

# Kodeks ponašanja na području oporezivanja poduzetnika

---

Žunić Kovačević, Nataša

Source / Izvornik: **Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2006, 27., 241 - 266**

**Journal article, Published version**

**Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:096971>

Rights / Prava: [In copyright](#)/[Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-10-05**

**PRAVI**

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci  
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)  
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

**uniri** DIGITALNA  
KNJIŽNICA

  
DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

## KODEKS PONAŠANJA NA PODRUČJU OPOREZIVANJA PODUZETNIKA

Dr. sc. Nataša Žunić Kovačević, viša asistentica  
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 336.225.3  
Ur.: 18. siječnja 2006.  
Pr.: 10. veljače 2006.  
Izvorni znanstveni članak

*Svojevrsan zakonik, akt političke naravi Kodeks ponašanja na području oporezivanja poduzetnika, Vijeće EU donijelo je 1997. godine u svrhu suzbijanja nelojalne porezne konkurencije i oporezivanja trgovačkih društava unfair porezima kojima se utječe na sposobnost i poziciju društava u tržišnoj utakmici. Iz prihvaćanja Kodeksa ponašanja na području oporezivanja poduzetnika za Republiku Hrvatsku proizaći će brojne obveze. Republika Hrvatska je spremna i upoznata s rješenjima koja će morati ozakoniti u području oporezivanja.*

**Ključne riječi:** Kodeks ponašanja na području oporezivanja poduzetnika, štetna porezna konkurencija, unfair porezi, revizija poreznog zakonodavstva.

### **1. Uvodno o Kodeksu ponašanja na području oporezivanja poduzetnika i štetnoj poreznoj konkurenciji**

Kodeks ponašanja na području oporezivanja poduzetnika<sup>1</sup> Vijeće EU donijelo je 1997. godine u svrhu suzbijanja nelojalne ili štetne porezne konkurencije i sprječavanja oporezivanja trgovačkih društava *unfair* porezima kojima se utječe na njihovu sposobnost i poziciju u tržišnoj utakmici.

U Kodeksu je navedeno pet osnovnih obilježja imanentnih "nepoštenim" ili *unfair* porezima.

---

<sup>1</sup> Code of Conduct for Business taxation, Official Journal, C2/2, 6. siječnja 1998. (dalje u tekstu: Kodeks). Kodeks je donesen na temelju rezolucije Vijeća za gospodarstvo i financije (ECOFIN), od 1. prosinca 1997. godine.

Prvo, takvi porezi sadrže porezne pogodnosti osigurane samo za ona trgovačka društva koja nemaju sjedište na području određene države članice ili predviđaju pogodnosti samo za transakcije sa subjektima koji nemaju sjedište na tom području.

Drugo obilježje *unfair* poreza jesu pogodnosti koje se primjenjuju izvan domaćeg ili nacionalnog tržišta.

Treće, takvi porezi sadrže pogodnosti za one djelatnosti i poslovanja koja nemaju ekonomski *ratio* ili opravdanje.

Takvi porezi ne sadrže pravila o raspodjeli dobiti multinacionalnih koncerna.

Posljednje, peto obilježje *unfair* poreza jest njihova netransparentnost i neučinkoviti žalbeni postupak.

U uvjetima sveprisutne globalizacije i liberalizacije rašireno međunarodno poslovanje stvorilo je velike mogućnosti izbjegavanja oporezivanja, pri čemu su porezi gotovo ključni element u donošenju poslovnih odluka. Velik broj država trpi gubitke prihoda koji nastaju kao posljedica štetne porezne konkurencije. Problem štetne konkurencije nastoji se riješiti posebice na nivou EU, ali i država članica OECD.<sup>2</sup>

Rezultati brojnih OECD-studija pokazuju da bi nacionalni sustavi poreza na dobit morali biti neutralni na poslovne odluke pravnih osoba, jer one ne smiju biti posljedica neneutralnog poreznog sustava.<sup>3</sup> Premda je to možda moguće postići na nacionalnom nivou, to nije slučaj na globalnom nivou zbog prisutne porezne konkurencije među državama.

Na nacionalnom nivou to bi značilo da bi svi oblici dohotka od kapitala morali biti jednako porezno tretirani. To se odnosi na dividende, kamate i zadržanu dobit. Svaki od oblika dohotka od kapitala trebalo bi oporezivati jednakom poreznom stopom na nivou krajnjeg potrošača - fizičke osobe.

U teoriji se razlikuju dva oblika odstupanja od navedenog pojma i shvaćanja porezne neutralnosti. Prvi je povezan s konceptom integracije poreza na dobit u pravnim sustavima pojedinih država, a drugi se temelji na razlikovanju u oporezivanju pojedinih izvora financiranja.

U prvom je slučaju riječ o nejednakom tretmanu dividendi i zadržane dobiti. U većini je poreznih sustava porezna stopa na zadržanu dobit jednaka poreznoj stopi poreza na dobit, dok su dividende još dodatno oporezovane na nivou fizičke osobe. Pri tome zadržana se dobit posredno oporezuje jer dovodi do aprecijacije vrijednosti dionica, te proizvodi kapitalni dobitak, koji je po realizaciji oporezovan. Ipak je, bez obzira na posredne učinke

<sup>2</sup> Države članice OECD-a: Australija, Austrija, Belgija, Kanada, Češka Republika, Danska, Finska, Francuska, Njemačka, Grčka, Mađarska, Island, Irska, Italija, Japan, Koreja, Luksemburg, Meksiko, Nizozemska, Novi Zeland, Norveška, Poljska, Slovačka, Španjolska, Švedska, Švicarska, Turska, Ujedinjeno Kraljevstvo, SAD. Prema, <http://www.oecd.org/document/58/>.

<sup>3</sup> OECD (1991), Taxing profit in a global economy, Paris, str. 25., preuzeto od Tičar, Bojan, Korporacijsko davčno pravo, Ljubljana, str. 158.

pri oporezivanju zadržane dobiti, moguće zaključiti da su dividende više oporezovane. Nejednaki tretman navodi trgovačka društva na to da kao izvor financiranja koriste zadržanje dobiti umjesto izdavanja novih dionica. Takvo razlikovanje pomaže na makrorazini poslovanju postojećih već stabilnih gospodarskih subjekata – trgovačkih društava, ali sprječava osnivanje novih. Empirijska istraživanja kazuju kako takva diskriminacija stvarno umanjuje učinkovitost razdijeljene dobiti.

Drugo odstupanje očituje se u nejednakom tretmanu vlasničkog i dužničkog ili zajmovnog financiranja. Povećavanje dužničkog kapitala s ciljem izbjegavanja ili manjeg plaćanja poreza može odvesti u potkapitalizaciju. Na razini je pravne osobe dobit (prinos vlasničkog kapitala) oporezovana, no kamate (prinos dužničkog kapitala) nisu. To potiče dužničko financiranje te narušavanje odnosa između dužničkog i vlasničkog kapitala na nivou poreznog subjekta – trgovačkog društva. Ponekad povećanje u korist dužničkog kapitala pored negativnih poreznih učinaka tanke kapitalizacije ima i učinak povećavanja stupnja financijske nesposobnosti trgovačkog društva za otplaćivanje dugova. Narušavanjem tog odnosa između vrsta kapitala mogu se povećati troškovi otplaćivanja dugova (veće kamate), pa će društvo teže doći do novoga vlasničkog kapitala, jer se emisija novih dionica mora temeljiti na financijskom zdravlju društva te samo tako može privući nove ulagače.

Prema tome, očito je da porezno reguliranje odnosa između vlasničkog i dužničkog kapitala utječe na financijske odluke društva, a to je samo jedan od javnih oblika porezne konkurencije među državama.

## **2. Štetna porezna konkurencija i jedinstveno oporezivanje trgovačkih društava**

Jedan od pokušaja rješenja navedenih problema sastoji se u jedinstvenom oporezivanju trgovačkih društava na razini EU. U literaturi se navode četiri mogućnosti mogućeg budućeg uređenja jedinstvenog oporezivanja trgovačkih društava.

Prvi model naziva se “Oporezivanje od strane domaće države”.<sup>4</sup> Radi se o fakultativnom modelu jer je pristupanje tako zamišljenom jedinstvenom oporezivanju dobrovoljno. Oporeziva dobit trgovačkih društva koja su dio povezanog multinacionalnog trgovačkog društva utvrđivala bi se i oporezivala prema odredbama zakonodavstva države u kojemu je sjedište tog multinacionalnog trgovačkog društva. Svaka država u kojoj je koje od društava koja čine multinacionalno trgovačko društvo, po tom modelu, zadržala bi pravo na određenje stopa na dio dobiti koji bi joj bio dodijeljen. Navedeni model svakako bi pridonio pojednostavnjenju oporezivanja, pose-

<sup>4</sup> Engl. *Home State Taxation*.

bice sa stajališta poreznih obveznika koji bi morali poznavati i voditi računa samo o poreznom zakonodavstvu domaće države.

Drugi model, "Zajednička usklađena porezna osnovica"<sup>5</sup>, zasniva sa na pretpostavci po kojoj bi zajedničku poreznu osnovicu preuzela većina država. Radi se također o fakultativnom modelu. Navedenim modelom, kao i prethodno spomenutim, ne dira se u stope poreza na dobit, pa svakoj državi ostaje autonomija u određivanju visine poreznih stopa. No, potrebno je utvrditi kriterij po kojemu će se utvrditi koliki je dio dobiti koji može zahvatiti porezna vlast svake pojedine države. Ponudeni su kriteriji vrijednost imovine ili troškovi rada i plaća.

Treći model, "Poduzetnički porez EU"<sup>6</sup>, temelji se na usklađenosti porezne osnovice i porezne stope. Njime se predviđa da bi tako ubrani prihod bio prihod proračuna EU.<sup>7</sup>

Naziv četvrtog modela je "Jedinstvena obvezna harmonizirana porezna osnovica"<sup>8</sup>. Navedenim modelom bi se ukinulo nacionalno oporezivanje dobiti i uveo zajednički, jedinstveni porezni oblik kojega bi porezni obveznici bili svi korporacijski oblici u EU. Previđen model bio bi obavezan za sva trgovačka društva, porezna osnovica bila bi usklađena, zakonodavstvo oporezivanja trgovačkih društava bilo bi u potpunosti harmonizirano a prihodi od tako ubranog poreza bi po utvrđenom sustavu razdiobe bili prihodi državnih, nacionalnih proračuna.<sup>9</sup>

Komisija EU nije se opredijelila koja se od solucija čini najprihvatljivijom. No čini se kako zahtjevi za uspostavom jedinstvenog oporezivanja dobiti na nivou EU dolaze ne samo od poreznih vlasti koje trpe ogromne gubitke prihoda, pored brojnih drugih poteškoća s kojima se susreću, već i od samih trgovačkih društava. Trgovačka su društva sve nezadovoljnija činjenicom

<sup>5</sup> Engl. *The Common Consolidated Tax Base*.

<sup>6</sup> Engl. *The European Union Company Income Tax-EUCIT*.

<sup>7</sup> Trenutno je nezadovoljavajuće rješenje financiranja EU. Naime, unatoč pojmu "vlastita sredstva" veći dio u financiranju jesu uplate i doznake država članica po osnovi nacionalnih prihoda od PDV-a, BDP-a. Stoga postoje dvije mogućnosti učinkovitijeg financiranja, a to je EU zaduživanje (trenutno-zabranjen proračunski deficit) ili vlastiti EU porez. Mogućnosti o kojima se govori u kontekstu uvođenja EU poreza jesu npr.: vlastiti PDV, dio poreza na dohodak, vlastiti porez na energiju, trošarine na duhan, alkohol i mineralna ulja, porez na spekulativne financijske transakcije, porez na izvoru za prihode od kamata, porez na prometne i telekomunikacijske usluge, porez na dobit Europske centralne banke i dr. Svakako da bi tu bio i predmetni – poduzetnički porez ili, preciznije, porez na dobit. No to se čini nespojivim sa EU kao savezom država, već zahtijeva prijelaz na europsku saveznu državu. Svakako to otvara i problem povećanja novih zadata na razini EU, nestabilnosti takvog prihoda kao i potrebu određenja tko će utvrđivati porez, ubirati i upravljati njime. Opcija vlastitog poreznog oblika EU ostvariva je uz ostvarenje stvarne financijske autonomije EU.

<sup>8</sup> Engl. *A Single, Compulsory Harmonized Tax Base*.

<sup>9</sup> Vidi, o navedenim modelima, Pernek, Franc, Jedinstveno oporezivanje trgovačkih društava i štetna porezna konkurencija s naglaskom na države članice Europske unije (EU) i Organizaciju za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD), Hrvatska Pravna Revija, br. 9, 2003., str. 14-15., i Nataša Žunić Kovačević, Pravni aspekti oporezivanja dobiti, doktorska disertacija, Zagreb, 2005., str. 72-75.

da u svome poslovanju moraju poznavati desetke poreznih sustava kojima se susreću u svojem poslovanju te se unatoč činjenici da im isto omogućuje porezno planiranje, ipak zalažu za jedinstveni pristup u oporezivanju dobiti.

Ipak, čini se da političko okruženje diktira izbor između prvog i drugog modela. Treći model s jedinstvenom poreznom stopom smatra se neprihvatljivim kako zbog političkih, tako i poslovnih razloga,<sup>10</sup> a četvrti se čini za trenutno stanje nerealnim.

Unatoč činjenici da se trenutno čine prihvatljivim diferencirane porezne stope nacionalnih poreznih sustava, i u poslovnom okruženju i na razini EU, čini se potrebnim dodatno analizirati prednosti koje bi sa sobom donio sustav jedinstvenog oporezivanja. Stoga nisu zanemarivi i poticaji koji se javljaju u cilju prihvaćanja jedinstvene porezne stope u oporezivanju trgovačkih društava.<sup>11</sup>

U pogledu jedinstvenog sustava oporezivanja ostala su otvorena pitanja hoće li pridruživanje jedinstvenom ili zajedničkom sustavu oporezivanja biti dobrovoljno ili bi trebalo biti obvezno, te vrijedi li taj sustav za sve kategorije trgovačkih društava ili samo za neke. Predviđa se da će se pristupanje zajedničkom sustavu oporezivanja na početku temeljiti na slobodnoj odluci društava. Očekivati je da će prednosti koje takav sustav nudi – prekogranična kompenzacija ostvarenih gubitaka, jedna porezna vlast te nepostojanje problema transfernih cijena - utjecati na odluku o ulasku u sustav koji umanjuje probleme vezane za oporezivanje poduzetničke dobiti. Ne manje važno je da bi time i opterećenje poreznih vlasti bilo znatno manje.

Budući da se trenutno čini prevelikim korakom za nacionalne porezne vlasti prijelaz na uspostavljeni jedinstveni sustav oporezivanja koji bi vrijedio za sva društva, predviđa se da bi u početku taj sustav bio ograničen na oporezivanje multinacionalnih društava ili točno određenih društava, npr. čije dionice kotiraju na burzama vrijednosnih papira, ili pak društva koja imaju status europskog dioničkog društva. Ova potonja mogućnost čini se posebno smislenom.

Upravo se afirmacija jedinstvenog poreznog sustava koji bi vrijedio za europsko dioničko društvo čini razumnom i prihvatljivom. Unatoč velikim očekivanjima od oživotvorenja ideje o europskom dioničkom dru-

<sup>10</sup> Kako politički, tako i poslovni krugovi naglašavaju da država treba zadržati nadležnost pri određivanju poreznih stopa, što omogućuje poštnu konkurenciju među državama. Smatra se da upravo zadržavanje diferencijacije poreznih stopa sprječava da dođe do eventualnog povećanja poreznog opterećenja trgovačkih društava do kojega bi moglo lakše doći u slučaju da porezne stope budu propisane na nivou EU. Prema, Pernek, *Jedinstveno oporezivanje trgovačkih društava i štetna porezna konkurencija s naglaskom na države članice Europske unije (EU) i Organizaciju za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD)*, str. 18.

<sup>11</sup> Vidi o jedinstvenom oporezivanju trgovačkih društava, Terra, J.M., Ben i Wattel, J., Peter, *European Tax Law*, 3. izd., Fed, Deventer, 2001., str. 206.

štvu, upravo činjenica da propisi EU o europskom dioničkom društvu ne pokrivaju porezne aspekte poslovanja tog društva te je ono podređeno nacionalnim poreznim vlastima države u kojoj ima sjedište ukazuje na razloge njezine nerealizacije. Čini se da bi poticaji koji dolaze s nivoa EU za stjecanje statusa *Societas Europae* mogli biti učinkovitiji ukoliko bi porezni aspekt poslovanja bio povoljnije uređen. Takav prihvatljiviji okvir poreznog uređenja mogao bi predstavljati predloženi jedinstveni sustav oporezivanja.<sup>12</sup>

### 3. Obveze koje nameće Code of Conduct

U cilju sprječavanja porezne konkurencije, izazvane *unfair* porezima, navedeni *Code of Conduct* predviđa nekoliko mjera koje države članice imaju primjenjivati i poštivati.

Prva se mjera odnosi na preuzimanje obveze neuvođenja novih štetnih poreza, tj. riječ je o zabrani donošenja novih poreznih propisa koji imaju obilježja *unfair* poreza.

Druga je obveza država članica preispitati postojeće porezne zakone i ukinuti sve štetne porezne mjere što je prije moguće.

Države članice preuzimaju obvezu obavješćivanja drugih država članica o mjerama koje je prihvatila iz Kodeksa te obvezu međusobnog informiranja o prigovorima na porezne propise.<sup>13</sup>

Države članice obvezuju se preuzimanjem Kodeksa u svoje zakonodavstvo na poticanje primjene načela ukidanja štetne porezne konkurencije i u odnosu na treće države, a ne samo u odnosu prema državama članicama.

Iz navedenoga proizlazi da država mora provesti reviziju svojega cjelokupnog poreznog zakonodavstva.

Obveza država članica u području poreznih oslobođenja mogla bi izazvati veliki otpor. Tako će Republika Hrvatska morati uskladiti svoja porezna oslobođenja s odredbama europskoga prava u tom području, koja su vrlo restriktivna. Naime, države članice preuzimanjem Kodeksa preuzimaju obvezu neprimjene poreznih subvencija jer nisu u skladu s pravom EU. Republika Hrvatska morat će u potpunosti uskladiti porezna oslobođenja i porezne olakšice s pravnom stečevinom EU.

Pravo državnih subvencija izuzetno je strogo i gotovo da su, u obliku u kojem ih mi poznajemo, subvencije zabranjene na području EU. Tako je u odredbama Ugovora o osnivanju EU navedeno kada su subvencije dopuštene, u čl. 87. i 88. Subvencije se općenito smatraju nesukladne je-

<sup>12</sup> Prema, Pernek Franc, Jedinstveno oporezivanje trgovačkih društava i štetna porezna konkurencija s naglaskom na države članice Europske unije (EU) i Organizaciju za ekonomsku suradnju i razvoj (OECD), str. 16-21.

<sup>13</sup> Prema, Lončarić-Horvat, Olivera, Porezno pravo Europske unije, Pravo i porezi, 5, 2004., str. 62.

dinstvenom tržištu. Stoga su dopuštene jedino subvencije koje imaju socijalnu narav, a koje se odobravaju individualnim korisnicima, zatim subvencije kojima se uklanja šteta prouzročena prirodnim nepogodama ili izvanrednim okolnostima. Potencijalno dopuštene jesu i subvencije kojima se želi unaprijediti ekonomski razvoj područja s izuzetno niskim životnim standardom ili s velikom nezaposlenošću te subvencije koje imaju za cilj olakšati ili omogućiti ostvarenje značajnih projekata od interesa za Europsku uniju ili popraviti ozbiljne povrede i narušavanja gospodarskih prilika u kojoj od država članica. Jednako je moguće da budu dopuštene i subvencije koje imaju za cilj olakšati i ubrzati razvoj određenih ekonomskih aktivnosti ili određenih gospodarskih područja kada ne uzrokuju promjene u tržišnom natjecanju koje bi bile protivne zajedničkom tržištu, zatim subvencije koje imaju za cilj unaprjeđenje očuvanja kulturnih i povijesnih vrednota a kojim se ne utječe na tržišno natjecanje i konkurenciju na način protivan zajedničkom tržištu. Vijeće može odrediti i druge kategorije subvencija koje bi mogle biti dopuštene, ali odluka Vijeća o tom pitanju uvijek se donosi kvalificiranom većinom, a na prijedlog Komisije.

Nadzor nad provedbom navedenih odredbi povjeren je samoj Komisiji EU, a u slučaju njihove povrede previđeno je obraćanje Europskom sudu.

Preuzimanjem Kodeksa nastaju i druge obveze za države članice, pa tako države članice preuzimaju i obvezu implementacije odredbi o neoporezivanju kamata, autorskih naknada i i dividendi koje se isplaćuju između povezanih društava. Jednako su države članice obvezne ukinuti prepreke transferu imovine između povezanih društava.

### **3.1. Obveza neoporezivanja kamata, autorskih naknada i dividendi**

Prva, obveza implementacije odredbi o neoporezivanju kamata, autorskih naknada i dividendi koje se isplaćuju između povezanih društava znači implementaciju odredbi Smjernice o oporezivanju kamata i prihoda od autorskih prava.

Gotovo trinaest godina nakon jedinih dviju smjernica koje uređuju izravno oporezivanje trgovačkih društava, 3. lipnja 2003. godine donesena je i treća – Smjernica o oporezivanju kamata i prihoda od autorskih prava<sup>14</sup> (*Interest and Royalties Directive*). Donošenje i primjena Smjernice imaju za cilj ustanoviti jedinstveni sustav oporezivanja koji se primjenjuje na isplate kamata i dohodaka od autorskih prava između povezanih društava različitih

---

<sup>14</sup> Smjernica je donesena 3. lipnja 2003. godine i objavljena u *Official Journal L 157, 26/06/2003*. Smjernica Vijeća 2003/49/EC. Puni naziv je Smjernica o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se odnosi na plaćanja kamata i tantijema između pridruženih trgovačkih društava različitih država članica. Vijeće Europske unije je donijelo navedenu Smjernicu kojom se želi ujednačiti pristup država članica prekograničnom oporezivanju prihoda od kamata i tantijema. Unatoč želji da tekst stupi na snagu početkom 2004. godine, primjena je odgođena do 1. siječnja 2005. godine.



država članica.<sup>15</sup> Navedeni se cilj prvenstveno nastoji ostvariti izuzimanjem od oporezivanja u zemlji izvora.<sup>16</sup>

U svom uvodnom dijelu Smjernica navodi kao osnovu svog donošenja, kao što je to slučaj i kod prethodno navedenih dviju smjernica, Ugovor o osnivanju Europske zajednice.<sup>17</sup> U uvodnim odredbama navodi se kao obrazloženje za donošenje Smjernice da na jedinstvenom tržištu koje ima osobine domaćeg, nacionalnog tržišta, transakcije koje se odvijaju između trgovačkih društava različitih država članica ne smiju imati manje povoljan tretman od onog koji vrijedi za iste transakcije između trgovačkih društava jedne države članice. Navedenom zahtjevu ne udovoljava dosadašnji pristup oporezivanju isplata kamata i tantijema budući da nacionalna porezna prava, unatoč primjeni i bilateralnih i multilateralnih ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, ne mogu osigurati uklanjanje dvostrukog oporezivanja. Pored toga, njihova primjena navedenih međunarodnih ugovora povlači za sobom velike administrativne formalnosti i druge probleme za trgovačka društva na koja primjena odnosi.

Stoga je nužno osigurati da će kamate i prihodi od autorskih i njemu srodnih prava biti predmetom oporezivanja samo jednom, u državi članici.

U uvodnim se odredbama navodi kako se ukidanje oporezivanja kamata i prihoda od autorskih prava u državi članici gdje nastaju, čini najprikladniji način za uklanjanje prethodno spomenutih popratnih otežavajućih okolnosti primjene međunarodnih ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja. Također čini se prikladnim i za ostvarenje zahtjeva za jednakim tretmanom nacionalnih i prekograničnih transakcija. Posebno je potrebno ukinuti porez na isplate kamata i prihoda od autorskih prava koje se odvijaju između povezanih trgovačkih društava različitih država članica, kao i između stalnih poslovnih jedinica tih društava. U navedenom se države članice ne onemogućuju u poduzimanju prikladnih mjera za suzbijanje i borbu protiv zloupotreba.<sup>18</sup>

Smjernica se odnosi na iznose ostvarene u jednoj državi članci Europske unije u obliku isplaćenih kamata i prihoda od autorskih i njemu srodnih

<sup>15</sup> *Associated companies, affiliated companies, Group of companies*, itd. – riječ je o različitim stupnjevima povezanosti. Vidi opširnije, *Porezni leksikon s višejezičnim rječnikom*, Institut za javne financije, Zagreb, 1996., str. 7.

<sup>16</sup> Vidi, Cerioni, Luca, *Intra-EC Interest and Royalties tax Treatment*, European Taxation, IBFD, siječanj, 2004., str. 47.

<sup>17</sup> Izrijekom se navodi članak 94. Istaknuto je da je Smjernica donesena temeljem prijedloga Komisije, mišljenja Europskog parlamenta te mišljenja Europskog gospodarskog i socijalnog odbora.

<sup>18</sup> Za Grčku i Portugal predviđalo se prijelazno razdoblje zbog proračunskih razloga, kako bi postupno smanjivale navedeni porez na izvoru do potpunog ukidanja. Prijelazni period odobren je i Španjolskoj, u kojemu se odobrava ne primjena izuzimanja od poreza na izvoru isplata dohodaka od autorskih i njemu srodnih prava.

Europska Komisija ima obvezu izvijestiti Vijeće o djelovanju i učincima Smjernice, u roku od tri godine od datuma do kojega je Smjernicu trebalo prenijeti u nacionalna zakonodavstva.

prava. Takvi iznosi moraju biti izuzeti od oporezivanja u toj državi članici u kojoj su ostvareni, i to bilo da je riječ o oporezivanju porezom po odbitku na izvoru bilo razrezom poreza na ukupnu dobit. Uvjet za primjenu Smjernice jest da je gospodarski vlasnik kamata i prihoda od autorskih prava trgovačko društvo koje je rezident druge države članice ili stalna poslovna jedinica trgovačkog društva koja je rezident države članice, smještena u drugoj državi članici.

Dakle, Smjernica se primjenjuje na trgovačka društva, i to ako se država izvora prihoda razlikuje od države rezidencije gospodarskog ili stvarnog vlasnika isplaćenih kamata i prihoda od autorskih prava, također trgovačkog društva ili stalne poslovne jedinice.<sup>19</sup> Stalna poslovna jedinica smatrat će se isplatiateljem navedenih oblika prihoda samo ukoliko ta plaćanja predstavljaju porezno priznati rashod stalne poslovne jedinice koji se može odbiti u državi članci u kojoj se nalazi.

Državom izvora naziva se država članica čije je rezidentnosti trgovačko društvo koje isplaćuje kamate ili prihode od autorskih prava.<sup>20</sup>

Trgovačko društvo koje je rezident države članice smatrat će se stvarnim ili gospodarskim vlasnikom kamata i prihoda od autorskih prava jedino ukoliko prima takve isplate u svoju korist. Jasno je, budući da su isključeni posrednici, zastupnici, povjerenici, da gospodarski vlasnik takve isplate mora primati u svoje ime i za svoj račun.

Stalna poslovna jedinica smatrat će se gospodarskim ili stvarnim vlasnikom navedenih oblika prihoda ako je potraživanje ili pravo iz kojega nastaje plaćanje kamata ili prihoda od autorskih prava, stvarno povezano s tom stalnom poslovnom jedinicom.

Kumulativno mora biti ispunjen i uvjet da navedeni oblici prihoda predstavljaju prihod u odnosu na koji ta stalna poslovna jedinica u državi članici u kojoj se nalazi plaća porez na dobit.<sup>21</sup>

Kada se stalna poslovna jedinica društva države članice smatra isplatiateljem ili gospodarskim vlasnikom kamata ili prihoda od autorskih prava, niti jedan drugi dio trgovačkog društva ne može imati takav tretman - također biti smatran isplatiateljem navedenih oblika prihoda.

Odnos stalne poslovne jedinice ili trgovačkog društva koji imaju status isplatiatelja i gospodarskog vlasnika stalne poslovne jedinice ili trgovačkog društva mora predstavljati odnos povezanih društava.

<sup>19</sup> Vidi o pojmu, Engl. *Beneficial owner* - stvarni ili gospodarski vlasnik, Porezni leksikon, str. 37.

<sup>20</sup> Engl. *Source state*.

<sup>21</sup> Iz nacionalnog zakonodavstva naveden naziv poreznog oblika, Vidi, Smjernica, čl. 3. (a)(iii). Predviđa se da to može biti i drugi porezni oblik, identičan navedenom ili u biti sličan, ako je u porezne sustave država članica uveden nakon donošenja Smjernice, te nije naveden nazivom.

Smjernica se ne primjenjuje u odnosu na stalne poslovne jedinice smještene u trećim državama u kojima trgovačka društva država članica obavljaju cjelokupno ili dio svojega poslovanja.

Države članice imaju opciju te se mogu odlučiti da ne primjenjuju Smjernicu u odnosu na trgovačko društvo druge države članice u okolnostima gdje uvjeti za kvalifikaciju društva kao povezanog društva<sup>22</sup> nisu bili ispunjeni u neprekinutom trajanju od najmanje dvije godine. Država izvora može zahtijevati u trenutku isplate da se ispunjenje Smjernicom predviđenih uvjeta potkrijepi ovjerenim dokumentima. Ukoliko se u trenutku isplate ne pruže dokazi o ispunjenju predviđenih uvjeta, država članica slobodna je na odbitak poreza na izvoru. Smjernicom se određuje sadržaj takvih iskaza kojima se potkrjepljuje ispunjenje uvjeta kao i vrijeme važenja takvih dokumenata. Predviđa se minimalno jednogodišnja valjanost pribavljenih dokumenata, ali ne mogu poslužiti kao dokaz protekom tri godine od njihova izdavanja.<sup>23</sup> Ukoliko u navedenom postupku koji se provodi radi donošenja odluke o izuzimanju od oporezivanja na izvoru bude utvrđeno da nisu ispunjeni za to potrebni uvjeti, primatelj isplata mora bez odlaganja izvijestiti isplatitelja. Odluka o izuzimanju ili o neizuzimanju mora biti donijeta u roku od tri mjeseca nakon što su pribavljene potrebne dokazne isprave propisanog sadržaja.

Ako je društvo ili stalna poslovna jedinica platilo porez po odbitku na izvoru, na isplate koje su morale biti izuzete može se zahtijevati povrat tako plaćenog poreza na izvoru, u roku od dvije godine od dana isplate kamata ili prihoda od autorskih prava.

Pojam kamate Smjernica definira kao prihod koji nastaje temeljem potraživanja svake vrste, neovisno o tome je li takvo potraživanje osigurano ili nije te daje li takvo potraživanje vjerovniku pravo na sudjelovanje u dobiti dužnika. Tu posebno ulazi prihod od vrijednosnica, obveznica, zadužnica, uključujući premije i nagrade ostvarene temeljem navedenih vrijednosnica. Zakasnine se ne smatraju kamatama.

Pojam prihod od autorskih i njemu srodnih prava odnosi se na isplate svih vrsta koje su primljene za upotrebu ili pravo na upotrebu intelektualnog vlasništva, kao što je pravo reproduciranja književnog, umjetničkog ili znanstvenog rada, uključujući kinematografske filmove i softvere, zatim patenta, zaštitnog znaka, dizajna ili modela, plana, tajne formule ili postupka ili podatka koji se tiče industrijskog, komercijalnog ili znanstvenog iskustva.

Isplate za upotrebu ili pravo upotrebe industrijske, komercijalne ili znanstvene opreme smatraju se također prihodom od autorskih prava.

Tri su uvjeta koja trgovačko društvo, povezana društva ili stalna poslovna jedinica moraju ispuniti da bi bilo kvalificirani, odnosno da bi se u odnosu na njih primjenjivale odredbe predmetne Smjernice.

<sup>22</sup> Uvjeti su postavljeni u Smjernica, čl. 3.(b).

<sup>23</sup> Vidi o sadržaju dokaznih isprava, čl. 1. t. 13. a-e.

Prvi uvjet odnosi se na oblik trgovačkog društva, drugi na rezidentnost, a posljednji na svojstvo poreznog obveznika predviđenog poreznog oblika.

Smjernica u Aneksu navodi statusne oblike trgovačkih društava na koje se odnosi.

Uz ispunjenje uvjeta forme ili propisanog oblika trgovačkog društva mora biti udovoljeno i uvjetu da je riječ o društvu koje je rezident države članice. U tom smislu društvo ne smije, prema odredbama ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja kojeg je država članica zaključila s trećom državom, biti smatrano društvom koje ima rezidentnost države ne članice.

Posljednji uvjet koji mora biti ispunjen tiče se svojstva društva kao poreznog obveznika Smjernicom predviđenog poreznog oblika. Predviđa se da osim navedenih poreznih oblika trgovačko društvo može biti i obveznikom kojeg drugog poreznog oblika koji nije predviđen u Smjernici, ali koji je isti ili po svojoj suštini sličan navedenom poreznom obliku ako je uveden u nacionalne porezne sustave kao zamjena navedenog poreznog oblika ili kao dodatak istome nakon donošenja Smjernice. Trgovačka društva oslobođena ili izuzeta od oporezivanja navedenim poreznim oblicima nisu porezni obveznici istih, pa ne mogu steći svojstvo kvalificiranog društva.

Da bismo govorili o pridruženom trgovačkom društvu u smislu Smjernice, mora biti udovoljeno jednom od tri alternativno postavljena uvjeta.

Trgovačko društvo smatra se pridruženim društvom drugog trgovačkog društva ako, prvo ima izravni udio od najmanje 25% u kapitalu drugog, ili drugo društvo ima izravni udio u kapitalu prvog društva koji iznosi najmanje 25% ili treće trgovačko društvo izravno sudjeluje u kapitalu prvog i drugog društva s udjelom koji iznosi 25% ili više.

Pri tome, sva trgovačka društva moraju imati rezidenetnost jedne od država članica. Države članice imaju opciju po kojoj umjesto udjela u kapitalu mogu postaviti kao kriterij za utvrđenje je li riječ o pridruženim društvima, jednaku visinu ali udjela izraženih u glasačkim pravima. Smjernicom se daje državi izvora opcija da odbije koristi predviđene Smjernicom ukoliko kriteriju sudjelovanja nije udovoljeno na način da se radi o neprekinutom periodu od najmanje dvije godine.

Za potrebe Smjernice stalna poslovna jedinica definira se kao stalno mjesto poslovanja smješteno u državi članici putem kojega se obavlja cjelokupno ili dio poslovanja trgovačkog društva druge države članice.

Smjernica određuje pojedine kategorije isplata koje su isključene iz pojma kamate i prihoda od autorskog prava.

Države članice obvezne su bile implementirati odredbe Smjernice u nacionalna zakonodavstva do 1. siječnja 2004. godine. Razlozi, po naravi budžetarni, uvjetovali su odobrenje tranzicijskog perioda za neke države koje u tom vremenu moraju progresivno smanjivati porez na izvoru na kamate i/ili prihode od autorskih prava.<sup>24</sup> Budući da je bilo očekivati da će primjena

<sup>24</sup> Grčka, Portugal, Španjolska, Češka, Slovačka, Poljska, Latvija i Litvanija.

Smjernice izazvati proračunske probleme, odobren tranzicijski period primjene Smjernice značio je za neke države neprimjenjivanje Smjernice, za neke je odobren takav prijelazni period u trajanju od 8 godina, tako da prve četiri godine stopa oporezivanja kamata i dohodaka od autorskih prava ne smije biti veća od 10%, a u zadnje četiri godine prijelaznog perioda ne smije biti ista stopa veća od 5%.

U prosincu 2003. godine predložene su izmjene u cilju promjene polja primjene Smjernice *ratione personae* na način da se proširuje popis trgovačkih društva u skladu s izmjenama Smjernice o društvu roditelju i društvu kćerki. Uz te izmjene došlo je 2004. godine do izmjena kojima se u polje primjene uključuju i oblici društava novih država članica.<sup>25</sup>

Smjernica predviđa velike prednosti za međunarodne grupe trgovačkih društava koje imaju svoje pridružene članove unutar Europske unije, poput uklanjanja problema dvostrukog oporezivanja, manjeg opterećenja administrativnim formalnostima te u načelu ukidanja oporezivanja isplata kamata i prihoda od autorskih prava u državi članici u kojoj nastaju. Priključenjem novih deset članova te su prednosti samo proširene te tako povećane.<sup>26</sup>

### 3.2. Obveza uklanjanja prepreka transferu imovine

U pogledu nastanka obveze uklanjanja prepreka transferu imovine između povezanih društava radi se o primjeni odredbi Smjernice o spajanjima.<sup>27</sup> Države članice preuzimanjem Kodeksa preuzimaju i obvezu implementacije odredbi navedene Smjernice u svoje zakonodavstvo.

Zapreku međunarodnoj ekspanziji povezanih trgovačkih društava predstavlja nepovoljniji porezni tretman prekograničnih spajanja u usporedbi sa spajanjima trgovačkih društava koja se odvijaju unutar granica jedne te iste fiskalne jurisdikcije. Istodobno je onda riječ o zapreci ispravnom funkcioniranju jedinstvenoga tržišta Europske unije i jednome od oblika štetne porezne konkurencije koju se odredbama Kodeksa nastoji, ako ne ukloniti a onda, umanjiti.

Prije donošenja i primjene Smjernice, spajanja dvaju ili više trgovačkih

<sup>25</sup> Smjernica 2004/66/EC, od 26. travnja 2004.

<sup>26</sup> Potrebno je da investitori u nove države članice imaju ipak na umu da neke od tih država uživaju u koristima prijelaznog razdoblja primjene Smjernice.

<sup>27</sup> Postoji još jedna smjernica poznata pod sličnim imenom – Smjernica o spajanjima ili *Merger Directive*, no riječ je o trećoj smjernici prava trgovačkih društava, od 9. listopada 1978., koja se odnosi na nacionalna spajanja trgovačkih društava. Ona ne sadrži odredbe o poreznim aspektima i tretmanu spajanja trgovačkih društava niti se primjenjuje na prekogranične ili međunarodne operacije spajanja. Vidi, *Official Journal* br. L 295, od 20. listopada 1978. Ovdje želimo ukazati na neke terminološke razlike i neusklađenosti. Iako je uobičajeno prevoditi pojam “*mergers*” kao spajanja, ispravnije bi bilo govoriti o fuzijama. Naime, pojam fuzija trgovačkih društava odnosi se na spajanja i pripajanja, na što se navedene smjernice i odnose.

društava različitih država članica bila su povod za oporezivanje neostvarenih (kapitalnih) dobitaka i fiskalnih pričuva. Donošenjem Smjernice to se gubi ili odgađa kao što se predviđa i prijenos gubitaka nastalih prije spajanja.

Smjernica ima ograničeno polje djelovanja. Ona se odnosi jedino na kratkoročne porezne probleme i implikacije koji nastaju spajanjem trgovačkih društava različitih država članica (točnije samo jednokratne probleme).

Među kratkoročne, ili točnije, jednokratne porezne posljedice koncentracija trgovačkih društava ulazi i ostvarenje kapitalnih dobitaka koje su produkt spajanja. U situaciji kada društvo A pripaja podružnicu ili dio svojih aktivnosti, npr. tvornicu koja obavlja određenu djelatnost drugom društvu B u drugoj državi članici, a zauzvrat dobiva udjele u društvu B, tada trgovačko društvo A mora platiti porez na razliku između tržišne vrijednosti i porezno-računovodstvene vrijednosti prenesene tvornice. Društvo A možda neće biti sposobno platiti taj porez na kapitalni dobitak jer je za ulaganje u tvorničku imovinu primilo jedino udjele u društvu B, a ne gotovinu. Štoviše, nakon pripajanja imovine tvornice društvu B, društvo A će morati obrisati sve porezno izuzete pričuve koje su unesene u odnosu na prenesenu imovinu. To znači da će morati platiti porez na dobit na vrijednost tih pričuva. Pored toga, zahtjev za prenošenje gubitaka povezanih s prenesenom tvornicom ne može bit prenesen na društvo B te jednostavno prestaje.

Za dioničara koji je uključen u prava spajanja, podjele, ili spajanja udjela nastaju slični kratkoročni porezni problemi. To znači da dioničar koji zamjenjuje svoje dionice ili udjele u društvu A za novoizdane dionice u inozemnom društvu B, a to društvo B preuzima društvo A, tada dioničar ostvaruje kapitalni dobitak na udjelima u društvu A. On možda neće biti sposoban platiti dužni porez na kapitalni dobitak jer nije primio gotovinu za uzvrat, već jedino dionice u društvu B.

Dugoročni ili periodični problemi nisu njome pokriveni. Naime, rješavanje periodičnih poreznih posljedica spajanja trgovačkih društva značilo bi upletanje u porezne sustave država članica i to u cijelosti.<sup>28</sup>

Smjernicom se predviđa zajednički, opći sustav odgode oporezivanja kapitalnih dobitaka i pričuva koja nastaju prilikom različitih oblika međunarodnih korporacijskih restrukturiranja trgovačkih društva, koja prema tome imaju sjedišta u različitim državama članicama.

Zakonodavac u Europskoj uniji nije mogao nametnuti obvezu državama članicama da jednostavno prošire primjenu nacionalnog poreznog zakonodavstva na predmetne međunarodne operacije. Prema tome, države članice nisu bile obvezne proširiti primjenu poreznih pogodnosti koje vrijede za korporacijska restrukturiranja trgovačkih društava unutar granica jedne

<sup>28</sup> To bi značilo zadiranje u sustave oporezivanja raspodijeljene dobiti trgovačkih društava, a politički gledano nije bilo vrijeme za započinjanje harmonizacije tog dijela porezne politike i sustava država članica.

države na iste operacije koje su prekogranične. To nije bilo moguće zbog velikih razlika u nacionalnim poreznim sustavima država članica.

Budući da puko proširenje nacionalnih sustava odgoda plaćanja poreza na navedene međunarodne operacije ne bi bio učinkovit put, bilo je nužno izgraditi jedan opći, zajednički sustav koji bi vrijedio u svim državama članicama.

Smjernica se odnosi isključivo na međunarodne ili prekogranične operacije. Isključene su ne samo operacije koje se odvijaju unutar granica jedne države, već se Smjernica neće primjenjivati ni u situacijama gdje je uključena samo inozemna poslovna jedinica ili inozemni dioničari.

Trebalo je više od 20 godina da Smjernica bude donesena.<sup>29</sup>

Smjernica ne rješava dugoročne i periodične probleme koji se javljaju povodom spajanja budući da njihov uzrok leži u različitim sustavima država članica koji uređuju oporezivanje raspodijeljene dobiti trgovačkih društava.

U rješavanju navedenih problema trgovačka se društva koriste uglavnom poreznim savjetnicima koji oblikuju strukture kao što je npr. shema spojenih dionica<sup>30</sup> i shema pristupa dividendi.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Prvi nacrt Vijeće je primilo 1969. godine. Danas su aktualne izmjene Smjernice o spajanjima. Inicijalni prijedlog je od 18. studenog 2003. U travnju 2004. godine je Europska Komisija izradila prijedlog izmjena. Vidi, Proposal for European Parliament and Council directive on cross-border mergers of companies with share capital, Pijedlog Komisije: COM (2003) 703.

Kao što je to slučaj s većinom instrumenata harmonizacije, tako je i konačni i usvojeni sadržaj Smjernice rezultat brojnih kompromisa. Od prvog je prijedloga ostalo malo. Posebno treba istaknuti da Smjernica ne predviđa nikakve olakšice ili oslobođenja od poreza na prijenos nekretnina s jednog trgovačkog društva na drugo, gdje je prijenos udjela u nekretninama zamjena za udjele u tom drugom društvu. Čak i kada su predmetne nekretnine dio cjelokupnog poduzetništva koje se prenosi, ne predviđaju se olakšice.

Porez propisan pri transakcijama prijenosa udjela u nekretninama izražava se kao fiksni postotak od prodajne cijene. Po određenim se klasifikacijama porez na prijenos klasificira kao porez na financijske i imovinske transakcije.

<sup>30</sup> O spojenim dionicama govorimo kada dionice dvaju ili više odvojenih inkorporiranih subjekata osnovanih u različitim jurisdikcijama bivaju spojene na način da stvarno i za potrebe trgovanja njima čine jednu jedinicu. Time se omogućuje da se takve spojene dionice prodaju zajedno. Sredstvo spajanja dionica ovisi o propisima država koje su uključene u konkretni slučaj. Razne kombinacije i sheme koje se javljaju u svezi sa spojenim dionicama u pravilu se koriste povodom oporezivanja, kako bi dividende pritjecale izravno dioničarima grupe trgovačkih društava, a ne putem jednog ili više trgovačkih društava posrednika. Takvim se shemama prvenstveno nastoji omogućiti dioničarima ostvarenje prava na odbitak od poreza koji je propisan u odnosu na dividende prema sustavima imputacije. Prema, Porezni leksikon, str. 315.

<sup>31</sup> Shema pristupa dividendi, poznata i kao prekomorski planovi dioničara za dividendu predstavljaju takve sustave kojima se dioničaru odobrava pravo primanja dividendi od društva kćerke. Nekoliko je varijanti sustava pristupa dividendi, ali svi su nastali sa istom svrhom - poreznom. Njima se želi omogućiti da dioničarima grupe trgovačkih društava dividende pritječu izravno i bez posrednika. Najčešće se žele izbjeći posredni nivoi koji svaki za sebe mogu biti povodom oporezivanja ili pak se želi dioničarima omogućiti korištenje odbitkom u svezi s dividendom u sustavima imputacije. Prema, Porezni leksikon, str. 107-108.

Smjernica se odnosi na četiri vrste operacija.<sup>32</sup> Riječ je o pravim (zakonskim) spajanjima (engl. *legal merger*),<sup>33</sup> podjelama ili diobama (engl. *legal divisions*),<sup>34</sup> prijenosu imovine, (engl. *transfer of assets - asset merger, contribution of assets*) te zamjenama udjela (engl. *exchange of shares - share merger*).

O transakciji prijenosa imovine riječ je kada jedno egzistirajuće trgovačko društvo (A) prenosi jednu ili više svojih poslovnih jedinica, podružnica ili dijelova svoje djelatnosti i poslovanja na drugo već postojeće ili novoosnovano društvo (B). Uzimajući to u obzir društvo primatelj (B) izdaje vrijednosnice koje predstavljaju njegove udjele u kapitalu i prenosi ih na društvo A. Posljedica je toga da društvo B postaje djelom društvo kćerka društva A.

Pojam iz Smjernice "prijenos imovine" na neki način dovodi u zabludu i može zavesti u interpretaciji odredbe. To je stoga što prijenos nepovezane imovine nije kvalificiran - prijenos jednog ili više povezanih dijelova poslovanja je potreban. Stoga bi bio adekvatniji pojam "prijenos jednog ili više dijelova poslovanja". Doduše, člankom 2. Smjernice definiran je pojam dijelova poslovanja (*branch of activity*) kao cjelokupna imovina i obveze jednog odjeljka trgovačkog društva koja s organizacijske točke gledanja predstavlja neovisno i samostalno poduzetništvo i poslovanje, ili drugim

<sup>32</sup> Vidi, Smjernica, čl. 2. a-d.

<sup>33</sup> Kada je riječ o pravim ili zakonskim spajanjima, tada jedno ili više trgovačkih društava prenosi sva svoja prava, imovinu i obveze na drugo trgovačko društvo. Pripojena trgovačka društva prestaju postojati bez provođenja postupka likvidacije. Ona pravno gledano nestaju. Društvo kojemu su pripojena zakonski je sljednik društava koja su tako "nestala". Apsorbirana su društva na taj način prestala postojati kao zasebni pravni i poslovni subjekti. Tri su podvrste pravog ili zakonskog spajanja. U prvom slučaju jedno ili više trgovačkih društava spaja se i ulazi u drugo, već postojeće društvo. Apsorbirana društva prestaju postojati kao samostalni subjekt, a apsorbirajuće društvo preuzima sve prava i obveze apsorbiranih društava. Drugi podoblik spajanja nastaje kada se dva ili više postojećih društava spajaju u od njih upravo u tu svrhu novoosnovano društvo. To je konsolidacija, jer trgovačka društva uključena u nju prestaju postojati, a nastaje novo trgovačko društvo. O trećem podobliku govorimo kada se društvo kćerka koje je u cijelosti u rukama društva roditelja uključuje u društvo roditelja, a što se naziva i kvazilikvidacijom, ali i "uzvodnim spajanjem", dok je o nizvodnom spajanju riječ kada se društvo roditelj spajanjem uključuje u društvo kćerku.

<sup>34</sup> O podjeli je riječ kada jedno egzistirajuće trgovačko društvo prenosi svu svoju imovinu, ovlaštenja i obveze na dva ili više novoosnovana ili od ranije egzistirajuća društva, koja postaju njegovi pravni i zakonski sljednici. Društvo koje prenosi svoju imovinu prestaje postojati, i to bez provođenja likvidacije. Za primljenu imovinu i obveze društva primatelji izdaju dionice (bivšim) dioničarima društva koje je prestalo postojati (papir za papir ili *paper for paper*).

Doduše članak 2. a i b Smjernice zahtijevaju izdavanje novih dionica od strane društva primatelja, kako bi pravo spajanje i podjela bili kvalificirani prema odredbama Smjernice te ostvarenje njome predviđenih koristi.

Na taj način navedene odredbe sugeriraju da jedino izdavanje novih dionica može biti temeljem za kvalificiranje navedenih operacija za ulaznje u polje primjene Smjernice. No, čini se da prijenos imovine i obveza također mogu biti kvalificirani i ukoliko društvo primatelj ili njegovo društvo roditelj izvrši prijenos već postojećih izdanih dionica koje ono drži na dioničare društva koje se prenosi i prestaje postojati.



riječima, jedno tijelo koje je sposobno poslovati i funkcionirati svojim vlastitim sredstvima na samostalan način.

Iz navedene definicije nije jasno mora li predmetni “ogranak poslovanja” obavljati neku aktivnu djelatnost i poslovanje, kao što bi bio npr. odjeljak proizvodnje, ili to može biti poslovanje koje se odnosi na neproduktivnu djelatnost, npr. ogranak upravljanja i nadzora.<sup>35</sup>

Društvo na koje je preneseno poslovanje ili poslovna jedinica može biti i tek osnovano društvo. No, većina država članica zahtijeva ipak da to društvo “primatelj” - na koje je preneseno poslovanje ili poslovna jedinica, bude i nositeljem neke aktivne djelatnosti i poslovanja, a oslanjajući se na odredbe Smjernice o zabrani zloupotrebe prava.

Presuda Europskog suda iz slučaja *Leur-Bloem*<sup>36</sup> mogla bi prisiliti države članice na promjenu dotadašnjeg stajališta te na izmjenu prakse tako da se zahtjev za odgodu poreza ne odbija automatski u situaciji kada društvo primatelj ne obavlja aktivno poslovanje, već samo onda kada je dokazana konkretna zloupotreba koja je u tijeku, tj. koja se doista događa. Štoviše, Sud je presudio da spajanje ili restrukturiranje koje se provodi u obliku zamjene udjela, u što je uključeno novoosnovano holdinško trgovačko društvo, pa stoga to društvo ne obavlja nikakvu djelatnost ni poslovanje, treba smatrati operacijom koja ima opravdanu i valjanu trgovačku svrhu. Prema tome, države članice ne mogu jednostavno i automatski odbiti primjenu Smjernice i njezinih pogodnosti u slučaju kada je riječ o zamjeni udjela gdje su uključena društva koja nemaju nikakva aktivna poslovanja. Države članice moraju pružiti dokaz postojanja zloupotrebe prije takvog odbijanja.

Kada trgovačko društvo (A) stječe udio u drugom društvu (B), koje je ciljano društvo,<sup>37</sup> govorimo o transakciji zamjene udjela. Kada društvo (A) stječe udio na način da dobiva, tj. ima glasačku većinu u drugom društvu (B), znači da je riječ o preuzimanju.<sup>38</sup> Društvo stjecatelj (A) plaća društvu (B) za stečene dionice na način da izdaje vrijednosnice koje predstavljaju vlastiti dionički kapital, i to (bivšim) dosadašnjim dioničarima društva B. Rezultat toga je da ciljano trgovačko društvo postaje društvo kćerka društva stjecatelja. No, vjerojatno je da se porezna olakšica predviđena Smjernicom ne primjenjuje na zamjenu samo jedne dionice<sup>39</sup> koja mijenja i iskrivljuje bilancu i ravnotežu na način da je mijenja od manjinskog udjela (49,9%) u glasačku kontrolu i većinu (50,1%).

U vrijeme donošenja Smjernice do današnjih dana operacije pravog spajanja i podjele nisu bile moguće između trgovačkih društava različitih

<sup>35</sup> Navedeni pojam nalazimo i u drugim harmonizacijskim aktima poput Smjernice o neizravnom oporezivanju povećanja kapitala. Vidi, npr. Smjernica 69/335/EEZ od 17. srpnja 1969., koja je izmijenjena smjernicom 85/303/EEC 1985, OJ br. 156, od 15. lipnja 1985.

<sup>36</sup> Vidi, Slučaj C-28/95, *Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam*, (1997), ECR I - 4161. i fus notu 56. ovoga rada.

<sup>37</sup> Tzv. *Target company*.

<sup>38</sup> Engl. *Takeover*.

<sup>39</sup> Engl. *One share swap*.

država članica. Smjernica je tako zapravo predvidjela rješenja za probleme koji u to vrijeme nisu bili prisutni, ali je njihova skora pojava bila izvjesna.

Od 2003. godine Smjernicu je trebalo primjenjivati i na prekogranična zakonska spajanja dvaju ili više društava iz različitih država članica u europsko dioničko društvo – SE (*Societas Europaea*), te na osnivanje holdinškog SE od dvaju trgovačkih društava iz različitih država članica. No, SE je uvršteno na popis društava koja ulaze u polje primjene Smjernice izmjenama Smjernice u 2005. godini.<sup>40</sup>

Može se primijetiti da sam prijenos imovine i obveza u spajanjima, podjelama, kao i kod prijenosa imovine kada je riječ o prijenosu poslovne jedinice, ne implicira fizičku promjenu mjesta navedenoga, već podrazumijeva isključivo prijenos vlasništva. U pravilu do tog fizičkog prijenosa i promjene mjesta imovine i obveza i ne dolazi, jer u načelu oni i trebaju ostati gdje se nalaze - u državi članici društva koje se prenosi, stvarajući ogranak ili podružnicu društva primatelja u državi društva koje se prenosi.

Također možemo primijetiti da je pri zamjeni dionica riječ o transakciji između trgovačkog društva s jedne strane i dioničara drugog društva s druge strane, dok je pri prijenosu imovine riječ o transakciji između dvaju trgovačkih društava. Stoga prijenos imovine nema nikakvih poreznih implikacija na oporezivanje dohotka dioničara fizičke osobe.<sup>41</sup> Zamjena dionica može uvući u transakciju i dioničare fizičke osobe te imati porezne učinke na oporezivanje dohotka dioničara - fizičke osobe.<sup>42</sup>

Bit je Smjernice sadržana u njezinu zahtjevu prema državama članicama da se suzdrže od oporezivanja svakog dobitka koji nastaje povodom kvalificiranih međunarodnih operacija fuzija ili spajanja trgovačkih društava u širem smislu.

---

<sup>40</sup> Statut *Societas Europaea* predviđa kao jedan od načina osnivanja europskog dioničkog društva i prava spajanja dvaju ili više trgovačkih društava koja imaju sjedišta u različitim državama članicama. Naravno, jedna je od pretpostavki za primjenu Smjernice u tom slučaju da se europsko dioničko društvo doda na popis statusnih oblika koji ulaze u polje primjene Smjernice. Prema tome, do dana implementacije Statuta europskog dioničkog društva Smjernica će pokrivati samo četiri stvarno moguće situacije.

Prva je preuzimanje društva u državi A od strane društva iz države B izdavanjem dionica dioničarima društva A koji zamjenjuju svoje A-dionice za B-dionice.

Drugo je prijenos tuzemnog ogranka poduzeća ili cjelokupnog poduzeća i cjelokupnog poslovanja društva A iz jedne države članice na drugo društvo B u drugoj državi članici, te prijašnji A ogranak poduzeća postaje stalna poslovna jedinica u državi A trgovačkog društva države B, i to izdavanjem dionica društva B društvu A.

Treći je slučaj prijenos iz države B stalne poslovne jedinice društva države A tako da postaje tuzemni ogranak poduzeća društva države B, što je zamjena za dionice B.

Posljednja moguća situacija jest prijenos iz države B stalne poslovne jedinice društva iz države A tako da postaje stalna poslovna jedinica u državi B društva iz države C, a kao zamjena za dionice C.

<sup>41</sup> Primjenjuje se čl. 4., 5., 6. Smjernice.

<sup>42</sup> To je pokriveno odredbom čl. 8. Smjernice.

Takva predviđena olakšica ne znači i izuzimanje od oporezivanja. To je samo odgoda oporezivanja. U slučaju kada je riječ o pravom spajanju, podjeli te operaciji spajanja imovine, imovina i obveze koji se prenose moraju biti preneseni u poreznu bilancu društva primatelja u istoj onoj vrijednosti koju su imali u poreznoj bilanci društva prije prijenosa. Na taj način kada društvo primatelj kasnije raspoláže prenesenom imovinom, porez će i dalje biti nametnut na razliku između cijene raspolaganja i stare porezne vrijednosti. Slično tome i dioničar koji primi dionice u drugom društvu povodom spajanja, podjele ili zamjene dionica neće biti oporezovan zbog mogućeg ostvarenja kapitalnog dobitka u vrijeme zamjene, pod pretpostavkom da prenosi istu poreznu vrijednost dionica koje zamjenjuje, kao što je učinio s već zamijenjenim dionicama.

Kod pravog spajanja, podjele i prijenosa imovine porezni zahtjev s obzirom na nastali kapitalni dobitak ostaje vezan za istu imovinu, ali je prenesen na drugu osobu, tj. društvo primatelja. No, kod zamjene udjela dionica porezni zahtjev s obzirom na ostvareni kapitalni dobitak ostaje kod iste osobe (dioničara), ali je prebačen na drugu imovinu (dionice primljene u zamjenu).<sup>43</sup>

Za ovlaštenje na koristi predviđene Smjernicom trgovačka društva uključena u navedene operacije moraju biti kvalificirana kao "trgovačko društvo države članice". Zahtjevi koji moraju biti ispunjeni da bi trgovačko društvo dobilo navedeni status, i tako bilo kvalificirano, navedeni su Smjernicom i zapravo identični onima postavljenim Smjernicom o društvu roditelju i društvu kćerki.<sup>44</sup>

Zahtjevi se odnose na pravni ili statusni oblik trgovačkog društva, fiskalnu rezidentnost društva te svojstvo društva kao obveznika poreza na dobit prema nacionalnim poreznim sustavima. Prema tome, u pogledu pravnog statusa ili oblika trgovačko društvo mora biti osnovano u jednom od statusnih oblika izrijeком navedenih u Aneksu Smjernice. Neuspješni su bili pokušaji proširenja primjene Smjernice na druge oblike inkorporiranja koji su obveznici poreza na dobit.

Trgovačko društvo mora biti prema odredbama poreznoga prava države članice rezidentom te države članice u porezne svrhe. Štoviše, ono ne smije prema odredbama međunarodnog ugovora sklopljenog s državom ne-

<sup>43</sup> U čl. 4.-6. Smjernice nalazimo pravila o odgodi plaćanja poreza te o prenošenju odbitaka u situacijama oporezivanja trgovačkih društava uključenih u operacije i) pravih spajanja, ii) podjela ili diobe, te u čl. 9. predviđa se da se ista pravila koja vrijede pri oporezivanju trgovačkih društava primjenjuju i u slučaju iii) prijenosa imovine. (Ne nalazimo pravila o oporezivanju trgovačkih društava u slučaju zamjene dionica ili npr. *spajanja dionica*.) U čl. 8. nalazimo pravila o oporezivanju dioničara – bilo trgovačkog društva bilo fizičke osobe, uključenih u prava spajanja, podjele i prijenosa imovine (ne odnosi se na operacije spajanja imovine jer su to transakcije koje se odvijaju između dvaju ili više trgovačkih društava, te ne izazivaju pitanja glede oporezivanja dioničara.

<sup>44</sup> Vidi čl. 3. Smjernice, i usporedi sa čl. 2. Smjernice o društvu roditelju i društvu kćerki.

članicom biti određeno kao društvo koje ima rezidentnost države izvan zajednice.

Društva s dvojnou rezidentnošću, gdje su obje države unutar Europske unije, nisu isključena iz polja primjene Smjernice, kao što nisu isključena ni društva dvojne rezidentnosti ako je jedna država izvan Europske unije, a nema međunarodnog ugovora zaključenog s trećom državom koja je uključena ili, pak, ukoliko postoji takav ugovor, on ne određuje konkretno društvo rezidentnim društvom države izvan Europske unije.

Trgovačko društvo mora biti obveznikom jednoga od nacionalnih poreza na dobit navedenih u originalnim nazivima koje koriste nacionalna porezna zakonodavstva, te ne smije imati opciju biti obveznikom kojega drugog poreznog oblika ili biti izuzeto od oporezivanja nacionalnim porezom na dobit.<sup>45</sup> Navedenu se odredbu pokušalo uskladiti sa sličnom odredbom OECD Model-ugovora, no prijedlog izmjena nije do danas prihvaćen.<sup>46</sup>

Kao i kod Smjernice o društvu roditelju i društvu kćeri, niti Smjernica o spajanjima ne zahtijeva da navedenim uvjetima mora biti udovoljeno unutar jedne iste nacionalne porezne jurisdikcije.

Smjernicom nisu postavljeni posebni uvjeti u odnosu na dioničara koji zamjenjuje svoje dionice operacijom zamjene dionica ili pravog spajanja i podjele. Taj dioničar, dakle, može biti fizička osoba, ortaštvo ili koji drugi oblik društva osoba, trgovačko društvo ili, pak, neoporeziva tvorevina. Jednako može biti rezidentom države ne-članice ili pak imati dvojni rezidentnost.

Smjernica predviđa u dijelu koji se odnosi na prava spajanja i podjele<sup>47</sup> te prijenos imovine<sup>48</sup> da navedene operacije neće biti povod za oporezivanje kapitalnih dobitaka kada taj (kapitalni dobitak) nastaje kao razlika između stvarne vrijednosti i vrijednosti prenesenih imovine, prava, i obveza. Navedena olakšica ili oslobođenje uvjetovani su na način da društvo primatelj mora nastaviti primjenjivati prijašnje metode izračuna porezne osnovice i metode amortizacije.<sup>49</sup> Prema tome, ukoliko društvo primatelj u tom pogledu ima opciju prema odredbama nacionalnoga poreznog zakonodavstva, odgoda se ne odnosi i ne primjenjuje na imovinu i obveze za koje je opcija iskorištena. Ukoliko je nacionalnim poreznim zakonima dopušteno u slučaju tuzemnih spajanja, podjela i spajanja imovine prenošenje mogućih gubitaka koji nastaju u svezi s prenesenom poslovnom jedinicom ili dije-

<sup>45</sup> Vidi, Smjernica, čl. 2.(c).

<sup>46</sup> U čl. 2.(b) Smjernice željelo se dodati da trgovačko društvo mora biti obveznikom nacionalnog poreza na dobit ili kojeg drugog istovjetnog ili u biti sličnog poreznog oblika koji je uveden u nacionalno porezno zakonodavstvo naknadno, nakon donošenja Smjernice, kao dodatni porez ili kao zamjena u Smjernici navedenog poreznog oblika.

<sup>47</sup> Čl. 4. Smjernice.

<sup>48</sup> Čl. 9. Smjernice.

<sup>49</sup> Engl. *Old tax basis and old depreciation method.*

lom poslovanja na društvo primatelja, takvo prenošenje mora biti dopušteno i za iste, ali prekogranične operacije pokrivene Smjernicom o spajanjima.<sup>50</sup>

No, ako je društvo primatelj rezident države koja primjenjuje metodu odbitka radi sprječavanja dvostrukog oporezivanja, to prenošenje gubitka neće predstavljati korist za društvo primatelja, jer smanjuje buduću dobit poslovne jedinice društva primatelja u državi društva koje se prenosi, te stoga smanjuje porez za koji će društvo primatelj imati u tuzemstvu, tj. državi rezidencije olakšicu u smislu odbitka poreza plaćenog u inozemstvu.<sup>51</sup>

Cilj očuvanja i zaštite financijskih interesa države društva što se prenosi ima i odredba članka 4. st. 1. Njome su porezna odgoda i olakšice prenošenja uvjetovane na način da prenesena imovina i obveze moraju postati stvarno i efektivno povezani sa stalnom poslovnom jedinicom društva primatelja u državi društva što se prenosi, te moraju aktivno sudjelovati i imati udio u stvaranju dobiti i gubitaka koji se uzimaju u obzir u porezne svrhe. To znači drugim riječima da prenesena imovina mora postati dio (ogranak) društva primatelja u državi društva koje se prenosi. Više je razloga za ovakvo uvjetovanje. Međunarodnim ugovorima o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja te međunarodnim poreznim pravom kao i zakonodavstvom svake države može se proglasiti obveznicima poreza na dobit rezidente i nerezidente koji obavljaju poduzetničku djelatnost putem poslovne jedinice koja ima sjedište u toj državi. Ukoliko imovina i obveze koje su prenesene međunarodnom, tj. prekograničnom, operacijom pokrivenom Smjernicom, ne predstavljaju dio ili cijelu poslovnu jedinicu u državi društva koje se prenosi, tada ta država gubi porezne zahtjeve. Naime, društvo primatelj rezidentno društvo druge države te ne može biti oporezovano za buduća raspolaganja imovinom, jer niti je rezident niti obavlja djelatnost putem stalne poslovne jedinice u državi društva koje se prenosi. Zbog toga prenesena imovina mora predstavljati poslovnu jedinicu koja ostaje u državi društva koje se prenosi.

Taj uvjet, koji se sastoji u tome da posljedica ili rezultat operacije mora biti poslovna jedinica, čini jasnijim tvrdnju da puko prenošenje same imovine koja nije povezana u cjelinu, već je odvojena od poslovne jedinice (*business entity*), ne ulazi u polje primjene Smjernice.<sup>52</sup>

Smjernica predviđa odgodu plaćanja poreza na kapitalne dobitke koji nastaju povodom predaje dionica dioničarima, bilo fizičkim ili pravnim osobama, tijekom spajanja, podjele ili zamjene dionica. Porez na dobit ili porez na dohodak neće se nametati na kapitalni dobitak ostvaren na predanim dionicama sve dok dioničar ne otuđi zamjenske dionice u društvu primatelju/društvu koje se stječe.

<sup>50</sup> Članak 6. u svezi sa čl. 9. Smjernice.

<sup>51</sup> Engl. *Foreign credit relief*.

<sup>52</sup> Slično je i s uvjetom da se mora raditi o dijelu poslovanja, da bi se govorilo o kvalificiranoj operaciji prijenosa imovine.

Smjernica predviđa i odnosi se i na trostranu situaciju: društvo A iz države A prenosi, operacijom spajanja, podjele ili prijenosa imovine imovinu i obveze na društvo B u državi B. U prenesenoj je imovini društva A i stalna poslovna jedinica u državi C. Ovakva situacija otvara pitanja tretmana neostvarenog kapitalnog dobitak, pričuva i prava na prijenos gubitka povezanih s poslovanjem poslovne jedinice u državi C.

Smjernica određuje da država A u opisanoj situaciji ne smije nametnuti porez na prijenos podružnice iz države C na društvo u državi B.

Postavljajući zahtjev naveden već u prvim odredbama - dva trgovačka društva različitih država članica - nekolicina je mogućih poslovnih operacija isključena iz polja primjene Smjernice te nije njome pokrivena. Tako npr. prilikom transakcije spajanja dvaju nizozemskih trgovačka društava prema odredbama nacionalnog prava, a oba imaju stalne poslovne jedinice u Italiji, Smjernica ne sprječava talijanske porezne vlasti da oporezuju spajanje jedne u drugu stalnu poslovnu jedinicu, budući da su u predmetnu operaciju uključena samo trgovačka društva jedne države članice – Nizozemske.

Također, osnivanje holdinškog Europskog dioničkog društva ili *Societas Europaea* prema Statutu o europskom dioničkom društvu ne mora biti pokriveno Smjernicom. Naime, takvo osnivanje može se postići osnivanjem jednog Europskog dioničkog društva od strane dvaju trgovačkih društava različitih država članica koja postaju trgovačka društva Europskog dioničkog društva. U tom će se slučaju primjenjivati Smjernica o spajanjima. Ukoliko Europsko dioničko društvo - SE osnivaju dva trgovačka društva iz jedne te iste države članice, a barem jedno od njih imalo je podružnicu u trajanju od dvije ili više godina u drugoj državi članici, bilo bi potrebno vrlo ekstenzivno protumačiti Smjernicu da bi se njezine odredbe primijenile i na zamjenu dionica u društvu kćerki za dionice u SE.

Prijenosi stalnih poslovnih jedinica trgovačkih društava država članica, koje se nalaze u državama ne-članicama i obratno, tj. prijenosi stalnih poslovnih jedinica koje su u državama članicama, a radi se o poslovnim jedinicama društava država ne-članica, izvan su polja primjene Smjernice.

Smjernica se ne odnosi ni na prijenose imovine koja ne predstavlja poslovnu jedinicu ili dio poslovanja.

Velik je broj mogućih drugih situacija koje također nisu pokrivena Smjernicom ili je primjena Smjernice upitna.<sup>53</sup>

<sup>53</sup> Postavlja se pitanje primjenjuje li se Smjernica na domaća tuzemna osnivanja u operaciji spajanja, npr. osnivanje stalne poslovne jedinice u državi B, koja pripada društvu u državi A. Tako npr. njemačko trgovačko društvo može osnivati Austrijsko trgovačko društvo, i to iz svoje austrijske podružnice. Naime, tada imovina podružnice koja je prenesena na austrijsko osnovano društvo nije stvarno povezana sa stalnom poslovnom jedinicom društva primatelja u Njemačkoj. Takva domaća osnivanja inozemnih podružnica trebala bi biti kvalificirana za primjenu Smjernice. Naime, nema opasnosti od poreznog gubitka – gubitka prihoda ukoliko je imovina podružnice prenesena u svojoj porezno-knjigovodstvenoj vrijednosti na novo osnovano društvo kćer. Dapače, prijenos podružnice na domaće, austrijsko društvo pruža još veću poreznu sigurnost Austriji nego što bi to bilo u slučaju prijenosa te podružnice inozemnom društvu.

Smjernica, poput Smjernice o društvu roditelju i društvu kćerki, sadrži opću klauzulu o sprječavanju zloupotrebe.

Tako države članice mogu osporiti koristi koje Smjernica pruža u slučajevima u kojima se pokaže da je jedan od osnovnih ciljeva spajanja i Smjernicom pokrivenih transakcija porezna utaja ili izbjegavanje plaćanja poreza.<sup>54</sup> Takva se zloupotreba pretpostavlja ukoliko se operacija ili transakcija provodi bez valjane komercijalne osnove i razloga, poput restrukturiranja ili racionalizacije poslovanja društava koja sudjeluju u njima.

Države članice različito percipiraju pojam zloupotrebe u navedenom kontekstu. Posljedica su toga vrlo raznolike klauzule o sprječavanju zloupotreba uključenih u nacionalne mjere primjene navedene Smjernice.<sup>55</sup>

Navedene se mjere predviđene u cilju sprječavanja zloupotrebe mogu u većini slučajeva okarakterizirati kao neproporcionalne i nerazmjerne. To je posebno slučaj onda kada se trgovačkim društvima poriče mogućnost dokazivanja da su postojali *bona fide* komercijalni razlozi za raspolaganje stečenim dionicama. Europski je sud u više navrata imao prilike potvrditi takvo stajalište, poput poznatog *Leur-Bloem* slučaja.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> U zemljama europskoga prava razlikuju se pojmovi porezne evazije i izbjegavanja plaćanja poreza.

<sup>55</sup> Belgija zahtijeva da premetne transakcije ispunjavaju zakonske uvjete i obveze financijske i ekonomske naravi. Nizozemska zahtijeva da društva uključena u operacije moraju nositi bitan dio poslovanja te da se poslovanje trajno, tj. stalno poveže i ujedini, i to financijski i ekonomski gledano. Francuska zahtijeva da društvo koje se prenosi u operaciji prijenosa imovine zadrži dobivene dionice najmanje pet godina, u slučaju Njemačke to je sedam godina, te u slučaju propusta udovoljenja tom uvjetu dolazi do retroaktivne uskrate koristi iz Smjernice.

<sup>56</sup> Stav o zabrani povrede načela proporcionalnosti ili razmjernosti primjenom odredaba koje predstavljaju provedbu ili implementaciju dijela Smjernice o zabrani zloupotrebe posebno je došao do izražaja u slučaju *Leur -Bloem*. Riječ je o prvom pitanju radi prethodne odluke koje je postavljeno u pogledu tumačenja odredbi Smjernice o spajanjima koji je došao pred Europski sud. U navedenom je slučaju gospođa *Leur-Bloem* bila jedini direktor-predsjednik uprave i jedini dioničar u dva društva kapitala. Uz BV1 i BV2 ona je željela osnovati i treće društvo kao holding koje upravlja udjelima u BV1 i BV2. S tim ciljem ona bi zamijenila dionice/udjele u BV1 i BV2 za novo izdane dionice u osnovanom Holding BV, i to na način da njezini udjeli u BV1 i BV2, sudjeluju u dioničkom kapitalu novoosnovanog Holding BV. Posljedica toga je da bi ona takvom operacijom, neizravno, kroz Holding BV, i dalje nastavno i u potpunosti kontrolirala BV1 i BV2. U načelu, navedena je operacija kvalificirana kao zamjena dionica prema odredbama čl. 2.d Smjernice o spajanjima. Na taj način Holding BV i BV1 i BV2 zapravo bi predstavljala fiskalnu jedinicu koja pretpostavlja konsolidaciju u poreznu svrhu. Gospođa *Leur-Bloem* trebala je biti jedini direktor i jedini dioničar i u Holding BV, a tako osnovano društvo ne bi imalo nikakvu drugu djelatnost od upravljanja udjelima u BV1 i BV2. Prema tome, ništa se ne bi izmijenilo izuzev mogućnosti konsolidacije BV1 i BV2, budući da mogu objediniti svoju dobit i gubitke. Očito je da novoosnovano društvo nije udovoljavalo jednom od osnovnih uvjeta predviđenog nizozemskim zakonodavstvom, a to je da društva uključena u operacije zamjene dionica moraju biti nositeljima poslovanja i djelatnosti koje postaju trajno ujedinjene u financijskom i ekonomskom smislu. Stoga zahtjevu za odgodom plaćanja poreza nije udovoljeno. Prema tome, gospođa *Leur-Bloem* bi morala platiti porez na neostvoreni kapitalni dobitak povodom zamjene svojih dionica u BV1 i BV2. Činjenica je da se radilo o potpuno internoj, nacionalnoj situaciji - tri trgovačka društva nizozemske rezidentnosti, koja nije pokrivena pravom Europske unije. Unatoč tome, nizozemski se sud obratio Europskom

sudu zbog rješenja prethodnog pitanja. Nacionalni je sud smatrao da nizozemsko zakonodavstvo postavlja kao pravilo da spajanja koja su interna ili nacionalna, gdje je riječ o društvima jedne te iste države, trebaju imati isti tretman kao spajanja pokrivena odredbama Smjernice, u koja su uključena društva različitih država članica. Stoga je nacionalni financijski, tj. porezni sud smatrao da se neizravno radi o pitanju tumačenja Smjernice. Europski je sud u namjeri da preduhitri moguća buduća različita tumačenja Smjernice odlučio postupiti u navedenom slučaju. Sud je smatrao da je koncept Smjernice inkorporiran u nacionalna prava implementacijom, tj. prenošenjem Smjernice, te je proširen na sličnu, ali samo nacionalnu, internu situaciju. U cilju jedinstvenog, uniformnog tumačenja prava Europske unije sud je donio odluku. Naime, u navedenim okolnostima, gdje je riječ o nacionalnom zakonodavstvu koje regulira isključivo tuzemne situacije, a to je zakonodavstvo usvojilo ili prihvatilo ista rješenja koja je usvojilo i pravo Europske unije, tada je cilj nacionalnog zakonodavca bio predvidjeti i osigurati jedinstveno i istovjetno postupanje i proceduru u usporedivim situacijama. Prema tome, odluka je Europskoga suda bila preventivnog značaja, u interesu osiguranja jedinstvene primjene prava Europske unije te sprječavanja budućih razlika u tumačenju sličnih odredbi. Sud je naveo da se, kao opće pravilo, Smjernica primjenjuje bez razlike na sva spajanja, podjele, prijenos imovine i zamjene dionica neovisno jesu li u pozadini tih operacija financijski, ekonomski, fiskalni ili koji drugi razlozi. Stoga je u načelu nevažno da li je društvo stjecatelj nositelj poslovanja kao i da li jedan te isti pojedinac drži sve dionice/udjele u društvu stjecatelju i društvima koja se spajaju te, treće, je li ili nije spajanje stalno tj. trajno spajanje poslovanja dvaju društava u jedinstvenu cjelinu. Doduše Smjernica predviđa jednu iznimku od opće klauzule o zabrani zloupotrebe, a taj izuzetak Sud je okarakterizirao kao "pridržaj nadležnosti" (engl. *reservation of competence*) od strane države članice. Prema toj iznimci mora se raditi jedino o planiranoj operaciji koja ima za glavni cilj i svrhu poreznu evaziju ili izbjegavanje plaćanja poreza. Tada je taj pridržaj efektan te država članica može odbiti primijeniti Smjernicu.

Doduše, države članice mogu odrediti da ukoliko neka operacija nije provedena na valjanoj komercijalnoj osnovi i razlozima, tada takvo postupanje stvara presumpciju da je riječ o poreznoj evaziji ili izbjegavanju plaćanja poreza. Ali, bitno je ovdje napomenuti da se države članice pri tome u svom postupanju ne mogu ograničiti samo na utvrđenje takvog prethodnog općeg kriterija, već moraju konkretno svaki pojedinačni slučaj podvrci sveopćem ispitivanju i utvrđenju svih važnih okolnosti. Pri tome utvrđenja u takvom postupku ustanovljavanja svih važnih činjenica moraju biti otvorena za sudsku kontrolu.

Sud je mišljenja da se spajanje ili restrukturiranje društva koje se provodi operacijom zamjene dionica, a uključuje i novostvoreno holdinško društvo, koje stoga i nema nikakvoga poslovanja, može smatrati operacijom koja se provodi s valjanom komercijalnom osnovom i svrhom.

Stoga postavljanje takvog uređenja, po kojemu bi vrijedilo opće pravilo koje automatski isključuje određene vrste i kategorije operacija iz primjene poreznih pogodnosti, predstavlja nerazmjerno postupanje i uređenje u odnosu na potencijalnu poreznu evaziju ili izbjegavanje plaćanja poreza. Štoviše, time se potkopava ostvarenje cilja kojemu primjena Smjernice teži.

Navedeno stajalište Suda jasno ukazuje na obvezno poštivanje načela razmjernosti ili proporcionalnosti u odredbama nacionalnih zakonodavstava koje se odnose na zabranu zloupotrebe. Jedino stvarna i dokazana zloupotreba može biti osnovom za poricanje prava na koristi i olakšice predviđene Smjernicom.

Doduše, oživotvorenje navedenog stajališta u praksi provodi se teško. Prema tome, države članice mogu pretpostaviti da nepostojanje valjane komercijalne osnove i svrhe implicira i zloupotrebu, ali ne smiju postaviti kao opće pravilo klauzulu koja isključuje određene vrste operacija.

Države članice ne smiju ni postaviti kao pravilo odredbu po kojoj porezni obveznik mora dokazati valjanu komercijalnu osnovu i svrhu gdje bi posljedica propuštanja dokazivanja bio gubitak koristi i povoljnijeg tretmana. No to bi značilo da je teret dokaza na poreznim vlastima, a negativno dokazivanje je nemoguće. Prema tome, procjena u pitanju je li određena operacija izvedena u cilju izbjegavanja plaćanja poreza, u određenoj je mjeri uvijek diskrecijska. Ali ta



Smjernica o spajanju<sup>57</sup> izmijenjena je u veljači 2005. godine. Izmjenama se išlo za proširenjem polja primjene Smjernice, što dijelom proizlazi i iz promjene samog naslova Smjernice. Izmjenama je, međutim, i u drugim dijelovima Smjernice došlo do prilagođavanja teksta Smjernice promjenama nastalim u okruženju u kojem se Smjernica primjenjuje. Pri tome mislimo i na ulazak Europskog dioničkog društva i Europskog interesnog udruženja u krug osoba na koje se Smjernica primjenjuje te naravno uključenje porezno transparentnih tijela u popis osoba na koje se Smjernica odnosi.<sup>58</sup>

Države članice preuzimaju temeljem odredbi Smjernice o oporezivanju kamata na štednju i obvezu razmjene informacija o isplata kamata osobama s prebivalištem na području Europske unije.<sup>59</sup>

Ostvarenje i ispunjenje preuzetih obveza i mjera moguće je jedino uz jačanje kapaciteta poreznih tijela i porezne administracije uz njihovu informatizaciju i brzo ustrojavanje povezanog informacijskog sustava.

---

diskrecijska postupanja moraju uvijek biti predmetom sudske kontrole. Dakle, države članice mogu zahtijevati od stranaka u predmetnim operacijama da navedu razloge i komercijalnu svrhu kojoj teže, gdje će svaka od danih izjava biti uvijek pojedinačno i konkretno procjenjivana temeljom konkretno utvrđenih činjenica, pri čemu se neće zahtijevati prekomjerni podaci, tj. više od onog što je potrebno za procjenu. Sam postupak i ishod, tj. rješenje poreznih vlasti moraju biti predmetom sudske kontrole.

Države članice će najjednostavnije i najsigurnije primijeniti navedeni stav Suda ukoliko manje više doslovce preuzmu opću klauzulu zabrane zloupotrebe iz Smjernice u relevantne nacionalne zakone. Jedno od pitanja kojim se nacionalni sud bavio bilo je pitanje predstavlja li mogućnost konsolidacije – vodoravnog, uzajamnog prebijanja gubitaka društva uključenih u operaciju valjani komercijalni razlog i svrhu, u smislu odredbi Smjernice. Europski je sud stava da se koncept “valjanog komercijalnog razloga ili opravdanja” odnosi na puno više od pukog ostvarenja ili postizanja samo fiskalnih prednosti i pogodnosti. Tako se smatra da operacija spajanja realizirana kroz zamjenu dionica, a koja se provodi isključivo u cilju ostvarenja samo fiskalnih prednosti, nema valjanu komercijalnu svrhu ili opravdanje u Smjernicom potrebnom smislu.

Ukoliko se želi izbjeći rizik ocjene operacije kao nepodobne i koja smjera zloupotrebi, mora postojati glavna i izvjesna, nefiskalna svrha zbog koje se operaciji pristupa. No, istovremeno to znači da samo strukturiranje izvorne poslovne transakcije na način da se stvore što je moguće manji porezni troškovi ne predstavlja zloupotrebu. Porezno planiranje s ciljem iskorištavanja razlika u poreznim opterećenjima prisutnim u državama članicama nije zloupotreba. Navedeni slučaj i drugi, opširnije vidi, Žunić Kovačević, Pravni aspekti oporezivanja dobiti, str. 260-286.

<sup>57</sup> Smjernica 90/434/EEC, *Official Journal* L 225, od 20.8. 1990., izmijenjena 2003. godine Odlukom o pristupanju, izmijenjena je Smjernicom 2005/19/EC, od 17. veljače 2005. godine, objavljenom u *Official Journal* L 58/19, od 4.3. 2005.

<sup>58</sup> U samom naslovu navodi se da se Smjernica odnosi na spajanja, podjele, prijenos imovine i zamjenu dionica ali u novom naslovu stoji i na prijenos registriranog sjedišta Europskog dioničkog društva i Europskog interesnog udruženja. Naslov Smjernice izmijenjen je člankom 1 Smjernice te glasi : ‘*Council Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, partial divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States and to the transfer of the registered office, of an SE or SCE, between Member States.*’. Opširnije o navedenim Smjericama vidi, Žunić Kovačević, Pravni aspekti oporezivanja dobiti, str. 194-253.

<sup>59</sup> The Council Directive 2003/48/EC of 3 June 2003 ‘on taxation of savings income in the form of interest payments, *Official Journal*, L 157/38, 26 June 2003.

#### 4. Zaključne napomene

Započinjanje pregovora o svim poglavljima pravne stečevine EU za Republiku Hrvatsku označilo je početak jednog razdoblja intenzivnog upoznavanja s propisima koji će postati dio hrvatskog zakonodavstva.

Većina sustava oporezivanja dobiti u visoko razvijenim zemljama Europske unije izgrađena je na način kojim se poštuje i uzima u obzir supranacionalni pravni poredak – poredak Europske unije.

Osim odredbi europskog zakonodavstva veoma je važno znati praksu Europskoga suda, pa ostaje za drugu priliku razmatranje pitanja da li možda ulaskom u Europsku uniju za Republiku Hrvatsku počinje razdoblje primjene prava precedenata, što do sada nije bio slučaj ne samo za hrvatsko pravosuđe već i pravosuđa većine europskih država.

Iz prihvaćanja Kodeksa ponašanja na području oporezivanja poduzetnika za Republiku Hrvatsku proizaći će brojne obveze. Naravno, EU *acquis* a to znači i praksa Europskog suda i odredbe Kodeksa ponašanja na području oporezivanja poduzetnika obvezuju sve države članice, pa je pravovremeno upoznavanje s njima od velikog značenja. Do stjecanja statusa člana Europske unije Hrvatska ne treba žuriti s potpunim usklađivanjem svojeg poreznog zakonodavstva s pravnom stečevinom Europske unije. No, svakako treba biti spremna i upoznata sa svim rješenjima koja će morati ozakoniti u području oporezivanja.

#### Summary

### CODE OF CONDUCT FOR BUSINESS TAXATION

In 1997, the Council of Europe has adopted the Code of Conduct for Business Taxation, an act political in nature, in order to combat unfair tax competition and taxation of enterprises by unfair taxes that affect their commercial capability and position in market competition. Once it is accepted by the Republic of Croatia, the Code will introduce numerous obligations.

The Republic of Croatia is prepared and well aware of the novelties it will have to incorporate in legislation related to taxation.

**Key words:** *Code of Conduct for Business Taxation, harmful tax competition, unfair taxes, revision of tax legislation.*

## Zusammenfassung

**VERHALTENSKODEX FÜR DAS GEBIET  
DER BESTEUERUNG VON UNTERNEHMERN**

Ein spezifisches Gesetzbuch, einen Akt politischer Natur, den Verhaltenskodex auf dem Gebiet der Besteuerung von Unternehmern hat der Europarat 1997 verabschiedet mit dem Ziel, unloyale Steuerkonkurrenz sowie die Besteuerung von Handelsgesellschaften durch unfaire Steuern, die auf deren Fähigkeit und Position im Wettbewerb auf dem europäischen Markt einwirken, zu bekämpfen. Aus der Anerkennung des Verhaltenskodexes für das Gebiet der Besteuerung von Unternehmern ergeben sich für die Republik Kroatien zahlreiche Verpflichtungen.

Die Republik Kroatien ist vorbereitet und mit den Lösungen vertraut, die sie auf dem Gebiet der Besteuerung legalisieren muss.

***Schlüsselwörter:** Verhaltenskodex für das Gebiet der Besteuerung von Unternehmern, schädliche Steuerkonkurrenz, unfaire Steuern, Revision der Steuergesetzgebung.*

## Sommario

**CODICE DI COMPORTAMENTO  
NEL CAMPO DELLA TASSAZIONE DELL'IMPRENDITORE**

Il Consiglio di Europa ha adottato nell'anno 1997 l'atto politico del Codice di comportamento nel campo della tassazione dell'imprenditore per combattere la concorrenza tributaria disonesta e l'iniqua tassazione delle imprese commerciali attraverso tributi che colpiscono la loro capacità commerciale e posizione nella competizione di mercato. Una volta accolto dalla Repubblica di Croazia il Codice di comportamento nel campo della tassazione dell'imprenditore introdurrà numerose obbligazioni.

La Repubblica di Croazia è preparata e consapevole delle novità che dovrà incorporare nella legislazione sulla tassazione.

***Parole chiave:** Codice di comportamento nel campo della tassazione dell'imprenditore, concorrenza tributaria dannosa, tributi iniqui, revisione della legislazione tributaria.*