

NEMATERIJALNA IMOVINA MULTINACIONALNIH KORPORACIJA U KONTEKSTU MEĐUNARODNOG POREZNOG PRAVA

Stjepan Gadžo, mag. iur. *

UDK: 336.227:347.211
347.72.034:347.211
Pregledni znanstveni rad
Primljeno: srpanj 2015.

Načela i pravila međunarodnog poreznog prava temelj su poreznog planiranja pri poduzimanju prekograničnih ekonomskih aktivnosti. Iako su svi poslovni subjekti uključeni u prekogranično poslovanje inherentno izloženi povećanim poreznim rizicima, učinkovitim poreznim planiranjem moguće je i postizanje znatnih poreznih ušteda. Na to upućuju i recentni primjeri najvećih svjetskih multinacionalnih korporacija (MNK), čije je efektivno porezno opterećenje relativno nisko. Jedan od bitnih čimbenika u poreznom planiranju MNK-ova jest i vlasništvo nad različitim resursima koji se u pravnoj i ekonomskoj znanosti označavaju skupnim pojmom "nematerijalna imovina". Upravo su ti resursi, poput patenata i žigova, važan čimbenik u stvaranju vrijednosti u globalnoj ekonomiji, a vlasništvo nad njima jedan je od uzroka nastanka i širenja MNK-ova kao dominantnih poslovnih organizacija 21. stoljeća. Cilj je ovog rada analizirati interakciju između normi međunarodnog poreznog prava de lege lata i temeljnih tehnika poreznog planiranja MNK-ova u vezi s nematerijalnom imovinom. Stoga se u radu prikazuju temeljne postavke standardnih tehnika kojima je moguće postići porezno učinkovit tretman nematerijalne imovine. Na praktičnom se primjeru porezne strategije Googlea, jednog od najvećih svjetskih MNK-ova, upućuje na važnost koordinacije različitih tehnika poreznog planiranja s ciljem minimiziranja porezne obveze.

Ključne riječi: međunarodno porezno pravo, multinacionalne korporacije, porez na dobit, nematerijalna imovina, porezno planiranje

* Stjepan Gadžo, mag. iur., znanstveni novak – asistent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hahlić 6, Rijeka; sgadzo@pravri.hr

I. UVOD**

To se zove kapitalizam.

(odgovor Erica Schmidta, predsjednika uprave Googlea, na upite u vezi s poreznom strategijom njegova društva)¹

Nematerijalna se imovina često označava kao jedan od pokretača gospodarske aktivnosti i rasta s obzirom na to da u eri globalizacije poduzeće upravo njezinom uporabom u poslovnim procesima ostvaruje međunarodnu konkurentnost.² Štoviše, u velikom broju slučajeva riječ je o najvrjednijim dijelovima ukupne imovine poduzeća. U tom smislu vizionarskom se doima misao američkog poreznog stručnjaka Mitchella B. Carrola iz 1933. godine kako je “u alkemiji uspješnog poslovanja nematerijalni, nemjerljivi element intelektualnog rada veoma važan, ako ne i ključni čimbenik”.³

Ekonomska teorija upravo u kontroli nad specifičnim resursima koji se ubrajaju u nematerijalnu imovinu prepoznaje jedno od glavnih objašnjenja postojanja i širenja multinacionalnih korporacija (engl. *multinational companies*; dalje: MNK).⁴ Naime, takvi resursi omogućuju MNK-ovima ostvarenje ekonomske rente, tj. profita koji premašuje uobičajeni povrat od ulaganja. Razlozi za to višestruki su: 1) nematerijalna imovina rezultat je ili rizičnog i skupog istraživanja i razvoja ili dugotrajnih ulaganja u marketing; 2) njezino postojanje dovodi do monopola u proizvodnji dobara ili u pružanju usluga;

** Ovaj je rad nastao uz potporu Hrvatske zaklade za znanost u okviru projekta br. 9366 *Pravni aspekti korporativnih akvizicija i restrukturiranje trgovačkih društava utemeljenih na znanju*.

¹ Vidi Telegraph Staff, *Google's tax avoidance is called 'capitalism', says chairman Eric Schmidt*, od 12. prosinca 2012., <http://www.telegraph.co.uk/technology/google/9739039/Googles-tax-avoidance-is-called-capitalism-says-chairman-Eric-Schmidt.html> (11. ožujka 2015.).

² Miyatake, T., *Transfer pricing and intangibles – General Report*, u: International Fiscal Association, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 92a, Sdu Uitgevers, The Hague, 2007., str. 19.

³ Citat preuzet iz: Wittendorff, J., *'Shadowlands': The OECD on Intangibles*, Tax Notes International, vol. 71, br. 9, 2012., str. 935.

⁴ Polazeći od njegovih strukturnih obilježja, MNK možemo pojmovno odrediti kao “integrirano ili centralizirano poslovanje” koje se sastoji “od dvaju ili više poduzeća pod zajedničkom kontrolom, sa zajedničkim resursima i zajedničkim ciljevima, s jedinicama poslovanja smještenim u više država” (Eden, L., *Taxing Multinationals: Transfer Pricing and Corporate Income Taxation in North America*, University of Toronto Press, Toronto, 1998., str. 126).

3) njezina vrijednost u bitnome ovisi o pravnoj zaštiti, za razliku od materijalne imovine.⁵

Iz poreznopravne perspektive najvažnija je uloga nematerijalne imovine u stvaranju poreznog objekta (predmeta oporezivanja) – dohotka/dobiti.⁶ Ekonomsko značenje nematerijalne imovine prepoznato je u poreznom pravu jer će (oporeziva) dobit poduzeća koja takvu imovinu imaju u svojem vlasništvu u pravilu biti veća od dobiti poduzeća koja njom ne raspolažu. U nacionalnim sustavima oporezivanja dobiti tretman prihoda i rashoda od nematerijalne imovine izaziva nekoliko problema. Najvažniji se odnose na: 1) nedoumice pri utvrđivanju ispunjenja svih definicijskih kriterija nematerijalne imovine u odnosu na određeni resurs, 2) utvrđenje vrijednosti resursa, 3) priznavanje izdataka nastalih u vezi s resursom kao rashoda te 4) obračun amortizacije.⁷ S druge strane, poreznopravne implikacije postojanja nematerijalne imovine množe se kad su vlasnici/titulari takve imovine MNK-ovi, čije ekonomske aktivnosti prelaze granice jedne porezne jurisdikcije.

Na međunarodnom poreznopravnom planu ključno je pitanje sljedeće: Kojem trgovačkom društvu ili stalnoj poslovnoj jedinici⁸ – dijelovima MNK-a (ili članovima grupe) – treba pripisati prihode i rashode vezane uz pojedini oblik

⁵ Prema Li, J., *Global profit split: An evolutionary approach to international income allocation*, Canadian Tax Journal, vol. 50, br. 3, 2002., str. 833.

⁶ Pojam “dobit” označava višak prihoda nad rashodima, ostvarenih unutar jednog poreznog razdoblja od strane subjekta koji je pozitivnopravnim normama određen kao porezni obveznik predmetnog poreznog oblika (poreza na dobit). Hrvatsko porezno pravo pravi normativnu razliku između pojmova dohotka i dobiti, kao objekata oporezivanja različitih poreznih oblika (poreza na dohodak i poreza na dobit), za razliku od, primjerice, rješenja u njemačkom i engleskom poreznom pravu. Detaljnije o tome vidi u: Arbutina, H., *Međunarodno juridičko dvostruko oporezivanje dohotka i dobiti i njegovo izbjegavanje*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 1996., str. 95 – 97.

⁷ Vidi Taylor, J., *Intangible assets, income tax treatment of*, u: Cordes, J.; Ebel, R.; Gravelle, J., *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy*, 2. izd., Urban Institute Press, Washington D.C., 2008., str. 210 – 212.

⁸ Stalna poslovna jedinica (engl. *permanent establishment*; dalje: SPJ) subjekt je bez pravne osobnosti putem kojeg porezni obveznik (ili pravna ili fizička osoba) obavlja poslovanje u državi u kojoj ne ispunjava uvjet fiskalne rezidentnosti. Čl. 5., st. 1. OECD-ova modela poreznog ugovora definira SPJ kao “stalno mjesto poslovanja preko kojega se poslovanje društva obavlja u cijelosti ili djelomično”. Sukladno normi navedenoj u čl. 7. OECD-ova modela, porezni obveznik koji ostvaruje aktivni dohodak (dohodak od poslovanja) u državi nerezidentnosti bit će oporezovan u toj državi samo ako na njezinu teritoriju ima SPJ kojemu se ostvareni dohodak može pripisati.

nematerijalne imovine? S obzirom na to da su dijelovi MNK-a smješteni u različitim državama, u kojima je (i nominalno i efektivno) porezno opterećenje nejednako, o odgovoru na prethodno pitanje ovisi i razina ukupnog poreznog opterećenja MNK-a kao globalnog poduzeća, s jedne strane, i visina prikupljenih prihoda od poreza na dobit svih država koje s MNK-om imaju jurisdikcijsku poveznicu⁹, s druge strane.

Veći broj istraživanja upućuje na to da je porezno opterećenje MNK-ova znatno niže u odnosu na porezno opterećenje poduzeća koja posluju isključivo unutar granica jedne države, napose malih i srednjih poduzeća.¹⁰ Rezultat je to primjene različitih tehnika poreznog planiranja integriranih u globalnu poslovnu strategiju MNK-ova.¹¹ Pritom posebno mjesto pripada onim tehnikama koje se odnose na nematerijalnu imovinu. Štoviše, recentne empirijske analize potvrđuju pretpostavku da je određivanje člana MNK-a u čijem će vlasništvu biti pojedini oblik nematerijalne imovine jedan od glavnih mehanizama premještanja dobiti (engl. *profit shifting*) u države s nižim poreznim opterećenjem.¹²

Cilj je ovog rada analizirati međuodnos načela i pravila međunarodnog poreznog prava *de lege lata* i temeljnih tehnika poreznog planiranja MNK-ova u vezi s nematerijalnom imovinom. Međunarodno je porezno pravo zapravo amalgam pravnih normi sadržanih u: 1) unutarnjim propisima pojedinih država, 2) međunarodnim ugovorima o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja

⁹ Jedno od temeljnih načela međunarodnog poreznog prava jest načelo povezanosti, prema kojem država ima pravo oporezivanja samo ako između njezina teritorija i poreznog subjekta/objekta postoji dovoljno jaka veza (engl. *genuine link* ili *nexus*). Veza može biti objektivne ili subjektivne naravi. Vidi Brähler, G., *Internationales Steuerrecht: Grundlagen für Studium und Steuerberaterprüfung*, Gabler Verlag, Wiesbaden, 2010., str. 3. Kod oporezivanja dobiti MNK-a subjektivnu poveznicu čini koncept fiskalne rezidentnosti trgovačkog društva – člana MNK-a. Objektivnu poveznicu čini koncept SPJ-a pri oporezivanju aktivnog dohotka te različite manifestacije tzv. izvora dohotka/dobiti u odnosu na druge oblike dohotka/dobiti.

¹⁰ Za pregled literature vidi OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en> (1. travnja 2015.), str. 61 – 67.

¹¹ Općenito, poreznim se planiranjem označavaju aktivnosti poreznih obveznika koje dovode do nastanka, promjene i/ili prestanka poreznih činjenica (subjektivnih i/ili objektivnih), poduzete s ciljem minimiziranja porezne obveze ili ostvarenja drugih poreznih pogodnosti.

¹² Vidi Dharmapala, D., *What Do We Know about Base Erosion and Profit Shifting? A Review of the Empirical Literature*, *Fiscal Studies*, vol. 35, br. 4, 2014., str. 438.

(dalje: poreznih ugovora) te 3) supranacionalnim propisima.¹³ S obzirom na ograničen opseg rada u metodološkom se smislu pribjegava nužnim poopćenjima. Analiza pretpostavlja primjenu odredbi poreznog ugovora usklađenog s preporukama sadržanim u tzv. OECD-ovu modelu¹⁴ te odredbi relevantnih poreznopravnih propisa EU-a.

Rad je strukturiran kako slijedi. Nakon uvoda, u prvom se poglavlju ukratko izlaže pojam nematerijalne imovine za potrebe prava poreza na dobit. Drugi, središnji dio rada posvećen je specifičnoj podvrsti međunarodnog poreznog planiranja, usmjerenog umanjenu efektivnog poreznog opterećenja dobiti ostvarene iskorištavanjem nematerijalne imovine. Najprije se upućuje na one norme međunarodnog poreznog prava koje postavljaju okvir poreznog planiranja, poput pravila o transfernim cijenama. Zatim se analiziraju osnovne tehnike koje MNK-ovi primjenjuju s ciljem poreznog optimiziranja tretmana svojih poslovnih aktivnosti. U trećem se dijelu, na primjeru *Googleove* porezne strategije, koji je jedan od najvećih svjetskih MNK-ova, razlaže korištenje temeljnih tehnika poreznog planiranja u praksi. Četvrti dio sadržava kratak prikaz jednog prijedloga za reformu postojećeg sustava međunarodnog poreznog prava na razini EU-a (tzv. CCCTB model), koji podrazumijeva korjenite promjene poreznopravnog tretmana nematerijalne imovine MNK-ova. Peti i posljednji dio rada sadržava zaključna razmatranja.

2. POJAM NEMATERIJALNE IMOVINE: POREZNOPRAVNA PERSPEKTIVA

Pojam nematerijalne imovine (engl. *intangible property*) nije jednoznačan. Naime, može se razmatrati iz perspektive različitih disciplina, ponajprije ekonomije, računovodstva te više grana prava. U poreznom pravu zbirna kategorija nematerijalne imovine te njezini pojedini oblici predstavljaju porezne činjenice, kojih je glavna odrednica njihova uloga u procesu stvaranja ekonomske vrijednosti. Općenito se može reći da je *differentia specifica* nematerijalne imovine u odnosu na druge imovinske predmete izostanak fizičkih, tj. materijalnih obilježja. Arbutina i Ott navode da je nematerijalna imovina ona “koja nema

¹³ Vidi Lončarić Horvat, O.; Arbutina, H., *Osnove međunarodnog poreznog prava*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 11 – 13.

¹⁴ OECD-ov model poreznog ugovora, kao i modeli drugih međunarodnih organizacija i država, nije pravni akt obvezujuće prirode, već sadržava “preporuke, koje kreatori modela upućuju zainteresiranim državama, da ih koriste pri sklapanju ili reviziji takvih ugovora” (*ibid.*, str. 50).

materijalnu supstanciju, ali ima vrijednost utemeljenu na pravno reguliranom ovlaštenju vlasnika”.¹⁵

Nesporno je da u nematerijalnu imovinu valja ubrojiti prava intelektualnog vlasništva (dalje: PIV), u većini svjetskih država zaštićena posebnim korpusom pozitivnopravnih normi. Klasični su pojavni oblici PIV-a sljedeći: autorska i srodna prava, patenti, žigovi (zaštitni znakovi), industrijski dizajn, oznake izvornosti i oznake zemljopisnog porijekla, *know-how* i dr.¹⁶ Također, u nematerijalnu imovinu valja ubrojiti i prava koja proistječu iz ugovornih odnosa, poput ugovorne zabrane tržišnog natjecanja radnika s poslodavcem. S druge strane, moguće je identificirati i određene nematerijalne resurse poduzeća koji nisu pravno zaštićeni ni zakonom ni ugovorom, ali ispunjavaju obilježja bitna za definiranje imovinskog predmeta u ekonomskom smislu. Najbolji primjer predstavljaju amorfnii nositelji ekonomske vrijednosti poput *goodwill* i *going concern* vrijednosti.¹⁷

Za potrebe prava poreza na dobit nematerijalnu imovinu treba promatrati kao skup resursa kojima se porezni obveznik služi za poduzimanje poslovne djelatnosti, čiji rezultat može biti dobit kao porezni objekt. S obzirom na specifičnosti tih u odnosu na druge resurse poreznog obveznika sustavi poreza na dobit većine država polaze od specifičnih pravila za utvrđivanje prihoda i rashoda u vezi s nematerijalnom imovinom. Stoga i njezina normativna definicija dobiva na važnosti. Odgovor na pitanje koji su sve resursi obuhvaćeni pojmom nematerijalne imovine za potrebe oporezivanja dobiti trgovačkih društava najčešće treba tražiti u računovodstvenim načelima i pravilima. Naime, sukladno unutarnjem poreznom pravu većine država, osnovica poreza na dobit utvrđuje se polazeći od dobiti kao računovodstvene kategorije, tj. razlike prihoda i rashoda ostvarenih u poreznom razdoblju, utvrđene prema računovodstvenim propisima.¹⁸ U tom smislu posebno upozoravamo na Međunarodni računovodstveni

¹⁵ Arbutina, H.; Ott K., *Porezni leksikon s višjejezičnim rječnikom: engleski, hrvatski, francuski, njemački, španjolski*, Institut za javne financije, Zagreb, 1999., str. 188.

¹⁶ Vidi Katulić, T., *Uvod u zaštitu intelektualnog vlasništva u Republici Hrvatskoj*, Carnet, Zagreb, 2006., str. 21.

¹⁷ Za značenje tih pojmova vidi OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8 10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en> (16. listopada 2015.), str. 72 – 73.

¹⁸ Iz teorijske perspektive ta je teza točna samo za države kontinentalnoeuropskog pravnog kruga (kojima pripada i RH), čiji propisi određuju računovodstvenu dobit kao polaznu točku izračuna osnovice poreza na dobit. Vidi, npr., čl. 33. Zakona

standard 38 (dalje: MRS 38)¹⁹, koji uređuje priznavanje i utvrđivanje vrijednosti nematerijalne imovine. Definicija nematerijalne imovine iz MRS-a 38 polazi od triju kumulativnih uvjeta²⁰: 1) mogućnosti identifikacije, što podrazumijeva da se pojedini oblik nematerijalne imovine može jasno razlikovati od *goodwill*, koji se priznaje samo u slučaju poslovnih spajanja²¹; 2) mogućnosti kontrole od strane poduzeća, što u pravilu podrazumijeva i postojanje pravne zaštite, te 3) postojanja budućih ekonomskih koristi od resursa o kojima je riječ.

3. NEMATERIJALNA IMOVINA KAO ČIMBENIK POREZNE STRATEGIJE MNK-ova

Razlike između unutarnjeg poreznog prava različitih država – napose razlike u efektivnom poreznom opterećenju dohotka/dobiti – za osobe koje poduzimaju prekogranične transakcije čine ujedno i povećane porezne rizike i mogućnost postizanja znatnih poreznih ušteda. Preduvjet za ostvarivanje tih ušteda poduzimanje je aktivnosti poreznog planiranja, tj. izrada globalne porezne strategije.²² Stoga se međunarodno porezno planiranje može označiti i kao *conditio sine qua non* konkurentnog prekograničnog poslovanja.

Polazišna točka međunarodnog poreznog planiranja poznavanje je relevantnih nacionalnih propisa. Naime, svaka država na temelju svoje suverene vlasti određuje one elemente poreznog sustava koji determiniraju efektivno porezno opterećenje dohotka/dobiti, poput porezne stope, porezne osnove, poreznih

o porezu na dobit (Narodne novine, br. 177/2004 – 143/2014). Naime, porezno pravo država *common law* načelno ne pridaje važnost poslovnom (komercijalnom) računovodstvu za potrebe izračuna osnove poreza na dohodak/dobit. Najbolji primjer pruža porezno pravo SAD-a. Vidi detaljnije u: Thurony, V., *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2003., str. 268.

¹⁹ Standardi financijskog izvještavanja predstavljaju razradu temeljnih računovodstvenih načela te sadržavaju pravila koja služe standardiziranju prakse prezentiranja informacija u financijskim izvještajima. Napominjemo kako su obveznici sastavljanja financijskih izvještaja u RH, nakon 1. srpnja 2013. i pristupanja EU-u, obvezni primjenjivati standarde financijskog izvještavanja određene aktima Europske komisije. Vidi *Uredbu Komisije (EZ) br. 1126/2008 od 3. studenoga 2008. o usvajanju određenih međunarodnih računovodstvenih standarda u skladu s Uredbom (EZ) br. 1606/2002 Europskog parlamenta i Vijeća* (tekst važan za EGP), SL L 320, 29. 11. 2008. (s naknadnim izmjenama i dopunama).

²⁰ Vidi toč. 10. – 17. MRS-a 38.

²¹ Vidi toč. 51. – 60. Međunarodnog standarda financijskog izvještavanja 3 (MSFI 3). S druge strane, interno dobiveni *goodwill* ne priznaje se kao imovina. Vidi toč. 48. – 50. MRS-a 38.

²² Prema Finnerty, C. J., *Structure and goals of a multinational enterprise*, u: Russo, R. (ur.), *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, Amsterdam, 2007., str. 72 – 73.

oslobođenja, poreznih izdataka i dr. Treba imati u vidu da za uspješno porezno planiranje nisu bitni samo pozitivni propisi (zakonski i podzakonski) pojedinih država, već i njihova administrativna praksa.

3.1. Unutarnje porezno pravo kao polazišna točka međunarodnog poreznog planiranja

Pojedini elementi nacionalnih poreznih sustava izravno utječu na efektivno porezno opterećenje prihoda i rashoda od nematerijalne imovine. Poznavanje tih elemenata ključan je čimbenik oblikovanja učinkovite porezne strategije MNK-ova.²³ Prvo, većina država potiče aktivnosti istraživanja i razvoja (dalje: IR aktivnosti) davanjem posebnih poreznih olakšica za provođenje takvih aktivnosti na njihovu teritoriju (npr. posebna umanjenja porezne osnovice ili čak odbici od iznosa porezne obveze).²⁴ Drugo, neke države propisuju povlaštenu poreznu stopu (nižu od opće stope poreza na dobit) za dobit koju društva rezidenti ostvare od patenata i drugih oblika PIV-a čiji su nositelji (titulari). Trenutačno takav preferencijalni tretman dobiti od PIV-a primjenjuje deset država članica EU-a, s nominalnim poreznim stopama u rasponu od 0 % do 16 %.²⁵ Treće, porezni tretman amortizacije nematerijalne imovine u unutar-

²³ Za pregled vidi Petriccione, M., *Intellectual property management*, u: Russo, R. (ur.), *Fundamentals...*, op. cit., u bilj. 22, str. 177.

²⁴ Detaljnije vidi u: Hodžić, S., *Stimulacija poreznih olakšica za istraživanje i razvoj*, u: Bratić, V.; Fabris, M. (ur.), *Skrivena javna potrošnja – budućnost poreznih izdataka?*, Institut za javne financije, Zagreb, 2012., str. 151 – 160.

²⁵ Riječ je o Belgiji (nominalna stopa: 6,8 %), Cipru (nominalna stopa: 2,5 %), Mađarskoj (nominalna stopa: 9,5 %), Francuskoj (nominalna stopa: 16,76 %), Luksemburgu (nominalna stopa: 5,84 %), Malti (nominalna stopa: 0 %), Nizozemskoj (nominalna stopa: 5 %), Portugalu (nominalna stopa: 15 %), Španjolskoj (nominalna stopa: 12 %) i Ujedinjenom Kraljevstvu (UK) (nominalna stopa: 10 %). Dodatno, još dvije jurisdikcije koje pripadaju Europskom gospodarskom prostoru poznaju takvu praksu: Lihtenštajn (nominalna stopa: 2,5 %) i švicarski kanton Nidwalden (nominalna stopa: 8,8 %).

Komparativna analiza pokazuje da se preferencijalni režimi PIV-a u navedenim državama, osim po gore prikazanim nominalnim poreznim stopama na dobit povezanu s PIV-om, razlikuju po trima temeljnim strukturnim elementima: 1) oblicima PIV-a na koje se preferencijalni režim primjenjuje; 2) obliku dohotka ostvarenom u vezi s PIV-om na koji se preferencijalni režim primjenjuje i 3) tretmanu troškova vezanih za IR aktivnosti.

Što se tiče prvog elementa, preferencijalni režimi svih država primjenjuju se na patente. U Belgiji, Francuskoj i UK-u porezne pogodnosti primjenjuju se isključivo na patente (i određena srodna prava) te se stoga preferencijalni režimi tih država mogu označiti kao patent režimi (engl. *patent box regimes*). S druge strane spektra

njem pravu svake države ima važan utjecaj na efektivno porezno opterećenje onog člana grupe koji je titular resursa. Četvrto, važan utjecaj imaju i pravila poreznih ugovora kojih je stranka pojedina država, kao i njezin status kao države (ne)članice EU-a, s obzirom na relevantne odredbe prava EU-a.²⁶ Konačno, važan čimbenik čine i odredbe unutarnjeg prava usmjerene sprječavanju zakonitog izbjegavanja poreza, napose tzv. pravila o kontroliranim inozemnim korporacijama (engl. *controlled foreign corporations*; dalje: CFC pravila)²⁷, kao i prakse poreznih tijela u provođenju tih pravila.

stoje Cipar, Mađarska i Nidwalden, čiji se režimi primjenjuju i gotovo na sve druge oblike PIV-a (autorska prava, žig, industrijski dizajn, formule, *know-how*) te ih se može označiti "režimima PIV-a" (engl. *IP box regimes*). Autorska i srodna prava obuhvaćena su režimima i u Lihtenštajnu i Malti, dok Luksemburg i Nizozemska pogodnosti primjenjuju samo na softver. Žig je obuhvaćen i režimima u Lihtenštajnu, Luksemburgu i Malti. Industrijski dizajn obuhvaćen je i režimima u Lihtenštajnu, Luksemburgu, Nizozemskoj, Portugalu i Španjolskoj.

U pogledu drugog gore navedenog razlikovnog obilježja sve promatrane države pogodnosti protežu na autorske naknade kao oblik dohotka povezan s PIV-om. Također, preferencijalni se režimi svih država, osim Belgije i Malte, primjenjuju i na kapitalni dobitak ostvaren otuđenjem PIV-a. Konačno, u pet država (Belgija, Lihtenštajn, Luksemburg, Nizozemska i UK) preferencijalni se režim proteže i na tzv. pretpostavljeni dohodak od PIV-a (engl. *notional IP income*), koji je vezan uz prodaju dobara i usluga u koje su pojedini oblici PIV-a ugrađeni (npr. proizvod s ugraviranim žigom) te za korištenje PIV-a u unutargrupnim poslovnim procesima. U tim je slučajevima potrebno primijeniti analizu iz perspektive načela neovisnosti.

Što se tiče tretmana troškova IR aktivnosti, dva su osnovna pristupa: 1) tzv. netopristup, koji podrazumijeva odbitak tih troškova pri izračunu osnovice u okviru preferencijalnog režima, i 2) tzv. brutopristup, koji podrazumijeva odbitak tih troškova izvan preferencijalnog režima, tj. u okviru redovitog sustava oporezivanja dobiti poduzeća. Drugi pristup poznat je samo u Belgiji, Malti i Portugalu te podrazumijeva još niže efektivno porezno opterećenje dohotka od nematerijalne imovine. Sve ostale države polaze od netopristupa.

Za detaljniju komparativnu analizu preferencijalnih režima navedenih država vidi: Evers, L.; Miller, H.; Spengel, C., *Intellectual property box regimes: effective tax rates and tax policy considerations*, International Tax and Public Finance, vol. 21, br. 3, 2014.; Arginelli, P., *Innovation through R&D Tax Incentives: Some Ideas for a Fair and Transparent Tax Policy*, World Tax Journal, vol. 7, br. 1, 2015., str. 29 – 36.

²⁶ Vidi, posebno, Direktivu Vijeća 2003/49/EZ od 3. lipnja 2003. o zajedničkom sustavu oporezivanja isplate kamata i licencije između povezanih trgovačkih društava različitih država članica, SL L 157, 26. 6. 2003., str. 49 – 54 (s naknadnim izmjenama i dopunama; dalje: Direktiva o kamatama i autorskim naknadama).

²⁷ CFC pravila dio su unutarnjeg poreznog prava većeg broja država, a omogućuju zanemarivanje poreznopravne osobnosti društava rezidenata drugih država koja su pod kontrolom rezidentnih društava. Detaljnije vidi u: Arnold, B.; McIntyre, M., *International Tax Primer*, 2. izd., Kluwer Law International, The Hague, 2002., str. 87 – 99.

3.2. Posebno o načelu neovisnosti i transfernim cijenama

U mozaiku pravila međunarodnog poreznog prava koja uređuju alokaciju prihoda i rashoda od nematerijalne imovine različitim članovima MNK-a stozerno mjesto pripada tzv. načelu neovisnosti i pravilima o transfernim cijenama. Načelo neovisnosti (engl. *arm's length principle*)²⁸ jest normativni zahtjev prema kojemu valja utvrditi poreznu osnovicu svakog pojedinog člana MNK-a – trgovačkog društva i/ili SPJ-a.²⁹ Naime, uvjeti trgovačkih i financijskih odnosa u koje međusobno stupaju porezni obveznici članovi istog MNK-a mogu u znatnoj mjeri odstupati od uvjeta istih odnosa između nepovezanih osoba jer ne odražavaju isključivo tržišne čimbenike.³⁰ Polazeći od pretpostavke da je porezna strategija MNK-a globalna te je njezin glavni cilj umanjeње ukupnog poreznog opterećenja grupe, predvidljiva je mogućnost manipulacije na način da se povećaju prihodi onih subjekata čiji je dohodak oporeziv u državama s nižim poreznim opterećenjem uz istodobno umanjeње prihoda subjekata čiji je dohodak oporeziv u državama s višim poreznim opterećenjem. U tom smislu načelo neovisnosti ima za cilj zaštitu porezne osnovice i države rezidentnosti i države izvora (tj. države lokacije SPJ-a), postavljajući zahtjev da cijena i drugi uvjeti u opisanim odnosima budu usklađeni s cijenom i uvjetima koje bi subjekti o kojima je riječ ugovorili na slobodnom tržištu kad između njih ne bi postojao odnos povezanosti.³¹ Takvu opću normu, koja je samo jedan od mogućih mehanizama alokacije prihoda i rashoda unutar MNK-a, sadržavaju svi porezni ugovori, na temelju predložka iz čl. 9., st. 1. i čl. 7. OECD-ova modela. Cijena i svi drugi uvjeti ugovoreni prilikom isporuka (transfera) dobara, usluga i/ili nematerijalne imovine unutar MNK-a pojmovno se označavaju kao “transferna cijena” bez obzira na to u kojoj se mjeri *in concreto* podudara ili odstupa od realne tržišne cijene. Sukladno tomu, čitav se korpus pravila kojima se na-

²⁸ U hrvatskoj je literaturi poreznog prava uvriježena uporaba termina “načelo nepristrane transakcije”. Vidi, npr., Arbutina, H.; Ott K., *op. cit.* u bilj. 15, str. 28 – 29; Mijatović, N., *Osnove (međunarodnih) transfernih cijena*, Pravo i porezi, br. 1, 2013., str. 5. Imajući u vidu ponajprije jednostavnost prikaza, za potrebe ovog rada opredijelili smo se za taj alternativni termin, koji, prema našem mišljenju, također odražava bit promatranog načela.

²⁹ Za pojam SPJ-a vidi *supra*, bilj. 8.

³⁰ Prema OECD (2010), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2010-en> (1. listopada 2015.), str. 31.

³¹ Prema Wittendorf, J., *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010., str. 6 – 7.

čelo neovisnosti detaljnije razrađuje naziva “pravilima o transfernim cijenama” (engl. *transfer pricing rules*).

Važno je istaknuti da je u ovom specifičnom dijelu međunarodnog poreznog prava dosegnut znatan stupanj uniformnosti.³² To ponajprije treba pripisati naporima OECD-a, koji od 1995. naovamo periodično donosi i objavljuje tzv. smjernice o transfernim cijenama (dalje: OECD-ove Smjernice) kao primjer najboljih praksi normativnog reguliranja materije transfernih cijena i primjene pravila o transfernim cijenama u praksi.³³ Unatoč svojoj neobvezujućoj pravnoj prirodi³⁴ preporuke iz OECD-ovih Smjernica imaju izniman utjecaj na tumačenje i primjenu tih pravila, uključujući i ona sadržana u unutarnjem pravu većine svjetskih država.

Središnje mjesto primjene pravila o transfernim cijenama pripada analizi usporedivosti (engl. *comparability analysis*) između unutargrupnih transakcija MNK-a (tzv. kontroliranih transakcija) i hipotetskih tržišnih transakcija između nepovezanih osoba (tzv. nekontroliranih transakcija).³⁵ Naime, porezna tijela mogu pristupiti ispravku transfernih cijena samo ako postoji dovoljan stupanj usporedivosti između navedenih transakcija. To znači da razlike u ekonomski relevantnim obilježjima između transakcija ne smiju u materijalnom smislu imati utjecaj na uvjet koji se razmatra pojedinom metodom (npr. cijena ili marža profita), ili je utjecaj, ako postoji, moguće razmjerno precizno eliminirati.³⁶ Jedan od ključnih čimbenika pri utvrđivanju stupnja usporedivosti jest tzv. funkcionalna analiza, čija je svrha utvrditi i usporediti ekonomski važne aktivnosti i odgovornosti, korištenu imovinu te preuzete rizike subjekta-

³² Za aktualan pregled praksi u primjeni pravila o transfernim cijenama u 67 svjetskih država vidi: Deloitte (2015), *2015 Global Transfer Pricing Country Guide*, <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-transfer-pricing-country-guide-2015.pdf> (11. listopada 2015).

³³ Važeća verzija OECD-ovih Smjernica donesena je 2010. godine. Vidi OECD (2010), *op. cit.* u bilj. 30. OECD još od 1979. godine i donošenja dokumenta *Transfer Pricing and Multinational Enterprises* djeluje na promociji primjene uniformnih metoda pri analizi usporedivosti transfernih cijena s tržišnim cijenama u različitim jurisdikcijama. Rad OECD-a u bitnome se temelji na metodologiji transfernih cijena utvrđenoj u podzakonskim aktima SAD-a, države s tradicionalno vodećom ulogom u razvoju tehnika usmjerenih protiv zloraba transfernih cijena. Vidi Mijatović, N., *op. cit.* u bilj. 28, str. 4.

³⁴ O pravnoj prirodi OECD-ovih Smjernica vidi Wittendorf, J., *op. cit.* u bilj. 31, str. 246 – 248.

³⁵ Prema OECD (2010), *op. cit.* u bilj. 30, str. 33.

³⁶ Vidi *ibid.*, str. 41 – 42.

ta transakcije.³⁷ *Ratio* funkcionalne analize jest u tome što, u nekontroliranim transakcijama, naknada u pravilu odražava upravo funkcije, imovinu i preuzete rizike pojedinih subjekata.³⁸ Drugim riječima, što su važnije funkcije, vrijednija korištena imovina te veći rizici preuzeti od strane subjekta transakcije, to on očekuje i veću naknadu, tj. veći povrat.

Sukladno načelu neovisnosti, a na temelju nalaza analize usporedivosti, po-rezna tijela mogu pristupiti tzv. ispravku transfernih cijena, tj. realokaciji prihoda i rashoda unutar MNK-a. Pritom je moguća primjena različitih metoda, tzv. metoda transfernih cijena, čiji bi detaljniji prikaz uvelike premašio zadani opseg ovog rada.³⁹ OECD-ove Smjernice preporučuju primjenu pet metoda transfernih cijena, koje dijele u dvije osnovne skupine: klasične transakcijske metode (engl. *traditional transaction methods*) i metode transakcijske dobiti (engl. *transactional profits methods*). U prvu se skupinu ubrajaju: 1) metoda usporedivih nekontroliranih cijena⁴⁰; 2) metoda trgovačkih (tržišnih) cijena⁴¹; 3) metoda dodavanja brutodobitka na troškove.⁴² U drugu se skupinu ubrajaju: 4) metoda transakcijske netomarže⁴³ te 5) metoda podjele dobiti.⁴⁴

³⁷ Vidi *ibid.*, str. 45.

³⁸ Prema *loc. cit.*

³⁹ Detaljno o pojedinim metodama vidi Wittendorf, J., *op. cit.* u bilj. 31, str. 696 – 766.

⁴⁰ Ta metoda podrazumijeva usporedbu cijene za dobra/usluge zaračunate kod kontroliranih transakcija s cijenom dobara/usluga zaračunatom kod usporedivih nekontroliranih transakcija, u usporedivim okolnostima.

⁴¹ Ta metoda počiva na utvrđenju cijene po kojoj jedan član MNK-a nepovezано osobi prodaje dobra nabavljena od drugog člana MNK-a. Od te cijene ugovorene u nekontroliranoj transakciji odbija se odgovarajuća bruto trgovačka marža koju bi prodavatelj mogao ostvariti u usporedivoj transakciji s nepovezanim dobavljačem dobara.

⁴² Kod te metode najprije se utvrđuju troškovi koje je jedan član MNK-a imao prilikom isporuke dobara / pružanja usluga drugom članu MNK-a. Kako bi se utvrdila cijena tih dobara/usluga sukladna načelu neovisnosti, iznosu troškova dodaje se odgovarajuća brutodobit koju bi isporučitelj mogao ostvariti s obzirom na funkcije koje preuzima i uvjete na tržištu.

⁴³ Ta se metoda zasniva na određenju relativnog odnosa između netodobiti koju jedan član MNK-a ostvari kao rezultat kontrolirane transakcije (ili više takvih transakcija) s jedne strane i nekog ekonomskog indikatora (npr. ukupni troškovi, prihodi od prodaje, imovina). Dobiveni se relativni odnos uspoređuje s onim koji se ostvaruje u nekontroliranim transakcijama u sličnim okolnostima.

⁴⁴ Kod te se metode najprije utvrđuje zajednička (kombinirana) dobit više članova MNK-a uključenih u određene poslove. Zatim se tako utvrđena dobit dijeli (alocira) svakom članu sukladno podjeli kakva bi bila očekivana da nema odnosa povezano-

Načelo neovisnosti ima posebnu važnost za porezni tretman nematerijalne imovine MNK-a. Temeljni se problem sastoji u određivanju onih članova MNK-a kojima valja alocirati dio dobiti koju grupa ostvaruje korištenjem nematerijalne imovine u poslovnim procesima. Wittendorf ističe tri najvažnija čimbenika koji uvjetuju poteškoće u primjeni pravila transfernih cijena na nematerijalnu imovinu.⁴⁵ Prvo, zbog nerijetko jedinstvenog karaktera resursa nematerijalne imovine usporedive (nekontrolirane) transakcije u većem broju slučajeva uopće ne postoje. Drugo, javlja se problem vrednovanja tih oblika imovine s obzirom na to da se njihova vrijednost očituje u korištenju u poslovnim procesima. Treće, postoji izražena asimetričnost informacija između poreznih obveznika i poreznih tijela s obzirom na to da porezna tijela najčešće ne raspolažu svim bitnim podacima, poput onih o tehnološkim obilježjima resursa, njegovu prihodovnom potencijalu i dr.

Načelo neovisnosti i pravila o transfernim cijenama imaju implikacije za sve faze međunarodnog poreznog planiranja u vezi s nematerijalnom imovinom, što će detaljnije, za svaku pojedinu fazu, biti prikazano *infra* (poglavlje 3.3.). U fazi stvaranja nematerijalne imovine od posebnog su značenja tzv. ugovori o podjeli troškova (engl. *cost contribution arrangements*; dalje: CCA ugovori) među članovima grupe. Općenito govoreći, riječ je o ugovoru na temelju kojega članovi grupe pristaju snositi određeni dio troškova IR aktivnosti za resurs koji će u budućem razdoblju zajednički iskorištavati. Preporuke o primjeni načela neovisnosti na takve ugovore sadržane su u poglavlju VIII. OECD-ovih Smjernica. Također, u fazama upravljanja i korištenja nematerijalne imovine, kao i prilikom otuđenja tih resursa, treba pristupiti analizi iz perspektive transfernih cijena, čemu je posvećeno poglavlje VI. OECD-ovih Smjernica.

Sukladno OECD-ovim Smjernicama, gore opisane metode transfernih cijena primjenjuju se i na transakcije koje uključuju nematerijalnu imovinu. Međutim, sukladno općem pravilu o odabiru najprikladnije metode ovisno o specifičnostima svakog slučaja⁴⁶, praksa pokazuje da se na te transakcije najčešće primjenjuju ili metoda usporedivih nekontroliranih cijena ili metoda podjele dobiti.⁴⁷

sti između subjekata, a ovisno o relativnom ekonomskom doprinosu svakog subjekta aktivnostima o kojima je riječ.

⁴⁵ Vidi Wittendorf, J., *op. cit.* u bilj. 31, str. 935 – 936.

⁴⁶ Vidi OECD (2010), *op. cit.* u bilj. 30, str. 59.

⁴⁷ Prema Miyatake, T., *op. cit.* u bilj. 2, str. 33.

3.3. Pregled osnovnih tehnika međunarodnog poreznog planiranja u vezi s nematerijalnom imovinom

Cilj porezne strategije MNK-a oporezivanje je dohotka/dobiti od nematerijalne imovine što nižom efektivnom poreznom stopom. To najčešće pretpostavlja da najveći dio dobiti povezane s odnosnim resursom bude oporeziv na razini člana grupe koji je fiskalni rezident države s niskim poreznim opterećenjem.⁴⁸ Aktivnosti poreznog planiranja usmjerene postizanju tog cilja mogu se podijeliti u tri skupine, koje se razlikuju prema trenutku njihova poduzimanja. Tako je moguće razlikovati: 1) planiranje u fazi stvaranja nematerijalne imovine; 2) planiranje u fazi iskorištavanja i upravljanja imovinom te 3) planiranje u fazi otuđenja (transfera) imovine. U nastavku se prikazuju osnovne tehnike svake od navedenih triju skupina. Zbog jednostavnosti prikaza i ograničenog opsega rada u središtu razmatranja bit će isključivo resursi PIV-a, jedne od podvrsta nematerijalne imovine (vidi: *supra*, poglavlje 2.).

3.3.1. Planiranje u fazi stvaranja PIV-a

MNK koji ima namjeru provesti IR aktivnosti s ciljem stvaranja određenog resursa (npr. patenta) već i prije poduzimanja tih aktivnosti mora razviti učinkovitu poreznu strategiju, koja počiva na temeljnim konceptima međunarodnog poreznog prava. Sukladno načelu zasebnog subjekta (engl. *separate entity principle*), pojedini se dijelovi MNK-a (članovi grupe) porezno tretiraju kao zasebni porezni obveznici.⁴⁹ S kojom su državom pojedini članovi grupe povezani u subjektivnom smislu određuje se sukladno *supra* opisanim konceptima fiskalne rezidentnosti i SPJ-a. Unutargrupni se odnosi, za potrebe utvrđivanja porezne osnovice, procjenjuju sukladno načelu neovisnosti, kako je opisano *supra* (poglavlje 3.2.).

Tehnikama poreznog planiranja MNK-a može se osigurati da titular novonastalog PIV-a, već i prije poduzimanja IR aktivnosti, bude bilo koji član grupe bez obzira na to gdje se te aktivnosti doista i obavljaju. Postizanje konačnog cilja – najmanjeg mogućeg efektivnog poreznog opterećenja dohotka/dobiti od

⁴⁸ Vidi Cordova, D., et al., *IP: Converging tax, regulatory, and operational factors*, u: Deloitte (2014), *International Tax Review - Intangibles guide*, <http://www2.deloitte.com/us/en/pages/tax/articles/international-tax-review-intangibles-guide.html> (28. svibnja 2015.), str. 6.

⁴⁹ Vidi čl. 9. OECD-ova modela.

novonastalog resursa – obilježeno je napetošću između dviju na prvi pogled međusobno isključujućih opcija⁵⁰:

- 1) U slučaju da je titular član grupe smješten u državi visokog poreznog opterećenja, od njegove će se porezne osnovice odbiti troškovi IR aktivnosti, čime se postiže njihov porezno optimalni tretman, što je posebno važno s obzirom na rizike neuspjeha IR aktivnosti; s druge strane, u razdoblju iskorištavanja resursa istom će se članu grupe načelno pripisati i prihodi od resursa, što nije porezno optimalno.
- 2) U slučaju da je titular član grupe smješten u državi niskog poreznog opterećenja, osigurava se porezno optimalan tretman budućih prihoda od (potencijalnog) resursa; s druge strane, na taj se način dovodi u pitanje porezno optimalan tretman troškova IR aktivnosti.

Nekoliko poznatih tehnika poreznog planiranja omogućuje da se opisane napetosti premoste. Ako pođemo od pretpostavke da će IR aktivnosti obavljati jedno trgovačko društvo – član MNK-a, fiskalni rezident države s visokim poreznim opterećenjem (dalje: IR društvo), zasnivanje različitih ugovornih odnosa između tog društva i drugih članova MNK-a oblikovat će porezni tretman prihoda i rashoda od PIV-a. Jedna je od mogućnosti sklapanje ugovora o istraživanju na temelju kojega IR društvo poduzima, uz naknadu, IR aktivnosti u ime drugog člana grupe (principala). To drugo društvo postat će titular PIV-a te će u državi njegove rezidentnosti u pravilu biti oporeziva buduća dobit nastala iskorištavanjem odnosnog resursa. Iz perspektive načela neovisnosti naknada koju principal isplaćuje IR društvu mora odražavati samo troškove IR aktivnosti uvećane za maržu primjenljivu u usporedivoj nekontroliranoj transakciji.⁵¹ Naime, sve rizike i troškove vezane uz neuspjeh IR aktivnosti snosi principal.

Druga je temeljna mogućnost sklapanje tzv. CCA ugovora među članovima grupe.⁵² Njima se uređuje pitanje podjele porezno relevantnih “udjela” u resursu (tj. s imovinskopravnog aspekta – podjele PIV-a). Naime, udio svake strane ugovora u snošenju troškova odražava razinu očekivanih koristi od resursa, pa

⁵⁰ Vidi detaljnije u: Petriccione, M., *op. cit.* u bilj. 23, str. 174.

⁵¹ Moguće je da IR društvo u vezi s istim istraživanjem uđe u ugovorni odnos s više članova grupe, koji onda dijele porezno relevantnu kontrolu nad resursom. Vidi *ibid.*, str. 173.

⁵² Za pojmovno određenje tih ugovora vidi *supra*, poglavlje 3.2.

time i porezno relevantni udio u resursu.⁵³ Glavna je prednost CCA ugovora što sve ugovorne strane (članovi MNK-a) mogu u budućem razdoblju iskoristavati PIV bez potrebe za isplata unutargrupnih autorskih naknada, koje bi bile predmet analize s aspekta pravila o transfernim cijenama. Međutim, i sami CCA ugovori moraju ispunjavati zahtjeve načela neovisnosti, što općenito podrazumijeva dokazivanje proporcionalnog odnosa između ugovorenog udjela u troškovima i očekivanih koristi. Posebni su slučajevi kod kojih nova stranka pristupa već postojećem CCA ugovoru. Ona, u zamjenu za svoj udio u koristima koje su nastupile od trenutka sklapanja ugovora (npr. potpuno novi resurs, znanje koje proizlazi iz prošlih aktivnosti i dr.), mora drugim strankama platiti posebnu naknadu, koja se označava kao naknada za ulaz u ugovor (engl. *buy-in payment*; dalje: *buy-in*).⁵⁴ Iznos *buy-ina* mora biti usklađen s načelom neovisnosti, imajući u vidu očekivane ukupne koristi od CCA ugovora za novu stranku.

3.3.2. Planiranje u fazi upravljanja i iskorištavanja PIV-a

Dva su osnovna oblika iskorištavanja PIV-a za potrebe poslovanja MNK-ova⁵⁵: 1) iskorištavanje resursa isključivo od člana grupe – titulara PIV-a te 2) iskorištavanje resursa i u poslovnim aktivnostima drugih članova grupe. U potonjem slučaju titular PIV-a i drugi član grupe ulaze u ugovorni odnos na temelju kojega se resurs ustupa na korištenje uz naknadu (npr. ugovor o licenciji). Ta se naknada u međunarodnom poreznom pravu pojednostavnjeno označava pojmom autorske naknade (engl. *royalty*).

Naime, porezni ugovori temeljeni na OECD-ovu modelu u svojem čl. 12. sadržavaju posebne odredbe kojima se dijeli pravo na oporezivanje tih naknada, kao posebnog oblika dohotka/dobiti, između država ugovornica čiji su rezidenti isplatelj i primatelj naknade. Iako rješenje OECD-ova modela predviđa davanje isključivog prava oporezivanja autorske naknade državi rezidentnosti primatelja, većina poreznih ugovora ignorira tu preporuku te pravo oporezivanja dodjeljuje i državi rezidentnosti platitelja (tzv. država "izvora" autorske naknade), uz postavljanje ograničenja na maksimalni iznos stope poreza po

⁵³ Vidi Brauner, Y., *Cost Sharing and the Acrobatics of Arm's Length Taxation*, Intertax, vol. 38, br. 11, 2010., str. 556.

⁵⁴ Vidi *Buy-in payment*, u: IBFD (2015), *IBFD Tax Glossary (online)*, http://online.ibfd.org/kbase/#topic=d&N=3+10+4949&WT.i_s_type=Navigation&ownSubscription=true&Ne=4912&colid=4949&Ns=sort_title%257C0&rpp=25 (8. ožujka 2015.).

⁵⁵ Prema Petriccione, M., *op. cit.* u bilj. 23, str. 177.

odbitku (najčešće u rasponu od 5 % do 10 %).⁵⁶ Stoga i relevantne odredbe poreznih ugovora čije su stranke države rezidentnosti pojedinih članova MNK-a čine važan čimbenik strukturiranja ugovornih odnosa o ustupanju PIV-a na korištenje. Iznos autorske naknade podložen je analizi iz perspektive načela neovisnosti, sukladno rješenju iz čl. 12., st. 4. OECD-ova modela (tzv. pravilo o posebnom odnosu), te načelno mora biti usporediv s iznosom koji bi bio ugovoren u nekontroliranim transakcijama.⁵⁷ Isto vrijedi i za drugu stranu jednadžbe, tj. za priznavanje isplaćene autorske naknade kao rashoda na razini društva platitelja.

Ključni problemi planiranja u fazi iskorištavanja PIV-a proizlaze iz primjene načela neovisnosti. Naime, unatoč *supra* (poglavlje 3.3.1.) prikazanoj slobodi odabira titulara PIV-a (između članova grupe) porezne vlasti mogu, primjenom pravila o transfernim cijenama, alocirati dio dobiti nastale u vezi s iskorištavanjem PIV-a i drugim članovima grupe. Drugim riječima, porezne vlasti mogu realocirati prava nad odnosnim resursima između članova grupe bez obzira na prethodne pravne kvalifikacije koje proizlaze iz normi građanskog prava. U tom se smislu spominje koncept poreznopravnog “vlasništva” nad nematerijalnom imovinom, koje se određuje polazeći od različitih kriterija.⁵⁸ Treba naglasiti kako iz perspektive načela neovisnosti uopće nije bitno koji je subjekt u pravnom smislu titular PIV-a, već je bitno odrediti udio u ukupnim prihodima i rashodima grupe koji pripada svakom pojedinom članu.⁵⁹

To je u biti pitanje ekonomske, a ne pravne analize, što je priznato i u tzv. funkcionalnom pristupu OECD-a.⁶⁰ Drugim riječima, ako titular PIV-a ne obavlja funkcije ključne za upravljanje tim resursom te ne snosi bitne rizike i troškove vezane uz resurs, odgovarajući dio njegove dobiti, odražene u autor-

⁵⁶ Rezultati jednog recentnog istraživanja pokazuju da 87 % važećih poreznih ugovora u ovom smislu odstupa od preporuke iz čl. 12. OECD-ova modela. Vidi Wijnen, W.; De Goede, J., *The UN Model in Practice 1997–2013*, Bulletin for International Taxation, vol. 68, br. 3, 2014., str. 129 – 130.

⁵⁷ Detaljnije o pravilu o posebnom odnosu vidi u: Lončarić Horvat, O.; Arbutina, H., *op. cit.*, u bilj. 13, str. 205 – 206.

⁵⁸ Vidi Wittendorf, J., *op. cit.* u bilj. 31, str. 624.

⁵⁹ Vidi *supra*, poglavlje 3.2.

⁶⁰ OECD započeo je 2010. godine s radom na reformama u primjeni pravila transfernih cijena na nematerijalnu imovinu MNK-ova. Rad je od 2013. godine uključen u puno širi projekt borbe protiv premještanja dobiti i erozije porezne osnovice (tzv. BEPS projekt). Konačni plod OECD-ova rada u ovom području jest dokument kojim se predlažu izmjene i dopune relevantnih poglavlja Smjernica o transfernim cijenama. Vidi OECD (2015), *op. cit.* u bilj. 17.

skoj naknadi koju prima, morat će biti alociran članovima grupe koji obavljaju relevantne funkcije te snose relevantne rizike i troškove.⁶¹ Prema najnovijem prijedlogu izmjena OECD-ovih Smjernica o primjeni pravila o transfernim cijenama pravna kvalifikacija “vlasnika” resursa samo je polazna točka analize; s druge strane, odlučni kriteriji alokacije dobiti nastale iskorištavanjem resursa jesu relevantne funkcije, korištena imovina te preuzeti rizici pojedinih članova grupe.⁶² S obzirom na navedeno, porezno planiranje MNK-a u fazi iskorištavanja PIV-a vjerojatno neće postići željene ciljeve *pro futuro* ako ostane samo na formalnom, a ne i na materijalnom planiranju.⁶³ Pritom se ne smiju zanemariti povećani zahtjevi za dokumentacijom svih transakcija i aktivnosti MNK-a, koja će služiti kao dokaz doprinosa pojedinih članova grupe ukupnom poslovnom rezultatu.

Dodatan su problem s kojima se MNK-ovi mogu suočiti sporovi oko postojanja nematerijalne imovine s poreznim vlastima. Naime, porezna tijela države čiji su rezidenti članovi grupe koji (u pravilu na temelju ugovora o distribuciji) tijekom dužeg (višegodišnjeg) razdoblja opskrbljuju lokalno tržište proizvodima drugih članova grupe mogu smatrati da su društva distributeri svojim marketinškim aktivnostima “stvorila” nematerijalnu imovinu ili bar povećala vrijednost postojećeg resursa (npr. žiga). S obzirom na to, a sukladno načelu neovisnosti, mogu zahtijevati i povećanje porezne osnovice društva distributera. Time se dodatno naglašava potreba da se pri aktivnostima planiranja vodi računa o pristupima pojedinih država pojmovnom određenju nematerijalne imovine (vidi *supra*, poglavlje 2.), s time da definicija za potrebe primjene pravila o transfernim cijenama može biti drukčija od one iz općeg poreznog prava.⁶⁴

⁶¹ Vidi *ibid.*, toč. 6.42.

⁶² Vidi *ibid.*, toč. 6.47. – 6.49.

⁶³ Podjela na formalno i materijalno porezno planiranje polazi od utjecaja konkretne tehnike planiranja na ekonomsku stvarnost. Kod formalnog planiranja ne dolazi do promjene sadržaja ekonomske aktivnosti – prema kojoj je oporezivanje inherentno usmjereno – već se promjenama pravne klasifikacije poreznih činjenica postiže učinkovitiji poreznopravni tretman. Tipična tehnika koju se ubraja u ovu skupinu jest uporaba dužničkog umjesto vlasničkog financiranja društva kćeri unutar grupe MNK-a. S druge strane, tehnike materijalnog poreznog planiranja poduzimaju se usporedo s promjenama u samom sadržaju ekonomske aktivnosti, poput restrukturiranja vrijednosnog lanca MNK-a. Vidi Merks, P., *Categorizing international tax planning*, u: Russo, R. (ur.), *Fundamentals...*, *op. cit.* u bilj. 22, str. 66 – 68.

⁶⁴ Pritom valja istaknuti rad OECD-a na standardizaciji pojmovnog određenja i klasifikacije nematerijalne imovine. Vidi OECD (2015), *op. cit.* u bilj. 17, toč. 6.5. – 6.31.

3.3.3. Planiranje otuđenja nematerijalne imovine

Što u slučaju da MNK želi naknadno, nakon već poduzetih tehnika planiranja opisanih *supra*, promijeniti titulara PIV-a, tj. promijeniti “vlasnika” resursa? Takva odluka može biti motivirana isključivo poslovnim razlozima, primjerice željom za centralizacijom vlasništva, što valja razmatrati u širem kontekstu učinkovitog upravljanja globalnim vrijednosnim lancem. Također, moguć je i “porezno motivirani” transfer, koji obično uključuje otuđenje imovine na postojećeg ili novog člana grupe rezidenta države s nižim poreznim opterećenjem. Međutim, postizanje porezno optimalnog tretmana unutargrupnog otuđenja PIV-a puno je složenije nego ostvarenje istog cilja u ranijim fazama (stvaranja i iskorištavanja PIV-a). Naime, načelno će društvo koje otuđuje PIV biti obveznikom poreza na dobit ostvarenu otuđenjem (tj. na kapitalni dobitak).⁶⁵ Iznos obveze može biti znatan, pogotovo uzimajući u obzir to da u odnosu na interno stvorene resurse – koji su plod vlastitih IR aktivnosti – ne postoji mogućnost odbitka nabavne vrijednosti od osnovice. Kad su predmet otuđenja resursi čija je vrijednost u trenutku otuđenja niska, postoje rizici vezani uz posebna pravila nekih država (npr. SAD-a) sukladno kojima u naknadnom razdoblju – nakon što vrijednost otuđenog PIV-a poraste – porezna tijela mogu zahtijevati ispravak vrijednosti.⁶⁶ Sukladno navedenom, osnovni je cilj poreznog planiranja u fazi otuđenja nematerijalne imovine odgoda plaćanja poreza (engl. *tax deferral*) na kapitalni dobitak.

S obzirom na to da porezni rizici u vezi s unutargrupnim otuđenjem PIV-a nisu zanemarivi, MNK-ovi će često i odustati od planirane transakcije te se usredotočiti na porezno optimalni tretman u dužem roku. Naime, vlasništvo postojećih resursa može ostati nepromijenjeno, ali se osigurava da titular ne sudjeluje u novim IR aktivnostima te nema udjela u novim resursima, nad kojima će prava steći drugi članovi grupe.⁶⁷ Nakon što se postojeći resursi u potpunosti amortiziraju, postiže se porezno optimalni tretman. Međutim, takve slučajeve treba promatrati u svjetlu poreznog planiranja u fazi stvaranja PIV-a, opisanog *supra* (poglavlje 3.3.1.).

⁶⁵ Općenito o pojmu i poreznopravnom tretmanu kapitalnog dobitka vidi u: Mijatović, N.; Špoljarić, D., *Porezno-pravni tretman kapitalnog dobitka*, Pravo i porezi, br. 7-8, 2011., str. 20 – 28.

⁶⁶ Više o primjeni ovog, tzv. *commensurate-with-income* standarda, u pravu SAD-a vidi u: PWC (2013), *International Transfer Pricing 2013/14*, <https://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/itp-2013-final.pdf> (15. listopada 2015.), str. 821 – 822.

⁶⁷ Vidi Petriccione, M., *op. cit.* u bilj. 23, str. 181.

Također, treba naglasiti da je i otuđenje PIV-a predmet analize u skladu s načelom neovisnosti. Pritom su osnovni problemi vezani uz vrednovanje PIV-a kao predmeta otuđenja.⁶⁸ Dodatni problemi javljaju se u slučajevima tzv. kombiniranih transakcija, u kojima je teško odvojiti pojedini resurs nematerijalne imovine od drugih predmeta otuđenja (npr. prodaja materijalne opreme i proizvodnog postupka u paketu između članova grupe).⁶⁹

Jedna od temeljnih mogućnosti odgode plaćanja poreza na kapitalni dobitak u vezi s otuđenjem PIV-a jest prijenos prava na već postojeće ili novoosnovano povezano društvo, kod kojeg otuđitelj u zamjenu dobiva udio u kapitalu tog (drugog) društva. Naime, u unutarnjem poreznom pravu nekih država to nije oporezivi događaj.⁷⁰

Druga je mogućnost vezana uz pogodnosti koje proizlaze iz odredbi tzv. Direktive o spajanjima⁷¹, jednog od rijetkih zakonodavnih akata EU-a u području poreza na dobit. Prvi korak te tehnike sastoji se u tome da član grupe – rezident jedne države članice EU-a i titular PIV-a u drugoj državi članici – ustanovljava SPJ, koji će u svojem poslovanju iskorištavati odnosni resurs u pitanju, tj. koji ima “ekonomsko vlasništvo” nad PIV-om. U sljedećem koraku dolazi do tzv. djelomične podjele⁷², u kojoj dotadašnji titular PIV-a osniva novo društvo u drugoj državi članici na koje prenosi SPJ i svu imovinu koja se SPJ-u može pripisati u gospodarskom smislu (tzv. gospodarska cjelina), uključujući i PIV. U zamjenu društvo otuđitelj dobiva udjele u kapitalu novoosnovanog društva, a oporezivanje kapitalnog dobitka koji je posljedica prijenosa cijele gospodarske cjeline, uključujući i PIV, odgađa se do njegove realizacije.⁷³

Također je moguće provesti i tzv. pripajanje, kod kojeg titular PIV-a prestaje postojati te prenosi svu imovinu na drugog člana grupe – rezidenta druge države članice EU-a. Pogodnost Direktive o spajanjima, u vidu odgode oporezivanja nerealiziranog kapitalnog dobitka u vezi s PIV-om, i ovdje je primjen-

⁶⁸ Prema *ibid.*, str. 181.

⁶⁹ Detaljnije o tome vidi u: Miyatake, T., *op. cit.* u bilj. 2, str. 29 – 31.

⁷⁰ Prema Petriccione, M., *op. cit.* u bilj. 23, str. 181.

⁷¹ *Direktiva Vijeća 2009/133/EZ od 19. listopada 2009. o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na spajanja, podjele, djelomične podjele, prijenose imovine i zamjene dionica društava iz različitih država članica te na prijenos sjedišta SE-a ili SCE-a iz jedne države članice u drugu (kodificirana verzija)*, SL L 310, 25. 11. 2009., str. 34 – 46 (dalje: Direktiva o spajanjima).

⁷² Vidi čl. 2., st. 1., toč. c. Direktive o spajanjima.

⁷³ Cinnamon, A.; Bocachica, M., *International Tax Structuring*, Topical Analyses IBFD, <http://online.ibfd.org/document/its> (17. listopada 2014), poglavlje 20.2.2.

ljiva. S obzirom da Direktiva o spajanjima sadržava posebna pravila protiv zloporabe⁷⁴, za uspjeh navedenih tehnika planiranja nužno je da MNK može dokazati da je restrukturiranje u pitanju komercijalno opravdano, tj. da njegov jedini ili glavni cilj nije izbjegavanje poreza.

Na pogodnosti koje proizlaze iz primarnog prava EU-a, tj. temeljnih tržišnih sloboda, može se računati i pri promjeni rezidentnosti društva. Kod te tehnike planiranja zapravo i ne dolazi do otuđenja PIV-a, već titular PIV-a prestaje biti fiskalni rezident jedne države članice EU-a te postaje rezident druge države članice (npr. prijenos sjedišta ili mjesta stvarne uprave). Međutim, cilj je također postizanje porezno učinkovitijeg tretmana PIV-a jer društvo postaje rezident u pravilu države nižeg poreznog opterećenja. Na temelju sudske prakse Suda Europske unije⁷⁵ jasno je da sloboda poslovnog nastana zabranjuje državama članicama nametanje tzv. poreza na napuštanje jurisdikcije (engl. *exit taxes*), a da se društvu ne omogući opcija odgode porezne obveze. S druge strane, uporaba te tehnike planiranja nosi rizik mogućnosti nametanja kamata na iznos odgođene porezne obveze.⁷⁶

4. PRIKAZ GOOGLEOVE POREZNE STRATEGIJE: PRIMJER PREMJEŠTANJA DOBITI UNUTAR GRUPE

Aktivnosti međunarodnog poreznog planiranja u vezi s nematerijalnom imovinom u većini slučajeva podrazumijevaju kombinaciju različitih tehnika

⁷⁴ O tome detaljnije vidi u: Žunić Kovačević, N.; Gadžo, S., *Zloupotrebavanje pogodnosti iz Direktive o spajanjima u praksi Europskog suda*, Hrvatska pravna revija, br. 2, 2011., str. 88 – 97.

⁷⁵ Vidi posebno presudu u predmetu C-371/10, *National Grid Indus BV v. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, od 29. studenog 2011. Predmet se odnosi na trgovačko društvo osnovano u Nizozemskoj koje je 2000. godine postalo fiskalnim rezidentom UK-a, čime je Nizozemska izgubila jurisdikcijsku poveznicu za oporezivanje njegove dobiti. Prema tada važećim odredbama nizozemskog prava nametnut je porez na nerealizirani kapitalni dobitak, u vezi s pozitivnom tečajnom razlikom na potraživanja društva. Sud EU-a zaključio je da se, iako je nametanje poreza u takvim okolnostima samo po sebi dopušteno iz perspektive prava EU-a, mora poreznom obvezniku priznati pravo na odgodu plaćanja poreza do trenutka realizacije odnosnog dobitka. Za vrijeme odgode država može obračunavati kamate na utvrđenu poreznu obvezu.

⁷⁶ Ta mogućnost proizlazi iz pravorijeka u gore opisanom predmetu Suda EU-a *National Grid Indus*. Trenutačno se primjenjuje u Danskoj, Francuskoj, Italiji, Nizozemskoj, Portugalu, Španjolskoj i UK-u. Vidi Cinnamon, A.; Bocachica, M., *op. cit.* u bilj. 73, poglavlje 20.2.8.

prikazanih *supra* (poglavlje 3.3.) te tvore poseban dio globalne porezne strategije tih subjekata. U posljednjih nekoliko godina i šira je javnost upoznata s poreznim strategijama nekih od najvećih svjetskih MNK-ova (npr. *Google*, *Apple*, *Starbucks* i dr.). U nastavku se prikazuje klasična porezna strategija koja je u poreznom žargonu poznata kao *Double Irish with a Dutch Sandwich* zbog korištenja subjekata osnovanih u Irskoj i Nizozemskoj. Strategija kojom se *Google* služio u razdoblju od 2006. godine u pojednostavnjenom je obliku prikazana *infra*, na slici 1.

Google Inc. počeo je oblikovati poreznu strategiju 2003. godine, nekoliko mjeseci prije inicijalne javne ponude kojom su dionice društva ponuđene ulagačima u SAD-u.⁷⁷ Tada se osniva zavisno društvo sa sjedištem u Irskoj – *Google Holdings Limited* (dalje: *GHL*), koje s matičnim društvom sklapa CCA ugovor.⁷⁸ Cilj je ugovora bio da novoosnovano društvo bude nositelj svih *Googleovih* prava intelektualnog vlasništva, uključujući i pretraživački softver, kad je riječ o iskorištavanju tih prava na geografski određenom prostoru (Europa, Afrika i države Bliskog istoka). *Ratio* odabira Irske kao željene destinacije za postizanje optimalnog poreznog tretmana buduće dobiti jest dostupnost kvalificirane radne snage, pravni okvir zaštite PIV-a, ali i veoma niska zakonska porezna stopa od 12,5 % na dobit od poslovanja. Sukladno tomu, *GHL* je matičnom društvu platio određeni iznos *buy-ina* za stjecanje već postojećih prava⁷⁹ te se obvezao snositi dio troškova vezanih uz buduće IR aktivnosti, proporcionalno očekivanim koristima od iskorištavanja tih prava na navedenom geografskom području. Uspjeh tog, prvog koraka porezne strategije bio je osiguran 2006. godine, kad američka porezna administracija (*Internal Revenue Service*; dalje: *IRS*) pristaje s *Googleom* sklopiti tzv. prethodni sporazum o transfernim cijenama (*APA sporazum*)⁸⁰, kojim je potvrđeno da su uvjeti sklopljenog CCA ugovora sukladni načelu neovisnosti.

⁷⁷ Prema Kleinbard, E. D., *Stateless Income*, Florida Tax Review, vol. 11, br. 9, 2011., str. 708.

⁷⁸ Općenito o CCA ugovorima vidi *supra*, poglavlje 3.2.

⁷⁹ Iako iznos *buy-ina* nije javno objavljen, pretpostavlja se da se on temeljio na tržišnoj vrijednosti matičnog društva u trenutku sklapanja CCA ugovora, a koja je bila manja od vrijednosti koju bi ulagači bili spremni platiti u trenutku IPO-a. Vidi Kleinbard, E. D., *op. cit.* u bilj. 77, str. 709.

⁸⁰ Riječ je o sporazumima između poreznog obveznika (MNK-a) i poreznih tijela (jedne ili više država) kojim se unaprijed, tj. prije poduzimanja unutargrupnih transakcija, propisuju kriteriji prema kojima će se procjenjivati transferne cijene unutar određenog vremena. Vidi OECD (2010), *op. cit.* u bilj. 30, str. 168.

U idućem koraku cilj je porezne strategije bio izbjeći plaćanje poreza na dobit GHL-a u Irskoj. Stoga dolazi do tzv. hibridizacije GHL-a premještanjem mjesta stvarne uprave tog društva na Bermuda. Dok iz perspektive irskih poreznih vlasti GHL više nije fiskalni rezident Irske, on ostaje irski rezident iz perspektive američkih poreznih vlasti. Takav je rezultat moguć zato što irsko pravo pri određivanju rezidentnosti trgovačkih društava polazi od faktičkog, a pravo SAD-a od formalnog kriterija (sjedište društva). Bermuda su odabrana kao jedna od poreznih jurisdikcija koje treba označiti kao “porezno utočište” (engl. *tax haven*) jer porezni sustav te države ne poznaje porez na dobit ni jedan drugi oblik poreza na dohodak od kapitala.

Nakon toga GHL osniva dva zavisna društva, jedno u Nizozemskoj (*Google Netherlands Holdings B.V.*; dalje: GNH) i jedno u Irskoj (*Google Ireland Limited*; dalje: GIL). Pritom je u vlasničkoj strukturi nizozemsko društvo interponirano između dvaju irskih društava. Novoosnovana društva pritom koriste posebnu pogodnost koju im pruža porezno pravo SAD-a. Riječ je o tzv. *check-the-box* pravilima, na temelju kojih američka i/ili inozemna društva mogu odabrati hoće li se, za potrebe primjene američkog poreznog prava, smatrati korporacijama ili “fiskalno transparentnim” subjektima.⁸¹ GNH i GIL odabrali su potonju opciju, zbog čega iz perspektive američkog poreznog prava nemaju pravnu osobnost. Sukladno tomu, sve se njihove aktivnosti, prihodi i rashodi izravno pripisuju njihovom vlasniku – GHL-u. *Ratio* tog izbora jest u zaštiti grupe od primjene američkih CFC pravila⁸²: pripisivanjem aktivnosti GIL-a GHL postaje društvo koje obavlja “aktivnu” poslovnu aktivnost te je primjena CFC pravila u odnosu na oporezivanje njegove dobiti isključena.

Time je pripremljen teren za postizanje porezno optimalnog tretmana dobiti ostvarene iskorištavanjem *Googleove* nematerijalne imovine. Ostali koraci svode se na sklapanje unutargrupnih pravnih poslova. Prvo GHL, titular PIV-a, sklapa ugovor o licenci s GNH-om, a zatim GNH sklapa ugovor o podlicenciji s GIL-om. GIL (“drugo” irsko društvo) jest subjekt koji ulazi u ugovorne odnose s bazom klijenata na području Europe, Afrike i Azije, iskorištavajući pritom prava koja mu je ustupio GHL, a posredstvom GNH-a. Svi drugi *Googleovi* supsidijariji na navedenom području (npr. *Google Germany*

⁸¹ Općenito o tim pravilima vidi u: Doernberg, R. L., *International taxation in a nutshell*, West Publishing, St. Paul, 2009., str. 461 – 464.

⁸² Općenito o CFC pravilima vidi *supra*, bilj. 27. Detaljno o američkim CFC pravilima vidi u: Doernberg, R. L., *op. cit.* u bilj. 81, poglavlje 10.

GmbH) zapravo ne ulaze u ugovorne odnose s klijentima/potrošačima, već je njihova temeljna djelatnost pružanje marketinške i operativne podrške GIL-u.

Opisana je struktura porezno učinkovita zato što najveći iznos dobiti ostvarene pružanjem temeljnih *Googleovih* usluga (npr. oglašavanje, uporaba internetske platforme i dr.) ima pravo oporezivati Bermuda. Naime, GIL, društvo s oko 2.000 zaposlenika⁸³ koje obavlja većinu "aktivnog" poslovanja grupe na području Europe, Afrike i Bliskog istoka, ostvaruje tek zanemarivu dobit. Od njegovih prihoda, mjenjenih u milijardama američkih dolara, ostvarenih posluživanjem *Googleovih* klijenata, odbijaju se rashodi u obliku autorskih naknada koje, na temelju ugovora o podlicenciji isplaćuje GNH-u. GNH je pak tipično "provodno društvo" (engl. *conduit company*), koje ne obavlja nikakvu aktivnu djelatnost i nema zaposlenika.⁸⁴ Njegova dobit, oporeziva u Nizozemskoj, također je zanemariva jer se sastoji u razlici (*spread*) između autorskih naknada dobivenih od strane GIL-a i autorskih naknada koje na temelju ugovora o licenciji isplaćuje GHL-u, titularu PIV-a. Konačno, GHL kao titular PIV-a ostvaruje ogromnu dobit, uglavnom kroz autorske naknade isplaćene putem GNH-a. Ali, s obzirom na to da (iz irske perspektive) više nije riječ o irskom rezidentu, pravo oporezivanja njegove dobiti nema Irska, već Bermuda. Supsidijariji iz drugih država u pravilu posluju s gubitkom ili zanemarivom dobiti jer njihovi prihodi nisu vezani uz pružanje usluga korisnicima uz iskorištavanje PIV-a te mogu računati samo na naknadu od strane GIL-a za poduzimanje marketinških aktivnosti. Prema nekim procjenama efektivno porezno opterećenje ukupne dobiti koju *Google* kao grupa ostvaruje iskorištavanjem nematerijalne imovine na području Europe, Afrike i Bliskog istoka iznosi 2,4 %⁸⁵, što je daleko manje čak i od najnižih zakonskih stopa poreza na dobit na području EU-a.

Unutargrupne isplate autorskih naknada ne podliježu oporezivanju porezom po odbitku zbog pogodnosti koje proizlaze iz odredbi Direktive o kamata-ma i autorskim naknadama (isplata između GIL-a i GNH-a), odredbi poreznog ugovora između Nizozemske i Irske te odredbi nizozemskog poreznog prava,

⁸³ Prema Kleinbard, E. D., *op. cit.* u bilj. 77, str. 711.

⁸⁴ Vidi Van den Hurk, H., *Starbucks versus the People*, Bulletin for International Taxation, vol. 68, br. 1, 2014., str. 30.

⁸⁵ Vidi Bloomberg News, *Google 2.4% Rate Shows How \$60 Billion Is Lost to Tax Loopholes*, od 21. listopada 2010., <http://www.bloomberg.com/news/articles/2010-10-21/google-2-4-rate-shows-how-60-billion-u-s-revenue-lost-to-tax-loopholes> (11. ožujka 2015.).

koje ne nameće porez po odbitku na naknade koje se isplaćuju nerezidentima, čak ni onima koji su rezidenti poreznih utočišta, poput Bermuda.⁸⁶ Upravo se u tome krije *ratio* interpozicije zavisnog društva u Nizozemskoj.

Završni dio *Googleove* strategije nije poreznopravne naravi. Riječ je o preoblikovanju GHL-a – “bermudskog” društva koje ostvaruje najveći dio ukupne dobiti grupe – iz društva s ograničenom u društvo s neograničenom odgovornošću. S obzirom na to da se na društva s neograničenom odgovornošću prema irskom pravu ne primjenjuju strogi zahtjevi objave financijskih izvješća, time se osigurava tajnost porezne strategije.⁸⁷

U smislu tehnika poreznog planiranja opisanih *supra* (poglavlje 3.3.) *Google-ovu* poreznu strategiju možemo označiti kao planiranje i u fazi stvaranja i u fazi iskorištavanja nematerijalne imovine. Iz prikazanog je razvidan multiplicitet svih relevantnih materijalnih i postupovnih aspekata. Prikazana strategija počiva i na pogodnostima koje proizlaze iz poreznih ugovora i prava EU-a i na specifičnostima nacionalnih poreznih sustava (SAD-a, Irske, Nizozemske, Bermuda). Time se potvrđuje hipoteza da porezna strategija MNK-ova uvijek počiva na neusklađenostima između normi unutarnjeg prava pojedinih država, kao i normi drugih izvora međunarodnog poreznog prava (ponajprije poreznih ugovora).

⁸⁶ Prema Van den Hurk, H., *op. cit.* u bilj. 84, str. 30.

⁸⁷ Vidi *ibid.*, str. 31.

5. NEMATERIJALNA IMOVINA MNK-ova U SVJETLU PRIJEDLOGA REFORME SUSTAVA OPOREZIVANJA DOBITI U EUROPSKOJ UNIJI

U radu je već istaknuta važnost načela neovisnosti i pravila transfernih cijena za alokaciju prihoda i rashoda od nematerijalne imovine unutar MNK-a (vidi poglavlje 3.2.). U trenutku pisanja ovog rada na međunarodnoj se razini (napose od strane OECD/G20)⁸⁸ preispituje dijalektika između načela neovisnosti i nematerijalne imovine, a prijedlog izmjena i dopuna OECD-ovih Smjernica o transfernim cijenama naglašava važnost funkcionalnog pristupa alokaciji dobiti od resursa nematerijalne imovine.⁸⁹ Međutim, istodobno je na razini EU-a opet pokrenuta inicijativa za radikalnom reformom postojećeg sustava alokacije dobiti MNK-ova. Riječ je o modelu tzv. zajedničke konsolidirane osnovice poreza na dobit (engl. *Common Consolidated Corporate Tax Base*; dalje: CCCTB). S obzirom na moguće implikacije CCCTB modela na budućnost poreznog planiranja u vezi s nematerijalnom imovinom, nastavno se ukratko iznose njegove osnovne postavke.⁹⁰

Tri su osnovna koraka na kojima se zasniva CCCTB model. Prvo, trgovačka društva unutar njegova osobnog obuhvata izračunavala bi osnovicu poreza na dobit prema jedinstvenom korpusu pravila u odnosu na svaku državu članicu s kojom imaju jurisdikcijsku poveznicu. Drugo, između članova iste grupe društava (tj. MNK-a) vršila bi se konsolidacija dobitaka i gubitaka, što podrazumijeva potpuno zanemarivanje unutargrupnih transakcija. Treće, tako izračunata konsolidirana dobit grupe na području EU-a dijelila bi se između članova grupe s pomoću određene formule raspodjele, koja polazi od ekonomski relevantnih indikatora doprinosa svakog člana ukupnom poslovnom rezultatu.

CCCTB model treba promatrati u kontekstu konflikta između ostvarenja ciljeva unutarnjeg tržišta EU-a i (zasad) neupitnog poreznog suvereniteta država članica u području izravnih poreza. Prepreke za ostvarenje unutarnjeg tržišta koje izviru iz neusklađenosti nacionalnih sustava poreza na dobit država članica analizirane su u opsežnoj studiji Europske komisije (dalje: EK) iz

⁸⁸ Misli se dakako na zajednički projekt tih organizacija usmjeren sprječavanju premještanja dobiti unutar MNK-a i posljedice erozije porezne osnovice pojedinih država (tzv. BEPS projekt). Vidi dokumente i izvješća postavljena na internetsku stranicu: <http://www.oecd.org/ctp/beps.htm> (16. listopada 2015.).

⁸⁹ Vidi OECD (2015), *op. cit.* u bilj. 17, str. 63 – 139. Vidi i *supra*, poglavlje 3.3.2.

⁹⁰ Detaljnije o CCCTB-u vidi u: Mijatović, N., *Zajednička konsolidirana osnovica poreza na dobitak – aktualno stanje i prijedlozi EU*, Pravo i porezi, br. 7-8, 2012., str. 85 – 94.

2001. godine.⁹¹ U istom su dokumentu predložena određena rješenja (modeli), a u sljedećem je razdoblju političku potporu institucija Unije dobio upravo CCCTB model. Prijedlog direktive koja normativno uređuje taj model EK je usvojila 2011. godine⁹², međutim veoma je brzo postalo jasno kako izostaje potrebna podrška država članica za usvajanje prijedloga od strane Vijeća EU-a.⁹³ Osnovne točke prijepora bili su element konsolidacije, koji nije poznat u unutarnjem pravu svih država članica čak ni u isključivo unutarnacionalnim situacijama, te formula raspodjele jer se, s obzirom na primijenjene faktore (faktor rada, faktor imovine i faktor prodaje) moglo predvidjeti koje će države članice biti suočene s umanjnjem prihoda od poreza na dobit.

U lipnju 2015. EK predstavila je novi paket mjera kojima želi poboljšati pravednost i učinkovitost oporezivanja dobiti unutar EU-a.⁹⁴ Jedna od glavnih mjera integriranih u akcijski plan Komisije jest i "reanimacija" CCCTB-a. EK opet upozorava na prednosti tog modela za sprječavanje premještanja dobiti, ublažavanje štetne porezne konkurencije, ali i ublažavanje troškova udovoljavanja poreznoj obvezi. Dvije osnovne razlike "novog" CCCTB modela u odnosu na prijedlog direktive iz 2011. sastoje se u: 1) propisivanju obvezne primjene modela za MNK-ove, za razliku od ranije predviđenog opcionalnog modela i 2) predlaganju etapnog stupanja na snagu pojedinih elemenata prijedloga, s time da bi se u početnoj fazi primjenjivala samo pravila o uniformnom izračunu porezne osnovice, bez konsolidacije dobiti. Novi prijedlog CCCTB direktive, u koji će biti ugrađene navedene izmjene, trebala bi donijeti EK tijekom 2016. godine. Iako bi u novom obliku vjerojatno bio prihvatljiviji većem broju država članica nego prije, budućnost CCCTB-a i dalje je više nego neizvjesna.

⁹¹ European Commission, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee - Towards an Internal Market without tax obstacles - A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*, COM/2001/0582 final.

⁹² European Commission, *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, COM(2011) 121/4.

⁹³ Naime, zasad jedini pravni temelj za donošenje sekundarnog zakonodavstva Unije u području izravnih poreza jest čl. 115. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU), koji zahtijeva jednoglasnu odluku Vijeća EU-a. S obzirom da se samo trećina država članica pozitivno izjasnila o prijedlogu, donošenje CCCTB direktive u njezinu prvotno zamišljenu obliku postalo je iluzorno.

⁹⁴ European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action*, COM(2015) 302 final.

Za potrebe ovog rada bitno je naglasiti kako je CCCTB model radikalno odmak od temeljnih normi međunarodnog poreznog prava na kojima se trenutno temelji porezno planiranje MNK-ova: načela zasebnog subjekta i načela neovisnosti. Sukladno tomu, tehnike poreznog planiranja opisane *supra* (poglavlje 3.3.) ne bi polučile željeni rezultat u okviru CCCTB-a. Štoviše, pitanje koji će član grupe biti titular PIV-a postalo bi potpuno nevažno za alokaciju prihoda i rashoda. Postojanje resursa nematerijalne imovine, bez obzira na njegovu vrijednost, ne bi imalo nikakva utjecaja na rezultat alokacije prema formuli propisanoj u prijedlogu CCCTB direktive iz 2011. Naime, zbog inherentno mobilnog karaktera tih resursa te predvidivih manipulacija od strane MNK-ova, nematerijalna je imovina izostavljena iz faktora imovine ugrađenog u formulu raspodjele.⁹⁵ U tom bi smislu i *Googleova* porezna strategija (vidi *supra*, poglavlje 4.) izgubila svaki smisao.

6. ZAKLJUČAK

Porezno planiranje MNK-ova utemeljeno je na temeljnim konceptima međunarodnog poreznog prava, poput načela zasebnog subjekta i načela neovisnosti. Isto vrijedi i za planiranje u vezi s nematerijalnom imovinom (npr. autorska i srodna prava, patenti, žigovi, *know how*). Zbog uloge tih resursa u stvaranju ekonomske vrijednosti MNK-ova postizanje optimalnog poreznog tretmana dobiti ostvarene njihovim iskorištavanjem leži u srcu globalno usmjerene porezne strategije MNK-ova. Ostvarenje željenog cilja u obliku najniže moguće efektivne porezne stope bit će moguće ako se planiranje poduzme u svim fazama, od stvaranja novog resursa nematerijalne imovine do njegova otuđenja. Jedan je od najboljih primjera *Googleova* porezna strategija, koju su u veoma sličnom obliku upotrebljavali i drugi MNK-ovi tijekom posljednjih godina te na taj način optimizirali svoje porezne pozicije.

Uspješnost takvih strategija u budućnosti pod znakom je pitanja. Naime, upravo su tematizirane tehnike poreznog planiranja pod povećalom javnosti te su predmet kritika s visokih političkih razina. Percipira ih se kao oruđe s pomoću kojega MNK-ovi izbjegavaju platiti svoj "pravedni udio" u financiranju javnih usluga. Stoga u budućem razdoblju treba očekivati bitne promjene pravnog okvira, i na razini unutarnjeg poreznog prava i na razini poreznih

⁹⁵ Vidi Erasmus-Koen, M., *Common Consolidated Corporate Tax Base: A 'Fair Share' of the Tax Base?*, *International Transfer Pricing Journal*, vol. 18, br. 4, 2011., str. 241.

ugovora, usmjerene sprječavanju tzv. agresivnog poreznog planiranja.⁹⁶ Različite međunarodne inicijative prepoznaju boljke važećih normi međunarodnog poreznog prava kojima je uređen tretman dohotka/dobiti od nematerijalne imovine. Zajednička težnja *de lege ferenda* prijedloga usklađenje je alokacije prava na oporezivanje dohotka/dobiti s lokacijama stvarnih ekonomskih aktivnosti.⁹⁷ Time se želi spriječiti formalno porezno planiranje, tj. manipuliranje poreznim činjenicama bez paralelne promjene ekonomskog sadržaja aktivnosti/transakcije. Međutim, moguće je uočiti izrazite razlike između reformskih prijedloga ocrtanih u ovom radu. Dok prijedlog izmjena OECD-ovih Smjernica o transernim cijenama smjera očuvanju načela neovisnosti, tako da se u odnosu na nematerijalnu imovinu zauzima tzv. funkcionalni pristup, prijedlog za CCCTB model istaknut od strane Europske komisije radikalno je otklon od normi međunarodnog poreznog prava *de lege lata*.

⁹⁶ Od posebne je važnosti pritom sveobuhvatni BEPS projekt OECD-a i G20. Za pregled mogućih akcija država vidi OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf> (15. veljače 2015.).

⁹⁷ Vidi Brauner, Y., *BEPS: an interim evaluation*, *World tax journal*, vol. 6, br. 1, 2014., str. 32.

Summary

Stjepan Gadžo*

TAX TREATMENT OF MULTINATIONAL COMPANIES' INTANGIBLE ASSETS: INTERNATIONAL TAX LAW PERSPECTIVE

Cross-border economic activities inherently entail significant tax risks. On the other hand, economic operators can also make significant tax savings with efficient tax planning strategies. This view is supported by some recent high-profile examples of the world's largest multinational companies (MNCs), which were apparently taxed at relatively low tax rates. MNCs' ownership of high-value intangible assets (e.g. copyrights, patents, trademarks) plays a central role in the shaping of their tax strategy. The main aim of this paper is to analyse the ways in which existing norms of international tax law give leeway for tax planning techniques tailored for MNCs owning intangibles. The paper explores the main features of the standard techniques used to achieve tax efficient treatment of intangibles in a cross-border context. A detailed analysis of one of the best practical examples – tax strategy of Google – is provided in order to illustrate the phenomenon of profit shifting within a corporate group.

Keywords: international tax law, multinational companies, corporate income tax, intangible assets, tax planning

* Stjepan Gadžo, LL.M., Research Assistant, Faculty of Law, University of Rijeka, Hahlić 6, Rijeka; sgadzo@pravri.hr

