

SVEUČILIŠTE U ZAGREBU
PRAVNI FAKULTET

PETAR ALILOVIĆ, MARIN CURIĆ

**ANALIZA PRAVILA O POTKAPITALIZACIJI IZ ČL. 4 ATA DIREKTIVE U
KONTEKSTU PRAVA EUROPSKE UNIJE I USTAVNIH PRAVILA DRŽAVA
ČLANICA S POSEBNIM OSVRTOM NA REPUBLIKU HRVATSKU**

Zagreb, 2017.

Ovaj rad izrađen je na Katedri za financijsko pravo i financijsku znanost Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, pod vodstvom dr. sc. Nevije Čičin-Šain i predan je na natječaj za dodjelu Rektorove nagrade u akademskoj godini 2016./2017.

Tumač kratica:

MTD - međunarodna trgovačka društva

OECD - Organizacija za ekonomsku suradnju i razvoj

BEPS projekt - Base erosion and profit shifting projekt

ATA Direktiva - Direktiva Vijeća (EU) 2016/1164 od 12. srpnja 2016. o utvrđivanju pravila protiv praksi izbjegavanja poreza kojima se izravno utječe na funkcioniranje unutarnjeg tržišta

Sud EU - Sud Europske Unije

OECD Model - Model ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja

CCCTB Direktiva - Nacrt Direktive o uspostavi zajedničke osnovice oporezivanja dobiti trgovačkih društava

Mjera 4 - Mjera 4 BEPS projekta kojom se nastoji ograničiti porezno odbijanje kamata i ostalih financijskih instrumenata

ACE - Allowance for Corporate Equity

CBIT - Comprehensive Business Income Tax

Zinsschranke - njemačko pravilo protiv potkapitalizacije

USRH - Ustavni sud Republike Hrvatske

Ustav RH - Ustav Republike Hrvatske

I. UVOD	1
II. PRAVILA O POTKAPITALIZACIJI: VRSTE I NOVI PRAVNI OKVIR	4
1. VRSTE PRAVILA O POTKAPITALIZACIJI	4
2. ATA DIREKTIVA	6
III. ANALIZA OPRAVDANOSTI Odstupanja novih pravila od načela nepristrane transakcije prihvaćenog praksom suda EU te razmjernost novih pravila u odnosu na ciljeve koji se ATA direktivom nastoje ostvariti	10
1. POJAM NAČELA RAZMJERNOSTI.....	10
2. KONCEPT ZAKONITOG IZBJEGAVANJA POREZNE OBVEZE U PRAKSI SUDA EU	11
3. PITANJE RAZMJERNOSTI ODABRANOG SREDSTVA	15
4. NAČELO NEPRISTRANE TRANSAKCIJE	17
4.1. Osnove načela nepristrane transakcije	17
4.2. Načelo nepristrane transakcije u OECD i EU kontekstu	18
4.3. Kritike načela nepristrane transakcije	19
4.4. Opravdanost napuštanja načela nepristrane transakcije.....	22
IV. USTAVNE POTEŠKOĆE PRILIKOM PRENOŠENJA ČL. 4 ATA DIREKTIVE - NJEMAČKI PRIMJER I MOGUĆI PROBLEMI U HRVATSKOM PRAVNOM SUSTAVU	27
1. UVODNA RAZMATRANJA	27
2. KRATKI PRIKAZ ZINSSCHRANKE PRAVILA USPOREDBOM S ODREDBAMA ČL. 4. ATA DIREKTIVE.....	28
3. NAČELO OPOREZIVANJA PREMA GOSPODARSKOJ SNAZI OBVEZNIKA	30
4. STAV NJEMAČKOG SAVEZNOG POREZNOG SUDA O USTAVNOSTI ZINSSCHRANKE PRAVILA	32
4.1. Ocjena razloga njemačkog saveznog ministarstva financija za odstupanje od objektivnog neto načela	33
4.2. Stav Saveznog poreznog suda o mogućnosti prenošenja prekoračenih troškova zaduživanja	35
5. USTAVNE POTEŠKOĆE PRILIKOM PRENOŠENJA ČL.4. ATA DIREKTIVE U HRVATSKI PRAVNI SUSTAV.....	37
5.1. Uvodna razmatranja	37
5.3. Ustavni izazovi pri prenošenju čl. 4. ATA Direktive u hrvatski porezni sustav.....	38
V. ZAKLJUČAK	43
VI. ZAHVALE.....	45
VII. POPIS LITERATURE:.....	46
VIII. SAŽETAK/SUMMARY	53

I. UVOD

U prirodi poslovanja gospodarskih subjekata postoji težnja k maksimizaciji profita. U tim nastojanjima porezna obveza predstavlja im teret kojega nastoje svesti na najnužniju mjeru. Pritom međunarodna trgovačka društva (dalje: MTD) nerijetko posežu za različitim pravnim konstrukcijama, što fiktivnim, što opravdanim, kojima uštede poreznih davanja dosežu ogromne razmjere. Najbolji primjer toga je slučaj *Apple Inc.*, MTD s najvećom tržišnom vrijednosti u povijesti, koji je složenim zakonitim tehnikama poreznog planiranja ostvario više od 44 milijarde USD neoporezive dobiti na svjetskoj razini.¹

Jedan od načina kojim se postiže porezna optimizacija u poslovanju jest potkapitalizacija društva. Tim pojmom definiramo situaciju u kojoj je društvo financirano relativno velikim omjerom duga u odnosu na kapital.² Općenito je poznato da se u društvo može investirati ili ulaganjem uloga u temeljni kapital društva ili davanjem kapitala društvu putem pozajmice. Iako se u oba slučaja radi o investiranju kapitala u društvo, porezni tretman povrata na te investicije u većini država značajno se razlikuje.

Razlog toj pojavi nazvanoj „pristranost dugu u odnosu na kapital“ (eng. *debt equity bias*) jest taj da se kamate na pozajmljeni kapital smatraju potrebnim rashodom za ostvarenje dobiti (poput plaća radnika, troškova nabave imovine i sirovina itd.), dok se isplata dividende vlasniku društva smatra njegovom „nagradom“.³ Sukladnoj toj logici, isplata dividende za društvo ne predstavlja porezno priznati rashod te je oporeziva kako na razini trgovačkog društva (ne predstavlja odbitnu stavku u poreznoj osnovici poreza na dobit društva) tako i u rukama dioničara, odnosno udjelničara. Sa druge strane, isplata kamata oporeziva je svega jedanput i to isključivo u rukama zajmodavca, dok na razini društva ista predstavlja porezno priznati rashod te ne ulazi u osnovicu za obračun poreza na dobit. Ova razlika više je od povijesnog značaja nego što posjeduje ekonomsko opravdanje, međutim zbog svoje ukorijenjenosti u samu logiku poreznog sustava politički ju je vrlo teško izmijeniti.

¹ Gadžo S., Prilog istraživanju sadržaja načela pravednosti kao kriterija evaluacije normi međunarodnog poreznog prava, *Pravni vjesnik*, 31/2, 2015., str. 132.

² OECD, Tax & Development, *Thin Cap Legislation, A background paper for country tax administration*, OECD Publishing, 2012., str. 3

³ European Commission, *Taxation papers, The effects of Tax Reforms to Address the Debt-Equity Bias on the Cost of Capital and the Effective Tax rates*, Working Paper n. 65, 2016, str. 11. O pristranosti dugu u odnosu na kapital vidjeti više u članku: Schön, W., *The Distinct Equity of the Debt-Equity Distinction*, *Bulletin for International Taxation*, 2012; Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2014-08. Dostupno na: <https://ssrn.com/abstract=2444648> ili <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2444648>, zadnje gledano 25.4.2017.

Prema tome, što je razina duga društva, a time i kamata koje plaća veća, niža će biti njegova oporeziva dobit.⁴ Na taj način, porezni sustavi država potiču društva na zaduživanje.

Taj problem postaje još značajniji kod poslovanja MTD, koji vrlo lako mogu organizirati svoje poslovanje na način da smjeste jedno od svojih povezanih društava koje se bavi financiranjem ostalih članova grupacije (eng. *cash pooling*) u države s niskim poreznim opterećenjem kako bi se na razini MTD-a platio što manji porez na dobit od kamata, uz istodobno umanjeње poreznih osnovica društava grupe koja te zajmove koriste.

Države su, tijekom godina, razvile mjere kojima su se nastojale suočiti s problemom potkapitalizacije, odnosno pretjerane uporabe (gotovo zlouporabe) zajma u odnosu na kapital, uvođenjem pravila o potkapitalizaciji. Međutim, zamahom svjetske financijske krize iz 2008. godine primjeri poput Apple, Amazona, Googlea, FIAT-a naišli su na osudu javnosti i nevladinih organizacija, pa se i problem neefikasnosti trenutnog arsenala u borbi protiv takvih postupanja MTD našao u fokusu visoke međunarodne politike. Međunarodni naponi rezultirali su paketom od 15 mjera za suzbijanje izbjegavanja plaćanja poreza donesenih na razini Organizacije za ekonomsku suradnju i razvoj (dalje: OECD) u sklopu tzv. Base erosion and profit shifting projekta (dalje: BEPS projekt).⁵ Na tom projektu utemeljen je i europski odgovor na navedenu problematiku u obliku Direktive o izbjegavanju plaćanja poreza (dalje: ATA Direktiva), usvojene u srpnju 2016. godine.⁶

Predmet analize ovoga rada nisu svi načini izbjegavanja porezne obveze, niti sva pravila koje sadrži ATA Direktiva, već isključivo članak 4. ATA Direktive koji donosi konceptijski potpuno nova pravila o potkapitalizaciji. ATA Direktiva zamijenila je dosadašnja pravila, zasnovana na relativno fleksibilnom načelu nepristrane transakcije (eng. *arm's length principle*), rigidnijim pravilom kojim se iznos porezno priznatih kamata ograničava na određeni postotak EBITDA-e.

Budući da bi mjera iz članka 4. ATA Direktive trebala biti prenesena u nacionalna zakonodavstva do početka 2019. godine, a time zamijeniti i postojeća hrvatska pravila o

⁴ OECD, Op.cit. u bilj. 2., str.3.

⁵ Pojam BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) istovremeno ima dvostruko značenje. Prva sastavnica pojma BEPS su porezne strategije kojima se iskorištavaju pravne praznine i neusklađenosti poreznih sustava kako bi se na umjetan način izvukla (Base Erosion) i prenijela dobit (Profit Shifting) u države s niskim poreznim opterećenjem ili bez poreznog opterećenja. Države u koje se dobit prenosi s prenesenom dobiti imaju zanemarivu ekonomsku poveznicu ili ta poveznica uopće ne postoji. Druga sastavnica pojma BEPS je projekt koji je pokrenut od strane država G-20 skupine i OECD-a u svrhu otklanjanja prikazanih anomalija.

⁶ Europska unija, Direktiva Vijeća (EU) 2016/1164 od 12. srpnja 2016. o utvrđivanju pravila protiv praksi izbjegavanja poreza kojima se izravno utječe na funkcioniranje unutarnjeg tržišta, OJ L 193, 19.7.2016, str. 1–14.

potkapitalizaciji novim pravilom temeljenim na EBIDTA-i, cilj ovog rada jest preispitati valjanost te mjere.

Autori iznose dvije hipoteze. Prva hipoteza jest kako je EBITDA pravilo iz čl. 4. ATA Direktive protivno samom europskom pravu, kako ga je tumačio Sud Europske Unije (dalje: Sud EU) u svojoj jurisprudenciji kada je sankcionirao nacionalna pravila protiv potkapitalizacije. Kao metoda za dokazivanje ove hipoteze koristit će se deskriptivna metoda, metoda analize i indukcije.

Druga hipoteza autora jest da bi EBITDA pravilo moglo biti suočeno s problemima ustavne naravi na nacionalnoj razini. Kao metode za ispitivanje ove hipoteze koristit će se komparativna analiza poredbene jurisprudencije, točnije presuda njemačkog Saveznog poreznog suda kojom je dovedena u pitanje suglasnost tog pravila s ustavnim načelom oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika. Autori također preispituju i mogućnost sukoba navedenog pravila sa hrvatskim Ustavom, ističući time probleme na koje bi primjena ovoga načela mogla naići u našem zakonodavstvu, ali i zakonodavstvima drugih država članica EU.

S obzirom na navedeno rad je koncipiran kako slijedi. Nakon uvoda, u drugom dijelu rada obrađuju se vrste pravila protiv potkapitalizacije, kao i sam članak 4. ATA Direktive. U trećem dijelu se preispituje prva hipoteza, odnosno analizira se opravdanosti odstupanja novih pravila od načela nepristrane transakcije prihvaćenog praksom Suda EU te ispituje razmjernost novih pravila u odnosu na ciljeve koji se ATA Direktivom nastoje ostvariti. U četvrtom dijelu rada analiziraju se problemi prihvaćenog pravila na nacionalnoj razini, s posebnim osvrtom na Republiku Hrvatsku. Peti dio sadrži zaključna razmatranja.

II. PRAVILA O POTKAPITALIZACIJI: VRSTE I NOVI PRAVNI OKVIR

1. VRSTE PRAVILA O POTKAPITALIZACIJI

Kao što je istaknuto u samom uvodu ovog rada, potkapitalizacija je jedan od načina na koji trgovačka društva, uzimanjem zajmova koji višestruko premašuju iznose raspoloživog kapitala, povećavaju svoje porezno priznate rashode s ciljem smanjenja iznosa poreza na dobit.⁷ Pojavne oblike pravila protiv potkapitalizacije možemo podijeliti po raznim parametrima.⁸ Prema kriteriju širine pristupa, navedena pravila se dijele u dvije temeljne skupine:

- a) tzv. opća pravila, i
 - b) specifična pravila.
- a) Opća pravila nisu usmjerena isključivo na potkapitalizaciju, već imaju šire polje primjene. Uz potkapitalizaciju, uređuju i druge domene, primjerice transferne cijene.⁹ Na potkapitalizaciju se primjenjuju „*nastojeci je spriječiti dokazujući njenu zlonamjernu prirodu, stvarnu ili navodnu*“.¹⁰ Potkapitalizaciju, tj. zloupotrebljive ili neregularne situacije, nastoje dokazati temeljeći se na:
 - načelu zloupotrebe prava (eng. *abuse of law*) ili
 - povredi načela nepristrane transakcije (eng. *arm's length principle*).
- b) Specifična pravila, sa druge strane, imaju za cilj isključivo sprječavanje potkapitalizacije ograničavanjem iznosa zajma i/ili kamata koje se mogu odbiti kao porezni priznati rashod. Ova pravila mogu se nadalje grupirati prema sljedećim kriterijima:
 - aa) fleksibilnost primjene propisanog omjera, i
 - bb) predmet ograničavanja.

⁷ Kruger, H., *Liberté de gestion et endettement des entreprises en droit fiscal (LGDJ 2007)*, str. 323.

⁸ *Ibid.*, str.286

⁹ OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010.*, OECD Publishing, 2010, str. 19: „*Transferne cijene su cijene prema kojima trgovačko društvo prenosi fizička dobra i nematerijalnu imovinu ili pruža usluge povezanim trgovačkim društvima*“.

¹⁰ Kruger, *Op.cit.* u bilj. 7., str. 286.

aa) Prvi kriterij polazi od mogućnosti dokazivanja gospodarske opravdanosti financijskog aranžmana. S obzirom na prvi kriterij, specifična pravila protiv potkapitalizacije se dijele na tzv. „*safe harbour*“ pravila i pravila „obvezne primjene“

„*Safe harbour*“ (ili „*safe haven*“) pravila su specifična pravila protiv potkapitalizacije kojima se propisuje najviši dopušteni prag zaduživanja, ali istovremeno pružajući poreznom obvezniku koji prijeđe propisani prag mogućnost da dokaže postojanje valjanog gospodarskog razloga za takav prijelaz. Ovakav pristup s jedne strane odlikuje pravna sigurnost jer „*dioničari i društva kapitala precizno znaju do koje će se granice kamate priznati kao porezni odbitak*“.¹¹ S druge strane, ukoliko procijene da raspolažu sa dovoljno informacija da dokažu postojanje valjanog razloga za zaduživanje, preostaje im mogućnost da prijeđu zakonom propisani omjer.

Mogućnost suprotnog dokazivanja nije prisutna kod pravila tzv. „obvezne primjene“. Naime, pristup zakonodavca kod ovih pravila rigidniji je od „*safe harbour*“ pristupa. U slučaju da porezni obveznik zaduživanjem prijeđe propisani prag, „višak“ kamata neće biti porezno priznati rashod, već će se za taj iznos povećati porezna osnovica. Mogućnost dokazivanja postojanja valjanog razloga za zaduživanje zbog kojeg je prijeđen propisani omjer ne postoji. Ovo rješenje usvojeno je u hrvatskom poreznom sustavu.¹²

bb) Kao što je navedeno u studiji OECD-a specifična pravila protiv potkapitalizacije razlikuju se i po predmetu ograničavanja.¹³

Naime, ograničiti se može ili iznos zajma ili iznos kamata koje se priznaju kao porezni rashod. U slučaju ograničenja iznosa zajma pravilom se propiše najviši dopušteni omjer financiranja zajmom u odnosu na financiranje kapitalom društva (eng. *debt to equity ratio*). Iznos kamata koji se odnosi na dio zajma kojim je premašen omjer neće se priznati kao porezni rashod. Ovaj tip pravila protiv potkapitalizacije najrašireniji je zbog svoje jasnoće i jednostavnosti. U pogledu samih omjera ne postoji uniformnost te se kreću od omjera 1,5:1, 2:1 pa sve do 3:1.¹⁴

¹¹ Ibid., str. 288

¹² Zakon o porezu na dobit, NN 177/04, 90/05, 57/06, 146/08, 80/10, 22/12, 148/13, 143/14, 50/16 i 115/16, čl. 7., st. 1., t. 11.: „*Porezna osnovica iz članka 5. ovoga Zakona povećava se za kamate koje nisu porezno priznati rashod prema odredbama ovoga Zakona*“.

¹³ OECD, Op.cit. u bilj. 2., str. 7.

¹⁴ Piltz, D., J., General Report, International aspects of thin capitalization, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. LXXXIb, Kluwer Law International, 1996., str. 106.; U Republici Hrvatskoj taj omjer je još i viši te iznosi 4:1.

Kao što su autori već istakli, predmet ograničenja, osim samog zajma, mogu biti i kamate. U tom slučaju, propisuje se najviši iznos kamate koji se priznaje kao porezni rashod. Taj iznos određuje se na temelju iznosa kamata u transakcijama između trećih osoba. Za razliku od pravila kojim se ograničava iznos zajma, pravila kojima se ograničava najviši iznos kamata ne temelje se na strogo propisanom omjeru, već na temelju načela nepristrane transakcije (*arm's length principle*). Prema ovom načelu za ograničavanje najvišeg iznosa kamata koji se priznaje kao porezno priznati rashod polazi se od transakcija koje se sklapaju između trećih (nepovezanih osoba). Potrebno je utvrditi bi li treća, nepovezana osoba, dala društvu u pitanju zajam u sličnom iznosu i sa sličnim kamatama pod kojima mu je zajam odobrilo povezano društvo. Ako je odgovor na to potvrđan, društvo se neće smatrati potkapitaliziranim, dok će se u suprotnome kamate na dug smatrati pretjerano visokima, pa neće u cijelosti biti priznate kao rashod.¹⁵

2. ATA DIREKTIVA

Najvažnije i temeljno pravilo ATA Direktive koje se odnosi na potkapitalizaciju nalazi se u članku 4. stavku 1. Naime, odbitak prekoračenih troškova zaduživanja¹⁶ od osnovice pri utvrđivanju poreza na dobit ograničen je do 30 posto prihoda poreznog obveznika prije kamata, poreza, deprecijacije i amortizacije (EBITDA), u poreznom razdoblju u kojem su isti nastali.¹⁷

Prije nego se započne s daljnjim razmatranjima, ključno je ukratko izložiti značenje pojma EBITDA kako bi se lakše razumjelo djelovanje samog pravila protiv potkapitalizacije baziranog na EBITDA pravilu. Pojam EBITDA (od engl. *earnings before interest, taxes, depreciation, and amortization*) označava dobit prije odbitka kamata, poreza i amortizacije.¹⁸ Drugim riječima, EBITDA je razlika između poslovnih prihoda i poslovnih rashoda društva

¹⁵ Fross, A., Debt-equity Ratios, Earnings Stripping Rules and the Arm's Length Principle, u: Massoner, C., Storck A., Sturzlinger, B. (ur), International Group Financing and Taxes, Linde Verlag, 2012., str. 36.

¹⁶ Europska unija, op. cit. u bilj. 6., čl.2., t.2.: „iznos za koji troškovi zaduživanja poreznog obveznika koji se mogu odbiti prekoračuju oporezivi prihod od kamata ili drugi ekonomski istovjetni oporezivi prihod koji porezni obveznik prima u skladu s nacionalnim pravom“.

¹⁷ Ibid., članak 4., st. 1.; Ovdje se najjasnije vidi usklađivanje s Mjerom br. 4 iz BEPS Final Reporta, u kojoj su izneseni prijedlozi za ograničavanje poreznih priznatih odbitaka kamata društvima ili konsolidiranim grupama društava.

¹⁸ Babić, A. et al., Englesko - hrvatski glosar bankarstva, osiguranja i ostalih *financijskih* usluga, Ministarstvo vanjskih poslova i europskih integracija, Zagreb, 2005., str. 57., dostupno na: http://www.mvep.hr/files/file/publikacije/GLOSAR_bankarstva_osiguranja_i_ostalih_financijskih_usluga.pdf, zadnje gledano 25.4.2017.

(tzv. operativna dobit) uvećana za amortizaciju i kamate, te predstavlja jedan od pokazatelja uspješnosti poslovanja gospodarskog subjekta.¹⁹ EBITDA pokazateljem utvrđuje se koliki postotak dobiti prije kamata, poreza i amortizacije ostaje gospodarskom subjektu po svakoj jedinici poslovnih prihoda (tzv. EBITDA marža). Veća je vrijednost EBITDA marže povoljnija, jer takvim gospodarskim subjektima ostaje veći dio prihoda nakon pokrivanja troškova poslovanja tj. rashoda (npr. materijalni troškovi, troškovi plaća, itd.) u odnosu na one koji ostvaruju niže vrijednosti ovog pokazatelja.²⁰

ATA Direktivom u stavku 2. definiran je izračun EBITDA-e, tako da se prihodu koji podliježe porezu na dobit u državi članici poreznog obveznika dodaju iznosi prekoračenih troškova zaduživanja prilagođeni za iznos poreza, kao i iznosi amortizacije prilagođeni za iznos poreza. Prihod oslobođen od poreza isključuje se iz EBITDA-e poreznog obveznika..

Stavkom 3. pružaju se dvije mogućnosti državama članicama da odstupe od osnovnog pravila. Prva mogućnost odstupanja jest da poreznom obvezniku mogu odobriti odbijanje prekoračenih troškova zaduživanja u iznosu do 3.000,000 EUR.²¹ Druga mogućnost za države članice jest da mogu izuzeti od primjene ograničenja propisanih ATA Direktivom porezne obveznike koji su samostalni subjekti. Ti subjekti definirani su kao porezni obveznici koji nisu dio konsolidirane grupe za potrebe financijskog računovodstva te nemaju nijedno povezano društvo ili stalnu poslovnu jedinicu.²²

Stavkom 4. državama članicama pruža se daljnja mogućnost isključenja primjene osnovnog pravila u slučaju specifičnih zajmova. To su zajmovi sklopljeni prije 17. lipnja 2016. godine, ali se isključenjem ne obuhvaća bilo kakva naknadna izmjena takvih zajmova (tzv. *grandfathering clause*), te zajmovi upotrijebljeni za financiranje dugoročnih javnih infrastrukturnih projekata ako su nositelj projekta, troškovi zaduživanja, imovina i prihod unutar Europske unije (dalje: EU).²³

ATA Direktivom u stavku 5. propisuje se mogućnost odstupanja od osnovnog pravila za porezne obveznike koji su članovi konsolidirane grupe društava za potrebe financijskog

¹⁹ Serdarušić, H., Utjecaj financijskog položaja i aktivnosti na novčani jaz i profitabilnost hrvatskog turističkog sektora, magistarski rad, Zagreb, 2007., str. 7. - 12., dostupno na:

<http://serdarusic.com/images/magistarski%20rad.pdf>, zadnje gledano 25.4.2017.

²⁰ Koprivčić, Z., Ako ne znaš što je EBITDA, kakav si ti menadžer?, dostupno na: <http://www.poslovni-info.eu/sadrzaj/menadzment/ako-ne-znas-sto-je-ebitda,-kakav-si-ti-menadzer/>, zadnje gledano 25.4.2017.

²¹ Europska unija, op.cit. u bilj 6., članak 4., st. 3., pod a); U inicijalnom prijedlogu ATA Direktive bio je određen iznos od 1.000,000 EUR. Iznos od 3.000,000 EUR razmatra se za cijelu grupu čiji je porezni obveznik član.

²² Ibid., pod b).

²³ Ibid., st.4., pod a) i b).

računovodstva. Vezano za tu mogućnost, države članice mogu odabrati da u svoj pravni sustav prenesu jedno od dva ponuđena rješenja, ali nisu prisiljene to učiniti.²⁴ Prvo rješenje se temelji na omjeru kapitala i ukupne imovine (eng. *equity ratio*). Propisuje da uz ispunjenje propisanih uvjeta „država članica može poreznom obvezniku odobriti da u potpunosti odbije prekoračene troškove zaduživanja, ako može dokazati da je omjer njegova kapitala u odnosu na njegovu ukupnu imovinu jednak istovjetnom omjeru grupe ili viši od njega“.²⁵ Drugo rješenje temelji se na prihodima konsolidirane grupe društava čiji je porezni obveznik član (eng. *group earnings ratio*). Radi se o tome da država članica može odobriti poreznom obvezniku da „odbije prekoračene troškove zaduživanja u iznosu većem od onoga koji bi imao pravo odbiti u skladu sa stavkom 1.“²⁶ Dakle, prema ovom pravilu, porezni obveznik može odbiti prekoračene troškove zaduživanja do omjera prekoračenih troškova zaduživanja/EBITDA-e konsolidirane grupe društava čiji je član, koji može biti i viši od 30% EBITDA-e.

Napokon, čl. 4. st. 6. propisano je da države članice mogu odobriti poreznim obveznicima prenošenje u sljedeća porezna razdoblja prekoračenih troškova zaduživanja koji se ne mogu odbiti u trenutnom poreznom razdoblju kao i neiskorištene EBITDA-e (tzv. *carry forward*). Također, mogu odobriti i prijenos prekoračenih troškova zaduživanja u prethodna porezna razdoblja (tzv. *carry back*). Državama članicama na raspolaganju su tri opcije s različitim vremenskim ograničenjima, ovisno o odabranoj kombinaciji rješenja,²⁷ „kako bi osigurale uravnoteženu primjenu poreznog odbitka prekoračenih troškova zaduživanja tijekom niza godina, lišenog utjecaja iznenadnih kolebanja u odnosima razina EBITDA-e i prekoračenih troškova zaduživanja“.²⁸

²⁴ Ibid., st.5.

²⁵ Ibid., pod a); Za primjenu navedenog pravila propisani su sljedeći dodatni uvjeti: I. omjer kapitala poreznog obveznika u odnosu na njegovu ukupnu imovinu smatra se jednakim istovjetnom omjeru grupe ako je omjer kapitala poreznog obveznika u odnosu na njegovu ukupnu imovinu niži za do dva postotna boda, II. sva imovina i obveze vrednuju se uporabom iste metode kao u konsolidiranim financijskim izvještajima iz stavka čl. 4. stavka 8. ATA Direktive.

²⁶ Ibid., pod b); Ovo restriktivnije ograničenje se odnosi na konsolidiranu grupu čiji je porezni obveznik član i računa se u dva koraka: a) kao prvo, omjer grupe određuje se dijeljenjem prekoračenih troškova zaduživanja grupe u odnosu na treće strane s EBITDA-om grupe i b) kao drugo, omjer grupe množi se s EBITDA-om poreznog obveznika izračunatog u skladu sa čl. 4.st. 2.

²⁷ *Carry forward* vremenski je neograničen u slučaju prenošenja prekoračenih troškova zaduživanja u sljedeća porezna razdoblja, dok je prenošenje neiskorištene EBITDA-e ograničeno na najviše pet godina. *Carry back* je vremenski ograničen – odbijanje prekoračenih troškova zaduživanja u prethodna porezna razdoblja ograničeno je na najviše tri godine.

²⁸ Loyens & Loeff, Tax Flash: Political Agreement to implement anti tax avoidance measures (Anti Tax Avoidance Directive), 2016, dostupno na: <https://www.loyensloeff.com/nl-nl/news-events/news/tax-flash-political-agreement-eu-to-implement-anti-tax-avoidance-measures-anti-tax-avoidance-directive>, zadnje gledano 26.4.2017.

Države članice nisu obvezne primjenjivati pravila ATA Direktive na financijska društva, makar ona bila i članovi konsolidirane grupe društava za potrebe financijskog računovodstva.

Autori smatraju iznimno bitnim dati do znanja da je ATA Direktivom usvojen *de minimis* pristup. Naime, njome se propisuje minimalna razina zaštite: države članice u prenošenju odredbi ATA Direktive u svoje nacionalne pravne sustave ne smiju ići ispod propisane razine zaštite, dok s druge strane mogu propisati strože odredbe.²⁹ Posljedično, ATA Direktivom ne isključuje se primjena ostalih odredbi država članica, bilo nacionalnih ili međudržavnih, koje su usmjerene pružanju više razine zaštite osnovice poreza na dobit.³⁰

Naposljetku, ATA Direktivom ne razlikuje se zaduživanje između povezanih osoba i zaduživanje s trećim osobama, već se jednoobrazno ograničava iznos priznatih kamata u obje situacije, što nije bio slučaj s dosadašnjim pravilima protiv potkapitalizacije.

²⁹ Geelen, P., Kolkman, W., Five key elements of the EU ATA Directive compromise, DLA Piper Publications, 2016., dostupno na: <https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2016/07/five-key-elements-of-the-eu-ata-directive/>, zadnje gledano 26.4.2017.

³⁰ Europska unija, Op. cit. u bilj. 6., 2016., čl. 3.

III. ANALIZA OPRAVDANOSTI Odstupanja novih pravila od načela nepristrane transakcije prihvaćenog praksom Suda EU te razmjernost novih pravila u odnosu na ciljeve koji se ta direktivom nastoje ostvariti

U ovom dijelu rada, autori će nastojati istražiti je li zaokret prema „rigidnim“ pravilima o potkapitalizaciji zasnovanima na EBITDA pravilu prikladno odabrana mjera za postizanje proklamiranog cilja, s obzirom na to da ne zadovoljava test proporcionalnosti na temelju kriterija proizašlih iz ustaljene prakse Europskog suda.

1. POJAM NAČELA RAZMJERNOSTI

Načelo razmjernosti jedno je od temeljnih načela koje su države članice propisale osnivačkim ugovorima.³¹ Propisano je člankom 5. stavak 4. Ugovora o EU³² kojim se određuje da, na temelju tog načela, sadržaj i oblik djelovanja Unije ne prelazi ono što je potrebno za ostvarivanje ciljeva Ugovora. Konkretnije je određeno u praksi Suda Europske unije (dalje: Sud EU), pri čemu je njegovo sadašnje značenje formulirano u predmetu *Fedesa*.³³ Stavkom 13. te presude Sud EU odredio je kako su mjere kojima se zabranjuje određena ekonomska aktivnost opravdane ako su prikladne i potrebne za postizanje legitimnih ciljeva koji se nastoje ostvariti donesenim aktom. Kada postoji mogućnost izbora između više prikladnih mjera mora se odabrati ona koja je najmanje tegobna, dok nedostaci koji se njome ostvaruju ne smiju biti nerazmjerni cilju koji se nastoji postići. Dakle, svaka mjera trebala bi biti razmjerna, proporcionalna cilju i koristima koje se njome postižu.³⁴

Međutim, Sud EU različitim intenzitetom ocjenjuje razmjernost nacionalnih mjera koje ograničavaju temeljne slobode i mjera donesenih na razini EU.³⁵ Potonje ispituje blažim testom „očite neprikladnosti“ (eng. *manifestly inappropriate*) odnosno „očite nerazmjernosti“ (eng. *manifestly disproportionate*) dajući tako tijelima EU veći diskrecijski prostor. U tom slučaju

³¹ Rodin, M., Temeljna načela koja određuju odnos prava Europske Unije i prava država članica, Hrvatska pravna revija, XXII/1, 2012., str. 1-14.

³² Europska unija, Ugovor o Europskoj uniji, pročišćena verzija, SL C 202, 7.6.2016., str. 1–388, čl. 5. st. 4.

³³ Chalmers D., Davies G., Monti G., *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, str. 399-400.

³⁴ Rodin, op.cit. u bilj. 31., str. 14.

³⁵ Chalmers *et al.*, op. cit. u bilj. 33, str. 400-402.

određena mjera može biti dovedena u pitanje ako je očito neprikladna za postizanje legitimnog cilja kojega EU zakonodavac nastoji postići ili ako ide očito preko onoga što je potrebno za njegovo ostvarivanje.³⁶ Premda je navedeni test blag, primjer mjere koja istome nije udovoljila možemo pronaći u predmetu *ABNA*.³⁷ U navedenom slučaju nerazmjernom je proglašena mjera u Direktivi o kruženju dodataka hrani³⁸ koja je od proizvođača hrane za životinje tražila da potrošaču, na njegov zahtjev, naznači točan sastav te hrane.³⁸ Sud EU utvrdio je kako navedeni zahtjev nepotrebno krši ekonomske interese proizvođača u odnosu na cilj zaštite javnog zdravlja koji se tim propisom nastoji ostvariti.³⁹

Kako je u st. 16. preambule ATA Direktive navedeno kako je njezin „*ključni cilj povećati otpornost unutarnjeg tržišta u cjelini u odnosu na prekograničnu praksu izbjegavanja poreza*“, u sljedećem odlomku autori će izložiti koncept navedenog pojma usvojenog u praksi Suda EU.

2. KONCEPT ZAKONITOG IZBJEGAVANJA POREZNE OBVEZE U PRAKSI SUDA EU

Presude Suda EU imale su značajnu ulogu u oblikovanju nacionalnih pravila kojima se ograničavao odbitak kamata, a koja su pojedince ograničavala u uživanju temeljnih sloboda zajamčenih UFEU-om. U slučaju neizravne diskriminacije takva bi pravila mogla ostati na snazi ako država uspije dokazati postojanje interesa koji je u konkretnom slučaju pretežniji od prava pojedinca na uživanje temeljnih sloboda.⁴⁰ Pritom je Sud EU u nizu predmeta utvrdio kako je sprječavanje izbjegavanja poreza jedno od dopuštenih opravdanja, no samo ako su odabrane mjere usmjerene isključivo protiv djelovanja koja se mogu smatrati izbjegavanjem

³⁶ Van Os, P., Interest Limitation under the Adopted Anti-Tax Avoidance Directive and Proportionality, *EC Tax Review*, Kluwer Law International, 2016-04, str. 195.

³⁷ Sud EU, spojeni predmeti C-453/03, C-11/04, C-12/04 i C-194/04 od 6.12.2005., *ABNA* i drugi, ECLI:EU:C:2005:741.

³⁸ Directive 2002/2/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 amending Council Directive 79/373/EEC on the circulation of compound feedingstuffs and repealing Commission Directive 91/357/EEC.

³⁸ Sud EU, op. cit. u bilj. 37., st. 85.

³⁹ *Ibid.*, st. 82, 83.

⁴⁰ Maliszewska-Nienartowicz, J., Direct and Indirect Discrimination in European Union Law – How to Draw a Dividing Line?, *International Journal of Social Sciences*, III(1), 2014, str. 43: „O neizravnoj diskriminaciji kod nacionalnih pravila država članica se radi kada su pravila utemeljena na neutralnim kriterijima koji formalno nisu zabranjeni. Takvim pravilima se postiže jednak učinak kao i izravnom diskriminacijom – osoba na koju se primjenjuje pravilo stavljena je u nepovoljniji položaj“.

poreza.⁴¹ Da bi se određeno djelovanje smatralo izbjegavanjem poreza, ono mora ispuniti kriterije koje je postavio sam Sud EU.

Pri analizi kriterija ispunjavanjem kojih se određeno djelovanje u okviru EU kvalificira kao izbjegavanje poreza može se započeti od presude Suda EU u predmetu *ICI*.⁴² Pravila o tzv. grupnom oslobođenju Ujedinjenog Kraljevstva (dalje: UK) propisivala su da većina društava kćeri u kojima holding društvo ima udjele moraju biti rezidenti UK-a da bi se navedena porezna olakšica mogla primijeniti. Kako su u ovom slučaju većina društava kćeri CAH holdinga imala sjedište izvan UK-a, predmetna pravila se nisu mogla primijeniti na CAH Holding pošto se on u svjetlu tih pravila nije smatrao holdingom društvom. Time je povrijeđena sloboda poslovnog nastana, jer su pravila pogodovala samo onim holding društvima koja su imala većinu društava kćeri sa sjedištem u UK. Takvo zakonodavno uređenje je efektivno sprječavalo holding društvo da slobodno odluči gdje će inkorporirati društvo kćer.

Takav različit tretman rezidentnih i nerezidentnih društava opravdavan je rizikom izbjegavanja porezne obveze, no Sud EU takvo je opravdanje odbacio navodeći kako navedena pravila nisu imala specifičnu svrhu sprječavanja umjetnih transakcija, poduzetih s ciljem zaobilazanja poreznih pravila Ujedinjenog Kraljevstva.⁴³ Navedeno nam daje uvid u koncept izbjegavanja porezne obveze koji razvija Sud EU, a koji pod izbjegavanjem porezne obveze podrazumijeva samo „u cijelosti umjetne konstrukcije“ (eng. *wholly artificial arrangements*) koje zaobilaze nacionalna porezna pravila, a koje su poduzete s ciljem ostvarivanja poreznih prednosti.⁴⁴

U predmetu *Barbier*⁴⁵, nizozemski državljanin preselio se u Belgiju, odakle je stekao nekoliko nekretnina u Nizozemskoj. Te su nekretnine bile opterećene hipotekom. Iskoristivši mogućnost koju su mu pružala nizozemska pravila, Barbier je ekonomsko vlasništvo tih nekretnina prenio na društva sa sjedištem u Nizozemskoj, koja je on kontrolirao. Time je ostvario i određene porezne olakšice. Pri utvrđivanju vrijednosti imovine nakon smrti u svrhu oporezivanja, nizozemska porezna pravila dopuštala su odbitak vrijednosti imovine koji je bio pod hipotekom. No, pravo na takav odbitak priznato je samo osobama koje su u trenutku smrti

⁴¹ Dahlberg, M., *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital*, Kluwer Law International, Den Haag, 2005, str. 330.

⁴² Sud EU, C-264/96 od 16.7.1998., *Imperial Chemical Industries plc (ICI) / Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, ECLI:EU:C:1998:370. Tako i O'Shea, T., *Tax avoidance and abuse of EU law*, *The EC Tax Journal*, Vol. 11., 2011./2012., str. 100. - 101.

⁴³ Sud EU, C-264/96, op.cit. 42., u bilj., st. 26.

⁴⁴ O'Shea, T., op. cit u bilj. 42, str. 101.

⁴⁵ Sud EU, C-364/01 od 11.12.2003., *The heirs of H. Barbier / Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*, ECLI:EU:C:1998:370

prebivale u Nizozemskoj, što je navedena pravila dovelo u potencijalni sukob sa temeljnim slobodama. Sud EU svojom je presudom zauzeo stav kako niti jedan državljanin EU ne može biti lišen uživanja nekog od zajamčenih prava na razini EU zbog toga što ostvaruje korist od poreznih prednosti koje su predviđene zakonima države članice različite od države članice u kojoj on prebiva.⁴⁶ S obzirom na navedeno, O'Shea utvrđuje kako Sud EU radi razliku između različitih oblika izbjegavanja poreza: nedopuštenog i dopuštenog.⁴⁷ Tako, s jedne strane, postoji izbjegavanje poreza koje uključuje umjetne konstrukcije koje zaobilaze nacionalna porezna pravila, a koje su poduzete s ciljem ostvarivanja porezne prednosti. Navedena vrsta izbjegavanja poreza nedopuštena je jednako kao i utaja poreza te njezino postojanje može, pod određenim okolnostima, opravdati ograničavanje temeljnih prava i sloboda zajamčenih u EU.⁴⁸ S druge strane, porezno planiranje koje uključuje korištenje temeljnim slobodama kako bi se ostvarila porezna korist predviđena zakonima neke druge države članice dopušteno je te države članice ne mogu ograničavati takve situacije pod opravdanjem suzbijanja izbjegavanja poreza.⁴⁹

S obzirom na dosad navedeno, može se zaključiti kako Sud EU smatra da se služenje temeljnim slobodama može ograničiti samo ako se te slobode zlorabe. Pritom će o zlouporabi biti riječi samo kada je u pitanju u cijelosti umjetna konstrukcija poduzeta s ciljem ostvarivanja porezne pogodnosti. Takve prakse predstavljaju izbjegavanje porezne obveze, koje je zabranjeno. Ako navedeni elementi „umjetnosti“ konstrukcije i nedopuštenog cilja izostanu, tada je riječ o „izbjegavanju porezne obveze“ koje je dopušteno.

Da navedena dva elementa određuju granicu između dopuštenog planiranja i zlouporabe potvrđeno je u predmetu *Halifax*.⁵⁰ U st. 69 te presude Sud EU je istaknuo kako se pravila Unije ne mogu primjenjivati na djelovanja ekonomskih subjekata koja predstavljaju zloupotrebu tih prava, definiravši pritom takva djelovanja kao transakcije poduzete izvan konteksta normalnog poslovanja isključivo s ciljem nedopuštenog stjecanja pogodnosti koje pruža pravo EU.⁵¹ Nadalje, Sud EU je naveo kako se zlouporaba sastoji od dva elementa: objektivnog i subjektivnog. Tako je o zlouporabi riječ kada sama transakcija rezultira stjecanjem poreznih pogodnosti koje su protivne odgovarajućim pravilima EU, što je objektivni element, te ako je

⁴⁶ Ibid., st. 71.; O'Shea, T., op. cit. u bilj. 42, str. 103.

⁴⁷ Ibid., str. 103.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Sud EU, C-255/02 od 21.2.2006., Halifax i drugi, ECLI:EU:C:2006:121

⁵¹ O'Shea T., News Analysis: ECJ Takes a Stand on „Abusive Practices“ in U.K. VAT Cases, Tax notes international, Vol. 61, no. 6., 2011., str. 419.

iz niza objektivnih činjenica očito kako je osnovni cilj takvih transakcija stjecanje poreznih pogodnosti, što je pak subjektivna komponenta.⁵²

Navedeni test koji se sastoji od objektivnog i subjektivnog elementa (*Halifax test*) proizlazi iz presude donesene u predmetu iz materije neizravnog oporezivanja. Primjena sličnog testa u materiji izravnih poreza utvrđena je odlukom u predmetu *Cadbury Schweppes*.⁵³ Obrađujući usklađenost nacionalnih pravila UK-a usmjerenih protiv izbjegavanja poreza, sa slobodom poslovnog nastana, Sud EU je naveo da nacionalna pravila mogu ograničavati navedenu slobodu samo ako je cilj takvih pravila sprječavanje „potpuno umjetnih konstrukcija“ koje ne odražavaju ekonomsku stvarnost, a koje su poduzete s ciljem izbjegavanja poreza.⁵⁴

Konačno, navedeni je test primijenjen i u odnosu na nacionalna pravila o potkapitalizaciji, primjer čega je predmet *Thin Cap GLO*.⁵⁵ U ovom slučaju predmet ispitivanja bila su britanska pravila koja su ograničavala praksu potkapitalizacije kojom su određena društva nastojala smanjiti poreznu osnovicu društava kćeri smještenih u drugim državama članicama financirajući ih zajmom, a ne kapitalom. Sud EU je prihvatio sprječavanje izbjegavanja poreza kao odgovarajuće opravdanje za ograničavanje temeljne slobode poslovnog nastana, budući da su predmetna nacionalna pravila bila prikladna za sprječavanje.⁵⁶ ⁵⁷ Potom je utvrdio kriterije za ocjenu razmjernosti navedenih mjera. Odredio je da mjere ne idu preko onoga što je nužno za sprječavanje zloupotrebe ako poreznom obvezniku daju mogućnost dokazivanja postojanja ekonomskog opravdanja za transakciju koja je dovedena u pitanje, te ako se, u slučaju da se ne dokaže postojanje ekonomske podloge za određenu transakciju, oporezuje samo onaj iznos kamata koji prelazi iznos koji bi prema načelu nepristrane transakcije bio dogovoren između nepovezanih društava.⁵⁸

Iz svega navedenog može se zaključiti kako Sud EU pod praksama izbjegavanja poreza podrazumijeva djelovanja kojima se zloupotrebljavaju prava zajamčena EU pravom. O

⁵² Halifax, op.cit. u bilj. 50., st. 74., 75.

⁵³ Sud EU, C-196/04 od 12.9.2006, *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd / Commissioners of Inland Revenue*, ECLI:EU:C:2006:544

⁵⁴ Ibid., st. 55.

⁵⁵ Sud EU, C-524/04 od 13.3.2007., *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation / Commissioners of Inland Revenue*, ECLI:EU:C:2007:161.

⁵⁶ U pitanju je bila sloboda poslovnog nastana budući da se slučaj odnosio na društva u kojima je barem 75% udjela bilo u vlasništvu nerezidentnog društva majke. V. više st. 32. - 33.

⁵⁷ Ta pravila bila su usmjerena protiv posebnog oblik izbjegavanja poreza koji uključuje stvaranje potpuno umjetnih konstrukcija dizajniranih s namjerom zaobilaženja nacionalnog poreznog zakonodavstva. Sud ih je ocijenio prikladnim za sprječavanje izbjegavanje poreza jer su bila utemeljena na načelu nepristrane transakcije. Kao distribuciju su tretirala samo onaj dio kamata koji je prelazio iznos koji bi bio plaćen prema tom načelu. Bila su fleksibilna i sposobna spriječiti prakse čija je jedina svrha izbjeći plaćanje poreza. V. više st. 71., 77.

⁵⁸ Ibid., st. 81., 82.

zlouporabi prava će biti riječ ako su u pitanju „potpuno umjetne konstrukcije“ napravljene s ciljem izbjegavanja plaćanja poreza. O „potpuno umjetnim konstrukcijama“ će se raditi ako djelovanje koje je dovedeno u pitanje nema pretežito ekonomsku podlogu. Ako jedan od navedenih kriterija ne bude zadovoljen, neće biti riječi o izbjegavanju poreza.

Nova pravila o ograničavanju kamata prihvaćena čl. 4. ATA Direktive porezni odbitak kamata ograničavaju čim njihov neto iznos prijeđe fiksno postavljenu granicu, ne uzimajući pritom u obzir ekonomski temelj i cilj koji stoji iza zaduživanja koje prelazi dopuštenu mjeru.⁵⁹ Stoga se postavlja pitanje jesu li tako formulirana pravila prikladna za borbu protiv izbjegavanja plaćanja porezne obveze, odnosno može li se cilj sprječavanja takve prakse jednako uspješno postići i pravilima koja ograničavaju samo one aranžmane koji zaista idu za izbjegavanjem plaćanja poreza.

3. PITANJE RAZMJERNOSTI ODABRANOG SREDSTVA

Prethodno je obrađeno pitanje koncepta zakonitog izbjegavanja porezne obveze razvijenog kroz praksu Suda EU. Zaključeno je kako se radi o takvom nedopuštenom izbjegavanju ako je u konkretnom slučaju riječ o potpuno umjetnoj konstrukciji čija je osnovna svrha stjecanje poreznih pogodnosti. Dakle, ako je određeno djelovanje ekonomski opravdano ono ne može biti okarakterizirano kao izbjegavanje porezne obveze.

Pravilo o ograničavanju kamata usvojeno ATA Direktivom postavljeno je prilično kruto tako da dopušta odbitak prekoračenih troškova zaduživanja samo do 30 posto EBITDA-e poreznog obveznika.⁶⁰ Od tog su pravila propisane određene iznimke, one su i same fiksirane i predviđaju, primjerice, mogućnost odbijanja prekoračenih troškova zaduživanja u iznosu do 3.000.000 EUR ili njihov odbitak u cijelosti ako je porezni obveznik samostalan subjekt.⁶¹ Iz ovoga je jasno uočljivo kako će ovako postavljeno pravilo zahvaćati i one transakcije koje su u cijelosti motivirane ekonomskim razlozima, u kojima nema elemenata umjetne konstrukcije niti nedopuštene svrhe i koje stoga nisu mogle biti smatrane praksama izbjegavanja poreza. U obrazloženju prijedloga ATA Direktive navodi se kako „*sustavi na koje je usmjerena ova Direktiva uključuju situacije u kojima porezni obveznici postupaju protivno stvarnoj svrsi*

⁵⁹ Radi se o iznosu do 30% EBITDA-e na razini poreznog obveznika. Od navedenog pravila moguće su i iznimke, no i one predviđaju fiksno postavljene granice iznosa kamatnih troškova koji su neoporezivi.

⁶⁰ Europska unija, op.cit. u bilj. 6., čl. 4, st. 1.

⁶¹ Ibid., čl. 4. st. 3.

zakona iskorištavajući razlike između nacionalnih poreznih sustava u cilju smanjenja svojeg poreznog dugovanja“.⁶² No, pitanje je koliko je ovako kruto skrojeno pravilo uspješno u tome, s obzirom da isto pogađa i situacije u kojima nema postupanja koje bi bilo protivno stvarnoj zakonskoj svrsi. Ono ne sadrži objektivni kriterij prema kojemu bi se mogla ocijeniti opravdanost, odnosno umjetnost same transakcije, niti se mogućnost takvoga dokazivanja dopušta poreznom obvezniku. Sve ovo jasno pokazuje kako je ova odredba u prvome redu usmjerena na zaštitu nacionalne porezne osnovice, koja se uvećava za prekoračene troškove zaduživanja, premda ti troškovi, kako su autori već naveli, mogu imati isključivo ekonomsku podlogu.

Navedene kriterije, koji određenu praksu kvalificiraju kao izbjegavanje poreza, Sud EU donio je pri ocjeni dopuštenosti ograničenja temeljnih sloboda nastalih kao rezultat primjene nacionalnih mjera usmjerenih protiv izbjegavanja poreza. Donošenjem ATA Direktive mogućnost kršenja tih sloboda nedvojbeno se smanjuje. No, kao što je već ranije rečeno, razmjernost pravila o ograničenju kamata, odnosno same ATA Direktive, promatra se u odnosu na njezin cilj i ispituje se neovisno o njihovu kršenju. Pravilo o ograničenju kamata nalazi se u okviru II. poglavlja ATA Direktive koje, prema svojem naslovu, sadrži mjere protiv izbjegavanja poreza. Međutim, takve mjere trebale bi biti usmjerene samo protiv situacija koje predstavljaju nedopuštene prakse,⁶³ a prethodno je utvrđeno da ovo pravilo to ne čini. Također, takve mjere nemaju kao svoj primarni cilj zaštitu porezne osnovice,⁶⁴ a upravo se taj cilj nameće kao prvotni ovom pravilu s obzirom na njegovu strukturu.

S obzirom na izloženo može se dovesti u pitanje prikladnost ovog pravila za ostvarenje proklamiranog cilja, a to je sprječavanje prekogranične prakse izbjegavanja poreza. Već sam njegov oblik te činjenica da obuhvaća i legitimne situacije govore u prilog tome da se zapravo radi o pravilu koje ne smjera ka ostvarenju proklamiranog cilja, već ka zaštiti nacionalne porezne osnovice. Također, načelo razmjernosti traži i odabir najmanje tegobnog sredstva za postizanje proklamiranog cilja. Uzevši u obzir da bi pravilo temeljeno na kriteriju EBITDA-e bilo utvrđeno kao nerazmjerno da se radilo o pravilu koje je usvojeno samo na nacionalnoj razini, što je do sada redovito bio slučaj, postavlja se pitanje je li opravdano očekivati da će to pravilo biti prihvaćeno kao razmjerno samo zbog činjenice da ga je donio europski

⁶² Europska unija, Prijedlog Direktive Vijeća o utvrđivanju pravila protiv praksi izbjegavanja poreza kojima se izravno utječe na funkcioniranje unutarnjeg tržišta, COM/2016/026 final, str.3.

⁶³ Navarro A., Parada L., Schwarz P., The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts, EC Tax Review, Vol. 25/3, 2016., str. 118.

⁶⁴ Ruiz Almendral, V., Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules?, Intertax, 33(12), 2005., str. 571.

zakonodavac.⁶⁵ Potrebno je stoga utvrditi opravdanost razloga za prihvaćanje EBITDA kriterija, te razlučiti može li se to pravilo zaista smatrati najmanje tegobnim s obzirom na postavljeni cilj.

4. NAČELO NEPRISTRANE TRANSAKCIJE

4.1. Osnove načela nepristrane transakcije

Načelo nepristrane transakcije (*arm's length principle*) već više od 80 godina predstavlja jedan od nosivih stupova modernog međunarodnog poreznog prava.⁶⁶ Navedeno načelo prvotno je formulirano kako bi se MTD zaštitila od dvostrukog oporezivanja te osigurala pravična raspodjela poreznih ovlasti među državama.⁶⁷ Primjena načela nepristrane transakcije dugo vremena bila je ograničena na domenu transfernih cijena.⁶⁸ Međutim, pod utjecajem OECD-a, primjena načela nepristrane transakcije proširena je i na financijske aranžmane, tj. potkapitalizaciju.⁶⁹ Povrh svega, Sud EU je kroz svoju praksu istaknuo kako je primjena navedenog načela prikladna u krojenju pravila protiv potkapitalizacije, kako bi se izbjegao diskriminatorni učinak pri sprječavanju zakonitog izbjegavanja porezne obveze.

Iz navedenih razloga, autori će u ovom dijelu rada obraditi načelo nepristrane transakcije kao i opravdanost njegova napuštanja od strane OECD-a i Europske komisije.

Načelo nepristrane transakcije jest valorizacijsko načelo. Bit načela nepristrane transakcije je usporedivost, bez koje valorizacija ne bi bila moguća.⁷⁰ Naime, primjenom navedenog načela ocjenjuju se uvjeti financijskog aranžmana (valorizacija) na način da se uspoređuju uvjeti financijskog aranžmana (iznos zajma/visina kamatne stope) unutar

⁶⁵ Van Os, P., op.cit. u bilj. 36, str. 194.

⁶⁶ Načelo nepristrane transakcije prvi put je formulirano u modelima međunarodnih ugovora o oporezivanju pod pokroviteljstvom Lige naroda 1933. godine: Carroll, M., B., General Report: „Taxation of Foreign and National Enterprises, Vol. IV: Methods of Allocating Taxable Income“, League of Nations Document No. C.425(b).M.217(b).1933.II.A, 1933; o aktualnosti načela nepristrane transakcije vidi više - Snowdon, C., „Battered and bruised but still standing“, International Tax Review, 2009, rujansko izdanje.

⁶⁷ Wittendorf, J., The Transactional Ghost of Article 9 (1) of the OECD Model, Bulletin for International Taxation, IBFD, 2009, str. 107.

⁶⁸ Schön, W., Transfer Pricing, the Arm's Length Standard and European Union Law, Working Paper 2011 – 08, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, 2011., str. 12; O pojmu transfernih cijena v. bilj. 9.

⁶⁹ OECD, Thin Capitalisation Report, OECD Publishing, 1986.

⁷⁰ Wittendorf, J., The Arm's Length Principle and Fair Value, Identical Twins or Just Close Relatives?, Tax Notes International, 2011, str. 223.

grupe/povezanih osoba s uvjetima financijskog aranžmana koji bi bio odobren između samostalnih osoba u usporedivim okolnostima.⁷¹

4.2. Načelo nepristrane transakcije u OECD i EU kontekstu

Načelo nepristrane transakcije je jedno od osnovnih načela na kojima se zasniva legislativna djelatnost OECD-a, od samog utemeljenja te organizacije.⁷²

Najznačajniji i zasigurno najutjecajniji OECD-ov legislativni rezultat primjene načela nepristrane transakcije je Model ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja (dalje: OECD Model).⁷³ Važnost OECD Modela za načelo nepristrane transakcije temelji se na dvama razlozima. S jedne strane, u OECD Modelu je na izričit način pružena definicija načela nepristrane transakcije:

*Ako društvo države ugovornice sudjeluje izravno ili neizravno u upravi, kontroli ili kapitalu društva države ugovornice ili iste osobe sudjeluju izravno ili neizravno u upravi, kontroli ili kapitalu društva države ugovornice i društva druge države ugovornice, a u oba slučaja između ta dva društva su, u njihovim trgovačkim (transferne cijene) ili financijskim (potkapitalizacija) odnosima određeni ili nametnuti uvjeti različiti od onih koji bi bili određeni između samostalnih društava (načelo nepristrane transakcije) dobit koja bi bez tih uvjeta nastala za jedno od tih društava, ali zbog spomenutih uvjeta nije nastala (nije nastala jer je prikrivena transfernim cijenama ili potkapitalizacijom), može biti uključena u dobit tog društva i sukladno tome oporezovana.*⁷⁴

S druge strane, po uzoru na OECD Model sastavljeno je oko 3 000 uglavnom bilateralnih poreznih ugovora. Na taj je način načelo nepristrane transakcije postalo sastavnim

⁷¹ OECD smjernice za transferne cijene navode 5 faktora koji se moraju uzeti u obzir prilikom uspoređivanja transakcija: OECD op.cit. bilj. 8. str. 41. – 49; Više o usporedivosti u primjeni načela nepristrane transakcije: Pichhadze, A., The Arm's Length Comparable in Transfer Pricing: A Search for an "Actual" or a "Hypothetical" Transaction?, World Tax Journal, Vol. 7, No. 3, IBFD, 2015.

⁷² Načelo nepristrane transakcije bilo je uvršteno već u prvi nacrt OECD Modela iz 1963., svoje mjesto našlo je i u prvoj verziji OECD Modela iz 1977. godine, kao i u svim ostalim verzijama; također, po uzoru na OECD Model, i UN Model Tax Convention je uvrstila načelo nepristrane transakcije, također u članku 9 - United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, United Nations, 2011.

⁷³ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version), OECD Publishing, 2014.

⁷⁴ Brauner, Y., What the BEPS, Florida Tax Review, Vol. 16, No. 2, 2014., str. 61.

dijelom gotovo svih ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, kao mehanizam raspodjele poreznih ovlasti među državama.⁷⁵

Značaj koji je OECD pridao načelu nepristrane transakcije, pronašao je svoj odraz i na europskoj razini. Sud EU svojom praksom nije samo potvrdio važnost koju je načelu nepristrane transakcije pridao OECD već je otišao i korak dalje.⁷⁶ Naime, presudom u predmetu *Thin Cap GLO*, Sud EU je kao što je već spomenuto, istaknuo prikladnost načela nepristrane transakcije za izbjegavanje diskriminatornog učinka pri primjeni pravila protiv potkapitalizacije. Ovime je Sud EU pridao temeljni značaj načelu nepristrane transakcije u ocjeni razmjernosti nacionalnih pravila država članica protiv potkapitalizacije kojima se nastoji spriječiti zakonito izbjegavanje porezne obveze.⁷⁷ Navedeni stav, Sud EU je neupitno potvrdio daljnjom sudskom praksom.⁷⁸

4.3. Kritike načela nepristrane transakcije

Unatoč teorijskoj prikladnosti navedenog načela za izbjegavanje diskriminatornog učinka u odnosu na porezne obveznike, njegov status valorizacijskog mehanizma u domeni transfernih cijena i potkapitalizacije doveden je u pitanje, kako od strane akademske zajednice, tako i nacionalnih poreznih vlasti.⁷⁹

Glavna primjedba od strane akademske zajednice u odnosu na primjenu načela nepristrane transakcije vezana je uz oporezivanje MTD. Naime, zagovornici napuštanja primjene navedenog načela ističu njegovu temeljnu konceptualnu neprilagođenost stvarnosti. Naime, načelo nepristrane transakcije zasniva se na pretpostavci da će članovi grupe međusobno poslovati kao da su neovisne stranke.⁸⁰ Međutim, MTD-i nastaju na dijametralno suprotnoj osnovi – integracijskom gospodarstvu. Dobit MTD-ova dijelom nastaje upravo zbog

⁷⁵ Van Os, P., op.cit. u bilj. 36., str. 185; za komparativni prikaz primjene načela nepristrane transakcije u nacionalnim pravnim sustavima vidi više: Wittendorff, J., "Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law", Kluwer Law International, 2010.

⁷⁶ Sud EU, C-324/00 - Lankhorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt, stavci 39. – 42. ECLI:EU:C:2002:749; EU, C-324/00, Opinion of Advocate General Mischo, stavci 79. – 81., ECLI:EU:C:2002:545.

⁷⁷ Sud EU, C-524/04, op.cit. u bilj. 55., st. 71. – 83.; EU, C-524/04, Opinion of Advocate General Geelhoed, stavak 66., ECLI:EU:C:2006:436.

⁷⁸ Sud EU, C-311/08 - Société de Gestion Industrielle v Belgian State, st. 65 – 69; EU, ECLI:EU:C:2010:26, C-311/08, Opinion of Advocate General Kokott, st. 67 – 73, ECLI:EU:C:2009:545.

⁷⁹ Durst, M., C., It's not just academic: The OECD should re-evaluate Transfer Pricing Laws, Tax Notes International, 2010, str. 247 – 256; Biegalski, A., The Arm's Length Principle: Fiscalism or Economic Realism? A Few Reflections, Intertax, Kluwer Law International, 2010., Vol. 38, No. 3, str. 177. – 186.

⁸⁰ Avi-Yonah, R., S., Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation, World Tax Journal, 2010., str. 5.

smanjenja troškova koje im pruža umrežena organizacijska struktura te internalizacija poslovanja među članovima grupe. Stoga su određeni članovi akademske zajednice zaključili da primjena načela nepristrane transakcije u integracijskom gospodarstvu predstavlja konceptijsku manu⁸¹. Također, smatraju da navedeno načelo zbog svoje poroznosti ne sprječava učinkovito MTD u smještanju dobiti u zemlje s nižim poreznim opterećenjem, bilo stvarnim obavljanjem gospodarske aktivnosti, bilo umjetnim prijenosom dobiti.⁸² Povrh svega, ističe se tvrdnja da MTD imaju na raspolaganju širok dijapazon poslovnih modela koji dovode do erozije nacionalne porezne osnovice, a koja su ipak u skladu s načelom nepristrane transakcije.⁸³ Shodno tome, raste i sklonost optuživanju MTD da izbjegavaju svoj „pravičan udio“ poreznog kolača u državama gdje obavljaju gospodarsku aktivnost putem premještanja dobiti, a što im omogućuju trenutna pravila o transfernim cijenama i potkapitalizaciji (načelo nepristrane transakcije).⁸⁴ Štoviše, određeni autori tvrde kako je načelo nepristrane transakcije u potpunosti zastario i nepouzdan mehanizam.⁸⁵

Nacionalne porezne vlasti oštricu kritike u odnosu na načelo nepristrane transakcije usmjerile su na kompliciranost primjene navedenog načela u praksi. Dok navedeno načelo omogućuje poreznim vlastima da se usredotoče na posebne gospodarske okolnosti trgovačkog društva ili grupe društava, s druge strane može dovesti do nerazmjerno velike potrošnje vremena i sredstava, kako za porezne vlasti tako i za samog poreznog obveznika.⁸⁶ Također, s obzirom na to da se svaki porezni obveznik ocjenjuje ponaosob nakon sklapanja samog financijskog aranžmana, primjena načela nepristrane transakcije može dovesti do nesigurnosti u odnosu na same rezultate, iako se ovo može izbjeći sklapanjem sporazuma s poreznim vlastima.⁸⁷ U odnosu na relativnu nesigurnost koju donosi primjena načela nepristrane transakcije, prednost EBITDA pravila je sigurnost koju pruža poreznim obveznicima. Naime, točno je propisana dopuštena granica do koje se prekoračeni troškovi zaduživanja mogu porezno priznati kao odbitak. Kao glavna prednost primjene načela nepristrane transakcije

⁸¹ Musgrave R.A., Musgrave P.B., *Public finance in theory and practice*, McGrawHill, New York, 1973, str.394 u: Wittendorf, J. *The Arm's Length Principle and Fair Value, Identical Twins or Just Close Relatives?*, *Tax Notes International*, 2011, str. 239; o integracijskom gospodarstvu više: Dunning J.H., *Lundan S.M., Multinational Enterprises and the Global Economy*, Edward Elgar, 2008.

⁸² Avi-Yonah, R., S., Clausing, K., A., Durst, M., C., *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*, *Florida Tax Review*, Vol. 9, No. 5, 2009., str. 501.

⁸³ Ault, H., J., Schön, W., Shay, S., E., *Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform*, *Bulletin for International Taxation*, IBFD, 2014., str. 276.

⁸⁴ OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013.

⁸⁵ Schön, W., *op.cit.* u bilj. 68., str. 4

⁸⁶ OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2017, str.24, t.12.

⁸⁷ *Ibid.*

istaknuto je omogućavanje uzimanja u obzir da porezni obveznici mogu imati različite razine troškova zaduživanja, ovisno o okolnostima.⁸⁸ Međutim, određene države s iskustvima u primjeni načela nepristrane transakcije su izrazile zabrinutost u odnosu na učinkovitost načela nepristrane transakcije u sprječavanju BEPS-a. Stoga, smatra se da navedeno načelo može biti korisna dopuna ostalim pravilima (npr. u određivanju kamatne stope pri uzimanju u obzir kamatnih prihoda i rashoda poreznog obveznika prije primjene pravila o ograničavanju odbitka troškova zaduživanja).⁸⁹

Na europskoj razini, kao rješenje problema istaknutih u vezi s primjenom načela nepristrane transakcije u kontekstu potkapitalizacije, Europska komisija još je 2011. godine, vodeći se usvajanjem EBITDA pravila u dijelu država članica EU, iznijela prijedlog o uvođenju EBITDA pravila.⁹⁰ Ovaj prijedlog bio je iznesen u radnim dokumentima Europske komisije, kao jedno od mogućih rješenja čl. 81. Nacrta Direktive o uspostavi zajedničke osnovice oporezivanja dobiti trgovačkih društava (dalje u tekstu: „CCCTB direktiva“). Međutim, europski zakonodavac je odustao od oba prijedloga – uvođenja EBITDA pravila, kao i prijedloga CCCTB direktive, koji je naknadno povučen zbog otpora država članica.⁹¹ Stoga, usvajanje EBITDA pravila u čl. 4. st. 1. ATA direktive ne predstavlja potpunu novost u kontekstu pravila protiv potkapitalizacije na europskoj razini. Štoviše, napuštanje načela nepristrane transakcije u korist EBITDA pravila u domeni pravila protiv potkapitalizacije treba promatrati u svjetlu ponovne aktualizacije CCCTB direktive.⁹² Naime, Europska komisija je jasno dala do znanja da je ATA direktiva korak u realizaciji njenog krajnjeg cilja – usvajanja CCCTB direktive, kojom bi se porezni sustav Europske unije harmonizirao do sada neslućene razine.⁹³ Prema stavu europskog zakonodavca nužan preduvjet za uspješno suzbijanje

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ O ovome pravilu v. bilj. 17.

⁹¹ Kocaer, S., Disallowance of Interest Deductions in Article 81 of the CCCTB Draft Proposal u: Massoner, C., op. cit. u bilj. str. 153., European Commission, “Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)” COM(2011)121/4; za detaljniji prikaz prijedloga CCCTB direktive, vidi: Erasmus-Koen, M., Common Consolidated Corporate Tax Base: A “Fair Share” of the Tax Base?, International Transfer Pricing Journal, IBFD, 2011., str. 237. – 247., Bartoli-Kos, T., Žunić – Kovačević, N., Europski projekt uspostave zajedničke osnovice oporezivanja dobiti trgovačkih društava CCCTB, Porezni vjesnik, Institut za javne financije, 12/2012, str. 39-50.

⁹² Prijedlog Direktive Vijeća o zajedničkoj konsolidiranoj osnovici poreza na dobit (CCCTB), COM/2016/0683 final.

⁹³ European Commission Press release, MEMO/16/160, MEMO/15/5174; za komentar napuštanja načela nepristrane transakcije u čl.4. ATA direktive vidi više: Treidler, O., The fight of the EU against tax avoidance – beyond BEPS, Cayman Financial Review, 2016.

zakonitog izbjegavanja porezne obveze je usvajanja pravila koja doprinose harmonizaciji poreznog sustava EU.⁹⁴

U narednom dijelu rada, autori će ocijeniti OECD-ove argumente za napuštanje načela nepristrane transakcije u domeni potkapitalizacije. Analiza će se izvršiti referirajući se pri tome na podatke koje je pružio OECD, kao i komentare međunarodne akademske zajednice. Analizirat će se argumenti OECD-a, a ne Europske komisije iz razloga što je ATA Direktiva svoja rješenja u potpunosti preuzela iz Mjere 4 o čemu svjedoči preambula same ATA Direktive. Također, Europska komisija je izričito dala da znanja da je ATA Direktiva rezultat BEPS projekta na europskoj razini. Osim toga, Europska komisija uputila je na podatke koje je pružio OECD. Stoga, autori smatraju da je za potrebe analize opravdanosti napuštanja načela nepristrane transakcije u Mjeri 4 i ATA Direktivi potrebno obraditi OECD-ove argumente.

4.4. Opravdanost napuštanja načela nepristrane transakcije

EBITDA pravilo i načelo nepristrane transakcije dva su dijametralno suprotna pristupa na kojima se mogu skrojiti pravila protiv potkapitalizacije.

S jedne strane, EBITDA pravilo odlikuje *ex-ante* fiksni pristup.⁹⁵ Primjenom EBITDA pravila, zakonodavac ima mogućnost arbitrarnog određivanja granice do koje se porezno odbijaju troškovi kamata.⁹⁶ EBITDA pravilo stavlja naglasak na učinkovitost primjene, upravnu praktičnost i jednostavnost poreznog sustava korištenjem tipizacije.⁹⁷ EBITDA pravilo je pravilo obvezne primjene – primjenjuje se bez obzira na postojanje valjanog gospodarskog razloga za korištenje zajma. K tome, budući da ne pruža poreznom obvezniku mogućnost suprotnog dokazivanja, EBITDA pravilo ne osigurava mogućnost poreznog odbijanja svih stvarnih troškova poslovanja (kamate). Sve navedene značajke sadržane su i u čl.4., st.1. ATA Direktive.

⁹⁴ Europska unija, Komunikacija Komisije Europskom Parlamentu i Vijeću, Paket mjera za borbu protiv izbjegavanja plaćanja poreza: sljedeći koraci prema postizanju učinkovitog oporezivanja i veće porezne transparentnosti u EU-u (COM(2016) 23 final), poglavlja 3 i 4, 2016; Europska unija, Direktiva Vijeća (EU) 2016/1164 od 12. srpnja 2016. o utvrđivanju pravila protiv praksi izbjegavanja poreza kojima se izravno utječe na funkcioniranje unutarnjeg tržišta, točka 16.

⁹⁵ Knöllner, C., P., *The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective*, Intertax, Kluwer Law International, Vol. 39, Issue 6/7, 2011., str. 318.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid., str. 333.

S druge strane, načelo nepristrane transakcije primjer je fleksibilnog *ex-post* pristupa. Na europskoj razini sudskom praksom Suda EU precizno su definirani uvjeti primjene ovog načela protiv potkapitalizacije u nacionalnim pravilima država članica. Poreznom obvezniku pruža se mogućnost da poreznim vlastima dokaže ekonomsku opravdanost sporne transakcije i porezno odbije sve stvarne troškove poslovanja (kamate). Nauštrb veće efikasnosti, ovim načelom naglasak je stavljen na poštivanje načela oporezivanja gospodarske snage poreznog obveznika.

OECD se u Mjeri 4 BEPS projekta kojom se nastoji ograničiti porezno odbijanje kamata i ostalih financijskih instrumenata (dalje u tekstu: „Mjera 4“) jasno opredijelio za učinkovitost koju pružaju EBITDA pravila te pritom kao opravdanje za napuštanje primjene načela nepristrane transakcije naveo tri razloga:

- a) kompliciranost primjene načela nepristrane transakcije
- b) neučinkovitost načela nepristrane transakcije u sprječavanju BEPS-a
- c) nedostatnost načela nepristrane transakcije u sprječavanju poreznog odbijanja kamatnih troškova na porezno oslobođene prihode.⁹⁸

Međutim, međunarodna stručna javnost navedene OECD-ove razloge smatra neuvjerljivima. Naime, ističe se tvrdnja da se ovakvim radikalnim rezom ne nastoji isključivo spriječiti zakonito izbjegavanja porezne obveze, već da se nastoji postići širi cilj - osiguranje, tj. zaštita porezne osnovice.⁹⁹

Osobito se pod udarom kritike stručne javnosti našao drugi razlog kojim OECD nastoji argumentirati napuštanje načela nepristrane transakcije. Radi se o OECD-ovoj tvrdnji da načelo nepristrane transakcije nije dovoljno učinkovito u sprječavanju BEPS-a te ga je potrebno zamijeniti učinkovitijim EBITDA pravilom.

Kritičari OECD-ovog stava svoje tvrdnje temelje na činjenici da se u svrhu sprječavanja BEPS-a EBITDA pravilom nastoji što više ograničiti unutar-grupno financiranje MTD-ova. Iako priznaju da načelo nepristrane transakcije nije prikladno za postizanje ovog cilja tj. ograničenja unutar-grupnog financiranja jer se u njegovoj primjeni ne radi razlika u porijeklu zajma, postavljaju pitanje treba li uopće stremiti ostvarivanju toga cilja.¹⁰⁰ Zanimljivo je da je

⁹⁸ OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4*, OECD Publishing, 2015, članak 12.

⁹⁹ Van Os, P., op.cit. u bilj. 36., str. 189.

¹⁰⁰ Ibid., str. 188. et 189.

i OECD ranije zauzeo sličan stav da porezni obveznici mogu imati valjane financijske i gospodarske razloge za unutar- grupno financiranje, a od kojeg je sada odstupio.¹⁰¹

Također, kritičari OECD-ovog argumenta dovode u pitanje učinkovitost EBITDA pravila u postizanju gore navedenog cilja. Naime, prema tablici u Mjeri 4, prema prosjeku u razdoblju od 2009. – 2013. godine, pod pretpostavkom da porezni obveznik može porezno odbiti svoje prekoračene troškove zaduživanja do 30% EBITDA-e, 87 % MTD u odnosu na 81 % ne-MTD bi moglo porezno odbiti svoje prekoračene troškove zaduživanja.¹⁰² Jednostavno, ovim pravilom koje naglasak stavlja na učinkovitost više se ograničava porezne obveznike koji nisu MTD za razliku od onih koji to jesu.

Autori smatraju ovaj podatak iznimno važnim, jer su MTD i njihova porezna politika primarna meta napora OECD-a i Europske komisije u suzbijanju BEPS-a.¹⁰³ Međutim, primjena EBITDA pravila dovodi do apsurdne situacije u kojoj se glede mogućnosti odbitka kamata više ograničavaju mala i srednja poduzeća koja nisu primarna meta tog pravila, za razliku od prije navedenih MTD-ova koji to jesu.¹⁰⁴ Stoga se autori s pravom pitaju nije li dovedena u pitanje ekonomska, ali i pravopolitička opravdanost primjene EBITDA pravila?

Autori smatraju da je uvođenje EBITDA pravila izvrstan primjer nedorečenosti, tj. raskoraka u kojemu se našao OECD-ov BEPS projekt.¹⁰⁵ Želeći radikalno promijeniti međunarodno porezni sustav, OECD nije izašao s istinski novim rješenjima čime je reformu međunarodnog poreznog sustava pretvorio u „krpanje“ postojećih pravila i načela. Imajući u vidu da prema predočenim podacima učinjeni zaokret ne doprinosi rješavanju uočenih problema, autori se pitaju nije li bilo dovoljno izvršiti preinake koje bi osuvremenile načelo nepristrane transakcije i prilagodile ga oporezivanju MTD-a?

Uzevši u obzir sve navedeno autori su stava kako postoji više nego dovoljno razloga za dovođenje u pitanje razmjernosti EBITDA pravila iz čl. 4. st. 1. ATA Direktive, s obzirom na čl. 5. st. 4 UFEU-a. Već je ranije istaknuto preširoko polje primjene ovog pravila koje obuhvaća ekonomski potpuno opravdane, pa i nužne financijske aranžmane. Štoviše, navedeno se pravilo

¹⁰¹ OECD, op.cit. u bilj. 69., 1986, članci 58 i 75-76 u: De Broe, L., *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, Doctoral Series, Vol. 14, IBFD, 2009, str. 508., 509.

¹⁰² OECD, op.cit. u bilj. 98., tablica B.3. u: Van Os, P., *Interest Limitation under the Adopted Anti-Tax Avoidance Directive and Proportionality*, EC Tax Review, Kluwer Law International, 2016-04, str. 192.

¹⁰³ Europska unija, op.cit. u bilj. 6., točka 6. i 8.

¹⁰⁴ Van Os, P., op.cit. u bilj. 36., str. 189; za empirijsku analizu učinaka BEPS projekta vidi: Dharmapala, D., *What Do We Know About Base Erosion and Profit Shifting? A Review of the Empirical Literature*, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 702, University of Chicago, 2014.

¹⁰⁵ Yonah, Avi, R.S., Haiyan, H., *Evaluating BEPS*, Harvard Business Law Review, Vol. 6., 2016, str. 217.

primjenjuje i u tuzemnim situacijama čime se nastoji izbjeći ograničavanje temeljnih sloboda, ali na način koji je sama Komisija ocijenila kontraproduktivnim i ekonomski neučinkovitim.¹⁰⁶ Autori, stoga, ponavljaju dvojbu oko toga je li opravdano smatrati prikladnim pravilo koje bi Sud EU „rušio“ primjenjujući test razmjernosti koji je do sada primjenjivao na nacionalnog zakonodavca, pri čemu europski zakonodavac diskriminaciju izbjegava na način koji je ocijenjen nepoželjnim.

Na kraju, autori smatraju nužnim istaknuti svoju kritičnost u odnosu na primjenu načela nepristrane transakcije. Načelo nepristrane transakcije kratkoročno je prikladno u otklanjanju diskriminatornog učinka EBITDA pravila zbog svojih ranije navedenih značajki, te prema stavu autora trenutno predstavlja najmanje tegobno sredstvo za ostvarenje proklamiranog cilja ATA Direktive. Međutim, problemi u njegovoj primjeni su dobro dokumentirani i istaknuti te zasigurno nije dugoročno rješenje koje će otkloniti zakonito izbjegavanje porezne obveze.

Stoga, autori dugoročno rješenje vide u otklanjanju samog izvora zakonitog izbjegavanja - pristranosti dugu u odnosu na kapital (*debt-equity bias*). Pravila protiv potkapitalizacije nastojeći spriječiti zakonito izbjegavanje bore se protiv pojavnih oblika problema, pritom ne rješavajući njihov uzrok. Ovu činjenicu prepoznali su OECD¹⁰⁷ i Europska unija.¹⁰⁸ U okviru navedenih organizacija vodi se rasprava oko dva radikalnija alternativna rješenja kojima bi se eliminirala distorzija u sustavu oporezivanja dobiti, na način da bi se oba izvora financiranja tretirala na jednak način: *Allowance for Corporate Equity* (dalje u tekstu: „ACE“) te *Comprehensive Business Income Tax* (dalje u tekstu: „CBIT“). Kod ACE se radi o pružanju poreznog odbitka na prihod od dividendi (vlastitog kapitala), kao što je trenutačno slučaj s troškovima zaduživanja te bi se na taj način smanjilo ili ukinulo porezne olakšice.¹⁰⁹ CBIT sustav bi ostvario jednak rezultat ukidajući mogućnost poreznog odbitka troškova zaduživanja pri utvrđivanju osnovice poreza na dobit.¹¹⁰ ACE se od 2006. godine primjenjuje u Belgiji gdje postoji *notional interest*.¹¹¹ Važno je naglasiti da je sličan sustav postojao i u RH, gdje se od 1994. godine do 2001. godine primjenjivao institut zaštićene kamate.¹¹² Zaštitna kamata je bila

¹⁰⁶ Europska Komisija, 'The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation – within the EU and in relation to third countries' (Communication) COM(2007) 785 final, 6.

¹⁰⁷ OECD, *Fundamental Reform of Corporate Income Tax - No.16*, OECD Tax Policy Studies, OECD Publishing, 2007, str. 12.

¹⁰⁸ Europska komisija, Fatica, S., Hemmelgarn, T., Nicodème, G., *Taxation Papers: The Debt – Equity Tax Bias: consequences and solutions*, Working paper n.33, Publications Office of the European Union, 2012, str. 12.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ OECD, op.cit. u bilj. 107., str. 12.

¹¹¹ Europska komisija, op.cit. u bilj. 108, str. 14.

¹¹² Jelčić, B., Bejaković, P., *Razvoj i perspektive oporezivanja u Hrvatskoj*, HAZU, Svezak 39, str. 144.

svojevrnsna porezna olakšica u postupku oporezivanja poduzetničke dobiti, na način da se valorizirala (priznavala) "cijena uloženog kapitala" u poslovnom procesu (pothvatu), uz utvrđenu stopu od 5 %.¹¹³ Dakle, zaštitna kamata je, poput kamata na zajmove, bila stavka koja se postupku utvrđivanja odbijala od porezne osnovice poreza na dobit. Detaljniji prikaz navedenih rješenja prelazi okvire ovog rada.

¹¹³ Parać, B., Santini, G., Zaštitna kamata – zašto smo pogriješili, Znanstveni skup Promjene u sustavu javnih prihoda, HAZU, 2003, str. 216.

IV. USTAVNE POTEŠKOĆE PRILIKOM PRENOŠENJA ČL. 4 ATA DIREKTIVE - NJEMAČKI PRIMJER I MOGUĆI PROBLEMI U HRVATSKOM PRAVNOM SUSTAVU

1. UVODNA RAZMATRANJA

Nakon aspekta razmjernosti čl.4 ATA direktive obrađenog u prethodnom dijelu rada, autori će u ovom dijelu rada ukazati na ustavne poteškoće s kojima se može susresti ATA direktiva prilikom prenošenja čl. 4 u pravne sustave država članica EU. Stoga, autori će prikazati probleme ustavne prirode s kojima se suočava njemačko pravilo protiv potkapitalizacije (dalje: „*Zinsschranke*“). Nakon toga, autori će upozoriti na moguće nesuglasje čl. 4 sa hrvatskim ustavnim načelima u poreznom pravu, kao i upitnu učinkovitost u hrvatskom pravnom sustavu.

Autori smatraju obrađivanje ocjene ustavnosti *Zinsschranke* pravila svrsishodnim iz više razloga. Prvenstveno, zbog iznimne sličnosti *Zinsschranke* pravila s usvojenim rješenjima ATA direktive. Potom, zbog činjenice da je njemački Savezni porezni sud (Bundesfinanzhof; BFH) kategorički odbio razloge njemačkog Saveznog ministarstva financija za uvođenje *Zinsschranke* pravila, a koji su iznimno slični ciljevima OECD-ova BEPS projekta i ATA Direktive EU. Povrh svega, zbog sličnosti ustavnih modela Republike Hrvatske i SR Njemačke.

Prije iznošenja stava njemačkog Saveznog poreznog suda, autori će u kratkim crtama putem usporedbe s odredbama ATA direktive, prikazati osnovne značajke *Zinsschranke* pravila.

Potom će iznijeti osnove načela oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika, s obzirom na to da EBITDA pravilo u predmetnom slučaju dovodi do povrede tog načela.

Autori će zatim iznijeti stav njemačkog Saveznog poreznog suda kojim je izrazio sumnju oko ustavnosti *Zinsschranke* pravila.¹¹⁴

¹¹⁴ *Zinsschranke* pravilo je cjelina koja se sastoji od dvaju pravila - Lampert, S., Meickemann T., Reinert, M., Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German „Interest Barrier“ Rule, European Taxation, IBFD, str. 323 – 327, 2016, str. 324: *čl. 4h Zakona o porezu na dohodak (Einkommensteuergesetz; dalje u tekstu: „EStG“)* sadrži osnovno pravilo kojim se ograničava porezno priznavanje kamata te navode odgovarajuće iznimke, dok članak 8a, stavci 2. i 3. Zakona o porezu na dobit (*Körperschaftsteuergesetz; dalje u tekstu: „KStG“*) razrađuju navedene iznimke u odnosu na porezne obveznike koji su pravne osobe“.

Posljedično na izneseni stav, pred Saveznim ustavnim sudom (Bundesverfassungsgericht; BVerfG) u tijeku je postupak odlučivanja o ustavnosti *Zinsschranke* pravila zbog povrede njemačkog ustavnog načela oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika (*ability-to-pay principle*). Vodeći se njemačkim primjerom, Italija, Španjolska i Portugal usvojile su EBITDA pravila protiv potkapitalizacije.¹¹⁵ K tome, porezni sustavi navedenih država članica također se zasnivaju na istovjetnom načelu. Imajući u vidu navedene činjenice, autori smatraju da bi presuda njemačkog Ustavnog suda ozbiljno otežala primjenu čl. 4. ATA Direktive. Također, navedena presuda, prema mišljenju autora, predstavljala bi snažan argument pred Ustavnim sudom Republike Hrvatske (dalje: „USRH“) u slučaju eventualne ocjene ustavnosti prenesenih rješenja čl. 4. ATA Direktive u hrvatski pravni sustav.

2. KRATKI PRIKAZ ZINSSCHRANKE PRAVILA USPOREDBOM S ODREDBAMA ČL. 4. ATA DIREKTIVE

Temeljna odredba *Zinsschranke* pravila i čl. 4. ATA Direktive je identična – odbitak prekoračenih troškova zaduživanja od porezne osnovice obveznika ograničen je do 30% EBITDA-e u poreznom razdoblju.¹¹⁶ Jednako kao i čl. 4., primjena *Zinsschranke* pravila nije ograničena na unutar - grupne zajmove, već se primjenjuje i na zajmove koje porezni obveznik primi od treće osobe.¹¹⁷

Pravila su slična i u pogledu iznimki od primjene temeljnog EBITDA pravila, budući da *Zinsschranke* pravilo sadrži gotovo identične iznimke kao i čl. 4. ATA Direktive:

a) prag primjene EBITDA pravila od 3 000 000 EUR - prag primjene utvrđen *Zinsschranke* pravilom djeluje na jednak način kao i prag primjene u čl. 4. – ukoliko prekoračeni troškovi zaduživanja poreznog obveznika u poreznom razdoblju iznose manje od 3 000 000 EUR, u

¹¹⁵ Cohrs, E., Interest Deduction Limitation Rules in Sweden and Germany: A Comparison Regarding EU Law Compatibility and Appropriateness, School of Economics and Management, Lund University, 2013, str.4; Za talijanska pravila v. više: Galeano, G., A., Rhode, A., M., Italy Sets the Barrier to Deduction of Financing Costs at 30 Per Cent of EBITDA, Intertax, Kluwer Law International, Vol. 36, Issue 6/7, 2008, str. 292-301; za španjolska pravila v. više: Luchena Mozo, G.,M., Spain - Thin Capitalization: An Unanswered Question Following Recent Spanish Amendments, European Taxation, Vol. 52, No. 8, IBFD, 2012; za portugalska pravila v. više: Ferreira Oliveira, A. C., Debt Bias in Corporate Taxation, Escola de Direito, Universidade do Minho, 2016.

¹¹⁶ EStG, čl.4h, st. 1., op.cit. u bilj. 114.

¹¹⁷ Ibid.

potpunosti se odbijaju od porezne osnovice. U slučaju da su prekoračeni troškovi zaduživanja veći od 3 000 000 EUR, njihov odbitak od porezne osnovice ograničen je na 30% EBITDA-e.

b) neprimjenjivanje EBITDA pravila na poreznog obveznika koji je samostalni subjekt, tj. nije član grupe trgovačkih društava – također, rješenje identično čl. 4;¹¹⁸ i

c) neprimjenjivanje EBITDA pravila na porezne obveznike koji su članovi konsolidirane grupe trgovačkih društava, pod uvjetom da njihov omjer vlastitog i zajmovnog kapitala (*debt-equity ratio*) nije lošiji od omjera grupe, najviše do 2% - odredba identična čl. 4. Zinsschranke pravilo ne sadrži iznimku utemeljenu na prihodima grupe čiji je porezni obveznik član (*group earnings ratio*) iz čl. 4.¹¹⁹

Međutim, postoje i određene razlike u načinu primjene iznimki propisanih *Zinsschranke* pravilom i čl. 4. ATA Direktive. Dok je primjena iznimki koje je propisao njemački zakonodavac obvezna, države članice EU slobodno odlučuju o primjeni iznimki propisanih u čl. 4. Također, njemački zakonodavac propisao je posebne uvjete za primjenu iznimki pod b) i c). Ukoliko je porezni obveznik financiran od strane povezanih društava te dospjeli kamatni troškovi prema tim društvima iznose više od 10% prekoračenih troškova zaduživanja, iznimke pod b) i c) se ne primjenjuju.¹²⁰

Zinsschranke pravilom i ATA Direktivom na veoma sličan način je uređena i mogućnost prenošenja prekoračenih troškova zaduživanja i neiskorištene EBITDA-e u naredna porezna razdoblja. Oba propisa omogućuju vremenski neograničeno prenošenje prekoračenih troškova zaduživanja, kao i vremenski ograničeno prenošenje EBITDA-e u razdoblju od pet godina. *Zinsschranke* pravilo, za razliku od čl. 4., ne omogućuje prijenos prekoračenih troškova zaduživanja u ranija porezna razdoblja.¹²¹ Također, *Zinsschranke* lišava porezne obveznike mogućnosti prenošenja prekoračenih troškova zaduživanja u slučaju restrukturiranja društva ili promjene dioničara, u slučaju ispunjenja određenih uvjeta. Za razliku od njemačkog pravila, čl. 4. ne uređuje ove situacije.¹²²

Kao što je izloženo, *Zinsschranke* pravilo i čl. 4. ATA Direktive su gotovo identični. Stav je autora da upravo na toj činjenici počiva težina presude njemačkog Saveznog poreznog

¹¹⁸ EStG, op.cit., u bilj. 114., čl.4h, st. 2., pod B)

¹¹⁹ Ibid., pod C)

¹²⁰ KStG, čl. 8a, st. 2.

¹²¹ EStG, op.cit. u bilj. 114., čl.4h, st. 1.

¹²² Ibid., st. 5.

suda, što pruža osnovu da na njoj zasnujemo analizu ustavnih poteškoća prenošenja čl. 4. u nacionalne pravne sustave država članica Europske unije.

3. NAČELO OPOREZIVANJA PREMA GOSPODARSKOJ SNAZI OBVEZNIKA

Načelo oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika jedno je od dva osnovna normativna načela oporezivanja koja su usmjerena vremenski adekvatnoj i činjenično pravedno uređenoj cjelini oporezivanja.¹²³ Sadržaj načela oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika, kao posebne dimenzije načela jednakosti u oporezivanju, može se podijeliti u dvije razine:

- a) horizontalna sposobnost – zahtjev da osobe s jednakom gospodarskom (poreznom) sposobnošću moraju platiti jednak iznos poreza; te
- b) vertikalna sposobnost – zahtjev da osobe s većom gospodarskom (poreznom) sposobnošću moraju platiti veći iznos poreza (progresivnost poreza).¹²⁴

Također, autori smatraju potrebnim ukazati na različit ustavnopravni pristup načelu oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika. Naime, određene europske države, poput Italije¹²⁵, Španjolske¹²⁶ te Republike Hrvatske¹²⁸ ustavnim odredbama na izričit način postavljaju načelo oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika kao temelj svog poreznog sustava.

SR Njemačka primjer je drukčijeg pristupa. Naime, Temeljni zakon SR Njemačke ne sadrži izričitu ustavnopravnu odredbu u vezi oporezivanja, već samo općenitu odredbu o jednakosti.¹²⁹ Usprkos toj činjenici, njemački Savezni Ustavni sud razvio je bogatu sudsku

¹²³ Mijatović, N., Razmatranje teorijskih pristupa osnovnim institutima uređenja oporezivanja dohotka, Revija za socijalnu politiku, Svezak 14, br.3-4, 2007, str. 294.; Drugi temeljni pristup jest „*pristup ekvivalencije (cost-benefit), koji se zasniva na postavci da pojedinci trebaju plaćati porez sukladno beneficijama koje ostvaruju od javne vlasti. Ukoliko ostvaruju beneficije, za njih trebaju platiti*“ – McGee, R.W., et al., *The Philosophy of Taxation and Public Finance*, Kluwer Academic Publishers, 2004, str. 111.

¹²⁴ Vukčević, I., Ability-to-pay principle in the Montenegro tax system – constitutional court case practice and legislative approach, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Year LXII, No. 3, 2014, str. 154.

¹²⁵ Ustav Republike Italije, 1948., čl.53., st.1.

¹²⁶ Ustav Kraljevine Španjolske, 1978., članak 31., stavak 1.

¹²⁸ Ustav Republike Hrvatske, čl.51., st.1., NN br. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14: „Svatko je dužan sudjelovati u podmirivanju javnih troškova, sukladno svojim gospodarskim mogućnostima“; o odnosu ustavnih načela i poreznog sustava, v. više: Barker, W.,B., *The Three Faces of Equality: Constitutional Requirements in Taxation*, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 57, iss. 1, 2006.

¹²⁹ Temeljni zakon Savezne Republike Njemačke, 1949., čl.3., st.1.: „*Sve su osobe jednake pred zakonom*“.

praksu po pitanju oporezivanja te su u posljednjih dvadeset godina porezni predmeti postali glavni poticaj daljnjem razvoju temeljnih prava u SR Njemačkoj.¹³⁰ Savezni ustavni sud je, analizirajući njemačke porezne zakone, utvrdio osnovna načela na kojima se ti zakoni zasnivaju. Smatrajući ih prikladnima, uzvisio ih je na razinu općih načela oporezivanja. Stoga, primjenjujući navedena načela u ocjeni ustavnosti poreznih odredbi putem opće odredbe Temelnog zakona o jednakosti pred zakonom, pridao im je značaj ustavne kategorije.¹³¹ Pri tome, Savezni ustavni sud se pri usvajanju općih ustavnopravnih načela u poreznim pitanjima vodio i načelom socijalne države (*welfare state*).¹³²

Za ovaj rad dva najznačajnija načela koje je usvojio Savezni ustavni sud u svrhu ocjenjivanja ustavnosti poreznih odredbi jesu:

a) načelo oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika (*Leistungsfähigkeitsprinzip*);¹³³ i

b) objektivno neto-načelo (*Objektives Nettoprinzip*).¹³⁴

Načelo oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika, iako nije izrijekom navedeno u ustavnom tekstu, na način kako ga je definirao Savezni ustavni sud veoma je slično ranije iznesenim definicijama u drugim državama koje imaju izričitu ustavnopravnu odredbu.¹³⁵ Štoviše, Savezni ustavni sud ide još dalje tumačeći da načelo jednakosti iz Temelnog zakona „*zabranjuje bilo koju odredbu koja bi propisivala porez koji se ne temelji na načelu oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika*“.¹³⁶

Savezni ustavni sud u odnosu na oporezivanje dobiti pravnih osoba usvojio je objektivno neto načelo, u svrhu poštovanja načela oporezivanja prema gospodarskoj snazi.¹³⁷ Smisao objektivnog neto načela je sljedeći:

¹³⁰ Lepsius, O., Constitutional Review of Tax Laws and the Unconstitutionality of the German Inheritance Tax, German Law Journal, Vol.16 No.05, 2015, str. 1192.

¹³¹ Offermans, R., Steef Huibregtse, Verdoner, L., Sood, A., BEPS Action 4: Policy Considerations and Implementation Status, European Taxation, IBFD, 2017, str. 56.

¹³² Vukčević, I., op.cit. u bilj. 124., str. 154.

¹³³ Jochum, H., Essers, P., Englisch, J., Taxing German-Dutch cross-border business activities: A legal comparison with particular focus on the new bilateral tax treaty, Institut für Finanz- und Steuerrecht Osnabrück, 2015, str. 69.

¹³⁴ Lepsius, O., Op.cit. u bilj. 130., str. 1197.

¹³⁵ Pfeuffer, B., Weißert, S., Gender Bias in Tax Systems: The Example of Ghana, Accountancy Business and the Public Interest, Vol. 5 No. 2, 2006, str. 36.

¹³⁶ Barker, W., B., op.cit. u bilj. 128., str. 52.

¹³⁷ Breuer, A., The Interest Limitation Rule of the Proposed EU Anti-Tax Avoidance Directive: A Violation of the German Constitution?, Kluwer International Tax Blog, 2016, str. 1.. Dostupno na: <http://kluwertaxblog.com/2016/03/02/the-interest-limitation-rule-of-the-proposed-eu-anti-tax-avoidance-directive-a-violation-of-the-german-constitution/?print=print>. Zadnje gledano: 22.4.2017.

*Rashodi koji su uzrokovani ostvarenjem dohotka (dobiti) ne stoje na raspolaganju na ime plaćanja poreza i zbog toga moraju biti izuzeti iz plaćanja osnovice. Tom načelu (objektivnom neto načelu) odgovara načelna mogućnost odbitka poduzetničkih rashoda i ostalih rashoda na ime ostvarenja dohotka. Zabrana odbitka u tom području proturječila bi objektivnom neto načelu.*¹³⁸

Dakle, pravne osobe moraju se oporezivati na temelju njihove neto dobiti, tj. troškovi poslovanja moraju biti priznati kao porezni odbitak prilikom utvrđivanja porezne osnovice. S aspekta ovog rada, koji obrađuje pravila protiv potkapitalizacije, najvažniji trošak poslovanja poreznih obveznika/pravnih osoba svakako su kamate na zajmove. Treba istaknuti kako je njemačko pravilo protiv potkapitalizacije prije porezne reforme iz 2008. godine i uvođenja *Zinsschranke* pravila bilo u skladu s objektivnim neto načelom.¹³⁹

4. STAV NJEMAČKOG SAVEZNOG POREZNOG SUDA O USTAVNOSTI ZINSSCHRANKE PRAVILA

Njemački Savezni porezni sud je u presudi od 14. listopada 2015. godine zaključio da je *Zinsschranke* pravilo „protivno zakonodavčevoj osnovnoj, sistematskoj odluci da primjenjuje objektivno neto načelo te stoga zahtijeva specifično materijalno opravdanje.”¹⁴⁰ Sud je svoj stav obrazložio tvrdnjom da je *Zinsschranke* pravilo protivno ranije navedenim ustavnim načelima jer onemogućuje, tj. ograničava porezni odbitak (svih) stvarnih troškova poslovanja poreznih obveznika te time uvećava poreznu osnovicu i oporezuje prihod koji jednostavno ne odgovara stvarnosti.¹⁴¹

¹³⁸ Mijatović, N., op.cit. u bilješki 123., str. 298; Objektivno neto načelo u njemačkom poreznom sustavu zakonski je razrađeno u čl. 8, st.1 KStG 2002 te čl. 4, st. 4. EStG 2002.

¹³⁹ Buslei, H., Simmler, M., *The Impact of Introducing an Interest Barrier*, German Institute for Economic Research (DIW Berlin), 2012, str.5.; Radilo se o čistom fixed ratio pravilu.

¹⁴⁰ Lampert, S., Meickemann, T., Reinert, M., op.cit. u bilj. 114., str. 325; Presuda u predmetu BFH I R 20/15 je objavljena 10. veljače 2016. godine; Savezni porezni sud je već ranije dovodio u pitanje ustavnost *Zinsschranke* pravila. Učinio je to u presudi donesenoj u predmetu I B 85/13, donesenoj 18. prosinca 2013. godine, objavljenoj 16. travnja 2014. godine. O ranijoj presudi v. više: Dorfmueller, P., Fischer, H., *Court Questions Constitutionality of Interest Barrier Rule*, *Tax Notes International*, 2014, str. 329; Za kratak prikaz predmeta v. više: Eppler, U., von Reuss, A., *German Federal Court of Finance questions constitutionality of German Interest limitation rule*, Norton Rose Fulbright Global law firm, 2016; Za iscrpniji uvid u činjenično stanje konkretnog predmeta vidi više: Presuda u predmetu BFH I R 20/15, članci 2. i 3.

¹⁴¹ Kessler, W., Eicke, R., *New German Thin Cap Rules - Too Thin the Cap*, *Tax Notes International*, 2007, str. 266; Savezni porezni sud je izričito naveo da nadležnost za svoju presudu temelji na općoj odredbi o jednakosti (čl.3.) Temeljnog zakona SR Njemačke - BFH I R 20/15, op. cit. u bilj. 140., čl. 9

Savezni porezni sud je utvrdio da, osim u slučaju da zakonodavac ne promijeni svoju osnovnu odluku te napusti primjenu objektivnog neto načela, zakoni o porezu na dohodak/dobit moraju dosljedno primjenjivati ovo načelo.¹⁴² Doduše, zbog pojednostavljenja primjene propisa, zakonodavcu je dopušteno uopćavati iznose poreznog odbitka tipizacijom i fiksnim stopama.¹⁴³ Međutim, kada zakonodavac prekorači granice tipizacije i fiksnih stopa, tj. u slučaju osobito dalekosežnih odstupanja od objektivnog neto-načela, potrebni su mu specifični objektivni razlozi kojima bi opravdao navedeno odstupanje.¹⁴⁴

4.1. Ocjena razloga njemačkog saveznog ministarstva financija za odstupanje od objektivnog neto načela

Njemačko Savezno ministarstvo financija u postupku je iznijelo više specifičnih objektivnih razloga putem kojih je nastojalo opravdati povredu objektivnog neto načela. U ovom odlomku, obradit će za ovaj rad tri najznačajnija razloga: jačanje vlastitog kapitala njemačkih trgovačkih društava, zaštita nacionalne porezne osnovice i sprječavanje zakonitog izbjegavanja porezne obveze.

Savezni porezni sud ocijenio je *Zinsschranke* pravilo neprikladnim za jačanje vlastitog kapitala njemačkih trgovačkih društava. Svoj stav sud je zasnovao na izjavi Saveznog ministarstva financija prema kojoj je manje od 1200 od otprilike milijun njemačkih trgovačkih društava koji su bili porezni obveznici u poreznom razdoblju 2008. godine imalo prekoračene troškove zaduženja od više od 3 milijuna eura; ovime je broj trgovačkih društava potencijalno zahvaćenih ovim ograničenjem bio samo 0,12% poreznih obveznika, dok je stvarni broj onih koji su bili zahvaćeni poreznim ne-odbitkom bio manji od 1000.¹⁴⁵ Također, presudom je istaknuto da čak i ako njemačka trgovačka društva izmijene svoju strukturu vlastitog i zajmovnog kapitala u svrhu izbjegavanja primjene *Zinsschranke* pravila, ta činjenica treba biti označena kao „nuspojava“ ovog pravila koja nije dovoljna kako bi opravdala povredu objektivnog neto načela.¹⁴⁶

¹⁴² BFH I R 20/15, op. cit. u bilj. 140., st. 14: „Sud je istaknuo da se u poreznom pravu zakonodavac, sukladno ranijoj praksi Ustavnog suda, mora voditi načelom oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika i dosljednog zakonodavstva (*Gebot der Folgerichtigkeit*)“.

¹⁴³ BFH I R 20/15, op. cit. u bilj. 140., čl. 48.

¹⁴⁴ Lampert, S., Meickemann T., Reinert, M., op.cit. u bilj. 114., str. 325.

¹⁴⁵ BFH I R 20/15, op.cit. u bilj. 140., čl. 30 – 36.

¹⁴⁶ Ibid.

Savezni porezni sud nije uvažio ni drugi razlog – zaštitu nacionalne porezne osnovice s obzirom na to da se *Zinsschranke* pravilo primjenjuje i u tuzemnim situacijama, iako SR Njemačka već ima punu poreznu ovlast u takvim situacijama koju ne mora dijeliti s drugom državom.¹⁴⁷ Također, Savezni porezni sud odbacio je ovaj razlog i zbog činjenice da njemački zakonodavac *Zinsschranke* pravilom nastoji osigurati plaćanje „pravičnog poreznog udjela“ - porezne osnovice određene na temelju dobiti koja odgovara pravičnom poreznom udjelu obveznika.¹⁴⁸ Savezni porezni sud jasno je istaknuo da se njemački porezni sustav temelji na načelu oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika. Dakle, oporezuje se neto dobit, umanjena za sve troškove poslovanja, a ne pravičan udio. Autori smatraju ovaj razlog iznimno važnim jer je identičan ranije prikazanome primarnom cilju OECD-ova BEPS projekta - zaštitu nacionalnih poreznih osnovica.

Odbačen je i treći razlog – sprječavanje zakonitog izbjegavanja porezne obveze zbog preširokog polja primjene *Zinsschranke* pravila.¹⁴⁹ Prema stavu Saveznog poreznog suda, nerazmjernost *Zinsschranke* pravila u sprječavanju zakonitog izbjegavanja porezne obveze proizlazi iz činjenice da se primjenjuje na tuzemne situacije u kojima u pravilu do toga ne dolazi.¹⁵⁰ Također, primjena *Zinsschranke* pravila je nerazmjerno proširena i na određene kategorije poreznih obveznika: novoosnovana trgovačka društva kojima je potreban kapital za početak obavljanja njihovih djelatnosti; trgovačka društva s poteškoćama u poslovanju kojima *Zinsschranke* pravilo može dodatno otežati situaciju, s obzirom na to da trebaju pozajmiti dodatna sredstva kako bi platila porez; trgovačka društva koja posluju u gospodarskim sektorima koji su visoko zaduženi.¹⁵¹ Savezni porezni sud je istaknuo, pozivajući se na praksu Suda EU, da je njemački zakonodavac mogao i, štoviše, trebao ograničiti primjenu *Zinsschranke* pravila isključivo na prekogranične financijske aranžmane.¹⁵² Naravno, pritom poštujući kriterije koje je postavio Sud EU kako pri tome ne bi došlo do ograničavanja temeljnih sloboda propisanih UEU-om. Ovaj razlog je iznimno važan u odnosu na ranije prikazanu, prema stavu autora, nerazmjernost ATA Direktive. Razlog tomu jest identičnost ciljeva *Zinsschranke* pravila i čl. 4. ATA Direktive - sprječavanje zakonitog izbjegavanja porezne obveze.

¹⁴⁷ BFH I R 20/15, op.cit. u bilj. 140., čl. 37 – 39.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ BFH I R 20/15, op.cit. u bilj. 140., čl. 46 – 54.

¹⁵⁰ BFH I R 20/15, op.cit. u bilj. 140., čl. 49.

¹⁵¹ BFH I R 20/15, op.cit. u bilj. 140., čl. 53.

¹⁵² BFH I R 20/15, op.cit. u bilj. 140., čl. 51.

4.2. Stav Saveznog poreznog suda o mogućnosti prenošenja prekoračenih troškova zaduživanja

Savezni porezni sud je u argumentaciji presude posebnu pažnju pridao mogućnosti prenošenja prekoračenih troškova zaduživanja u sljedeće porezno razdoblje. Razlog leži u činjenici da je zakonodavac usvojio ovu korektivnu mogućnost upravo kako bi osigurao sukladnost *Zinsschranke* pravila s objektivnim neto načelom.¹⁵³

Osnovna zamjerka Saveznog poreznog suda u odnosu na mogućnost prijenosa prekoračenih troškova zaduživanja je činjenica da se porezni obveznici ne mogu sa sigurnošću pouzdati da će imati priliku koristiti navedenu mogućnost.¹⁵⁴ Naime, kao što su autori ranije istaknuli, porezni obveznici mogu izgubiti mogućnost prijenosa prekoračenih troškova zaduživanja zbog restrukturiranja društva ili promjene dioničara. Sud je naveo i činjenicu da su prenesene kamate u sljedećem poreznom razdoblju također podložne ograničenju od 30% oporezive EBITDA-e, čime je mogućnost odbitka dodatno ograničena.¹⁵⁵ Osim toga, stav Saveznog poreznog suda je da prijenos neiskorištenih kamata može dovesti do suprotnih učinaka: prijenos neiskorištenih kamata u naredno porezno razdoblje može dovesti do primjene *Zinsschranke* pravila koje se inače, da nije bilo prijenosa, ne bi primijenilo.¹⁵⁶

Svoj stav o neprimjerenosti mogućnosti prijenosa neiskorištenih kamata, Sud je argumentirao postojanjem sustavne neprilagođenosti njemačkog poreznog sustava tom prijenosu.¹⁵⁷ Uzrok problema leži u poreznim razdobljima njemačkog poreznog sustava:

S jedne strane, u njemačkom poreznom sustavu koji se zasniva na godišnjem poreznom razdoblju, troškovi poslovanja (kamate) moraju se porezno priznati u godini u kojoj su nastali. S druge strane, njemački zakonodavac je mogućnost prenošenja neiskorištenih kamata utemeljio na „višestrukim razdobljima utvrđivanja osobne gospodarske sposobnosti“. U njemačkom poreznom sustavu, više poreznih razdoblja postoji samo u odnosu na gubitke

¹⁵³ Ukoliko bi kamatni troškovi u narednom poreznom razdoblju bili manji od 30% oporezive EBITDA-e za iznos nepriznatih kamata koji je prenesen iz prethodnog razdoblja, tada bi prenesene kamate bile odbijene od porezne osnovice u tom poreznom razdoblju. Promjene koje utječu na gubitak mogućnosti prijenosa kamata, ne utječu na prijenos neiskorištene EBITDA-e.; O konceptu prijenosa neiskorištenih kamata: Kollruss, T., Tax optimal cross-border debt financing under the new German Thin-Capitalization-Rule (German Interest Barrier), *Investment Management and Financial Innovations*, Vol. 7, Issue 2, 2010, str.88.

¹⁵⁴ Ibid.; O nemogućnosti korištenja prijenosa kamata radilo se i u predmetu u kojem je došlo do pokretanja postupka ocjene ustavnosti *Zinsschranke* pravila

¹⁵⁵ Ruf, M., Schindler, D., Debt Shifting and Thin Capitalization Rules – German Experience and Alternative Approaches, *Nordic Tax Journal*, Vol. 2015, Issue 1, 2015, str. 23.

¹⁵⁶ BFH I R 20/15, op.cit. u bilj. 140., članak 19.

¹⁵⁷ BFH I R 20/15, op.cit. u bilj. 140., članak 17 et seq.

društva, ali ne i za troškove poslovanja koji se porezno priznaju samo u godini u kojoj su nastali.¹⁵⁸

Savezni porezni sud je zaključio da prijenos troškova poslovanja (kamata) i prijenos gubitaka društva nije usporediv.¹⁵⁹ Iz navedenog razloga, sukladno načelu oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika i objektivnom neto načelu moraju biti porezno odbijene u godini u kojoj su nastale. Dakle, sa sustavnog gledišta, njemački porezni sustav kao cjelina ne dopušta zakonodavcu da poreznim obveznicima pruži mogućnost prenošenja troškova poslovanja u druga porezna razdoblja od onog u kojem su nastali.¹⁶⁰

Na temelju iznesenoga, *Zinsschranke* pravilo ograničavajući porezni odbitak troškova kamata predstavlja (dalekosežno) odstupanje od objektivnog neto načela koje – prema Saveznom poreznom sudu i prevladavajućem mišljenju u (njemačkoj) pravnoj struci – ne može biti opravdano specifičnim objektivnim razlogom.¹⁶¹ Također, treba pridodati da je njemačka stručna javnost oštro kritizirala *Zinsschranke* pravilo, još i prije njegova stupanja na snagu.¹⁶²

Postupajući sukladno zauzetom stavu, Savezni porezni sud je zastao s postupkom te je predmet proslijedio njemačkom Saveznom ustavnom sudu na daljnje odlučivanje.

Na kraju, prema mišljenju autora najbolji opis *Zinsschranke* pravila jest: „...*Zinsschranke* je loš dio cjelokupno dobre priče (njemačka porezna reforma). Zakonodavci su započeli ciljajući nekolicinu društava (MTD), a završili su postavivši zamku mnogima“.¹⁶³

Autori smatraju da upravo izneseni stavovi njemačkog Saveznog poreznog suda jasno ukazuju na moguće poteškoće prilikom prenošenja čl. 4 u pravni sustav država članica EU, s naglaskom na Republiku Hrvatsku.

¹⁵⁸ Breuer, A., op.cit. u bilj. 137, str.2.

¹⁵⁹ BFH I R 20/15, op.cit. u bilj. 140., čl. 20 et seqq.

¹⁶⁰ Navarro, A., Parada L., Schwarz, P., op.cit. u bilj. 63., str. 120.

¹⁶¹ Helme, S., Is the interest barrier rule constitutional, German Tax & Corporate Insights, Issue No.9, Flick Gocke Schaumburg, 2016, str. 8.

¹⁶² Göritz, A., Thin Capitalization Rule vs Interest Barrier, WU International Taxation Research Paper Series, No. 2012 – 03, Vienna University of Economics and Business, 2012, str.3; Dorenkamp, C., "Challenges Inherent in Addressing Debt and Equity Financing – And How Germany Went Over the Top", Studi Tributari Europei [Online], European School of Advanced Tax Studies, University of Bologna, Vol. 2, No.1, 2010.

¹⁶³ Kessler, W., Eicke, R., Germany's Corporate Tax Reform – The Road Not Taken, Tax Notes International, 2007, str. 1136.

5. USTAVNE POTEŠKOĆE PRILIKOM PRENOŠENJA ČL.4. ATA DIREKTIVE U HRVATSKI PRAVNI SUSTAV

5.1. Uvodna razmatranja

Nakon što su u prethodnom dijelu ovog rada prikazane ustavne poteškoće s kojima se suočava *Zinsschranke* pravilo, u ovom dijelu rada obradit će se moguće poteškoće do kojih bi moglo doći pri prenošenju čl. 4. ATA Direktive u pravni sustav Republike Hrvatske.

Naime, autori smatraju da prenošenje čl. 4. u hrvatski pravni sustav otvara pitanje sukladnosti navedenog članka s člankom 51. Ustava Republike Hrvatske (dalje: Ustav RH) zbog diskriminatornog učinka čl. 4. ATA Direktive. Naime, primjenom navedenog članka, porezni obveznici koji se financiraju zajmovnim kapitalom dovode se u nerazmjerno nepovoljniji položaj.

Ipak, prije iznošenja argumentacije na kojoj autori zasnivaju svoj upravo izneseni stav, prikazat će se ustavna načela kojima su postavljene osnove poreznom sustavu Republike Hrvatske.

5.2. Osnove ustavnog uređenja poreznog sustava Republike Hrvatske

Ustav RH kao najviši pravni propis postavlja okvire za razvoj i djelovanje hrvatskog političkog i pravnog sustava.¹⁶⁴ Porezi ne samo da su dio tog sustava već su, dapače, jedan od njegovih najvažnijih i najživotnijih dijelova. Ustav RH svojim je odredbama hrvatski porezni sustav zasnovao na tri ustavna načela. Načelo oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika (*ability-to-pay principle*) je temeljno načelo.¹⁶⁵ Uz ovo osnovno načelo, hrvatski porezni sustav se zasniva na načelima jednakosti i pravednosti.¹⁶⁶ Pored Ustavom RH

¹⁶⁴ Jedan od okvira postavljenih Ustavom RH jest i odredba članka 14., st.2: „*Svi su pred zakonom jednaki*“.

Ovo opće načelo jednakosti svoj izraz ima i u poreznom sustavu – čl. 51., st.2. Ustava RH.

¹⁶⁵ V. poglavlje 3.3.; Važnost ovog ustavnog poreznog načela potvrdio je i Ustavni sud RH, primjerice u rješenju od 3. travnja 2013. godine: U-I - 4763/2012 i dr., Narodne novine broj 43/13.

¹⁶⁶ Ustav Republike Hrvatske, op.cit. u bilj. 128., čl.51., st.2.

navedenih načela, Zakon o porezu na dobit propisuje primjenu objektivnog neto načela pri utvrđivanju porezne osnovice.¹⁶⁷

Kao i u slučaju *Zinsschranke* pravila te njemačkog Temelnog zakona, u odnosu čl. 4. i Ustava RH ključnom se nameće horizontalna dimenzija načela oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika koja od zakonodavca zahtijeva da porezne obveznike jednake gospodarske snage optereti jednakim poreznim teretom.¹⁶⁸

5.3. Ustavni izazovi pri prenošenju čl. 4. ATA Direktive u hrvatski porezni sustav

Autori najspornijim dijelovima čl. 4. iz hrvatske ustavne perspektive smatraju EBITDA pravilo iz stavka 1. navedenog članka te prag primjene EBITDA pravila iz stavka 3., točke a) istog članka.

Kao što je istaknuto u III. dijelu rada, autori smatraju da je europski zakonodavac postupio nerazmjerno pri odabiru sredstva za ostvarenje istaknutog cilja ATA Direktive. Okvir postavljen od strane europskog zakonodavca u velikoj mjeri utječe na manevarski prostor hrvatskog zakonodavca pri prenošenju čl. 4. u hrvatski pravni sustav. Budući da se radi o obveznom dijelu sadržaja čl. 4., hrvatski zakonodavac će prenoseći navedeni članak u hrvatski pravni sustav nužno usvojiti EBITDA pravilo. Međutim, ATA Direktiva hrvatskom zakonodavcu pruža mogućnost da odstupi od osnovnog EBITDA pravila te da ga prilagodi ustavnim zahtjevima vlastitog poreznog sustava.¹⁶⁹ Jedna od mogućnosti je i uvođenje praga primjene EBITDA pravila.

Autori smatraju da se EBITDA pravilo iz obveznog, stavka 1. čl. 4. protivi načelu oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika iz članka 51. st. 1. Ustava RH. Navedenim protivljenjem dovodi do nerazmjernog i neopravdanog stavljanja u nepovoljniji položaj poreznih obveznika u Republici Hrvatskoj koji se financiraju zajmovnim kapitalom.

¹⁶⁷ Zakon o porezu na dobit, op.cit. u bilj. 12: „*Porezna osnovica je dobit koja se utvrđuje prema računovodstvenim propisima kao razlika prihoda i rashoda prije obračuna poreza na dobit, uvećana i umanjena prema odredbama ovoga Zakona*“.

¹⁶⁸ Odluka USRH U-I-5294/2013 i dr. od 18. lipnja 2014.: „(...) *porezne obveze moraju biti utvrđene i raspoređene na sve porezne obveznike na način da budu razmjerne ekonomskoj snazi poreznih obveznika, odnosno u skladu sa zahtjevom ravnomjerne raspodjele poreznog tereta*“.

¹⁶⁹ Europska unija, op.cit. u bilj. 6., preambula ATA Direktive, t.6; Najvažnije mogućnosti koje čl.4. ATA direktive pruža hrvatskom zakonodavcu su zasigurno, određivanje postotka EBITDA-e (0-30) do kojeg se mogu porezno odbiti prekoračeni troškovi zaduživanja. Također, odluka o primjeni iznimki od EBITDA pravila.

O načelu razmjernosti u hrvatskom pravnom sustavu svjedoči rješenje Ustavnog suda od 21. rujna 2010. godine u kojem je jasno dao do znanja da

„Ustav ne zahtijeva da svi adresati jednog zakona budu u istovjetnom pravnom položaju, uz uvjet da postoje opravdani razlozi zbog kojih se prema određenoj skupini adresata treba drugačije postupati i uz uvjet da su sredstva za ostvarenje legitimnog cilja, zbog kojeg odstupanje treba propisati, razmjerna tom cilju.“¹⁷⁰

Autori zaključuju da je uzrok protivljenja EBITDA pravila iz čl. 4., st.1. ustavnom načelu oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika jednak kao i u slučaju *Zinsschranke* pravila. Poreznim obveznicima arbitrarno postavljenim ograničenjem ne omogućuje se da od porezne osnovice u potpunosti odbiju svoje prekoračene troškove zaduživanja. Navedeno ograničenje dovodi do oporezivanja preuveličane porezne osnovice protivno objektivnom neto načelu utvrđenome u Zakonu o porezu na dobit.

Prema stavu autora, najveća zamjerka EBITDA pravilu jest u odnosu na ranije opisanu horizontalnu dimenziju načela oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika.

Problem leži u činjenici da EBITDA pravilo ograničava sve obveznike koji se financiraju zajmovnim kapitalom, a ne samo one koji nemaju gospodarsku osnovu za zaduživanje i kod kojih postoji osnovana sumnja da se radi o zakonitom izbjegavanju porezne obveze. K tome, porezni obveznici nemaju mogućnost dokazivanja postojanja valjane gospodarske osnove za zaduživanje. Ova činjenica jasno ističe da se primjenom EBITDA pravilo favorizira financiranje poreznih obveznika vlastitim kapitalom.

Posljedica primjene EBITDA pravila isključivo na porezne obveznike financirane zajmovnim kapitalom je sljedeća: porezni obveznici financirani zajmovnim i vlastitim kapitalom ostvarili su jednaku EBITDA-u u istom poreznom razdoblju. Međutim, porezni obveznik financiran zajmovnim kapitalom, nakon odbitka samo dijela troškova zaduživanja i uvećanja porezne osnovice, snosit će veći porezni teret od poreznih obveznika u jednakoj situaciji, financiranih vlastitim kapitalom. Dakle, iako je gospodarska sposobnost poreznih obveznika jednaka, njihovi porezni tereti nisu.¹⁷¹

Budući da je čl. 51. st. 1. Ustava RH propisano načelo oporezivanja prema gospodarskoj snazi obveznika, porezni obveznici jednake gospodarske snage trebali bi snositi jednaki porezni teret.

¹⁷⁰ Rješenje Ustavnog suda Republike Hrvatske od 21. rujna 2010. godine, U-I - 769 / 1998, NN 117/10, st. 10.3.

¹⁷¹ Usp. sa stajalištem USRH u op.cit. u bilj. 181., Narodne novine broj 43/13, U-I - 4763 / 2012 i dr.

Nadalje, autori smatraju da čl. 4. ATA Direktive, jednako kao i *Zinsschranke* pravilo, ima preširoko postavljeno polje primjene EBITDA pravila. Naime, oba propisa primjenjuju se i na tuzemne situacije. S obzirom na to da se kod EBITDA pravila radi o obveznom dijelu čl. 4., definirano je i polje primjene navedenog pravila prilikom prenošenja u hrvatski pravni sustav. Imajući u vidu identične proklamirane ciljeve čl. 4. i *Zinsschranke* pravila – sprječavanje zakonitog izbjegavanja porezne obveze, autori se pozivaju na ranije izneseni zaključak njemačkog Saveznog poreznog suda.¹⁷²

Naime, s gospodarskog stajališta primjena ovako koncipiranog EBITDA pravila na tuzemne situacije nema opravdanja. Kod financijskih aranžmana u isključivo tuzemnim situacijama rizik od zakonitog izbjegavanja plaćanja poreza nije sasvim isključen.¹⁷³ Međutim, kao što je zaključio njemački Savezni porezni sud, navedeni rizik znatno je manji u odnosu na prekogranične situacije te se pravna pravila koja koriste tipizaciju, što je slučaj s EBITDA pravilom, trebaju zasnivati na uobičajenim, a ne neuobičajenim situacijama.¹⁷⁴ Preneseno na hrvatski kontekst, s obzirom na to da se radi o financijskom aranžmanu dvaju tuzemnih poreznih obveznika, prihod od kamata je u pravilu predmet oporezivanja u Republici Hrvatskoj. Stoga, stav je autora da primjena EBITDA pravila u svrhu sprječavanja zakonitog izbjegavanja porezne obveze i na tuzemne situacije nema uporišta jer se ograničavaju svi porezni obveznici koji se financiraju zajmovnim kapitalom, makar za to imali i valjane gospodarske razloge.

Međutim, kao što su autori istakli ranije u ovom odlomku, hrvatski zakonodavac primjenom određenih iznimki koje mu pruža čl. 4. može utjecati na polje primjene EBITDA pravila. Jedna od mogućnosti kojom se donekle može suziti polje primjene čl. 4., st.1. je uvođenje, prema stavu autora, spornog praga primjene EBITDA pravila u iznosu od 3 000 000 EUR prekoračenih troškova zaduživanja. Europska komisija mogućnost uvođenja praga primjene EBITDA pravila u čl. 4. opravdava činjenicom da se od ograničenja želi izuzeti mala i srednja poduzeća koja ne predstavljaju (toliko veliki) rizik od zakonitog izbjegavanja plaćanja

¹⁷² O razlozima primjene *Zinsschranke* pravila i na tuzemne transakcije v.: BFH I R 20/15, st. 51; o primjeni pravila protiv potkapitalizacije na tuzemne transakcije u svrhu izbjegavanja postupka pred Sudom EU vidi: C-524/04, op.cit. u bilj. 77., st. 68.; Čičin-Šain, N., Reflections on the Structure of Croatian Measures for Limiting the Deductibility of Financial Expenses: Efficiency vs Compatibility, CYELP, 2016.

¹⁷³ Arbutina, H., Potkapitaliziranje kao metoda izbjegavanja obveze poreza na dobit, Zbornik radova s međunarodne znanstvene konferencije „Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije, Opatija, str. 233 – 234.

¹⁷⁴ BFH, op. cit. u bilj, čl. 48.

poreza.¹⁷⁵ No autori postavljaju pitanje bi li uvođenje takvog praga primjene u Republici Hrvatskoj dovelo do druge krajnosti u odnosu na predmet primjene EBITDA pravila?

Prisjetimo se primjera *Zinsschranke* pravila i broja njemačkih poreznih obveznika s prekoračenim troškovima zaduživanja od 3 000 000 EUR koju je u svojoj presudi naveo njemački Savezni porezni sud.¹⁷⁶ Iako ne raspolažu s egzaktnim statističkim podacima, autori smatraju da treba uzeti u obzir odnos njemačkog i hrvatskog gospodarstva. Stoga, autori dolaze do zaključka da bi broj poreznih obveznika u Republici Hrvatskoj koji su članovi grupe društava koja ima prekoračene troškove zaduživanja u jednoj godini preko 3 000 000 EUR bio nedovoljno velik. Dakle, prag primjene doveo bi do suprotne, prema stavu autora nimalo razmjernije situacije. Diskriminatorni učinak EBITDA pravila ograničio bi se na izuzetno malen broj poreznih obveznika. Zakonodavac bi se, doduše, u ovom slučaju mogao pozivati na činjenicu da se u svrhu sprječavanja zakonitog izbjegavanja porezne obveze, ograničava neznatan broj poreznih obveznika s prekoračenim troškovima zaduživanja. Ipak, jednako kao i u *Zinsschranke* slučaju, pragom primjene se ne otklanja diskriminacija koja nastaje primjenom EBITDA pravila u tuzemnim situacijama i kojom su obuhvaćeni i financijski aranžmani koji imaju valjanu gospodarsku svrhu.

Još jedna sličnost s *Zinsschranke* pravilom koja raspiruje ustavnopravne dvojbe u vezi s preširokim predmetom primjene čl.4. ATA direktive. Naime, primjena EBITDA pravila iz čl. 4., st.1. nije ograničena na unutar - grupne zajmove, već se primjenjuje i na zajmove koje porezni obveznik primi od treće osobe. Penalizacija unutar grupnih zajmova je opravdana u svjetlu proklamiranog cilja čl. 4.. Iako i u odnosu na te zajmove mogu postojati valjani gospodarski razlozi (primjerice manji troškovi financiranja u odnosu na zajmove od strane financijskih društava). Penalizacija zajmova prema trećima nije opravdana sa stajališta cilja čl. 4.. Još manje je opravdana sa gospodarskog stajališta, jer su zajmovi od strane trećih osoba u pravilu podvrgnuti tržišnim mehanizmima (iznos zajma/visina kamatne stope). Stoga, autori se s pravom pitaju nije li logično penalizirati isključivo unutar-grupne zajmove, imajući u vidu cilj čl. 4.? Sadašnje hrvatsko pravilo protiv potkapitalizacije u ovom kontekstu pruža primjer

¹⁷⁵ Bogenscheider, B., N., The European Commission's Idea of Small Business Tax Neutrality, EC Tax Review, 2016-4, str. 221; O naporima EK protiv MTD-ova v. priopćenja EK: European Commission, IP/15/5880, 2015; European Commission, IP/15/6221, 2015; o samostalnosti subjekta v. više: H. Vermuelen, How alone is „standalone“ in the EU Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD)?, Vakstudie News, Vol. 71, Faculty of Law, Amsterdam Center for Tax Law, 2016.

¹⁷⁶ V. op.cit. BFH I R 20/15, članak 35.

razmjernosti: ograničeno je na zajmove između povezanih osoba, kao i zajmove trećih osoba za koje jamče povezane osobe zajmoprimca (*back-to-back loans*).¹⁷⁷

Na kraju, autori smatraju da je izuzetno strogo skrojeni čl. 4., s arbitrarno postavljenim EBITDA pravilom idealan za državu poput Republike Hrvatske, u njenom aktualnom gospodarskom trenutku. Naime, kao što su autori istaknuli u II. dijelu ovog rada, sprječavanje zakonitog izbjegavanja porezne obveze je sekundarni učinak koji se nastoji ostvariti primjenom čl. 4. ATA Direktive. Primarni je cilj zaštita nacionalne porezne osnovice, tj. osiguravanje proračunskih prihoda. Stoga će Republika Hrvatska čija se gospodarsko/financijska politika zasniva na životu na dug (javni dug 85 % BDP-a), prenošenjem čl. 4. u svoj pravni sustav, dobiti učinkovito oruđe za punjenje državnog proračuna.¹⁷⁸ Navedenim oruđem moći će porezno penalizirati dio svojih ne toliko važnih poreznih obveznika koji, poput same RH, također „vole“ dug. Međutim, autori se pitaju koliko je spomenuto oruđe ustavno? Na USRH je da odluči o tome, ukoliko bude imao priliku.

¹⁷⁷ Zakon o porezu na dobit, op. cit. u bilj 12., čl.8., st. 1. i 2.: „U kamate iz članka 7. stavka 1. točke 12. ovoga Zakona spadaju i kamate na zajmove koji su primljeni od dioničara odnosno člana društva koji drži najmanje 25% dionica ili udjela u kapitalu ili glasačkih prava u poreznom obvezniku, ako bilo kada u poreznom razdoblju ti zajmovi premaše četverostruku svotu udjela toga dioničara odnosno člana društva u kapitalu ili glasačkom pravu, utvrđenu u odnosu na svotu i razdoblje trajanja zajmova u poreznom razdoblju, osim kamate po kreditima od financijskih organizacija. Zajmovima dioničara, odnosno člana društva, prema stavku 1. ovoga članka, smatraju se i zajmovi trećih osoba za koje jamči dioničar odnosno član društva“.

¹⁷⁸ HGK, Smanjuje se udio javnog duga u BDP-u, 2017. Dostupno na: <http://www.hgk.hr/smanjuje-se-udio-javnoga-duga-u-bdp-u>.

V. ZAKLJUČAK

Poreznopravna tematika recentnim medijski eksponiranim slučajevima zakonitog izbjegavanja porezne obveze počela je zauzimati sve značajnije mjesto ne samo u medijskim, već i stručnim i političkim krugovima. Međunarodni naponi usmjereni ka uklanjanju nepoželjnih praksi urodili su značajnim pomacima rezultat kojih će se na europskoj razini osjetiti putem nedavno usvojene ATA Direktive.

Premda sama Direktiva predstavlja važan korak naprijed, pravila koje donosi ipak ne mogu biti lišeni kritike. Autori ne dovode u pitanje udovoljavanje načelu supsidijarnosti, budući da je harmonizacija nužan korak ka smanjivanju prostora za iskorištavanje razlika u pravnim sustavima. No, supsidijarnost ne treba miješati sa razmjernošću, koja zahtijeva odabir odgovarajućeg, najmanje tegobnog sredstva za postizanje proklamiranog cilja.

Pravilo o ograničavanju kamata uređeno čl. 4. uvelike odstupa od standarda kojega je Sud EU primjenjivao pri ocjeni opravdanosti nacionalnih pravila o potkapitalizaciji. Usvajanje navedenog pravila otvara brojna pitanja vezana uz prikladnost samoga pravila za ostvarenje onoga što se njime namjerava postići. Krutost u primjeni, zahvaćanje ekonomski potpuno opravdanih transakcija bez pružanja mogućnosti dokaza o legitimnosti transakcije svjedoče o činjenici da je prvotni cilj ovoga pravila zaštita domaće porezne osnovice, a tek podredno sprječavanje izbjegavanja poreza. S obzirom na analizu razloga za uvođenje ovoga pravila, kao i njegovu usporedbu sa načelom nepristrane transakcije, koje eliminira njegove negativne učinke, autori su zaključili kako je ono nepravedno eliminirano u odnosu na pravilo o EBITDA-i, zbog čega njegova razmjerno ozbiljno dolazi u pitanju. Na koncu, pitanje je li opravdano prihvatiti određeno pravilo primjenu kojega bi Sud EU ograničavao u prekograničnom kontekstu samo zbog toga jer je to pravilo donio drugi zakonodavac. Različit intenzitet testa razmjernosti kojemu su podvrgnute europske i nacionalne norme prihvaćen je u praksi Suda EU, no pitanje je do koje će mjere Sud EU u ovom slučaju ići.

Navedeno pravilo nailazi na probleme ne samo u nadnacionalnom, već i u nacionalnom kontekstu. Naime, ustavnost primjene EBITDA pravila u nekim nacionalnim poretcima već je dovedena pitanje. Tako je njemačko pravilo, koje je uvelike slično europskom, trenutno u postupku ocjene osporene mu ustavnosti. Ulaskom u EU i Republika Hrvatska neposredno je uključena u zbivanja na globalnoj sceni. Hrvatskom zakonodavcu su u velikoj mjeri vezane

ruke prilikom prenošenja osnovnog EBITDA pravila iz čl. 4. ATA Direktive koje bi moglo imati jednakih ustavnopravnih problema. Prema stavu autora, nije zadaća zakonodavca, kako europskog, tako ni hrvatskog da *a priori* arbitrarnim postavljanjem ograničenja procjenjuje gospodarsku valjanost financiranja zajmovnim kapitalom. Autori rješenje problema diskriminatornog učinka na porezne obveznika do kojeg dolazi poreznim favoriziranjem vlastitog kapitala vide u sljedećem. Predmet primjene EBITDA pravila treba ograničiti na financijske aranžmane određene objektivnim i subjektivnim testom koji je razrađen sudskom praksom Suda Europske unije, a kojeg su autori prikazali u III. dijelu rada.¹⁷⁹ Radi se o „potpuno umjetnim konstrukcijama“ koje ne odražavaju ekonomsku stvarnost, a koje su poduzete s ciljem izbjegavanja poreza. O „potpuno umjetnim konstrukcijama“ će se raditi ako djelovanje koje je dovedeno u pitanje nema pretežito ekonomsku podlogu. Jedan od načina na koji bi se gospodarski opravdane transakcije mogle izuzeti od ograničenja jest primjena načela nepristrane transakcije. Samim time, primjenom navedenog načela nestalo bi i diskriminirajućeg učinka čl. 4. do kojeg bi došlo pri prenošenju u hrvatski pravni sustav.¹⁸⁰

Na koncu se može zaključiti kako je načelo nepristrane transakcije kratkoročno prikladno u otklanjanju diskriminatornog učinka EBITDA pravila zbog svojih ranije navedenih značajki, te prema stavu autora trenutno predstavlja najmanje tegobno sredstvo za ostvarenje proklamiranog cilja ATA Direktive. Međutim, problemi u njegovoj primjeni su dobro dokumentirani i istaknuti te zasigurno nije dugoročno rješenje koje će otkloniti zakonito izbjegavanje porezne obveze. Stoga, autori dugoročno rješenje vide u otklanjanju samog izvora zakonitog izbjegavanja - pristranosti dugu u odnosu na kapital.

¹⁷⁹ Bratić, V., Urban, I., Porezni izdaci u Hrvatskoj, *Financijska teorija i praksa* 30 (2) str. 129-194, 2006, str. 131.

¹⁸⁰ Strogost EBITDA pravila osobito bi došla do izražaja u trenutnom stanju hrvatskog gospodarstva. Agrokor i njegovi dobavljači imaju problema s likvidnošću i jedini način na koji mogu nastaviti s poslovanjem je zajmovni kapital. Dakle, postoji savršeno valjano gospodarsko opravdanje za navedene zajmove. Međutim, EBITDA pravilom kamatni troškovi navedenog zaduživanja mogu se odbiti najviše do 30% EBITDA-e. To je jasan primjer penalizacije navedenih poreznih obveznika zbog korištenja zajmovnog kapitala. Također, postoje i ostali sektori gospodarstva koji su izloženiji zajmovnom kapitalu no ostali, primjerice građevinski sektor.

VI. ZAHVALE

Dr. sc. Neviji Čiči-Šain, mentorici autorima pri izradi ovoga rada. Od samih začetaka ideje o pisanju ovoga rada dr. sc. Čičin-Šain bila je od nemjerljive pomoći autorima koje je uputila u temu kojom su se bavili, te ih vodila kroz istu sve do trenutka njegova dovršavanja. Njezini savjeti i konstruktivne kritike autorima bili su od velike pomoći pri hvatanju u koštac s kompleksnom temom, ali prije svega njezina pristupačnost i spremnost na suradnju autorima je uvelike obogatila iskustvo pisanja ovoga rada.

VII. POPIS LITERATURE:

KNJIGE I ČLANCI

Arbutina, H., Potkapitaliziranje kao metoda izbjegavanja obveze poreza na dobit, Zbornik radova s međunarodne znanstvene konferencije „Financiranje, upravljanje i restrukturiranje trgovačkih društava u doba recesije, Opatija, 2011.

Ault, H., J., Schön, W., Shay, S., E., Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform, Bulletin for International Taxation, IBFD, 2014.

Avi-Yonah, R., S., Haiyan, H., Evaluating BEPS, Harvard Business Law Review, Vol. 6., 2016.

Avi-Yonah, R., S., Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation, World Tax Journal, 2010.

Avi-Yonah, R., S., Clausing, K., A., Durst, M., C., Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split, Florida Tax Review, Vol. 9, No. 5, 2009.

Babić, A. *et al.*, Englesko - hrvatski glosar bankarstva, osiguranja i ostalih financijskih usluga, Ministarstvo vanjskih poslova i europskih integracija, Zagreb, 2005.

Biegalski, A., The Arm's Length Principle: Fiscalism or Economic Realism? A Few Reflections, Intertax, Kluwer Law International, Vol. 38, 2010.

Bogenscheider, B., N., The European Commission's Idea of Small Business Tax Neutrality, EC Tax Review, 2016.

Bratić, V., Urban, I., Porezni izdaci u Hrvatskoj, Financijska teorija i praksa 30 (2), 2006.

Brauner, Y., What the BEPS, Florida Tax Review, Vol. 16, No. 2, 2014.

Breuer, A., The Interest Limitation Rule of the Proposed EU Anti-Tax Avoidance Directive: A Violation of the German Constitution?, Kluwer International Tax Blog, 2016.

Buslei, H., Simmler, M., The Impact of Introducing an Interest Barrier, German Institute for Economic Research (DIW Berlin), 2012.

Chalmers D., Davies G., Monti G., European Union Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

Cohrs, E., Interest Deduction Limitation Rules in Sweden and Germany: A Comparison Regarding EU Law Compatibility and Appropriateness, School of Economics and Management, Lund University, 2013.

Dahlberg, M., Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital, Kluwer Law International, Den Haag, 2005.

Dorenkamp, C., Challenges Inherent in Addressing Debt and Equity Financing – And How Germany Went Over the Top", Studi Tributari Europei [Online], European School of Advanced Tax Studies, University of Bologna, Vol. 2, No.1, 2010.

Durst, M., C., It's not just academic: The OECD should re-evaluate Transfer Pricing Laws, Tax Notes International, 2010.

Fross, A., Debt-equity Ratios, Earnings Stripping Rules and the Arm's Length Principle, u: Massoner, C., Storck A., Sturzlinger, B. (ur), International Group Financing and Taxes, Linde Verlag, 2012.

Gadžo, S., Prilog istraživanju sadržaja načela pravednosti kao kriterija evaluacije normi međunarodnog poreznog prava, Pravni vjesnik, 31/2, 2015.

Geelen, P., Kolkman, W., Five key elements of the EU ATA Directive compromise, DLA Piper Publications, 2016., dostupno na: <https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2016/07/five-key-elements-of-the-eu-ata-directive/>

Göritzer, A., Thin Capitalization Rule vs Interest Barrier, WU International Taxation Research Paper Series, No. 2012 – 03, Vienna University of Economics and Business, 2012.

Helme, S., Is the interest barrier rule constitutional, German Tax & Corporate Insights, Issue No. 9, Flick Gocke Schaumburg, 2016.

Jelčić, B., Bejaković, P., Razvoj i perspektive oporezivanja u Hrvatskoj, HAZU, 2012.

Jochum, H., Essers, P., Englisch, J., Taxing German-Dutch cross-border business activities: A legal comparison with particular focus on the new bilateral tax treaty, Institut für Finanz- und Steuerrecht Osnabrück, 2015.

Kessler, W., Eicke, R., Germany's Corporate Tax Reform – The Road Not Taken, Tax Notes International, 2007.

Knöller, C., P., The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective, *Intertax*, Kluwer Law International, Vol. 39, Issue 6/7, 2011.

Kocaer, S., Disallowance of Interest Deductions in Article 81 of the CCCTB Draft Proposal u: Massoner, C., Storck A., Sturzlinger, B. (ur), *International Group Financing and Taxes*, Linde Verlag, 2012.

Koprivčić, Z., Ako ne znaš što je EBITDA, kakav si ti menadžer?, dostupno na: <http://www.poslovni-info.eu/sadrzaj/menadzment/ako-ne-znas-sto-je-ebitda,-kakav-si-ti-menadzer/>

Kruger, H., *Liberté de gestion et endettement des entreprises en droit fiscal (LGDJ)*, 2007.

Lampert, S., Meickemann T., Reinert, M., Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German „Interest Barrier“ Rule, *European Taxation*, IBFD, 2016.

Maliszewska-Nienartowicz, J., Direct and Indirect Discrimination in European Union Law - How to Draw a Dividing Line?, *International Journal of Social Sciences*, III(1), 2014.

McGee, R., W. *et al.*, *The Philosophy of Taxation and Public Finance*, Kluwer Academic Publishers, 2004.

Mijatović, N., Razmatranje teorijskih pristupa osnovnim institutima uređenja oporezivanja dohotka, *Revija za socijalnu politiku*, Svezak 14, br.3-4, 2007.

Musgrave, R., A., Musgrave, P., B., *Public finance in theory and practice*, McGrawHill, New York, 1973.

Navarro A., Parada, L., Schwarz, P., The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts, *EC Tax Review*, Vol. 25/3, 2016.

Offermans, R., Huibregtse, S., Verdoner, L., Sood, A., BEPS Action 4: Policy Considerations and Implementation Status, *European Taxation*, IBFD, 2017.

Oliver Lepsius, Constitutional Review of Tax Laws and the Unconstitutionality of the German Inheritance Tax, *German Law Journal*, Vol.16 No.05, 2015.

O'Shea, T., News Analysis: ECJ Takes a Stand on „Abusive Practices“ in U.K. VAT Cases, *Tax notes international*, Vol. 61, no. 6., 2011.

- O'Shea, T., Tax avoidance and abuse of EU law, *The EC Tax Journal*, Vol. 11., 2011./2012.
- Parać, B., Santini, G., Zaštitna kamata – zašto smo pogriješili, *Znanstveni skup Promjene u sustavu javnih prihoda*, HAZU, 2003.
- Pfeuffer, B., Weißert, S., Gender Bias in Tax Systems: The Example of Ghana, *Accountancy Business and the Public Interest*, Vol. 5 No. 2, 2006.
- Piltz, D., J., General Report, International aspects of thin capitalization, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. LXXXIb, Kluwer Law International, 1996.
- Rodin, M., Temeljna načela koja određuju odnos prava Europske Unije i prava država članica, *Hrvatska pravna revija*, XXII/1, 2012.
- Ruf, M., Schindler, D., Debt Shifting and Thin Capitalization Rules – German Experience and Alternative Approaches, *Nordic Tax Journal*, Vol. 2015, Issue 1, 2015.
- Ruiz Almendral, V., Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules?, *Intertax*, 33(12), 2005.
- Schön, W., Transfer Pricing, the Arm's Length Standard and European Union Law, Working Paper 2011 – 08, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, 2011.
- Serdarušić, H., Utjecaj financijskog položaja i aktivnosti na novčani jaz i profitabilnost hrvatskog turističkog sektora, magistarski rad, Zagreb, 2007.
- Van Os, P., Interest Limitation under the Adopted Anti-Tax Avoidance Directive and Proportionality, *EC Tax Review*, Kluwer Law International, 2016.
- Vukčević, I., Ability-to-pay principle in the Montenegro tax system – constitutional court case practice and legislative approach, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Year LXII, No. 3, 2014.
- Wittendorf, J., The Transactional Ghost of Article 9 (1) of the OECD Model, *Bulletin for International Taxation*, IBFD, 2009.
- Wittendorf, J., The Arm's Length Principle and Fair Value, Identical Twins or Just Close Relatives?, *Tax Notes International*, 2011.

PROPISI I DOKUMENTI

Propisi

Direktiva Vijeća (EU) 2016/1164 od 12. srpnja 2016. o utvrđivanju pravila protiv praksi izbjegavanja poreza kojima se izravno utječe na funkcioniranje unutarnjeg tržišta

Temeljni zakon Savezne Republike Njemačke, 1949.

Ustav Kraljevine Španjolske, 1978.

Ustav Republike Italije, 1948.

Zakon o porezu na dobit (Körperschaftsteuergesetz, KStG), 2016.

Zakon o porezu na dohodak (Einkommensteuergesetz, EstG), 2016.

Ustav Republike Hrvatske, NN 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14

Zakon o porezu na dobit, NN 177/04, 90/05, 57/06, 146/08, 80/10, 22/12, 148/13, 143/14, 50/16 i 115/16

Dokumenti

Carroll, M., B., General Report: „Taxation of Foreign and National Enterprises, Vol. IV: Methods of Allocating Taxable Income“, League of Nations Document No. C.425(b).M.217(b).1933.II.A, 1933.

European Commission, Taxation papers, The effects of Tax Reforms to Address the Debt-Equity Bias on the Cost of Capital and the Effective Tax rates, Working Paper n. 65, 2016.

European Commission Press release, MEMO/16/160, MEMO/15/5174

European Commission, “Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)” COM(2011)121/4

Europska komisija, Fatica, S., Hemmelgarn, T., Nicodème, G., Taxation Papers: The Debt – Equity Tax Bias: consequences and solutions, Working paper n. 33, Publications Office of the European Union, 2012.

Europska unija, Komunikacija Komisije Europskom Parlamentu i Vijeću, Paket mjera za borbu protiv izbjegavanja plaćanja poreza: sljedeći koraci prema postizanju učinkovitog oporezivanja i veće porezne transparentnosti u EU-u (COM(2016) 23 final)

Loyens & Loeff, Tax Flash: Political Agreement to implement anti tax avoidance measures (Anti Tax Avoidance Directive), 2016., dostupno na: <https://www.loyensloeff.com/nl-nl/news-events/news/tax-flash-political-agreement-eu-to-implement-anti-tax-avoidance-measures-anti-tax-avoidance-directive>

OECD, Tax & Development, Thin Cap Legislation, A background paper for country tax administration, OECD Publishing, 2012.

OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010., OECD Publishing, 2010

OECD, Thin Capitalisation Report, OECD Publishing, 1986.

OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version), OECD Publishing, 2014.

OECD, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, 2017.

OECD, Fundamental Reform of Corporate Income Tax - No.16, OECD Tax Policy Studies,

Prijedlog Direktive Vijeća o utvrđivanju pravila protiv praksi izbjegavanja poreza kojima se izravno utječe na funkcioniranje unutarnjeg tržišta, COM/2016/026 final

SUDSKA PRAKSA

Bundesfinanzhof, I R 20/15 od 14.10.2015.

Sud EU, spojeni predmeti C-453/03, C-11/04, C-12/04 i C-194/04 od 6.12.2005., ABNA i drugi, ECLI:EU:C:2005:741

Sud EU, C-264/96 od 16.7.1998., Imperial Chemical Industries plc (ICI) / Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes), ECLI:EU:C:1998:370

Sud EU, C-364/01 od 11.12.2003., The heirs of H. Barbier / Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen, ECLI:EU:C:1998:370

Sud EU, C-255/02 od 21.2.2006., Halifax i drugi, ECLI:EU:C:2006:121

Sud EU, C-196/04 od 12.9.2006, Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd / Commissioners of Inland Revenue, ECLI:EU:C:2006:544

Sud EU, C-524/04 od 13.3.2007., Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation / Commissioners of Inland Revenue, ECLI:EU:C:2007:161

Sud EU, C-324/00 - Lankhorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt, ECLI:EU:C:2002:749; EU, C-324/00, Opinion of Advocate General Mischo, ECLI:EU:C:2002:545.

Sud EU, C-524/04; EU, C-524/04, Opinion of Advocate General Geelhoed, stavak 66., ECLI:EU:C:2006:436.

Sud EU, C-311/08 - Société de Gestion Industrielle v Belgian State; EU, ECLI:EU:C:2010:26, C-311/08, Opinion of Advocate General Kokott, ECLI:EU:C:2009:545

Ustavni sud RH, U-I-4763/2012 od 3. travnja 2013. godine

Ustavni sud RH, U-I-769/1998 od 21. rujna 2010. godine

VIII. SAŽETAK/SUMMARY

Sažetak

Petar Alilović, Marin Curić

Analiza pravila o potkapitalizaciji iz čl. 4. ATA Direktive u kontekstu prava Europske unije i ustavnih pravila država članica s posebnim osvrtom na Republiku Hrvatsku

Nakon financijske krize države su se odlučile suočiti s nedopuštenim praksama izbjegavanja na međunarodnoj razini. U europskom je kontekstu rezultat takvog nastojanja Direktiva o utvrđivanju pravila protiv praksi izbjegavanja poreza kojima se izravno utječe na funkcioniranje unutarnjeg tržišta.

U čl. 4. Direktiva donosi pravilo o ograničenju kamata kojim ograničava odbitak kamata do određenog iznosa EBITDA-e. Navedeno pravilo odstupa od dosadašnje prakse Suda EU koji je pri ocjenjivanju nacionalnih pravila o potkapitalizaciji utvrdio da ista mogu ograničavati temeljne slobode u svrhu borbe protiv izbjegavanja poreza samo ako obuhvaćaju potpuno umjetne konstrukcije poduzete s ciljem izbjegavanja porezne obveze. Pritom je kao kriterij za utvrđivanje umjetnosti odabrano načelo nepristrane transakcije. Također je određeno kako je moguće ograničiti odbitak samo onog iznosa kamata koji prelazi iznos određen navedenim načelom.

Autori u prvom dijelu iznose vrste pravila o potkapitalizaciji i pravila sadržana u Direktivi, zatim u drugom dijelu ispituju opravdanost napuštanja navedenog načela te analiziraju prikladnost prihvaćenog EBITDA pravila za postizanje cilja proklamiranog Direktivom. Potom, autori ispituju ustavnost primjene navedenog pravila u pojedinim nacionalnim poretcima s posebnim naglaskom na hrvatski pravni sustav, a na temelju usporedbe sa pravnom situacijom u Njemačkoj gdje je pravilo koje je gotovo istovjetno onome prihvaćenom Direktivom podvrgnuto ocjeni ustavnosti.

Ključne riječi: ATA Direktiva, potkapitalizacija, EBITDA, načelo nepristrane transakcije

Summary

Petar Alilović, Marin Curić

Analysis of the ATA Directive article 4 thin capitalisation rules in the context of EU law and constitutional rules of Member States with special emphasis on Republic of Croatia.

After financial crisis national states decided to curb unallowed tax avoidance practices at international level. Result of that effort in the european context is the Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market.

Art. 4 of the Directive contains the interest limitation rule which limits interest deduction to certain amount of EBITDA. This rule departs from the CJEU settled case law in which the Court claimed that national thin-cap rules under scrutiny can restrict fundamental freedoms for purposes of combating tax avoidance practices, but only if they counter wholly artificial arrangements created with the sole purpose of tax avoidance. CJEU selected arm's length principle as a criterion for assesing the artificiality of an arrangement. The Court also stated that it is only possible to limit the deduction of more interest than an arms's lenght interest.

In the first part of the paper types of the thin capitalisation rules and the Directive rules are explained. In the second part the authors question validity of the arm's length abandonment and analyze if accepted EBITDA rule is appropriate for attainment of the Directive goals. Afterwards, constitutionality of the EBITDA rule in national legal systems is questioned with special emphasis put on Croatian legal system, based on comparison with German legal situation where constitutionality of the rule very similar to the one accepted by Directive is currently under review.

Key words: ATA Directive, thin capitalisation, EBITDA, arm's length principle