

*Cyjetana Cyjetković, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

UTANJENA KAPITALIZACIJA KAO EVAZIONI INSTRUMENT

Sažetak: *Postoje različiti načini finansiranja privrednih društava, ali kombinacija finansiranja putem zajmovnog i sopstvenog kapitala je, svakako, najčešća. Oba načina finansiranja imaju uticaj na način utvrđivanja oprezive dobiti. Ako je pozajmljeni kapital suviše veliki u odnosu na pozajmljeni, govorimo o pojavi koja se naziva utanjena kapitalizacija. O utanjenoj kapitalizaciji više puta se izjašanjavao i Evropski sud pravde. U nastojanju da maksimalno suzi prostor za evaziju, srpski zakonodavac se, počevši od 2001.godine, pridružio krugu zemalja koje u svom poreskom zakonodavstvu imaju posebne odredbe posvećene utanjenoj kapitalizaciji.*

Ključne reči: *utanjena kapitalizacija; sopstveni kapital; pozajmljeni kapital; slučaj Lankhorst-Hohorst.*

I

Uvodna razmatranja

S obzirom da se utanjena kapitalizacija definiše kao situacija u kojoj je sopstveni (akcijski, vlasnički) kapital suviše mali u poređenju sa pozajmljenim kapitalom, jedno od ključnih pitanja prilikom sagledavanja ovog fenomena je i pitanje strukture kapitala, odnosno, odnosa između pozajmljenog i sopstvenog kapitala (eng.: *debt-equity ratio*).

Naime, društvo kapitala (korporacija) se može finansirati na dva osnovna načina: izdavanjem akcija i zaduživanjem. Najveći broj se finansira kombinovanom primenom oba ova načina. Vlasnički način finansiranja

proizvodi, prevashodno, statusnopravna dejstva, a dužnički način finansiranja obligacionopravna dejstva.

Sopstveni kapital čine osnovni kapital (podeljen je na akcije ili udele u zavisnosti od pravne forme društva), rezerve (zakonske ili statutarne) i neraspoređena dobit, a pozajmljeni kapital čine sve obaveze društva, kako na osnovu poslovnih ugovora (npr. ugovora o kreditu), tako i na osnovu obligacionih hartija od vrednosti koje je društvo izdalo (obveznice).

Atraktivnost sopstvenog kapitala, kao izvora finansiranja korporacija, proizlazi iz činjenice da njegovo prisustvo obezbeđuje osnovu za privlačenje kapitala iz ostalih izvora finansiranja, tj pruža sigurnost ostalim ulagačima. Prednost finansiranja sopstvenim kapitalom ogleda se i u tome što isplata prava po osnovu sopstvenog (akcijskog) kapitala može biti obustavljena, posebno u poslovnim godinama kada korporacija ostvaruje loše poslovne rezultate, ili kada vrši investicije koje daju prinos tek po proteku dužeg perioda. Odlučivanje o raspodeli dobiti je u nadležnosti skupštine akcionara.¹ Sa druge strane, zajmodavcu se kamata mora isplaćivati, u skladu sa ugovorom, u fiksnom iznosu bez obzira na visinu dobiti. I pored navedenih pozitivnih svojstava, na određenom stepenu rasta i razvoja korporacije, sopstveni kapital postaje nedovoljan za finansiranje, posebno za finansiranje investicija. U takvim uslovima, se okreću ka finansiranju putem zajma. Zaduživanjem, ne samo da se rešava problem nedostatka finansijskih sredstava, već se istovremeno dolazi do kapitala koji je realno jeftiniji od sopstvenog, i to kako sa stanovišta zajmodavca, tako i sa stanovišta preduzeća. Sa stanovišta zajmodavca, davanje zajma predstavlja manje rizičan posao od kupovine akcija. Prinosi zajmodavaca su fiksirani, irelevantno je da li privredno društvo otvaruje dobit ili ne-ono svoje obaveze na osnovu ugovora o zajmu mora ispuniti, čak i po cenu odlaska u stečaj. Čak i u slučaju likvidacije, interesi zajmodavca su bolje zaštićeni, jer u likvidacionom postupku zahtevi zajmodavaca imaju prioritet u odnosu na zahteve akcionara.² Sa druge strane, zajmodavcima nisu data određena prava koja imaju akcionari, poput prava učešća u dobiti i rukovođenju privrednim društvom.³ Sa stanovišta privrednog društva, finansiranje zaduživanjem stvara mogućnost poreskih ušteda, jer kamata predstavlja rashod za koji se umanjuje poreska osnovica.

¹ V. : čl. 290. Zakona o privrednim društvima, Službeni glasnik RS, 125/2004 (u daljem tekstu :ZPD)

² V. : čl. 360. ZPD.

³ V. : čl. 208. ZPD.

Dakle, kakav će biti odnos između pozajmljenog i sopstvenog kapitala zavisi, pre svega, od ekonomskih razloga, koji su, opet, posledica razlika u pravnom tretmanu kapitala i pozajmica. No, na strukturu kapitala mogu uticati i poreski razlozi: zbog njih najčešće i dolazi do utanjene kapitalizacije.⁴

II Pojam utanjene kapitalizacije

Posmatrano u globalu, o tome kakav će biti debt-equity odnos treba da odluči samo privredno društvo. Međutim, u određenim slučajevima visok debt-equity odnos daje signal poreskoj administraciji da se događa nešto neuobičajeno jer korporacije mogu, često, u poreske svrhe, svesno prikazivati sopstveni kapital kao pozajmljeni. U tim slučajevima dolazi do pojave tzv. utanjene kapitalizacije (eng.: thin capitalization). Utanjena kapitalizacija, dakle, predstavlja situaciju u kojoj je struktura kapitala takva da je udeo sopstvenog kapitala minimalan u poređenju sa udelom kapitala koji je dobijen u obliku kredita od strane povezanog lica⁵, a sve u cilju izbegavanja plaćanja poreza.

Što se tiče naziva, termin thin capitalization se u srpskom poreskom pravu prevodi kao utanjena kapitalizacija⁶, dok se npr. u hrvatskom pravu prevodi kao potkapitalizacija. Imajući u vidu značenje pojma kapitalizacija⁷, čini se, da su oba termina adekvatna jer ukazuju na osnovni smisao ovog koncepta. Naime, kod utanjene kapitalizacije, za razliku od kapitalizacije, prisutna je suprotna tendencija, tendencija da vlasnički kapital bude što manji, te se pribegava svesnom prikazivanju vlasničkog kapitala kao pozajmljenog.

Ponegde u literaturi, umesto termina utanjena kapitalizacija, srećemo se i sa terminom „skrivena kapitalizacija“ (eng.: *hidden capitalization*), odnosno, pojava se u žargonu naziva i polugom kapitala, polugom (eng.: *gearing*).⁸

⁴ D. Popović, *Poresko pravo*, Beograd 2009, str.334.

⁵ Ibid. str. 334.

⁶ V.: čl.62 Zakona o porezu na dobit pravnih lica, Službeni glasnik RS, 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10 (U daljem tekstu: ZPDPL)

⁷ Kapitalizacija predstavlja pretvaranje dela viška vrednosti u dodatni kapital, njome se povećava vlasnički kapital, širi se polje njegove eksploatacije i stvaraju uslovi za povećanje bogatstva njegovih vlasnika. Stoga je, u načelu, u interesu vlasnika kapitala da se kapitalizacija izvrši u što je većoj mogućoj meri.

⁸ O tome više: G. Richardson, D. Hanlon, L. Nethercott, *An Anglo-American Comparison*, International Tax Journal, Vol.24, Issue 2.

III Uzroci utanjene kapitalizacije

1. Različiti poreski tretman kamata i dividendi

Glavni razlog zbog kojeg dolazi do utanjene kapitalizacije je u različitom poreskom tretmanu kamata, kao prihoda od pozajmljenog kapitala, i dividendi, kao prihoda od sopstvenog kapitala. Svi pokazatelji ukazuju da je fiskalni tretman kamata povoljniji od fiskalnog tretmana dividendi. U poreskom bilansu koji sastavlja korporacija, sve kamate, koje su plaćene u cilju obavljanja poslovne aktivnosti, se tretiraju kao trošak poslovanja, te se za iznos plaćenih kamata umanjuje osnovica poreza na dobit pravnih lica. Zbog toga je korporacija, koja u ukupnoj strukturi kapitala ima visoko učešće pozajmljenih sredstava, izložena znatno nižem poreskom opterećenju. Dakle, kamate, načelno, imaju karakter odbitne stavke u poreskom bilansu, izuzev kamata zbog neblagovremeno plaćenih poreza, doprinosa i drugih javnih dažbina⁹. Ovo rešenje je adekvatno, jer navedene kamate imaju penalni karakter, te bi bilo sasvim neopravdano pružiti poreskom obvezniku, koji ne ispunjava svoje obaveze prema državi, poresku pogodnost, u smislu umanjenja poreske osnovice za iznos plaćenih kamata. S druge strane, dividende nisu predviđene kao odbitna stavka, prilikom utvrđivanja poreske osnovice. Sem toga, u nekim zemljama, dividende su izložene višim stopama poreza po odbitku, u odnosu na kamate, što, svakako, doprinosi njihovom nepovoljnijem poreskom tretmanu.¹⁰

Tabela br. 1

Elementi	Preduzeće „X“ koje se finansira sopstvenim kapitalom	Preduzeće „Y“ koje se finansira putem zajmavnog kapitala
Dobit	750	750
Rashodi na ime kamata	0	350
Dividende	350	0
Dobit pre oporezivanja	750	400
Iznos poreza na dobit preduzeća (40 %)	300	160
Dobit nakon oporezivanja	450	240
Neraspoređena dobit	100 ¹¹	240

⁹ V.: čl.19 ZPDPL.

¹⁰ Zakon o porezu na dohodak građana (u daljem tekstu: ZPDG) Sl. glasnik RS, br. 24/2001, 80/2002, 135/2004, 62/2006 i 65/2006 31/2009,44/2009, 18/2010, u čl. 64. predviđa jedinstvenu stopu poreza za oba ova vida prihoda od kapitala.

¹¹ Ovaj iznos se dobije, kada se od dobiti, preostale nakon oporezivanja, isplate dividende.

Ova tabela prikazuje efekat poreskih ušteda, koje ostvaruje preduzeće koje se finansira putem zajmovnog kapitala. Naime, polazi se od pretpostavke, da preduzeće „X“, koje se finansira sopstvenim kapitalom, i preduzeće „Y“, koje se finansira putem zajmovnog kapitala, ostvaruju istu dobit(750) i da imaju iste troškove kapitala, i to preduzeće „X“ na ime dividendi, a preduzeće „Y“ na ime kamate(350). Uprkos tome, različiti poreski tretman kamata i dividendi(iznos kamate se odbija od poreske osnovice), omogućava preduzeću koje se finansira putem zajmovnog kapitala, da ostvari veći iznos neraspoređene dobiti, koju može, između ostalog, upotrebiti za reinvestiranje, te, na taj način, osigurati veće prihode u narednim periodima. Na taj način fiskus ostaje uskraćen za deo prihoda po osnovu ostvarenja korporativnih preduzeća.¹²

Različiti poreski tretman kamata i dividendi, proizvodi značajne poreske posledice, ukoliko se kamata isplaćuju rezidentu države, sa kojom država izvora kamate ima zaključen ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Prilikom isplate dividendi i kamata, kao prihoda od kapitala, isplatilac je dužan obračuna i naplati porez po odbitku.¹³ Kada se kamate isplaćuju nerezidentima, kamata je, najčešće, prema ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, podvrgnuta nižoj stopi poreza po odbitku u odnosu na dividende, a ponekad, se čak predviđaju nulte stope.¹⁴ Ovo rešenje je opšteprihvaćeno, a temelji se na članu 11. OECD Model ugovora o oporezivanju dohotka i imovine iz 1992.godine (eng.: OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, u daljem tekstu OECD Model).¹⁵

Određene poreske implikacije, zbog različitog fiskalnog tretmana kamata i dividendi, nastaju ne samo u nacionalnim okvirima jedne zemlje, već i na *međunarodnom planu*, pod pretpostavkom da između zemlje uvoznice kapitala i zemlje izvoznice kapitala postoji sporazum o izbegavanju dvostrukog oporezivanja.¹⁶ Pretpostavimo da je između država A i B zaključen ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, koji

¹² D. Malinić, *Politika dobiti korporativnog preduzeća*, Beograd, 2007, str.155.

¹³ V. : čl. 99. ZPDG.

¹⁴ To je, na primer, slučaj u ugovorima koje je zaključila Holandija.

¹⁵ Čl. 11. predviđa u st. 1. da pravo oporezivanja kamata ima država rezidentnosti primaoca kamata. Međutim, st. 2. sadrži izuzetak od ovog pravila, te predviđa da pravo oporezivanja ima i država izvora kamate, u skladu sa njenim propisima. Ovakva odredba - je izraz nespremnosti država da se odreknu oporezivanja kamata ostvarenih na njenom području. St. 3. je od izuzetne važnosti. Ovaj član predviđa da ako je stvarni korisnik kamate nerezident, porez koji naplaćuje država izvora ne može biti veći od 10 % od bruto iznosa kamata.

¹⁶ G. Ilić-Popov, *Osnovica poreza na dobit korporacija*, Beograd 1994, str.224.

sadrži klauzulu, koja predviđa da će primeniti nulta stopa poreza po odbitku na kamate, koje će biti isplaćene rezidentu druge države ugovornice. Preduzeće „X“, rezident države A, koje ima visoko učešće zajmovnog kapitala u ukupnoj strukturi kapitala, kao matično društvo, pozajmljuje veliki iznos, od preduzeća „Y“, kao zavisnog društva, koje je rezident države B, koja ima status poreskog utočišta. Kamate isplaćene preduzeću „Y“, u skladu sa ugovorom, neće biti podvrgnute porezu po odbitku u zemlji izvora, niti u zemlji primaoca kamate, jer u ovom slučaju, država B, kao zemlja sa statusom poreskog utočišta, ne oporezuje kamate. Dakle, visoko učešće pozajmljenog kapitala u strukturi kapitala, između ostalog, omogućuje da se osnivanjem povezanog lica u zemljama sa statusom poreskog raja, kamate izuzmu od oporezivanja. U ovakvim uslovima, dolazi do favorizovanja poslovanja preko filijale, koja se tretira kao nezavisno pravno lice u odnosu na matično preduzeće, jer zakonodavstva skoro svih savremenih zemalja predviđaju rešenje po kome se kamate priznaju kao odbitna stavka u poreskom bilansu samo kada se zajam daje filijali, kao nezavisnom pravnom subjektu u odnosu na matično preduzeće, a izbegava se poslovanje preko stalne poslovne jedinice.

Dakle, da rezimiramo : utanjena kapitalizacija je, prevashodno, vid međunarodnog poreskog planiranja. Navedeni primer pokazuje da su finansiranjem putem zajmovnog kapitala na dobiti oba društva. Zaključak o obostranom dobitku je, svakako, pojačan činjenicom da, budući da je reč o povezanim licima, dobit ostaje pod nadzorom istih lica.

2. Sprečavanje ekonomskog dvostrukog oporezivanja

Jedan od razloga zbog kojeg dolazi do utanjene kapitalizacije, jeste i nastojanje poreskih obveznika da spreče ekonomsko dvostruko oporezivanje dividendi, kao prihoda od sopstvenog kapitala. Podsticaj ka utanjenoj kapitalizaciji, pogotovo, postoji ako se prilikom oporezivanja dobiti korporacija primenjuje klasični (apsolutni) sistem. Ovaj modalitet oporezivanja dobiti korporacija podrazumeva da se, najpre, ukupna dobit (raspoređena i neraspoređena dobit), na nivou korporacije, oporezuje porezom na dobit, a potom raspoređena dobit (dividende), na nivou akcionara, oporezuje porezom na dohodak. Dividenda se dva puta oporezuje, ali zbog različitosti poreza i poreskog obveznika, govorimo o *ekonomskom* dvostrukom oporezivanju.¹⁷

Iz svega navedenog, izvodimo zaključak da je korporacija, u čijoj strukturi dominiraju pozajmljena sredstva, izloženo znatno manjem poreskom

¹⁷ V. : Božidar Jelčić, *Financijsko pravo i financijska znanost*, Zagreb 1998, str. - 250-253.

opterećenju od preduzeća koje se, uglavnom, finansira sopstvenim kapitalom. Zbog toga korporacije, često, *svesno* prikazuju sopstveni kapital kao pozajmljena sredstva, tako što zaključuju ugovor o zajmu sa povezanim licem. Samim tim postavlja se pitanje razlikovanja utanjene kapitalizacije od odobravanja zajma od strane povezanog lica. U slučaju utanjene kapitalizacije, nije sporna visina kamatne stope; ona odgovara nivou „van dohvata ruke“. *Sporan je, međutim, odnos između pozajmljenih i sopstvenih sredstava*: taj odnos je artifičijelno visok u korist pozajmljenih sredstava, pa se, otuda, kod dužnika javljaju artifičijelno visoki iznosi troškova kamate.¹⁸

Pored mogućnosti da se iz utanjene kapitalizacije dobije odgovarajuća poreska beneficija, ovaj fenomen može, takođe, da bude rezultat odluke koju je korporacija donela iz čisto ekonomskih razloga (npr. u situaciji kada investitor želi da obezbedi relativno siguran izvor prihoda, odnosno tačno utvrđen prihod).¹⁹

IV

Mere protiv utanjene kapitalizacije

Iako su poreske vlasti širom sveta postale svesne da se pretežno finansiranje zajmovnim kapitalom koristi kao instrument minimizacije poreske obaveze, čini se da ne postoji konsenzus u pogledu mera za njeno sprečavanje.

Pored određenog broja zemalja koje se ne obaziru na fenomen utanjene kapitalizacije²⁰, većina njih primenjuje jednu od sledećih mera: primena pravila o zabrani zloupotrebe prava, primena principa „van dohvata ruke“ i propisivanje maksimalnog fiksnog odnosa između pozajmljenih i sopstvenih sredstava.

Neki autori tvrde da zemlje koje nemaju pravila o utanjenoj kapitalizaciji, gubitak poreskih prihoda uslovljenih tom činjenicom, nadomešćuju makroekonomskim koristima koje nastaju kao posledica povećanih investicija u te zemlje. Naime, zahvaljujući nepostojanju propisa o utanjenoj kapitalizaciji, takve zemlje će privući investicije koje na drugi način ne bi mogle privući.²¹

1. Primena opštih pravila o zabrani zloupotrebe prava

Ovaj pristup podrazumeva sagledavanje svih okolnosti, u svakom konkretnom slučaju, kako bi se utvrdilo da li je cilj određene transakcije, suprotno intenciji zakonodavca, izbegavanje poreske obaveze. U većini

¹⁸ D. Popović, *nav.delo*, Beograd 2009., str.335.

¹⁹ G. Ilić-Popov, *nav.delo*, Beograd 1994, str.226.

²⁰ Između ostalih: Švedska, Kipar, Finska.

²¹ G. Richardson, D. Hanlon, L. Nethercott, *nav.delo*, str.63.

zemalja kontinentalnog prava, koje su prihvatile opšte pravilo o zabrani zloupotrebe prava, ovo pravilo svoj izvor ima u *doktrini fraus legis*.²² Ova doktrina podrazumeva da se prava priznata zakonom ne smeju koristiti na način, koji je u suprotnosti ca ciljem, zbog kojeg je to pravo ustanovljeno. Zemlje koje su se opredelile za ovaj pristup, suočavaju se sa brojnim teškoćama.²³ Javljaju se dileme u pogledu tumačenja ovog pravila, prisutna je opasnost od subjektivizma i sl. U zemljama precedentnog prava, pravilo o zabrani zloupotrebe prava svoj izvor ima u *doktrini substance over form*. Ova doktrina podrazumeva da je suština važnija od forme, te da poreske vlasti transakciju treba da oporezuju, ne prema zakonskom obliku, nego prema ekonomskoj stvarnosti.

2. *Primena principa „van dohvata ruke“*²⁴

U nekim zemljama, poput Norveške, Finske, Danske, princip „van dohvata ruke“ je osnovni instrument utvrđivanja *prihvatljivog* odnosa između pozajmljenog i sopstvenog kapitala. Samim tim, nameće se pitanje: šta se podrazumeva pod prihvatljivim odnosom između pozajmljenog i sopstvenog kapitala? Naime, reč je o odnosu koji bi se uspostavio da su zajmodavac i zajmoprimac nepovezana lica. Dakle, struktura ukupnog kapitala preduzeća se upoređuje sa strukturom koja bi postojala na otvorenom tržištu. Nakon upoređivanja, ukoliko se uspostavi da je udeo pozajmljenog kapitala, u ukupnoj strukturi kapitala, veći od udela koji bi se formirao na slobodnom tržištu između nepovezanih lica, onda će poreska administracija „višak“ pozajmljenog kapitala tretirati, u poreske svrhe, kao sopstveni kapital, a kamatu koja je isplaćena na osnovu tog „viška“ pozajmljenog kapitala kao dividendu.²⁵ O primeni principa „van

²² Kada je reč o zemljama koje pripadaju evropsko-kontinentalnom pravnom krugu, pravilo o zabrani zloupotrebe prava je prihvaćeno u nemačkoj, Mađarskoj, Austriji, Francuskoj, Holandiji, Španiji, Švedskoj i Švajcarskoj.

²³ Tako, na primer, u Mađarskoj, postoji posebno pravilo poreskog prava kojim se zabranjuje zloupotreba prava, od 1999. godine, ali ga poreske vlasti, do sada, nijednom, nisu primenile.

²⁴ Princip „van dohvata ruke“ (eng.: *arm lenght principle*) je jedan od ključnih pojmova u vezi sa transfernim cenama. Poštovanje ovog principa podrazumeva da se transakcija među povezanim licima odvija u skladu sa tržišnim zakonitostima, kao da je reč o nepovezanim licima. O tome više: *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD, Paris 2001.

²⁵ Na nešto drugačiji način se postupa u engleskom poreskom pravu: kada se kamata isplaćuje nerezidentnom poveriocu koji poseduje 75% ili više akcija zajmoprimalca, kao i u slučajevima kada su zajmoprimac i rezidentni poverilac filijale nerezidentnog društva, koje poseduje 75% ili više akcija zajmoprimalca i zajmodavca, takva isplata se *uvek* tretira kao isplata dividendi.

dohvata ruke“, u situaciji kada preduzeće posluje u uslovima koji su različiti od onih uslova koji bi se formirali na slobodnom tržištu, govori i član 9. OECD Modela. Jedna od dilema, koja se javlja pri primeni ove mere za sprečavanje utanjene kapitalizacije, je *kako tretirati „višak“ pozajmljenih sredstava u zemlji izvoznici kapitala?* U zavisnosti od odluke, zemlja izvoznica kapitala mora preduzeti čitav niz mera. Nakon što prihvati kvalifikaciju „viška „pozajmljenih sredstava, koje je izvršila zemlja uvoznica kapitala, mora preduzeti određene mere u cilju sprečavanja ekonomskog dvostrukog oporezivanja (npr., da prizna poreski kredit po osnovu poreza po odbitku na dividende, a ne po osnovu poreza po odbitku na kamate i sl.).

3. Propisivanje fiksnog odnosa: pozajmljeni kapital-sopstveni kapital

Neke zemlje, u nastojanju da onemoguće utanjenu kapitalizaciju, utvrđuju maksimalni dopušteni odnos između pozajmljenih i sopstvenih sredstava. Tako, na primer, u SAD taj odnos je 3:1, u Francuskoj 1.5 : 1, odnosno za banke 3:1, u Italiji i Velikoj Britaniji 1:1 i sl. U Švajcarskoj, odnos između pozajmljenih i vlastitih sredstava zavisi od tipa privrednog društva, odnosno, od toga da li se radi o finansijskoj organizaciji, trgovačkom ili industrijskom preduzeću. U nekim zemljama, poput Češke, fiksni odnos je različito regulisan, u zavisnosti od toga da li se radi o povezanim ili nepovezanim licima. Čim udeo dužnikovih sredstava, koje je pozajmio od povezanih lica, pređe zakonom propisani fiksni odnos, „višak“ zajma počinje se tretirati kao sopstveni kapital, a kamata na „višak“ zajma, odnosno, kamata na deo zajma iznad zakonom utvrđenog limita, neće se priznati kao rashod u poreskom bilansu, već će se tretirati kao dividenda.

Ovoj meri za sprečavanje utanjene kapitalizacije se upućuju određene zamerke. Pored toga što je veoma teško razgraničiti sopstveni i pozajmljeni kapital, teško je i utvrditi koji je odnos između pozajmljenih i sopstvenih sredstava optimalan. Osim toga, moglo bi doći do podsticanja korišćenja kredita u onim situacijama, kada bi primenom principa „van dohvata ruke“, odnos između pozajmljenih i sopstvenih sredstava bio niži od fiksnog odnosa, utvrđenog zakonom.

Komitet za fiskalne poslove pri OECD-u *preporučuje* primenu principa „van dohvata ruke“ kao fleksibilnijeg u odnosu na metodu propisivanja fiksnog odnosa između pozajmljenog i sopstvenog kapitala. Kod primene principa „van dohvata ruke“, iako postoji opasnost od subjektivizma poreskih vlasti, uzimaju se u obzir okolnosti svakog konkretnog slu-

čaja, jer pozajmljivanje među povezanim licima može biti uslovljeno istinskim tržišnim razlozima. Osim toga, nije svejedno da li se zajam uzima između nepovezanih ili povezanih lica, o čemu bi, svakako, trebalo voditi računa. Na kraju treba istaći da propisivanje fiksnog odnosa nije adekvatno rešenje, pre svega zbog vrlo razvijenih finansijskih i poslovnih odnosa koji mogu postojati između pojedinih zemalja.

Neki autori²⁶ ističu da bi najadekvatnije rešenje bilo, u slučaju propisivanja maksimalnog dopuštenog odnosa između pozajmljenog i sopstvenog kapitala, dodeljivanje diskrecionog ovlašćenja poreskom organu, u smislu zamene ovog pravila principom „van dohvata ruke“. Ovakvo rešenje ne uzima u obzir potrebu korporacija za izvesnošću u pogledu snošanja poreske obaveze.

V

Regulisanje utanjene kapitalizacije u zemljama Evropske unije-primer iz prakse Evropskog suda pravde

U zemljama članicama Evropske unije prisutni su različiti pristupi fenomenu utanjene kapitalizacije. Neke od njih, poput Finske i Švedske, uopšte, nemaju odredbe posvećene ovom fenomenu. Na regulisanje utanjene kapitalizacije, u okvirima EU, ogroman uticaj imalo je donošenje Direktive o oporezivanju kamata i autorskih naknada²⁷ i presuda Evropskog suda u slučaju *Lankhorst-Hohorst*.

Savet EU je 2003. godine doneo Direktivu o oporezivanju kamata i autorskih naknada, čiji je primarni cilj bio da ukine poreze po odbitku na kamate i autorske naknade, koje su isplaćene u odnosima između povezanih kompanija. Iako se donošenjem ove Direktive, s jedne strane, rešava problem ekonomskog dvostrukog oporezivanja kamata i autorskih naknada, s druge strane, ukidanjem poreza po odbitku na kamate, podstiče se finansiranje putem zajmovnog kapitala, kada je reč o odnosima među povezanim licima.

U slučaju *Lankhorst-Hohorst*²⁸, Evropski sud je doneo odluku, da su odredbe nemačkog poreskog zakonodavstva o utanjenoj kapitalizaciji, suprotne članu 43. Ugovora o osnivanju Evropske unije, koji garantu-

²⁶ G. Richardson, D. Hanlon, L. Nethercott, nav.delo, str.51-54.

²⁷ Puni naziv ove direktive glasi: Direktiva 2003/49/ES o oporezivanju kamata i autorskih naknada isplaćenih u odnosima između povezanih preduzeća, koja se nalaze u različitim zemljama članicama.(eng. *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*).

²⁸ Case of *Lankhorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt* (case C-324/00). <http://www.economy-point.org/1/lankhorst-hohorst-desicion.html>(20.3.2010.)

je pravo, privrednim subjektima, na obavljanje poslovne aktivnosti, bilo gde, na području država članica Evropske unije. Naime, do donošenja presude Evropskog suda u ovom slučaju, nemačko pozitivno pravo o utanjenoj kapitalizaciji, se primenjivalo, jedino, u slučaju da je društvo-zajmodavac nerezidentno trgovačko društvo, odnosno, pravila se nisu primenjivala na kamate koje su isplaćene kompanijama koje su imale pravo na poreski kredit. Iako ovo pravilo eksplicitno ne vrši diskriminaciju na temelju rezidentstva matične kompanije, Sud je ustanovio da je ipak reč o o diskriminaciji zato što su jedino nemačke kompanije ovlašćene na ovaj kredit.

U navedenom slučaju, nemačko rezidentno društvo, Lankhorst-Hohorst, koje je u potpunosti, bilo u vlasništvu holandskog društva Lankhorst-Hohorst BV (a, ono je bilo u vlasništvu drugog holandskog društva-LTBV), je uzelo zajam od holandskog društva LTBV. Iz navedenog, proizlazi da su Lankhorst-Hohorst i LTBV povezana lica, a s obzirom na to, da je u Nemačkoj, u to vreme, na snazi bio propis, po kome je dopušteni odnos između pozajmljenog i sopstvenog kapitala bio 3:1, uzimanjem zajma od društva LTBV, taj odnos je bio narušen, te su se primenjivale odredbe o utanjenoj kapitalizaciji, koje su „višak“ kamate kvalifikovale kao dividendu, jer je društvo-zajmodavac bilo nerezident. Evropski sud je ovo pravilo proglasio diskriminatornim, jer stavlja u različit pravni položaj rezidente i nerezidente. Sud je odbio prigovor da su pravila o utanjenoj kapitalizaciji neophodna da bi se zaštitila poreska osnovica, te da ovaj prigovor ne može „nadjačati“ čl.43 Ugovora o osnivanju EU.

Sud je obrazložio svoju odluku ističući da Ugovor o osnivanju Evropske unije, predviđa da se diskriminatorna pravila, jedino, mogu opravdati postojanjem opšteg interesa, a gubitak, u ovom slučaju, poreskih prihoda u Nemačkoj, ne može se smatrati povredom opšteg interesa. Sem toga, posmatrano sa stanovišta Evropske unije, u navedenom primeru, nije ni došlo do gubitka poreskih prihoda na nivou Unije, jer, iako, s jedne strane, imamo gubitak poreskih prihoda u Nemačkoj, s druge strane, došlo je do povećanja poreskih prihoda u Holandiji. Naime, tržište Evropske unije se tretira kao jedinstveno tržište.

Presuda Evropskog suda pravde u slučaju *Lankhorst-Hohorst* imala je veliki uticaj na nacionalna pravila o utanjenoj kapitalizaciji određenog broja država članica. Tako, na primer, u Nemačkoj, je primena pravila o utanjenoj kapitalizaciji proširena i na situacije kada je društvo-zajmodavac rezident, u Španiji, odredbe o utanjenoj kapitalizaciji ne primenjuju se kada su strane, iz ugovora u zajmu, rezidenti bilo koje države članice i sl. Međutim, čini se da ovaj slučaj ne mora proizvesti značajne posledice

u zemljama u kojima se pravila o utanjenoj kapitalizaciji primenjuju i na „domaće“ i na „inostrane“ zajmove.²⁹

Čini se, da je donošenjem Direktive o oporezivanju kamata i autorskih naknada, Savet EU, dao prećutnu saglasnost na različite manipulacije koje omogućava pretežno finansiranje putem zajmovnog kapitala. U cilju poštovanja načela zabrane diskriminacije i očuvanja jedinstvenog tržišta Unije, mnoge države će izgubiti deo svojih planiranih poreskih prihoda. U mnogim zemljama EU odredbe o utanjenoj kapitalizaciji neće se primenjivati, kada su učesnici transakcije, rezidenti bilo koje države članice, jer je svrha tih odredbi da se sačuvaju poreski prihodi, ali, kada se ima u vidu karakter Unije, na nivou Unije, cilj nije da se sačuvaju poreski prihodi u granicama pojedinih nacionalnih država, već u okviru Unije. Čini se, da će se pravo Unije razvijati u tom pravcu da će se odredbe o utanjenoj kapitalizaciji primenjivati, jedino, u situacijama kada su uključeni subjekti iz trećih država.

VI

Utanjena kapitalizacija u srpskom pozitivnom pravu

Izmenama sistema oporezivanja dobiti preduzeća, učinjenim pre nekoliko godina, srpski zakonodavac je prvi put dotakao fenomen utanjene kapitalizacije. Naime, u Zakonu o porezu na dobit korporacija iz 1991. godine, ova materija nije bila posebno regulisana. Ovakav stav, zakonodavac je zauzeo imajući u vidu neznatne razmere ovog fenomena, odnosno, imajući u vidu da ovaj fenomen nije proizvodio značajnije poreske implikacije u praksi. Stupanjem na snagu Zakona o porezu na dobit preduzeća 2001.godine, Srbija se priključila krugu zemalja koje imaju posebne odredbe o utanjenoj kapitalizaciji. Ovakvo rešenje je, svakako, u skladu sa savremenim trendom u oblasti oporezivanja, da se maksimalno suzi prostor za evaziju poreza.

Tretman kamata i dividendi

Za razliku od dividende, kamata, u srpskom pozitivnom pravu, načelno ima karakter odbitne stavke, prilikom utvrđivanja poreske osnovice poreza na dobit pravnih lica. Naime, na teret rashoda u poreskom bilansu, priznaju se ukupno obračunate kamate, izuzev kamata zbog neblagovremeno plaćenih poreza, doprinosa i drugih javnih dažbina.³⁰ Često se, u ci-

²⁹ V.: G. Green G., J. Levy, End of thin capitalization rules as we know them, 2003, International Tax Review, Vol.14, Issue 9. http://heinonline.org_HOL_PDF_handle=hein.journals_intaxr14&collection=journals&id=26&print=3§ioncount=1&ext=.pdf (23.3.2010.)

³⁰ V. : st. 1. čl. 19. ZPDPL.

lju izbegavanja plaćanja poreza, uspostavlja takva struktura kapitala u kojoj je udeo sopstvenog kapitala znatno manji, u poređenju sa pozajmljenim kapitalom, koji se dobija uzimanjem kredita od *povezanog lica*. Često je u navedenoj transakciji prisutan, pored fenomena utanjene kapitalizacije, i *slučaj kredita sa obeležjem transferne cene*. Naime, kamatna stopa se ugovara u visini, koja znatno odstupa od tržišne, a sve u cilju što većeg erodiranja poreske osnovice i smanjenja poreskog opterećenja. Stoga je predviđeno da se u slučaju uzimanja kredita od povezanih lica, obračunata kamata umanjuje u skladu sa principom „van dohvata ruke“.³¹ Srpsko pozitivno pravo, sadrži i jednu važnu odredbu, koja nastoji da spreči poslovne manipulacije između stalne poslovne jedinice i njene nerezidentne centrale, a sve u cilju uticaja na iznos poreske obaveze. Naime, kamata i pripadajući troškovi po osnovu zajma odobrenog stalnoj poslovnoj jedinici od strane njene nerezidentne centrale, ne priznaju se kao rashod u poreskom bilansu stalne poslovne jedinice.³² Međutim, ova odredba podstiče na poslovanje putem filijale, kao nezavisnog pravnog subjekta i, samim tim, stvara mogućnost odbitka kamate, koja se isplaćuje povezanom licu, od poreske osnovice. S druge strane, dividenda nema karakter odbitne stavke prilikom utvrđivanja poreske osnovice poreza na dobit pravnih lica. Do stupanja na snagu izmena i dopuna ZPDG, u martu 2010.godine, radi izbegavanja ekonomskog dvostrukog oporezivanja, bilo je prihvaćeno rešenje po kome oporezivi prihod od kapitala po osnovu dividendi, za rezidente Republike, čini 50% bruto dividendi. Dakle, bio je na snazi sistem delimične integracije, i to na nivou primaoca dividendi. Ovakvim rešenjem se omogućavalo delimično izbegavanje ekonomskog dvostrukog oporezivanja. Međutim, navedenim izmenama naša zemlja se priključila krugu zemalja koje usvajaju klasični (apsolutni) sistem poreza na dobit korporacija za koji je svojstveno dvostruko ekonomsko oporezivanje dividendi. Čini se, da se navedenim rešenjem stvara podsticaj za finansiranje putem zajmovnog kapitala.

Sprečavanje utanjene kapitalizacije

U nastojanju da spreči utanjenu kapitalizaciju, srpski zakonodavac se opredelio za propisivanje maksimalnog fiksnog odnosa između pozajmljenih i sopstvenih sredstava, uprkos shvatanju koje je dominiralo u teoriji, pre stupanja na snagu ZPDP, o primeni principa „van dohvata ruke“, kao najbolje mere za sprečavanje utanjene kapitalizacije, imajući,

³¹ V. : st. 2. čl. 19. ZPDPL.

³² V. : st. 1. čl. 20. ZPDPL.

pre svega, u vidu fleksibilnost njegove primene u poređenju sa zakonskim propisivanjem maksimalnog fiksnog odnosa između pozajmljenih i sopstvenih sredstava. Srpski zakonodavac ne propisuje različiti fiksni odnos, u zavisnosti od toga da li se radi o povezanim ili nepovezanim licima, ali, s druge strane, ima u vidu posebnosti osnovne poslovne aktivnosti, te propisuje znatno veći maksimalni dopušteni odnos između pozajmljenih i vlastitih sredstava, kada je reč o bankama i drugim finansijskim organizacijama.

Naime, kod duga prema poveriocu sa statusom povezanog lica, poreskom obvezniku, izuzev banci, priznaje se kao rashod u poreskom bilansu iznos kamate i pripadajućih troškova na zajam, odnosno kredit do visine četverostruke vrednosti obveznikovog sopstvenog kapitala. Za banke limit je desetostruki iznos obveznikovog sopstvenog kapitala. Sopstveni kapital, ZPDPL definiše kao razliku između aktive na osnovu koje obveznik ostvaruje prihod i dugova sa njom povezanih, s tim što su aktiva i dugovi uprošćeni za stanje na dan 1. januara i 31. decembra tekuće godine.³³

S obziroma na to da je za dividende i kamate, kao prihode od kapitala, predviđena ista stopa, u slučaju pretežnog finansiranja trgovačkog društva putem zajmovnog kapitala, ne dolazi do gubitka poreskih prihoda, kada su, i zajmodavac i zajmoprimac rezidenti Republike Srbije. Međutim, radi ostvarivanja određenih ciljeva ekonomske politike, ZPDPL ustanovljava određene poreske podsticaje koji stvaraju mogućnost evazije, pa i putem pretežnog finansiranja posredstvom zajmovnog kapitala. Pretpostavimo da preduzeće „X“ kao matično društvo, osnuje društvo „Y“, kao društvo za radno osposobljavanje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje invalidnih lica. Potom društvo „X“ donosi odluku o promeni načina finansiranja, tako da iznos pozajmljenog znatno premašuje iznos sopstvenog kapitala, te zaključuje ugovor o zajmu sa društvom „Y“. Na ovaj način se ostvaruje značajna poreska ušteda, jer kamate imaju karakter odbitne stavke, a dobit se transferiše društvu koje će biti oslobođeno plaćanja poreza na dobit pravnih lica.

VII Zaključna razmatranja

Jedno od najspornijih pitanja u oblasti međunarodnog poreskog prava, poslednjih godina, jeste i pitanje utanjene kapitalizacije. Poreske vlasti su postale svesne da se debt-equity ratio može koristiti kao efikasan mehanizam za smanjivanje poreske obaveze ne samo u nacionalnim okvirima, već i na međunarodnom planu.

³³ V.: čl. 62 ZPDPL.

Imajući u vidu činjenicu da kamate, prilikom utvrđivanja poreske osnovice, imaju karakter odbitne stavke, a dividende nemaju, korporacije su zainteresovane da u strukturi svog kapitala imaju veće učešće pozajmljenih nego sopstvenih sredstava. Ukoliko, ipak sopstveni kapital dominira, često se pribegava svesnom prikazivanju sopstvenog kapitala kao pozajmljenog, u cilju smanjenja poreskog opterećenja. Osnovni mehanizam kojim se to postiže je uzimanje zajma od strane povezanog lica, s tim da se u ulozi zajmodavaca i zajmoprimca najčešće javljaju matična kompanija i njena filijala različite rezidentnosti.

Donošenje Direktive o oporezivanju kamata i autorskih nakanada i presuda u slučaju Lankhorst-Hohorst, ukazuju na to da organi Unije tolerišu utanjenu kapitalizaciju u Uniji, jer gubitak poreskih prihoda jedne zemlje članice, istovremeno, znači povećanje poreskih prihoda druge zemlje članice.

Iako se srpska naučna javnost pre stupanja na snagu Zakona o porezu na dobit preduzeća izjašnjavala u pravcu usvajanja principa "van dohvata ruke" kao mere za sprečavanje utanjene kapitalizacije, rukovođen opasnošću od subjektivizma i nedovoljnom obučenošću i stručnošću poreske administracije, srpski zakonodavac se opredelio za propisivanje maksimalnog dopuštenog odnosa između pozajmljenog i sopstvenog kapitala.

U prilog principu „van dohvata ruke" govori i činjenica da ovaj princip lakše može prepoznati da li je transakcija preduzeta u dobroj veri ili nije. Fleksibilnost je, svakako, jedna od ključnih prednosti ovog principa, ali o njegovom uvođenju u poreski sistem Srbije može se razmišljati tek kada se stvore odgovarajuće pretpostavke za to, u smislu stručne, efikasne i dobro obučene poreske administracije koja će moći da se suoči sa izazovima koje sa sobom nosi primena ovog principa.

*Cvjetana Cvjetković, Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

Thin Capitalization as an Instrument of Tax Avoidance

Abstract

The term thin capitalization refers to corporations that are financed primarily by debt capital as opposed to equity capital. Thin capitalization is a problem from a tax perspective because returns on equity capital are not deductible, while returns on debt capital are deductible to tax base of corporation tax. Even though taxation authorities realize that thin capitalization may be used as an instrument of tax minimization, there is no consensus on the taxation policy for avoiding thin capitalization. In many cases the European Court of Justice decided issue of thin capitalization. The European Court of Justice's decision in the case of Lankhorst-Hohorst almost certainly means that thin capitalization rules within the EU are ineffective. Serbian legislation on thin capitalization is built on the fixed-ratio approach, despite the recommendations of the OECD and the Serbian scientific community.

Key words: thin capitalization; debt capital; equity capital; the Case of Lankhorst-Hohorst;