефиницијом из OECD званичног Коментара. Међутим, шансе за такво поступање су минималне, с обзиром на то да је СПЕУ у случајевима са стварним власником предност дао принципу забране злоупотребе права, а такође ATAD Директива је увела и обавезну имплементацију опште антиабузивне мере. Поменуте мере преклапају концепт стварног власника, и веће су вероватноће да ће националне пореске и судске власти да примењују принцип забране злоупотребе права или нову општу антиабузивну меру из ATAD Директиве. Наравно, то не отклања потенцијалну могућност да националне пореске власти и судови ипак примене дефиницију концепта стварног власника из имплементираних

¹⁸⁴⁷ Federal Supreme, Case No. 2C_880/2018, Judgment of 19 May 2020, II Public Law Departement.

¹⁸⁴⁸ Напомињемо да се ово односи на период пре 2003. Године када је Немачка имплементирала одредбу о стварном власнику прихода из Директиве о камати и ауторској накнади.

¹⁸⁴⁹ Opinion of Advocate General Kokott, case C – 119/16, 1. March 2018, par. 55.

¹⁸⁵⁰ S. Baerentzen (2020), 14-15.

Директиве на интерпретацију истог појма из пореских уговора. Правна сигурност ће остати нарушена докле год Директива о камати и ауторској накнади промовише економско, а OECD Коментар формално-правно, односно рестриктивније тумачење, што је тренутно ситуација.

Треће, услед жеље пореских власти да сузбију пробирање уговора са проточним компанијама, користила би се и одредба о стварном власнику прихода коју порески уговор не предвиђа. Па тако, судови неких држава концепт стварног власника примењују индиректно, тумачећи посебне изразе у складу са поменутиим концептом, или директно, иако порески уговор поменути одредбу не помиње у члановима 10 – 12 уговора. Што се тиче индиректне примене, у једном познатом случају *Aikens Industries*, порески суд САД није се фокусирао на значење концепта стварног власника, јер порески уговор између САД и Хондураса није ни садржао поменути концепт, већ је фокус био на интерпретацији израза из члана 9 уговора „примљено од стране“.¹⁸⁵¹ С обзиром на то да је израз „примљено од стране“ био недефинисан у пореском уговору, примењен је члан 2 став 2 уговора, према којем се недефинисани изрази тумаче у складу са домаћим правом САД, уколико контекст не захтева другачије.¹⁸⁵² Применивши домаће право, суд је поменути израз дефинисао у складу са доктрином „власништво и контрола“.¹⁸⁵³ Дакле, примењено је домаће схватање стварног власништва, а преко интерпретације недефинисаног израза „примљено од стране“ које је слично изразу „плаћено резиденту“ који чини део дефиниције стварног власника из Коментара. Зук (Zuk) сматра да изрази попут „плаћено резиденту“ или „примљено од стране“ не би требало да буду тумачени од стране суда у оквиру концепта стварног власника, осим уколико уговор посебно не помиње појам стварног власника.¹⁸⁵⁴

Што се тиче директне примене имплицитне одредбе о стварном власнику прихода, француски суд је у пресуди поводом случаја *SA Diebold Courtage* навео да се концепт стварног власника може применити, без обзира на чињеницу да се поменути концепт не помиње у пореском уговору.¹⁸⁵⁵ Супротно, уколико је порески уговор закључен након ступања на снагу прве OECD Модел-конвенције, не може се ова доктрина узети у обзир, јер се сматра да државе уговорнице са намером нису укључиле концепт стварног власника из OECD Модел-конвенције у порески уговор.¹⁸⁵⁶ Пореска управа Швајцарске се такође позивала на концепт стварног власника како би се онемогућила преференцијална стопа из пореског уговора који такву одредбу није садржао. Међутим, суд је упркос непостојању одредбе о стварном власнику у пореском уговору, применио имплицитни принцип забране злоупотребе одредаба пореског уговора, који је, према швајцарском суду, био подразумевани део пореских уговора, где је одредба о стварном власнику прихода индиректно примењена.¹⁸⁵⁷ На крају, Врховни суд Швајцарске сматрао је да за решавање питања стварног власништва над приходима није битно утврдити да ли је одредба о стварном власнику имплицитног карактера, па је на крају примењен имплицитни општи антиабузивни принцип за решавање поменутог питања.¹⁸⁵⁸

Са друге стране, национални судови одређених држава изричито забрањују употребу концепта стварног власника уколико порески уговор поменути концепт не помиње. Управни одбор за извештавање о порезима Канаде је објавио да уколико порески уговор не садржи израз „стварни власник“, не може се применити концепт стварног власника прихода.¹⁸⁵⁹ Суд у

¹⁸⁵¹ A. Meindl-Ringler, 201.

¹⁸⁵² Y. Brauner, 148.

¹⁸⁵³ L. Oats *et al.*, 486.

¹⁸⁵⁴ M. Zuk, 327-328.

¹⁸⁵⁵ D. Gutmann (2013a), 162.

¹⁸⁵⁶ *Ibid.*, 164.

¹⁸⁵⁷ R. Danon (2020a), 634.

¹⁸⁵⁸ J. Saurabh, J. Prebble, 12 – 13.

¹⁸⁵⁹ M. Zuk, 328.

Италији је такође утврдио да с обзиром на то да порески уговор не садржи одредбу о стварном власнику, концепт стварног власника се не може применити.¹⁸⁶⁰ Дакле, Врховни суд Италије је дошао до истог закључка као и Управни одбор за извештавање о порезима Канаде.¹⁸⁶¹ На овом месту можемо поменути и пресуду Врховног суда Шпаније из 2020. године, где је одлучено да се одредба о стварном власнику из пореског уговора између Шпаније и Швајцарске не може применити ако је поменути члан изричито не наводи.¹⁸⁶²

Логично је да уколико порески уговор не садржи неку одредбу, иста се не може применити. Мишљења смо да су пореске власти ранијих година, када уговорне антиабузивне мере нису биле широко прихваћене и унифициране, покушавале да сузбију пробирање уговора применом одредбе о стварном власнику прихода, чак и у случају када порески уговор није предвиђао такву одредбу. Међутим, у данашњем добу услед примене Мултилатералне конвенције за имплементацију мера за спречавање ерозије пореске основице и премештања добити и њеног минималног стандарда, када су одредба о ТОЦ и КОП масовније прихваћене и уједначене, не постоји основан разлог да се користи директно или индиректно одредба о стварном власнику уколико је уговор не предвиђа. Иако је овај проблем, услед нових уговорних мера, превазиђен, порески уговори који их не предвиђају, могу и даље да буду подложни неуједначеном тумачењу и примени поводом питања имплицитне одредбе о стварном власнику прихода.

Четврто, није уједначен обим тумачења концепта стварног власника прихода, што доводи до неуједначене примене од стране националних судова. Концепт стварног власника је 2003. године био дефинисан изузетно широко у оквиру економске интерпретације. Након тога, 2014/17. године, поменутом концепту се антиабузивни обим примене сужава у оквиру формално-правне интерпретације. Иако су неке ствари јасне, у смислу да мора постојати међузависност између примљеног прихода и обавезе прослеђивања, као и да одредба о стварном власнику служи да сузбије само одређене форме аранжмана са пробирањем уговора, а не све форме поменутог аранжмана и зато не може да спречава примену других мера за такве остале врсте аранжмана,¹⁸⁶³ неке ствари које се тичу обима примене остају неразјашњене.

Пре свега, званични Коментар наводи да је право примаоца да користи и убира плод дивиденде ограничено уговорном или правном обавезом да проследи примљене уплате другом лицу, а таква обавеза обично произилази из релевантних правних докумената, али може и постојати услед чињеница и околности које указују да, суштински, прималац очигледно нема право да користи и убере плод дивиденде без ограничења наметнутог уговорном или правном обавезом да примљену уплату проследи другом лицу.¹⁸⁶⁴ Уколико се прихвати формално-правно тумачење, може се сматрати да обавеза прослеђивања једино може произлазити из уговорног односа који обавезује директног примаоца да проследи примљени приход. Са друге стране, економско тумачење би подразумевало да обавеза прослеђивања може постојати иако не постоји никакав уговорни однос, али чињенице и околности указују да постоји нека врста обавезе да се проследи приход. Такав случај би могао да буде уколико је власник трећег лица уједно и директор директног примаоца прихода, односно постоји велики ниво контроле директног примаоца, који губи своју независност у одлучивању од своје матичне фирме и крајњег власника групе компанија, физичког лица. У пракси одређених држава попут Швајцарске, обавеза прослеђивања произилази из уговорног, односно правног аранжмана, као

¹⁸⁶⁰ Corte di Cassazione, No. 4600 (1.3.2009.), вид.: A. Meindl-Ringler, 268..

¹⁸⁶¹ M. Zuk, 328.

¹⁸⁶² B. Kuzniacki (2022), 93.

¹⁸⁶³ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2014, ст. 12.5, чл. 10 Коментара.

¹⁸⁶⁴ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2017, ст. 12.4, чл. 10 Коментара.

и из чињеница и околности случаја, што је одлика економске интерпретације, иако поменути судови своје одлуке заснивају на дефиницији из Коментарa у оквиру јединственог значења.¹⁸⁶⁵

Коментар не наводи детаљније коју би интерпретацију требало применити, па тако, није у потпуности јасно да ли изрази попут „чињенице и околности“ као и „у суштини“, упућују на формално-правну или економску интерпретацију.¹⁸⁶⁶ Подсетимо се, Компанија *Deloitte* је у оквиру поменуте јавне расправе о разјашњењу концепта стварног власника навела да изрази „нормално произлази из“, „може постојати и услед чињеница и околности“ и „суштински“, могу довести до двојакe интерпретације. Прва интерпретација подразумева да правни документ о прослеђивању прихода мора да постоји, или да постоји неки уговор који не помиње такву обавезу, али суштински, она постоји на основу околности случајева који се разликују од онога што је уговором прописано.¹⁸⁶⁷ На пример, стране могу да потпишу уговор, али у стварности да примењују други уговор, усмени или писмени или у виду амандмана уговора.¹⁸⁶⁸ Друга шири интерпретација према изразу „али може такође постојати“ указује да пореске администрације нису у обавези да трагају искључиво за неким правним документом и гледају његову суштину, већ могу и да одбију примену користи из уговора на основу околности и чињеница које указују да директни прималац није стварни власник прихода иако не постоји правни документ који га обавезује да приход проследи, али стране (директни прималац и стварни власник прихода) суштински поступају као да такав документ постоји.¹⁸⁶⁹ Раније смо поменули да BEPS пројекат услед примене ТОЦ и КОП додатно сужава обим примене концепта стварног власника, па према томе, сматрамо, како би се избегла неуједначена примена, да је потребно изменити тај део у Коментару. Мишљења смо да је потребно избацити реч „суштински“ и преформулисати цео став где би се навело да се једино уговорни, односно правни однос може узети у обзир, али да се откривање таквог уговора може извршити и испитивањем чињеница и околности случаја. Уколико се не може доказати да постоји уговор, писани или неписани¹⁸⁷⁰, који обавезује директног примаоца да тачно одређени приход проследи, не може се одбити примена користи из уговора и такво лице би се сматрало стварним власником прихода. Чињенице које указују да обавеза прослеђивања постоји, услед, на пример, такве контроле акционара где филијала у потпуности губи сваку независност и нема моћ да сама доноси одлуке, али уговорни однос не постоји, не би се могле узети у обзир. На овај начин, јасно би се примењивало формално-правно тумачење појма стварног власника прихода, док би за оне случајеве, где се на основу чињеница утврди да обавеза прослеђивања постоји и ван уговорног односа, могао применити ТОЦ.

На крају, званични Коментар не наводи колики износ примљене уплате је потребно проследити да би се сматрало да директни прималац није стварни власник примљеног прихода. Коментар само помиње правну или уговорну обавезу да се уплата пренесе другом лицу, без навођења износа.¹⁸⁷¹ У Кини, пракса је да уколико се прослеђује више од 60% примљене уплате, директни прималац није стварни власник прихода.¹⁸⁷² Судови Швајцарске и Данске су у одређеним случајевима утврдили да статус стварног власника није признат

¹⁸⁶⁵ R. Danon (2020a), 13.

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*, 13 – 14.

¹⁸⁶⁷ Comments on Public Discussion Draft: Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Deloitte, Steve Towers, 8.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*

¹⁸⁷⁰ Вредно је напоменути да би вероватно у пракси било тешко открити неписани уговор, јер би било потребно применити национални закон о облигационим односима, највероватније према домаћим прописима државе извора, а везано за питања попут момента и начина закључења уговора, правно дејство неписаних уговора и слично.

¹⁸⁷¹ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2014, ст. 12.4, чл. 10 Коментарa.

¹⁸⁷² A. Meindl-Ringler, 329.

лицима која преносе идентичне или скоро идентичне износе другим лицима.¹⁸⁷³ Супротно, канадски суд је утврдио да уколико директни прималац задржи 10% уплате а остатак проследи, сматраће се стварним власником прихода.¹⁸⁷⁴ Такође, Коментар не дефинише детаљније ситуације у којима се мења карактер уплате, на пример уколико се прими приход у виду камате а проследи се у виду дивиденде.¹⁸⁷⁵ Није ни дат одговор на питање шта радити у ситуацији где постоји обавеза да се проследи приход који у износу одговара износу примљеног прихода, али су сва примљена средства помешана у оквиру једног фонда и одатле се исплаћују.¹⁸⁷⁶ Сматрамо да је најбоље ова питања препустити пореским и судским властима на утврђивање, јер Коментар не може да предвиди све ситуације које би могле да се десе. Поред свега наведеног, како би се смањила неуједначена примена концепта стварног власника поводом његовог обима, потребно је и да Коментар изричито предвиди примену економског, односно ширег или формално-правног, односно рестриктивнијег тумачења. У случају формално-правног тумачења, сва питања која се остављају на одлучивање националним судовима, попут горе наведена три, решавала би се рестриктивније. На овај начин, неуједначена примена би постојала, али би била доста мања, док би интрепретација била у потпуности уједначена. Па тако, уколико директни прималац прими уплату у еврима а прослеђује у доларима и сноси валутни ризик, при формално-правном тумачењу, било би довољно за установљавање стварног власништва, што не би био случај са економским прилазом. Такође, суштина пословања у смислу постојања запослених, просторија, машина и слично није битно за формално-правни прилаз тумачења, док јесте за економско тумачење.

На крају, можемо закључити да, услед ангажовања OECD, као и ЕУ, проблем неуједначене примене и интерпретације у већем делу може бити превазиђен. Међутим, поставља се питање, колико постоји воље да се приступи решавању поменутог проблема, посебно услед примене нових уговорних мера, конкретније ТОЦ и КОП.

¹⁸⁷³ *Ibid.*

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*

¹⁸⁷⁵ A. Meindl-Ringler, 329.

¹⁸⁷⁶ *Ibid.*, 330.

ДЕО ТРЕЋИ

ОДНОС ОДРЕДБЕ О ТЕСТУ ОСНОВНОГ ЦИЉА И КЛАУЗУЛА О ОГРАНИЧЕНИМ ПОГОДНОСТИМА СА КОНЦЕПТОМ СТВАРНОГ ВЛАСНИКА ПРИХОДА

I. Одредба о тесту основног циља

Пре упуштања у суштину ТОЦ и његове интеракције са концептом стварног власника, поребно је осврнути се на BEPS пројекат и MLI Конвенцију, који су изузетно значајни, с обзиром на то да су на индиректан начин утицали на концепт стварног власника прихода из пореских уговора за дивиденде, камате и ауторске накнаде.

1. BEPS пројекат и мултилатерални инструмент

OECD је 2013. године припремила BEPS акциони план подржан од лидера Г20, који је идентификовао 15 акција којима би се на свеобухватан начин супротставило ерозији основице и премештању добити.¹⁸⁷⁷ Почетком октобра 2015. године, OECD је објавила завршне извештаје за сваку акцију посебно, где је спадала и Акција 6 која је прописивала минимални ниво заштите против злоупотребе пореских уговора.¹⁸⁷⁸ Конкретније, завршни извештај BEPS Акције 6 се односио на спречавање одобравања користи из пореских уговора у неприкладним ситуацијама.¹⁸⁷⁹ Оквир Акције 6 је подразумевао:¹⁸⁸⁰

- развијање одређених одредаба у пореским уговорима и домаћих одредаба са циљем спречавања одобравања погодности из пореских уговора у неприкладним ситуацијама;
- позитивну изјаву да се порески уговори не могу користити за двоструко неопорезивање;
- идентификовање релевантне пореске политике које државе могу узети у обзир приликом закључења пореског уговора.

¹⁸⁷⁷ Дејан Поповић, Гордана Илић Попов, „Значај и ефекти BEPS мултилатералне конвенције у међународном пореском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 75/2017, 15.

¹⁸⁷⁸ Oleksandr Koriak, “The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Does the OECD Proposal Fit the EU Legal Framework?”, HARN60 Master Thesis, Lund University - School of Economics and Management Department of Business Law, 2016, 1. Преузето са адресе

<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=8880187&fileId=8880188> дана 25.1.2022.

¹⁸⁷⁹ Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, Paris.

¹⁸⁸⁰ C. Bergedahl, 19.

Акција 6 је правила разлику између две врсте злоупотреба које су се односиле на пореске уговоре.¹⁸⁸¹ Прва врста се односила на злоупотребу пореских уговора, док се друга врста односила на заобилажење одредаба домаћег права коришћењем пореског уговора.¹⁸⁸² Прва категорија се односила на употребу проточних компанија.¹⁸⁸³ Конкретније, ова врста је подразумевала случајеве где лице које није резидент ни једне државе уговорнице пореског уговора и које нема право на користи из поменутог пореског уговора, покушава индиректно да приступи погодностима из тог уговора, што је одлика аранжмана са пробирањем уговора.¹⁸⁸⁴ Под злоупотребом уговора подразумевао се и аранжман са пробирањем чланова (правила) где лице које има право на погодности из уговора, своју трансакцију структурира на тај начин да стекне право на повољнију одредбу истог уговора.¹⁸⁸⁵ Коначни извештај Акције 6 највише пажње усмеравао је ка аранжманима са пробирањем уговора, док је аранжмане са пробирањем чланова узео у обзир, али није био посвећен исти ниво пажње.¹⁸⁸⁶ У оквиру друге форме злоупотребе, порески обвезник применом пореског уговора заобилази домаће опште и посебне антиабузивне мере и судске доктрине, чинећи их неприменљивим.¹⁸⁸⁷ Конкретније, држава примењује домаће антиабузивне норме у виду правила о контролисаној иностраној компанији, утањене капитализације и сличних правила, која служе да спрече домаће стратегије за избегавање плаћања пореза, међутим, порески обвезник се позива на одредбе пореског уговора које имају превагу над домаћим правом, што доводи до неутралисања домаћих норми.¹⁸⁸⁸ Оваква форма злоупотребе се односи само на избегавање норми домаћег права, независно од примене пореског уговора.¹⁸⁸⁹ С обзиром на то да се у конкретном случају не искоришћавају норме пореског уговора зарад повољнијег третмана из пореског уговора, већ за заобилажење домаћих прописа, финални извештај Акције 6 ову врсту злоупотребе није подвео под појам „злоупотреба уговора“.¹⁸⁹⁰ Даље се наводило да се оваквој врсти злоупотребе може супротставити само применом домаћих антиабузивних норми.¹⁸⁹¹ Поменути извештај је конкретније навео да је главни циљ ове акције у погледу ове врсте злоупотребе био да се осигура да порески уговори не могу да спрече примену домаћих антиабузивних мера које служе спречавању трансакција у претходно наведеним случајевима.¹⁸⁹² Акција 6 се даље фокусира на интеракцију између домаћих антиабузивних правила и пореских уговора.¹⁸⁹³

Након објављивања завршних извештаја BEPS акција, Комитет за фискалне послове OECD је саставио *ad hoc* радну групу за израду мултилатералног инструмента, чији је главни задатак био да пронађе начин како да се најефикасније модификују постојеће одредбе билатералних пореских уговора да би се примениле BEPS мере.¹⁸⁹⁴ Као резултат тих напора, OECD је 24. новембра 2016. године представио MLI Конвенцију.¹⁸⁹⁵ Конвенција је, почев од 31. децембра 2016. године, отворена за потписивање свим државама, јурисдикцијама Гернси, острву Ман и

¹⁸⁸¹ Reinout Kok, „The Principle Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6“, *Intertax*, Volume 44 Issue 5, 2016, 406.

¹⁸⁸² Carlos Palao Taboada, „OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule“, *Bulletin for international taxation*, Vol. 69 No. 10, 2015, 602.

¹⁸⁸³ R. Kok, 406.

¹⁸⁸⁴ C. P. Taboada, 602.

¹⁸⁸⁵ Luc De Broe, Joris Luts, „BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse“, *Intertax*, Volume 43 Issue 2, 2015, 125.

¹⁸⁸⁶ C. P. Taboada, 602.

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸⁸ L. De Broe, J. Luts, 125.

¹⁸⁸⁹ C. P. Taboada, 602.

¹⁸⁹⁰ L. De Broe, J. Luts, 125.

¹⁸⁹¹ C. P. Taboada, 602.

¹⁸⁹² Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, стр. 17, пар. 16.

¹⁸⁹³ *Ibid.*, стр. 78 пар. 54.

¹⁸⁹⁴ Д. Поповић, Г. Илић Попов, 16.

¹⁸⁹⁵ *Ibid.*

Церси, као и свакој другој јурисдикцији којој је консензусом страна и потписница признато право да буде страна.¹⁸⁹⁶ На церемонији потписивања 7. јуна 2017. године, 76 држава и јурисдикција је потписало ову Конвенцију која је омогућила да се одређене мере брзо имплементирају у оквиру постојећих билатералних уговора, што би између осталог требало да допринесе и умањењу могућности за злоупотребу пореских уговора.¹⁸⁹⁷ MLI Конвенција је обухватала само одређене BEPS акције, међу којима је спадала и Акција 6.¹⁸⁹⁸

BEPS Акција 6, као део MLI Конвенције, садржала је минимални стандард који су државе потписнице Конвенције морале да усвоје у оквиру своје мреже пореских уговора.¹⁸⁹⁹ Пре свега, предложено је да државе потписнице промене своје преамбуле у пореским уговорима, где би се јасно наводило да је циљ пореских уговора елиминисање двоструког опорезивања без стварања могућности за пореску евазију, посебно „treaty shopping“ аранжмане.¹⁹⁰⁰ Поред измене преамбуле, државе су биле у обавези да изаберу неку од понуђених ставки:¹⁹⁰¹

- искључива примена ТОЦ;
- примена ТОЦ и КОП из пореских уговора у упрошћеној верзији; или
- примена детаљних КОП са допуном антиабузивних мера за сузбијање финансирања преко проточних компанија. Такве антиабузивне мере могу да произлазе из домаћег права, као што САД у закону предвиђају примену правила за финансирање преко проточних компанија (conduit financing rules), или из пореских уговора, а као пример се може узети одредба о сузбијању проточних компанија из уговора између УК и САД из 2001. године.

2. Опште карактеристике одредбе о тесту основног циља

Пре него што се упустимо у детаљнију разраду ТОЦ, потребно је указати на водећи принцип (енг.: the guiding principle) из OECD Модел-конвенције и пратећег Коментара. Одредба о водећем принципу, историјски гледано, поставља темеље за увођење ТОЦ у пореске уговоре.

2.1. Водећи принцип (*the guiding principle*)

Водећи рачуна о злоупотреби пореских уговора, OECD је 2003. године у Коментар члана 1 уврстила посебну одредбу у виду водећег принципа, која је гласила:¹⁹⁰²

„Важно је напоменути, међутим, да не би требало олако претпоставити да порески обвезник врши абузивну трансакцију како је то горе објашњено. Треба се водити принципом да

¹⁸⁹⁶ Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, OECD, чл. 27 ст.1.

¹⁸⁹⁷ Paolo Piantavigna, „Reflections on the Fight Against Aggressive Tax Planning (When the Law is Silent)“, *World Tax Journal*, Volume 10 No. 4, 2018, 547

¹⁸⁹⁸ Д. Поповић, Г. Илић Попов, 16.

¹⁸⁹⁹ Vikram Chand, „The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis“, *Intertax*, Volume 46 Issue 1, 2018, 18.

¹⁹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, 19.

¹⁹⁰² Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2003, Коментар члана 1 пар. 9.5.

погодности из уговора о избегавању двоструког опорезивања не би требало да буду доступне онима којима је главна намера при ступању у одређене трансакције или уговорне односе била да осигурају повољнију пореску позицију, и да остваре такав повољнији третман у околностима у којима би то било противно предмету и сврси релевантних одредаба“.

Дакле, видимо да одредба о водећем принципу садржи два елемента.¹⁹⁰³ Први, субјективни елемент се односи на испитивање која је била глвана намера пореског обвезника при ступању у одређене трансакције или аранжмане.¹⁹⁰⁴ Други, објективни елемент се односи на испитивање да ли је примена повољније пореске позиције у супротности са предметом и сврхом релевантних одредаба пореског уговора.¹⁹⁰⁵

Од 2003. године, природа ове одредбе била је нејасна. Наиме, једни су сматрали да је одредба о водећем принципу представљала општи стандард који државе морају да поштују у случају када одбијају да одобре погодности из пореских уговора на основу домаће или уговорне опште антиабузивне норме.¹⁹⁰⁶ Други су сматрали да је поменута одредба заправо представљала уговорну општу аниабузивну меру.¹⁹⁰⁷ Чанд (Chand) наводи да објективни и субјективни елементи чине саставни део многих домаћих судских и законских општих антиабузивних мера, из чега изводи закључак да је због поменутих сличности, одредбу о водећем принципу потребно посматрати као општу уговорну антиабузивну меру.¹⁹⁰⁸ OECD Коментар из 2017. године изједначава ТОЦ са одредбом о водећем принципу наводећи да уколико порески уговор не садржи ТОЦ, погодности из уговора се могу одбити на основу примене одредбе о водећем принципу.¹⁹⁰⁹ Чанд (Chand) даље сматра да је одредбу о водећем принципу у виду уговорне опште антиабузивне мере могуће применити једино за уговоре који су закључени након 2003. године.¹⁹¹⁰ Међутим, дилема о примени водећег принципа постаје све мања из разлога што све већи број држава уговорница уврстава ТОЦ у своје пореске уговоре.¹⁹¹¹

Дакле, одредба о водећем принципу, историјски гледано, поставља темеље за увођење ТОЦ у пореске уговоре. Такође, у коначном извештају BEPS Акције 6, може се приметити да су улагани значајни напори како би се приказало да је нова одредба о ТОЦ, односно да су услови за њену примену идентични карактеристикама одредбе о водећем принципу из 2003. године.¹⁹¹² У наредном делу, видећемо да и ТОЦ има субјективне и објективне елементе који су доста слични елементима одредбе о водећем принципу, па можемо закључити да је поменута одредба послужила као узор за обликовање одредбе о ТОЦ.

¹⁹⁰³ R. Danon (2018), 37.

¹⁹⁰⁴ V. Chand (2018), 20.

¹⁹⁰⁵ L. De Broe, J. Luts, 124.

¹⁹⁰⁶ R. Danon (2018), 37.

¹⁹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁹⁰⁸ V. Chand (2018), 20.

¹⁹⁰⁹ R. Danon (2018), 38.; Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, Коментар члана 1 пар. 61.

¹⁹¹⁰ V. Chand (2018), 20.

¹⁹¹¹ R. Danon (2018), 38.

¹⁹¹² Andres Baez Moreno, „GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principle Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6?“, *Intertax*, Volume 45 Issue 6 & 7, 2017, 435.

2.2. Обим примене одредбе теста основног циља

BEPS Акција 6 у оквиру члана 10 става 7 наводи одредбу о ТОЦ:

„Изузетно од одредаба овог уговора, погодност из овог уговора не одобрава се у односу на део дохотка или имовине, ако се основано може закључити, узимајући у обзир све релевантне чињенице и околности, да је стицање погодности био један од основних разлога било којег аранжмана или трансакције који су непосредно или посредно резултирали том погодношћу, осим ако се установи да би одобравање те погодности у тим околностима било у складу са циљем и сврхом одговарајућих одредаба овог уговора.“

Уколико пажљиво погледамо дефиницију ТОЦ, можемо уочити да се она састоји из три дела. Први део се односи на утврђивање постојања погодности, други део се односи на установљавању субјективног елемента, док се трећи део односи на одређивање објективног елемента.¹⁹¹³ Обим ове одредбе разложићемо у три целине.

2.2.1. Први део дефиниције теста основног циља – утврђивање постојања погодности

Пре свега, поновимо, ТОЦ наводи да се она може применити само за „погодности из овог уговора“, па је тако потребно образложити на шта се поменути израз односи. ТОЦ се може применити само за погодности из пореског уговора чији је поменута одредба део.¹⁹¹⁴ Према томе, ТОЦ се не може применити како би се одбила примена погодности које произлазе из домаћих унилатералних одредаба, из права ЕУ, или из другог пореског уговора.¹⁹¹⁵ Чак шта више, ТОЦ се не може применити ни на друге међународне пореске уговоре које су закључиле исте државе, саговорнице првобитног пореског уговора који садржи поменуту одредбу, без обзира на чињеницу да други међународни порески уговори имају исти материјални обим примене као и првобитни порески уговори.¹⁹¹⁶

Даље, под изразом „погодности из ове конвенције“ потребно је утврдити на које тачно чланове се може применити ТОЦ. Поменути израз се односи на све чланове конвенције који уводе ограничавање пореских права државама уговорницама, па тако OECD Коментар наводи да су то чланови 6 – 23, као и члан 24 који се односи на забрану дискриминације.¹⁹¹⁷ Међутим, остаје нејасно да ли погодности морају да наступе у оквиру опорезивања само једне од државе уговорнице, или у оквиру укупног пореског терета у обе државе саговорнице.¹⁹¹⁸ Данон (Danon) сматра да израз „погодности“ искључиво покрива само редуковано домаће опорезивање, које држава која примењује порески уговор у оквиру дистрибутивних правила мора да прихвати.¹⁹¹⁹ Као пример се могу узети дивденде, камате или ауторске накнаде, где држава извора примењује преференцијалну пореску стопу из пореског уговора.¹⁹²⁰

¹⁹¹³ Vikram Chand (2018), 20.

¹⁹¹⁴ Michael Lang, „BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties“, *WU International Taxation Research Paper Series*, No. 2014 – 09, 2014, 656.

¹⁹¹⁵ L. De Broe, J. Luts, 131.

¹⁹¹⁶ M. Lang, 656.

¹⁹¹⁷ L. De Broe, J. Luts, 131.

¹⁹¹⁸ R. Danon (2018), 42 - 43.

¹⁹¹⁹ *Ibid.*, 43.

¹⁹²⁰ *Ibid.*

Први део дефиниције ТОЦ наглашава да се погодност из овог уговора не одобрава у односу на део дохотка или имовине, доносно поменућа одредба се не примењује на цео уговор, у виду свеукупног дохотка и имовине.¹⁹²¹ Према томе, уколико ентитет прима разне врсте прихода, примениће се ТОЦ за сваку врсту и извор прихода засебно, односно, применом поменуће одредбе, пореске власти могу да одбију примену погодности из пореског уговора само за одређену врсту прихода из одређеног извора, а не на све укупне приходе.¹⁹²²

На овом месту ћемо такође навести и шта се сматра под појмовима трансакције и аранжмана. OECD Коментар из 2017. године се по овом питању изјашњава на следећи начин:¹⁹²³

„Термини аранжман и трансакција, требало би бити тумачени у широком обиму и укључују сваки аранжман, шему, трансакцију или серију трансакција, без обзира да ли су са правне стране гледано извршне. Тачније, укључују стварање, додељивање, набавку или трансфер прихода, имовине или право из којег произлазе приходи. Ови појмови такође обухватају аранжмане који се односе на установљивање, аквизицију или одржавање лица које прима приходе, укључујући квалификацију тог лица као резидента једне од држава уговорница, и укључује кораке које лица могу да предузму како би установили резидентство. Пример аранжмана може бити случај где су предузети одређени кораци како би се осигурало да се састанак управног одбора компаније одржи у другој држави, како би се могло тврдити да је држава променила своје резидентство. Једна самостална трансакција може да створи могућност за погодности, или поменућа трансакција, у споју са серијом других трансакција, може заједнички да створи околност за искоришћавање погодности. У оба случаја, одредба из параграфа 9 се може применити.“

Дакле, као и одредба о водећем принципу, обим примене ТОЦ се проширује на ситуације са проточним компанијама, као и на случајеве са абוזивним реструктурирањем.¹⁹²⁴

2.2.2. Други део дефиниције теста основног циља – субјективни елемент

Поновимо, други део дефиниције гласи:

„ако се основано може закључити, узимајући у обзир све релевантне чињенице и околности, да је стицање погодности био један од основних разлога било којег аранжмана или трансакције који су непосредно или посредно резултирали том погодношћу“.

Поменућа дефиниција се састоји из два концепта.¹⁹²⁵ Први део се односи на тест основаности (енг.: The Reasonableness Test) где се основано може закључити, на основу објективних критеријума, да је стицање погодности био један од основних разлога трансакције или аранжмана.¹⁹²⁶ Други део се односи на израз “један од основних разлога”.¹⁹²⁷

¹⁹²¹ M. Lang, 656.

¹⁹²² R. Danon (2018), 43.

¹⁹²³ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, Коментар члана 29 пар. 177.

¹⁹²⁴ R. Danon (2018), 43.

¹⁹²⁵ Dennis Weber, “The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law”, *Erasmus Law Review*, Volume 10 No. 1, 2017, 49.

¹⁹²⁶ M. L. Gomes, 77.

¹⁹²⁷ D. Weber, 49.

2.2.2.1. Тест основаности (The Reasonableness Test)

Тест основаности нам даје одговоре на питања како се намера доказује, односно да ли објективне околности чине део субјективног елемента, као и у којој мери је потребно да пореска администрација доказује постојање намере. Последње питање се односи на проблем терета доказивања.

Намеру, која стоји иза одређене трансакције или аранжмана, је врло тешко доказати.¹⁹²⁸ Елиф (Elliffe) наводи да аутор Оров (Orow) у својој књизи појашњава да постоје три начина одређивања „сврхе“.¹⁹²⁹ Прва врста се односи на испитивање намере, односно стања ума пореског обвезника, што захтева чисту субјективну анализу.¹⁹³⁰ Друга врста се односи на испитивање објективног стања ума, односно околне чињенице указују на стање ума пореског обвезника.¹⁹³¹ Трећа врста се односи на атрибуте аранжмана.¹⁹³² Последња врста подразумева да се на објективан начин сагледају сви атрибути трансакције, како би се одредила сврха исте.¹⁹³³ Поменута трећа врста откривања сврхе трансакције, део је и анализе субјективног елемента ТОЦ.¹⁹³⁴ Дакле, како би се одредила сврха трансакције, потребно је спровести објективну анализу свих чињеница и околности које окружују трансакцију или аранжман.¹⁹³⁵ У оквиру објективне анализе, у обзир се могу узети разлози, циљеви, резултати, ефекти и последице одређене шеме.¹⁹³⁶ Према томе, тест основаности у оквиру израза „ако се основано може закључити, узимајући у обзир све релевантне чињенице и околности“, указује да је субјективни елемент заправо објективни тест.¹⁹³⁷ Уколико би се применило субјективно испитивање намере пореског обвезника да искористи погодности из пореског уговора, могло би се десити да услед примене ТОЦ, у случају да постоје два лица чије су трансакције идентичне и где једно лице јесте имало намеру да искористи погодности из уговора, а друго није имало такву намеру, првом лицу буде онемогућена примена погодности за разлику од другог лица.¹⁹³⁸ Због наведеног примера, објективна анализа сврхе трансакције на основу околности и чињеница случаја је неопходна, јер уколико су трансакције поменутих лица идентичне, услед објективне анализе, резултат за оба лица би био исти.¹⁹³⁹ Конкретније, услед испитивања намере пореског обвезника спровођењем субјективне анализе, дошло би до правне несигурности, јер би иста лица у идентичним ситуацијама добијала различита решења од пореских власти, односно пресуде од стране судова.

Имајмо у виду да тест основаности, на основу којег се субјективни елемент објективизује, није новост у оквиру општих антиабузивних мера. Наиме, одредбе о општим антиабузивним мерама држава које примењују англосаксонско право, садрже тест основаности.¹⁹⁴⁰ ТОЦ се можда и највише подудара са општом антиабузивном нормом УК.¹⁹⁴¹ Прески закон УК наводи да ће се трансакција сматрати абузивном уколико се аранжмани који се спроводе не могу

¹⁹²⁸ M. Lang, 658.

¹⁹²⁹ Craig Elliffe, “The Meaning of the Principle Purpose Test: One Ring to Bind Them All?”, *World Tax Journal*, Volume 11 Issue 1, 2019, 63.

¹⁹³⁰ *Ibid.*

¹⁹³¹ *Ibid.*

¹⁹³² *Ibid.*

¹⁹³³ *Ibid.*

¹⁹³⁴ *Ibid.*

¹⁹³⁵ V. Chand (2018), 22.

¹⁹³⁶ M. L. Gomes, 78.

¹⁹³⁷ D. Weber, 51.

¹⁹³⁸ C.Elliffe, 65.

¹⁹³⁹ *Ibid.*

¹⁹⁴⁰ D. Weber, 49.

¹⁹⁴¹ C.Elliffe, 64.

основано сматрати разумним курсом деловања у оквиру релевантних пореских одредаба, имајући у виду све чињенице, односно околности случаја.¹⁹⁴² Дакле, према домаћој норми, да би се открила субјективна намера пореског обвезника или сврха аранжмана, потребно је спровести објективну анализу свих чињеница и околности случаја.¹⁹⁴³ Општа антиабузивна домаћа норма Аустралије захтева испитивања листе материја, фактора и чињеница које морају бити узете у обзир приликом утврђивања сврхе трансакције.¹⁹⁴⁴ Сличне домаће норме које садрже тест основаности имају и порески закони Канаде, Индије и Јужноафричке републике.¹⁹⁴⁵ Па тако на пример, општа антиабузивна одредба Јужноафричке Републике наводи да се ова норма примењује у случају да је главни циљ трансакције искоришћавање пореских погодности, где се уз тест основаности, не испитује намера пореског обвезника, већ се објективном анализом открива сврха аранжмана.¹⁹⁴⁶

Међутим, иако се субјективни елемент опште антиабузивне норме спроводи на основу објективне анализе, судови могу бити у искушењу да примене субјективну анализу у виду испитивања намере пореског обвезника односно његовог стања ума, уколико наиђу на директан доказ који потврђује да је постојала намера да се избегне плаћање пореза, односно да се искористе пореске погодности. Овакав пример можемо наћи у пракси Врховног суда Новог Зеланда који је у оквиру случаја *Ben Nevis* применио субјективну анализу.¹⁹⁴⁷ Суд је као доказ изнео писани бизнис план пореског обвезника где је он јасно исказао своју намеру за структурирање аранжмана који је предмет случаја наводећи:¹⁹⁴⁸

„Права корист овог договора лежи у пореским уступцима које можемо сада да добијемо преко инвеститора и фондације. Један од услова који се захтева за добијање пореске олакшице јесте полагање гаранција. Прави исход овог договора у наредних 50 година нема друге материјалне ефекте.“

Видимо да у овом бизнис плану постоје наговештаји да је мотив договора искоришћавање пореских погодности, што је суд узео у обзир, не спроведећи објективну анализу трансакције, већ субјективну анализу стања ума пореског обвезника, односно његове намере.¹⁹⁴⁹ Иако је овај случај везан за примену домаће одредбе о општој антиабузивној норми, може се поставити питање да ли би суд и пореска администрација били у искушењу да примене субјективну анализу субјективног елемента код ТОЦ, уместо објективне анализе узимајући у обзир чињенице и околности случаја, уколико постоји писани документ на којем порески обвезник директно изражава своју намеру да искористи погодности из пореског уговора структурирајући своју трансакцију на одређен начин.

У оквиру теста основаности израз „ако се основано може закључити“ значи да пореска администрација није у обавези да приложи чврст доказ да је сврха трансакције или аранжмана да се искористе погодности из пореског уговора, већ је довољно само да учини основаним да је стицање погодности био један од основних разлога аранжмана или трансакције.¹⁹⁵⁰ Такође, пореске власти не морају да обезбеде све доказе како би оправдали свој закључак да је једна од сврха трансакције и искоришћавање погодности, јер је довољно само да „основано

¹⁹⁴² M. L. Gomes, 79.

¹⁹⁴³ D. Weber, 49.

¹⁹⁴⁴ M. L. Gomes, 78.

¹⁹⁴⁵ D. Weber, 49.

¹⁹⁴⁶ M. L. Gomes, 78.

¹⁹⁴⁷ C. Elliffe, 65.

¹⁹⁴⁸ Supreme court of New Zealand, *Ben Nevis Forestry Ventures Ltd v. Commissioner of Inland revenue*, No. NZSC 115, 2008, пар. 136.

¹⁹⁴⁹ C. Elliffe, 65.

¹⁹⁵⁰ D. Weber, 51.

закључе“.¹⁹⁵¹ Дакле, у оквиру ТОЦ, помиње се израз „основано“ а не „необориво“, што значи да је баланс терета доказивања померен, односно терет је пребачен на пореског обвезника.¹⁹⁵²

2.2.2.2. „Један од основних разлога“

Пре свега, потребно је указати на три обима општих антибузивних мера који се односе на сврху трансакције. Прво, уски обим примене подразумева да општа антибузивна мера садржи израз „главни циљ/сврха“.¹⁹⁵³ Други, средњи обим примене подразумева да поменута мера садржи изразе попут „значајна“, „примарна“, „одлучујућа“ или „основна сврха“.¹⁹⁵⁴ Последња врста се односи на употребу изрази „једна од сврха“, у виду широке примене, што је и одлика ТОЦ.¹⁹⁵⁵

У другом, нешто компликованијем делу субјективног елемента ТОЦ, наводи се да стицање погодности мора бити један од основних разлога аранжмана или трансакције који су непосредно или посредно резултирали том погодношћу. Дакле, могуће је да постоје два или више основних разлога аранжмана или трансакције, где је довољно да макар један од основних разлога буде и искоришћавање погодности из пореских уговора како би се применио ТОЦ.¹⁹⁵⁶ Међутим, требало би имати у виду да чак и легитимна пословања у обзир узимају и минимизацију трошкова у виду плаћања пореза, што значи да ће порески обвезници по природи ствари изабрати опцију где могу да уштеде на плаћању пореза.¹⁹⁵⁷ У зависности од тога колико се рестриктивно ТОЦ примењује, холдинг компаније које се оснивају у одређеним јурисдикцијама због пореских разлога као и због комерцијалних разлога, не би имале право на погодности из пореског уговора, јер уколико би биле основане у другим јурисдикцијама, не би имале право на одређене пореске погодности.¹⁹⁵⁸ Да ли то значи да уколико се холдинг компанија из комерцијалних разлога оснива у држави попут Холандије, која има мрежу пореских уговора где је порез по одбитку нижи него у већини уговора између осталих земаља, може сматрати да је субјективни елемент испуњен јер се основано може закључити, узимајући у обзир све релевантне чињенице и околности, да је стицање погодности био један од основних разлога било којег аранжмана или трансакције који су непосредно или посредно резултирали том погодношћу? Чанд (Chand) сматра да је потребно измерити пореске и комерцијалне разлоге одређене трансакције и уколико су претежно комерцијални разлози имали утицај на структурирање трансакције на одређени начин, не може се рећи да је један од основних разлога био и искоришћавање погодности из пореског уговора.¹⁹⁵⁹ Овакву позицију подржава и OECD у свом Коментару наводећи да у случају када је аранжман повезан са главном комерцијалном активнишћу, и његова форма није вођена пореским разлозима који за резултат дају пореску погодност, мало је вероватно да би се могло сматрати да је основни циљ трансакције искоришћавање погодности.¹⁹⁶⁰ Међутим, уколико поред комерцијалних разлога постоје и порески разлози, а обе врсте разлога се могу сматрати главним односно основним разлозима трансакције или аранжмана, сматраће се да је субјективни елемент испуњен. Остаје нејасно, како у конкретној ситуацији разликовати главни (основни) разлог од додатних разлога, као и главне разлоге између себе.¹⁹⁶¹ Правна сигурност је на овај начин угрожена, јер

¹⁹⁵¹ Oleksandr Koriak, 10.

¹⁹⁵² M. Lang, 658.

¹⁹⁵³ M. L. Gomes, 79.

¹⁹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁹⁵⁶ Oleksandr Koriak, 9.

¹⁹⁵⁷ C. Bergedahl, 23.

¹⁹⁵⁸ A. Silvestri, 486.

¹⁹⁵⁹ V. Chand (2018), 23.

¹⁹⁶⁰ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, Коментар члана 29, пар. 181.

¹⁹⁶¹ M. Lang, 659.

порески обвезник, услед опште дефиниције ТОЦ, не зна шта може да очекује од различитих националних пореских и судских органа, а поводом одређивања да ли је порески разлог један од главних разлога трансакције или аранжмана.

Многи аутори сматрају да је потребно извршити ревизију ТОЦ где би се захтевало да је искоришћавање пореске погодности само основни циљ, а не и један од основних циљева трансакције или аранжмана како је сада дефинисано.¹⁹⁶² Такође и одредба о водећем принципу наводи да је потребно да искоришћавање пореске погодности из пореског уговора буде главни циљ.¹⁹⁶³ Додатно, горе поменуте домаће опште антиабузивне мере користе израз „главни циљ“.¹⁹⁶⁴ Уколико би се применио само израз „основни/главни циљ“, услед постојања комерцијалних као и пореских разлога, национални судски или порески органи би требало да утврде који је поменутих разлога претеже.

ЕУ има другачији став према субјективном елементу опште антиабузивне мере. Пре свега у случају *Halifax*, СПЕУ је утврдио да есенцијални разлог трансакције мора бити искоришћавање пореске погодности, како би се сматрало да постоји злоупотреба пракса.¹⁹⁶⁵ Са друге стране, АТАД Директива¹⁹⁶⁶ у члану 6 наводи да главни циљ или један од главних циљева трансакције мора бити искоришћавање пореске погодности, међутим даље се наводи *safe harbour* провизија према којој је потребно и да аранжман или трансакцију одликује реална економска активност.¹⁹⁶⁷ На основу ове додатне провизије, холдинг компаније које су структуриране према општим стандардима имаће право на пореске погодности.¹⁹⁶⁸ Видимо да општа антиабузивна мера из АТАД Директиве захтева да порески разлози буду главни или један од главних разлога трансакције или аранжмана, али уз примену излазне одредбе о реалној економској активности, што ТОЦ не садржи. Дакле, ЕУ је другачијег гледишта за разлику од ОЕCD који пореским властима омогућава на овај начин да широко примењују ТОЦ. Свакако, са административне стране, пореским властима је лакше установити да је порески разлог један од основних разлога трансакције или аранжмана, него упоређивати више разлога и доносити одлуку о томе који је разлог заиста главни.

2.2.3. Трећи део дефиниције одредбе о тесту основног циља – објективни елемент

Након што се утврди да је испуњен субјективни елемент, порески обвезник мора да докаже да је одобравање погодности у складу са циљем и сврхом релевантне одредбе пореске конвенције.¹⁹⁶⁹ Пре свега, потребно је одговорити на питање да ли је порески обвезник у обавези да докаже да је одобравање погодности из пореског уговора у складу са циљем и сврхом само релевантне одредбе или и са циљем и сврхом пореског уговора као целине.¹⁹⁷⁰ Користећи језичку интерпретацију, могло би се закључити да је једино циљ и сврху релевантне одредбе пореског уговора потребно узимати у обзир,¹⁹⁷¹ С обзиром на то да не постоји

¹⁹⁶² Blazej Kuzniacki, “The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI : Exploring Challenges Arising from its Legal Implementation and Practical Application”, *World Tax Journal*, Vol. 10 No.2, 2018, 257.

¹⁹⁶³ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2003, Коментар члана 1 пар. 9.5.

¹⁹⁶⁴ Вид.: D. Weber, 49. ; M. L. Gomes, 77 – 79.

¹⁹⁶⁵ M. Lang, 659.

¹⁹⁶⁶ Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, OJ L 193, 19.7.2016, чл. 6.

¹⁹⁶⁷ A. Silvestri, 486.

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁹⁶⁹ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, чл. 29, пар. 9.

¹⁹⁷⁰ V. Chand (2018), 24.

¹⁹⁷¹ R. Danon (2018), 45.

изричита изјава да се у обзир узимају и циљ и сврха пореског уговора у целини,¹⁹⁷² Чанд (Chand) сматра да је примена језичког тумачења погрешна.¹⁹⁷³ Поменути аутор даље наводи да уколико за пример узмемо услов члана 10 пореског уговора где је потребно да лице поседује 25% акција своје филијале како би се применила преференцијална стопа пореза по одбитку или било који услов везан за дистрибутивне норме, порески обвезник може увек да тврди да испуњава формалне услове одредбе, конкретно да поседује 25% акција у својој филијали.¹⁹⁷⁴ Дакле, применом језичке уске интерпретације објективног елемента ТОЦ, аранжман пореског обвезника би увек био у складу са циљем и сврхом релевантне одредбе пореског уговора, јер би формални услов увек био испуњен.¹⁹⁷⁵ Кузњацки (Kuzniacki) сматра да је при откривању циља и сврхе релевантне одредбе, у обзир потребно узети и сврху и контекст целог пореског уговора као и његове оперативне сврхе.¹⁹⁷⁶ Чанд (Chand) потврђује ову тезу позивајући се на члан 31 став 1 Бечке конвенције, па тако наводи да се израз „контекст“ односи на текст уговора, преамбулу и анекс.¹⁹⁷⁷ Према томе, контекст пореског уговора се одређује на основу крајњег циља који се састоји у побољшавању међународне трговине између држава уговорница, као и на основу оперативних циљева који су део нове преамбуле.¹⁹⁷⁸ Преамбула из MLI конвенције која је део и OECD Модел конвенције 2017 наводи да је сврха уговора елиминисање двоструког опорезивања као и превенција пореске евазије и избегавања плаћања пореза.¹⁹⁷⁹ Чанд (Chand) такође наводи да се не може сматрати да је превенција пореске евазије циљ и сврха пореског уговора, уколико преамбула не садржи изричиту позитивну изјаву како то чине MLI конвенције и OECD Модел-конвенција из 2017. године.¹⁹⁸⁰ Кузњацки (Kuzniacki) даље сматра да релевантне одредбе пореског уговора имају више сврха, али су све у сагласности са са крајњом и оперативном сврхом пореског уговора.¹⁹⁸¹ Чанд (Chand) сматра да се анализа објективног елемента мора извршити у два нивоа.¹⁹⁸² У првом нивоу, потребно је утврдити да ли је трансакција или аранжман у сагласности са циљем и сврхом релевантне одредбе, а затим, порески обвезник би био дужан да докаже да је трансакција или аранжман у сагласности са циљем и сврхом пореског уговора.¹⁹⁸³ Напоменимо да OECD Модел-конвенција и Коментар не наводе конкретније шта се сматра по изразом „циљ и сврха релевантне одредбе“, већ се пружа неколико примера који би пореским властима помогле у бољем схватању ТОЦ. Описаћемо укратко два примера.

Пример Е у оквиру Коментара члана 29 OECD Модел-конвенције наводи када се сматра да је трансакција или аранжман у складу са циљем и сврхом релевантног члана.¹⁹⁸⁴ РЦО је компаније резидент државе Р, која у последњих пет година има 24% акција у својој филијали компанији СЦО, резидент државе С. Након што је ступио на снагу порески уговор између државе Р и С, који је предвиђао да се преференцијални порески режим пореза по одбитку за дивиденде може користити само ако матична фирма поседује 25% или више акција у својој филијали, компанија РЦО прибавља још 1% филијале СЦО. Чињенице указују да је сврха таквог аранжмана била да се искористе погодности из уговора, односно субјективни елемент је задовољен. У оваквој ситуацији, иако је један од главних циљева био да се искористе

¹⁹⁷² R. Kok, 409.

¹⁹⁷³ V. Chand (2018), 24.

¹⁹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁹⁷⁶ B. Kuzniacki (2018), 262.

¹⁹⁷⁷ V. Chand (2018), 24.

¹⁹⁷⁸ B. Kuzniacki (2018), 263.

¹⁹⁷⁹ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, наслов Конвенције и преамбула.

¹⁹⁸⁰ V. Chand (2018), 25.

¹⁹⁸¹ B. Kuzniacki (2018), 266.

¹⁹⁸² V. Chand (2018), 26.

¹⁹⁸³ *Ibid.*

¹⁹⁸⁴ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, Коментар члана 29, пар.182, пример Е.

погодности из пореског уговора, објективни елемент није испуњен, с обзиром на то да је РЦО компанија заиста повећала своје учешће у филијали, односно повећање није било артифицијално.

Пример Ј у оквиру Коментара члана 29 ОЕСД Модел-конвенције наводи када се смтра да трансакција или аранжман није у складу са циљем и сврхом релевантног члана.¹⁹⁸⁵ РЦО је компанија резидент државе Р, која је победила на тендеру за изградњу струјног постројења за државу СЦО, резидента државе С. Пројекат је требало да траје 22 месеца, међутим приликом преговора, компаније су се договориле да закључе два засебна уговора, према којима је сваки подразумевао временски оквир од 11 месеци. Први уговор је закључен са компанијом РЦО, док је други уговор закључен са компанијом СУБЦО, која је у потпуном власништву фирме РЦО и која је такође резидент државе Р. У оквиру оба комерцијална уговора, компанија РЦО је имала заједничку и солидарну одговорност за извођење радова, иако није потписница комерцијалног уговора коју је њена филијала потписала са наручиоцем радова. На основу чињеница и околности случаја, може се основано закључити да је један од основних разлога био искоришћавање погодности из пореског уговора, како компанија РЦО према члану 5 пореског уговора не би имала сталну пословну јединицу у држави С. Даље, одобравање овакве погодности би било у супротности са циљем и сврхом члана 5 става 3 пореског уговора између држава Р и С, с обзиром на то да временско ограничавање у оквиру поменутог члана и става не би имало никаквог смисла.

Према Чанду (Chand), порески обвезник би требало да изврши двоструку анализу.¹⁹⁸⁶ У примеру Е, пре свега треба приказати да поменути члан и ства пореског уговора захтева власништво у висини од 25%, што је порески обвезник и испунио. Затим потребно је показати да су испуњени сви циљеви и сврхе пореског уговора. конкретније, порески обвезник се повиновао главној сврси пореских уговора да се унапређује међународна трговина, и његова трансакција није представљала пореску евазију или шему за избегавање плаћања пореза, већ је повећање од 1% било реално а не вештачко. У примеру Ј, порески обвезник би могао лако да докаже да је његова трансакција у складу са формалним условом члана 5 става 3, али не би могао лако да докаже да трансакција није била артифицијелна односно да је била реална. Не смемо заборавити да Коментар није правно обавезујуће средство, и да примери служе само да олакшају разумевање ТОЦ, али пореске власти нису у обавези да примењују поменуту одредбу према описаним примерима. Па тако, захтев да трансакција или аранжман буду реални односно да нису артифицијелни, у смислу да се захтева суштина или пословна сврха, пореска администрација или суд нису обавезни да испоштују у потпуности. Поменути захтев је требало навести у оквиру текста ТОЦ, као што је наведено у оквиру одредбе о општој антибузивној мери у АТАД Директиви.¹⁹⁸⁷

Како смо пре напоменули, терет доказивања је померен, што се очигледно види у оквиру примене објективног елемента. Пре свега, у оквиру судског поступка, пореска администрација је у обавези да предочи доказе на основу којих се може основано закључити да је један од основних циљева трансакције или аранжмана било искоришћавање погодности из пореског уговора.¹⁹⁸⁸ Пореском обвезнику се након тога пружа могућност да оспори наводе пореске управе тако што ће доказати да сврха трансакције не лежи у пореским разлозима.¹⁹⁸⁹ Суд даље одлучује да ли је субјективни елемент ТОЦ задовољен и уколико јесте, пореском обвезнику се пружа могућност да докаже да ли су његови поступци у складу са објективним елементом или

¹⁹⁸⁵ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, Коментар члана 29, пар.182, пример Ј.

¹⁹⁸⁶ V. Chand (2018), 26.

¹⁹⁸⁷ Council Directive (EU) 2016/1164, чл. 6.

¹⁹⁸⁸ V. Chand (2018), 21.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*

нису.¹⁹⁹⁰ На крају, суд одлучује о томе да ли је задовољен објективни елемент, и уколико јесте, примениће се ТОЦ.¹⁹⁹¹ Уколико погледамо дефиницију поменуте одредбе, примећујемо да се у оквиру субјективног елемента, чије постојање доказује пореска власт, користи израз „ако се основано може закључити“, док се у оквиру објективног елемента, чије постојање доказује порески обвезник, користи израз „осим ако се установи“.¹⁹⁹² Дакле, пореске власти не морају да докажу да је један од основних циљева трансакције или аранжмана искоришћавање пореских погодности, већ само да предоче доказе на основу којих се може основано закључити да постоји поменути циљ и да је он један од основних циљева трансакције. Са друге стране, порески обвезник је у обавези да пружи чврсте доказе на основу којих се може са сигурношћу установити да је трансакција спроведена у складу са циљем и сврхом релевантне пореске одредбе (и пореског уговора). Терет доказивања је на овај начин пребачен на пореског обвезника. Напоменимо да домаће опште антиабузивне мере које у себи садрже субјективни и објективни елемент попут одредбе о ТОЦ, уобичајно терет доказивања не пребацују на пореског обвезника. Као пример, због доступности података, можемо узети судску праксу у Канади где се захтева да пореске власти приликом примене домаће опште антиабузивне норме, која садржи оба поменута елемента, утврде да погодност коју је порески обвезник стекао преко трансакције није у складу са циљем и сврхом релевантне одредбе.¹⁹⁹³

3. Одредба о тесту основног циља и концепт стварног власника прихода

Након што смо утврдили карактеристике ТОЦ, потребно је указати на разлику поменуте норме и концепта стварног власника прихода из пореских уговора. Након тога потребно је утврдити каква је интеракција поменутих норми.

3.1. Разлике одредбе о тесту основног циља и концепта стварног власника прихода

У оквиру овог дела навешћемо три главне разлике између ТОЦ и концепта стварног власника прихода. Прва разлика се односи на правну природу поменутих одредаба, друга се односи на терет доказивања, док се трећа разлика односи на последицу примене ових одредаба као антиабузивних мера.

3.1.1. Правна природа концепта стварног власника у односу на тест основног циља

У оквиру овог дела потребно је да утврдимо да ли је концепт стварног власника специјална или општа антиабузивна мера у поређењу са ТОЦ, који има карактеристике опште антиабузивне норме. Закључили смо, подсетимо се, из више разлога зашто сматрамо да је концепт стварног власника антиабузивна мера, међутим уколико се поставља проблем интеракције две норме, потребно је разграничити њихову правну природу.

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹⁹² Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, чл. 29, пар. 9.

¹⁹⁹³ R. Danon (2020), 254 – 255.

Генерално, опште антиабузивне мере се разликују од специјалних у свом обиму, односно, опште мере не спречавају тачно одређене трансакције или аранжмане како је то случај код специјалних антиабузивних мера, већ служе да спрече све облике злоупотребе.¹⁹⁹⁴ Опште антиабузивне мере често у себи садрже испитивање субјективног елемента у виду сврхе трансакције. Узмимо за пример Француску чија општа законска антиабузивна мера спречава примену симулованих трансакција чији је једини циљ искоришћавање пореских погодности.¹⁹⁹⁵ Водећи коментатор немачке законске антиабузивне мере наводи да се симуловани правни посао неће узимати у обзир уколико је сврха такве економске трансакције смањење пореског оптерећења.¹⁹⁹⁶ Дакле, немачки закон захтева да постоји субјективни елемент, чије се постојање одређује на основу објективних, а не субјективних фактора.¹⁹⁹⁷

Пре свега, потребно је рећи да концепт стварног власника, у оквиру дефиниције из OECD Коментара не садржи и субјективни елемент, односно не испитује се намера, односно сврха трансакције или аранжмана. Подсетимо се, на пример, швајцарски судови концепт стварног власника тумаче у оквиру прилаза „суштина изнад форме“ где јасно одвајају примену концепта стварног власника од општег принципа забране злоупотребе који у себи садржи и субјективни елемент.¹⁹⁹⁸ Изузетно, швајцарски судови испитују и субјективни елемент, али само у случајевима када је потребно утврдити постојање одсуства стварног власништва.¹⁹⁹⁹

Са друге стране, Француски суд је у познатом случају *The Bank of Scotland* у оквиру концепта стварног власника анализирао и субјективни елемент. Врховни суд је у оквиру економске интерпретације концепту стварног власника приписао и субјективни елемент. У образложењу пресуде наведено је да лице није стварни власник прихода уколико је једини циљ трансакције био да се искористе повољне одредбе пореског уговора.²⁰⁰⁰ Суд је уношењем субјективног елемента у концепт стварног власника, довео да врло вероватног преклапања са субјективним елементом ТОЦ. Међутим, у моменту доношења ове пресуде, ТОЦ није био шире познат у пореским уговорима. Не смемо заборавити да је Врховни суд Француске применио и субјективни елемент, јер је инкорпорирао појам забране злоупотребе права у концепт стварног власника из пореских уговора.²⁰⁰¹ Принцип забране злоупотребе права није примењен независно од концепта стварног власништва, већ је овај домаћи принцип, преко концепта стварног власника, као део пореског уговора, примењен директно у случају који се односи на примену одређене одредбе пореског уговора.²⁰⁰² Између субјективног елемента ТОЦ и концепта стварног власника може постојати двојака разлика. Прво, национални судови могу да примене субјективни елемент у оквиру економске интерпретације концепта стварног власника у ужем обиму него што то чини одредба о ТОЦ, наводећи да је „главни/једини циљ трансакције“ да се искористе повољне одредбе пореског уговора, како иначе стоји у пресуди Врховног суда Француске. На пример, уколико је један од основних циљева трансакције искоришћавање погодности из уговора, биће испуњен субјективни елемент ТОЦ, међутим, у оквиру анализе концепта стварног власника, поменути циљ није главни односно једини циљ трансакције, што би довело до ситуације да за исте околности буду примењене две мере са супротним резултатом, па би се поставило питање која одредба има већи значај, односно, коју норму би пореске власти требало да узму у обзир. Друго, суд би приликом примене субјективног елемента концепта стварног власника могао да испитује како намеру пореског

¹⁹⁹⁴ V. Armelin, 509.

¹⁹⁹⁵ Victor Thuronyi, *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, Hague, 2003, 188.

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*, 91.

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*, 92.

¹⁹⁹⁸ R. Danon (2018), 33.

¹⁹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰⁰ D. Gutmann, 169.

²⁰⁰¹ R. Danon (2020a), 642.

²⁰⁰² A. Meindl-Ringler, 235 - 236.

обвезника, тако и сврху трансакције, јер би услед широке економске интерпретације поменутог концепта, судовима руке по решавању претходног поменутог питања биле одрешене. Подсетимо се, ТОЦ јасно указује на испитивање сврхе трансакције. Из наведених разлога сматрамо да није потребно испитивати и субјективни елемент у оквиру концепта стварног власништва, посебно након MLI конвенције где пуно пореских уговора сада садржи ТОЦ. Такође, поновимо, OECD Коментар не захтева испитивање намере или сврхе трансакције односно аранжмана у оквиру примене концепта стварног власника прихода.

С обзиром на то да је концепт стварног власника мера која подразумева испитивање само објективног елемента постојања зависности између примљеног прихода и обавезе прослеђивања и по правилу не садржи субјективни елемент, можемо закључити да поменути концепт има карактер специјалне антиабузивне норме у односу на ТОЦ. Такође, Морено (Moreno) сматра да је концепт стварног власника специјална норма јер се односи само на чланове 10 – 12 пореског уговора, док се ТОЦ односи на све чланове пореских уговора из којих произлазе погодности.²⁰⁰³ Такође, овај аутор даље наводи да се концепт стварног власника односи само на злоупотребу пореских уговора са проточним компанијама, док ТОЦ поред поменуте злоупотребе, обухвата и све остале врсте злоупотреба, пре свега и аранжмане са пробирањем чланова (правила).²⁰⁰⁴ Према томе, у даљем наставку, у оквиру проблема интеракције концепта стварног власника и ТОЦ, потребно је утврдити однос специјалне и опште антиабузивне норме, конкретније, потребно је дати одговор на питање да ли се ове мере међусобно искључују, с обзиром на то да служе сузбијању истих врста аранжмана са пробирањем уговора.

3.1.2. Разлика у терету доказивања

Поновимо, код ТОЦ, терет доказивања је у великој мери пребачен на пореског обвезника који мора да пружи доказе на основу којих се може установити да је искоришћавање погодности из пореског уговора у складу са циљем и сврхом релевантне одредбе уговора. Са друге стране, пореске власти морају само да докажу да постоји основана сумња, односно да се основано може закључити, да је један од основних циљева и искоришћавање погодности из уговора.

Што се тиче концепта стварног власника, пореске власти су у обавези да прикупе све доказе како би се доказало да директни прималац није стварни власник прихода. Конкретније, OECD Коментар не наводи на коме је терет доказивања, али устаљена је судска пракса да овакав терет сноси пореска управа, док се пореском обвезнику дозвољава да изнесе чињенице које иду у његову корист, односно које показују да он јесте стварни власник прихода. У свим до сада познатијим судским случајевима које смо наводили и описали, пореске власти су предочавале доказе зашто сматрају да директни прималац прихода није стварни власник истог, док се пореском обвезнику пружала могућност да докаже супротно. Међутим, Русија, која примењује домаћу одредбу о стварном власнику позивајући се на члан 3 став 2 пореског уговора, захтева од исплатиоца прихода, резидента Русије, да идентификује стварног власника прихода приликом исплате прихода, уколико прималац није резидент Русије. Тачније, Министарство финансија Русије је објавило посебан документ према којем је исплатилац са извора из Русије, као порески платалац, дужан да тражи доказ од примаоца прихода да има моћ располагања над приходима, да покаже да ли има неку обавезу према којој је дужан да проследи приход, као и да ли прималац у држави свог резидентства заиста врши пословне активности.²⁰⁰⁵ Уколико

²⁰⁰³ A. B. Moreno (2021), 780.

²⁰⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁰⁵ A. Meindl-Ringler, 284.

исплатилац прихода не добије одговоре на постављена питања од примаоца прихода, или се покаже да је прималац прихода проточна компанија, исплатилац прихода је дужан да примени домаћу стопу пореза по одбитку, а не преференцијалну стопу из пореског уговора.²⁰⁰⁶ Видимо да је Русија терет доказивања пребацила на пореског обвезника, директног примаоца прихода, јер у управном поступку, довољно је да пореске власти констатују да порески обвезник није пружио уверљиве доказе да је он стварни власник прихода. Међутим, у већини познатих случајева, националне пореске власти, пре него што одбију примену погодности из пореског уговора, морају да пруже уверљиве доказе да директни прималац није стварни власник прихода.

Сматрамо да је услед унапређивања система размене пореских информација између држава, националним пореским властима лакше да прибаве доказе о лицу, резиденту друге државе, односно терет доказивања би требало да сноси пореска администрација. Међутим, имајмо у виду да је Русија терет доказивања пребацила на пореског обвезника из разлога што су у процесу „офшоризације“ донете многе антиабузивне мере, па је вероватно било процењено да би пореска управа Русије била преоптерећена уколико би она сносила терет доказивања стварног власништва над приходима. Могло би се рећи да је OECD Коментар требало конкретније да наведе на коме је терет доказивања, као што је случај са ТОЦ, међутим, немају све пореске администрације исте капацитете, па сматрамо да је најбоље решење да државе саме одлучују на коме ће бити терет доказивања. Напоменимо да различито поступање доводи до правне несигурности, али како смо већ напоменули, донекле је устаљена пракса да пореске власти морају да докажу да лице није стварни власник прихода, пре него што одбију примену погодности из пореског уговора на основу наведеног концепта.

3.1.3. Разлика у последици примене теста основног циља и концепта стварног власника прихода

Примена концепта стварног власника има јасну последицу. Уколико се сматра да директни прималац није стварни власник прихода, ограничење опорезивања из чланова 10, 11 и 12, не би било доступно. Последица која произлази из неодобравања примене преференцијалне пореске стопе, заснива се на примени домаће стопе пореза по одбитку, с обзиром на то да порески уговори као услов примене ограничене стопе пореза по одбитку захтевају и да прималац прихода буде стварни власник истог. Концепт стварног власника примењује држава извора, не и држава резидентства, и уколико се примени домаћа стопа, држава резидентства је дужна да примени мере за отклањање двоструког опорезивања.

Што се тиче ТОЦ, наводи се само да погодности из пореског уговора неће бити одобрене, али се не наводи конкретна последица, односно, поставља се питање да ли се у том случају примењује нека друга одредба уговора или не.²⁰⁰⁷ Уколико општа антиабузивна мера не садржи конкретну последицу, сматра се да има ограничени ефекат.²⁰⁰⁸ Обим израза „користи неће бити одобрене“ је нејасан, а OECD Коментар не пружа даље објашњење.²⁰⁰⁹

Поставља се питање: уколико се злоупотреба уговора своди на рекарактеризацију предмета опорезивања, односно уколико се дивиденде конвертују у капиталне добитке, где су повољнији услови, да ли ће порески обвезник, након одбијања примене погодности везаних за капиталне добитке моћи да користи погодности везане за дивиденде, које би иначе користио

²⁰⁰⁶ N. Milogolov, E. Zakharenkova, 3.

²⁰⁰⁷ M. Lang, 661.

²⁰⁰⁸ A. B. Moreno (2017), 441.

²⁰⁰⁹ C. P. Taboada, 606.

да није структурирао трансакцију на начин да искористи погодности из члана 13 пореског уговора?²⁰¹⁰ Дакле, ово питање је везано за аранжмане са пробирањем чланова пореског уговора. С обзиром на то да Модел-конвенција и Коментар ОЕСД 2017 не пружају конкретан одговор, услед примене ТОЦ са лимитираним ефектом, пореском обвезнику била би онемогућена примена погодности везана за члан пореског уговора који се односи на абוזивну трансакцију, као и за члан на који би иначе имао право да се позове у нормалним, односно неабузивним околностима.²⁰¹¹

ОЕСД Модел-конвенција и Коментар такође не наводе која држава уговорница примењује ТОЦ, односно да ли је то држава извора или резидентства.²⁰¹² Држава резидентства ће свакако омогућити порески кредит према пореском уговору уколико сматра да је ТОЦ правилно примењен.²⁰¹³ Међутим, уколико држава резидентства сматра да није правилно примењена поменута одредба, може се десити да управо примена пореског уговора, преко ТОЦ, доведе до двоструког опорезивања.²⁰¹⁴ Морено (Moreno) сматра да је врло вероватно да држава резидентства не би применила члан 23 пореског уговора ако се не слаже са одлуком државе извора, заступајући став да она (држава резидентства) такође има право на примену ТОЦ.²⁰¹⁵ Поменути аутор даље наводи да држава резидентства може услед неслагања око примене ТОЦ, да одбије примену домаће одредбе о пореском кредиту за међународне интер-компанијске дивиденде.²⁰¹⁶ Такође, држава резидентства би могла да одбије примену ове домаће одредбе о директном пореском кредиту и услед примене домаће опште антиабузивне мере.²⁰¹⁷ Једини начин да не дође до двоструког опорезивања јесте примена члана 25 ОЕСД Модел-конвенције,²⁰¹⁸ који не мора да доведе до позитивног договора између држава уговорница, што би и даље имало за последицу двоструко опорезивање услед примене ТОЦ.²⁰¹⁹

Имајући у виду све напред наведено, Морено (Moreno) наводи да одређени број академика сматра да ТОЦ има ефекат казне, с обзиром на то да порески обвезници који структурирају трансакцију или аранжман тако да искористе погодности из пореских уговора, применом поменуте одредбе, стављају се у лошији порески третман.²⁰²⁰ Аутор сматра да општа антиабузивна мера која има ограничене ефекте није у складу са правом ЕУ, а као пример узима познати *Halifax* случај где се у образложењу пресуде наводи да уколико се покаже постојање абузивне праксе, опорезивање се трансакција која би постојала услед изузимања поменуте праксе.²⁰²¹

Што се тиче аранжмана са пробирањем уговора, поставља се питање да ли крајњи власник прихода може применити порески уговор који његова држава резидентства има са било којом државом извора прихода?²⁰²² Како бисмо боље схватили ово питање, погледајмо следећи пример који Морено (Moreno) описује.²⁰²³ Крајњи порески обвезник, резидент државе Р,

²⁰¹⁰ L. De Broe, J. Luts, 133.

²⁰¹¹ Andres Baez Moreno, „How Do the Old and The New Live Together? The Principal Purpose Test and Other Anti-avoidance Instruments in Tax Treaties“, *Intertax*, Volume 49 Issue 10, 2021, 773.

²⁰¹² M. Lang, 662.

²⁰¹³ C. P. Taboada, 606.

²⁰¹⁴ *Ibid.*

²⁰¹⁵ A. B. Moreno (2017), 443.

²⁰¹⁶ *Ibid.*

²⁰¹⁷ *Ibid.*

²⁰¹⁸ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, чл. 25.

²⁰¹⁹ C. P. Taboada, 606.

²⁰²⁰ A. B. Moreno (2017), 444.

²⁰²¹ *Ibid.*

²⁰²² L. De Broe, J. Luts, 133 - 134.

²⁰²³ A. B. Moreno (2021), 774.

поседује акције своје филијале, резидента државе Т. Порески уговор између поменутих држава подразумева преференцијалу пореску стопу по одбитку од 15%. Крајњи власник, пребацује акције своје филијале другој филијали, резиденту државе И, где порески уговор између државе Т и И захтева ограничени порез по одбитку у висини од 10% за дивиденде. Филијала Т плаћа филијали И дивиденде која иста прослеђује крајњем пореском обвезнику. Применом ТОЦ, биће онемогућена примена пореске стопе у висини од 10% према пореском уговору између држава Т и И, међутим, поставља се питање да ли је могуће искористити погодности од 15% из пореског уговора између држава Р и Т? ТОЦ не наводи изричито да је погодност између државе извора (држава Т) и државе резидентства крајњег пореског обвезника (држава Р) онемогућена, међутим, постоји више аргумената који не иду у прилог таквој констатацији.²⁰²⁴ Поменути аутор наводи да је нелогично да се одобри погодност од 15% из уговора Р-Т, док се код арнжмана са пробирањем чланова уговора не дозвољава примена друге одредбе из истог уговора, а обе врсте аранжмана доводе до злоупотребе пореских уговора и губитка пореских прихода.²⁰²⁵ Дакле, код аранжмана са пробирањем уговора, као и чланова уговора, није конкретно дефинисано да ли услед неодобравања примене одређене одредбе пореског уговора коришћењем ТОЦ, последица може бити и примена другог пореског уговора или члана истог уговора који би се иначе применили да трансакција није структурирана на абוזиван начин са циљем искоришћавања пореске погодности из пореских уговора.

Са друге стране, код концепта стварног власника, ситуација поводом примене пореског уговора између стварног власника и првобитне државе извора је разјашњена. Наиме, 1995. године је у оквиру Коментара разјашњено да уколико су стварни власник и директни прималац резиденти исте државе, пореске погодности ће бити омогућене.²⁰²⁶ Међутим, тада није било могуће применити порески уговор између земље извора и стварног власника ако су директни прималац и стварни власник резиденти различитих држава.²⁰²⁷ Разлог је био израз „такве дивиденде“ из члана 10 става 2 OECD Модел-конвенције, који је указивао на тачно одређене дивиденде које су исплаћене искључиво резиденту државе сауговорнице.²⁰²⁸ Ревидирани предлог који се односио на објашњење стварног власника прихода, довео је до измене става 2 члана 10 Модел-конвенције где је реч „такве“ избрисана, и даље нејасноће су уклоњене.²⁰²⁹ Према томе, стварни власник може да користи порески уговор државе свог резидентства са првобитном државом извора прихода, иако је директни прималац резидент друге државе.²⁰³⁰ Француски суд је у случају *The Planet case* 20. маја 2022. године донео пресуду где је примењен порески уговор између Француске и земље резидентства стварног власника прихода, уместо пореског уговора са земљом резидентства директног примаоца прихода.²⁰³¹

²⁰²⁴ *Ibid.*

²⁰²⁵ *Ibid.*

²⁰²⁶ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2014, Коментар члана 10, ст. 12.7.

²⁰²⁷ A. Meindl-Ringler, 33

²⁰²⁸ *Ibid.*

²⁰²⁹ Revised Proposals concerning the meaning of beneficial owner in articles 10, 11, 12 of the OECD Model Tax Convention, Revised public discussion draft, OECD, 2012, par. 30.

²⁰³⁰ Benjamin Malek, “Beneficial Ownership and Income Receipt Under Double Taxation Conventions: Considerations following the Planet Case”, *Archives de droit fiscal suisse/Archiv für Schweizerisches Abgaberecht*, Volume 91 Issue 4 2022/2023, 191.

²⁰³¹ *Ibid.*, 161. У питању је случај: Conseil d’État (France), 20 May 2022, no. 444451, Société Planet. Енглески превод: The Planet Case.

3.2. Интеракција одредбе о тесту основног циља и концепта стварног власника прихода

Пре свега, потребно је рећи да преклапање постоји, јер ТОЦ, као и концепт стварног власника служе сузбијању истих аранжмана са пробирањем уговора. Овакву врсту преклапања видимо и у оквиру примера А, Б и Е који описују аранжмане са пробирањем уговора за које OECD верује да могу бити спречени применом ТОЦ.²⁰³² Погледајмо пример А става 182 Коментара члана 29 OECD Модел-конвенције 2017.²⁰³³ ТЦО, резидент државе Т, поседује акције компаније СЦО, резидента државе С. С обзиром на то да између поменутих држава не постоји уговор о избегавању двоструког опорезивања, применила би се домаћа стопа пореза по одбитку за дивиденде у висини од 25%. Како би избегли плаћање високе стопе пореза по одбитку, компанија ТЦО улази у аранжман са независном финансијском институцијом, резидентом државе Р, којој ТЦО приписује право да прими још увек неисплаћену дивиденду, у оквиру одлуке коју је скупштина акционара претходно усвојила. Између држава Р и С, постоји порески уговор који предвиђа нулту стопу пореза по одбитку уколико је прималац дивиденде стварни власник исте. Према Коментару, анализирајући све чињенице и околности случаја може се основано закључити да је један од основних циљева трансакције био искоришћавање погодности из пореског уговора Р – С, а такође, одобравање такве погодности у оквиру оваквог аранжмана са пробирањем уговора, било би у супротности са циљем и сврхом релевантне одредбе. У оквиру овог примера видимо да Коментар наводи типичан аранжман са пробирањем уговора који би могао да буде спречен применом концепта о стварном власнику прихода, међутим, Коментар овакве примере подводи под примену ТОЦ.²⁰³⁴ Уколико погледамо пример Б²⁰³⁵, видећемо да ситуација подсећа на околности случаја *The Bank of Scotland* где је примењен концепт стварног власника у најширем обиму.²⁰³⁶ Дакле, у оквиру интеракције ТОЦ и концепта постоје два проблема. Прво, OECD Коментар наводи примере „treaty shopping“ аранжмана у оквиру примене ТОЦ, иако исте ситуације из тих примера могу да буду сузбијене применом концепта стварног власника. Друго, OECD Коментар није дефинисао разграничавање поменутих мера које могу да сузбијају исте „treaty shopping“ аранжмане, док се у неким примерима чак наводи да је потребно испунити концепт стварног власника како би се искористиле одредбе одређеног уговора. Намеће се питање права првенства примене у оквиру ситуација које потпадају под обим примене обе поменуте антиабузивне мере.

Армелин (Armelin) сматра да поменути примери у оквиру члана 29 Коментара, указују да је потребно идентификовати прво злоупотребу уговора, па ако су субјективни и објективни елементи ТОЦ испуњени, нема потребе да се примени концепт стварног власника.²⁰³⁷ Супротно, уколико поменути елементи нису испуњени и утврди се да не постоји злоупотреба, концепт стварног власника се може применити.²⁰³⁸ Исти став заступа и Чанд (Chand), наводећи да уколико постоје трансакције или аранжмани са посредничким компанијама, потребно је применити ТОЦ, с обзиром на то да Коментар такве примере изричито наводи у оквиру

²⁰³² Vikram Chand, „The Interaction of the Principle Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules“, *Intertax*, Volume 46 Issue 2 2018a, 119.

²⁰³³ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, Коментар члана 29, ст. 182 пр. А.

²⁰³⁴ R. Danon (2020a), 658.

²⁰³⁵ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, Коментар члана 29, ст. 182 пр. А.

²⁰³⁶ V. Chand (2018), 27.

²⁰³⁷ V. Armelin, 513 – 514.

²⁰³⁸ *Ibid.*

примене поменуте одредбе.²⁰³⁹ Не слажемо се са овом констатацијом из разлога што Коментар јасно наводи да је потребно испунити услов стварног власништва из уговора чије се погодности искоришћавају. Међутим, овакви закључци су веома општи, стога, настојаћемо да из делова одговоримо на питање права првенства у примени код истоврсних ситуација са пробирањем пореских уговора.

Пре свега, уколико постоји конфликт између две норме, може се применити правило *lex posterior derogat legi priori* према којем каснија норма, у овом случају ТОЦ, замењује старију норму, конкретније, одредбу о стварном власнику прихода.²⁰⁴⁰ Овакав став се тешко може бранити имајући у виду да OECD Коментар из 2017. године, у оквиру коментара члана 10 у ставу 12.5 и члана 29 у ставу 175, и даље доводи у везу концепт стварног власника и ТОЦ.²⁰⁴¹ Такође, уколико би се поменути принцип прихватио, у оквиру нових билатералних преговора после потписивања MLI конвенције, државе би концепт стварног власника у потпуности напустиле, односно исти не би био део пореских уговора, што овде није случај.²⁰⁴²

С обзиром на то да принцип *lex posterior derogat legi priori* није задовољавајући у овом случају, потребно је сагледати интеракцију општих и специјалних антиабузивних мера поводом истоврсних ситуација које потпадају под примену поменутих мера. Потребно је истаћи да специјална антиабузивна мера покрива тачно одређене ситуације, док са друге стране општа антиабузивна мера покрива шири спектар ситуација, укључујући и ону која потпада под обим специјалне антиабузивне норме.²⁰⁴³ У оквиру принципа *lex specialis derogat legi generali* специјална норма има право првенства над општом нормом, односно за ситуацију коју покрива специјална антиабузивна норма, не може бити примењена општа антиабузивна норма.²⁰⁴⁴ Конкретније, општа антиабузивна норма у овом случају има супсидијаран карактер.²⁰⁴⁵ Уколико би се за исту фактичку ситуацију применила специјална а затим и општа антиабузивна норма, специјална антиабузивна норма не би имала никакву сврху и не би имала никакав значај.²⁰⁴⁶ Међутим, пре примене поменутог принципа, потребно је осврнути се на две ствари. Прво, поставља се питање да ли је концепт стварног власника општа или специјална норма у односу на ТОЦ. Претходно смо упоредили карактеристике општих и специјалних антиабузивних правила, где смо утврдили да концепт стварног власника јесте специјална антиабузивна норма у односу на ТОЦ.²⁰⁴⁷

Као резултат принципа *lex specialis derogat legi generali*, ТОЦ би могао да се примени само за оне случајеве који нису обухваћени одредбом стварног власника као специјалне антиабузивне мере.²⁰⁴⁸ С обзиром на то да се у свету више примењује економска интерпретација концепта стварног власника, аутори попут Морена (Moreno) сматрају да се поменути концепт према свом обиму фактички изједначава са општом антиабузивном мером.²⁰⁴⁹ Мишљења смо да уколико се примењује формално-правна интерпретација концепта стварног власника, која је конкретнија и јаснија, може се применити максима *lex specialis derogat legi generali*, према којој би првенство примене имао поменути концепт, искључујући примену ТОЦ, као општу

²⁰³⁹ V. Chand (2018a), 119.

²⁰⁴⁰ A. B. Moreno (2021), 779.

²⁰⁴¹ *Ibid.*

²⁰⁴² *Ibid.*

²⁰⁴³ V. Armelin, 509.

²⁰⁴⁴ L. De Broe, J. Luts, 133.

²⁰⁴⁵ R. Danon (2018), 38.

²⁰⁴⁶ *Ibid.*, 39.

²⁰⁴⁷ Више о правној природи концепта стварног власника прихода у односу на тест основаног циља вид. стр. 270 - 272.

²⁰⁴⁸ L. De Broe, J. Luts, 133.

²⁰⁴⁹ A. B. Moreno (2021), 775.

антиабузивну меру за случајеве који су већ обухваћени одредбом о стварном власништву. Подсетимо се, анализом новијих дешавања у свету пореза, објаснили смо зашто сматрамо да је концепт стварног власника потребно тумачити рестриктивније. Сада, уколико тврдимо да концепт стварног власника јесте специјална антиабузивна мера у односу на ТОЦ, наилазимо на други проблем. Табоада (Taboda) сумња да однос између опште и специјалне антиабузивне норме може да се пореди са односом између опште и специјалне норме на коју упућује максима *lex specialis derogat legi generali*.²⁰⁵⁰ Аутор наводи да је општа антиабузивна норма „општа“ само у том смислу што спречава све врсте злоупотреба, док је специјална антиабузивна мера намењена спречавању посебних и тачно одређених трансакција чији је циљ избегавање плаћање пореза.²⁰⁵¹ Специјална антиабузивна мера није специјални случај опште антиабузивне мере, односно хипотеза поменуте опште мере не укључује и хипотезу специјалне антиабузивне мере.²⁰⁵² Конкретније, опште и специјалне антиабузивне мере су независна правила са одвојеним правним хипотезама.²⁰⁵³

Чак ни принцип *lex specialis derogat legi generali* није задовољавајући с обзиром на то да се језичким тумачењем текста из става 12.5 Коментара члана 10 и члана 29 става 9 OECD Модел-конвенције може закључити да се концепт стварног власника и ТОЦ међусобно искључују. Подсетимо се текста Коментара поводом интеракције концепта стварног власника са другим антиабузивним мерама:²⁰⁵⁴

„Чињеница да се прималац дивиденди сматра стварним власником те дивиденде не значи да ограничење опорезивања предвиђено ставом 2 треба аутоматски да буде одобрено. Ограничење опорезивања не би требало да буде одобрено у случају злоупотребе ове одредбе (види такође став 22 у наставку). Одредбе члана 29 и принципи који су наведени у оквиру секције „злоупотреба конвенције“ у Коментару члана 1, користе се за спречавање злоупотребе, укључујући и аранжмане са пробирањем уговора где је прималац стварни власник дивиденде. Иако се концепт стварног власника бави неким облицима избегавања плаћања пореза (тј. облицима који укључују постављање примаоца који је под обавезом да проследи дивиденду другом лицу), он се не бави другим случајевима злоупотребе, као што су одређени аранжмани са пробирањем уговора који могу бити сузбијени поменутим одредбама и принципима, и не сме се сматрати да ограничава примену других приступа намењених решавању оваквих случајева.“

Видимо да се став 12.5. члана 10 из Коментара Модел-конвенције од 2017. године разликује од верзије Коментара из 2014. године у том смислу да се сада помиње и члан 29 који садржи и ТОЦ. Поменули смо у претходном излагању да OECD доводи у везу ТОЦ и концепт стварног власника у више наврата, рачунајући и став 12.5. члана 10 Коментара, а да претходно није разграничила примену ове две антиабузивне мере. На основу језичке интерпретације, може се закључити да злоупотреба чланова 10 – 12 у виду уметања проточне компаније која има обавезу да проследи приход стварном власнику истог, може бити спречена применом концепта стварног власника прихода, док остале злоупотребе са проточним компанијама као и аранжмане са пробирањем чланова уговора могу ефективно бити спречене применом ТОЦ.²⁰⁵⁵ Дакле, став 12.5 примењује принцип *lex specialis derogat legi generali* где концепт стварног власника искључује примену ТОЦ када су у питању трансакције са проточним компанијама где постоји обавеза да се приход проследи трећем лицу, односно стварном власнику прихода.

²⁰⁵⁰ С. Р. Taboada, 605.

²⁰⁵¹ *Ibid.*

²⁰⁵² *Ibid.*

²⁰⁵³ *Ibid.*

²⁰⁵⁴ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, Коментар члана 10, ст. 12.5.

²⁰⁵⁵ А. В. Moreno (2021), 780.

Међутим, ТОЦ је дефинисан на супротан начин. Поновимо дефиницију члана 29 става 9 Модел-конвенције из 2017. године:²⁰⁵⁶

„Изузетно од одредаба овог уговора, погодност из овог уговора не одобрава се у односу на део дохотка или имовине, ако се основано може закључити, узимајући у обзир све релевантне чињенице и околности, да је стицање погодности био један од основних разлога било којег аранжмана или трансакције који су непосредно или посредно резултирали том погодношћу, осим ако се установи да би одобравање те погодности у тим околностима било у складу са циљем и сврхом одговарајућих одредаба овог уговора.“

Језичком интерпретацијом из Оксфордског речника енглеског језика, Елиф (Ellife) налази да се изрека „изузетно од“ може тумачити као „упркос примени“.²⁰⁵⁷ Уколико се примени језичка интерпретација, то би значило да се након примене концепта стварног власника као специјалне антиабузивне мере, ТОЦ ипак мора применити.²⁰⁵⁸ Конкретније, применом уобичајеног значења израза „изузетно од“, специјалне антиабузивне мере из пореског уговора замењује ТОЦ.²⁰⁵⁹ Ланг (Lang) сматра да језичка интерпретација израза „изузетно од“, доводи до ризика да специјалне антиабузивне мере постану ирелевантне.²⁰⁶⁰ Данон (Danon) такође сматра да иако постоји поменути израз у дефиницији ТОЦ, не може се применити поменути тест за ситуацију која је покривена обимом примене неке специјалне антиабузивне мере.²⁰⁶¹ Са друге стране, Морено (Moreno) наводи да се израз „изузетно од“ односи на специјалне антиабузивне мере, осим на КОП.²⁰⁶² Према поменутом аутору, ТОЦ ће се увек применити за аранжмане са пробирањем чланова уговора, док се за аранжмане са пробирањем уговора пре свега примењују КОП, а за ситуације које нису покривене обимом ових клаузула, примениће се ТОЦ у виду опште антиабузивне норме.²⁰⁶³ Морено (Moreno) наводи да је његов став у супротности са ставовима многих других аутора и општим правним принципима, али зато сматра да је његов став свакако могућ читајући тренутни текст ТОЦ.²⁰⁶⁴ Видимо да постоје различита тумачења и да OECD није конкретно навела на шта се израз „изузетно од“ односи.

Уколико приступимо језичком тумачењу става 12.5 Коментара члана 10 и става 9 члана 29 OECD Модел-конвенције, можемо закључити да поменуте одредбе имају супротне ставове. Конкретније, став 12.5 промовише максимуму *lex specialis derogat legi generali*, док члан 29 негира примену овог принципа. Међутим, потребно је имати у виду две ствари. Прво, став 12.5 који промовише ову максимуму, део је Коментара који није правно обавезујући за државе уговорнице пореског уговора, док ТОЦ представља део пореских уговора, који су правно обавезујући. Друго, писано право има превагу над неписаним правним принципима и максимама, што може навести на чињеницу да се ТОЦ може применити за ситуације које су већ покривене обимом специјалне антиабузивне норме из пореског уговора на основу које се пореском обвезнику неодобравају погодности из уговора.²⁰⁶⁵

²⁰⁵⁶ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, чл. 10, ст. 9.

²⁰⁵⁷ C. Ellife, 61.

²⁰⁵⁸ L. De Broe, J. Luts, 133.

²⁰⁵⁹ C. Ellife, 61.

²⁰⁶⁰ M. Lang, 658.

²⁰⁶¹ R. Danon (2018), 31.

²⁰⁶² A. B. Moreno (2017), 441.

²⁰⁶³ *Ibid.*

²⁰⁶⁴ *Ibid.*

²⁰⁶⁵ L. De Broe, J. Luts, 133.

3.2.1. Интеракција формално-правно тумаченог концепта стварног власника и теста основног циља

На основу претходно наведеног, свакако, не можемо рећи да је потребно применити искључиво ТОЦ уместо концепта стварног власника из разлога што поменута одредба и концепт стварног власника, иако служе спречавању исте фактичке ситуације, користе другачије објективне околности за одређивање субјективног елемента код одредбе о ТОЦ, односно објективног елемента код концепта стварног власника. У наредном делу образложићемо зашто сматрамо да се у случају постојања проточне компаније која је у обавези да приход проследи стварном власнику истог, може применити концепт стварног власника, као и ТОЦ чији обим такође покрива и поменути аранжман, али само уколико анализа субјективног елемента не обухвата и објективне околности које чине објективни елемент концепта стварног власника.

Закључак да је потребно применити искључиво концепт стварног власника према максими *lex specialis derogat legi generali*, или да је потребно применити само ТОЦ, није апослутан, уколико антиабузивне мере за сузбијање аранжмана са проточним компанијама које прослеђују приходе стварним власницима, не користе исте објективне чињенице за утврђивање својих елемената. Приступ који концепт стварног власника користи за сузбијање поменутих аранжмана јесте принцип прослеђивања. Посматрајући дефиницију концепта стварног власника из OECD Коментара, према формално-правној интерпретацији, уколико постоји уговорна или правна обавеза прослеђивања, директни прималац прихода се неће сматрати стварним власником истог, односно, потребно је да постоји међузависност између примљеног прихода и уговорне или правне обавезе прослеђивања која произлази из правних норми, уговора или околности случаја.²⁰⁶⁶ Дакле, код концепта стварног власника, принцип прослеђивања је једини релевантни објективни елемент који је потребно анализирати. У истој фактичкој ситуацији, ТОЦ се пре свега фокусира на сврху трансакције односно на субјективни елемент, а не искључиво на међузависност између примљеног прихода и обавезе прослеђивања.²⁰⁶⁷ Поновимо, постојање субјективног елемента се утврђује на основу анализирања објективних околности случаја, односно објективних чињеница, па се може поставити питање, да ли се поменута међузависност може узети као објективна околност за испитивање субјективног елемента ТОЦ.

Мишљења смо да је потребно прво применити концепт стварног власника, а према формално-правној интерпретацији, и утврдити да ли постоји међузависност између примљеног прихода и обавезе прослеђивања, па уколико постоји, неће се одобрити примена преференцијалне пореске стопе, односно примена ТОЦ постаје непотребна. Обрнуто, уколико се утврди да не постоји ова међузависност у оквиру анализе стварног власништва, могао би се применити ТОЦ где се у оквиру субјективног елемента не би узела у обзир објективна околност међузависности прихода и обавезе прослеђивања.

Чанд (Chand) наводи да уколико се и поред уговорне специјалне антиабузивне мере која одобрава примену погодности из уговора, примени ТОЦ, анализом објективног елемента порески обвезник би могао да докаже да је поступао у складу са циљем и сврхом релевантне одредбе,²⁰⁶⁸ конкретно у овом случају, да докаже да јесте стварни власник прихода како то чланови 10 – 12 пореског уговора захтевају. Закључујемо да, без обзира на чињеницу да обе мере служе спречавању истих фактичких ситуација, приступи који користе су им различити.

²⁰⁶⁶ R. Danon (2018),., 33.

²⁰⁶⁷ Danon *et al.*, 514.

²⁰⁶⁸ V. Chand (2018a), 120.

Поновимо, концепт стварног власника не садржи субјективни елемент, већ се захтева испитивање јединог објективног елемента. Са друге стране ТОЦ захтева да постоји абוזивно понашање из кога се види да је једна од основних сврха трансакције и искоришћавање погодности из уговора. Сматрамо да обе антиабузивне мере могу да коегзистирају, али је потребно прво применити концепт стварног власника, па уколико се директни прималац сматра стварним власником прихода, могао би се применити и ТОЦ, не узимајући за испитивање субјективног елемента и објективну околност међузависности примљеног прихода и обавезе прослеђивања која је већ претходно узета у обзир приликом анализе стварног власништва. Уколико би се одмах применио ТОЦ, занемарујући концепт стварног власништва, порески обвезник би морао у оквиру објективног елемента ТОЦ да доказује да је поступао у складу са циљем и сврхом става 2 члана 10 где се захтева да је директни прималац стварни власник прихода. Подсетимо се, терет доказивања код концепта стварног власништва је на пореској администрацији, међутим, уколико би се директно применио ТОЦ уместо одредбе о стварном власнику, сав терет доказивања би сносио порески обвезник, јер би морао да докаже да је поступао у складу са циљем и сврхом релевантне одредбе односно да он заиста јесте стварни власник прихода.

Коначно, можемо закључити да уколико би се концепт стварног власника применио рестриктивно, у смислу да се захтева само испитивање једне објективне чињенице у виду међузависности примљене уплате и уговорне или правне обавезе да се иста проследи, могао би да коегзистира са ТОЦ, али само, поновимо, уколико оваква мера, у оквиру објективне анализе субјективног елемента не би конзумирала и испитивање једине објективне околности која чини срж поменутог концепта. Иако теоријски ово има смисла, тешко да можемо поверовати у ситуацију где пореска администрација себе ограничава у примени антиабузивне мере. Међутим, уколико би директни прималац био сматран за стварног власника коришћењем формално-правне интерпретације, мало је вероватно да би пореска администрација или суд дошли до супротног резултата анализирајући исту објективну околност у оквиру примене ТОЦ. Применом ТОЦ, могла би се посматрати и суштина трансакције, комерцијални разлози, постојање запослених, машина, опреме и слично, који би могли додатно да указују да је једна од основних сврха трансакције и пореска уштеда. Поменуте објективне околности не чине део анализе концепта стварног власника прихода према формално-правној интерпретацији, али могу чинити део анализе при економском, односно ширем тумачењу.

3.2.2. Интеракција економски тумаченог концепта стварног власника и теста основног циља

Проблем се може јавити уколико држава примењује економску интерпретацију концепта стварног власника у ужем економском смислу²⁰⁶⁹, или у најширем обиму²⁰⁷⁰ што је био случај у пресуди *The Bank of Scotland*. Поновимо, суд је у поменутом случају сматрао да концепт стварног власника садржи и субјективни елемент.

Уколико концепт стварног власника, као и ТОЦ, садржи исти субјективни елемент, сматрамо да коегзистенција не би могла да постоји, односно, било би потребно дати примат једној од поменутих антиабузивних мера, с обзиром на то да би обе мере користиле исте приступе за

²⁰⁶⁹ Под изразом „ужим економским смислом“ подразумевамо интерпретацију стварног власника коју користи Швајцарска. Наиме, Швајцарска примењује прилаз прослеђивања где се захтева да обавеза прослеђивања постоји на основу уговора, правне норме или чињеница или околности случаја. Конкретније, не захтевају се и други елементи попут намере, сврхе трансакције, тест активности, тест пословне сврхе и слично. Вид: R. Danon (2018), 33 - 34.

²⁰⁷⁰ Под „најширим обимом“ подразумевамо да концепт стварног власника конзумира и субјективне елементе.

сузбијање истих ситуација. OECD Коментар не предвиђа субјективни елемент у оквиру дефиниције одредбе о стварном власнику прихода, па је зато можда потребно изричито навести да испитивање сврхе трансакције није део анализе стварног власништва. Између субјективног елемента ТОЦ и концепта стварног власника, поновимо, може постојати двојака разлика. Прво, национални судови могу да примене субјективни елемент у оквиру економске интерпретације концепта стварног власника у ужем обиму него што то чини ТОЦ, наводећи да је „главни/једини циљ трансакције“ да се искористе повољне одредбе пореског уговора, како иначе стоји у пресуди Врховног суда Француске. Друго, суд би приликом примене субјективног елемента концепта стварног власника могао да испитује како намеру пореског обвезника, тако и сврху трансакције, јер услед широке економске интерпретације поменутог концепта, судовима би руке по решавању претходног поменутог питања биле одрешене.

Што се тиче ужег економског тумачења, у зависности од тога како националне пореске или судске власти примењују економско тумачење концепта стварног власника, поред уговорне/правне обавезе прослеђивања, у обзир се могу узети и обавезе прослеђивања које се установљавају помоћу анализе других околности и чињеница. Такве околности и чињенице улазе у правни оквир објективне анализе субјективног елемента ТОЦ. Међутим, које тачно чињенице и околности ће националне пореске или судске власти узети у обзир приликом откривања постојање обавезе прослеђивања прихода, која не проистиче из уговора, зависи од случаја до случаја. У оваквој ситуацији, велике су вероватноће да ће обе мере користити анализу истих или сличних објективних чињеница попут постојања суштине аранжмана, комерцијалних разлога, запослених, машина, опреме и слично.

Према томе, стичемо утисак да уколико националне власти примењују концепт стварног власника у оквиру економског тумачења где се испитује и постојање обавезе која произлази и из чињеница и околности случаја, требало би применити искључиво ТОЦ, како би се избегла могућа интеракција са концептом стварног власника, јер би обе мере могле да конзумирају исте објективне чињенице. Не заборавимо, у светлу примене BEPS пројекта и MLI конвенције, установили смо да се концепту стварног власника приписује формално-правно, односно рестриктивније тумачење. Према томе, уколико се концепт стварног власника тумачи у складу са данашњим резонавањем, поновимо, сматрамо да се на исту ситуацију са пробирањем уговора где се приход прослеђује, може након примене поменутог концепта, где би се директни прималац прихода сматрао његовим стварним власником, могао применити и ТОЦ, који у оквиру објективне анализе субјективног елемента не би не конзумирао и међузависност између примљене уплате и уговорне или правне обавезе прослеђивања исте, јер је претходно доказано да таква околност не постоји.

Потребно је да OECD, уколико фаворизује формално-правно тумачење, јасније дефинише да је потребно анализирати само уговорну или правну обавезу, а не и друге врсте обавеза прослеђивања прихода, и да наведе да концепт стварног власника није у супротности са ТОЦ. Супротно, уколико би OECD сматрала да је економско тумачење прикладније, било би потребно много више напора уложити у решавање питања интеракције концепта стварног власника и ТОЦ како би се избегла правна несигурност, као и неуједначена примена.

Враћајући се на првобитни проблем са концептом стварног власника који није дефинисан у пореским уговорима и OECD Модел-конвенцији, јасна интеракција са ТОЦ не може бити генерализована, јер све зависи од тога у којем обиму национални судови примењују одредбу о стварном власнику прихода. Интеракција између ових мера зависиће од случаја до случаја у зависности да ли национални суд примењује формално-правну, или економску интерпретацију која излази ван оквира дефиниције концепта стварног власника из OECD Коментара. Уколико би се јасно указало на искључиву примену формално-правног приступа у Коментару, интеракција између ових мера би могла бити временом усклађена у оквиру међународне

судске праксе са већом лакоћом и постојала би одређена извесност, односно правна сигурност, а такође, усклађивање би било било олакшано и у оквиру будућих радова OECD.

Силвестри (Silvestri) сматра да би у познатом случају *Prevost Car*, где је формално-правном интерпретацијом концепта стварног власника директном примаоцу омогућена преференцијална пореска стопа, применом ТОЦ пореске погодности биле онемогућене.²⁰⁷¹ Аутор даље сматра да би се проценом објективних околности попут непостојања запослених и физичких канцеларија, као и чињеница да је холдинг компанија имала само једну инвестицију, могло доћи до закључка да је један од главних разлога уметања холдинг компаније био и искоришћавање пореских погодности.²⁰⁷² Поменуте објективне околности и чињенице које је овај аутор користио за анализу субјективног елемента ТОЦ, не чине део концепта стварног власника, тумаченог у формално-правном смислу, чији објективни елемент међузависности примљеног прихода и уговорне обавезе прослеђивања није узет у обзир. Делује нам неправедно да концепт стварног власника који подразумева испитивање једне објективне околности спречава примену ТОЦ која користи испитивање других објективних околности за утврђивање постојања субјективног елемента. Супротно, уколико се примењује само ТОЦ, можемо се запитати чему онда служи концепт стварног власника, и да ли је потребно неком мултилатералном конвенцијом уклонити поменути концепт из постојећих уговора. Из образложених разлога, сматрамо да је до момента дефинисања интеракције ТОЦ и концепта стварног власника од стране OECD, коегзистенција ове две норме за сада неопходна, али само уколико се примењује рестриктивније тумачење поменутог концепта.

3.2.3. Интеракција концепта стварног власника прихода као мере за приписивање прихода са тестом основаног циља

На овом месту, размотрићемо и алтернативу где би у светлу постојања ТОЦ, одредба о стварном власнику прихода поново вратила себи природу норме којом се опредељује обвезник, као што је било на почетку. Подсетимо се, делегација УК предлагала је да у оквиру прве Модел-конвенције OECD, за чланове 10-12 буде примњена одредба о стварном власнику прихода.²⁰⁷³ С обзиром да је OECD сматрала да одредба о подвргнутом опорезивању није у складу са духом и општим аранжманом Модел-конвенције, прихваћена је одредба о стварном власнику прихода.²⁰⁷⁴ У оквиру Модел-конвенције из 1977. године, услов стварног власништва је служио да појасни термин „плаћено резиденту“ са циљем неодобравања погодности из уговора у оквиру чланова 10-12 пореског уговора, лицима која су имала правни основ да приме приход, али су имала слабу повезаност са истим приходом, јер су обављала активности као посредници у виду агената и номиналних власника.²⁰⁷⁵

Такође, потребно је поновити, ако се наведени концепт схвати као правило за приписивање прихода, стварним власником би се сматрало лице:²⁰⁷⁶

- које је резидент државе уговорнице;
- које је поднело захтев за примену преференцијалне стопе из пореског уговора;
- коме се за пореске сврхе у земљи свог резидентства приписују примљени приходи.

²⁰⁷¹ A. Silvestri, 487.

²⁰⁷² *Ibid.*

²⁰⁷³ R. Vann (2013), 282.

²⁰⁷⁴ A. Meindl-Ringler, 332.

²⁰⁷⁵ A. M. Jimenez (2010), 53.

²⁰⁷⁶ D. V. Armelin, 502.

Уколико у обзир узмемо овакво схватање одредбе о стварном власнику, потребно је анализирати њену интеракцију са ТОЦ. У сврху поређења, у наредном тексту ћемо одредбу о стварном власнику прихода из пореских уговора посматрати као меру за приписивање прихода, што, како смо претходно и доказали, није њена улога у тренутном моменту.

Прво, ТОЦ, као општа антиабузивна мера, служи сузбијању аранжмана са проточним компанијама, док, са друге стране, одредба о стварном власнику има улогу мере за алокацију прихода где је потребно открити коме се приход приписује за пореске сврхе. Такође, одредба о стварном власнику прихода има за циљ само да открије да ли је директни прималац агент или номинални власник, и уколико јесте, не може се сматрати стварним власником прихода. Агенти послују у име другог лица и за његов рачун, док номинални власници иступају у своје име а за рачун другог лица.²⁰⁷⁷ Домаћи закони оваква лица не опорезују, односно не приписују приход за пореске сврхе њима, већ лицима за чији рачун послују. Са друге стране, подсетимо се, проточне компаније, према компанијским законима, послују у своје име и за свој рачун.²⁰⁷⁸ Друго, одредба стварног власништва нема антиабузивну улогу и не служи спречавању аранжмана са проточним компанијама, па тако не може доћи до преклапања са ТОЦ. Дакле, ТОЦ служи да сузбије злоупотребу уговора, односно аранжмана са проточним компанијама, док одредба о стварном власнику само појашњава ком резиденту је приход приписан и утврђује нексус између резидента државе саговорнице и примљеног прихода. Наравно, мера за приписивање прихода, како смо већ напоменули, може имати евентуални антиабузивни карактер, међутим, у односу на алокацију прихода, он је супсидијарне природе, јер је примарна улога ипак на одређивању лица којем су приходи приписани за пореске сврхе. Дакле, антиабузивна улога концепта стварног власника према Коментару из 1977. године, била је секундарна и врло уског обима, као и случајна, јер је намера твораца Конвенције била пре свега усмерена на утврђивању да ли је приход директном примаоцу тог прихода приписан за пореске сврхе у држави свог резидентства.²⁰⁷⁹ Треће, одредба о стварном власнику не захтева да до прослеђивања прихода заиста и дође, односно, примењује се независно од поменуте објективне околности, већ је једино потребно утврдити да ли се приход за пореске сврхе приписује директном примаоцу у земљи његовог резидентства. Видели смо да званични Коментар наводи више примера где се успешно може применити ТОЦ, наводећи и ситуације које подразумевају прослеђивање прихода трећем лицу. Дакле, ни у овом случају не постоји већа повезаност, односно интеракција две норме.

Закључујемо да је коегзистенција концепта стварног власника, схваћеног у виду мере за приписивање/алокацију прихода, са ТОЦ могућа, јер не постоји поклапање између истих. Уколико је директни прималац проточна компанија, применио би се ТОЦ, а у свим осталим случајевима, уколико би са правне стране гледишта (компанијски закони), директни прималац био окарактерисан као агент или номинални власник, применила би се одредба о стварном власнику прихода. Наравно, како би овако нешто било могуће, било би потребно изменити ОЕСД Коментар за чланове 10 – 12 Модел-конвенције, јер тренутна дефиниција одредбе о стварном власнику има антиабузивни карактер.

²⁰⁷⁷ B. Kuzniacki (2022), 95.

²⁰⁷⁸ *Ibid.*

²⁰⁷⁹ *Ibid.*, 97 и 98.

II. Клаузула о ограниченим погодностима

КОП је специјална антиабузивна мера која на основу тачно одређених објективних критеријума ограничава одобравање погодности из пореских уговора услед пробирања уговора.²⁰⁸⁰ Уколико је лице резидент државе уговорнице и испуњава све објективне критеријуме у оквиру КОП, погодности из уговора биће одобрене без обзира на сврху трансакције, односно, ове клаузуле не конзумирају и субјективне елементе.²⁰⁸¹ КОП су постале део OECD Коментара 2003 године,²⁰⁸² међутим, поменуте клаузуле су први пут кренуле да користе САД.²⁰⁸³ САД су КОП пре свега користиле у оквиру домаћег закона 1986. године, док је порески уговор између Немачке и САД из 1989. године био први уговор који је садржао ове клаузуле, а касније су САД поменуте клаузуле користиле у преговорима са осталим државама.²⁰⁸⁴ BEPS Акција 6 је свој нацрт ових клаузула заснивала на пореским уговорима САД и њиховој Модел-конвенцији где су КОП биле дефинисане детаљније.²⁰⁸⁵ BEPS Акција 6 је предлагала увођење КОП и у OECD Модел-конвенцију.²⁰⁸⁶ Након тога, потписнице MLI конвенције морале су да прихвате као минимални стандард једну од понуђене три опције:²⁰⁸⁷

- искључива примена само ТОЦ;
- примена ТОЦ у комбинацији са упрошћеним КОП;
- примена детаљних КОП уз примену додатних мера за спречавање проточних ентитета.

1. Клаузуле о ограниченим погодностима из BEPS Акције 6 и MLI конвенције

Уопштено, резиденти држава уговорница се могу квалификовати за примену погодности из уговора уколико испуне један од наведених шест тестова.²⁰⁸⁸

- тест квалификованих лица који укључује индивидуалне особе, државне ентитете, пензионе фондове и хуманитарне организације;
- тест јавног трговања акција на берзи, а који се односи на компаније;
- Комплементарни тестови власништва и ерозије основице које морају да испуне компаније;
- тест активног пословања који морају да испуне компаније;
- тест деривативних користи и тест ерозије основице који морају такође да испуне компаније;
- дискрециона одлука о одобравању погодности од стране релевантних власти државе уговорнице.

²⁰⁸⁰ 170

²⁰⁸¹ B. M. Kerekes, 159.

²⁰⁸² R. Karadkar, 16.

²⁰⁸³ R. S. Avi-Yonah, C. Hji Panayi, 21.

²⁰⁸⁴ *Ibid.*, 21 – 22.

²⁰⁸⁵ David Dominguez, „Limitation on Benefits: Comparison between the US LoB and the OECD LoB proposed under Action 6“, *Preventing treaty abuse* (eds. Daniel W. Blum et al.), Linde, Wien 2016, 294 – 295.

²⁰⁸⁶ L. De Broe, J. Luts, 128.

²⁰⁸⁷ R. Karadkar, 1.

²⁰⁸⁸ *Ibid.*, 16.

Према MLI конвенцији, тест квалификованих лица подразумева да физичка лица, владине организације државе уговорнице, компаније и ентитети чијим се акцијама тргује на признатим берзама, непрофитне организације, пензион фондови, колективни инвестициони фондови и лица која нису физичка лица где најмање 50% акција у таквим лицима држе резиденти једне од државе уговорница у периоду од најмање половине дана од дванаестомесечног периода, јесу квалификована лица и да имају право на погодности из уговора.²⁰⁸⁹ Уколико прималац прихода не испуњава услове за квалификовано лице, погодности из уговора биће му омогућене уколико се бави активним пословањем, а приходи које прима из друге државе сауговорнице, повезани су са активним пословањем који обавља.²⁰⁹⁰ Активним пословањем не сматра се пословање холдинг компаније, администрирање и надгледање група компанија, финансирање групе, као ни спровођење инвестиција што не важи за банке и осигуравајућа друштва.²⁰⁹¹ Даље, уколико директни прималац није квалификовано лице, може се применити тест еквивалентних бенефицијара, који подразумева да најмање половину дана у било којем периоду од дванаест месеци који укључује време када би погодност, и иначе, била одобрена, лица која су еквивалентни корисници поседују непосредно или посредно најмање 75% стварних интереса резидента.²⁰⁹² Еквивалентни корисник је лице које у пореском уговору између државе исплатиоца и државе свог резидента има исте или чак и веће погодности у односу на порески уговор између државе извора и државе директног примаоца прихода.²⁰⁹³ Последња могућност пореском обвезнику који не испуњава тест квалификованог лица, као ни поменута два допунска теста, јесте дискреционо одобрење релевантних власти државе уговорнице да може применити погодности из пореског уговора, али само уколико докаже да један од основних сврха трансакције или аранжмана није и искоришћавање погодности из уговора.²⁰⁹⁴ Видимо да се захтева од пореског обвезника да докаже да не постоји субјективни елемент, што је другачије од ТОЦ где терет доказивања субјективног елемента иницијално сноси пореска администрација. Такође, дискреционо овлашћење релевантних власти државе уговорнице је изузетак од правила да КОП у обзир узимају врло објективне елементе.

Уколико државе не желе да прихвате ТОЦ, могу да примене КОП са допуном различитих механизма за сузбијање ситуација са проточним компанијама.²⁰⁹⁵ Овакви механизми могу имати форму уговорне опште антиабузивне мере попут ТОЦ или домаћих антиабузивних правила и доктрина које могу да постигну сличне резултате.²⁰⁹⁶ Ове клаузуле које су допуњене посебним механизмима заштите, требало би да постигну сличне резултате као одредба о тесту основног циља.²⁰⁹⁷ С обзиром на то да КОП не чине примарни део овог рада, нећемо се даље задржавати на њиховом објашњавању, већ ћемо наредни део засновати на односу ових клаузула са концептом стварног власника.

²⁰⁸⁹ C. Bergedahl, 26.

²⁰⁹⁰ L. De Broe, J. Luts, 129 - 130.

²⁰⁹¹ Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting, чл. 7, ст. 10.

²⁰⁹² *Ibid.*, чл. 7, ст. 11.

²⁰⁹³ C. Bergedahl, 25.

²⁰⁹⁴ Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting, чл. 7, ст. 12.

²⁰⁹⁵ R. Danon (2018), 40.

²⁰⁹⁶ *Ibid.*

²⁰⁹⁷ *Ibid.*

2. Однос клаузула о ограниченим погодностима и концепта стварног власника

Што се тиче односа КОП и концепта стварног власника прихода, потребно је пре свега утврдити правну природу поменутог концепта, а у односу на КОП. Након тога, пожељно је видети које су предности и мане КОП у односу на примену концепта стварног власника прихода.

2.1. Правна природа концепта стварног власника у односу на клаузуле о ограниченим погодностима

У оквиру овог дела потребно је да утврдимо да ли је концепт стварног власника специјална или општа антиабузивна мера у поређењу са КОП, које имају карактеристике специјалне антиабузивне норме. Закључили смо, подсетимо се, из више разлога зашто сматрамо да је концепт стварног власника антиабузивна мера, међутим, уколико се поставља проблем интеракције две норме, потребно је разграничити њихову правну природу.

Пре свега, подсетимо се ранијег закључка да званични OECD Коментар и околности везане за BEPS Акцију 6, доприносе примени рестриктивнијег тумачења концепта стварног власника прихода. Уколико се примени формално-правна интерпретација, пореска администрација би била у обавези само да испита да ли постоје уговорне или правне одредбе које директног примаоца обавезују да проследи приход трећем лицу, односно потребно је анализирати објективне чињенице. Са друге стране, КОП такође подразумевају примену објективног теста који је лако утврдити. Уколико упоредимо ове две одредбе, можемо закључити да обе имају карактер специјалне антиабузивне мере које се не преклапају јер захтевају испитивање различитих објективних чињеница. Поставља се питање, да ли је у том случају потребно применити само једну од поменутих одредаба, или обе са неким правом првенства. Анализирајући пореске уговоре које су Холандија и Белгија закључиле са САД, а који садрже концепт стварног власника као и КОП, Ду Тојт (du Toit) и Де Бру (de Broe) сматрају да је у овим уговорима потребно применити прво концепт стварног власника, а затим, уколико би се лице смтрало стварним власником прихода, примениле би се КОП.²⁰⁹⁸ Зачуђујуће, крајњи извештај BEPS Акције 6 решава ову ситуацију наводећи да иако директни прималац испуњава услове које захтевају КОП, потребно је и поред тога применити концепт стварног власника прихода.²⁰⁹⁹ Дакле, КОП су релевантне само уколико су сви услови из пореског уговора испуњени, где спада и услов да директни прималац мора бити стварни власник примљеног прихода.²¹⁰⁰

Уколико се концепт стварног власника тумачи економски и сувише широко, где се примењује и субјективни елемент, не можемо остати на истој горе наведеној констатацији да поменути концепт има карактер специјалне антиабузивне мере у односу на КОП. Пистоне (Pistone) сматра да уколико се концепт стварног власника примењује сувише широко, може имати обим

²⁰⁹⁸ D. V. Armelin, 514 – 515.

²⁰⁹⁹ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6: final Report 2015, Коментар члана 10, ст. 5, стр. 24.

²¹⁰⁰ L. De Broe, J. Luts, 129.

примене попут домаће опште антибузивне мере.²¹⁰¹ Морено (Moreno) наводи да се у неколико јурисдикција концепт стварног власника примењује толико широко, где се фактички изједначава са карактеристикама општих антибузивних мера.²¹⁰² Уколико КОП схватамо као сет објективних тестова, које је лако по својој природи спровести и које пружају правну сигурност јер порески обвезници унапред знају шта да очекују,²¹⁰³ можемо закључити да концепт стварног власника према широкој економској интерпретацији има концепт опште антибузивне мере. Уколико одређена држава примењује концепт стварног власника у обиму како је то учинио француски суд у случају *The Bank of Scotland*, наилазимо поново на проблем интеракције између специјалне и опште антибузивне норме. Такође, у случају примене и ТОЦ, узајамна интеракција би постојала између све три поменуте мере, што још више компликује решавање овог проблема. Међутим, имајмо на уму да званични OECD Коментар не захтева примену субјективног или било којег другог објективног елемента, осим утврђивања постојања зависности између примљеног прихода и обавезе прослеђивања истог. У оваквим ситуацијама, уколико обе мере садрже субјективне елементе, сматрамо да је потребно прво решити питање интеракције између концепта стварног власника и ТОЦ. Затим, уколико суд, иако мало вероватно, примат да концепту стварног власника, потребно је поменути концепт довести у везу са КОП. У том случају, примениле би се прво КОП као специјалне антибузивне мере, а потом, уколико директни прималац прихода испуњава услове које су поставиле ове клаузуле, могао би се применити концепт стварног власника али у обиму који не обухвата испитивање објективних елемената који чине КОП, а у циљу утврђивања постојања субјективног елемента поменутог концепта. Дакле исти закључак важи као и код односа између концепта стварног власника као специјалне антибузивне мере и ТОЦ као опште антибузивне мере.

2.2. Предности и мане примене клаузула о ограниченим погодностима у односу на примену концепта стварног власника

КОП, због превелике објективности, могу *bona fide* трансакцијама чији циљ није искоришћавање погодности из пореског уговора, да онемогуће приступ истим уговорима уколико се не испуњава неки од објективних тестова.²¹⁰⁴ Дакле, иако су КОП намењене спречавању аранжмана са пробирањем уговора, може се десити да структурама које не чине део поменутих аранжмана, буде онемогућен приступ погодностима из пореског уговора.²¹⁰⁵ Уколико узмемо за пример КОП о берзанској размени, директни прималац чије се акције не тргују на некој од признатих берзи, не би имао право на погодности из пореског уговора, иако је формиран као холдинг компанија, која је независна у свом одлучивању по питању алокације примљених прихода, има просторије, запослене, редовне састанке борда директора, односно у питању је *bona fide* компанија. Такође, с обзиром да се структуре аранжмана са пробирањем уговора константно усавршавају, тако се и КОП морају мењати, што их чина доста компликованијим.²¹⁰⁶ Код концепта стварног власника, мало је вероватно да је трансакција *bona fide* уколико се утврди да постоји обавеза прослеђивања прихода трећем лицу, јер у том случају, директни прималац губи функцију ентитета који независно одлучује о алокацији својих ресурса, односно прихода, што указује да је у питању структура која чини део аранжмана са пробирањем уговора. Наравно, могуће је да постоји обавеза прослеђивања, али да је погодност из пореског уговора између земље извора и стварног власника иста као између

²¹⁰¹ D. V. Armelin, 509.

²¹⁰² A. B. Moreno (2021), 775.

²¹⁰³ S. Kolundžija, 361.

²¹⁰⁴ B. M. Kerekes, 175.

²¹⁰⁵ *Ibid.*

²¹⁰⁶ *Ibid.*, 176.

исте државе извора и државе директног примаоца прихода, али у том случају такав аранжман не чини део конструкције са пробирањем уговора, односно концепт стварног се не би требало ни примењивати јер његова примена постаје сувишна.

Подсетимо се, концепт стварног власника има својих мана, али ако се се задржимо само на дефиницији овог концепта, можемо рећи да постоје многе нејасноће по питању интерпретације. Уколико сматрамо да је концепт стварног власника потребно интерпретирати у формално-правном смислу, примена стварног власништва над приходима би се заснивала само на провери постојања уговора или друге правне норме која указује да постоји правна, односно уговорна обавеза да се примљени приход проследи трећем лицу. Конкретније, било би потребно само утврдити постојање или непостојање једне врло објективне чињенице. Према томе, уколико се концепт стварног власника интерпретира рестриктивније, не можемо рећи да су КОП боље решење за сузбијање аранжмана са пробирањем уговора, већ је потребно заједно примењивати поменути концепт и клаузуле, с обзиром на то да у обзир узимају различите објективне чињенице.

Међутим, уколико се концепту стварног власника приписује економска интерпретација у мањем или већем обиму, КОП су свакако боље решење из разлога што се заснивају на објективним чињеницама, лако их је спровести и порески обвезници знају шта да очекују, односно не постоји правна несигурност. Управо из ових разлога, САД су напустиле примену концепта стварног власника у својим пореским уговорима и окренули су се примени КОП, као објективним тестовима.²¹⁰⁷ Имајмо у виду да су САД донеле овакву одлуку у моменту када је дефиниција концепта стварног власника била нејасна и заснивала се на економској интерпретацији.

Силвестри (Silvestri), тестирајући OECD клаузуле у случају *Prevost Car*, дошао је до закључка да ни један тест из КОП не би био испуњен односно да директни прималац прихода не би имао право на примену преференцијалне пореске стопе из пореског уговора.²¹⁰⁸ Подсетимо се, канадски суд је у овом случају применио формално-правну интерпретацију где је утврђено да је холдинг компанија, као директни прималац стварни власник прихода. Међутим, из овога не треба извлачити закључак да су КОП супериорније у односу на концепт стварног власника, већ да је потребно обе море користити у циљу спречавања злоупотребе уговора. Поновимо, мишљења смо да је у случају примене формално-правне интерпретације потребно прво анализирати стварно власништво над приходима, супротно, услед економске интерпретације, било би најбоље прво применити КОП, па потом и концепт стварног власника уколико директни прималац испуни све објективне тестове које су поставиле ове клаузуле.

Потребно је поменути и теоријску анализу у случају примене одредбе о стварном власнику прихода као мере за приписивање прихода у односу на клаузуле о ограниченим погодностима. Резултат би био потпуно исти као и код ТОЦ, јер и КОП служе сузбијању злоупотребе уговора коришћењем проточних компанија. Тренутне клаузуле постављене у виду минималног стандарда не захтевају постојање услова у виду подложности или подвргавању опорезивању, и циљ им је сузбијање пробирања пореских уговора, а не утврђивање нексуса између резидентности и примљене уплате.

²¹⁰⁷ Y. Brauner, 158 – 159.

²¹⁰⁸ A. Silvestri, 486.

ДЕО ЧЕТВРТИ

КОНЦЕПТ СТВАРНОГ ВЛАСНИКА ПРИХОДА У ПОРЕСКИМ УГОВОРИМА СА СРБИЈОМ И ПРЕДЛОГ КОНЦЕПТА СТВАРНОГ ВЛАСНИКА ПРИХОДА ЗА УСПОСТАВЉАЊЕ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ

Према Закону о порезу на добит правних лица, резидентно правно лице које исплаћује одређене врсте прихода нерезидентном правном лицу, дужно је да плати порез на добит по одбитку по стопи од 20%,²¹⁰⁹ међутим у случају примене пореских уговора, нерезидентно правно лице које жели да искористи преференцијалну пореску стопу из уговора, пореској администрацији мора да приложи сертификат о резидентности као и доказ да је стварни власник прихода.²¹¹⁰ Такође, Закон о порезу на доходак грађана наводи да исплатилац прихода може да примењује преференцијалну стопу пореза по одбитку само уколико прималац докаже да је резидент државе са којом је Србија закључила порески уговор и уколико је стварни власник прихода.²¹¹¹ Поменути закони не пружају дефиницију појма стварног власника прихода. Међутим, ако погледамо ПОР 2²¹¹² образац у којем се наводи да потврду о резидентности издаје надлежни орган државе резидентности стварног власника прихода, поставља се питање да ли овај сертификат потврђује само резидентство или и стварно власништво прихода? Такође, поменути закони наводе да прималац прихода мора да докаже да је резидент државе уговорнице, као и да је стварни власник прихода, наводећи даље да се резидентност доказује потврдом о резидентности, не спомињући начин на који се доказује стварно власништво прихода.²¹¹³ Поменимо на овом месту случај где је Индија применила концепт стварног власника за члан 12 пореског уговора између Индије и Маурицијуса који се односио на капиталне добитке, где се у пореском решењу наводило да је сертификат о резидентности у најмању руку претпостављени доказ постојања стварног власништва над акцијама и капиталног добитка који из истих произлази, иако то не мора да води закључној претпоставци.²¹¹⁴

Занимљиво је да закони предвиђају примену концепта стварног власништва услед примене пореских уговора, не наводећи њихову дефиницију, као ни начин и терет доказивања стварног власништва над приходима. Језичким тумачењем чланова поменутих закона, стичемо утисак да је прималац прихода дужан да докаже не само статус резидента државе уговорнице, него и да је стварни власник прихода, међутим, уколико се доказ о стварном власништву не обезбеди,

²¹⁰⁹ Закон о порезу на добит правних лица - ЗПДПЛ, ("Службени гласник РС", број 25/01, 80/02 - др. закон, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14 - др. закон, 142/14, 91/15 - др. пропис, 112/15, 113/17, 95/18, 86/19, 153/20, 118/21), чл. 40, ст. 1.

²¹¹⁰ *Ibid.*, чл. 40а, ст. 1.

²¹¹¹ ЗПДГ чл. 107а.

²¹¹² Потврда о резидентности страног лица, коју издаје Министарство финансија Републике Србије.

²¹¹³ Вид.: чл. 107а ст. 2 ЗПДГ; чл. 40а ст. 2 ЗПДПЛ.

²¹¹⁴ J. Wheeler, фуснота 59, 259.

исплатилац ће бити у обавези да примени домаћу стопу пореза по одбитку. С обзиром на то да се даље не говори какви су докази потребни, могу се применити навођења из мишљења Министарства финансија РС.

У наредном делу потребно је утврдити да ли Србија примењује домаћу или јединствену међународну норму концепта стварног власника, коју јој функцију приписује, као и питање садржине, односно обима примене поменутог концепта.

I. Концепт стварног власника прихода у Србији питање контекста

Подсетимо се, концепт стварног власника се појављује у домаћем и у јединственом међународном контексту. С обзиром на то да је Србија овај концепт уврстила у своје домаће законодавство, могао би се применити члан 3 став 2 пореских уговора који прате званичну Модел-конвенцију OECD према којем, уколико контекст не захтева другачије, и уколико појам није дефинисан, примениће се значење из домаћег закона. Међутим, проблем постоји јер дефиниција стварног власника у домаћем праву није пружена у оквиру закона или других подзаконских аката, осим у мишљењима Министарства финансија која обавезују пореску администрацију али не и пореског обвезника. Уколико упоредимо ова мишљења са дефиницијом концепта стварног власника из OECD Коментара, можемо закључити да српске пореске власти концепту стварног власника приписују значење супротно од дефиниције из званичног Коментара, што нас наводи на закључак да је домаће значење доминантно. Конкретније, читајући поменута мишљења, створили смо утисак да српске пореске власти сматрају да члан 3 став 2 упућује на домаће схватање концепта стварног власника прихода, не узимајући у обзир званични OECD Коментар.

С обзиром да смо дошли до закључка да се дефиниција концепта стварног власника из OECD Коментара не примењује од стране наших пореских власти, потребно је суштински анализирати домаће значење овог појма према схватању Министарства финансија Србије.

II. Садржина и функција концепта стварног власника прихода у Србији

Што се тиче садржине концепта стварног власника у српском пореском праву, потребно је утврдити да ли се поменути концепт односи на власништво у правном²¹¹⁵ или економском²¹¹⁶ смислу. Уколико за пример узмемо мишљење Министарства финансија које се односи на дивиденде²¹¹⁷, видимо да се стварним власником прихода сматра лице које је регистровано у

²¹¹⁵ Власништво над имовином из које произлазе приходи.

²¹¹⁶ Власништво над приходом које је одвојена од власништва над имовином из које поменути приходи произлазе.

²¹¹⁷ Мишљење Министарства финансија бр. 430-01-240/2015-04 од 11. 2. 2016. године.

агенцији која врши регистрацију привредних субјеката у држави примаоца прихода. Конкретније, српско министарство поистовећује власништво над акцијама са власништвом над приходима. Србија примењује континентално право и разумљиво је да термин стварног власништва поистовећује са правним власништвом, док са друге стране државе које примењују англосаксонско право, повлаче терминолошку разлику између лица која имају право својине на имовини и лица која то исто право немају, али имају друго својинско право на имовини, односно могу да убиру њене плодове.²¹¹⁸ Пореске власти Белгије, на пример, такође тумаче стварног власника као лице које има право уживања над акцијама, осим уколико то лице није посредник који послује за рачун другог лица, попут агента.²¹¹⁹ Слично је и у Казахстану, где у закону постоји одредба где је прималац прихода окарактерисан као „финални прималац“, међутим, национални судови овај термин поистовећују са власништвом над акцијама.²¹²⁰ Иако не постоји разлика између терминологије правног (формалног) и стварног власника у српском пореском законодавству, у суштини постоје институције чија примена доводи до истих ефеката као дефинисани термин стварног власника у англосаксонском праву. На пример, власник акција може исте дати другом лицу на плодуюживање, где би плодуюживалац убирао плодове тих акција, односно дивиденду, где он фактички постаје економски власник акција.²¹²¹ Можемо поставити и питање ко би био у обавези у том случају да плати порез на приходе од капитала а да не дође до економског двоструког опорезивања. Управо је и то разлог више да се у оквиру домаћег права направи јасна терминолошка разлика наведених појмова, како би се омогућило опорезивање и стварног (економског), а не само формалног (правног) власника прихода.²¹²²

Што се тиче функције концепта стварног власника, државе могу примењивати поменути концепт као антиабузивну меру или правило за приписивање прихода. Присетимо се, концепту стварног власника се првобитно придавала функција мере за приписивање прихода, док се касније, изменама ОЕCD Коментара 2003. године, поменути концепт примењивао у антиабузивном светлу, на почетку шире, а касније у оквиру најновије верзије Коментара нешто рестриктивније. С обзиром на то да српско право које припада континенталном правном систему поистовећује појмове правног и стварног власништва, разумљиво је да концепт стварног власника у домаћем праву нема конотацију антиабузивне мере.²¹²³ Наглашавамо да је дискутабилан и концепт стварног власника као правила за приписивање прихода, јер закон не даје појашњење, а Министарство финансија у својим мишљењима не захтева од пореске администрације да проверава да ли се приход са извора из Србије, за пореске сврхе заиста приписује нерезиденту, директном примаоцу прихода, у земљи свог резидентства.²¹²⁴ Са друге стране, немачки закон је добар пример где је концепту стварног власника дата функција правила за приписивање, у којем се наводе услови за приписивање имовине као и лица којима се имовина приписује.²¹²⁵ Подсетимо се такође да Немачка у неколико својих пореских уговора концепт стварног власника дефинише као правило за приписивање прихода. На супротној страни, присетимо се, имамо Русију која користи домаћу норму стварног власника као антиабузивну меру широког обима.

²¹¹⁸ D. J. Aigner 105-106.

²¹¹⁹ A. Meindl-Ringler, 285.

²¹²⁰ *Ibid.*, 288.

²¹²¹ Милош Васовић, „Стварни власник прихода као антиабузивна мера у српском пореском законодавству“, *Зборник радова правног факултета у Нишу*, бр. 88 год. LIX, 2020, 223.

²¹²² *Ibid.*

²¹²³ *Ibid.*

²¹²⁴ *Ibid.*

²¹²⁵ Fiscal Code of Germany in the version promulgated on 1 October 2002 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I p. 3866; 2003 I p. 61), last amended by Article 17 of the Act of 17 July 2017 (Federal Law Gazette I p. 2541), чл. 39 (приписивање).

Како бисмо боље схватили начин разумевања појма стварног власника над приходима Министарства финансија Србије, потребно је извршити увид у најновија мишљења поменутог министарства, а поводом концепта стварног власника. Наглашавамо да су ова мишљења објављена након измене OECD Коментара 2014. године.

У мишљењу из 2016. године, Министарство поводом утврђивања стварног власништва над приходима наводило је:²¹²⁶

„Уопштено говорећи, за потребе примене погодности из уговора о избегавању двоструког опорезивања (у конкретном случају, опорезивања бенефицираном стопом пореза по одбитку ауторских накнада по основу лиценце за софтвер) стварним власником ауторских накнада сматра се оно правно лице за кога се (по основу расположивих доказа и околности односно чињеница сваког конкретног случаја – нпр копије уговора о лиценци и др.) недвосмислено или са великим степеном вероватноће, може закључити да да се приход **приписује** том лицу, односно да нерезидент самостално и без икаквих ограничења истим може (самостално) да располаже (да нема обавезу да приход даље проследи неком другом лицу)“.

Скоро у потпуности иста формулација се користи и у мишљењу које такође датира из исте године.²¹²⁷ Оно што можемо да уочимо на први поглед јесте да Министарство концепту стварног власника приписује функцију правила за приписивање прихода, међутим, министарство је попустило да наведе конкретније да ли се сматра да је приход приписан за пореске сврхе ако је заиста плаћен у држави примаоца прихода (subject to tax), или је довољно да држава примаоца прихода уводи порез, али је због одређених пореских погодности обвезник ослобођен плаћања истог (liable to tax). Поновимо, званични OECD Коментар нигде не захтева у дефиницији концепта стварног власника да приход буде приписан директном примаоцу у држави његовог резидентства, већ је поменути концепт представљен у антиабузивном светлу. Даље, Министарство није ближе образложило каква обавеза прослеђивања мора да постоји да би се сматрало да директни прималац није стварни власник прихода. Такође, примећујемо да Министарство у мишљењу спаја правило о приписивању прихода са обавезом прослеђивањем истог. У мишљењу, исто тако, не наводи се и која су то лица којима се приход може приписивати за пореске сврхе, односно то поред агената и номиналних власника, може бити и проточна компанија и било које друго лице, јер дефиниција лица није пружена. Стичемо утисак да су у овом случају улоге правила за приписивање прихода и антиабузивне мере помешане, што није у складу са званичним OECD Коментаром.

Министарство финансија је у месецу мају 2018. године објавило још једно мишљење у којем је наведена иста формулација за ауторске накнаде, али се додало да се као доказ стварног власништва могу користити и образложене изјаве примаоца ауторских накнада, без навођења како те изјаве морају да изгледају.²¹²⁸ Овакви докази који су се захтевали у мишљењима, упућивали су на чињеницу да се концепт стварног власника требало тумачити формално-правно, чак и рестриктивније него што то захтева OECD Коментар. Обавеза (не)прослеђивања и даље није била детаљније образложена, што није у складу са OECD Коментаром.

²¹²⁶ Мишљење Министарства финансија бр. 011-00-3/2016-04 од 20.5.2016. године, Билтен, Република Србија Министарство финансија, службена објашњења и стручна мишљења за примену финансијских прописа, број 6 година LVI, јун 2016, 218.

²¹²⁷ Мишљење Министарства финансија бр. 337-00-232/2016-04 од 27.5.2016. године, Билтен, Република Србија Министарство финансија, службена објашњења и стручна мишљења за примену финансијских прописа, број 6 година LVI, јун 2016, 220-221.

²¹²⁸ Мишљење Министарства финансија бр. 011-00-00345/2018-04 од 9.5.2018. године, Билтен, Република Србија Министарство финансија, службена објашњења и стручна мишљења за примену финансијских прописа, број 5 година LVIII, мај 2018, 158-159.

Наредно мишљење из 2018 године је у карткој формулацији наводило:²¹²⁹

„Нерезидент мора да докаже статус резидента са којом је Република Србија закључила уговор о избегавању двоструког опорезивања и да је нерезидент стварни власник прихода (односно да може потпуно слободно да располаже наведеним приходом, без обавезе да исти уступи или проследи другом лицу – изјава, фактура, комерцијални уговор о лиценци или неки други правни основ плаћања...)“.

Видимо да се у овом мишљењу није захтевало да се приход приписује примаоцу прихода што је у супротности са претходним мишљењима. Напоменимо да различита мишљења поводом истих ствари могу довести до правне несигурности јер порески обвезник не би знао шта да очекује од пореске администрације. Такође, видимо да се обавеза прослеђивања само узгред помињала, без икакве разраде, а даље се није наводило шта се подразумевало под слободним располагањем. Такође, помињао се израз „уступање“, што је недефинисано у српском праву, како у Закону о облигационим односима²¹³⁰, тако и у пореским законима. Поменути израз се не помиње ни у дефиницији концепта стварног власника у важећем OECD Коментару. Према томе, реч „уступање“ може бити појам разних тумачења пореске администрације или судова, што ствара правну несигурност. Ово мишљење датира из 2018. године, дакле 4 године након примене OECD Коментара у којем је последњи пут ревидирана дефиниција концепта стварног власника. Ипак, у овом мишљењу се помињао израз „потпуна слобода располагања“ што нас подсећа на формулацију „пуно право располагања“ које је било део Разјашњења појма стварног власника из 2011. године, што није постало део OECD Коментара 2014. године, јер је указано на велике проблеме у поменутој формулацији. Дакле, дефиниција концепта стварног власника из овог мишљења је у супротности не само са OECD Коментаром, већ и са претходно наведеним мишљењима Министарства финансија.

До промене у мишљењима Министарства долази тек 2021. године када су објављена два нова мишљења поводом концепта стварног власника прихода. У првом мишљењу Министарства финансија из 2021. године наведено је следеће:²¹³¹

„Под стварним власником прихода (у циљу остваривања погодности из уговора о избегавању двоструког опорезивања), уопштено говорећи, сматра се оно правно или физичко лице за које се (на основу расположивих доказа и околности, односно чињеница сваког конкретног случаја) недвосмислено или са великим степеном вероватноће може закључити да се приход **приписује** том лицу односно да, у конкретном случају, нерезидент примљеним приходом може да располаже (односно да нема обавезу да приход даље проследи неком другом лицу).

Посредник, агент, проточна компанија и друга лица која се појављују у својству администратора (формалних примаоца прихода) нису стварни власници прихода зато јер је њихово право на коришћење или уживање прихода (у конкретном случају, ауторске накнаде) ограничено уговорном или законском обавезом да односно плаћање даље проследи другом лицу. Наведена обавеза, уобичајено, настаје на основу одговарајућег правног документа, али се њено постојање може утврдити и на основу чињеница и околности сваког конкретног случаја који јасно показују да, у суштини, прималац прихода нема право коришћења или уживања прихода. Подразумева се да је, на основу валидних чињеница и околности случаја, дозвољено и

²¹²⁹ Мишљење Министарства финансија бр. 430-00-422/2018-04 од 31.8.2018. године, Билтен, Република Србија Министарство финансија, службена објашњења и стручна мишљења за примену финансијских прописа, број 9 година LVIII, септембар 2018, 147.

²¹³⁰ Закон о облигационим односима ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93, "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 - Уставна повеља и "Сл. гласник РС", бр. 18/2020).

²¹³¹ Мишљење Министарства финансија бр. 011-00-439/2021-04 од 11.6.2021. године, 188-190.

доказивање супротног, односно да прималац прихода, нема обавезу његовог даљег прослеђивања другом лицу, у којем случају се онда прималац прихода сматра његовим стварним власником прихода.

Коначно, у свим случајевима утврђивања статуса стварног власника прихода (у конкретном случају, ауторске накнаде по основу лиценце за жиг) статус стварног власника прихода (ауторске накнаде по основу лиценце за жиг) не треба мешати са статусом стварног власника ауторског права над (у конкретном случају) предметним жигом“.

У оквиру овог мишљења, можемо уочити неколико ствари. Прво, Министарство је поново концепту стварног власника придало функцију правила за приписивање прихода, без даље разраде. Друго, видимо у другом пасусу да је Министарство финансија поставило дефиницију концепта стварног власника на сличан начин како то чини OECD Коментар, међутим Министарство се није позвало на OECD Коментар као извор тумачења. Сматрамо да се Министарство није позвало на OECD Коментар који детаљније дефинише поменути концепт, из разлога што би се на тај начин концепту стварног власника приписало јединствено значење у оквиру антиабузивне функције, а не домаће значење из српских пореских закона које концепту стварног власника, као недефинисаном појму, отвара врата разним тумачењима, што можда и одговара пореској администрацији. Међутим, имајмо на уму да овакво поступање ствара правну несигурност, јер пореска администрација нема конкретна упутства како да примени овај концепт, а порески обвезник не зна шта да очекује од примене одредбе о стварном власнику прихода, као ни на који начин да конципира своју одбрану у управном поступку или судском спору. Треће, Министарство финансија је на крају навело да се разлика између правног власника ауторског права и стварног власника прихода које поризлази из истог права мора направити, што је у сагласности са резоновањем OECD. На крају, уочавамо да се и даље мешају функције концепта стварног власника, што постаје уочљивије на основу детаљније разраде његове антиабузивне улоге описане у другом пасусу мишљења.

Последње мишљење које ћемо анализирати у овом раду датира из децембра 2021. године и понавља претходну дефиницију из мишљења из јула/августа исте године са одређеном допуном.²¹³²

„Посебно указујемо да у свим случајевима утврђивања статуса стварног власника прихода (у конкретном случају, ауторске накнаде) статус стварног власника прихода (ауторске накнаде) не треба мешати са статусом стварног власника ауторског права (јер према нашем сазнању, у пракси, у вези са наведеним, неретко долази до неразумевања између пореских обвезника и надлежних пореских органа – и то не само у републици Србији, већ и у неким другим државама). Ово из разлога што модели уговора (OECD и UN, као ни УИДО Републике Србије) не постављају услов да стварни власник буде законити власник права или имовине која је повод за плаћање (и они се, у овом погледу, разликују од неких УИДО закључених широм света, нпр. УИДО између Аустралије и Немачке). Због наведеног је и уживалац права, такође, обухваћен изразом стварни власник у оквиру значења из OECD и UN Модела уговора, као и УИДО Републике Србије.

Истовремено, напомињемо да приликом утврђивања стварног власника прихода није од значаја (и, сходно томе, надлежни порески органи државе извора не би на њу требало да се ослањају и као такву истичу као одлучујућу) чињеница да ли је (или није) порез на приход остварен у држави извора стварно плаћен у држави резидентности лица које истиче статус стварног власника.[...]

²¹³² Мишљење Министарства финансија бр. 011-00-867/2021-04 од 3.12.2021. године, 190-193.

С обзиром на изнето као и, посебно, у недостатку додатних и прецизнијих критеријума за утврђивање статуса стварног власника, оцењујемо да следећа компаративна искуства могу бити од помоћи надлежним пореским органима у Републици Србији (последично, и пореским обвезницима) приликом утврђивања статуса стварног власника дивиденди, камате, ауторских накнада, накнада од услуга које нерезиденти остварују у Републици Србији, односно:

Стварни власник дивиденди: први (али не и једини) доказ за то би могао бити уговор о куповини акција (или неки други правно ваљани акт на основу којег се стиче право на учешће у добити – нпр. извод из АПР, Одлука о расподели дивиденди или учешћа у добити...);

Стварни власник камате: комерцијални уговор о кредиту (из којег се јасно може утврдити ко је и по ком основу зајмодавац, односно прималац и стварни власник камате) и/или неки други правно ваљан документ на основу којег нерезидент у Републици Србији остварује камату (нпр. фактура, изјава примаоца камате);

Стварни власник ауторске накнаде: комерцијални уговор о лиценци (из којег се јасно може утврдити ко је и по ком основу давалац лиценце, односно прималац и стварни власник ауторске накнаде) или неки други правно ваљан документ на основу којег нерезидент у Републици Србији остварује ауторску накнаду (фактура, изјава примаоца ауторске услуге...). [...]

Коначно (у циљу правне сигурности, као и избегавања евентуалних недоумица у пракси), напомињемо да стварни власник прихода за потребе примене уговора о избегавању двоструког опорезивања (где стварни власник прихода може бити и физичко и правно лице) није исто што и стварни власник за потребе осталих прописа (нпр. домаћег законодавства у материји спречавања прања новца у неким државама – у тим прописима нпр. акционар – правно лице – није стварни власник дивиденди већ је то увек физичко лице које стоји иза односног правног лица)“.

У првом делу ове дефиниције, видимо да Министарство финансија само помиње документе OECD, али се не позива изричито на OECD Коментар. Сматрамо да је разлог исти као и код претходног мишљења из исте године. Даље, Министарство наводи да није потребно да прималац прихода у својој држави резидентства заиста и буде опорезован (subject to tax), што значи да се правило о приписивању прихода односи само на ситуације када опорезивање постоји у држави резидентства примаоца прихода, али до фактичког опорезивања услед преференцијалних режима и не мора да дође (liable to tax). Овим је Министарство решило питање из претходних мишљења где се само спомињало правило о приписивању прихода без даље разраде. Такође, извод из агенције за привредне регистре, комерцијални уговори о зајму или лиценци и слично само служе да докажу ко је власник акција, зајмодавац или давалац лиценце, а на основу представљених доказа, не може се са сигурношћу тврдити да ли постоји обавеза прослеђивања прихода, што чини срж концепта стварног власника прихода.

Сматрамо да је потребно детаљније дефинисати концепт стварног власника од стране Министарства финансија у оквиру нових мишљења у којима би се навела дефиниција из званичног OECD Коментара. Такође, било би потребно јасно изразити став по питању функције концепта стварног власника прихода. Због лакшег администрирања и мањег оптерећења, мишљења смо да би Пореска управа Србије требало концепт стварног власника да користи као антиабузивну меру у оквиру једноставније формално-правне интерпретације а према новонасталим условима и новој верзији OECD Коментара. Конкретно, требало би јасно дефинисати шта је потребно доставити од доказа, који могу послужити за доказивање постојања или непостојања обавезе прослеђивања прихода која зависи од уплате. Јасно је да изводи из привредних агенција и комерцијални уговори између исплатиоца и директног

примаоца не могу томе да послуже, осим ако се из таквих комерцијалних уговора не може видети да постоји обавеза прослеђивања тачно одређене уплате трећем лицу, што често неће бити случај јер такав уговор би највероватније био закључен између примаоца прихода и трећег лица. Као пример потребне документације, требало би тражити оснивачке уговоре из којих би се могло видети да ли постоји обавеза прослеђивања дивиденди и у ком износу и року,²¹³³ уговоре између примаоца прихода и трећих лица, одређене чињенице и околности које указују да постоји други прикривени уговор. Околности и чињенице могу бити пословне књиге у којима примљена уплата није ни књижена, или је књижена, али је врло брзо иста исплаћена трећем лицу, у виду континуиране праксе, што би могло да указује да неки уговорни однос постоји. Такође, уколико је уплата примљена, а затим у истом износу пренесена трећем лицу, требало би проверити да ли је прослеђивање зависило од пријема уплате. Сматрамо да домаћа пореска администрација можда нема довољно ресурса да проверава овакве чињенице и околности, односно да проверава да ли постоји писани или неписани уговор који обавезује лице да пренесе уплату трећем лицу, али свакако тренутно резонување домаћих пореских власти није у складу са дефиницијом концепта стварног власника из OECD Коментара, а докази које је лице потребно да пружи указују на чињеницу да се и даље не прави потпуна разлику између стварног власника прихода и правног, односно формалног власника прихода. Иако се у последњим мишљењима наводи да је потребно правити разлику између стварног власника ауторске накнаде и ауторског права, на основу документације коју је потребно приложити, не може се видети да ли је власник имовине (акција или ауторског права) заиста и стварни власник прихода који из те имовине произлази, јер се на основу таквих доказа не може са сигурношћу установити постојање обавезе прослеђивања.

Закључујемо, потребно је у наредним мишљењима да се Министарство финансија у потпуности позове на дефиницију концепта стварног власника из OECD Коментара, а затим да наведе шта је потребно презентовати пореској администрацији од доказа. Докази би требало да указују на постојање или непостојање правне, односно уговорне обавезе о прослеђивању прихода. У обзир би се могли узети сви уговори из којих се види да постоји обавеза прослеђивања тачно одређене уплате, као и све околности и чињенице које указују на постојање неписаног, прикривеног и писаног скривеног уговора. Овакво поступање би било у складу са формално-правним тумачењем концепта стварног власника. Тренутно, докази који се захтевају од пореског обвезника, почевши од изјаве примаоца прихода да је стварни власник прихода, омогућавају пореском обвезнику да са великом лакоћом искористи преференцијалну стопу из пореског уговора. На пример, проточна компанија је у обавези да конкретну примљену уплату проследи на основу уговора или околности које показују да уговор постоји, а домаћим пореским властима доставиће изјаву да она јесте стварни власник дивиденде, или ауторске накнаде што би се сматрало довољним. Поред тога, проточна компанија би могла да достави и извод из привредне агенције за регистрацију компанија, или у случају са ауторским накнадама, комерцијални уговор закључен искључиво између даваоца лиценце и исплатиоца прихода, из којег се не види да ли давалац лиценце има уговорни однос са неким трећем лицем да овакву уплату проследи. На овај начин, Србија постаје погодно место за искоришћавање преференцијалних режима из пореских уговора, захваљујући неодговарајућој примени одредбе о стварном власништву прихода.

Са друге стране, не би требало превише оптерећивати пореске власти применом компликованих норми, имајући у виду велике промене пореских закона у Србији, које захтевају веће ангажовање пореске администрације. Према томе, пореска управа би пре свега требало да се

²¹³³ Уколико би постојала обавеза прослеђивања у кратком року од примања дивиденде, у истом износу или у великом делу, онемогућавајући примаоцу да такву дивиденду користи, сматрамо да се не би могло у том случају рећи да је такав прималац стварни власник дивиденде.

фокусира на обавезу прослеђивања прихода која зависи од пријема уплате у оквиру формално-правне интерпретације. Како би се открило постојање или непостојање ове обавезе, исплатиоцу прихода са извора из Србије, по угледу на руско пореско законодавство, могла би се наметнути обавеза да од примаоца прихода захтева подношење доказа који би указивали да не постоји уговорна обавеза да се приход проследи трећем лицу.²¹³⁴ Оваквим поступањем, пореске власти би биле растерећене, мада не заборавимо, оптерећивање привреде такође може имати негативне последице у смислу одвраћања страних инвестиција. Што се тиче доказивања обавезе прослеђивања, на пример, уколико су у питању ауторске накнаде, директни прималац прихода, који је купио подлиценцу, може да презентује уговор потписан са власником лиценце у којем се наводи да је директни прималац у обавези на годишњем нивоу да плаћа лиценцу у фиксном износу, независно од даље продаје исте. Ако се примењује формално-правна интерпретација концепта стварног власника, овакав доказ би био довољан да се покаже да директни прималац јесте стварни власник прихода. Супротна би била ситуација где се из поменутог уговора о лиценци види да директни прималац има обавезу да проследи већи, унапред одређени износ ауторске накнаде коју прима и која зависи од уплате са извора из Србије. Подсетимо се случаја *Indofood*, где је постојао уговор између холдинг компаније, директног примаоца камате и трећег лица, на основу којег је холдинг компанија била у обавези да тачно одређену примљену камату проследи поменутом трећем лицу.²¹³⁵ Што се тиче откривања усмених или прикривених уговора, пореска администрација би требало да улази у суштину околности и чињеница које указују да постоји усмени уговор или да је писани уговор у ствари симулован, а да се права реалност заснива на десимулованом уговору. Уколико би порески обвезник у старту био у обавези да обезбеди доказе на основу којих се види да не постоји обавеза прослеђивања прихода, пореска управа би у оквиру даље контроле могла да улази у суштину околности и чињеница сваког конкретног случаја уколико сматра да је то потребно. На овај начин, пореска управа би доста била растерећена, а улажење у суштину, ради доказивања постојања усменог или прикривеног уговорног односа, изводило би се од случаја до случаја уколико пореске власти оцене да постоје основи сумње да поменути уговорни односи ипак постоје.

На крају требало би указати на још један проблем. Наиме, поменули смо да се мишљења поводом истих ствари разликују у мањој или већој мери. Подсетимо се, мишљења се разликују у томе што је последње мишљење из децембра 2021. године нека врста допуне претходних по питању правила за приписивање прихода, међутим ово мишљење које смо навели, у потпуности се разликује од мишљења из 2018. године поводом исте материје, односно преференцијалне стопе из пореског уговора за порезе по одбитку. Са друге стране, поменуто мишљење из децембра 2021. године допуњује мишљење Министарства финансија из 2016. године. Видимо пре свега постојање дисконтинуитета. Може се поставити питање: да ли касније мишљење може да послужи за решавање случајева који су се десили пре него што је односно мишљење објављено, односно ступило на снагу? Пре свега, потребно је прво осврнути се на начело временског важења пореских прописа које наводи да се пореска обавеза утврђује на основу прописа који су били на снази у време њеног настанка, осим ако је у складу са уставом и законом, за поједине одредбе **закона** предвиђено да имају повратно дејство.²¹³⁶ Дакле, само поједине одредбе закона, уколико је то наведено у закону или уставу, могу да имају ретроактивно дејство. Језичким тумачењем, само законске одредбе могу имати

²¹³⁴ Имајмо на уму да се оваква обавеза може увести само законским путем или доношењем подзаконског акта.

²¹³⁵ P. Baker, 28 и 37.

²¹³⁶ Закон о пореском поступку и пореској администрацији ("Сл. гласник РС", бр. 80/2002, 84/2002 - испр., 23/2003 - испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 - др. закон, 62/2006 - др. закон, 63/2006 - испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 - др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 - испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 - аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020, 96/2021, 138/2022), чл. 5, ст. 1.

поменуто дејство што искључује примену ретроактивног дејства мишљења министарства. Међутим, нејасно је да ли мишљења министарства могу имати ретроактивно дејство, што доводи до правне несигурности, па тако, порески обвезник или пореске власти могу да се служе мишљењима која њима одговарају. Уколико погледамо OECD Модел-конвенцију и Коментар из 2017. године, можемо приметити да се заступа амбулаторни прилаз (енг.: *ambulatory approach*).²¹³⁷ Конкретније, OECD наводи да уколико су касније верзије Коментара у суштинској супротности са одредбама пореског уговора који је закључен пре ступања на снагу новијег Коментара, примениће се верзија Коментара или Модел-конвенције, која је била на снази у моменту закључења пореског уговора.²¹³⁸ Супротно, уколико касније верзије Коментара допуњују или додатно појашњавају одређену одредбу пореског уговора који је раније закључен, требало би у обзир узети само новију верзију Коментара.²¹³⁹ Уколико бисмо ову логику применили и на мишљења Министарства финансија, било би потребно да мишљења поводом стварног власника прихода буду комплементарна, односно да се допуњују у циљу бољег схватања појма. Међутим, како смо већ навели, у мишљењу из 2016. године заступа се један став, потом, 2018. године се заступа други став, да би се у каснијим мишљењима поново наставила пракса из поменутог мишљења од 2016. године. Имајући у виду неконзистентност у мишљењима Министарства финансија, не можемо применити логику OECD, с обзиром на то да су нека мишљења у супротности и да не постоји конзистентност. Такође, подсетимо се, одредба о стварном власнику је остала непромењена у оквиру OECD Коментара од 2014. године, као и у домаћим законима. Неконзистентност и супротност у мишљењима, могло би се правдати једино уколико би мишљења пратила став OECD који би у међувремену додатно појашњавао и мењао дефиницију концепта стварног власника, или да је дошло до промене дефиниције поменутог концепта у оквиру домаћих закона. С обзиром на то да су сва поменута мишљења објављена након 2014. године, када никаквих промена није било у оквиру OECD и домаћих закона, не можемо у обзир узети логику преузету од OECD да је потребно користити само најновије мишљење за случај који се десио пре његовог објављивања. Управо оваква ситуација доводи до правне несигурности.

Међутим, мишљење из децембра 2021. године, заправо допуњује мишљење од јула исте године, као и мишљење из 2016. године и маја 2018. године. Према томе, уколико се неки случај десио 2016. године, могла би се применити логика OECD где би се у обзир узело мишљење од маја 2018. године, али не и мишљење до септембра 2018. године које има неконзистентан и супротан став. Такође, уколико се случај десио у октобру 2018. године, не би могло да се примени мишљење из 2021 године, које је супротно претходном поменутом мишљењу, а комплементарно осталим мишљењима. Уколико се случај десио у мају 2021. године, након објављивања мишљења, могло би се применити касније мишљење из децембра које тачно наводи да се у оквиру одредбе о стварном власнику прихода као правила за приписивање прихода, не може од директног обвезника очекивати да је порез заиста и платио у држави свог резидентства. Поновимо, мишљење од маја 2021. године, није конкретно одређивало да ли је потребно да директни прималац у држави свог резидентства заиста и плати порез или да је само подвргнут опорезивању, без обзира на постојање преференцијалних режима. Према томе, уколико се случај десио у мају, требало би применити мишљење од децембра према којем се захтева само да је директни прималац подложен опорезивању у држави свог резидентства (*liable to tax*). Међутим, реално је очекивати да би порески обвезник као и пореске власти у обзир узимали само мишљења која њима иду у прилог, због чега сматрамо да се правна несигурност може у потпуности уклонити једино дефинисањем одредбе о стварном власнику прихода у оквиру закона или неког подзаконског акта.

²¹³⁷ преузето са адресе <https://taxpol.blogspot.com/2012/05/tax-treaty-interpretation-ambulatory.html> дана 17.5.2022.

²¹³⁸ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, 2017, Introduction, пар. 33 – 36.

²¹³⁹ *Ibid.*

III. Зашто постоји потреба за дефинисањем појма стварног власника прихода у домаћем праву?

Први разлог за примену домаће одредбе стварног власника као антиабузивне мере на чланове пореских уговора који регулишу дивиденде, камате и ауторске накнаде јесте управо примена снижене стопе пореза по одбитку који предвиђају порески уговори, уместо примене веће законске или уговорне предвиђене стопе. Србија има закључене пореске уговоре са одређеним државама где су стопе пореза по одбитку веома ниске, а притом, држава примаоца може имати веома повољне законске одредбе за приходе који би се проследили лицима из трећих држава. На пример, уколико компанија из Белгије жели да инвестира у Србији, оснивајући нову филијалу, исплаћена дивиденда би подлежала порезу по одбитку у висини од 10%.²¹⁴⁰ Међутим, белгијска компанија може да оснује своју филијалу у Холандији, која потом оснива сопствену филијалу у Србији, што ће довести до тога да пореска стопа пореза по одбитку за дивиденде применом пореског уговора између Србије и Холандије буде 5%.²¹⁴¹ Даље, применом Директиве о филијали и матичној компанији, не би се обрачунавао порез по одбитку за дивиденде које се исплаћују резиденту државе чланице ЕУ²¹⁴², у конкретном случају, резиденту Белгије. Укупан порески терет овакве трансакције²¹⁴³ би износио само 5% уместо 10% како прописује порески уговор између Србије и Белгије. Уз наведено, потребно је навести да Србија своју политику заснива на привлачењу страног капитала. Чињеница која додатно показује намеру Србије за привлачењем инвестиција, односно капитала, можемо видети и у неким одредбама закона²¹⁴⁴ које су омогућиле подстицаје за улагање, односно за увоз капитала у Србију.

С обзиром на то да домаћи порески закони, из угла језичког тумачења, захтевају да нерезидентни прималац докаже да је стварни власник прихода, порески инспектор може да захтева и доказе поред наведених из мишљења Министарства финансија, што може да доведе до правне несигурности. Подсетимо се, закон има већу правну снагу од мишљења Министарства која не обавезују пореског обвезника. Стварно власништво као правна категорија, није познато српском пореском праву које припада групи држава континенталног правног система, што је разлог више да се поменути термин дефинише детаљније у поменутим законима или подзаконским актима. Битно је напоменути да мишљења Министарства поводом релативно сличних, ако не и истих ситуација могу да се разликују, па се поставља питање, на које мишљење би порески обвезник или пореска администрација требало да се ослоне? Такође, имајмо на уму да Управни суд Србије није у обавези да примењује мишљења Министарства финансија, па тако уколико би се уложила тужба, суд би могао концепт стварног власника да тумачи по свом нахођењу, највероватније у светлу континенталне правне праксе.

Уколико би Србија примењивала одредбу стварног власника по угледу на земље које наведеној одредби дају карактер антиабузивне мере, међу којима је и Русија, терет доказа о

²¹⁴⁰ Споразум између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Краљевине Белгије о избегавању двоструког опорезивања дохода и имовине, чл. 10, ст. 2, тч. (а).

²¹⁴¹ Уговор између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Краљевине Холандије о избегавању двоструког опорезивања у односу на доходак и имовину, чл. 10, ст. 2, тч. (а).

²¹⁴² Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, J L 345, 29.12.2011, чл. 5.

²¹⁴³ Узимајући у обзир да Холандија примењује афилијациону привилегију за примљене дивиденде из иностранства.

²¹⁴⁴ ЗПДПЛ, чл. 50ј (улагања у старт ап фирме које обављају иновациону делатност), чл. 25а и 30 (IP Vox режим), чл. 22г (признавање трошкова у дуплом износу за истраживање и развој које обвезник обавља у Републици Србији).

стварном власнику би могао бити на домаћем исплатиоцу прихода, што умањује административну оптерећеност пореске управе, али са друге стране би потенцијално оптерећивао привреду. Сматрамо да би Србија требало да прати смернице OECD и да концепт стварног власника дефинише у формално-правном смислу према дефиницији из званичног OECD Коментара. Имајући у виду да Србија примењује интегрални концепт својине, формално-правна интерпретација концепта стварног власника би била много једноставнија за примену домаћим пореским властима. Такође, узимајући у обзир комплексност теста основног циља, примена формално-правне интерпретације овог концепта би за пореску администрацију била много лакше средство примене, а уколико би се показало да лице јесте стварни власник прихода, могла би се применити поменута општа одредба.

Међутим, потребно је имати у виду да уколико је циљ Републике Србије да привлачи стране инвестиције, ефикасна примена концепта стварног власника у оквиру домаћег права би могла да доведе до нежељених ефеката у смислу одвраћања инвеститора, иако новија законодавна решења омогућавају врло повољно пословање у Србији са пореског становишта. Поновимо, Србија има разгранату мрежу пореских уговора, што омогућава злоупотребу из разлога што домаћа одредба о стварном власништву прихода није дефинисана, али пореска управа као резервну опцију може да користи концепт стварног власника из пореских уговора у оквиру међународног јединственог значења на које упућује OECD Коментар. Свакако, с обзиром на то да домаћи закони већ предвиђају услов стварног власништва над приходима, сматрамо да би у том случају требало дефинисати домаћу одреду о стварном власнику прихода у складу са међународним јединственим контекстом поменуте одредбе.

IV. Предлог концепта стварног власника прихода за успостављање правне сигурности

Предлог аутора овог рада по питању дефиниције концепта стварног власника прихода, усмерен је ка творцима Модел-конвенције OECD, као и националним властима, а у циљу успостављања веће правне сигурности. Уколико би OECD усвојила доле поменуте предлоге, државе које су као „мустру“ својих пореских уговора користиле Модел-конвенцију OECD, врло вероватно би пратиле исто или слично резонување, што би смањило неуједначену примену и тумачење једног истог појма из пореских уговора.

Прво, с обзиром на то да је правни карактер Коментара упитан, неке државе примењују Коментар приликом тумачења одредбе о стварном власнику, док друге то не чине. На пример, Швајцарска, која је чланица OECD, скоро па дословно примењује дефиницију стварног власника прихода из Коментара.²¹⁴⁵ Русија, која није чланица OECD, позива се на Коментар и исти користи при тумачењу концепта стварног власника, али у суштини примењује домаћу норму за коју сматра да је у сагласности са дефиницијом коју прописује Коментар.²¹⁴⁶ Са друге стране, Министарство финансија Србије се у својим мишљењима не позива на интерпретацију концепта стварног власника прихода према дефиницији из званичног

²¹⁴⁵ Federal Supreme, Case No. 2C_880/2018, Judgment of 19 may 2020, II Public Law Departement.

²¹⁴⁶ Письмо Федеральной налоговой службы от 17 мая 2017 г. No CA-4-7/9270@ “О практике рассмотрения споров по вопросу неправомерного применения налоговыми агентами льготных условий налогообложения при взимании налога на прибыль с доходов иностранных организаций”, 1.

Коментара, већ Коментар само ограничено у једној реченици помиње и то само у једном од више мишљења поводом исте ситуације везане за поменути концепт. Видимо да државе OECD примењују Коментар за тумачење одредбе о стварном власнику, док то не мора бити случај и код држава које нису чланице. Уколико би дефиниција постојала у пореским уговорима, питање правног статуса Коментара се не би ни постављало, међутим, мало је вероватно да државе приступе изменама пореских уговора поводом концепта стварног власника путем неког мултилатералног инструмента, јер поменути концепт није био део BEPS пројекта, па тако, врло вероватно у блиској будућности неће бити део интересовања OECD. Са друге стране, измена у Модел-конвенцији би донела унификацију само за будуће пореске уговоре који се закључе, али само уколико би такви уговори преписали дефиницију из Модел-конвенције. Према томе, једини тренутни и реалан начин да се превазиђе проблем око правног статуса Коментара видимо у посебном навођењу у коментарима чланова 10 – 12 Модел-конвенције OECD да је примена динамичне интерпретације пожељна, док би се у Модел-конвенцији могло нагласити у поменутим члановима да се за дефиницију концепта користе одредбе из Коментара. Иако би нова Модел-конвенција служила као „мустра“ за нове пореске уговоре, створила би се већа свест међу пореским и судским властима да је потребно користити дефиницију из Коментара по принципу динамичне интерпретације, што би можда утицало на поменуте власти да такав приступ примењују и на раније закључене уговоре.

Друго, с обзиром на то да одредба о стварном власнику прихода у пореским уговорима постоји, али није дефинисана у већини случајева, долазило би до примене члана 3 става 2 пореских уговора који се ослања на исти члан званичне OECD Модел-конвенције. Овај члан наводи да када држава уговорница примењује у било које време Конвенцију, сваки израз који у њој није дефинисан има значење, осим ако контекст не захтева другачије, према закону те државе за потребе пореза на које се Конвенција примењује у том тренутку и значење према важећим пореским законима које примењује та држава има предност у односу на значење које том изразу дају други закони те државе. Дакле, поставља се питање, да ли контекст захтева другачије? Државе које у домаћем пореском праву имају дефинисане одредбе о стварном власнику, могу бити у искушењу да исте примене на тумачење концепта стварног власника из пореских уговора. Показали смо у претходном делу да јединствени контекст стварног власника прихода из пореских уговора постоји, али поједине државе и даље примењују тумачење из домаћег права, наводећи да је оно у складу са јединственим контекстом. Најбољи пример јесте Русија, која примењује концепт стварног власника из домаћег права у антиабузивном светлу у оквиру широког економског, уместо, како то званични Коментар промовише, формално-правног тумачења. Подсетимо се, Министарство финансија Русије наводи да је такво тумачење у складу са јединственим значењем концепта стварног власника из званичног OECD Коментара. За неуједначену праксу по овом питању је делимично крива и OECD. Потребно је у Коментару у оквиру дефиниције концепта стварног власника навести да овај појам има јединствено значење и контекст у оквиру пореских уговора. Такође, поред увођења изрази „јединствени контекст/значење у оквиру пореских уговора“, било би потребно и јасније навести да се дефиниције исте одредбе из националних закона држава уговорница не могу користити за интерпретацију стварног власника из пореских уговора, већ је потребно користити дефиницију из званичног Коментара. Сматрамо да је оваква формулација јаснија од тренутне, која се може, на пример, наћи у ставу 12.1 званичног Коментара члана 10²¹⁴⁷ Модел-конвенције OECD. На овај начин, било би јасније да контекст захтева другачије, како се наводи у члану 3 ставу 2 пореских уговора, и да примена домаћег значења није оправдана. Такође, на овај начин, држава извора не би могла да примењује домаће право за које наводи да је у складу са јединственим контекстом/значењем и интерпретацијом концепта стварног власника из Коментара, већ би највероватније применила дефиницију из Коментара. С обзиром да је дефиниција одредбе о стварном власнику прихода у оквиру Директиве о камати и ауторским

²¹⁴⁷ Ово исто важи и за чланове 11 и 12 OECD Модел-конвенције 2017.

накнадама различита од дефиниције из Коментарa, и промовише економску интерпретацију, државе чланице ЕУ не би могле такву имплементирану дефиницију да примењују за тумачење истог појма из пореских уговора.

Треће, раније смо утврдили да је обим примене појма стварног власника Коментаром из 2014. године доста сужен, а BEPS Акција 6 и нови Коментар из 2017. године, на индиректан начин потврђују да је Коментар од 2014. године сузио употребу концепта стварног власника само на одређене аранжмане злоупотребе уговора где се појављују проточне компаније.²¹⁴⁸ OECD је имала намеру да се концепт стварног власника и даље примењује у антиабузивном светлу, како је то наведено још у верзији Коментарa из 2003. године, али сада у оквиру формално-правне интерпретације. С обзиром да је редослед догађаја указивао на поменућу намеру OECD, сматрамо да је потребно држати се формално-правне интерпретације. Међутим, иако новонастале околности након 2014. године указују на примену формално-правне интерпретације, потребно је извршити ревизију одредбе о стварном власнику како би се успоставио што већи степен правне сигурности, избегла неуједначена пракса и интерпретација и постигла што већа унификација поменутог појма у праву међународних пореских уговора.

Пре свега, Коментар наводи да обавеза прослеђивања обично произлази из релевантних правних докумената, али може постојати и услед чињеница и околности које указују да, суштински, прималац очигледно нема право да користи и убире плод дивиденде без ограничења наметнутог уговорном или правном обавезом да проследи примљену уплату другом лицу.²¹⁴⁹ Компанија Deloitte је навела да је фраза „у суштини“ двосмислена јер може да указује на доказе попут правних докумената из којих се види постојање обавезе прослеђивања прихода, а такође, може да означава и могућност пореске управе да анализира суштину таквог документа а не само његову форму.²¹⁵⁰ Даље, поменута фирма је изразила став да формулација описане реченице у ставу 12.4. члана 10 Коментарa може бити интерпретирана двојачко. Прва интерпретација би подразумевала да правни документ о прослеђивању прихода мора да постоји, или да постоји неки уговор који не помиње такву обавезу, али суштински, она постоји на основу околности случајева који се разликују од онога што је уговором прописано.²¹⁵¹ На пример, стране могу да потпишу уговор, али у стварности да примењују други уговор, усмени или писмени или у виду амандмана уговора.²¹⁵² Друга интерпретација према изразу „али може такође постојати“ би могла да указује да пореске администрације нису у обавези да трагају искључиво за неким правним документом и гледају његову суштину, већ могу и да одбију примену користи из уговора на основу околности и чињеница које указују да директни прималац није стварни власник прихода иако не постоји правни документ који га обавезује да приход проследи, али стране (директни прималац и стварни власник прихода) суштински поступају као да такав документ постоји.²¹⁵³ Као пример наведен је познати судски случај *Prevost Car Inc. v Canada*. Подсетимо се, у оквиру овог случаја, канадски суд је одлучио да директни прималац јесте стварни власник прихода, јер уговор у коме се наводила обавеза прослеђивања, директни прималац није био потписник. Такође, компанија из Холандије, као директни прималац прихода, није имала запослене, имовину, осим акција у канадској фирми, седиште јој је било регистровано у канцеларијама компаније за управљање, а приход је у скоро једнаком износу прослеђивала акционарима.²¹⁵⁴ Оваква одлука је у сагласности са првом интерпретацијом, али би суд, применом друге интерпретације, иако нема правног документа

²¹⁴⁸ R. J. Danon (2018.), 34 – 36.

²¹⁴⁹ Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2014, ст. 12.4, чл. 10 Коментарa.

²¹⁵⁰ Comments on Public Discussion Draft: Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Deloitte, Steve Towers, 13 July 2011, 2.

²¹⁵¹ *Ibid.*, 8.

²¹⁵² *Ibid.*

²¹⁵³ *Ibid.*

²¹⁵⁴ B. Arnold, 40.

из којег се може видети постојање обавезе прослеђивања прихода, на основу околности²¹⁵⁵ случаја могао да закључи да постоји обавеза прослеђивања прихода и да су стварни власници прихода заправо компаније Volvo из Шведске и Henlys из УК.²¹⁵⁶ Deloitte је сматрала да је потребно јасно дефинисати намеру OECD како судови не би могли да придају различите интерпретације овом ставу.²¹⁵⁷

Уколико се прихвати формално-правно тумачење, може се сматрати да обавеза прослеђивања једино може произлазити из уговорног/правног односа који обавезује директног примаоца да проследи примљени приход, док би економско тумачење подразумевало да обавеза прослеђивања може постојати иако не постоји никакав уговорни однос, али чињенице и околности указују да постоји нека врста обавезе да се проследи приход. Сматрамо да Коментар није довољно прецизно навео коју врсту интерпретације је потребно применити. Изрази попут „у суштини“, „обично произлази из“, „може постојати и услед“, могу бити тумачени двојачко. Поменути изрази у формулацији концепта стварног власника могу навести на примену прилаза „суштина изнад форме“ (економско тумачење), што би чинило и поље примене ТОЦ. Мишљења смо да је OECD са намером оставила такву формулацију, како би концепт стварног власника у неким ситуацијама могао да сузбије и злоупотребе пореских уговора, иако не постоје правни документи који указују на обавезу прослеђивања прихода, али суштински, директни прималац послује у својству проточне компаније, с обзиром на то да у том моменту, ТОЦ није још увек постојао у већини пореских уговора. Према томе, концепт стварног власника је била једина поузданија антиабузивна мера која је могла да спречи злоупотребе пореских уговора применом принципа „суштина изнад форме“, односно применом економског тумачења. На овај начин, Коментар је остављао пореским и судским властима на оцену да ли је формално-правна или економска интерпретација за њих погоднија, отворивши врата правној несигурности, неуједначеној примени и различитом тумачењу.

С обзиром на то да је ТОЦ сада већ доста доминантан у пореским уговорима, економска интерпретација постаје сувишна. Раније смо анализирали оба типа интерпретације и њихову интеракцију са ТОЦ и КОП, где смо утврдили да је коегзистенција могућа једино уз примену формално-правне интерпретације. Формално-правна интерпретација захтева једино утврђивање да ли уговор, тј правни документ који обавезује директног примаоца да проследи приход постоји, док економска интерпретација у обзир може узети широк спектар чињеница и околности, па тако, суд једне државе може примењивати једну, а суд друге државе неку другу чињеницу у оквиру економског прилаза. Уколико судови примењују економско тумачење, интеракција са ТОЦ ће увек бити другачија, јер ће се приликом утврђивања постојања обавезе прослеђивања независно од постојања уговора, од случаја до случаја, у обзир узимати различите чињенице или околности.

Предлажемо да се из дефиниције концепта стварног власника избаци израз „у суштини“. Такође, потребно је прецизирати да чињенице и околности случаја могу да послуже само откривању уговорног односа. Конкретније, на основу јасније дефиниције, Коментар би околности и чињенице случаја представљао као средство да се открије правна или уговорна обавеза прослеђивања прихода. Пракса судова, попут швајцарских који се ослањају на дефиницију стварног власника из званичног Коментара, где се у обзир узима правна и уговорна обавеза, као и обавеза која произлази из чињеница и околности случаја да се приход проследи трећем лицу,²¹⁵⁸ била би превазиђена. Уз све наведено, било би најбоље да Коментар

²¹⁵⁵ Непостојање имовине, осим акција у канадској фирми, запослених, објеката, и сл. ; као и прослеђивање прихода акционарима.

²¹⁵⁶ Comments on Public Discussion Draft: Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Deloitte, Steve Towers, 9.

²¹⁵⁷ *Ibid.*

²¹⁵⁸ R. Matteotti, F. M. Sutter, 57.

и јасно наведе да је концепт стварног власника потребно тумачити у формално-правном, односно рестриктивнијем смислу.

У циљу сузбијања неуједначене примене и интерпретације истог појма, концепт стварног власника, алтернативно, као мера за приписивање прихода може послужити остварењу поменутог циља. Историјски гледано, улога правила за приписивање прихода је првобитно била придата концепту стварног власника прихода. Зашто би уопште и постојала потреба враћања на првобитну улогу правила за приписивање прихода и напуштање тренутне антиабузивне функције? Пре свега, уговори у све већој мери, услед ратификовања MLI конвенције, прихватају ТОЦ као уговорну општу антиабузивну меру. Такође, званични OECD Коментар наводи примере у којима се може успешно применити ТОЦ. Слични, ако не и исти примери су се дешавали у пракси ранијих година где су судови примењивали концепт стварног власника прихода у виду антиабузивне мере. Дакле, поред формално-правно тумаченог концепта стварног власника у виду антиабузивне норме, алтернативно, OECD би могла поново да се врати на примену правила за приписивање прихода. Међутим, такво правило би морало да буде усклађено са свим новијим пројектима OECD.

Прво, правило за приписивање прихода у виду концепта стварног власника се и у првој OECD Модел-конвенцији односило само на агенте и номиналне власнике, не узимајући у обзир и проточне компаније.²¹⁵⁹ Поновимо, агенти и номинални власници према компанијским законима послују у име и за рачун другог лица, или у своје име а за рачун другог лица.²¹⁶⁰ Проточне компаније, које у компанијским и пореским законима имају статус одвојених правних лица, послују у своје име и за свој рачун.²¹⁶¹ ТОЦ, као и КОП, теже ка сузбијању аранжмана са проточним компанијама, па тако постаје непотребно да концепт стварног власника обухвата и такве ентитете.

Друго, подсетимо се, ако би се наведени концепт схватио као правило за приписивање прихода, стварним власником би се сматрало лице које је резидент државе уговорнице, које је поднело захтев за примену преференцијалне стопе из пореског уговора и коме би се за пореске сврхе у земљи свог резидентства приписивали примљени приходи.²¹⁶² Међутим реч „приписује“ може бити схваћена двојачко, па тако, наведено правило може користити приступ о подложности опорезивању (енг.: *liable to tax*) или прилаз о подвргнутом опорезивању (енг.: *subject to tax*).²¹⁶³ Први прилаз подразумева да се стварним власником прихода сматра лице чија држава резидентства примљени приход приписује том лицу за пореске сврхе иако, услед неких преференцијалних третмана, приход на крају не буде опорезован.²¹⁶⁴ Супротно, други прилаз подразумева да се приход приписује лицу чија држава резидентства заиста опорезује такав приход, па тако уколико постоји одредба која изузима одређени приход од опорезивања, неће се сматрати да је такав приход подвргнут опорезивању.²¹⁶⁵ Присетимо се такође и једног од мотива УК за примену одредбе о стварном власнику за чланове 10-12 у својим уговорима из шездесетих година претходног века, који је везан за добротворне организације и пензионе фондове.²¹⁶⁶ Наиме, наведена два ентитета, која су у УК по домаћем праву била изузета од опорезивања, услед примене одредбе о подвргнутом опорезивању, не би имала право на погодности из пореског уговора.²¹⁶⁷ Такође, OECD је сматрала да одредба о подвргнутом

²¹⁵⁹ Model Double Taxation Convention on Income and Capital, OECD 1977, чл. 10, ст. 2, стр 31.

²¹⁶⁰ B. Kuzniacki (2022).95.

²¹⁶¹ *Ibid.*

²¹⁶² D. V. Armelin, 502.

²¹⁶³ A. Meindl-Ringler, 331.

²¹⁶⁴ *Ibid.*, 11.

²¹⁶⁵ *Ibid.*

²¹⁶⁶ *Ibid.*, 332-333.

²¹⁶⁷ *Ibid.*

опорезивању није у складу са духом и општим аранжманом Модел-конвенције, што је резултирало да се прихвати одредба о стварном власнику прихода.²¹⁶⁸ Порески уговори који дефинишу концепт стварног власника као правило за приписивање прихода, не дефинишу конкретније да ли се приписивање односи на прилаз о подложности или подвргнутом опорезивању. Узмимо за пример уговор између Немачке и САД који наводи да ће држава уговорница сматрати да је прималац дивиденде, камате или ауторске накнаде, резидент друге државе уговорнице, стварни власник за сврху чланова 10, 11 и 12, ако је прималац оно лице којем је приход приписан за пореске сврхе према законима прве поменуте државе.²¹⁶⁹ Видимо да се не објашњава прилаз који би се требало користити. Међутим, новија мишљења министарства финансија Србије, где се концепт стварног власника примењује у антиабузивном, као и у светлу правила за приписивање прихода, наводе да није потребно да порез заиста буде и плаћен у држави резидентства, односно примењује се прилаз о подложности опорезивању.²¹⁷⁰ Уколико би се правило за приписивање прихода примењивало у оквиру прилаза о подложности опорезивању, наведено правило би се лако могло избећи. Са друге стране, услед примене прилаза о подвргнутом опорезивању, многи ентитети не би могли да се користе пореским уговорима, што је и УК истакло. Мишљења смо да би OECD требало да прихвати правило о приписивању у оквиру прилаза о подвргнутом опорезивању са навођеним изузецима попут одређених фондова, трастова и слично. Ниво заштите би био већи, али са друге стране, оптерећење је веће, с обзиром на то да би држава извора морала у што краћем року да добије информацију да ли је порез заиста плаћен, или ће бити плаћен у држави резидентства директног примаоца прихода. Свакако, OECD би морала у свом Коментару да наведе један од ова два приступа како би се избегла неуједначена примена и различито тумачење приписивања.

Треће, било би потребно разрешити по чијем праву се гледа приписивање, односно да ли је довољно да држава резидентства директног примаоца приложи доказ да је приход приписан за пореске сврхе у тој држави поменутом примаоцу прихода, или је довољно да држава извора сама процени да ли је такав приход приписан истом примаоцу. Ово је врло битно с обзиром на то да порески уговори који дефинишу концепт стварног власника у оквиру правила за приписивање прихода, различито приступају поменутој дилеми. Протокол уговора између Немачке и Италије у ставу 8 наводи да је прималац дивиденде, камате и ауторских накнада стварни власник у оквиру значења које се налази у члановима 10, 11 и 12, уколико има право да прими исплате, па му је примљени приход приписан према праву обе државе.²¹⁷¹ Дакле, право државе резидентства се узима у обзир, а држава извора може да донесе одлуку да ли ће прихватити приписивање прихода које је извршено од стране државе резидентства. Са друге стране уговор између Немачке и САД наводи да ће држава уговорница сматрати да је прималац дивиденде, камате или ауторске накнаде, резидент друге државе уговорнице, стварни власник за сврху чланова 10, 11 и 12, ако је прималац оно лице којем је приход приписан за пореске сврхе према законима прве поменуте државе.²¹⁷² Подсетимо се, примена правила за приписивање прихода према праву државе резидентства јесте најприхватљивије решење, али

²¹⁶⁸ *Ibid*, 332.

²¹⁶⁹ The Convention between the United States of America and the Federal Republic of Germany for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and capital and too certain other taxes, 1989, Protocol, , ст. 10. Преузето са адресе: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/germany.pdf> 4.5.2021.

²¹⁷⁰ Мишљење Министарства финансија бр. 011-00-867/2021-04 од 3.12.2021. године, 190-193.

²¹⁷¹ Convention between the Federeal Republic of Germany and the Republic of Italy for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and on capital and for the prevention of fiscal evasion, 1989, Protocol, ст. 9. Преузето са адресе: https://www.finanze.gov.it/export/sites/finanze/.galleries/Documenti/dipartimento_pol_fisc/germ-en.pdf 4.5.2021.

²¹⁷² The Convention between the United States of America and the Federal Republic of Germany for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and capital and too certain other taxes, 1989, Protocol, , ст. 10. Преузето са адресе: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/germany.pdf> 4.5.2021.

које је такође у супротности са чланом 3 ставом 2 пореских уговора.²¹⁷³ Наиме, члан 3 став 2 између осталог прописује да сваки израз који у Конвенцији није дефинисан, има значење, осим ако контекст не захтева другачије, према закону те државе за потребе пореза на које се Конвенција примењује.²¹⁷⁴ Читајући наведени члан Конвенције, држава извора би требало да за порез по одбитку за чланове 10-12 пореских уговора примењује своје право према лицима која нису њени резиденти.²¹⁷⁵ Међутим, у оквиру израза „осим ако контекст не захтева другачије“, контекст може да подразумева да је за сврху примене правила за приписивање прихода потребно применити право државе резидентства.²¹⁷⁶ Мишљења смо да је потребно применити право државе резидентства, посебно имајући у виду да је размена пореских података сада много олакшана, односно држава извора би могла лакше да добије информације о томе да ли је приход заиста приписан за пореске сврхе директном примаоцу у држави његовог резидентства. Међутим, имајмо у виду да у том случају, поред сертификата о резидентности, било би потребно приложити и доказ да је приход у држави резидентства приписан за пореске сврхе директном примаоцу. Како образац о резидентности наводи да је сертификат издат од стране надлежног органа државе резидентности стварног власника прихода, може се поставити питање уколико држава резидентности, услед примене концепта стварног власника као правила за приписивање прихода, изда такав сертификат, да ли би се истим потврђивало да је директни прималац и стварни власник прихода, односно да је истом лицу приписан приход за пореске сврхе у држави резидентства. OECD би свакако требало да наведе јасно чије ће право бити релевантно, како би правна сигурност била успостављена. Такође, било би пожељно навести и да сертификат о резидентности може бити доказ да је лице стварни власник прихода, односно да је таквом лицу, приход приписан за пореске сврхе у земљи свог резидентства. Конкретније, орган који издаје сертификат о резидентности, пре тога би морао да утврди да ли је порез плаћен у држави резидентства (subject to tax), односно да ли је лице обухваћено пореском нормом која га обавезује на плаћање пореза, иако услед преференцијалних одредаба, до опорезивања заиста не долази (liable to tax).

На крају, потребно је рећи да се правило о приписивању прихода не би косило са применом ТОЦ и КОП који служе пре свега сузбијању аранжмана са проточним компанијама, које не би биле обухваћене одредбом о стварном власнику прихода. Иако би се оваквом правилу за приписивање прихода могла придати и антиабузивна конотација, која је у оквиру OECD Модел-конвенције из 1977. године била случајна, одредба о стварном власнику би била специјална антиабузивна норма са једном врло објективном чињеницом попут КОП²¹⁷⁷. С обзиром на своју природу, чак и да обухвата и проточне компаније, одредба о стварном власнику прихода у виду правила за приписивање прихода са делимичном конотацијом специјалне антиабузивне мере, увек би се применила прва, а затим и ТОЦ као општа антиабузивна мера.

²¹⁷³ David G. Duff, „Beneficial ownership: Recent trends“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Netherlands 2013, 16.

²¹⁷⁴ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, 2017, чл. 3, ст. 2.

²¹⁷⁵ D. G. Duff, 16,

²¹⁷⁶ A. M. Jimenez (2010), 55.

²¹⁷⁷ А то је провера да ли је порез за пореске сврхе директном примаоцу приписан у држави његовог резидентства.

ЗАКЉУЧАК

Сprovedено истраживање је потврдило почетну хипотезу да непостојање уједначеног разумевања појма, односно концепта стварног власника прихода доводи до неуједначене примене одредбе о стварном власнику прихода у оквиру пореских уговора, чиме се ствара правна несигурност. Ова полазна хипотеза у себи садржи три тврдње:

- да постоји неуједначено разумевање појма стварног власника прихода;
- да поменуто неразумевање доводи до неуједначене праксе у примени концепта стварног власника;
- да се тиме ствара правна несигурност у оквиру примене пореских уговора.

Што се тиче неуједначеног разумевања појма стварног власника, потребно је сагледати англосаксонско и континентално гледиште на право својине. Англосаксонско право дозвољава одвајање власништва на правно, тј. формално и економско (стварно власништво), док са друге стране државе континенталног права примењују право својине као интегрално право. Појам стварног власника можемо наћи у историји права УК у оквиру института траста. Траст је у суштини правна форма регулисања одређених имовинско правних односа, где се титула формалног власника додељује једном лицу, док се титула економског, односно стварног власника додељује лицу за чији рачун је траст и основан, а то је бенефицијар. Поновимо, институт траста из права УК је непознат државама које припадају групи земаља које примењују континентално право утемељено на традицији римског права. Међутим, иако непознат државама континенталног права, појам стварног власника из домаћег права имовинског права УК нашао се и у међународном праву пореских уговора.

Утицај англосаксонског права је био велики, па тако термин почињемо да виђамо и у првим пореским уговорима под називом „стварни власник“. Први порески уговор који је садржао термин стварног власника, био је уговор између Канаде и САД из 1942. године. Тадашњи концепт стварног власника није подразумевао власништво над приходима како то сада дефинише OECD Модел-конвенција, већ над акцијама. Потребно је нагласити да су Канада и САД 1980. године извршиле ревизију пореског уговора, где је у члану 10 ставу 2 писало да су преференцијалне стопе применљиве само уколико је прималац прихода стварни власник дивиденде. Прво појављивање концепта стварног власника прихода можемо наћи у протоколу уговора између УК и САД који је закључен 1966. године. Први коментар Нацрта Конвенције послала је делегација УК маја 1967. године који је подразумевао примену концепта стварног власника прихода. Захтев УК је прихваћен и концепт стварног власника је нашао своје место у оквиру прве OECD Модел-конвенције из 1977. године. Дакле, видимо да је појам англосаксонског права, под утицајем УК, постао део међународног права пореских уговора. С обзиром да стварно власништво није исто дефинисано у свим англосаксонским државама, као и чињеница да овај појам није постојао у законима држава континенталног права, долазимо да проблема неразумевања овог појма. Неразумевање појма стварног власника прихода доводи до неуједначене праксе у примени поменутог термина.

Неуједначена пракса је резултат неколико проблема који се везују за примену концепта стварног власника прихода. Пре свега, овај концепт, није дефинисан у OECD Модел-конвенцији и у већини пореских уговора, што доводи до примене члана 3 става 2 конвенције. С обзиром да концепт није дефинисан, требало би применити значење појма стварног власника из домаћег права, међутим, сматра се да концепт стварног власника има јединствено међународно значење на које указује дефиниција концепта из OECD Коментара. Са друге

стране, долазимо до следећег проблема који се односи на правну природу OECD Коментара. Коментар није правно обавезујуће средство. Пошто нема право обавезујуће дејство, државе нису у обавези да OECD Коментар узимају у обзир приликом тумачења појмова. Међутим, у већини случајева, национални судови сматрају да концепт стварног власника има јединствено међународно значење, али се овакво значење у мањој или већој мери не изједначава са дефиницијом одредбе о стварном власнику прихода из OECD Коментара. Судови се можда опредељују за јединствено значење из разлога што домаћи порески закони не дефинишу појам стварног власништва прихода, али у суштини, судови испољавају своје сопствено тумачење које може, како смо навели, да одступа од дефиниције коју је поставио OECD Коментар, иако формално одбацују примену домаћег значења. Уколико судови прихвате значење које је поставио OECD Коментар, поставља се питање издања Коментара које је потребно узети у обзир. Швајцарска користи динамичан приступ и у обзир узима само последњу верзију OECD Коментара, док друге земље у обзир могу узети Коментар који је био на снази у време закључења уговора, или неке друге одлучујуће чињенице којима би се одредило која је верзија OECD Коментара меродавна. Такође, државе могу да примењују концепт стварног власника као антиабузивну меру или као правило за приписивање прихода. Коментар упућује на антиабузивни карактер, међутим, судови могу да дају другачије тумачење. На крају, чак и уколико се примењује јединствено значење, поставља се питање да ли је концепт потребно тумачити према формално-правном или ширем економском приступу.

С обзиром да порески обвезник не зна шта да очекује уколико би пременио чланове 10 – 12 пореских уговора, долазимо до проблема правне несигурности. Дакле, порески обвезник (директни прималац прихода) не би могао са сигурношћу да зна да ли ће држава извора да примени концепт стварног власника као антиабузивну меру или као правило за приписивање прихода. Даље, не би знао да ли се држава извора примењује домаће или међународно јединствено значење. На крају, порески обвезник не би знао ни обим у којем би се концепт стварног власника применио. Показали смо да пореске власти и судови различитих држава другачије приступају примени концепта стварног власника прихода, па би порески обвезник који жели да инвестира требало пре тога да прикупи информације о пракси поменутих органа у потенцијалној држави извора. Како би се успоставила правна сигурност, потребно је да концепт стварног власника буде дефинисан у пореским уговорима, што је тренутно мање замисливо, с обзиром на то да поменути концепт није нашао своје место у BEPS пројекту. Као пример можемо узети неке пореске уговоре Немачке где је стварни власник дефинисан као правило за приписивање прихода и порески обвезник у већој мери зна шта може да очекује од примене таквог уговора. Једино изгледније решење видимо у измени и допуни Коментара поводом чланова 10-12 Модел-конвенције. Даље, потребно је поред ове дефиниције јасно нагласити функцију и обим тумачења такве одредбе. Конкретније, сматрамо да је потребно навести да концепт стварног власника има антиабузивни карактер и да се примењује формално-правна интерпретација, с обзиром на то да OECD Коментар није јасан поводом функције и обим тумачења одредбе о стварном власнику прихода. Свакако, званична дефиниција у OECD Коментару, којој би се приписала антиабузивна функција, у оквиру формално-правне интерпретације, довела би до већег степена правне сигурности него што је тренутно случај. Свакако, потребно је модификовати дефиницију и према коментарима који су већ упућени OECD у оквиру разјашњења појма стварног власника прихода из 2011. године, али нису узети у обзир. Напомињемо да утицај BEPS Акције 6, MLI конвенције, нове верзије OECD Коментара, доводе до закључка да је концепт стварног власника потребно интерпретирати у формално-правном смислу. Такође, услед примене ТОЦ, економска интерпретација постаје сувишна, док је формално-правна интерпретација овог концепта у виду специјалне антиабузивне мере потребна. Као алтернативу одредбе о стварном власнику прихода као антиабузивне мере тумачене у формално-правном смислу, видимо у правилу о приписивању прихода, што је била и првобитна улога поменуте одредбе. У сваком случају, која год верзија одредбе да се примењује, иста би била у складу са ТОЦ/КОП, а примена

концепта стварног власника би била више уједначена, што би допринело установљавању већег степена правне сигурности.

Даље истраживање је потврдило и следећу хипотезу да у светлу примене ТОЦ и КОП и даље постоји потреба за концептом стварног власника прихода тумаченог у формално-правном смислу, односно у оквиру правила о приписивању прихода. Концепт какав сада постоји у Коментару не би требало бити замењен ТОЦ или КОП, с обзиром на то да би одредба о стварном власнику била дефинисана као специјална антибузивна мера која би се тумачила формално-правно, односно рестриктивније. До момента дефинисања интеракције ТОЦ и концепта стварног власника од стране OECD, коегзистенција ове две норме за сада је неопходна. КОП и формално-правно тумачен концепт стварног власника имају карактер специјалних антибузивних мера које се не преклапају јер захтевају испитивање различитих објективних чињеница. Исти је закључак и уколико би се одредба о стварном власнику примењивала као правило за приписивање прихода.

Истраживањем смо показали и да постоји потреба за дефинисањем стварног власника прихода из чл. 40а ЗПДПЈ и чл. 107а ЗПДГ, с обзиром на то да закон помиње одређени појам, а исти даље не дефинише, што може довести да неуједначене примене од стране пореских власти и судова. Алтернативно, потребно је да Министарство финансија донесе мишљење које јесте у складу са дефиницијом појма стварног власника из OECD Коментара за чланове пореских уговора који дефинишу дивиденде, камате и ауторске накнаде, уз навођење конкретних доказа који могу да послуже доказивању постојања, односно непостојања правне, односно уговорне обавезе прослеђивања примљене уплате. На тај начин Пореска управа у Србији би ефикасно могла да примењује наведену антибузивну меру, што тренутно не чини. Крајњу алтернативу видимо у примени концепта стварног власника од стране Пореске управе и Управног суда у оквиру јединственог међународног значења, занемарујући постојање домаће недефинисане одредбе о стварном власништву над приходима у Закону о порезу на добит правних лица и Закону о порезу на доходак грађана. Међутим, такву праксу би требало да ствара Управни суд, као последња инстанца у управном процесу, што је мало вероватно, с обзиром на то да овај суд нема посебно пореско одељење које чине судије, стручњаци пореског права. Посматрајући тренутно законодавно решење поводом појма стварног власништва над приходима, порески обвезници не знају шта могу да очекују од пореске администрације, јер је примена поменутог појма подложна разним тумачењима, што може да доведе до правне несигурности. Такође, мишљења Министарства финансија нису у потпуности идентична за истоврсне ситуације, а Управни суд Републике Србије свакако није у обавези да поменута мишљења примени, што је разлог више да се одредба о стварном власнику дефинише у оквиру закона или подзаконског акта, или алтернативно да Министарство и Управни суд створе праксу према којој се овој одредби приписује јединствено међународно значење, занемарујући домаћу недефинисану норму. У сваком случају, како би се успоставио што већи степен правне сигурности, уколико би се у оквиру закона дефинисала одредба о стварном власнику прихода, било би најбоље пратити резонавање званичне верзије OECD Коментара по питању концепта стварног власника прихода.

Уколико следимо тренутну путању Коментара, сматрамо да би OECD требало у оквиру Коментара да наведе да концепт стварног власника треба тумачити формално-правно. Такође, сматрамо да би овом концепту требало јасно приписати антибузивну функцију. Пожељно је да се у том случају конкретизују објективне околности чијим се испуњењем лице сматра стварним власником прихода. На пример, уколико се прихвати формално-правна интерпретација, требало би прихватити коментар компаније *Deloitte* да лице није стварни власник уколико постоји правна обавеза прослеђивања прихода на основу уговора, писаног или усменог, или да околности случаја и чињенице указују на постојање другог прикривеног писаног или неписаног уговора. У сваком случају, уговорни однос мора да постоји, односно у

обзир не би требало узимати обавезе које проистичу из околности случаја и чињеница, али такве околности и чињенице могу да послуже за утврђивања постојања уговорне обавезе. Дакле обавеза може бити само правна, односно уговорна, што је супротно од праксе швајцарских судова, који примењују економско тумачење где обавеза прослеђивања може да произлази из околности случаја и чињеница. Стојимо на становишту да Коментар чињенице и околности случаја представља као средство да се открије правна, односно уговорна обавеза прослеђивања прихода, међутим, потребно је изричито модификовати дефиницију из Коментара у том правцу. Потребно је такође конкретизовати и објективне чињенице попут одређивања тачне дужине периода у којем трасти не сме да дистрибуира добит како би се сматрао стварним власником прихода за сврху пореског уговора. Мишљења смо да је овакав период потребно навести и за холдинг компаније, јер сврха холдинг компанија јесте држање средстава у име акционара и дистрибуција примљене дивиденде. Еминентни стручњаци пореског права су у оквиру јавне расправе за разјашњење појма стварног власништва над приходима 2011. године навели да је потребно у дефиницију концепта стварног власника уврстити да уколико холдинг компанија дивиденду не дистрибуира у одређеном периоду, и уколико се може рећи да има моћ располагања над истом, може се сматрати стварним власником прихода. Сматрамо да израз „моћ располагања“ може стварати економске потешкоће у смислу тумачења, што у случају примене формално-правне интерпретације постаје непотребно, док је период недистрибуирања јако пожељан као објективна чињеница. Дакле, за холдинг компаније, поред захтева да не постоји правна обавеза прослеђивања, захтевало би се и постојање одређеног периода у којем холдинг компанија не дистрибуира примљене дивиденде. На крају, можемо рећи да је потребно, уколико би се за почетак само OECD Коментар мењао, одржати још једну јавну расправу поводом наведених недоумица око тренутне дефиниције концепта стварног власника. Овим потврђујемо хипотезу да је примена дефиниције концепта стварног власника из OECD Коментара од 2017. године у пореским уговорима или у OECD Модел-конвенцији јако пожељна. Међутим, било би пожељно навести функцију, тип обима тумачења, као и интеракцију овог концепта са ТОЦ и КОП. Такође, потребно је усвојити неке коментаре који су упућени OECD 2011/12. године поводом разјашњења појма стварног власника прихода, а који тада нису усвојени. Услед опширнијег прихватања ТОЦ, мишљења смо да се може усвојити и у том правцу јасније дефинисати дефиниција из Коментара из 1977. године где је концепту стварног власника иницијално била приписана функција правила за приписивање прихода, а како би се смањио простор за неуједначену примену и интерпретацију. Усвајањем једне од поменуте две дефиниције, конкретније, формално-правно тумачене антиабузивне одредбе и одредбе о правилу за приписивање прихода, правна несигурност би у великом била отклонута.

ЛИТЕРАТУРА

Чланци и зборници

Aigner, Dietmar J., „The concept of beneficial ownership“, *The taxation of savings interest income in the European capital market* (eds. Dietmar J. Aigner et al.), Linde, Wien 2006.

Avery Jones, John F., „The Interaction Between Tax Treaty Provisions and Domestic Law“, *Tax treaties and domestic law* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2006.

Arnold, Brian J., Weeghel, Stef van, „The Relationship between tax treaties and domestic anti-abuse measures“, *Tax treaties and domestic law* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2006.

Arnold, Brian J., „The concept of beneficial ownership under Canadian Tax Treaties“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Netherlands 2013.

Avi-Yonah, Reuven S., "The OECD Harmful Tax Competition Report: A Tenth Anniversary Retrospective." *Brook. J. Int'l L.* Vol. 34, No. 3, 2009.

Avi-Yonah, Reuven S., HJI Panayi, Christina, „Rethinking Treaty Shopping Lessons for the European Union“, *Public Law and Legal theory Working Paper Series*, Univeristy of Michigan Law School, No. 182, 2010, 3. Доступно на:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1531192

Armelin, Daniela Vicente, „Treaty abuse and beneficial ownership: latest OECD developments“, *Preventing treaty abuse* (eds. Daniel W. Blum et al.), Linde, Wien 2016.

Adamczyk, Lukasz, Majdanska, Alicja, „The Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation“, *Introduction to European Tax Law on Direct taxation* (eds. Michael Lang et al.), Linde, Wien 2018.

Byrne, Peter D., „Developing countries, tax treaties and the United Nations model tax convention." *ILSA Journal of Int'l & Comparative Law*, Volume 2 Issue 3, 1995.

Brignoli, Andrea, „Treaty Shopping and International Tax Planning“, *Limits to tax planning* (eds. Michael lang et al.), Linde, Wien 2013.

Bonschak, Gabriele, „Rule Shopping and International Tax Planning“, *Limits to tax planning* (eds. Michael lang et al.), Linde, Wien 2013.

Brauner, Yariv, „Beneficial Ownership in and outside US Tax Treaties“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Netherlands 2013.

Baker, Philip, „United Kingdom: Indofood International Finance Ltd. V. JP Morgan Chase Bank NA“, *Beneficial Ownership: recent trends* (eds. Michael Lang *et al.*), IBFD, Amsterdam 2013.

Bundgaard, Jakob, „The Notion of Beneficial Ownership in Danish Tax Law: The Creation of a New Legal Order with Uncertainty as a Companion“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang *et al.*), IBFD, Netherlands, 2013.

Bergedahl, Christopher, „Anti-Abuse Measures in Tax Treaties Following the OECD Multilateral Instrument – Part 1“, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 72 No. 1, 2018.

Baerentzen, Susi Hjorth, „Cross-Border Dividend and Interest Payments and Holding Companies – An analysis of Advocate General Kokott 's Opinions in the Danish Beneficial Ownership Cases“, *European Taxation*, Vol. 58 No. 8, 2018.

Baerentzen, Susi Hjorth, „Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity?“, *World Tax Journal*, vol. 12, No.1, 2020.

Baerentzen, Susi Hjorth, Arjan Lejour, Maarten Van t Riet, „Limitation to Holding Structures for Intra-EU Dividends: An End to Tax Avoidance?“, *World Tax journal*, Vol. 12 No. 2, 2020.

Carvalho Algorta, Isidora A. G., „Preventing Treaty Abuse: The United Nations' Perspective“, *Preventing treaty abuse* (eds. Daniel W. Blum *et al.*), Linde, Wien 2016.

Chand, Vikram, „The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis“, *Intertax*, Volume 46 Issue 1, 2018,

Chand, Vikram, „The Interaction of the Principle Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules“, *Intertax*, Volume 46 Issue 2, 2018.

Duff, David G., „Beneficial ownership: Recent trends“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang *et al.*), IBFD, Netherlands 2013.

De Broe, Luc, Luts, Joris, „BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse“, *Intertax*, Volume 43 Issue 2, 2015.

Dominguez, David, „Limitation on Benefits: Comparison between the US LoB and the OECD LoB proposed under Action 6“, *Preventing treaty abuse* (eds. Daniel W. Blum *et al.*), Linde, Wien 2016.

Danon, Robert J., „Treaty Abuse in the Post-Beps World: Analysis of the Policy Shift and impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups“, *Bulletin for International Taxation*, vol. 72, No.1, 2018.

Danon, Robert J., „The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It is a GAAR but Just a GAAR!“, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 74, No. 4/5, 2020.

Danon, Robert J., „The Beneficial Ownership Limitation in Articles 10, 11 and 12 OECD Model and Conduit Companies in Pre – and Post-BEPS Tax Treaty Policy: Do We (Still) Need It?“, *Current Tax Treaty Issues* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam, 2020a.

Danon, Robert J, Malek, Benjamin, „Influence of EU case law on the prohibition of international tax abuse in Swiss practice: Critical remarks on the Federal Supreme Court Judgment 2C_354/2018 of

20 April 2020 and on its references to the ‘Danish cases’ decided by the CJEU”, *Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (ASA)*, 89 (8), 2021.

de Broe, Luc, “Should Courts in EU Member States Take Account of the ECJ 's Judgment in the Danish Beneficial Ownership Cases When Interpreting the Beneficial Owner Requirement in Tax Treaties“, *Current Tax Treaty Issues* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2020.

Danon, Robert *et al.*, „The Prohibition of Abuse of Rights After the ECJ Danish Cases“, *Intertax*, Vol. 49, Issue 6 & 7, 2021.

Elliffe, Craig, “The Meaning of the Principle Purpose Test: One Ring to Bind Them All?”, *World Tax Journal*, Volume 11 Issue 1, 2019

Irawan, Romi, „Historical development of the OECD's work on treaty abuse“, *Preventing treaty abuse* (eds. Daniel W. Blum *et al.*), Linde, Wien 2016.

Greggi, Marco, „Avoidance and Abus De Droit: The European Approach in Tax Law“, *Journal of Tax Research*, Volume 6 Issue 1, 2008.

Gutmann, Daniel, „Beneficial Ownership as Anti-abuse Provision: The Bank of Scotland Case“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang *et al.*), IBFD, Netherlands, 2013.

Gutmann, Daniel, „Beneficial Ownership without Specific Beneficial Ownership Provision“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang *et al.*), IBFD, Netherlands 2013.

Gomes, Marcus Livio, „The DNA of the Principle Purpose Test in the Multilateral Instrument“, *Intertax*, Volume 47 Issue 1, 2019.

Jain, Saurabh, Prebble, John, Crowford, Allegra, *Conduit Companies, Beneficial Ownership, and the Test of Dominion in Claims for Relief under Double Tax Treatie*, Доступно на: <https://www.business.unsw.edu.au/About-Site/Schools-Site/Taxation-Business-Law-Site/Documents/PREBBLE-John-et-al-Conduit-Companies-Beneficial-Ownership-and-the-Test-of-Dominion-in-Claims.pdf>

Jain, Saurabh, Prebble, John, Bunting, Kristina, „Conduit Companies, Beneficial Ownership, and the Test of Substantive Business Activity in Claims for Relief under Double Tax Treaties“, WU International Taxation Research Paper Series, No. 2014 – 11, 2014.

Jain, Saurabh, Prebble, John, “Conceptual Problems of Beneficial Ownership in Respect of Agents and Nominees“, *Bulletin for International Taxation*, Volume 73 No. 1, 2019.

Hristov, Dimitar, „The Interest and Royalties Directive“, *Introduction to European Tax Law on Direct taxation* (eds. Michael Lang *et al.*), Linde, Wien 2018.

Hansen, Friis, „Denmark: Beneficial Ownership and Group Taxation“, *CJEU – Recent Developments in Direct Taxation 2018* (eds. Michael Lang *et al.*), Linde Verlag, Wien 2019.

Kornikova, Anna A., „Solving the Problem of Tax-treaty Shopping through the use of Limitation on Benefits Provisions“, *Richmond Journal of Global Law & Business*, Volume 8 Issue 2, 2008.

Kotlyarov, Maxim, „The Concept of Beneficial Ownership in the OECD Model Tax Convention 2010: A Critical Analysis“, Yekaterinburg, 2015, 49. Мастер теза доступна на адреси: https://kotlyarov.org/files/Kotlyarov_Beneficial_Ownership_protected.pdf

Kolundžija, Slobodanka, „OECD Minimum Standard: Comparing LOB and PPT“, *Preventing treaty abuse* (eds. Daniel W. Blum et al.), Linde, Wien 2016.

Kerekes, Barnabas Mark, „Limitation on Benefits Clauses – Function, Purpose and History“, *Preventing treaty abuse* (eds. Daniel W. Blum et al.), Linde, Wien 2016.

Koriak, Oleksandr, „The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Does the OECD Proposal Fit the EU Legal Framework?“, HARN60 Master Thesis, Lund University - School of Economics and Management Department of Business Law, 2016. Доступно на: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=8880187&fileId=8880188>

Kok, Reinout, „The Principle Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6“, *Intertax*, Volume 44 Issue 5, 2016.

Karadkar, Radhika, „Action 6 of the OECD/G20 BEPS Initiative: The Effect on Holding Companies“, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 71, No. ¾, 2017.

Kuzniacki, Blazej, „The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI : Exploring Challenges Arising from its Legal Implementation and Practical Application“, *World Tax Journal*, Vol. 10 No.2, 2018.

Kuzniacki, Blazej, „Beneficial Ownership in International Taxation and Biosemantics – Why a Redundant, Paradoxical and Harmful Concept can be a Potent Weapon in the Hands of the Tax Authorities“, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 77, No. 2, 2023.

Lang, Michael, „BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties“, *WU International Taxation Research Paper Series*, No. 2014 – 09, 2014.

Manokhin, Valery, „Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties“, *Limits to tax planning* (eds. Michael lang et al.), Linde, Wien 2013.

Matteotti, Rene, Sutter, Fabian M., „Switzerland: Broad vs Narrow Interpretation of the Beneficial Owner Concept“, *Beneficial Ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Amsterdam 2013.

Moreno, Andres Baez, „GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principle Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6?“, *Intertax*, Volume 45 Issue 6 & 7, 2017.

Moreno, Andres Baez, „How Do the Old and The New Live Together? The Principal Purpose Test and Other Anti-avoidance Instruments in Tax Treaties“, *Intertax*, Volume 49 Issue 10, 2021.

Malek, Benjamin, „Beneficial Ownership and Income Receipt Under Double Taxation Conventions: Considerations following the Planet Case“, *Archives de droit fiscal suisse/Archiv fur Schweizerisches Abgaberecht*, Volume 91 Issue 4, 2022/2023.

Поповић, Дејан Илић Попов, Гордана, „Значај и ефекти БЕПС мултилатералне конвенције у међународном пореском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 75, 2017.

Pistone, Pasquale, „Italy: Beneficial Ownership as Anti-Abuse Provision in International Taxation“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Netherlands, 2013.

Поповић, Дејан, Илић Попов, Гордана, „Значај и ефекти BEPS мултилатералне конвенције у међународном пореском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 75/2017.

Piantavigna, Paolo, „Reflections on the Fight Against Agressive Tax Planning (When the Law is Silent)“, *World Tax Journal*, Volume 10 No. 4, 2018.

Pistone, Pasquale, „Italy: The Concept of beneficial ownership in tax treaties and its general anti-avoidance function“, *Tax treaty case law around the globe 2017* (eds. Michael lang et al.), Linde, Wien 2018.

Rodriguez, Juan Lopez, Kofler, Georg, „Beneficial Ownership and EU Law“, *Beneficial Ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Amsterdam 2013.

Rust, Alexander, „Tax treaties in the hierarchy of law“, *Tax treaties and domestic tax law* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2006.

Smit, Danicl S. , „The Concept of beneficial ownership and possible alternative remedies in netherlands case law“, *Beneficial Ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Amsterdam 2013.

Silvestri, Andrea, „Holding Companies in the BEPS Era“, *Intertax*, Volume 45 Issue 6 & 7, 2017.

Thuronyi, Victor, Easson, Alex, „Fiscal Transparency“, *Tax law design and drafting* (ed. Victor Thuronyi), Volume 2, International Monetary Fund, Washington 1998.

Taboada, Carlos Palao, „OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule“, *Bulletin for international taxation*, Vol. 69 No. 10, 2015.

Vogel, Klaus, „Double Tax Treaties and Their interpretation“, *Berkeley Journal of International Law*, Volume 4 , Issue 1 Spring, 1986.

Vann, Richard J.,Thuronyi, Victor (ed.), *Tax law design and drafting*, Volume 2, International Monetary Fund, Washington 1998.

Vann, Richard, „Beneficial ownership: what does history (and maybe policy) tell us“, *Beneficial ownership: recent trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Netherlands 2013.

Васовић, Милош, „Стварни власник прихода као антиабузивна мера у српском пореском законодавству“, *Зборник радова правног факултета у Нишу*, бр. 88 год. LIX, 2020.

Zuk, Marcin, „The Beneficial ownership concept in tax treaties“, *Limits to tax planning* (eds. Michael lang et al.), Linde, Wien 2013.

Јелић, Рајко, „Својина у англосаксонском праву“, *Правни живот* 10/2000.

Jimenez, Adolfo Martin, Beneficial Ownership: Current Trends, *World Tax Journal*, Vol. 2, No. 1, 2010.

Jimenez, Adolfo Martin, „Beneficial ownership as an attribution of income rule in Spain: source and residence country perspectives“, *Beneficial Ownership: Recent Trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Amsterdam 2013.

Jimenez, Adolfo Martin, „Beneficial ownership as a Broad Anti-avoidance Provision: Decisions by Spanish Courts and the OECDs Discussion Draft“, *Beneficial Ownership: Recent Trends* (eds. Michael Lang et al.), IBFD, Amsterdam 2013.

Jain, Saurabh, Prebble, John, “Conceptual Problems of Beneficial Ownership and the Corporate Veil“, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 73 No. 3, 2019.

Karlović, Tomislav, „Fiducijarni prijenos vlasništva i trust - uvodna razmatranja o mogućnosti primjene Haške konvencije o pravu mjerodavnom za trust i o njegovom priznavanju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 55 br. 3, 2018.

Rocha, Sergio Andre, „Treaty Shopping and Beneficial Ownership Under Brazil's Tax Treaties“, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 66 No.7, 2012.

Tuggle, Bernie M., “The Proposed United States-Canada Income Tax Treaty”, *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 169, Volume 10 No. 1, 1980.

Tenore, Mario, „The Parent-Subsidiary Directive“, *Introduction to European Tax Law on Direct taxation* (eds. Michael Lang et al.), Linde, Wien 2018.

Wheeler, Joanna, “The Missing Keystone of Income Tax Treaties”, *World Tax Journal*, Vol. 3, No. 2, 2011.

Weber, Dennis, “The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law”, *Erasmus Law Review*, Volume 10 No. 1, 2017.

Zari Malacrida, Fredereci, „Meaning and Cocept of Treaty Abuse in DTA Law“, *Preventing treaty abuse* (eds. Daniel W. Blum et al.), Linde, Wien 2016.

Књиге

A. Knechtle, Arnold, *Basic Problems in International Fiscal Law*, Kluwer, Deventer, Holandija 1979, prevod sa nemačkog jezika na engleski: W.E. Weisflog.

Arnold, Brian J., *International Tax Primer*, Kluwer Law International BV, The Netherlands, Alphen aan den Rijn, 2016.

Finnerty, Chris J. ,Merks, Paulus , Petriccione, Mario, Russo, Raffaele (ed.), *Fundamentals of international tax planning*, IBFD, Amsterdam 2007.

Kuzniacki, Blazej, *Beneficial ownership in international taxation*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham 2022.

Lessambo, Felix I., *International Aspects of the US Taxation System*, Palgrave Mcmilan, New York, 2016.

Meindl-Ringler, Angelika, *Beneficial ownership in international tax law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2016.

Milogolov, Nikolai, Zakharenkova, Elena, „Beneficial Owner as 'All-In' Test: The Massive Russian Weapon Against Treaty Shopping“, june 15 2020, 1 , дотупно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3626944

Oats, Lynne, *et al.*, *Principles of International Taxation*, Bloomsbury Professional, London, 2017.

Terra, Ben J. M. , Wattel, Peter J., *European Tax Law*, sixth edition, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2012.

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

Weiss, Martin, Bruhl, Manuel, „Germany 's Anti-Treaty-Shopping Rule Under ECJ Pressure“, *European Taxation* , No 2/3 , 2019.

Дабетић, Дејан, Република Србија и избегавање двоструког опорезивања, Савез рачуновођа и ревизора Србије „Рачуноводство“ д.о.о., Београд 2008.

Живковић, Милош, *Право регистра непокретности опити део*, Универзитет у Београду – Правни факултет Центар за издаваштво, Београд 2020.

Поповић, Дејан, Костић, Светислав В., *Уговори Србије о избегавању двоструког опорезивања – правни оквир и тумачење*, Секос Ин, Београд 2009.

Административна и судска пракса

Инострана судска и административна пракса

Aiken Industries Inc. V. Commissioner of Internal Revenue, 56 T.C. 925, 1971, доступно на: <https://www.leagle.com/decision/197198156brtc9251912>

Bupa Insurance Ltd. V. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, 2014.

Bundesgericht, 2C_344/2018 ,Urteil vom 4. Februar 2020. Доступно на

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_similar_documents&page=10&from_date=&to_date=&sort=relevance&insertion_date=&top_subcollection_aza=all&docid=aza%3A%2F%2F13-12-2004-2A-299-2004&rank=99&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F04-02-2020-2C_344-2018&number_of_ranks=1086

Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition, Hague, 1985.

Case 45 TC 112 Wood Preservation Ltd. v Prior (H.M. Inspector of Taxes) [1966- 1969]

Corte di Cassazione, No. 4600 (1.3.2009.).

ECJ Joined Cases T Danmark C-116/16 and Y Denmark Aps C-117/16, 26 February 2019.

ECJ Joined Cases N Luxembourg 1 (C-115/16), X Denmark A/S (C-118/16), C Danmark I (C-119/16), Z Denmark ApS (C-299/16), 26 February 2019.

Eastern High Court, SKM2012.121.ØLR, 2011, доступно на адреси:
<https://www.skat.dk/SKAT.aspx?oid=2035604>

Eqiom and Enka, Judgement of of 7 September 2017, C – 6/16, EU:C:2017: 641.

Federal Supreme, Case No. 2C_880/2018 , Judgment of 19 may 2020, II Public Law Departement.

Hoge Raad, BNB 2003/34, No. 36272 , 22 November 2002., Falcon Case.

HMRC internal manual - International Manual INTM332010, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332010>

HMRC internal manual - International Manual INTM332020, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332020>

HMRC internal manual - International Manual INTM332050, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332050>

HMRC internal manual - International Manual INTM332080, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332080>

HMRC internal manual - International Manual INTM332060, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332060>

HMRC internal manual - International Manual INTM 504010, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504010>

HMRC internal manual - International Manual INTM 504050, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504050>

HMRC internal manual - International Manual INTM 504030, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504030>

HMRC internal manual - International Manual INTM 504030, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504030>

HMRC internal manual - International Manual INTM 504030, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504030>

HMRC internal manual - International Manual INTM 504030, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504030>

HMRC internal manual - International Manual INTM332010, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332010>

HMRC internal manual - International Manual INTM332020, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332020>

HMRC internal manual - International Manual INTM332050, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332050>

HMRC internal manual - International Manual INTM332080, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332080>

HMRC internal manual - International Manual INTM332060, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm332060>

HMRC internal manual - International Manual INTM 504010, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504010>

HMRC internal manual - International Manual INTM 504050, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504050>

HMRC internal manual - International Manual INTM 504030, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504030>

HMRC internal manual - International Manual INTM 504030, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504030>

HMRC internal manual - International Manual INTM 504030, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504030>

HMRC internal manual - International Manual INTM 504030, Доступно на:
<https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/international-manual/intm504030>

J. Sainsbury plc. v. O Connor (Inspector of taxes) 1991.

Judgment of the Court of 5 February 1963. - NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration. - Reference for a preliminary ruling: Tariefcommissie - Pays-Bas. - Case 26-62.

Judgment of the Court (Grand Chamber) of 12 September 2006, Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue, Case C-196/04.

Judgment of the Court (First Chamber) of 5 July 2007, Kofoed C – 321/05.

Judgment of the Court (Grand Chamber) in Joined Cases C-131/13, C-163/13 and C-164/13, 18 December 2014.

Judgment of the Court (Grand Chamber) in In Case C-251/16, 22 November 2017.

leigh Spinners ltd. v. Commissioners of Inland Revenue, 46 TC 425 , 23.3.1956.

The National Tax Court, SKM2010.729.LSR, 2010, Доступно на:
<https://www.skat.dk/skat.aspx?oid=1918282&lang=da>

Moscow Arbitrazh Court, case PAO Severstal, No. A40-113217/16-107-982, 31. October 2016.

Opinion of the Court of 14 December 1991. - Opinion delivered pursuant to the second subparagraph of Article 228 (1) of the Treaty. - Draft agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area. - Opinion 1/91.

Opinion of Advocate General Kokott, case C – 116/16, 1. March 2018.

Supreme court of New Zeland,Ben Nevis Forestry Ventures ltd v. Commissioner of Inland revenue, No. NZSC 115, 2008.

Письмо Федеральной налоговой службы от 17 мая 2017 г. No СА-4-7/9270@ “О практике рассмотрения споров по вопросу неправомерного применения налоговыми агентами льготных условий налогообложения при взимании налога на прибыль с доходов иностранных организаций”.

Домаћа судска и инострана пракса

Споразум између Федеративне Републике Југославије и Италијанске Републике о избегавању двоструког опорезивања у односу на порезе на доходак и на имовину.

Законодавство

Инострано законодавство

Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L 345, 29.12.2011.

Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States, OJ L 157, 26.06.2003.

Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, OJ L 193, 19.7.2016.

Convention between the Swiss Federation and the Republic of Austria for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and on capital, as amended through 2012.

Convention between the Federal Republic of Germany and the Republic of Italy for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and on capital and for the prevention of fiscal evasion, 1989, Доступно на:

https://www.finanze.gov.it/export/sites/finanze/.galleries/Documenti/dipartimento_pol_fisc/germen.pdf

The Convention between the United States of America and the Federal Republic of Germany for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and capital and too certain other taxes, 1989. Доступно на: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/germany.pdf>

The Convention between the government of the United States of America and the government of the Socialist Republic of Romania with respect to taxes on income, 1973. Доступно на: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/romania.pdf>

The Convention between the Republic of Austria and Romania, for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and on capital, доступно на: <https://expatcenter.ro/romania-austria-convention-for-avoidance-of-double-taxation/>

Convention between the United States of America and the Republic of Austria for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income, 1999, доступно на: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/austria.pdf>

Convention between the Swiss Federation and the Republic of Austria for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income and on capital, as amended through 2012.

Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, 29 April 2011 to 15 July 2011, OECD.

International Tax Avoidance and Evasion – Four Related Studies, OECD, Paris, 1987.

Income tax law in the version published on October 8, 2009 (Federal Law Gazette I p. 3366, 3862), which was last amended by Article 27 of the law of August 20, 2021 (Federal Law Gazette I p. 3932).
Доступно на:
<https://www.gesetze-im-internet.de/estg/BJNR010050934.html> и
https://www.gesetze-im-internet.de/estg/_50g.html

Vienna Convention on the Law of Treaties, United Nations, Vienna 1969.

Fiscal Committee, LONDON AND MEXICO MODEL TAX CONVENTIONS Commentary and Text, League of Nations, Geneva 1946.

Financial Action Task Force, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation – The FATF Recommendations (OECD-FATF, Paris, 2012).

Fiscal Code of Germany in the version promulgated on 1 October 2002 (Federal Law Gazette [Bundesgesetzblatt] I p. 3866; 2003 I p. 61), last amended by Article 17 of the Act of 17 July 2017 (Federal Law Gazette I p. 2541). Доступно на:
https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_ao/englisch_ao.html#p0430

Model Double Taxation Convention on Income and Capital, OECD Committee on Fiscal Affairs, Paris 1977

Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, Paris, 1992.

Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD, Paris, 2003.

Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014, OECD, Paris.

Model Tax Convention on Income and Capital: condensed version 2017, OECD, Paris.

Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, OECD, Paris, 2016.

OECD Model Tax Convention: Revised Proposals concerning the meaning of „Beneficial Owner“ in articles 10, 11 and 12, Revised public discussion draft, OECD, 19 October 2012 to 15 December 2012.

OECD Glossary of Tax Terms, доступно на: <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm#T>

OECD (2015), Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, United Nations, New York, 2017 Update.

Double taxation conventions and the use of Conduit companies, OECD, 1986.

Double taxation conventions and the use of Base companies, OECD, 1986.

Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, OECD, Paris 1998.

Restricting the Entitlements to Treaty Benefits, OECD, Paris 2002.

UK/Italy Double Taxation Convention, 1988. Доступно на адреси:

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/498371/italy-dtc - in force.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/498371/italy-dtc_-_in_force.pdf)

UK/USA Double Taxation Convention, signed 24 July 2001. Доступно на:

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/507431/usa-consolidated - in force.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/507431/usa-consolidated_-_in_force.pdf)

Домаће законодавство

Закон о порезу на добит правних лица ("*Службени гласник РС*", број 25/01, 80/02 - др. закон, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13, 68/14 - др. закон, 142/14, 91/15 - др. пропис, 112/15, 113/17, 95/18, 86/19, 153/20, 118/21).

Устав Републике Србије, ("*Сл. гласник РС*", бр. 98/2006).

Закон о пореском поступку и пореској администрацији ("*Сл. гласник РС*", бр. 80/2002, 84/2002 - испр., 23/2003 - испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 - др. закон, 62/2006 - др. закон, 63/2006 - испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 - др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 - испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 - аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019, 144/2020, 96/2021, 138/2022).

Закон о порезу на доходак грађана, *Службени гласник РС*, број 24/01, 80/02 - др. закон, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06 - исправка, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11 - УС, 93/12, 114/12 - УС, 47/1, 48/13 - исправка, 108/13, 57/14, 68/14 - др. закон, 112/15, 113/17, 95/18, 86/19, 153/20, 44/21, 118/21, 138/22, 92/23) Пречишћен текст закључно са изменама из „Службени гласник РС“ број 118/21 које су у примени од 01/01/2022 (измене у чл.: 9, 15а, 21в, 21д, 21е, 21ж, 51, 72, 72а, 74, 75, 79а, 79б, 87, 88, 95, 97, 99, 109); - осим чл.: 21з, 21и - у примени од 01/03/2022.

Мишљење Министарства финансија бр. 430-01-240/2012-24 од 12.07.2012. године, Билтен, Република Србија Министарство финансија, службена објашњења и стручна мишљења за примену финансијских прописа, број 7-8 година LII, јул-август 2012.

Мишљење Министарства финансија бр. 430-01-240/2015-04 од 11. 2. 2016. године, Билтен, Република Србија Министарство финансија, службена објашњења и стручна мишљења за примену финансијских прописа, број 2 година LVI, фебруар 2016.

Мишљење Министарства финансија бр. 011-00-3/2016-04 од 20.5.2016. године, Билтен, Република Србија Министарство финансија, службена објашњења и стручна мишљења за примену финансијских прописа, број 6 година LVI, јун 2016.

Мишљење Министарства финансија бр. 337-00-232/2016-04 од 27.5.2016. године, Билтен, Република Србија Министарство финансија, службена објашњења и стручна мишљења за примену финансијских прописа, број 6 година LVI, јун 2016.

Мишљење Министарства финансија бр. 011-00-00345/2018-04 од 9.5.2018. године, Билтен, Република Србија Министарство финансија, службена објашњења и стручна мишљења за примену финансијских прописа, број 5 година LVIII, мај 2018.

Мишљење Министарства финансија бр. 430-00-422/2018-04 од 31.8.2018. године, Билтен, Република Србија Министарство финансија, службена објашњења и стручна мишљења за примену финансијских прописа, број 9 година LVIII, септембар 2018.

Мишљење Министарства финансија бр. 011-00-439/2021-04 од 11.6.2021. године, Билтен, Република Србија Министарство финансија, службена објашњења и стручна мишљења за примену финансијских прописа, број 7-8 година LXI, јул-август 2021.

Мишљење Министарства финансија бр. 011-00-867/2021-04 од 3.12.2021. године, Билтен, Република Србија Министарство финансија, службена објашњења и стручна мишљења за примену финансијских прописа, број 12 година LXI, децембар 2021.

Споразум између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Краљевине Белгије о избегавању двоструког опорезивања доходака и имовине, сачињен 1980. године.

Уговор између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Краљевине Холандије о избегавању двоструког опорезивања у односу на доходак и имовину, сачињен 1982. године.

Остали документи

OECD Discussion Draft “Clarification of the Meaning of „Beneficial Owner“ in the OECD Model Tax Convention”, Response by John Avery Jones, Richard Vann and Joanna Wheeler, 15 July 2011.

Clarification of the meaning of „Beneficial owner“ in the OECD Model Tax Convention, Response from IBFD Research Staff, 2011.

SIFMA, response to: Discussion Draft – Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention (the “Discussion Draft”), July 19, 2011.

Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Discussion Draft, Response from the Society of Trust and Estate Practitioners, July 2011.

Comments on Public Discussion Draft: Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention, Deloitte, Steve Towers, 13 July 2011.

Биографија аутора

Милош Васовић је рођен 3. маја 1994. године у Чачку. Основну школу у Смедереву завршио је као носилац Вукове дипломе. Средњу школу, тј. Гимназију, такође, завршио је у Смедереву 2013. године као одличан ученик. Исте године, уписао је Правни факултет Универзитета у Београду, где је дипломирао у рекордном року од три и по године.

Октобра 2017. године, на Правном факултету Универзитета у Београду уписао је **мастер студије на правно-економском модулу**. Успешно је одбранио мастер тезу под називом *"Рингшипил трансакције и мере за њихово спречавање"*, где је аргументовано доказао хипотезу да услед мера ЕУ за спречавање поменутих трансакција са фантомским фирмама, утаја пореза на додату вредност је и даље могућа сељењем фантомских компанија на тло Србије и искоришћавањем домаћег пореског ПДВ система.

Одмах по одбрани мастер тезе, уписао је паралелно **докторске студије на Правном факултету у Београду**, модул јавне финансије и пореско право, као и **специјалистичке студије за пореско право** које су се одржавале на Правном факултету. Специјалистичке студије трају годину дана, и успешно је положио финални испит и стекао диплому. Оба докторска испита је положио са оценом 10.

Од маја 2024. године, запослен је на Институту за упоредно право у звању истраживач сарадник. У оквиру свог научно-истраживачког рада на Институту, био је технички уредник зборника **FROM NATIONAL SOVEREIGNTY TO NEGOTIATION SOVEREIGNTY "Days of Law Rolando Quadri"** као резултат конференције коју је Институт одржао заједно са Универзитетом Niccolò Cusano из Рима 14. јуна 2024. године. Такође, 4. јуна 2024. године, био је организатор, модератор и излагач округлог стола под називом **„Опорезивање у IT Индустрији“**, а који је одржан у свечаној сали Института. Приказ округлог стола је објављен у Архиву за правне и друштвене науке број 2024/2 (стр. 141 – 145).

Учествовао је на неколико међународних конференција у Србији, Мађарској и Аустрији.

Изјава о ауторству

Име и презиме аутора: Милош Васовић

Број индекса: ДС 20/2018

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом **„Концепт стварног власника прихода у праву међународних пореских уговора“**

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

У Београду,

25.10.2024.

Потпис аутора

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора: Милош Васовић

Број индекса: ДС 20/2018

Студијски програм: докторске академске студије права

Наслов рада: **„Концепт стварног власника прихода у праву међународних пореских уговора“**

Ментор: Др Светислав Костић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањивања у **Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

У Београду,

25.10.2024.

потпис аутора

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом: **„Концепт стварног власника прихода у праву међународних пореских уговора“** која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
3. Ауторство – некомерцијално – без прерада (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци. Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

У Београду,

25.10.2024.

потпис аутора

- 1. Ауторство.** Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.
- 2. Ауторство – некомерцијално.** Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.
- 3. Ауторство – некомерцијално – без прерада.** Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.
- 4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима.** Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.
- 5. Ауторство – без прерада.** Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.
- 6. Ауторство – делити под истим условима.** Дозвољава умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.