

Драган Босанкић, мастер*

ПОРЕСКОПРАВНИ ТРЕТМАН ХИБРИДНИХ ФИНАНСИЈСКИХ ИНСТРУМЕНАТА

Осим мотива који нису доминантно порески, хибридни финансијски инструменти користе се и у једном порескоправном систему и у међународном сценарију, са циљем генерисања пореских уштеда. Зависно од тога да ли су учесници у трансакцији порески обвезници у истом порескоправном систему или нису, у раду се анализирају порескоправне последице класификације хибридних финансијских инструмената. Посебна пажња посвећена је порескоправном третману хибридних финансијских инструмената у српском пореском праву, у којем за пореске потребе не постоји могућност другачијег класификовања у односу на начин на који је то учињено са аспекта компанијског права, односно рачуноводства. Такав недостатак у српском пореском праву с једне стране отвара могућност за пореско планирање коришћењем хибридних финансијских инструмената, док с друге стране представља област која би требало да буде посебно регулисана. Са аспекта међународног сценарија, у раду се упоредном методом анализирају и правила за класификацију хибридних финансијских инструмената дефинисана Модел-конвенцијом ОЕЦД и одговарајућим директивама Европске уније.

Кључне речи: *Хибридни финансијски инструменти. – Пореско планирање. – Опорезивање правних лица. – Сопствени капитал. – Позајмљени капитал.*

1. УВОД

Једна од последица развоја и раста финансијских тржишта, као и све већег броја новчаних трансакција међународног карактера, био је настанак великог броја различитих финансијских инструмената. Тако је на спектру између сопственог капитала, с једне

* Аутор је студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду, dbosankic76@yahoo.com.

стране, и позајмљеног капитала, с друге стране, настао велики број финансијских инструмената који у себи садрже карактеристике и сопственог и позајмљеног капитала. Имајући у виду да плаћена накнада за коришћење сопственог и позајмљеног капитала, посматрана са пореског аспекта, има различите ефекте, јасно је да, зависно од начина на који се конкретан финансијски инструмент класификује, проистичу различите директне пореске консеквенце.

Циљ овог рада је да се, након што се дефинише сам појам и опише значај хибридних финансијских инструмената, утврде критеријуми и методологија за њихово исправно класификовање у пореске сврхе. Такође, са аспекта пословног биланса, испитаћемо и саме пореске ефекте који могу да настану зависно од конкретне класификације самог хибридног финансијског инструмента. Анализи ће бити подвргнут и порескоправни третман хибридних финансијских инструмената зависно од тога да ли се трансакција структурира у једном порескоправном систему или је, пак, у питању међународни сценарио.

Претежни метод који ћемо користити у раду јесте упоредно-правна анализа. На основу спроведених анализа даћемо у закључку *de lege ferenda* предлог о допуни пореских правила у Србији која се односе на хибридне финансијске инструменте.

2. ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ ХИБРИДНИХ ФИНАНСИЈСКИХ ИНСТРУМЕНАТА

Хибридни финансијски инструмент може да се дефинише као инструмент са економским карактеристикама које су делимично или потпуно неконзистентне са класификацијом која проистиче из правне форме инструмента. Ти финансијски инструменти, по правилу, садрже елементе сопственог капитала, позајмљеног капитала и/или деривата, са циљем да се њихове предности комбинују у оквиру истог инструмента. У међународном контексту, то по правилу ствара разлике у пореској карактеризацији и третману прихода од различитих инволвираних пореских јурисдикција.¹ Реч је, дакле, о инструментима који садрже више елемената и који се могу описати било као сопствени капитал са карактеристикама позајмљеног капитала, било као позајмљени капитал са карактеристикама сопственог капитала.²

¹ Julie Rogers-Glabus, *IBFD International Tax Glossary*, IBFD, Amsterdam 2009, 222–223.

² Brian Coyle, *Hybrid Financial Instruments*, Financial World Publishing, Canterbury 2002, 2.

Типично, хибридни финансијски инструменти се користе приликом пореског планирања са циљем генерисања пореских уштеда, посебно у међународном сценарију, коришћењем разлика у пореском третману између различитих пореских јурисдикција, односно коришћењем тзв. конфликта квалификовања (енг. *qualification conflict*).³ Међутим, осим због чисто пореских циљева, хибридни финансијски инструменти могу да се користе и непорески мотивисано. Илустрације ради, узмимо за пример кредит који нема дефинисан рок доспећа (енг. *perpetual loan*). Могући непорески разлози за коришћење таквог инструмента су: нижа каматна стопа за кредит са дужим роком, интерес инвеститора за стабилним и предвидљивим извором прихода, могућност повећања каматне стопе након одређеног периода. Могући непорески мотиви за финансирање путем кредита уз учешће у профиту (енг. *profit participating loan*) могу да буду зависност накнаде од оствареног резултата, уговарање искључивања учешћа у губитку, једноставна и трошковно ефикасна капитална структура која не захтева анализу и издавање проспекта, висок степен финансијске флексибилности са могућношћу укључивања права конверзије, субординације итд.⁴ Такође, као непорески мотиви за коришћење хибридних финансијских инструмената наводе се и смањивање ризика којем су инвеститори изложени пласирањем својих средстава у сопствени капитал компанија и повећање приноса на уложена средства.⁵

3. КРИТЕРИЈУМИ КЛАСИФИКАЦИЈЕ ХИБРИДНИХ ФИНАНСИЈСКИХ ИНСТРУМЕНАТА

За потребе пореске карактеризације хибридних финансијских инструмената, генерално, постоје две алтернативе, приступ бифуркације (енг. *bifurcation*) и приступ интеграције (енг. *integration*). Коришћењем приступа бифуркације инструмент се дели на два или више посебних делова који се опорезују одвојено, сваки у складу са себи одговарајућим пореским правилима. Насупрот томе, применом приступа интеграције инструмент се посматра као целина и у складу са тиме се и опорезује.⁶

³ Chris Finnerty *et al.*, *Fundamentals of International Tax Planning* (ed. Raffaele Russo), IBFD, Amsterdam 2007, 124–125.

⁴ Вид. Ramon Tomazela Santos, „Prevention of Hybrid Mismatches as a Justification?“, *Non-Discrimination in European and Tax Treaty Law* (eds. Kasper Dziurdz, Christoph Marchgraber), Linde Verlag, Wien 2015, 180.

⁵ Вид. Tony Rumble, Mohammed Amin, Ed Kleinbard, *The Taxation of Equity Derivatives and Structured Products*, Palgrave Macmillan, New York 2003, 5–6.

⁶ J. Rogers-Glabus, 124.

Примену та два приступа илустроваћемо на примеру конвертибилних обвезница (енг. *convertible bonds*).⁷ Са економске тачке гледишта, тај хибридни финансијски инструмент састоји се од две компоненте: (1) уговорне обавезе плаћања накнаде за коришћење инструмента и обавезе његове отплате и (2) опције да се тај инструмент конвертује у сопствени капитал. Коришћењем приступа бифуркације такав инструмент би био подељен у две посебне економске целине, односно једним делом би био третиран као позајмљени капитал, а другим делом као сопствени капитал. Међутим, уколико би се применио приступ интеграције, цео инструмент би био класификован или као сопствени или као позајмљени капитал, зависно од доминантних карактеристика.

Поставља се питање које су то доминантне карактеристике, односно који су то критеријуми од којих зависи како ће конкретни хибридни финансијски инструмент бити класификован приликом примене приступа интеграције. Генерално, критеријуми класификовања могу да се поделе на финансијске, који су од значајног утицаја, и нефинансијске, који су од допунског значаја.⁸

У доминантне финансијске критеријуме убрајамо карактер плаћене накнаде за коришћење инструмента и начин отплате самог инструмента. Уколико је накнада за коришћење инструмента у функцији оствареног профита, сам инструмент ће бити, по правилу, класификован као сопствени капитал, а ако то није случај, биће класификован као позајмљени капитал. Главно питање које се поставља у вези са критеријумима отплате самог инструмента јесте да ли је отплата инвестираног износа условљена или неизвесна, односно да ли власник инструмента дели предузетнички ризик. Уколико је то случај, сам инструмент ће бити класификован као сопствени капитал, а ако то није случај, биће класификован као позајмљени капитал.

Нефинансијски критеријуми од значајног утицаја на класификацију хибридних финансијских инструмената јесу чланска права⁹ и права конверзије.¹⁰ Уколико они постоје, хибридни финансијски ин-

⁷ Вид. Antii Laukkannen, *Taxation of Investment Derivatives*, IBFD, Amsterdam 2007, 315–320.

⁸ Вид. Sven-Eric Bärsch, *Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-border Context*, Springer, Berlin – Heidelberg 2012, 229–237.

⁹ Реч је о скупу права и обавеза који припадају имаоцу акције, а он их стиче преузимањем обавезе уношења одређеног улога у друштво. Вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 261.

¹⁰ Реч је о конвертибилном дужничком инструменту, односно о дужничком инструменту који у себи садржи право конверзије у сопствени капитал, под одређеним условима. Вид. Subhrendu Chatterji, Paul Hedges, *Loan Workouts and Debt*

струмент се класификује као сопствени капитал, а ако не постоје, инструмент се класификује као позајмљени капитал.

4. ПОРЕСКИ ЕФЕКТИ КЛАСИФИКАЦИЈЕ ХИБРИДНИХ ФИНАНСИЈСКИХ ИНСТРУМЕНАТА

Пореске ефекте класификације хибридних финансијских инструмената можемо да посматрамо са аспекта биланса стања и биланса успеха.

Пођимо најпре од биланса стања. Имајући у виду да је утањена капитализација ситуација у којој је сопствени капитал компаније мали у поређењу са позајмљеним капиталом¹¹, из тога јасно произилази закључак да ће на вредност односа између позајмљеног и сопственог капитала (енг. *debt to equity ratio*) пресудни значај имати чињеница да ли је конкретни хибридни финансијски инструмент класификован као сопствени или позајмљени капитал. Видимо, дакле, да примена правила о утањеној капитализацији директно зависи од класификације конкретног хибридног финансијског инструмента.

Уколико се за утврђивање пореске основице примењује поступак упоређивања нето имовине¹², основица за опорезивање представља разлику између нето имовине на крају текуће пословне године и нето имовине на крају претходне године, увећане за све исплате на терет сопственог капитала и умањене за сва допунска улагања (повећања) сопственог капитала.¹³ И у овом случају се може закључити да ће пореска основица директно зависити од извршене класификације хибридног финансијског инструмента.

Алтернативни поступак утврђивања пореске основице у односу на поступак упоређивања нето имовине у којем се за потребе израде пореског биланса врше корекције позиција пословног биланса стања јесте усклађивање биланса успеха.¹⁴ Суштина тог по-

for Equity Swaps: A Framework for Successful Corporate Rescues, John Willey & Sons, Chichester 2001, 270.

¹¹ Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Институт Отворено друштво – Институт за уставну и законодавну политику, Београд 1997, 696.

¹² Нето имовина представља разлику између укупне имовине (активе) и дугова (позајмљеног капитала). По својој рачунској вредности једнака је позицији сопственог капитала у оквиру пасиве биланса стања.

¹³ Јован М. Ранковић, *Теорија биланса*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд 1992, 46.

¹⁴ Тај поступак се у Србији користи за потребе утврђивања основице за опорезивање, осим у поступку утврђивања добити у периоду стечаја, када се добит обвезника утврђује као позитивна разлика вредности имовине обвезника са краја и са почетка периода стечаја, после намирења поверилаца. Вид. Закон о порезу на

ступка састоји се у усклађивању добити обвезника исказане у билансу успеха.¹⁵ Врше се, дакле, корекције пословног биланса успеха са циљем да се изради порески биланс и да се утврди пореска основица. Пошто је са аспекта биланса успеха исплата дивиденди као накнаде за коришћење сопственог капитала неутралан догађај, утицај на пореску основицу имаће само исплата камате као накнаде за коришћење позајмљеног капитала. Камата није неутрална са аспекта биланса успеха јер као финансијски расход умањује пореску основицу, те ће класификовање хибридног финансијског инструмента као позајмљеног капитала имати за последицу и умањену пореску основицу.

5. ПОРЕСКОПРАВНИ ТРЕТМАН ХИБРИДНИХ ФИНАНСИЈСКИХ ИНСТРУМЕНАТА У ЈЕДНОМ ПОРЕСКОПРАВНОМ СИСТЕМУ

Зависно од тога да ли су учесници трансакције у једном порескоправном систему или је реч о трансакцији у међународном сценарију, биће примењена различита правила за порески третман трансакције.

Пођимо најпре од сценарија у којем се сви учесници трансакције налазе у једном порескоправном систему.

Зависно од права и обавеза које хибридни финансијски инструменти садрже, они се класификују са аспекта компанијског права и/или финансијског рачуноводства. Та класификација представља први корак и основ за даљу пореску класификацију, имајући у виду да се за пореске потребе врше одређене корекције. Као резултат извршених корекција и специфичних правила из области пореског права, могуће су две ситуације. Осим могућности да се за пореске потребе конкретан инструмент класификује на идентичан начин као и за потребе компанијског права, односно финансијског рачуноводства, постоји и могућност да исти инструмент буде различито класификован у односу на полазну класификацију.¹⁶

Дају ли и пореска правила у Србији могућност да исти хибридни финансијски инструмент буде различито класификован у односу на начин на који је то урађено у пословном билансу?

добит правних лица – ЗПДПЛ, *Службени гласник РС*, бр. 25/2001, 80/2002, 80/2002 – др. закон, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 – др. закон, 142/2014, 91/2015 – аутентично тумачење и 112/2015, чл. 6 и чл. 34.

¹⁵ Дејан Поповић, *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 183.

¹⁶ Вид. S. E. Bärsch, 88–91.

Основица пореза на добит правних лица јесте опорезива добит, која се утврђује у пореском билансу усклађивањем добити обвезника исказане у билансу успеха, који је сачињен у складу и са, између осталог, прописима којима се уређује рачуноводство.¹⁷ За признавање, вредновање, презентацију и обелодањивање позиција у финансијским извештајима, велика правна лица, правна лица која имају обавезу састављања консолидованих финансијских извештаја (матична правна лица), јавна друштва, односно друштва која се припремају да постану јавна, у складу са законом којим се уређује тржиште капитала, независно од величине, примењују међународне стандарде финансијског извештавања.¹⁸ Имајући све то на уму, као и чињеницу да је циљ финансијских извештаја опште намене да обезбеде информације о финансијској позицији, финансијском успеху и токовима готовине ентитета, које су корисне за доношење економских одлука широког круга корисника¹⁹, више је него јасно да, пошто циљ финансијских извештаја није утврђивање пореске основице, постоји простор да се телеолошким тумачењем права и обавеза садржаних у хибридном финансијском инструменту он класификује различито за пореске потребе. Међутим, и поред евидентног простора за различито класификовање, Закон о порезу на добит правних лица (ЗПДПЛ) не пружа основ за то. Основ за рекласификацију евентуално би могао да се пронађе у примени начела фактицитета.²⁰ Али, и у том случају треба напоменути да су и управна и судска пракса у домену примене начела фактицитета у Србији прилично скромне²¹ те је због тога и упитно колики би био домет тог закона на овом пољу.²²

¹⁷ ЗПДПЛ, чл. 6.

¹⁸ Закон о рачуноводству, *Службени гласник РС*, бр. 62/2013, чл. 20.

¹⁹ Међународни рачуноводствени стандард 1 – Презентација финансијских извештаја, пар. 9, ст. 1, <http://mfin.gov.rs/UserFiles/File/MRS/Medunarodni%20racunovodstveni%20standard%201%20-%20Prezentacija%20finansijskih%20izvestaja.pdf>, 27. новембар 2016.

²⁰ Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015 и 15/2016, чл. 9.

²¹ Д. Поповић (2015), 56.

²² Осим тога, требало би напоменути да се позиције у пословном билансу и билансирају према својој економској суштини (на основу доктрине *суштина над формом*), а не са циљем утврђивања опорезиве основице. Имајући у виду ту чињеницу, као и захтев начела фактицитета да се пореске чињенице утврђују управо према њиховој економској суштини, чини се да је позивање на начело фактицитета практично немогуће уколико би за пореске потребе циљ био да се хибридни финансијски инструмент класификује различито од класификације која је извршена за потребе пословног биланса.

Можемо, дакле, да закључимо да пореска правила у Србији хибридне финансијске инструменте третирају на идентичан начин на који су они класификовани за потребе пословног биланса. Могућност рекласификације, иако би као опција требало да постоји, није предвиђена одредбама ЗПДПЛ, док би алтернативни начин рекласификације имао веома упитан исход.

6. ПОРЕСКОПРАВНИ ТРЕТМАН ХИБРИДНИХ ФИНАНСИЈСКИХ ИНСТРУМЕНАТА У МЕЂУНАРОДНОМ СЦЕНАРИЈУ

Коришћење хибридних финансијских инструмената у међународном сценарију прихваћено је као један од начина за остваривање циљева законите пореске евазије (енг. *tax avoidance*)²³ тако што се користе разлике у пореском третману у две или више пореских јурисдикција, чиме се постиже двоструко неопорезивање, укључујући и дугорочно одлагање плаћања пореза, што за последицу има суштинску ерозију пореске основице у дотичним земљама.²⁴

Квантификовање коришћења хибридних финансијских инструмената у међународном сценарију представља посебан изазов јер се информације о пореском третману финансијских инструмената не могу добити из финансијских извештаја или стандардних пословних истраживања. Међутим, квалитативни докази сугеришу да се прекогранични хибридни финансијски инструменти широко користе и да значајно доприносе смањењу ефективне пореске стопе на прекограничне инвестиције.²⁵

Имајући у виду поменути значај и утицај, мрежу уговора о избегавању двоструког опорезивања које је закључила Србија и њену одређеност за чланство у Европској унији, размотрићемо ближе третман хибридних финансијских инструмената са аспекта уговора о избегавању двоструког опорезивања и са аспекта одговарајућих директива Европске уније.

6.1. Уговори о избегавању двоструког опорезивања

Пошто су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Репу-

²³ Henrique Domenici de Alencar, *Economic Crisis and Protection of Taxpayer's Rights – Tax Morality*, research for 71st IFA annual congress, Rio de Janeiro 2017, 57.

²⁴ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, Paris 2015, 11.

²⁵ Niels Johannesen, „Tax avoidance with cross-border hybrid instruments“, *Journal of Public Economics* 112/2014, 40.

блике Србије и непосредно се примењују²⁶ и пошто закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима²⁷, може се закључити да је Уставом Републике Србије недвосмислено прописан примат ратификованих међународних уговора у односу на унутрашње законодавство.²⁸ Полазећи од тога, може се закључити и да ће у случају да је за трансакцију у вези са хибридном финансијским инструментом меродавно српско пореско право, с једне стране, и пореско право земље са којом Србија има закључен уговор о избегавању двоструког опорезивања, с друге стране, бити меродавне одредбе закљученог уговора. Порескоправни третман саме трансакције зависиће, дакле, од начина на који се она третира са аспекта самог уговора о избегавању двоструког опорезивања. За саму класификацију хибридног финансијског инструмента као сопственог или позајмљеног капитала пресудан значај има класификација накнаде која се плаћа власнику инструмента.²⁹ Уколико се та накнада класификује као дивиденда, сам инструмент ће бити класификован као сопствени капитал, док ће у случају да се накнада класификује као камата, сам инструмент бити класификован као позајмљени капитал. Од значаја за конкретну трансакцију су, дакле, одредбе уговора којима се дефинишу дивиденда и камата.

Размотримо, за потребе овог рада, на који начин се дивиденда и камата дефинишу у Модел-конвенцији ОЕЦД (Модел-конвенција) о порезима на доходак и имовину и која правила препоручује ОЕЦД како би се неутралисали ефекти аранжмана који користе неслагање карактеристика хибридних финансијских инструмената.

У члану 10, став 3, Модел-конвенције дат је такозвани тест сопственог капитала на основу дефиниције појма „дивиденда“. Уколико су критеријуми дефиниције задовољени, хибридни финансијски инструмент и накнаде које из њега проистичу испуњаваће услове за тест сопственог капитала. Реч „дивиденде“ у овом члану означава доходак од акција, односно права која омогућавају учешће у нето добити компаније без давања власничких права (*jouissance* акција³⁰ или

²⁶ Вид. Устав Републике Србије – Устав, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 16.

²⁷ Вид. Устав, чл. 194.

²⁸ Д. Поповић (2015), 263.

²⁹ S. E. Bärsch, 97.

³⁰ *Jouissance* акције су хартије од вредности које издају компаније у неким земљама које садрже у себи право на капитални вишак (уколико постоји) након ликвидације компаније и које такође могу да дају право својим власницима на проценат од годишњег профита. *Jouissance* акције могу да буду издате приликом реорганизације компаније, при чему се део капитала амортизује, а права ак-

jouissance права³¹), рударских акција, оснивачких акција или других права учешћа у добити која нису потраживања дуга, као и доходак од других права компаније који је порески изједначен са доходком од акција у законима државе чији је резидент компанија која врши расподелу.³²

Пошто сам појам „права компаније“ није посебно дефинисан у Модел-конвенцији, а као нефинансијски елеменат може да има веома важну улогу у класификацији самог инструмента, на овом месту би га требало ближе објаснити. Тако, појам „права компаније“ тумачен у складу са коментарима Модел-конвенције јасно означава не само права која проистичу из сопственог капитала већ и права по основу позајмљеног капитала који је, по својој природи, у ствари сопствени капитал. Потраживања по основу позајмљеног капитала квалификују се као права на основу којих се остварује дивиденда само у ситуацијама у којима је природа потраживања по основу позајмљеног капитала ближа сопственом капиталу по основу чињенице ефективне поделе предузетничког ризика којем је изложена компанија.³³

Дакле, један од кључних фактора за интерпретацију појма „права компаније“ јесте чињеница да ли лице које пласира своја средства дели предузетнички ризик којем је изложена компанија у којој се средства пласирају. Постоји неколико индикатора који указују на то да инвеститор дели предузетнички ризик којем је изложена компанија: чињеница да ће инвеститор учествовати у профиту који исказе компанија; отплата износа главнице је субординирана у односу на потраживања других кредитора; сам износ накнаде зависи од исказаног профита. Напоследку, сам уговор не садржи фиксне одредбе по којима постоји обавеза отплате износа главнице до одређеног датума.³⁴

За класификацију хибридног финансијског инструмента као позајмљени капитал користи се такозвани тест позајмљеног капитала, који је дефинисан чланом 11, став 3 Модел-конвенције. Према том члану, израз „камата“ означава доходак од потраживања дуга сваке врсте, независно од тога да ли су обезбеђена залогом и да ли се

туелних власника редукују. У таквом случају, до извесне мере, оне представљају компензацију акционарима за претрпљени губитак. J. Rogers-Glabus, 255.

³¹ *Jouissance* право је право на учешће у профиту компаније без тога да буде потраживање по основу позајмљеног капитала. *Ibid.*

³² Српско фискално друштво, *Модел-конвенција о порезима на доходак и на имовину*, Београд 2016, 30–31.

³³ Вид. Marjaana Helminen, *The International Tax Law Concept of Dividend*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010, 177.

³⁴ Вид. S. E. Bärsch, 100.

на основу њих стиче право на учешће у добити дужника, а нарочито доходак од државних хартија од вредности и доходак од обвезница или записа, укључујући премије и награде на такве хартије од вредности, обвезнице или записе. Казнена камата не сматра се каматом за сврхе тог члана.³⁵

Појам „потраживања дуга сваке врсте“ није посебно дефинисан у Модел-конвенцији, због чега га треба аутономно тумачити у складу са њеним чланом 3, став 2.

Имајући у виду услове из теста сопственог капитала, можемо да закључимо да уколико се конкретним инструментом не дели предузетнички ризик, не постоји однос субординације према свим осталим кредиторима нити је износ који се отплаћује зависан (енг. *contingent*), а при томе су испуњени услови из теста позајмљеног капитала, такав инструмент би требало да буде класификован као позајмљени капитал.

Осим те две алтернативе, односно опције да се конкретан финансијски инструмент класификује било као сопствени, било као позајмљени капитал, постоји и трећа могућност – да се конкретан финансијски инструмент не класификује ни као позајмљени ни као сопствени капитал. Таква могућност се јавља у случају када је отплата инструмента зависна, али с друге стране инструмент не садржи права на учешће у текућем профиту корисника инструмента нити се такав инструмент третира на исти начин као сопствени капитал за пореске потребе у земљи извора. Таква ситуација, уопштено, може да доведе до примене члана 21 Модел-конвенције, тако да накнада која се плаћа за коришћење хибридног финансијског инструмента може да буде једино предмет опорезивања у земљи резидентства, док у земљи извора није дозвољено да се наметне обавеза плаћања пореза по одбитку.³⁶

Пошто је коришћење хибридних финансијских инструмената препознато као алат за ерозију пореске основице и измештање профита (енг. *Base Erosion and Profit Shifting – BEPS*), ОЕЦД је у оквиру *BEPS* пројекта дефинисао препоруке за правила која, након имплементације у домаће право и уговоре о избегавању двоструког опорезивања, имају циљ да неутралишу негативне ефекте коришћења хибрида.³⁷ Неутрализацијом неслагања³⁸ у пореским исходима тим

³⁵ Српско фискално друштво, 31.

³⁶ S. E. Bärsch, 108.

³⁷ Вид. ОЕЦД, *Action 2 – 2015 Final Report*, 11–12.

³⁸ Као извор неслагања у третману хибридних финансијских инструмената наводе се плаћања код којих се као исходи јављају истовремени одбитак, с једне стране, и неукључивање у основицу, с друге стране (енг. *deduction/no inclusion outcome – D/NI outcome*). Другим речима, реч је о плаћањима која представљају

правилима ће бити спречено коришћење таквих аранжмана са циљем ерозије пореске основице и измештања профита без негативног утицаја на прекограничну трговину и инвестиције. Правила се аутоматски примењују и постоји редослед у форми примарног правила (енг. *primary rule*) и секундарног, односно одбрамбеног правила (енг. *defensive rule*). На тај начин се спречава да та правила примени више од једне земље на исти аранжман и истовремено се избегава двоструко опорезивање. Како та правила превазилазе обим овог рада, нећемо се детаљније упуштати у њихово навођење и анализу већ ћемо се само осврнути на принцип њихове примене. Препоручено примарно правило је да земље не признају плаћање као порески одбитак до износа до којег оно није укључено у опорезиви приход примаоца у другој земљи, односно такође може да се користи као порески одбитак у другој земљи. Уколико примарно правило није примењено, друга земља може да примени одбрамбено правило и да захтева да се износ, уместо да буде искоришћен као порески одбитак, укључи у основицу за опорезивање, или да не дозволи дупло коришћење пореског одбитка, зависно од природе неслагања.³⁹

6.2. Директиве Европске уније

Имајући у виду опредељење Србије за чланство у Европској унији, погледајмо какав је третман хибридних финансијских инструмената у пореском праву Европске уније.

Тест сопственог капитала дефинисан је у Директиви о пореском третману дивиденди које филијала исплаћује матичној компанији (енг. *EU Parent-Subsidiary Directive*). Главни циљ Директиве је да се обезбеди уједначен порески третман дела добити који филијала, која је резидент једне земље чланице, исплаћује матичној компанији у другој земљи чланици.⁴⁰ У члану 1, став 1 Директиве захтева се да је чланице Европске уније примењују у вези са дистрибуцијом профита.⁴¹ При томе Директива не садржи било какву референцу

одбитну ставку, односно порески признат трошак, у пореској јурисдикцији у којој послује лице које врши плаћање, док се, с друге стране, исто плаћање не третира као приход са аспекта пореских правила јурисдикције у којој послује прималац средстава. Као специфичне препоруке за побољшање домаћег законодавства за ту врсту неслагања предлаже се да дивиденде не буду изузете као одбитно плаћање, као и пропорционално ограничење кредита по основу пореза по одбитку. *Ibid.*, 16.

³⁹ *Ibid.*, 20.

⁴⁰ Гордана Илић Попов, *Пореско право Европске уније*, Службени гласник РС, Београд 2004, 143.

⁴¹ *Council Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member*

у односу на Модел-конвенцију нити се у њој посебно дефинише „дистрибуција профита“, тако да тај појам остаје нејасан. Оно што је сигурно јасно јесте да се Директива примењује само у случају дистрибуције профита у оквиру групе повезаних лица. Такође, може се рећи да је општеприхваћено мишљење да је појам „дистрибуција профита“ нешто шири појам од појма „дивиденда“.⁴²

Широко је прихваћено и мишљење да „дистрибуција профита“ обухвата прерушене (енг. *disguised*) или скривене (енг. *hidden*) исплате дивиденди, али не и капиталне добитке од продаје или других отуђења акција, или дистрибуцију ликвидационог остатка. Спорно је и да ли појам „дистрибуција профита“ треба да буде интерпретиран у складу са законом релевантне земље чланице или би требало да има своје аутономно значење.⁴³ У стручној литератури преовладава ипак мишљење да је то аутономан појам права Европске уније који би требало да тумачи Европски суд правде.⁴⁴

Тест за позајмљени капитал налази се у члану 2 Директиве о опорезивању камата и ауторских накнада (енг. *EU Interest and Royalties Directive*). Циљ те директиве је да укине порезе по одбитку на камате и ауторске накнаде исплаћене у односима између повезаних компанија, које су резиденти различитих земаља чланица Европске уније.⁴⁵

Под појмом „камате“ подразумева се приход од потраживања по основу дуга сваке врсте, без обзира на то да ли је потраживање обезбеђено хипотеком или на неки други начин и независно од тога да ли садржи право на учешће у профиту дужника или не, а посебно приход од хартија од вредности и приход од обвезница, укључујући премије и награде од таквих хартија од вредности и обвезница. Казнене камате које се обрачунавају на закаснела плаћања не сматрају се каматом.⁴⁶

States, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990L0435:en:HTML>, 18. децембар 2016.

⁴² Вид. Марјаана Helminen, *EU Tax Law: Direct Taxation*, IBFD, Amsterdam 2011, 148.

⁴³ Christiana НЈ Panayi, *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, 33–34.

⁴⁴ Reinout de Boer, Frederik Boulogne „Netherlands“, *Taxation of Intercompany Dividends Under Tax Treaties and EU Law* (ed. Guglielmo Maisto), IBFD, Amsterdam 2012, 837.

⁴⁵ Г. Илић Попов, 161–162.

⁴⁶ *Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States*, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003L0049:en:HTML>, 19. децембар 2016.

Као што се може и видети, појам „камата“ је у основи идентично дефинисан и у великој мери следи члан 11 Модел-конвенције.⁴⁷ У вези са тим требало би напоменути и да Европска комисија у свом меморандуму са тумачењима (енг. *explanatory memorandum*) и експлицитно упућује на коментаре Модел-конвенције, тако да њени званични коментари могу да имају одређену интерпретативну важност.⁴⁸ Тај став је, истина у једном другом контексту, заузео и Европски суд правде.⁴⁹

Дакле, за разлику од појма „дистрибуција профита“, који је прилично широко постављен и не садржи било какве референце у односу на коментаре Модел-конвенције, појам „камата“ је дефинисан веома слично начину на који је то учињено у Модел-конвенцији.

7. ЗАКЉУЧАК

Савремена финансијска тржишта карактерише веома обимна понуда финансијских инструмената, која, као производ активности финансијског инжењеринга, носи одређени ниво ризика и приноса. Финансијски инструменти који у себи истовремено садрже права и обавезе карактеристичне и за сопствени и за позајмљени капитал називају се хибридни финансијски инструменти.

⁴⁷ Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *European Tax Law*, The Hague 2005, 636.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Став је заузет у пресуди од 15. маја 2008. у предмету C-414/06, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG*. Немачки резидент, тужилац у том предмету, *Lidl Belgium*, основао је сталну пословну јединицу у Луксембургу која је током 1999. године исказала губитак, за који је тужилац хтео да искористи могућност да га искаже као порески одбитак за потребе обрачуна пореске основице у Немачкој. Међутим, пошто је одредбама закљученог уговора о избегавању двоструког опорезивања између Немачке и Луксембурга предвиђено да приходи које оствари стална пословна јединица у Луксембургу буду изузети од опорезивања у Немачкој, немачке пореске власти заузеле су став да самим тиме ни губици који су исказани у Луксембургу не могу да се користе као одбитна ставка приликом утврђивања пореске основице у Немачкој, посебно због тога што је исти губитак могао да буде искоришћен и за умањење пореске основице у Луксембургу током наредних обрачунских периода. Имајући, између осталог, у виду конкретне одредбе закљученог уговора о избегавању двоструког опорезивања између Немачке и Луксембурга, дефиницију појма сталне пословне јединице *на начин на који се она дефинише у Модел-конвенцији ОЕЦД-а*, став да земље чланице могу извући смернице из међународне праксе, а *посебно из Модел-конвенције*, као и легитимни интерес земље чланице да користи своје право да опорезује, Европски суд правде је нашао да је немачки порески режим у том случају био сразмеран; http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=EN&text=&pageIndex=0&part=1 &mode=DOC&docid=67375&occ=first&dir=&id=38489, 1. јануар 2017.

Мотиви за коришћење хибридних финансијских инструмената могу да буду непорески и порески. За пореске потребе карактеризације хибридних финансијских инструмената у пракси су развијени приступ бифуркације, који се ређе примењује, и приступ интеграције.

Порески ефекти хибридних финансијских инструмената могу да се сагледавају са више аспеката. Ако се посматрају из угла финансијских извештаја, њихова класификација може да има пореске ефекте и на биланс стања и на биланс успеха.

За потребе класификације хибридних финансијских инструмената у једном порескоправном систему, као полазна основица требало би да служе правила дефинисана компанијским правом, односно рачуноводством. Међутим, на тај начин извршена класификација не би требало да буде обавезујућа и за потребе пореског права. Другим речима, за потребе пореског права треба предвидети и опцију другачијег класификовања хибридног финансијског инструмента у односу на начин на који је то учињено према правилима компанијског права, односно рачуноводства.

У пореском систему Србије, *de lege lata*, није предвиђена могућност другачијег класификовања хибридног финансијског инструмента за пореске потребе у односу на начин на који је то учињено у пословном билансу. То, с једне стране, представља простор за пореско планирање, док, с друге стране, представља и област која би требало да буде додатно правно нормирана, како би се избегле евентуалне негативне последице умањења пореске основице. Имајући то у виду, потребно је да се, *de lege ferenda*, допуне пореска правила у Србији тако да се омогући да се за пореске потребе изврши другачија класификација хибридног финансијског инструмента у односу на начин на који је то учињено у пословном билансу.

У међународном сценарију, хибридни финансијски инструменти се класификују у складу са карактером накнаде која се плаћа за њихово коришћење. У том смислу користи се тест сопственог капитала који је дефинисан чланом 10 Модел-конвенције, док је тест позајмљеног капитала дефинисан њеним чланом 11.

У пореском праву Европске уније такође постоје посебна правила којима је дефинисан тест сопственог, односно позајмљеног капитала. И док су правила за тест позајмљеног капитала у великој мери слична и ослањају се на Модел-конвенцију, тест сопственог капитала је аутономно и прилично нејасно и широко дефинисан. Европски суд правде дао је у својој пракси одређену интерпретативну важност коментарима Модел-конвенције ОЕЦД.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Bärsch, S. E., *Taxation of Hybrid Financial Instruments and the Remuneration Derived Therefrom in an International and Cross-border Context*, Springer, Berlin – Heidelberg 2012.
- Boer, R., Boulogne F., „Netherlands“, *Taxation of Intercompany Dividends Under Tax Treaties and EU Law* (ed. G. Maisto), IBFD, Amsterdam 2012.
- Chatterji, S., Hedges, P., *Loan Workouts and Debt for Equity Swaps: A Framework for Successful Corporate Rescues*, John Willey & Sons, Chichester 2001.
- Coyle, B., *Hybrid Financial Instruments*, Financial World Publishing, Canterbury 2002.
- Domenici de Alencar, H., *Economic Crisis and Protection of Taxpayer's Rights – Tax Morality*, research for 71st IFA annual congress, Rio de Janeiro 2017.
- Finnetry, C. et al., *Fundamentals of International Tax Planning* (ed. R. Russo), IBFD, Amsterdam 2007.
- Helminen, M., *EU Tax Law: Direct Taxation*, IBFD, Amsterdam 2011.
- Helminen, M., *The International Tax Law Concept of Dividend*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2010.
- Илић Попов, Г., *Пореско право Европске уније*, Службени гласник, Београд 2004. (Ilić Popov, G., *Poresko pravo Evropske unije*, Službeni glasnik RS, Beograd 2004)
- Johannesen, N., „Tax avoidance with cross-border hybrid instruments“, *Journal of Public Economics* 112/2014.
- Laukkannen, A., *Taxation of Investment Derivatives*, IBFD, Amsterdam 2007.
- OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, Paris 2015.
- Panayi, C. HJ, *European Union Corporate Tax Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2013.
- Поповић, Д., *Наука о порезима и пореско право*, Институт Отворено друштво – Институт за уставну и законодавну политику, Београд 1997. (Popović, D., *Nauka o porezima i poresko pravo*, Institut Otvoreno društvo – Institut za ustavnu i zakonodavnu politiku, Beograd 1997)
- Поповић, Д., *Пореско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015. (Popović, D., *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerzитета u Beogradu, Beograd 2015)

- Rogers-Glabus, J., *IBFD International Tax Glossary*, IBFD, Amsterdam 2009.
- Rumble, T., Amin, M., Kleinbard, E., *The Taxation of Equity Derivatives and Structured Products*, Palgrave Macmillan, New York 2003.
- Ранковић, Ј. М., *Теорија биланса*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд 1992. (Ranković, J. M., *Teorija bilansa*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1992)
- Српско фискално друштво, *Модел-конвенција о порезима на доходак и на имовину*, Београд 2016. (Srpsko fiskalno društvo, *Model-konvencija o porezima na dohodak i na imovinu*, Beograd 2016)
- Terra, B. J. M., Wattel, P. J., *European Tax Law*, The Hague 2005.
- Tomazela Santos, R., „Prevention of Hybrid Mismatches as a Justification?“, *Non-Discrimination in European and Tax Treaty Law* (eds. K. Dziurdz, C. Marchgraber), Linde Verlag, Wien 2015.
- Васиљевић, М., *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011. (Vasiljević, M., *Kompanijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011)

Dragan Bosankić, LL.M.

PhD candidate

University of Belgrade, Faculty of Law

TAX AND LEGAL TREATMENT OF HYBRID FINANCIAL INSTRUMENTS

Summary

Besides the motives not prevailing concerning the tax, hybrid financial instruments are used both in the context of one tax system, and particularly in the international scenario, aiming at tax savings generation. Depending on whether the participants in the transaction are taxpayers within the same tax system, or not, the paper analyses the tax and legal consequences of the classification of hybrid financial instruments. Special attention has been paid to the tax and legal treatment of hybrid financial instruments in the Serbian taxation legislation, in which, for taxation purposes, there is no possibility of different classification in relation to the way it has been done in terms of company law and accounting. This drawback in Serbian taxation legislative on the one hand opens the possibility for tax planning by using hybrid financial instruments, while

on the other hand it is an area that should be specifically regulated. In addition, in terms of the international scenario, using a comparative method, the paper analyses the rules for the classification of hybrid financial instruments defined by OECD-Model convention and the relevant EU directives.

Key words: *Hybrid financial instruments. – Tax planning. – Corporate taxation. – Equity. – Debt.*

Article history:

Received: 8. 6. 2017.

Accepted: 16. 10. 2017.