

Др Цвјетјана М. Цвјетковић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
C.Cvjetkovic@pf.uns.ac.rs

СФС ЗАКОНОДАВСТВО У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ¹

Сажетак: У овом раду се анализира СФС законодавство у државама чланицама Европске уније, као и ставови органа Европске уније према овом инстиуту. Посебан акценат исцраживања је стављен на одлуку Суда правде Европске уније у случају *Cadbury Schweppes*. Циљ рада је да се кроз анализу СФС законодавства у чланицама Уније одреде његова основна обележја, као и да се утврди да ли су оне усагласиле ово законодавство са слободама гарантованим примарним правом Уније, односно са одлуком Суда правде Европске уније у случају *Cadbury Schweppes*.

Кључне речи: СФС законодавство; контролисана инострана компанија; *Cadbury Schweppes*.

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Процес глобализације је утицао на појаву конкуренције у скоро свим областима друштвеног живота, при чему ни пореска област није изузетак. Пореске власти широм света настоје да постигну већи степен конкурентности својих привреда, претварањем својих пореских јурисдикција у тзв. пореске рајеве, односно јурисдикције са повољним режимом опорезивања. Како расте њихов број, расте и конкуренција међу њима, и то у смислу њихове специјализације за поједине врсте операција.² Иако је на бројним међународним форумима истакнуто да су порески рајеви ствар прошлости,³ конкретне мере на међународном нивоу су изостале. Отуда не изне-

¹ Рад је посвећен пројекту „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија)“, чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

² Вид. Ђорђе Попов, „Неке карактеристике офшор пословања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2011, 41-42.

³ Вид. Jose Luis Escario Diaz-Berrio, *The Fight against Tax Havens and Tax Evasion: Progress since London G20 Summit and the Challenges Ahead*, Madrid 2011, 21.

нађује чињеница да су поједине државе у циљу сузбијања пореске евазије, посебно међународне законите пореске евазије, приступиле доношењу унилатералних мера, међу којима се својим значајем издваја законодавство о контролисаним иностраним компанијама (енг. *controlled foreign corporations legislation*) – CFC законодавство.

CFC законодавство је први пут уведено у САД 1962. године. Наредних година оно је почело да се примењује и у Немачкој, Канади, Јапану и Француској.⁴ Дакле, први талас увођења био је својствен за развијене земље, што је и очекивано, с обзиром на то да су оне, по правилу, значајне извознице капитала. Међутим, временом су и мање развијене земље почеле да уводе CFC законодавство у свој порески систем.

Последњих неколико година на нивоу Европске уније интензивирају се активности у правцу борбе против пореске евазије и агресивног пореског планирања, јер према неким проценама државе чланице губе по том основу око 100 милијарди долара годишње.⁵ Поред тога, државе чланице самoinицијативно предузимају различите мере, како би губитак пореских прихода био што мањи. Отуда не изненађује чињеница да се постепено повећава број чланица Европске уније које уводе CFC законодавство. Последња међу њима која је то учинила је Пољска.⁶

2. ПОЈАМ И ОБЕЛЕЖЈА CFC ЗАКОНОДАВСТВА

У начелу, правило је да се инострани доходак резидената опорезује тек по његовој репатријацији у државу резидентства.⁷ Међутим, суочене са проблематиком ерозије домаће пореске основице, тј. настојањима пореских обвезника да избегну, односно одложе плаћање пореза у држави свог резидентства, оснивањем компанија (тзв. базних компанија, односно контролисаних иностраних компанија) у јурисдикцијама са повољним пореским режимом, „чији је основни циљ да се „склони“ доходак⁸ и тиме ума-

⁴ Controlled Foreign Corporation Rules and Developing Economies, http://www.fitindia.org/downloads/daniel%20sandler_2004.pdf, 1. децембар 2015.

⁵ Discussion Paper on Possible Future Measures against Non-Cooperative Jurisdictions and Aggressive Tax Planning and Possible Strategy at EU Level-Seminar July 17 2012, http://www.step.org/sites/default/files/Policy/ECTaxHave_discussionpaperclean.pdf, 29. новембар 2015.

⁶ Поред Пољске, CFC законодавство имају следеће чланице Уније: Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Португал, Мађарска, Италија, Шпанија, Шведска, Литванија, Пољска и УК.

⁷ Вид. Дејан Поповић, Светислав Костић, „(Зло)употреба страних правних лица за избегавање пореза у Србији, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2010, 37.

⁸ Иако се најчешће код опорезивања правних лица користи термин добит, а код физичких лица доходак, предмет опорезивања се у оба случаја може назвати дохотком у

њи порески терет обвезника у домаћој земљи“,⁹ поједине државе одустају од овог правила. Тако је настао концепт CFC законодавства, „заснован на идеји да би се субјективно пореско право државе резидентства, под одређеним условима, могло проширити и ван њених граница не неке нерапатриране приходе“.¹⁰ Наиме, компаније резиденти држава у којима су порези релативно високи имају интерес да доходак трансферишу у земљу у којој су они ниски. То се може постићи на различите начине. Један од њих је оснивање холдинг компаније на територији јурисдикције са повољним пореским режимом којој би се исплаћивала добит њених филијала, основаних у јурисдикцијама у којима су порези релативно високи, и то у виду дивиденди.¹¹ Такође, могуће је основати филијалу у јурисдикцији са повољним пореским режимом и у њу трансферисати доходак. Тако се одлаже плаћање пореза, све док дивиденде стварно не буду расподељене матичној компанији, чиме обвезник остварује пореску уштеду. Колика ће она бити зависи од висине каматне стопе која би се могла остварити да се износ одложеног пореског дуга уложи на штедњу, као и од периода одлагања плаћања пореза.¹² Да би заштитиле домаћу пореску основицу, CFC законодавством се прописује да се доходак контролисане иностране компаније мора укључити у доходак сваког од њених резидената сразмерно њиховом уделу и трајању контроле.

CFC законодавства држава чланица Европске уније имају извесна заједничка обележја. Наиме, сва она имају за циљ да опорезују нерасподељени доходак стране компаније (ентитета),¹³ за коју је својствено да је контролисана од стране резидентних акционара, да се налази у јурисдикцији са повољним пореским оптерећењем, да остварује специфичну категорију дохотка и да се у њу трансферише доходак из пореских разлога.

Што се тиче критеријума контроле, страна компанија може да буде контролисана од стране резидентног физичког лица, компаније, партнер-

ширем смислу, јер је добит нето доходак (брuto приходи умањени за расходе у вези са њиховим остваривањем). *Ibid.*, 38, фн. 4.

⁹ Гордана Илић-Попов, *Основица пореза на добит корпорације*, докторска дисертација, Правни факултет у Београду, Београд 1994, 262.

¹⁰ Д. Поповић, С. Костић, 37.

¹¹ Вид. Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, COLPI, Будимпешта и Савремена администрација, Београд 1997, 463.

¹² Вид. Д. Поповић, С. Костић, 42.

¹³ Примера ради, у Француској се резидентним акционарима приписује и доходак непрофитних ентитета. За примену CFC законодавства битно је да је базна компанија основана у облику који је подвргнут порезу на добит, као и да фискално транспарентни ентитети не буду подвргнути CFC законодавству у мери у којој је њихова добит већ опорезована у држави која примењује ово законодавство, на нивоу њихових чланова. Вид. *Strengthening CFC Rules*, Public Discussion Draft BEPS Action 3, OECD, Paris 2015, 15; *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, London 2014, 20.

ства, удружења и сл.¹⁴ Примера ради, у Данској се ово законодавство примењује када резидентна компанија или стална пословна јединица лоцирана у Данској, директно или индиректно, контролише филијалу или сталну пословну јединицу данске компаније лоциране у иностранству, а у Естонији и Мађарској CFC законодавство је усмерено само на стране компаније које су контролисане од стране резидентних физичких лица.¹⁵ Контрола се остварује преко учешћа у капиталу, гласачким правима или у добити контролисане иностране компаније. Није искључено ни да се добит припише лицу које има *de facto* контролу над иностраном компанијом, тј. лицу које доноси кључне одлуке везане за њено текуће пословање.¹⁶ *De facto* контрола може постојати, примера ради, у случајевима дужничко-поверилачких односа.

У вези са овим поставља се питање када се инострана компанија може сматрати „контролисаном“. Како је суштина концепта CFC законодавства остваривање утицаја на пословање контролисане иностране компаније, логично би било да се њиме захвате ситуације у којима резидент има учешће у капиталу, гласачким правима или у добити које је веће од 50%. То је случај, примера ради, у Данској и Грчкој, док се у Шпанији захтева учешће од барем 50%.¹⁷ Могуће је и да се, приликом утврђивања преласка утврђеног прага сабирају мањински удели резидентних акционара. То је случај у Финској, с тим да се захтева да појединачни удео једног акционара не буде мањи од 25%.¹⁸ У Шведској и Пољској се инострана компанија сматра „контролисаном“, ако је учешће у капиталу или гласачким правима барем 25%, док се у Мађарској захтева да резидентна физичка лица држе барем 10% удела или гласачких права.¹⁹ У Немачкој ако инострана компанија остварује пасивни доходак инвестиционог карактера, сматраће се „контролисаном“ и онда када резиденти акционар има свега 1% удела у капиталу или гласачким правима.²⁰ Који год проценат да се одреди, битно је да се CFC законодавством обухвати и директна и индиректна контрола, чега се и придржавају државе чланице.²¹

¹⁴ Вид. Sara Andersson, *CFC Rules and Double Tax Treaties*, Jönköping International Business School, Jönköping 2006, 13.

¹⁵ Вид. *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 14, 17, 26.

¹⁶ Вид. *Strengthening CFC Rules*, 28.

¹⁷ У њима се приликом одређивања степена контроле сабира учешће у капиталу, гласачким правима и добити повезаних лица. Вид. *European Tax Handbook*, IBFD, Amsterdam 2010, 209; *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 24, 56.

¹⁸ Вид. *European Tax Handbook*, IBFD, Amsterdam 2010, 243.

¹⁹ *Ibid.*, 382, 810; Significant Changes Coming to Polish Tax Laws, <http://www.pwc.com/us/en/tax-services/publications/insights/assets/pwc-significant-changes-coming-polish-tax-laws.pdf>, 8. децембар 2015.

²⁰ Вид. *European Tax Handbook*, 308.

²¹ *Ibid.*, 243, 269, 382, 456, 695, 810.

Да би се доходак контролисане иностране компаније приписао резидентним акционарима највећи број законодавстава захтева да та компанија остварује тзв. пасивни доходак (камате, дивиденде, ауторске накнаде, капитални добици, одређени облици закупнине и сл).²² У појединим чланицама прецизирана је његова висина. Тако, у Данској и Италији се захтева да се више од 50% опорезивог дохотка контролисане иностране компаније састоји од пасивног дохотка,²³ а у Грчкој више од 30%.²⁴ У Немачкој је, с друге стране, прописано да се CFC законодавство неће применити ако пасивни бруто доходак контролисане иностране компаније не прелази 10% њеног укупног дохотка.²⁵ Изузетак у овом погледу представља Шведска у којој се CFC законодавство примењује на „сав“ доходак иностраног ентитета, с тим да доходак остварен активним пословањем у оквирима ЕЕА може да буде искључен од примене овог законодавства.²⁶

Разлике међу чланицама Европске уније постоје и у погледу дохотка који се приписује резидентном акционару. За разлику од тзв. ентитетског приступа, који подразумева приписивање целокупног дохотка контролисане иностране компаније резидентним акционарима, за тзв. трансакциони приступ својствено је да се приписује само пасивни доходак.²⁷ Дакле, код трансакционог приступа је неопходно је утврдити природу сваке категорије дохотка, с тим да разлике постоје у погледу степена слободе пореских власти приликом њихове категоризације. Тако, могуће је да се у законодавству наведу категорије дохотка подложне CFC законодавству, али могуће је и да се спроведе анализа чији је циљ да се утврди да ли је доходак остварен од суштинске активности контролисане иностране компаније.²⁸ Иако ентитетски приступ смањује административне трошкове и обезбеђује већи степен извесности за обвезнике, трансакциони приступ је много више прецизнији,²⁹ тј. више одговара сврси постојања CFC законодавства. За разлику од Финске и Француске, већина чланица Европске уније (Литванија, Шпанија, Данска, УК, итд.), следи трансакциони приступ, тј. у њима се доходак од „активног“ пословања не приписује резидентним акционарима.³⁰

²² Вид. *Strengthening CFC Rules*, 43-45.

²³ *Ibid.*, 209; *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 22.

²⁴ Поред тога, барем 50% пасивног дохотка мора настати у трансакцијама међу повезаним лицима. Вид. *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 24.

²⁵ Међутим, ако би се једном акционару приписало више од 800.000€, нема основа за изузимање. Вид. *European Tax Handbook*, 308.

²⁶ Вид. *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 58.

²⁷ Вид. Rainer Bräutigam, Christoph Spengel, Frank Streif, *Decline of CFC Rules and Rise of IP Boxes: How the ECJ Affects Tax Competition and Economic Distortions in Europe*, Discussion Paper No. 15-055, Centre for European Economic Research, Mannheim 2015, 5.

²⁸ *Ibid.*, 35-37.

²⁹ *Ibid.*, 53-54.

³⁰ Вид. *European Tax Handbook*, 209, 789; *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 18.

За CFC законодавство својствено је постојање „јурисдикција са ниским порезима“³¹ (енг. *low tax jurisdiction*), што изискује потребу за њиховим идентификовањем.³² У том смислу, могуће је прецизно одредити ниво пореског оптерећења који се сматра ниским, и то у односу на ниво у држави чије CFC законодавство се примењује. Примера ради, према шведским прописима ако је страни ентитет подвргнут стопи која је нижа од 14,5%, сматраће се да је у питању јурисдикција са ниским пореским оптерећењем, док прописи УК захтевају да је ефективно опорезивање страног ентитета за барем 25% ниже него у УК, а француски за 50%.³³ Могуће је и навести пореске јурисдикције које припадају „белој“, односно „црној“ листи, тј. поименично одредити јурисдикције на чије резиденте ће се применити CFC законодавство.³⁴ „Белу“ листу земаља је објавила, примера ради, Шведска,³⁵ док су Италија, Грчка и Португал, с друге стране, објавиле списак земаља које се налазе на „црној“ листи.³⁶ Оваквим приступом повећава се ефикасност CFC законодавства и смањују административни трошкови, јер се компаније из одређених јурисдикција (са „беле“ листе), код којих је присутан мањи ризик од ерозије пореске основице, аутоматски искључују из поља његове примене.³⁷

Неке земље пружају могућност да се по испуњењу законом прописаних услова искључи примена CFC законодавства.³⁸ Поводом овог питања нарочито су разрађена правила у УК, где се изузимања примењују било у односу на поједине категорије дохотка, било у односу на поједине категорије пореских обвезника. „Предулазно“ тестирање се разликује за трговачки и финансијски доходак. Да би се искључила примена CFC

³¹ Изузетак у овом погледу је Данска, у којој филијале из свих пореских јурисдикција, па и данске, потпадају под удар CFC законодавства. Вид. *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 13.

³² Од 2013. године у УК не тражи се више да контролисана компанија буде подложна ниском нивоу опорезивања, премда се суштински тај услов и даље захтева, јер је у контексту изузимања од примене CFC законодавства прописано да се оно неће применити на резиденте јурисдикција у којима је пореска стопа већа од 75% стопе у УК. Вид. *European Tax Handbook*, 61, 63.

³³ Вид. *European Tax Handbook*, 308, 810, 915.

³⁴ Вид. R. Bräutigam, C. Spengel, F. Streif, 5.

³⁵ Вид. *European Tax Handbook*, 810.

³⁶ Италија од 2009. године примењује ово законодавство и на компаније резиденте пореских јурисдикција у којима је стварно пореско оптерећење за 50% ниже него у Италији. Вид. *European Tax Handbook*, 457, 524, 695, 810; *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 24.

³⁷ Вид. *Strengthening CFC Rules*, 19.

³⁸ Углавном до тога долази када контролисана иностранна компанија обавља суштинску економски активност. О томе више у делу рада посвећеном утицају одлуке Суда правде у случају *Cadbury Schweppes* на национална законодавства држава чланица.

законодавства за трговачки доходак, битна је испуњеност неког од следећих услова: непостојање пореских мотива, неуправљање иностраном компанијом из УК и њена самосталност, док је за финансијски битно да не представља више од 5% укупног дохотка или да не потиче од средстава тачно одређених намена.³⁹ Дакле, у питању је прелиминарно испитивање, које се спроводи без упуштања у детаљнију анализу, за разлику од „главног“ теста, чија је суштина у томе да се идентификују „значајне људске функције“ (енг. *significant people functions*) контролисане иностране компаније. Реч је о концепту који се користи за одређивање добити сталне пословне јединице и који има за циљ спровођење функционалне анализе, тј. утврђивање економског значења извршених активности и преузете одговорности,⁴⁰ односно утврђивање да ли контролисана инострана компанија управља ризицима и средствима.⁴¹ Правило је, дакле, да ће се доходак опорезовати у УК у мери у којој се може приписати „значајним људским функцијама“ у УК, с тим да су и овде прописана бројна изузимања.⁴²

Приписани доходак се може опорезовати на нивоу акционара, било као дивиденда (што је правило), било као приход од пословања (Грчка).⁴³ Ако држава резидентства контролисане иностране компаније, приликом стварне исплате дивиденди спроведе опорезивање, настаће феномен двоструког опорезивања, те је у циљу његовог отклањања неопходно предузети одговарајуће мере. Ту се мисли на методу изузимања стварно расподељених дивиденди, коју примењују, примера ради, Финска и Немачка,⁴⁴ и методу (обичног) кредита, коју примењују, примера ради Шпанија и Шведска.⁴⁵ Изузетак у овом погледу је Грчка у којој се закон не изјашњава у погледу признавања права на порески кредит, односно изузимање.⁴⁶

³⁹ Вид. *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 62.

⁴⁰ Вид. Цвјетана Цвјетковић, „Трансферне цене“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2009, 416.

⁴¹ Вид. New CFC Rules Put Emphasis on Significant People Functions, <http://www.tpweek.com/Article/2979360/New-UK-CFC-rules-put-emphasis-on-significant-people-functions.html>, 2. децембар 2015.

⁴² Вид. *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 62-63.

⁴³ Вид. S. Andersson, 14; *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 24.

⁴⁴ У Немачкој да би физичка лица остварила право на изузимање, између приписивања и стварне расподеле дивиденди не сме проћи више од седам година. Правним лицима 95% примљених дивиденди се изузима из основице. У Финској до изузимања долази ако између приписивања и стварне расподеле дивиденди није прошло више од 5 година. Вид. *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 19, 23.

⁴⁵ *Ibid.*, 56, 58.

⁴⁶ *Ibid.*, 24.

3. СТАВ ОРГАНА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ПРЕМА CFC ЗАКОНОДАВСТВУ

3.1. Улога Суда правде Европске уније у стварању пореског права Европске уније

Пореско право Европске уније се ствара путем позитивне интеграције, која подразумева хармонизацију путем директива и координацију путем обавезујућих и необавезујућих аката (препоруче, саопштења и сл.), путем различитих међународних уговора које закључује Европска унија,⁴⁷ али и путем негативне интеграције. Негативна интеграција манифестује кроз забрану понашања које води нарушавању четири основне слободе, и то путем праксе Суда правде Европске уније (у даљем тексту: Суд правде), који ставља ван снаге одредбе националног (пореског) законодавства које представљају препреку за њихову реализацију.

Уговор о функционисању Европске уније садржи ставке које оправдавају дискриминаторне националне мере (јавна политика, јавно здравље и јавна сигурност).⁴⁸ По својој природи, оне ретко када могу да послуже као основ за оправдање дискриминаторне националне пореске мере. Поред тога, Суд правде је развио праксу по којој национална рестриктивна мера може опстати, али само ако су испуњени одређени услови (енг. *rule of reason concept*), и то: она се мора примењивати на недискриминаторан начин, њено постојање мора налагати општи (јавни) интерес, мора бити погодна за остваривање циља који јој се придаје и, уједно, мора бити поштован принцип пропорционалности.⁴⁹

У досадашњој пракси, Суд правде је оправдавао постојање националних пореских мера, које су имале рестриктиван карактер, потребом да обезбеди ефикасна фискална контрола, потребом да се обезбеди кохезија пореског система, потребом да се спречи злоупотреба права, принципом територијалности и неутрализацијом у другој држави.⁵⁰ Дакле, иако је јавни интерес прилично апстрактна категорија, Суд правде је у неколицини случајева одредио његово значење на терену опорезивања.

⁴⁷ У контексту опорезивања посебан значај има Уговор о ЕЕА, закључен са државама чланицама ЕФТЕ. Вид. Lukasz Adamczyk, „The Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation“, *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation* (eds. Michael Lang et al.), Linde, Wien 2010, 23, 28-29.

⁴⁸ Вид. чл. 52 Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union* C 326/49 of 26 October 2012.

⁴⁹ Вид. Ben Terra, Peter Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, 33-34.

⁵⁰ Вид. Vanessa E. Englmaier, „The Relevance of the Fundamental Freedoms for Direct Taxation“, *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation* (eds. Michael Lang et al.), Linde, Wien 2010, 66-72.

3.2. Одлука Суда правде у случају *Cadbury Schweppes*

У случају *Cadbury Schweppes*⁵¹ Суд правде је одлучивао о сагласности CFC законодавства УК са правом Уније, прецизније са слободом оснивања, која је гарантована примарним правом Уније.⁵²

У време доношења одлуке, CFC законодавство се у УК се примењивало у случајевима када је резидентна компанија поседовала више од 50% нерезидентне филијале, основане у јурисдикцији са „ниским порезима“, тј. у свим случајевима када је порез плаћен од стране контролисане иностране компаније мањи од $\frac{3}{4}$ пореза који би био плаћен у УК. Међутим, био је прописан читав низ ситуација у којима се CFC законодавство није примењивало.⁵³ Од свих изузимања „тест мотива“ је био најважнији, јер је пружао могућност пореским властима да размотре околности сваког конкрет-ног случаја, односно да утврде постојање евазионих мотива.⁵⁴

Чињенице у овом случају су биле следеће: CS, резидентна компанија УК, је матична компанија групе *Cadbury Schweppes* која се састоји од компанија резидената држава чланица и нечланица Уније, укључивши и две филијале, CSTS и SCTI, у Ирској, које су у то време биле подвргнуте порезу од 10%. Пореске власти УК су утврдиле да ниједан од услова за изузимање није био испуњен, па су примениле CFC прописе, на шта је изјављена жалба у којој се истакло да је такво поступање у супротности са слободом оснивања, слободом пружања услуга, као и са слободом кретања капитала. Национални суд је, отуда, поставио питање да ли примарно право Уније, које се односи на ове слободе искључује CFC законодавство. Суд правде је прво истакао да се овде мора одлучивати о сагласности CFC законодавства са слободом оснивања, јер је реч о филијалама које су основане ван УК над којима матична компанија има контролу.

Иако је становиште националног суда било да су филијале у Ирској основане како би биле подвргнуте повољнијем пореском режиму, Суд правде је истакао да чињеница да резидент државе чланице настоји да профитира од пореских погодности друге државе чланице, не може довести до ускраћивања слобода гарантованих примарним правом Уније, односно

⁵¹ Вид. *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, Case C-196/04.

⁵² Вид. чл. 49 Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union.

⁵³ Примера ради, ако контролисана инострана компанија води одговарајућу политику расподеле дивиденди, ако се бави одређеним активностима, ако њена добит не прелази одређени износ (50000£), итд.

⁵⁴ Вид. Tom O'Shea, "The UK's CFC Rules and the Freedom of Establishment: Cadbury Schweppes plc and Its IFSC Subsidiaries – Tax Avoidance or Tax Mitigation", *EC Tax Review* 1/2007, 15.

истакнуто је да оснивање филијала у Ирској из пореских разлога, не представља злоупотребу слободе оснивања, која омогућује компанијама да обављају своје активности кроз филијале, огранке и представништва и, уједно, забрањује њихов неједнак третман.

С обзиром на то да CFC законодавство укључује разлике у третману резидентних компанија, у зависности од нивоа пореског оптерећења којем су подрвргнуте компаније које оне контролишу, Суд правде је истакао да ће постојање CFC законодавства бити оправдано ако то налаже јавни интерес, ако је оно подесно за остваривање задатог циља и ако је задовољен принцип пропорционалности.

Неке државе, укључивши и УК, истакле су да постојање CFC законодавства налаже јавни интерес, тј. борба против пореске евазије. Међутим, став Суда правде је био да чињеница да је филијала основана у земљи за ниским нивоом опорезивања не значи да се општа претпоставка вршења евазије може одржати, и да би се, отуда, у сваком конкретном случају морало доказати да су присутни у целости вештачки аранжмани који за циљ имају изигравање пореских прописа. Дакле, борба против пореске евазије би се могла прихватити као оправдање за рестриктивни третман само ако су у питању у целости вештачки аранжмани. Како би се утврдило њихово постојање, неопходно је узети у обзир циљ слободе оснивања, а то је да држављани земаља чланица учествују на стабилној и трајној основи у економском животу државе чланице која није њихова држава порекла, тј. битно је да се обавља суштинска економска активност, кроз стално место пословања, на неодређени период.

Суд правде је потом истакао да је CFC законодавство подесно да осујети праксу која за циљ има избегавање плаћања пореза. Када је у питању услов пропорционалности, Суд правде је истакао да CFC законодавство УК садржи читав низ изузетака када се оно неће применити, укључујући и тзв. тест мотива. Међутим, чињеница да је намера остваривања пореских погодности подстакла оснивање филијале и закључивање трансакција између ње и матичне компаније, није довољна да се закључи да постоји у целости вештачки аранжман чија је сврха да се избегне плаћање пореза. Да би се утврдило постојање вештачких аранжмана, поред субјективног (намере стицања пореских погодности), морају да буду испуњени и објективни елементи који указују да оснивање контролисане иностране компаније одражава економску стварност, тј. мора бити утврђено да ли наведена компанија има одговарајући простор, кадар и опрему за обављање делатности, тј. да ли је слобода оснивања суштински реализована. Осим тога, не треба занемарити ни чињеницу да доказе обезбеђене од стране матичне компаније надлежне пореске власти могу проверити путем одговарајућих прав-

них инструмената узајамне помоћи. Оно што је најважније, Суд правде је истакао да је на националном суду да одреди да ли тест мотива води тумачењу које омогућује опорезивање само у целости вештачких аранжмана. Ако се добије потврдан одговор, CFC законодавство ће бити компатибилно са правом Уније, тј. биће задовољен принцип пропорционалности.

Дакле, Суд правде је у овом случају донео одлуку да право Европске уније мора да буде тумачено тако да не постоји могућност да се у пореску основуцу резидентне компаније укључи доходак контролисане компаније подвргнуте нижем нивоу опорезивања, осим ако нису у питању у целости вештачки аранжмани који имају за циљ избегавање домаћег пореза. Самим тим, такве мере не смеју бити примењене тамо где је доказано, на бази објективних фактора, да упркос постојању пореских мотива, контролисана компанија у другој чланици обавља истинску економску активност.

3.3. Утицај одлуке Суда правде у случају *Cadbury Schweppes* на национална законодавства држава чланица

Као реакција на одлуку Суда правде у случају *Cadbury Schweppes* већина држава чланица је искључила примену CFC законодавства када су у питању резиденти држава чланица ЕУ, односно ЕЕА,⁵⁵ под условом да обављају суштинску економску активност.⁵⁶ Шпанија и Француска су биле једине чланице Уније које су такво решење имале и пре одлуке Суда правде.⁵⁷ Данска је једина чланица која примењује CFC законодавство и на резидентне и нерезидентне филијале, без обзира на то да ли обављају суштинску економску активност, што наводи на закључак да CFC законодавство у Данској не удовољава принципу пропорционалности.⁵⁸ Естонија, Италија, Литванија, УК и Пољска из поља примене CFC законодавства експлицитно не искључују резиденте ЕУ, односно ЕЕА, али они, као и други резиденти, имају могућност да докажу да обављају суштинску економску активност, па се у том случају CFC законодавство неће применити.⁵⁹

⁵⁵ Финска не примењује изузимање на Лихтенштајн. Вид. *European Tax Handbook*, 243.

⁵⁶ *Ibid.*, 243, 269, 308, 383; *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 25, 52, 57, 58.

⁵⁷ Вид. R. Bräutigam, C. Spengel, F. Streif, 7.

⁵⁸ Вид. Peter Koerver Schmidt, „Are the Danish CFC Rules in Conflict with the Freedom of Establishment? – An Analysis of the Danish CFC Regime for Companies in Light of ECJ Case Law“, *European Taxation* January 2014, 8.

⁵⁹ У Естонији је издата „бела“ листа земаља, која укључује углавном чланице Европске уније, ОЕЦД-а и државе са којима има закључене пореске уговоре, тако да се, свакако, CFC законодавство неће применити на њихове резиденте. Штавише, не захтева се ни да контролисана инострана компанија, резидент земље са „беле“ листе, обавља суштинску економску активност. Вид. *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, 16, 34, 40, 62.

Слобода оснивања је слобода која се остварује унутар ЕУ, односно ЕЕА. Да је Суд правде у случају *Cadbury Schweppes* одлучивао о сагласности CFC законодавства са слободом кретања капитала последице би биле далекосежније, с обзиром на то примарно право Уније не допушта ограничења слободе кретања капитала ни између чланица и трећих држава. Нека истраживања су показала да су измене CFC законодавстава у државама чланицама након одлуке Суда правде у случају *Cadbury Schweppes* довеле до пораста пасивних инвестиција у земље ЕЕА са ниским пореским оптерећењем,⁶⁰ као и да је CFC законодавство значајан фактор приликом доношења одлука о улагању пасивних средстава.⁶¹ Такође, пораст специјалних пореских режима чији је циљ обезбеђивање привилегованог пореског третмана одређеним категоријама прихода интелектуалне својине (енг. *IP boxes*), је директна последица *de facto* укидања CFC законодавства унутар Уније,⁶² односно ограничавања његове примене на само вештачке аранжмане.

3.4. Ставови осталих органа Европске уније у погледу CFC законодавства

Око потребе за предузимањем одговарајућих мера у борби против пореске евазије на нивоу Европске уније присутан је висок степен сагласности. Тако, Европска комисија је јула 2012. године одржала јавну расправу, у циљу формулисања општег приступа у борби против пореске евазије. Закључило се да је главни изазов пореских власти држава чланица премештање пореске основице у земље са ниским пореским оптерећењем, као и да је такво стање делимично последица и постојања некооперативних пореских јурисдикција.⁶³

Како усвајање анти-абузивних мера може створити проблеме везане за њихову несагласност са прописима Европске уније и међународним правилима, Савет је 2010. године усвојио Одлуку о координацији CFC законодавства и правила о утањеној капитализацији,⁶⁴ у којој су дате одговарајуће препоруке. Наиме, државе чланице би морале да имају у виду да одређени индикатори указују на то да је доходак вештачки преусмерен у другу пореску јурисдикцију. Њихова суштина је у томе да оснивање кон-

⁶⁰ Вид. Martin Ruf, Alfons J. Weichenrieder, *CFC Legislation, Passive Assets and the Impact of the ECJ's Cadbury-Schweppes Decision*, Working Paper No. 4461, CESifo, Munich 2013, 15.

⁶¹ Вид. R. Bräutigam, C. Spengel, F. Streif, 2-3.

⁶² *Ibid.*, 3.

⁶³ Discussion Paper on Possible Future Measures against Non-Cooperative Jurisdictions and Aggressive Tax Planning and Possible Strategy at EU Level-Seminar July 17 2012.

⁶⁴ Council Resolution of 8 June 2010 on Coordination of the Controlled Foreign Corporation (CFC) and Thin Capitalization Rules within the European Union, *Official Journal of the European Union* C 156/1 of 16 June 2010.

тролисане иностране компаније не кореспондира са намером обављања суштинске економске активности, да не постоји сразмерна веза између активности које она врши и њених просторија, особља и опреме, да таква компанија има много више капитала но што је потребно за обављање активности, као и да су за њу генерално својствени аранжмани који су лишени економске стварности, односно који су предузети у циљу избегавања плаћања пореза.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Последњих неколико година појачава се свест о размерама пореске евазије, тако да не изненађује чињеница да се постепено повећава број држава чланица Европске уније које су у своје пореске системе увеле CFC законодавство. Ово законодавство, само по себи, претпоставља разлике у пореском третману компанија, у зависности од нивоа пореског оптерећења којем су изложене, па се може посматрати и као фактор који утиче на доношење одлуке о месту оснивања матичне компаније, односно филијала.

Анализа CFC законодавстава држава чланица Уније показала је да међу њима постоје извесне разлике у погледу уређења овог института. Постоје чланице, попут УК, у којима је ово законодавство прилично разрађено, а све како би њиме био погођен искључиво онај доходак који је вештачки преусмерен у другу пореску јурисдикцију из евазионих мотива. Такво CFC законодавство, по природи ствари, подразумева велики број узимања и, самим тим, стручну пореску администрацију. Разлике у погледу захтеваног квалификованог учешћа у контролисаној иностраној компанији и у погледу тога шта се сматра јурисдикцијама са ниским порезима су најбољи показатељ заинтересованости једне државе за заштитом домаће пореске основице. Упоредноправна анализа је, такође, показала да је на обликовање CFC законодавства у државама чланицама Уније велики утицај имала одлука Суда правде у случају *Cadbury Schweppes*. Данска је пример државе чланице која је формално своје законодавство усагласила са овом одлуком, тј. њено CFC законодавство није дискриминаторно, али не удовољава принципу пропорционалности.

Одлука Суда правде у случају *Cadbury Schweppes* је још једном показала да се разлике између држава чланица у погледу непосредних пореза морају толерисати, односно да оне нису препрека за функционисање унутрашњег тржишта Уније. Наиме, све док се не постигне сагласност око хармонизације непосредних пореза, државе чланице могу прописивати ни-

ске пореске стопе, како би своје територије учиниле привлачним за инвеститоре из других држава. Самим тим, оснивање компанија у државама чланицама искључиво у сврху коришћења пореских олакшица није забрањено, ако оне обављају суштинску економску активност, чиме је Суд правде прећутно дао сагласност на праксу која би се могла означити као *forum shopping*, тј. праксу на основу које компаније слободу оснивања могу реализовати у оној чланици која је за њих порески најприхватљивија. Ослонац за то произлази из саме природе Европске уније.

*Cvjetana M. Cvjetković, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
C.Cvjetkovic@pf.uns.ac.rs*

CFC Legislation in the European Union

Abstract: *In this paper the author considers CFC legislation in the Member States of the European Union, and points to the official attitude of the institutions of the European Union toward CFC legislation. Special attention in this paper is focused on Judgment of the Court of Justice of the European Union in the case Cadbury Schweppes. The aim of the paper is to analyze CFC legislation in the Member States in order to determine its basic characteristics, as well as to determine its compatibility with freedoms guaranteed by the primary law of the European Union, i.e. with Judgment of the Court of Justice of the European Union in the Cadbury Schweppes case.*

Key words: *CFC legislation; controlled foreign company; Cadbury Schweppes.*

Датум пријема рада: 10.12.2015.

