

ODNOS INSTITUTA STVARNOGA KORISNIKA I NAČELA ZABRANE ZLOUPORABE PRAVA U EUROPSKOM POREZnom PRAVU: ANALIZA U SVJETLU NOVE PRAKSE SUDA EUROPSKE UNIJE

Doc. dr. sc. Ana Dujmović*

UDK: 336.226.322(4)EU
<https://doi.org/10.30925/zpfsr.41.1.16>
Ur.: 27. siječnja 2020.
Pr.: 28. ožujka 2020.
Pregledni rad

Sažetak

U radu se daje prikaz i osnovne implikacije presuda Suda Europske unije, u tzv. danskim predmetima. Presude se odnose na šest spojenih predmeta u kojima se ispituje pravo na ostvarivanje izuzeća od poreza na odbitak na isplate kamata sukladno s Direktivom IRD, odnosno dividendi sukladno s odredbama Direktive PSD u slučajevima zlouporabe prava, odnosno izbjegavanja poreza. U navedenom se kontekstu posebno ispituje odnos instituta stvarnoga korisnika i načela zabrane zlouporabe prava u domeni poreznog prava Unije. Tretirajući institut stvarnoga korisnika kao autonomni, objektivni zahtjev dodjele poreznog izuzeća, ali kao i relevantni čimbenik prepoznavanja zlouporabe prava i izbjegavanja poreza, Sud Europske unije, ovim presudama, mijenja dosadašnji pravni tretman dopuštene prakse porezno motiviranog djelovanja trgovačkih društava. Detaljno određujući pojam stvarnoga korisnika te dajući konkretne indicije za utvrđivanje zlouporabe prava, Sud Europske unije ta dva pojma dovodi u odnos međusobnog djelovanja. Otklanjajući potrebu za nacionalnim ili na ugovorima utemeljenim odredbama za sprječavanje zlouporaba, pozivanjem na djelovanje općeg načela zabrane zlouporabe prava, zabrana izbjegavanja poreza potvrđuje se kao izravni izričaj ovog općeg načela. Osim što se time čini daljnji iskorak u razvoju toga načela u pravu Unije, rad će pokazati da je novi, odnosno nadograđeni mehanizam, razvijen ovim presudama, uvelike logičan slijed trenda i doktrina razvijenih ranijim presudama Suda, ali istodobno i jasan pokazatelj političke opredijeljenosti Unije u borbi protiv međunarodnog izbjegavanja poreza i neovlaštenog stjecanja poreznih povlastica.

Ključne riječi: stvarni korisnik; načelo zabrane zlouporabe prava; izbjegavanje poreza.

* Dr. sc. Ana Dujmović, docentica, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru; ana.dujmovic@pf.sum.ba

1. UVOD

Identificirajući izbjegavanje poreza, posebice onih u kojima sudjeluju multinacionalne kompanije (dalje: MNK), kao jedan od globalnih problema, u posljednjem desetljeću dosta je učinjeno na suzbijanju ove pojave. Iako su određeni koraci poduzeti i ranije,¹ kulminacija je nastojanja inicijativa koju je pokrenula Organizacija za ekonomsku sigurnost i suradnju (dalje u tekstu: OECD) za sprječavanje osipanja porezne osnovice i premještanja dobiti (*Base Erosion Profit Shifting - BEPS*) 2013., unutar koje je suzbijanje agresivnoga poreznog planiranja, odnosno izbjegavanja poreza, od strane MNK, označeno kao jedan od najviših prioriteta.²

Usporedno s iskazivanjem političke potpore u borbi protiv međunarodnog izbjegavanja poreza, unutar vlastitog sustava, Unija je činila dodatne napore. Zbog specifičnosti njena pravnog i ekonomskog sustava, posebice djelovanja unutarnjeg tržišta, usvajanje sveobuhvatnoga programa protiv izbjegavanja poreza, u cilju omogućavanja pravednijeg unutarnjeg tržišta, postao je prioritet. Nizom aktivnosti koje su započele još 2012., usvajanjem neobvezujućih preporuka Europske komisije (dalje u tekstu: EK), preko izmjena u sekundarnom zakonodavstvu, posebice u pogledu unošenja posebnih pravila za suzbijanje zakonitih oblika izbjegavanja poreza³ i usvajanja sveobuhvatnog Akcijskog plana 2015. za pravedno i učinkovito oporezivanje dobiti poduzeća u EU-u, koji je 2016. rezultiralo usvajanjem direktive⁴ koja uvodi o opće pravilo protiv izbjegavanja poreza,⁵ Unija je otišla i korak dalje od ciljeva BEPS-a stvarajući svoj, uniformiran, pristup ovom problemu. Posebnost toga pristupa problemu svakako je dalo i djelovanje Suda Europske unije (dalje u tekstu: Sud EU ili Sud). S obzirom na ograničenu nadležnost Unije u pitanjima oporezivanja, posebice onog izravnog, pitanju izbjegavanja poreza Sud EU-a pristupao je neizravno. Ispitujući usklađenost nacionalnih poreznih odredbi sa zahtjevima temeljnih sloboda Unije, a posebice kroz postupke prethodnog odlučivanja, posljednjih je tridesetak

- 1 Među najznačajnijim koracima izdvajaju se izmjene Komentara OECD-ova modela ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja u pogledu tumačenja „provodnih društava“ iz 2003. i usvajanje Zakona o izvršenju poreznih obveza s obzirom na račune u inozemnim financijskim institucijama (*Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*) u Sjedinjenim Američkim Državama 2010.
- 2 Unutar 15 mjera BEPS projekta, većinom njih se, različito, nastoji suzbiti taj oblik djelovanja, a posebice: ograničenja na odbitke kamata (mjera 3.), štetne porezne prakse (mjera 5), sprječavanje zlouporabe poreznih ugovora (mjera 6.), status stalne poslovne jedinice (mjera 7.). OECD, pristup 16. siječnja 2020., <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-action>.
- 3 Direktiva Vijeća 2011/96/EU od 30. studenoga 2011. o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na matična društva i društva kćeri iz različitih država članica, SL L 345, 29.12.2011. (dalje u tekstu: Direktiva PSD).
- 4 Direktiva Vijeća (EU) 2016/1164 od 12. srpnja 2016. o utvrđivanju pravila protiv praksi izbjegavanja poreza kojima se izravno utječe na funkcioniranje unutarnjeg tržišta SL L 193, 19.7.2016. (dalje u tekstu: Direktiva ATAD).
- 5 *Za potrebe izračunavanja obveze poreza na dobit država članica ne uzima se u obzir aranžman ili niz aranžmana koji nisu autentični s obzirom na sve relevantne činjenice i okolnosti, budući da im je glavna svrha ili jedna od glavnih svrha stjecanje porezne prednosti kojom se poništavaju cilj ili svrha primjenjivog poreznog prava. Aranžman se može sastojati od više koraka ili dijelova* (čl. 6. st. 1. Direktive ATAD).

godina, a osobito u zadnjem desetljeću, ustoličio niz općih načela prava,⁶ koja su svoju primjenu, ali i nadogradnju, našla i u poreznim pitanjima. Jedno od takvih načela, koje je izravno povezano s pojmom izbjegavanja poreza je ono zabrane zlouporabe prava.⁷ Svako vršenje prava koje nije u skladu s načelima pravednosti i dobre vjere njegova je zlouporaba. U poreznom smislu ona najčešće podrazumijeva mehanizme izbjegavanja poreza,⁸ koje koriste porezni obveznici, kako bi ostvarili poreznu pogodnost na koju nemaju pravo.⁹ Riječ je o obliku nedopuštenoga korištenja prava u cilju postizanja učinaka za koje zakonodavac nije imao namjeru da se ostvare u konkretnim okolnostima. Načelo zabrane zlouporabe prava, razvijeno kroz judikaturu Suda EU-a, počevši s presudom u neporeznom predmetu *Van Bingsberg*¹⁰ 1974., vrlo brzo primjenjeno i u poreznim predmetima. Iako je taj razvoj bio obilježen neujednačenim pristupom, u pogledu izravnih i neizravnih poreza, te često nedovoljno jasnom i nedosljednom primjenom od strane Suda EU,¹¹ presudama u predmetu *Emsland Stärke*¹² 2000., a posebice one u predmetu *Halifax i dr.*¹³ 2006., dodatno je određena veza između zabrane zlouporabe prava i izbjegavanja poreza. Štoviše, presudom suda u predmetima *Cussen i dr.*¹⁴ gdje je načelo primijenjeno na nacionalnu strukturu, bez pravnog temelja u nacionalnim odredbama za njegovu primjenu, potvrđeno je da

- 6 Tatjana Josipović, *Načela Europskog prava u presudama Suda Europske zajednice* (Narodne novine: Zagreb, 2005.).
- 7 O razvoju načela zabrane zlouporabe prava u Europskoj Uniji vidi, u Rita de la Feria, Stefan Vogennauer, eds.: *Prohibition of Abuse – New General Principle of the EU Law* (Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2011.)
- 8 Rimsko načelo *fraudem legis* temelj je koncepta izbjegavanja poreza u mnogim državama europske kontinentalne pravne tradicije, iako je njegov utjecaj među državama različit.
- 9 Opća pravila protiv izbjegavanja poreza u većini država potvrđuju da je zlouporaba prava konstitutivni element koncepta izbjegavanja poreza. Vidi: Njemačka, čl. 42. AO (*Abgabenordnung, AO*), Austrija, čl. 22. BAO (*Bundesabgabenordnung, BAO*), Kanada, čl. 245. Zakona o poreza na dohodak (*Income Tax Act, ITA*). Vidi: Nevia, Čičin-Šain, Postoji li potreba za općim pravilom za sprečavanje izbjegavanja poreza u hrvatskom poreznom pravu, tzv. GAAR?, *Pravni vjesnik* 32, br. 2 (2016.): 103-119.
- 10 Presuda Suda od 3. prosinca 1974., *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, C-33/74, ECLI:EU:C:1974:131 (dalje u tekstu: CJEU *Van Bingsberg*).
- 11 Razlozi nedosljednosti primjene proizlazili su iz nekoherentne terminologije, gdje je Sud naizmjenično koristio pojmove izbjegavanja (engl. *avoidance*), utaje (engl. *evasion*), zlouporabe (engl. *abuse*), prijevare (engl. *fraud*), kao i nedostatka jasnih smjernica o konceptu, njegovom opsegu djelovanja i primjeni. Vidi: Rita de la Feria, *EU General Anti-(Tax) Avoidance Mechanisms: From GAAP to GAAR* (November 1, 2019), u: *The Dynamics of Taxation*, eds. Glen Loutzenhiser i Rita de la Feria (Oxford: Hart Publishing, 2020.), <https://ssrn.com/abstract=3485784>.
- 12 Presuda Suda od 14. prosinca 2000, *Emsland-Stärke GmbH protiv Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-110/99 ECLI: E:C:2000:695 (dalje u tekstu: CJEU *Emsland Stärke*).
- 13 Presuda Suda od 21. veljače 2006., *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise*, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121 (dalje u tekstu: CJEU *Halifax i dr.*).
- 14 Presuda Suda od 22. studenog 2017., *Cussesns*, C-251/16, ECLI:EU:C:2017:881, para. 27. (dalje u tekstu: CJEU *Cussens*).

unutar oporezivanja, ovo načelo djeluje kao opće načelo protiv izbjegavanja poreza.¹⁵

U ovom se radu ispituju implikacije presuda Suda EU-a, u tzv. danskim predmetima (*Danish Beneficial Ownership*) koji su nastavak aktivizma Suda EU-a u primjeni načela zabrane zlouporabe prava u domeni oporezivanja. U svim je predmetima riječ o vezanim danskim društvima, čija su matična društva smještena u državama članicama Unije, u vlasništvu trećih, EU - nerezidentnih privatnih fondova, korporacija i partnerstava,¹⁶ osnovana i umetnuta, u navedenu holding strukturu kao oblik „provodnog društva“. U pogledu obveza društava na plaćanje poreza po odbitku na plaćene kamate nerezidentnim društvima sukladno s Direktivom IRD,¹⁷ odnosno dividende sukladno s Direktivom PSD, odnosno ostvarivanja porezne pogodnosti kod zlouporabe, odnosno izbjegavanja poreza u dvije opsežne presude,¹⁸ razmatrano je nekoliko važnih i vremenski relevantnih pitanja. Slijedom postavljenih pitanja, u postupcima prethodnog odlučivanja, Sud EU-a ispitivao je opseg primjene općeg načela zabrane zlouporabe prava, posebice unutar područja neusklađenih poreza Unije, kao i koncept zlouporabe i teret njenog dokazivanja.¹⁹ Ispitujući uvjetovanost prava na poreznu pogodnost i ostvarivanja statusa stvarnog korisnika, daje se opsežna elaboracija ovog instituta u kontekstu pojma zlouporabe ali i poreznog prava EU-a. Institut stvarnoga korisnika²⁰ koji se od trenutka njegova integriranja u OECD-ov model poreznog ugovora, 1977. godine,²¹ smatrao kontroverznim konceptom,²²

15 De la Feria, *EU General Anti- (Tax) Avoidance Mechanism*, 2.

16 Izravno ili neizravno, društva majke su bile u vlasništvu društava ili različitih entiteta (investicijskih fondova), koji su fiskalni rezidenti trećih država, izvan EU-a (Kajmanski otoci, Bermuda).

17 Direktiva Vijeća 2003/49/EZ od 3. lipnja 2003. o zajedničkom sustavu oporezivanja isplate kamata i [naknada za] licencije između povezanih trgovačkih društava različitih država članica (SL 2003., L 157, str. 49.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 9., svezak 1., str. 76 i ispravak SL 2018., L 304, str. 35) (dalje u tekstu: Direktiva IRD).

18 Presuda Suda od 26. veljače 2019., *N Luxembourg 1 i dr. protiv Skatteministeriet*, C-115/16 ECLI:EU:C:2019:134 (dalje u tekstu: *CJEU N Luxembourg 1 i dr.*) i presuda Suda od 26. veljače 2019., *Skatteministeriet protiv T Denmark i Y Denmark Aps*, C-116/16, ECLI:EU:C:2019:135 (dalje u tekstu: *CJEU T Denmark i dr.*).

19 Zbog opsežnosti materije rad neće obrađivati pojam odnosa zabrane zlouporabe prava i temeljnih sloboda Unije, kao ni posebni status društva SICAR, koji su, kao pitanja, upućena Sudu.

20 Više o pojmu vidi: Charl du Toit, „The Evolution of the Term „Beneficial Ownership“ in Relation to International Taxation over the past 45 years”, *Bulletin for International Taxation* 64, br. 10 (2010.): 500-509; Adolfo Martín Jiménez, *Beneficial Ownership: Current Trends*, *World Tax Journal* 2 (2010.): 35- 63.

21 Pojam stvarnoga korisnika prvi je put uveden Protokolom iz 1966. u Ugovoru o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja između SAD-a i Ujedinjenog Kraljevstva iz 1945., kako bi se njime zamijenila *subject-to-tax* odredba u člancima koji se odnose na oporezivanje dividendi, kamata i autorski naknada. Vidi više: John F. Avery Jones *et al.*, „The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and Their Adoption by States“, *Bulletin for International Taxation* 6, (2006.): 249.

22 Osim činjenice da je preuzet iz *common law* sustava te da u kontinentalnom (europskom) pravnom sustavu za njega nema odgovarajućeg pojma, kontroverze vezane za pojam počinju s presudom u predmetu *Indofood International Ltd protiv JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch* iz 2006., gdje se pojam tumačio u kontekstu bilateralnoga poreznog ugovora između

potičući mnoge rasprave o pravnoj prirodi fenomena i njegovoj potrebi i važnosti,²³ Sud presudama, u tzv. danskim predmetima dodatno određuje, tretirajući ga kao autonomni, objektivni uvjet dodjele poreznog izuzeća, ali kao i relevantni čimbenik identificiranja zlouporabe prava i izbjegavanja poreza. Većina stajališta Suda EU-a iznesenih u presudama, u tzv. danskim predmetima u potpunosti odstupaju od mišljenja dodijeljenog nezavisnog odvjetnika u predmetima²⁴ te su zaokret u stajalištima naspram niz ranije odlučениh pitanja. Stoga su presude od samog početka označene kao prekretnice,²⁵ a stajališta iznesena u njima od mnogih su smatrana nedosljednim,²⁶ a katkad i kontroverznim.²⁷

Cilj je rada pružiti detaljnu analizu stajališta iznesenih u presudama, te ispitati kakav je njihov doprinos postojećoj praksi zabrane izbjegavanja poreza u Uniji. Pritom će se posebno ispitati koliko su opravdane kritike o nekonzistentnosti stajališta iz presuda, kao i je li riječ o zaokretu od postojeće prakse Suda EU-a ili njenoj daljnjoj nadogradnji. Odnosu instituta stvarnoga korisnika i načela zlouporabe prava, dat će se posebna pozornost u radu, ispitujući doprinos navedenih presuda, definiranju i razvoju oba fenomena u pravu EU-a, kao i njihovoj ulozi unutar antievazijskoj politici Unije.

Rad je podijeljen na pet dijelova. Nakon uvoda, u drugom se dijelu rada daje prikaz činjenične i pravne pozadine, tzv. danskih predmeta, s posebnim naglaskom na usustavljivanju pitanja koja su upućena Sudu. Institut stvarnoga korisnika, koji je kao kontroverzan koncept definiran još u samom uvodu rada, unutar trećeg poglavlja

-
- Indonezije i Mauricijusa. Više o činjenicama spora i elementima presude vidi u: Phillip Baker, „United Kingdom: Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase NA, 27.-38“, u: *Beneficial ownership: recent trends*, eds. Michael Lang et al. (Amsterdam: IBFD, 2013.).
- 23 Lang et al., *Beneficial Ownership*.
- 24 Mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott od 1. ožujka 2018. u predmetima C-115/16 (N *Luxembourg I*, EU:C:2018:43), C-118/16 (*X-Denmark*, EU:C:2018:146), C-119/16 (*C Denmark I*, EU:C:2018:147), C-299/16 (*Z Denmark*, EU:C:2018:145), C-116/16 (*T Denmark*, EU:C:2018:114), C-117/16 (*Y Denmark*, EU:C:2018: 145.).
- 25 Presude su od pojedinih označene kao „danski dinamit“ (engl. *danish dynamite*) zbog učinka koji mogu imati. Vidi: Luc De Broe, Samm Gommers, „Danish Dynamite – The 26 February 2019, CJEU Judgment in the Danish Beneficial Ownership Cases“, *EC Tax Review* 16 (2019.): 270, dok drugi navode da one označuju početak dugog putovanja u kojem je kraj potpuno neizvjestan. Vidi: Jonathan Schwarz, „Beneficial Ownership: CJEU Landmark ruling“, *Kluwer International Tax Blog*, pristup 13. prosinca 2019., <http://kluwertaxblog.com/2019/02/27/beneficial-ownership-CJEU-landmark-ruling/>.
- 26 Pitanje nedosljednosti s ranijim presudama Suda najčešće se odnosilo na presude Suda EU-a u predmetima *Eqiom i Diester i Juhler*. Navedene su presude presedan u zaštiti korištenja struktura holding društava sprječavajući države članice od pretjerano stroge implementacije i primjene u nacionalnim odredbama protiv izbjegavanja poreza, u kontekstu stvaranja opće presumpcije prijave, čak i ako EU posrednička društva kontroliraju vezana društva izvan EU-a. Vidi: Blazej Kuźniacki, „The ECJ as Protector of Tax Optimization via Holding Companies“, *Intertax* 47, 3 (2019.): 312-323.
- 27 Početne kontroverze najčešće su se odnosile na, presudama, uspostavljen odnos između načela zabrane zlouporabe prava i instituta stvarnoga korisnika. Vidi: Antonio Barba de Alba, Diego Arribas, „The Interplay between Beneficial Ownership and Abuse in Danish Cases on Dividends“, *Kluwer International Tax Blog*, pristup 12. prosinca 2019., http://kluwertaxblog.com/2019/03/27/the-interplay-between-beneficial-ownership-and-abuse-in-the-danish-cases-on-dividends/#_ftnref2.

opsežno je analiziran, unutar obje presude Suda, ističući različitost stajališta i određenje među njima. Naglasak je na razlozima za dvojakim određenjem pojma, kao autonomnog, objektivnog zahtjeva dodjele porezne pogodnosti, odnosno relevantnog čimbenika identificiranja zlouporabe prava i izbjegavanja poreza. Koncept zlouporabe, u kontekstu njegovih konstitutivnih elemenata i posebnih indicija koje daje Sud EU-a za njegovo identificiranje, te tereta dokazivanja okosnica je četvrtoga dijela rada. Osim ispitivanja međusobnog odnosa koncepta zlouporabe i instituta stvarnog korisnika, ispituje se i usklađenost stajališta ranijih relevantnih presuda Suda EU-a s onim u iznesenim u presudama, u tzv. danskim predmetima u pogledu djelovanja načela zabrane zlouporabe prava. Peti dio daje pregled osnovnih nalaza rada.

2. TZV. DANSKI PREDMETI – ČINJENIČNA I PRAVNA POZADINA

2.1. Činjenični opis, tzv. danskih predmeta

Normativni porezni okvir koji je Danska donijela krajem 1998., a koji je ukinuo porez na dividende, koje isplaćuje dansko vezano društvo, stranim matičnim društvima, učinio je Dansku atraktivnom poreznom jurisdikcijom za sheme poreznoga planiranja koje uključuje osnivanje „provodnih društava“. Pogodnosti unutar takvih struktura, kod oporezivanja dividendi, između povezanih društava država članica EU-a dodatno su bile pružene odredbama Direktive PSD te razgranatom mrežom bilateralnih poreznih ugovora, koji su osiguravali poreznu olakšicu u onim slučajevima gdje se ona nije mogla ostvariti kombinacijom danskog i europskoga zakonodavstva. Doneseni zakonodavni okvir, u vrlo je kratkom roku, u investicijskom i fiskalnom smislu, dao željene rezultate s više od 500 kompanija koje su osnovale holding društva u Danskoj.²⁸ Potencijalna štetnost takvog režima unutar Unije, u kontekstu narušavanja pravila tržišnoga natjecanja, prepoznata je već krajem 1999.²⁹ Konstatirajući opravdane, poslovne razloge zašto mnogi MNK unutar svojih korporacijskih struktura imaju holding društva, upozoreno je da su mnoga takva društva uspostavljena samo ili velikim dijelom za potrebe struktura agresivnog poreznog planiranja, gdje se holding društva javljaju najčešće u obliku „provodnog društva“ bez valjanog ekonomskog razloga osnivanja. Godine 2001., pod pritiskom zahtjeva Unije, Danska je pristupila izmjenama nacionalnoga zakonodavstva³⁰ ograničavajući ostvarivanje izuzeća na oporezivanje dividendi.³¹ Iako normativno važna, u praksi je, u Danskoj, ova izmjena

28 Danish Holding Companies Advantages of the Danish Holding Companies Regime, pristup 24. prosinca 2019., <https://www.tba-associates.com/danish-holding-company-formation>.

29 *Working Group Report SN 4901/99*, 23.11.1999. to ECOFIN Code of Conduct Group, para. 45-51. (dalje u tekstu: Izvješće SN 4901/99).

30 Sukladno s čl. 2 (1)(c) Zakona o porezu na dobit Danske, strana društva imaju ograničenu poreznu obvezu u pogledu isplate dividendi od strane danskih društava. Društvo koje isplaćuje dividende dužno je na izvoristu (u Danskoj) oporezivati isplatu dividende po stopi od 28 %. Ista je obveza, ali po stopi od 25 % vrijedila i za oporezivanje kamata među povezanim društvima

31 Iznimka od oporezivanja dividendi bila je moguća samo ako se nerezidentno matično društvo, koje posjeduje najmanje 10 % vlasničkog udjela danskog društva koje isplaćuje dividende, nalazi u jednoj od država članica Unije ili država ugovornica s kojom Danska ima potpisani bilateralni ugovor o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja.

donijela vrlo skromne učinke u smislu sprječavanja agresivnih poreznih strategija i izbjegavanja poreza.³² Tzv. danski predmeti o kojima je presude donijelo Veliko vijeće Suda EU-a, 26. veljače 2019., proizašli su iz strukture i mogućnosti koje je takav sustav nudio. Riječ je o šest predmeta³³ u kojima se, u četiri predmeta (*N Luxembourg 1*,³⁴ *X Denmark A/S*,³⁵ *C Danmark I*³⁶ i *Z Denmark ApS*³⁷),³⁸ ispituje pravo na ostvarivanje izuzeća od poreza po odbitku na isplaćene kamate sukladno s Direktivom IRD, a u dva predmeta (*T Danmark*³⁹ i *Y Denmark ApS*⁴⁰) pravo na ostvarivanje izuzeća od poreza na odbitak na isplaćene dividende sukladno s Direktivom PSD kod zlouporabe, odnosno izbjegavanja poreza. Smatrajući pitanja upućena Sudu u navedenim predmetima dosta sličnim, Sud je odlučio predmete koji se odnose na tumačenje Direktive IRD i temeljnih sloboda zajamčenih Ugovorima, spojiti pod zajednički naziv *N Luxembourg 1 i dr.*: te predmete koji se odnose na pitanja prava od izuzeća od oporezivanja dividendi sukladno s Direktivom PSD u zajednički predmet pod nazivom *T Danmark i dr.* U svim je predmetima riječ o vezanim danskim društvima, čija su matična društva smještena u državama članicama Unije (Cipar, Luksemburg), dok su izravno ili neizravno, društva majke bile u vlasništvu društava ili različitih entiteta (investicijskih fondova), koji su fiskalni rezidenti trećih država, izvan EU-a (Kajmanski otoci, Bermuda). Matična društva, osnovana u državama članicama EU-a, umetnuta su u holding strukturu kao oblik „provodnog društva“. Takvo strukturiranje poreznog djelovanja bilo je omogućeno i izmjenama danskoga nacionalnog zakonodavstva s kraja devedesetih godina 20. stoljeća i širokom mrežom bilateralnih i multilateralnih poreznih ugovora, u kojima je Danska bila ugovornica.⁴¹

32 U obrazloženju izmjena, Ministarstvo oporezivanja Danske, dalo je uputu da se novouvedeni porez po odbitku na isplate dividendi može izbjeći umetanjem u strukturu posredničkog društva u drugoj državi članici Unije ili ugovornoj državi, iznad danskog društva, čime je pri samom činu uvođenja poreza priznalo neučinkovitost predloženih mjera. Vidi: Hans Severin Hansen, „The great hypocrisy – the the beneficial owner cases“, *Danish Journal for Taxes and Duties (Tidskrift for Skatter og Afgifter)* – *TJS* (2001.): 537-552, https://www.plesner.com/~media/plesnerdocuments/artikler/2016_07_27_the%20great%20hypocrisy%20-%20the%20beneficial%20owner_%20cases_new_edition.ashx.

33 Više o konkretnim činjenicama predmeta vidi: Susi Hjortz Baerntzen, Arjan Lejour, Maarten van't Riet, „Limitation of holding structures for intra EU-dividends: A blow to tax avoidance“, *CPB Discussion Paper, CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis* 12 (2019.), <https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Discussion-Paper-406-Limitation-of-holding-structures-for-intra-EU-dividends.pdf>.

34 *N Luxembourg 1* C-115/16.

35 *X Denmark A/S* C-118/16.

36 *C Danmark I* C-119/16.

37 *Z Denmark ApS* C-299/16.

38 Smatrajući pitanja upućena Sudu u navedenim predmetima dosta sličnim, Sud je odlučio predmete koji se odnose na tumačenje Direktive IRD i temeljnih sloboda zajamčenih Ugovorima, spojiti pod zajednički naziv *N Luxembourg 1 i dr.*: te predmete koji se odnose na pitanja prava iznimki od oporezivanja dividendi sukladno s Direktivom PSD u zajednički predmet pod nazivom *T Danmark i dr.* Vidi: CJEU *N Luxembourg 1 i dr.*, para. 80. i CJEU *T Danmark i dr.*, para. 65.

39 *T Danmark* C-116/16.

40 *Y Denmark* C-117/16.

41 Nordijskog ugovor o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja od 23. rujna 1996. (s kasnijim

2.2. Pitanja upućena Sudu Europske unije

U oba spojena predmeta podneseni su zahtjevi za prethodnom odlukom Suda EU-a, koja se odnose na tumačenje navedenih direktiva, u pogledu obveza društava na plaćanje poreza po odbitku na plaćene kamate, odnosno dividende nerezidentnim društvima, koja porezno tijelo ne smatra stvarnim korisnicima tih kamata ili dividendi nego samo umetnutim „provodnim društvima“ koji nemaju pravo na porezne pogodnosti sukladno s navedenim direktivama. Stajalište Porezne uprave Danske (*Skattestyrelsen*, dalje u tekstu: SKAT) bilo je da su porezi po odbitku izbjegnuti umetanjem provodnih društava, u ovom slučaju društava majki, između danskih društava koja isplaćuju kamate ili dividende i kontrolirajućih društava, koja ne mogu ostvariti (nemaju pravo na) porezne pogodnosti, sukladno s navedenim direktivama, jer nisu njihovi stvarni korisnici. Stoga su danska društva trebala razrezati porez po odbitku pri isplati obje vrste dohodaka u oba predmeta. Slijedom nastalih sporova, dva prizivna suda Danske (*Østre Landsret* i *Vestre Landsret*) u postupku prethodnog odlučivanja uputila su Sudu EU-a niz detaljnih i složenih pitanja koja se odnose na: (1) značenje instituta ovlaštenog korisnika unutar prava Unije, posebice u kontekstu odredbi Direktive IRD⁴² i treba li navedeni pojam tumačiti u skladu s odgovarajućim pojmom iz čl. 11. OECD-ova modela poreznog ugovora,⁴³ posebice u kontekstu izmjena Komentara OECD-ova modela iz 2003. koji se odnose na „provodna društva“; (2) koji su pravni temelji koji državama omogućavaju odbijanje poreznog izuzeća zbog zlouporaba prava,⁴⁴ i ako ta pravna osnova postoji koji su konstitutivni elementi zlouporabe prava i načini dokazivanja; kao i neophodnost postojanja nacionalnih pravila protiv izbjegavanja kao temelja njihova sprječavanja. Ako za državu članicu postoji mogućnost da umetnutom, „provodnom društvu“ odbije priznati pogodnosti predviđene Direktivom IRD, zatražena je odluka Suda EU-a o usklađenosti danskoga zakonodavstva s odredbama Ugovora o funkcioniranju EU⁴⁵ o slobodi poslovnog nastana⁴⁶ i slobodnom kretanju kapitala, kako bi sud, koji je uputio zahtjeve, mogao provjeriti povređuju li se danskim zakonodavstvom te slobode.

izmjenama) i Dansko-Luksemburškog ugovor o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja od 17. studenoga 1980.

42 Trgovačko društvo države članice smatra se stvarnim korisnikom kamata ili licencija samo ako prima te isplate za svoju vlastitu dobrobit, a ne kao posrednik, kao što je to, npr. agent, opunomoćenik ili stvarni potpisnik za neku drugu osobu. Čl. 1 (4) Direktive IRD.

43 Čl. 11. (2) OECD-ovog modela poreznog ugovora.

44 S obzirom na to da se pojam stvarnoga korisnika ne javlja u Direktivi PSD, pitanje se odnosilo na pravnu osnovu, koja državi članici, omogućuje da društvu, koje je raspodijelilo dobit društvu druge države članice čije je ono društvo kćeri, odbije priznati pravo na iznimku od poreza predviđenu čl. 5. Direktive 90/435 zbog počinjenja zlouporabe prava. Vidi CJEU *T Danmark*, para. 67.

45 Pročišćene verzije Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije, SL C 202, 7.6.2016 (dalje u tekstu: UEU i UFEU).

46 Čl. 49.-55. UFEU-a.

3. INSTITUT STVARNOG KORISNIKA U PRESUDAMA, U TZV. DANSKIM PREDMETIMA

3.1. Institut stvarnog korisnika u presudi N Luxembourg

Povijest poreza obiluje usavršavanjima koja rješavaju jedan problem, istodobno stvarajući dva nova. To je slučaj i s konceptom stvarnoga korisnika.⁴⁷ Kako ni OECD-ov model poreznog ugovora, a ni prateći Komentar, ne daju konkretnu definiciju pojma, sudska praksa⁴⁸ i teorija⁴⁹ protekla tri desetljeća, jasno su pokazale veliki stupanj nesigurnosti i neujednačenosti u određenju ovoga pojma. Dok neki autori smatraju da koncept samo ima strukturni mana,⁵⁰ drugi su stajališta da ga treba ukinuti jer njegova primjena, zbog nedostatne određenosti, stvara dodatne probleme u primjeni i tumačenju.⁵¹

Pitanje određenja pojma stvarnoga korisnika javilo se samo u predmetima *N Luxembourg I i dr.*, odnosno onima koji su se odnosili na pravo ostvarivanja porezne olakšice od poreza na odbitak kod isplate kamata između povezanih društava. Konstatirajući da je ostvarivanje izuzeća u kontekstu čl. 1. (1) i (4) Direktive IRD ograničeno samo na stvarne korisnike,⁵² Sud ističe da pojam mora imati autonomno značenje neovisno od onog koje ima unutar nacionalnih prava. Iako je takvo određenje u skladu s Komentarom OECD-ova modela poreznog ugovora,⁵³ ono je suprotno

47 Prema Ekkehart Reimer, „How to Conceptualized Beneficial Ownership“, u: *Beneficial Ownership: Recent Trends*, eds. Michael Lang et. al. (IBFD: Amsterdam, 2013.), 254.

48 Među prvim je presudama u kojima se dalo određenje pojma stvarnoga korisnika *Wood Preservation Ltd v. Prior*, u kojoj se impliciraju razlike između potpunih pravnih ovlaštenja (engl. *legal rights*) i prava plodouživanja engl. (*rights of enjoyments*) nad pravno utemeljenoj ekonomskoj dobiti. Vidi: *Wood Preservation Ltd v Prior (Inspector of Taxes)* 45 TC 112. Vidi još: *Aiken Industries Inc. v. Commissioner of Internal Revenue*, USTC, 5.8.1971., 56. PAR. C; *Prévost Car Inc. v. The Queen*, 2008 PAR. C.C. 231; *Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank*, Court of Appeal, 2.3.2006., (2006.) 8 ITLR, 653; (2006.) STC 1195.

49 U teoriji su, na temelju sudske prakse, razvijena tri pristupa određenja pojma stvarnoga korisnika: (1) kao osobu kojoj je bezuvjetno povjerena kontrola na dohotkom, (2) pristup utemeljen na ekonomskom određenju i (3) pristup utemeljen na značenju koje pojam ima u nacionalnom zakonodavstvu. Vidi više: Ana Dujmović, *Zlouporeba ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja i neovlašteno stjecanje ugovornih poreznih povlastica (treaty shopping): doktorska disertacija* (Mostar: Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, 2015.), 102-107.

50 Joanna Wheeler, *The Missing Keystone of Tax Treaties* (Amsterdam: IBFD, 2012.), 257.

51 Različita stajališta vidi u: Michael, Lang et al. eds., *Beneficial Ownership: Recents Trends* (Amsterdam: IBFD, 2012.).

52 Prvi prijedlog Direktive IRD iz 1990. uopće nije sadržavao pojam stvarnog korisnika. To je promijenjeno prijedlogom iz 1998. Vidi više: Juan Lopez Rodriguez i Georg Kofler, *Beneficial Ownership and EU Law*, u: Michael Lang et al., 215-248. (Amsterdam: BFD, 2013.).

53 Komentar na čl. 11. OECD-ova modela poreznog ugovora, 2003., para. 9.

nacionalnim sudskim praksama,⁵⁴ kao i odredbama Direktive IRD.⁵⁵ S obzirom na različitost jezičnih naziva stvarnog korisnika u EU-a, Sud zaključuje da se pojam ne odnosi na formalno–pravno identificiranog korisnika (primatelja), nego na entitet,⁵⁶ koji ima ekonomske koristi od primljenih kamata i ima pravo raspolagati s njima kako želi,⁵⁷ pri čemu se ekonomska korist smatra zajedničkim elementom. Ne dajući daljnje smjernice Sud EU-a zaključuje da zbog različitosti jezičnih izričaja i konotacija unutar država članica,⁵⁸ pojam stvarnoga korisnika treba imati autonomno, EU značenje. Suprotno autonomnom određenju, i u potpunosti odstupajući od mišljenja nezavisnog odvjetnika,⁵⁹ kod utvrđivanja pojma stvarnoga korisnika, stajalište je Suda, da se relevantnim trebaju smatrati odredbe bilateralnih poreznih ugovora nastalih na temelju OECD-ova modela poreznog ugovora, kao i one sadržane u Komentaru, zajedno sa svim njegovim naknadnim izmjenama.⁶⁰ S obzirom na to da se u direktivi koristi terminologija iz poreznih ugovora, a uzimajući u obzir cilj Direktive IRD, u kontekstu izbjegavanja dvostrukog oporezivanja između država članica⁶¹ takvo stajalište ne iznenađuje. Međutim, uzimajući u obzir činjenicu da Direktiva IRD sadrži objašnjenja svih relevantnih pojmova, koja se u pojedinim određenjima i razlikuju od onih u OECD-ovu modelu, Sud nije pojasnio, koja je svrha upućivanja na odredbe OECD-ova modela poreznog ugovora i pratećega Komentara, posebice na njegove naknadne izmjene. Iako bi takav pristup mogao stvoriti velike nedoumice u metodološkom i sadržajnom smislu, posebice u odnosu prava EU-a i prava poreznih ugovora, razlozi za to mogu se pronaći u činjenici recipročnog utjecaja i interakcije dvaju sustava, prava EU-a i OECD-ovih preporuka i poreznih ugovora.⁶² Sve od pokretanja BEPS

54 Pojam stvarnog korisnika u danskom poreznom pravu nije bio poznat do implementacije Direktive IRD, kad je usvojen pojam „izvornog (pravog) korisnika dohotka (engl. *rightfull income recipient*, dan. *rette indkomstmadtager*). Do 2006. pojmovi su se potpuno izjednačavali, ali s promjenama Komentara OECD-ova modela poreznog ugovora u kontekstu „provodnih društava“ došlo je i do razlučivanja ova dva instituta u Danskoj. Vidi više: Hans Severin Hansen, *The great hypocrisy – the the beneficial owner cases*, 10-12; Thomas Booker, „Recent Developments regarding Beneficial Ownership in Denmark“, *European Taxation* 52, 2/3 (2012.): 67-76.

55 Čl. 1 (5)(b) Direktive IRD, u povodu različitog shvaćanja pojma poslovnog nastana (*permanent establishment*)

56 Sukladno s čl. 1 (1) Direktive IRD entitet mora biti osnovan u EU-u.

57 CJEU *N Luxembourg I i dr.*, para. 89.

58 CJEU *N Luxembourg I i dr.*, para. 89.

59 Pojam stvarnoga korisnika u kontekstu Direktive IRD treba biti tumačen autonomno i bez povezivanja s pojmom stvarnoga korisnika u poreznim ugovorima. Vidi: mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott u predmetu *N Luxemburg I*, para. 48-55.

60 CJEU *N Luxembourg I i dr.*, para. 90.

61 Osim na cilj izbjegavanja dvostrukog oporezivanja Komisija se pri podnošenju prijedloga direktive iz 1998. referirala i na čl. 11. OECD-ova modela poreznog ugovora koji sadrži odredbe o stvarnom korisniku. Vidi više: Prijedlog Vijeća Direktive o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na kamate i naknade od licencija između povezanih društava država članica, COM (98) 67 final.

62 Ana Paula Dourado, „Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6“, *Intertax* 43, br. 1(2015.): 43.

projekta, niz je primjera gdje EU prateći djelovanje i preporuke OECD-a i ispunjavajući postavljene zahtjeve projekta, istodobno dodatno oblikuje i nadograđuje vlastiti sustav. Jedan je od najočitijih primjera⁶³ uzročne interakcije onaj mjere 6. BEPS-a, koji zagovara uvođenje općeg pravila o suzbijanju zlouporabe u obliku testa osnovne svrhe (engl. *principle purpose test* (PPT)) i čl. 6. Direktive ATAD, koji određuje isto djelovanje. Iako se pristupi metodološki i sadržajno možda razlikuju, duh i cjeloviti pristup problemu zapravo su vrlo slični.⁶⁴ Primjenjujući koncept uzročnog utjecaja i interakcije na odnos stvarnoga korisnika u pravu EU-a i instrumenata OECD-a za njegovo tumačenje, moguće je povući istovjetnu vezu. Iako se pojmovi stvarnoga korisnika unutar OECD-ovih dokumenata (Modela i Komentara) i onog unutar prava EU-a razlikuju, opći cilj pojma, suzbijanje neovlaštenog stjecanja poreznih olakšica, pa i cjeloviti pristup, ispitivanja tko ima pravo na poreznu povlasticu, vrlo su slični.

3.2. Osobitosti određenja stvarnoga korisnika u presudi Suda EU-a u predmetima T Danmark i dr.

Presuda Suda u spojenim predmetima *T Danmark i dr.* uvelike slijedi zaključke iznesene u presudi *N Luxembourg 1 i dr.* Štoviše Sud se često služi i istim frazama i formulacijama, očito tretirajući pitanja iz prethodnog postupka, u kontekstu obje direktive, vrlo slično.⁶⁵ Međutim, područje u kojem dolazi do razilaženja je ono stvarnoga korisnika u kontekstu Direktive PSD. Iako se odredbe o ovom institutu ne nalaze u Direktivi PSD, te se njegovim postojanjem ne uvjetuje izuzeće od oporezivanja dividendi između povezanih društava unutar EU-a, u pitanjima upućenim Sudu, u spojenim predmetima *T Danmark i dr.* traži se objašnjenje može li se odredba o stvarnom korisniku unutar čl. 10. Ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, načinjenog prema OECD-ovu modelu,⁶⁶ smatrati temeljem za sprječavanje zlouporaba sukladno s čl. 1(2) Direktive PSD. Iako je Sudu upućen niz vrlo specifičnih pitanja o određenju stvarnoga korisnika,⁶⁷ on na njih nije pružio odgovor. Razlozi za to su dvojaki. Zbog nepostojanja reference stvarnoga korisnika u kontekstu Direktive PSD, Sud se nije osjećao dužnim odgovoriti na njih. Nadalje, s obzirom na to da status stvarnoga korisnika sukladno s Direktivom PSD nije uvjet ostvarivanja poreznog izuzeća, a da države članice ne smiju, unilateralno pooštriti uvjete ostvarivanja

63 Uzročna može se uočiti između izmjena Direktive o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na matična društva i društva kćeri različitih država članica u kontekstu hibridnih zajmova i mjere 2. BEPS-ova projekta, pristup 10. siječnja 2020., <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action2/>.

64 Dourado, *Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS*, 43.

65 *CFE Tax Advisers Europe, Opinion Statement ECJ – TF 2/2019 on the CJEU decision of 26th February 2019 in Cases C-115/16, C-118/16 and C-299/16, N Luxembourg 1 et al. and Cases C-116/16 and C-117/17, T Danmark et al, concerning the “beneficial ownership” requirement and the anti abuse principle in the company tax directives*, 12. (CFE Opinion DBO), pristup 20. prosinca 2019., <https://taxadviserseurope.org/blog/portfolio-items/opinion-statement-ecj-tf-2-2019-on-the-cjeu-decisions-concerning-the-beneficial-ownership/>.

66 Sukladno s čl. 10. OECD-ova modela poreznog ugovora oporezivanje isplaćenih dividendi ovisi o tome smatra li se njihov primatelj stvarnim korisnikom tih dividendi.

67 CJEU *T Danmark i dr.*, para. 68.

porezne pogodnosti zajamčene Direktivom,⁶⁸ pitanje je stvarnoga korisnika potpuno nebitno, jer ono s obzirom na odredbe Direktive, odnosno nepostojanja zahtjeva instituta stvarnog korisnika u njima, nikako ne može biti uvjet ostvarivanja izuzeća. Dodatno, pozivanjem na opće načelo zabrane zlouporabe, utjelovljenom u pravu EU-a, sukladno s kojim se pojedinci ne mogu pozivati na odredbe prava Unije u svrhu utaje ili zlouporabe, pitanje o čl. 10. kao pravnom temelju za suzbijanje zlouporaba i prijevara u kontekstu ove Direktive, ostaje nepotrebno.

4. ODNOS INSTITUTA STVARNOGA KORISNIKA I NAČELA ZABRANE ZLOUPORABE PRAVA U PRAVU UNIJE

4.1. Načelo zabrane zlouporabe prava u presudama, u tzv. danskim predmetima

Pitanje zlouporabe povlači mnoga temeljna pitanja u poreznom pravu, koja su predmet dugogodišnje rasprave. Nesporno je da je riječ o složenom i kompliciranom fenomenu. Teškoće u definiranju proizlaze iz pronalaženja granice između zlouporabe i valjane uporabe prava, koja najčešće ovisi o samom konceptu prava u pitanju kao i elementima koje je potrebno utvrditi kako bi se dokazala zlouporaba i pravne posljedica koje ona prouzroči.⁶⁹ Takvo je određenje potvrđeno i unutar pravnoga sustava EU-a, gdje se načelo zabrane zlouporabe prava, posljednjih tridesetak godina, kroz djelovanje Suda EU-a izdiglo na razinu općeg načela prava. Presude Suda EU-a, u tzv. danskim predmetima afirmiraju i nadograđuju to načelo u domeni oporezivanja, potvrđujući zabranu izbjegavanja poreza kao njegov posebni izričaj.^{70, 71}

Pitanje djelovanja načela zabrane zlouporabe prava unutar presuda, u tzv. danskim predmetima javilo se u kontekstu ispitivanja nužnosti postojanja nacionalne ili ugovorne odredbe kao temelja sprječavanja zlouporabe prava u sklopu primjene Direktive IRD.⁷² S obzirom na to da Danska sve do 2015. nije imala opću zakonsku odredbu o sprječavanju zlouporabe,⁷³ pitanje danskog suda odnosilo se na mogućnost

68 *CJEU Deister i Juhler*, para. 24.

69 Francisco Alfredo García Prats, „The ‘Abuse Of Tax Law’: Prospects And Analysis, 50“, u: *Essays in International and European Tax Law*, ed. Gianluca Bizoli (Napoli: Jovene editore, 2010.), 50-148.

70 Sud je ovo stajalište zauzeo još u predmetu *Cussens*, ali je tamo bila riječ o harmoniziranim neizravnim porezima, konkretnije PDV-u. Vidi: *CJEU Cussens i dr.*, para. 27.

71 Pasquale Pistone, „Abuse of Companies and the Prohibition of Abusive Tax Practices“, u: Hanne S. Birkmose, Mette Neville, Karsten Engsig Sørensen eds., *Abuse of Companies* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2019.).

72 Direktiva ne sprječava primjenu domaćih odredaba ili odredaba na temelju sporazuma potrebnih za sprječavanje prijevara ili zlouporaba, a države članice mogu, u slučaju transakcija čiji je glavni motiv ili jedan od glavnih motiva utaja poreza, izbjegavanje ili zlouporaba poreza, povući pogodnosti ove Direktive ili odbiti njezinu primjenu, čl. 5. (1) (2) Direktive IRD.

73 Određene antievazijske odredbe kojima je Direktive PSD izmijenjena 2015. godine umetnute su u danski Zakon o porezu na dobit. Riječ je o općem pravilu koje se primjenjuje u svim situacijama u kojima se dansko porezno pravo temelji na EU poreznom pravu i pravu poreznih ugovora. Više o sprječavanju izbjegavanja poreza u državama članicama EU vidi u: Stjepan

primjene danskog nacionalnog prava ili odredbi o stvarnom korisniku unutar ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja kao oblika primjene čl. 5. Direktive IRD.

Kao i u nekoliko navrata ranije u presudi, Sud je iznio stajalište koje je bilo suprotno onome nezavisnog odvjetnika u predmetu i njegovoj postojećoj praksi.⁷⁴ Postojanje nacionalnih ili u ugovorima utemeljenih odredbi protiv zlouporabe nije neophodno za suzbijanje zlouporabe jer se porezne vlasti kod prijevara i zlouporaba mogu pozvati na opće načelo zabrane zlouporabe kako bi odbili poreznu povlasticu.⁷⁵ Takvo stajalište implicira da svako pravo ili povlastica može biti odbijena na temelju primjene općeg načela zabrane zlouporabe, bez obzira na postojanje posebnih nacionalnih ili EU odredbi. Sud je već ranije istovjetno stajalište iznio i u presudama u predmetima *Italmoda*⁷⁶ i *Cussens*. Primjenjujući načelo i njegove pretpostavke u predmetu *Cussens* u pogledu iste direktive (Direktive IRD), zaključio je da ako je riječ o zlouporabi odredbi direktiva, opće načelo zabrane zlouporabe primjenjuje se bez obzira na nacionalnu primjenu i prijenos. Dodatno, iako je državama članicama dano pravo, da kod utaje, izbjegavanja poreza ili zlouporabe mogu povući pogodnosti iz Direktive ili odbiti njenu primjenu, ta se odredba ne može tumačiti na način da se njome isključuje načelo zabrane zlouporabe prava, jer ono, za razliku od odredbi direktive, nije uvjetovano zahtjevom za prenošenje (u nacionalno pravo).⁷⁷ Kao što uskraćivanje pogodnosti (izuzeća) odgovara općem načelu prava Unije prema kojem se nitko ne može pozvati na odredbe prava Unije u svrhu utaje i zlouporabe, tako se i pravom Unije ne mogu pokrivati zlouporabe gospodarskih subjekata.⁷⁸

Iako je opće načelo zabrane zlouporabe i prije presuda, u tzv. danskim predmetima bilo relativno afirmirano, u odnosu na ranije presude, ova je nadogradila primjenu načela u dva segmenta: otklanjanjem potrebe za konkretnim nacionalnim, ili u ugovorima utemeljenim pravnim temeljima, kao pravnog temelja za suzbijanje zlouporabe te proširila njegovo djelovanje u domeni izravnih poreza EU-a. Ono što je kad su izravni porezi u Uniju u pitanju, započeto presudom u slučaju *Cadbury Schwepps*⁷⁹ kulminaciju je doživjelo tom presudom. Tretman Suda u pogledu

Gadžo i Irena Klemenčić, „Time to stop avoiding the tax avoidance issue in Croatia? A proposal based on recent developments in the European Union“. *Financial theory and practice* 38, 3 (2014.): 277-302., <https://doi.org/10.3326/fintp.38.3.2>.

74 U presudi u predmetu *Kofoed* Sud je utvrdio da se načelo pravne sigurnosti protivi tome da direktive same po sebi mogu stvarati obveze za pojedince, i da se, slijedom toga države članice na njih kao takve mogu pozivati protiv pojedinaca. Vidi: Presuda Suda od 5. srpnja 2007., *Hans Markus Kofoed v Skatteministeriet*, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408, para. 42 (dalje u tekstu: *CJEU Kofoed*).

75 *CJEU Cussens i dr.*, para. 27.

76 Presuda Suda od 18. prosinca 2014., *Staatssecretaris van Financiën protiv Schoenimport „Italmoda“ Mariano Previti vof i Turbu.com BV Turbu.com Mobile Phone's BV protiv Staatssecretaris van Financiën*, C-131/13, C-163/13 i C-164/13, ECLI:EU:C:2014:2455, para. 54. (*CJEU Italmoda i dr.*).

77 *CJEU N Luxembourg I i dr.*, para. 105, *CJEU Cussens i dr.*, para. 28. i 31.

78 *CJEU N Luxembourg I i dr.*, para. 120; Presuda Suda od 11. srpnja 2018., u predmetu C-356/15, Komisija/Belgija, EU:C:2018:555, para. 99.

79 Presuda Suda od 12. rujna 2006., *Cadbury Schwepps plc and Cadbury Schwepps Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 (*ECJ Cadbury Schwepps*)

zlouporabe kod izravnih, neusklađenih poreza, i oni neizravnih, usklađenih, ovom presudom je u potpunosti izjednačen, čime je potvrđen afirmativni trend koji daje daljnju potvrdu djelovanju ovog načela u domeni izravnih poreza Unije.⁸⁰

Iako su odrazi ovih presuda u kontekstu primjene općeg načela zabrane izbjegavanja poreza, relativno umanjeni činjenicom kodifikacije načela u čl. 6. Direktive ATAD, nesporno je da će se njezin potpuni učinak u kontekstu proširenja djelovanja načela na područje izravnih poreza tek vidjeti. Međutim, djelovanje načela i direktive ATAD, ne bi trebalo biti na način da jedno isključuje drugo.⁸¹ Iako direktiva ATAD uspostavlja minimalni standard sprječavanja izbjegavanja poreza, zajedno s nekoliko posebnih pravila,⁸² ona nikako ne sprječava države članice u primjeni strožih pravila protiv izbjegavanja poreza, od onih propisanih direktivom.⁸³ Kao i ostale sekundarne propise i ovaj (ATAD) je potrebno tumačiti u svjetlu zahtjeva općih načela. Zahtjevi općeg načela zabrane zlouporabe prava, koji zabranjuju izbjegavanje poreza, odredit će kako se ostvaruju ciljevi Direktive ATAD te kada se određena djelovanja mogu smatrati izbjegavanjem poreza. Za sve ostale slučajeve, opće načelo neće sprječavati primjenu zajedničkih pravila sadržanih u direktivi.

U kontekstu odnosa direktive ATAD i presuda, u tzv. danskim predmetima neophodno se osvrnuti i na širi kontekst unutar kojeg su one donesene. Tu se ponajprije misli da na trenutačnu antievazijsku politiku, ali i trenutačne zahtjeve za reformiranje cjelokupne porezne politike Unije. S obzirom na to da stajališta presuda, u mnogim aspektima, korespondiraju sa zahtjevima direktiva ATAD i DAC 6, koji trenutačno smatraju osnovnim instrumentima za sprječavanje izbjegavanja poreza na razini Unije, presude se, u tzv. danskim predmetima mogu smatrati samo dodatnim elementom ostvarivanja njenih ciljeva. S druge strane, s obzirom na to da Unija već neko vrijeme radi na reformiranju poreznog sustava, kao i u mnogim slučajevima prije, Sud je svojom presudom, u tzv. danskim predmetima dao svoj doprinos daljnjoj nadogradnji poreznog, ali i pravnoga sustava Unije.

4.2. Međusobni odnos koncepta zlouporabe i instituta stvarnoga korisnika

U uskoj vezi s određenjem i opsegom primjene načela zabrane zlouporabe prava, kao pitanje pred Sudom javilo se i pitanje određenja koncepta zlouporabe, njegovih konstitutivnih elemenata i dokaza koji potvrđuju njegovo postojanje. Pritom je posebna pozornost skrenuta na ulogu instituta stvarnoga korisnika u prepoznavanju zlouporabe.

Pojam zlouporabe kao i onaj stvarnoga korisnika dva su složena i kontraverzna

80 Pasquale, Pistone, *Abuse of Companies and the Prohibition of Abusive Tax Practices*, 349.

81 Neki autori zagovaraju koegzistiranje općeg načela zabrane izbjegavanja poreza (engl. *General Anti-Avoidance Principle* (GAAP)) i Općeg pravila protiv izbjegavanja poreza (engl. *General Anti-Avoidance Rule* (GAAR)). Vidi: de la Feria, *EU General Anti-(Tax) Avoidance Mechanisms*.

82 Pravila o kontroliranim inozemnim poduzećima (čl. 7.), hibridna neusklađenost (čl. 9.), izlazno oporezivanje (čl. 5.).

83 Čl. 3. Direktive ATAD.

pojma, čija se priroda i značenje, unutar nacionalnih, ali i međunarodnih okvira, utvrđuju posljednjih pedesetak godina. Dodatno naglašavajući njihovu složenost Sud pitanjima dvaju koncepata pristupa stavljajući ih u odnos međusobnog djelovanja. Ako se uzme u obzir da je koncept stvarnog korisnika oblik antievazijskog pravila koji sprječava samo određene oblike izbjegavanja poreza, kao oblika zlouporabe prava, onda se takvo stajalište Suda čini opravdanim. Međutim, s obzirom na opseg primjene koji je kod stvarnoga korisnika mnogo uži, te se primjenjuje samo u specifično određenim situacijama,⁸⁴ stajalište da je riječ o dva u temelju različita⁸⁵ pojma također se može opravdati. U korist tom shvaćanju ide i činjenica da i Sud priznaje, da se, u određenim okolnostima, može raditi o dva različita pojma. Različit odnos između stvarnoga korisnika i koncepta zlouporabe u kontekstu Direktive IRD, u kojoj je element stvarnoga korisnika jasno naveden, odnosno u kontekstu Direktive PSD, gdje se on kao samostalni element dodjele poreznog izuzeća jasno ne spominje, savršen je primjer različitosti pristupa. Polazeći od cilja Direktive PSD, a to je izbjegavanje dvostrukog oporezivanja oblika raspodjele dobiti unutar granica Unije, odnosno otklanjanja mogućnosti da dividende uopće ne budu oporezovane, Sud zaključuje da je koncept stvarnog korisnika samostalni instrument utvrđivanja postojanja zlouporabe odnosno izbjegavanja poreza. Takvo stajalište proizlazi iz činjenice, da bez obzira na zlouporabu ili valjanost djelovanja, izuzeće od poreza po odbitku sukladno s Direktivom PSD se neće odobriti ako je stvarni korisnik dividendi rezident izvan Unije. Suprotno tomu, u kontekstu izuzeća od poreza po odbitku u slučaju kamata, Sud tumači da uopće nije relevantno što su određeni stvarni korisnici kamata, koje je isplatilo „provodno društvo“, rezidentni trećih država, pa čak i kad je na snazi ugovor o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja s državom članicom, jer ugovor sam po sebi nije dostatan da bi se isključila zlouporaba prava, kako je ranije naznačeno u presudi. Stoga se ugovorom takve prirode ne može dovesti u pitanje postojanje zlouporabe prava koja je pravilo utvrđeno na temelju svih činjenica, koje upućuju na to da su gospodarski subjekti izvršili u potpunosti formalne ili umjetne transakcije koje nemaju nikakva ekonomskog i poslovnog opravdanja. Usto, kad je stvarni korisnik isplate kamate rezident u trećoj državi, odbijanje izuzeća predviđenog čl. 1. (1) Direktive IRD, nije uvjetovano utajom ili zlouporabom, nego samo činjenicom da je stvarni korisnik navedenih kamata društvo sa sjedištem u drugoj državi članici ili stalna poslovna jedinica društva države članice koja se nalazi u drugoj državi članici.⁸⁶

4.3. Konstitutivni elementi zlouporabe

Polazeći od postojeće sudske prakse, ponajprije elemenata postavljenih presudom Suda u predmetu *Emsland Stärke*,⁸⁷ za dokazivanje zlouporabe potrebna su dva elementa: ukupnost objektivnih okolnost iz kojih proizlazi da, unatoč formalnom poštovanju uvjeta predviđenih propisima Unije, nije ostvaren cilj predviđen tim propisima, odnosno s druge strane dokazati subjektivni element koji se ogleda u

84 Čl. 10., para. 10.3. Komentara OECD-ova modela poreznog ugovora, 2017.

85 Vidi mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott u C-116 (T Danmark) EU:C:2018:14, para. 78-86.

86 CJEU *N Luxembourg 1 i dr.*, para. 135-136.

87 CJEU *Emsland Stärke*, para. 52. i 53.

namjeri da se ostvari pogodnost koja proizlazi iz propisa Unije umjetnim stvaranjem uvjeta potrebnih za njeno ostvarenje.⁸⁸ Slijedom toga, u konkretnim slučajevima, bit će potrebno ispitati sve činjenice kako bi se provjerilo jesu li ispunjeni svi konstitutivni elementi zlouporabe.

Iako je neophodnost utvrđivanja konstitutivnih elemenata zlouporabe potvrđena i nekim ranijim presudama Suda EU-a (*Newey*,⁸⁹ *Cervati i Malvi*⁹⁰) iznenađuje da Sud, u presudama, u tzv. danskim predmetima, nije načinio referencu na presude *Eqiom*⁹¹ i *Deister i Juhler*,⁹² u kojima je obrađen koncept zlouporabe u kontekstu obje direktive. Umjesto potvrđivanja zabrane stvaranja opće presumpcije prijave, čak i ako, EU posrednička društva, kontroliraju vezana društva izvan EU-a, Sud se ovaj put odlučuje na pristup u kojem, nacionalnim sudovima daje smjernice (indicije), koje moraju uzeti u obzir pri procjeni zlouporabe. Propisivanjem indicija, Sud ne odustaje od konstitutivnih elemenata, objektivnih i subjektivnih, kao elemenata definiranja postojanja izbjegavanja poreza. Namjera postavljanja posebnih indicija trebala bi poslužiti nacionalnim sudovima, da u rasponu između očito valjanih djelovanja i onih potpuno zlouporabnih, lakše donesu presudu, u predmetima u kojima imaju obilježja i jednih i drugih. Osim što postavljene indicije korespondiraju s obilježjima određenih u Direktivi o obveznoj razmjeni informacija u području oporezivanja u odnosu na prekogranične aranžmane (dalje DAC 6 direktiva),⁹³ ovim se pristupom oblikuje novi standard tumačenja koji je puno bliže tumačenju općeg načela zabrane zlouporabe iz čl. 6. Direktive ATAD, odnosno minimalnog antievazijskog standarda stipuliranog u novom članku⁹⁴ Direktive PSD.⁹⁵

Indicije se odnose i na „provodna društva“ i na utvrđivanje ekonomske stvarnosti djelovanja. Zanimljivo je da Sud koristi istovjetne indicije u odnosu na slučajeve dividendi i kamata, ne praveći razliku u tretmanu različitih oblika dohotka, sukladno s njihovom različitom pravnom i ekonomskom prirodom. Štoviše formulacije, koje se pritom koriste, potpuno su istovjetne.

Za utvrđivanje zlouporabe u kontekstu „provodnih društava“, relevantnim

88 Više u: Dennis Weber, „Abuse of Tax Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 1“, *European Taxation* 53, br. 6 (2013.): 251-264.

89 Presuda Suda od 20. lipnja 2013., *Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs v Paul Newey*, C-653/11, ECLI:EU:C:2013:409.

90 Presuda Suda 14. travnja 2016. *Malvino Cervati i Società Malvi Sas di Cervati Malvino protiv Agenzia delle Dogane i Agenzia delle Dogane – Ufficio delle Dogane di Livorno*, C-131/14, ECLI:EU:C:2016:255.

91 Presuda Suda od 7. rujna 2017., *Eqiom SAS, formerly Holcim France SAS and Enka SA v Ministre des Finances et des Comptes publics*, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641 (CJEU *Eqiom*).

92 Presuda Suda od 20. prosinca 2017. *Deister Holding AG i Juhler Holding A/S protiv Bundeszentralamt für Steuern*, C-504/16, ECLI:EU:C:2017:1009 (CJEU *Deister i Juhler*).

93 Direktiva Vijeća (EU) 2018/822 od 25. svibnja 2018. o izmjeni Direktive 2011/16/EU u pogledu obvezne automatske razmjene informacija u području oporezivanja u odnosu na prekogranične aranžmane o kojima se izvješćuje, SL L 139, 5.6.2018.

94 Čl. 1. (2) Direktive PSD. Više o minimalno antievazijskom standardu u Direktivi PSD vidi u: Filip Debelva, „Joris Luts, The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive“, *European Taxation* 55, br. 6 (2015.): 223-234.

95 *CFE Opinion*, 19.

se smatraju sljedeće indicije: (1) obveza društva koje je primilo dohodak (kamate/dividende) da iste, u vrlo kratkom roku, u cijelosti ili djelomično, proslijedi (prebaci) društvu koje ne ispunjava uvjete za primjenu direktiva; (2) da društvo nije uspostavljeno zbog razloga koji održavaju ekonomsku stvarnost te da ona obavljaju veoma ograničenu djelatnost (npr. primanje kamata i njihovo prebacivanje),⁹⁶ (3) da društvo koje prima dohodak, nema „puno“ pravo upotrebe i korištenja tih iznosa, na temelju ili bez različitih ugovora koji postoje među društvima uključenim u financijske transakcije. Ukupnost određenog broja indicija može upućivati na zlouporabu, uz uvjet da su one objektivne i podudarne. Navedene se indicije uvelike preklapaju s tradicionalnim indicijama koje se koriste pri utvrđivanju postojanja stvarnoga korisnika.⁹⁷ To se ponajprije odnosi na indiciju da društvo nema „puno pravo korištenja“ dividendi koja se kao relevantni čimbenik procjene stvarnoga korisnika navodi u Komentaru OECD-ova modela poreznog ugovora.⁹⁸ Međutim, stajališta se Suda, uvelike oslanjaju na koncept „umjetnih transakcija“ (engl. *artificial arrangements*) procjenjujući stvarnoga korisnika u tome kontekstu.⁹⁹ Iako takvo definiranje ide mimo onoga zastupljenog u Komentaru OECD-ova modela poreznog ugovora, gdje se procjena stvarnoga korisnika prije svega temelji na postojanju „provodnih društava“, takav pristup bolje objašnjava vezu između zabrane zlouporabe prava i stvarnoga korisnika. Slijedom toga entitet može biti stvarni korisnik, utvrđen u skladu s indicijama (iz Komentara), ali mu se i dalje može odbiti izuzeće od plaćanja poreza na temelju procjene umjetnosti strukture njegovog djelovanja, odnosno zlouporabe. Za razliku od tog stajališta Suda, ako se utvrdi da društvo nije stvarni korisnik, stvari postaju manje koherentne te Sud zauzima dvojaki, relativno nedosljedan pristup. To se ponajprije odnosi na predmete s dividendama, gdje se koncept stvarnog korisnika ne spominje unutar odredbi Direktive PSD. Polazeći od stajališta da izuzeća nisu namijenjena društvima izvan Unije, Sud je stajališta da ako društva nisu stvarni korisnici, bez obzira na činjenicu postojanja ili ne, zlouporabe, izuzeće od oporezivanja treba biti odbijeno. Obrazloženje za takvo stajalište Sud nalazi u činjenici da takav dohodak, ako se primjeni suprotno, može u potpunosti, unutar Unije, ostati neoporezovan.¹⁰⁰ Ako su ispunjeni svi formalni uvjeti za izuzeće propisani direktivom, sukladno s ranijom praksom Suda¹⁰¹ osim postojanja zlouporabe, ne bi trebali postojati nikakvi drugi, stroži uvjeti za dodjelu izuzeća. Suprotno tomu, ako se pođe od stava Suda da je status stvarnoga korisnika relevantni element u utvrđivanju zlouporabe, onda, ako njegov nepostojanje ne podrazumijeva zlouporabu, element ne bi trebao biti ni relevantan u kontekstu dodjele pogodnosti.¹⁰²

96 Nepostojanje stvarne gospodarske djelatnosti se u tom pogledu mora zaključiti na temelju analize svih relevantnih elemenata koji se odnose na upravljanje društvom, njegovu bilancu, strukturu njegovih troškova i stvarno nastale troškove, osoblje koje zapošljava te prostorije i opremom kojom raspolaže. CJEU *N Luxembourg I i dr.*, para. 131.

97 Obveza prenošenje dijela ili cijelog iznosa dohotka, odmah po primitku ili ugovorna obveza za takvo su prenošenje indicije koje se tradicionalno koriste za identificiranje stvarnoga korisnika.

98 Čl. 10., para. 12.4. Komentara OECD-ova modela poreznog ugovora 2017.

99 Iznenađujuće je da Sud ni u jednom trenutku u presudama ne koristi pojam potpuno (engl. *wholly*), u kontekstu umjetnih transakcija, koji je u prethodnim presudama bio korišten.

100 CJEU *T Danmark i dr.*, para. 111.

101 CJEU *Eqiom*, para. 24.

102 Vidi više o tom stajalištu u: Philip Baker, „The Meaning of Beneficial Ownership as applied to

U kontekstu tereta dokazivanja zlouporabe prava i stvarnog korisnika Sud je presudio da porezna tijela ništa ne sprječava da od poreznog obveznika zahtijevaju dokaze koje smatraju potrebnim za utvrđivanje konkretnih davanja, te da, po potrebi, odbiju zahtijevano izuzeće, ako oni nisu podneseni.¹⁰³ Kod uskraćivanja izuzeća, na temelju zlouporabe, na poreznom tijelu je da utvrdi postojanje konstitutivnih elemenata te zlouporabe. Međutim, takvo tijelo nije dužno prepoznati stvarne korisnike,¹⁰⁴ već samo utvrditi da je navodni stvarni korisnik „provodno društvo“ putem kojeg je počinjena zlouporaba prava. Sud svoje stajalište obrazlaže činjenicom da porezne vlasti nemaju informacije koje bi im omogućile utvrđivanje, te bi bilo nemoguće tražiti od njih podastiranje tih dokaza.¹⁰⁵ Iz presude ostaje mogu li porezni obveznici pokazati, u skladu s teretom dokazivanja, da su stvarni korisnici.

5. ZAKLJUČAK

Presude Suda EU-a, u tzv. danskim predmetima donijele su nekoliko novih i neočekivanih promjena unutar poreznog prava Unije. One su bez sumnje nastavak aktivizma Suda EU-a u sprječavanju ostvarivanja poreznih pogodnosti kod zlouporaba, odnosno izbjegavanja poreza. Analiza iznesena u ovom radu pokazuje da navedene presude ne samo da doprinose postojećoj praksi Suda u sprječavanju izbjegavanja poreza, nego da predstavljaju i njezinu nadogradnju. To se posebice odnosi na daljnje definiranje načela zabrane zlouporabe prava u domeni oporezivanje, gdje se načelo zabrane izbjegavanja poreza izdiže na rang posebnog izričaja općeg načela. Nadalje tretman Suda, u pogledu zlouporabe, kod izravnih, neusklađenih poreza, i oni neizravnih, usklađenih, ovom presudom se ujednačava. Ne pozivajući se na ranije presude, sa suprotnim stajalištima, poput presude u predmetu *Kofoed*, Sud EU-a presudama, u tzv. danskim predmetima ističe obvezu sprječavanja izbjegavanja poreza, bez obzira na to o kojoj je vrsti poreza riječ. Navedeno opravdava djelovanjem općeg načela zabrane izbjegavanja poreza i njegovim djelovanjem u svim sferama pravnoga sustava Unije. Sve odredbe direktiva u pitanju (IRD i PSD) kao i ostalog komunitarnoga prava, obvezno je tumačiti u svjetlu cilja načela, a to je zabrana zlouporabe, odnosno izbjegavanja poreza.

Iako su refleksije presuda, u tzv. danskim predmetima u kontekstu primjene općeg načela protiv izbjegavanja poreza relativno umanjene činjenicom kodifikacije toga načela unutar direktive ATAD, nesporno je da će se njezin potpuni učinak, u

Dividends under the OECD Model Tax Convention², u: *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law*, ed. Guglielmo Maisto (Amsterdam: IBFD, 2012.), 87-102.

103 Presuda Suda od 28. veljače 2013. *Helga Petersen and Peter Petersen v Finanzamt Ludwigshafen*, C-544/11, ECLI:EU:C:2013:124, para. 54.

104 Stajalište Suda opet je protivno stajalištu nezavisne odvjetnice Kokott, koja smatra da porezna vlast načelno mora navesti tko je prema njezinu mišljenju stvarni korisnik. To je nužno kako bi se moglo utvrditi postiže li se uopće aranžmanom koji se kvalificira kao zlouporaba, porezno povoljniji rezultat. Pritom osobito u situacijama s međunarodnim elementom porezni obveznik, može imati veću dužnost suradnje. Mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott, C-115/16 (*N-Luxembourg*, 1.), para. 96.

105 CJEU *N Luxembourg I i dr.*, para. 143.

kontekstu proširenja djelovanja načela zabrane izbjegavanja poreza, na područje izravnih poreza, tek vidjeti. Njihovo djelovanje, međutim, ne bi trebalo isključivati jedno drugo. S obzirom na to da direktiva ATAD postavlja minimalne standarde sprječavanja izbjegavanja poreza, a da načelo postavlja opći cilj, u svjetlu kojeg bi se svaka direktiva, pa i ovo trebala tumačiti, zahtjev načela odrediti će način ostvarivanja ciljeva direktive ATAD. To znači da će načelo odrediti kada se određena djelovanja mogu smatrati izbjegavanjem poreza, a da će se na sve ostale osobitosti primjenjivati zajednička pravila postavljena direktivom ATAD.

Reafirmirajući institut stvarnoga korisnika i dovodeći ga u usku vezu s općim načelo zabrane izbjegavanja poreza, Sud otklanja, izvornu dvojbu o prirodi instituta stvarnoga korisnika, postavljajući ga kao relevantni element prepoznavanja zlouporabe, odnosno izbjegavanja poreza. Ukazivanjem na relevantnost međunarodne porezne prakse kao i odredbe OECD-ova modela poreznog ugovora te Komentara, pri tumačenju pojma stvarnoga korisnika izražava se ne samo pravna, nego i šira spremnost za ujednačeni pristup u sprječavanju izbjegavanja poreza. Iako bi takav pristup mogao stvoriti znatne nedoumice u metodološkom i sadržajnom smislu, posebice u odnosu prava EU-a i prava poreznih ugovora, razlozi takvog stajališta mogu se pronaći u činjenici recipročnog utjecaja i interakcije dvaju sustava, prava EU-a i OECD-ovih preporuka i poreznih ugovora. Bez obzira na različitost određenja stvarnoga korisnika, unutar oba sustava, opći cilj pojmova suzbijanje neovlaštenoga stjecanja poreznih olakšica, pa i cjeloviti pristup ispitivanja tko ima pravo na poreznu povlasticu, zapravo su vrlo slični.

LITERATURA

Knjige i članci:

1. Alba de, Antonio Barba i Diego Arribas. "The Interplay between Beneficial Ownership and Abuse in Danish Cases on Dividends". *Kluwer International Tax Blog.*, pristup 12.12.2019. http://kluwertaxblog.com/2019/03/27/the-interplay-between-beneficial-ownership-and-abuse-in-the-danish-cases-on-dividends/#_ftnref2
2. Baertzen, Susi Hjortz, Arjan Lejour i Maarten van't Riet. „Limitation of holding structures for intra EU-dividends: A blow to tax avoidance, CPB Discussion Paper”. CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis, 12 (2019.), pristup 15.12.2019. <https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Discussion-Paper-406-Limitation-of-holding-structures-for-intra-EU-dividends.pdf>
3. Baker, Phillip. „United Kingdom: Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase NA, 27-38”. U: *Beneficial ownership: recent trends*, Lang, Michael *et al.* Amsterdam: IBFD, 2013.
4. Baker, Philip. „The Meaning of Beneficial Ownership as applied to Dividends under the OECD Model Tax Convention”. U: *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law*, ed. Guglielmo Maisto, 87-102. Amsterdam: IBFD, 2012.
5. Bjørjholm, Nikolaj i Andres Oreby Hansen. *Denmark in International Tax Planning*. Amsterdam: IBFD, 2005.
6. Booker, Thomas. „Recent Developments regarding Beneficial Ownership in Denmark”. *European Taxation* 52, br. 2/3 (2012.): 67-76.

7. CFE Tax Advisers Europe, Opinion Statement ECJ – TF 2/2019 on the CJEU decision of 26th February 2019 in Cases C-115/16, C-118/16 and C-299/16, N Luxembourg *et al.*, and Cases C-116/16 and C-117/17, T Danmark *et al.*, concerning the “beneficial ownership” requirement and the anti-abuse principle in the company tax directives, 12., pristup 20.12.2019. <https://taxadviserseurope.org/blog/portfolio-items/opinion-statement-ecj-tf-2-2019-on-the-cjeu-decisions-concerning-the-beneficial-ownership/>
8. Čičin-Šain, Nevia. „Postoji li potreba za općim pravilom za sprečavanje izbjegavanja poreza u hrvatskom poreznom pravu, tzv. GAAR?“. *Pravni vjesnik* 32, br. 2 (2016.): 103-119.
9. De Broe, Luc. „Gommers, Samm, Danish Dynamite – The 26 February 2019, CJEU Judgment in the Danish Beneficial Ownership Cases“. *EC Tax Review* 16 (2019.): 270-299.
10. De Broe, Luc. „International Tax Planning - A Study under Domestic Tax Law“. *Tax Treaties and EC Law in relation to Conduit and Base Companies*. Amsterdam: IBFD, 2008.
11. de la Feria, Rita. „EU General Anti-(Tax) Avoidance Mechanisms: From GAAP to GAAR (November 1, 2019)“. U: *The Dynamics of Taxation*, eds. Glen Loutzenhiser i Rita de la Feria, Rita. Oxford: Hart Publishing, 2020. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3485784>
12. de la Feria, Rita. Vogennauer, Stefan eds. *Prohibition of Abuse – New General Principle of the EU Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011.
13. Dourado, Ana Paula. „Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6“. *INTERTAX* 43, br. 1 (2015.): 43
14. Dujmović, Ana. *Zlouporaba ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja i neovlašteno stjecanje ugovornih poreznih povlastica (treaty shopping): doktorska disertacija*. Mostar: Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, 2015.
15. Gadžo, Stjepan i Irena Klemenčić. „Time to stop avoiding the tax avoidance issue in Croatia? A proposal based on recent developments in the European Union“. *Financial theory and practice* 38, br. 3 (2014.): 277-302.
16. Hansen, Hans Severin, *The great hypocrisy – the the beneficial owner cases, Danish Journal for Taxes and Duties (Tidskrift for Skatter og Afgifter) – TfS 2001.*, 537-552. https://www.plesner.com/~media/plesnerdocuments/artikler/2016_07_27_the%20great%20hypocrisy%20-%20the%20_beneficial%20owner_%20cases_new_edition.ashx
17. Jiménez, Adolfo Martín. „Beneficial Ownership: Current Trends“. *World Tax Journal* 2 (2010.): 35- 63.
18. Jones, John F. Avery *et al.* „The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and Their Adoption by States“. *Bulletin for International Taxation* 6 (2006.): 270-299.
19. Josipović, Tatjana. *Načela Europskog prava u presudama Suda Europske zajednice*. Zagreb: Narodne novine, 2005. Kuźniacki, Blażej. “The C.J.E.U. Case Law Relevant to General Anti-Avoidance Rule (G.A.A.R) under Anti-Tax Avoidance Directive (A.T.A.D)”. *University of Bologna Law Review* 4, br. (2019.): 261-282.
20. Kuźniacki, Blażej. „The ECJ as Protector of Tax Optimization via Holding Companies“. *Intertax* 47, br. (2019.): 312-323.
21. Lang, Michael *et al.*, eds. *Beneficial Ownership: recent trends*. Amsterdam: IBFD, 2013.
22. Pistone, Pasquale. „Abuse of Companies and the Prohibition of Abusive Tax Practices“. U: *Abuse of Companies*, eds. Hanne S. Birkmose, Mette Neville i Karsten Engsig Sørensen. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2019.
23. Prats, Francisco Alfredo García. „The ‘Abuse of Tax Law’: Prospects and Analysis“. U: *Essays in International and European Tax Law*, ed. Gianluca Bizoli, 50-148. Napoli: Jovene editore, 2010. Reimer, Ekkehart. „How to Conceptualized Beneficial Ownership“. U: *Beneficial Ownership: Recent Trends*, eds. Michael Lag *et al.* Amsterdam: IBFD, 2013.

24. Rodriguez, Juan Lopez i Georg Kofler. „Beneficial Ownership and EU Law”. U: *Beneficial Ownership: recent trends*, eds Michael Lang et al., 215-248. Amsterdam: BFD, 2013.
25. Schwarz, Jonathan. *Beneficial Ownership: CJEU Landmark ruling*. Kluwer International Tax Blog - <http://kluwertaxblog.com/2019/02/27/beneficial-ownership-CJEU-landmark-ruling>
26. Toit du, Charl. „The Evolution of the Term „Beneficial Ownership “in Relation to International Taxation over the past 45 years”. *Bulletin for International Taxation* 64, br. 10 (2010.): 500-509.
27. Valderamma, Irma Mosquera. „A New Wind Change in Direct Taxation”. *German Law Journal* 21 (2020.): 90-95.
28. Weber, Dennis. „Abuse of Tax Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 1”, *European Taxation* 53, br. 6 (2013.): 251-264.

Pravni izvori i dokumenti:

1. Direktiva Vijeća 90/435/EEZ od 23. srpnja 1990. o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na matična društva i društva kćeri različitih država članica (SL 1990., L 225, str. 6.), koja je izmijenjena Direktivom Vijeća 2003/123/EZ od 22. prosinca 2003. (SL 2003., L 7, str. 41.)
2. Direktiva Vijeća 2011/96/EU od 30. studenoga 2011. o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na matična društva i društva kćeri iz različitih država članica, SL L 345, 29.12.2011
3. Direktiva Vijeća (EU) 2016/1164 od 12. srpnja 2016. o utvrđivanju pravila protiv praksi izbjegavanja poreza kojima se izravno utječe na funkcioniranje unutarnjeg tržišta, SL L 193, 19.7.2016.
4. Direktiva Vijeća IRD/EZ od 3. lipnja 2003. o zajedničkom sustavu oporezivanja isplate kamata i [naknada za] licencije između povezanih trgovačkih društava različitih država članica (SL 2003., L 157, str. 49.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 9., svezak 1., str. 76. i ispravak SL 2018., L 304)
5. Mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott od 1. ožujka 2018., *N Luxembourg I*, C-115/16 EU:C:2018:43
6. Mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott od 1. ožujka 2018., *X-Denmark*, C-118/16, EU:C:2018:146
7. Mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott od 1. ožujka 2018., *C Denmark I*, C-119/16, EU:C:2018:147
8. Mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott od 1. ožujka 2018. *Z Denmark*, C-299/16, EU:C:2018:145
9. Mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott od 1. ožujka 2018., *T Denmark* C-116/16, EU:C:2018:114
10. Mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott od 1. ožujka 2018., *Y Denmark*, C-117/16, EU:C:2018: 145
11. OECD. „Commentary on Article 10”. U: *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-13-en.
12. Prijedlog Vijeća Direktive o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na kamate i naknade od licencija između povezanih društava država članica, COM (98) 67 final
13. Pročišćene verzije Ugovora o Europskoj uniji (UEU) i Ugovora o funkcioniranju Europske unije (UFEU), SL C 202, 7.6.2016
14. *Working Group Report SN 4901/99, 23.11.1999. to ECOFIN Code of Conduct Group*. https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/primarolo_en.pdf

Sudska praksa:

Europska Unija

1. Presuda od 3. prosinca 1974., *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, C-33-74., ECLI:EU:C:1974:131
2. Presuda od 14. prosinca 2000., *Emsland-Stärke GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-110/99, ECLI: E:C:2000:695
3. Presuda od 21. veljače 2006., *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise*, C-255/02., ECLI:EU:C:2006:121
4. Presuda od 12. rujna 2006., *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544
5. Presuda od 5 srpnja 2007., *Hans Markus Kofoed v Skatteministeriet*, C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408
6. Presuda od 20. lipnja 2013., *Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs v Paul Newey*, C-653/11, ECLI:EU:C:2013:409.
7. Presuda od 28. veljače 2013., *Helga Petersen i Peter Petersen v Finanzamt Ludwigshafen*, C-544/11, ECLI:EU:C:2013:124
8. Presuda od 14. travnja 2016., *Malvino Cervati i Società Malvi Sas di Cervati Malvino protiv Agenzia delle Dogane i Agenzia delle Dogane – Ufficio delle Dogane di Livorno*, C-131/14, ECLI:EU:C:2016:255
9. Presuda od 20. prosinca 2017., *Deister Holding AG and Juhler Holding A/S v Bundeszentralamt für Steuern*, C-504/16 and C-613/16, ECLI:EU:C:2017:1009.
10. Presuda od 7. rujna 2017., *Eqiom SAS, formerly Holcim France SAS and Enka SA v Ministre des Finances et des Comptes publics*, C-6/16, ECLI:EU:C:2017:641
11. Presuda od 22. studenog 2017., *Cussesns*, C-251/16, , ECLI:EU:C:2017:881
12. Presuda od 18. prosinca 2014., *Staatssecretaris van Financiën protiv Schoenimport „Italmoda“ Mariano Previti vof i Turbu.com BV Turbu.com Mobile Phone's BV protiv Staatssecretaris van Financiën*, spojeni predmeti C-131/13, C-163/13 i C-164/13, ECLI:EU:C:2014:2455
13. Presuda od 11. srpnja 2018., *Komisija/Belgija* C-356/15, EU:C:2018:555
14. Presuda od 26. veljače 2019., *N Luxembourg 1 i dr. protiv Skatteministeriet*, ECLI:EU:C:2019:134 i Presuda od 26. veljače 2019., *Skatteministeriet protiv T Denmark i Y Denmark Aps*, ECLI:EU:C:2019:135

Kanada

1. T.C.C., *Prévost Car Inc. v. The Queen*, 2008 T.C.C. 231

Sjedinjene Američke Države

1. USTC, *Aiken Industries Inc. v. Commissioner of Internal Revenue*, USTC, 5.8.1971., 56. T.C

Ujedinjeno Kraljevstvo

1. *EWCA Civ., Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank*, Court of Appeal, 2.3.2006., (2006) 8 ITLR, 653; (2006) STC 1195.
2. *TC, Wood Preservation Ltd v Prior (Inspector of Taxes)* 45 TC 112

Ana Dujmović*

Summary

BENEFICIAL OWNERSHIP AND ABUSE OF LAW INTERPLAY ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE'S NEW JURISPRUDENCE

Article deals with overview and some implications of European Court of Justice's (CJEU) judgments in Danish Beneficial Ownership cases. In six jointed cases, right to withholding tax exemption, according to EU Interest and Royalties Directive (IRD) and Parent and Subsidiary Directive (PSD) in cases of abusive tax practices, has been questioned. Among other things, within two judgments, CJEU puts special attention to the relationship between beneficial ownership concept and general EU principle of abuse of law. By specifying the concept of the beneficial ownership in detail, relying heavily on OECD's guidelines and international tax practice, and providing specific indicia for identifying abusive practices, the Court brings these two concepts into the relationship of interplay. Furthermore, by interpreting the EU general abuse of law principle, CJEU eliminates the need for national or treaty-based anti-abuse provisions, by which, in fact, confirms the principle of the prohibition of abusive tax practices as a direct expression of the general legal principle of abuse of law. In addition to making a further step in the development of this principle in Union law, the paper will show that the new, or upgraded, mechanism presented by these judgments represents logical sequence of the trend and doctrine developed by earlier Court judgments, but at the same time a clear indication of the Union's political commitment in the fight against international tax avoidance.

Keywords: *beneficial ownership; principle of abuse of law; tax avoidance.*

* Ana Dujmović, Ph.D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Mostar; ana.dujmovic@pf.sum.ba.

Zusammenfassung

**DIE BEZIEHUNG ZWISCHEN DEM
NUTZUNGSBERECHTIGTEN UND DEM GRUNDSATZ
DES RECHTSMISSBRAUCHS IM STEUERRECHT
DER EUROPÄISCHEN UNION: ANALYSE IM LICHT
NEUER RECHTSPRECHUNG DES GERICHTSHOFS DER
EUROPÄISCHEN UNION**

In diesem Beitrag bietet man die Übersicht und grundlegende Implikationen der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union in den sog. dänischen Rechtssachen. Die Urteile beziehen sich auf sechs zu gemeinsamem Urteil verbundene Rechtssachen, in denen man das Recht auf Steuerbefreiung laut der Zins- und Lizenzgebühren-Richtlinie beziehungsweise der Mutter-/Tochter-Richtlinie in Fällen des Rechtsmissbrauchs beziehungsweise der Steuerhinterziehung prüft. In diesem Kontext untersucht man insbesondere die Beziehung zwischen dem Nutzungsberechtigten und dem Grundsatz des Rechtsmissbrauchs im Steuerrecht der Europäischen Union. Indem der Gerichtshof der Europäischen Union das Institut des Nutzungsberechtigten sowohl als objektiver Antrag auf Steuerbefreiung als auch als relevanter Faktor bei der Identifizierung des Rechtsmissbrauchs und Steuerhinterziehung behandelt, ändert er durch diese Urteile die bisherige Behandlung der zulässigen Praxis der steuermotivierten Aktivität der Handelsgesellschaft. Indem der Gerichtshof den Begriff des Nutzungsberechtigten detailliert bestimmt und konkrete Indizien für Rechtsmissbrauch angibt, schafft er eine Interaktion zwischen den beiden Begriffen. Indem sich der Gerichtshof auf den allgemeinen Grundsatz des Verbots des Rechtsmissbrauchs beruft, beseitigt er das Bedürfnis an nationale oder auf Verträge basierende Bestimmungen über Bekämpfung des Missbrauchs. Gleichzeitig stellt sich das Verbot der Steuerhinterziehung als direkter Ausdruck dieses allgemeinen Grundsatzes heraus. Dadurch macht man einen Durchbruch bei der Entwicklung dieses Rechtes im Unionrecht. Man zeigt auch, dass der neue durch diese Urteile entwickelte Mechanismus in großem Maße eine logische Folgerung des Trends und der Doktrin, die durch frühere Urteile entwickelt wurden, ist. Gleichzeitig weist dieser Mechanismus auf politische Orientierung der Union bei der Bekämpfung der internationalen Steuerhinterziehung und unzulässigen Erwerbs von Steueransprüchen hin.

Schlüsselwörter: *Nutzungsberechtigte; Grundsatz des Rechtsmissbrauchs; Steuerhinterziehung.*

Riassunto

IL RAPPORTO TRA L'ISTITUTO DEL BENEFICIARIO EFFETTIVO ED IL PRINCIPIO DEL DIVIETO DI ABUSO DEL DIRITTO NEL DIRITTO TRIBUTARIO EUROPEO: ANALISI ALLA LUCE DELLA NUOVA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Nel lavoro si illustrano le implicazioni fondamentali delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea nei cosiddetti casi danesi. Le sentenze riguardano sei casi collegati nei quali si esamina il diritto all'esenzione della ritenuta alla fonte sull'esborso degli interessi secondo la Direttiva IRD ossia dei dividendi secondo le disposizioni della Direttiva PSD in caso l'abuso del diritto ossia l'elusione fiscale esistesse. Nel contesto menzionato si esamina in particolare il rapporto tra il beneficiario effettivo ed il principio del divieto di abuso del diritto nell'ambito del diritto tributario dell'Unione. Trattando l'istituto del beneficiario effettivo come un requisito autonomo ed oggettivo per l'assegnazione dell'esenzione tributaria, ma anche come un fattore rilevante per l'identificazione dell'esistenza dell'abuso del diritto e dell'elusione fiscale, la Corte di giustizia dell'Unione europea, con queste sentenze, modifica il previo trattamento giuridico delle prassi ammesse nelle attività condotte dalle società commerciali per motivi fiscali. Determinando dettagliatamente la nozione di beneficiario effettivo e porgendo indizi concreti per la determinazione dell'esistenza dell'abuso del diritto, la Corte di giustizia dell'Unione europea porta entrambi i termini in rapporto d'interazione. Eliminando la necessità dell'esistenza di disposizioni per la prevenzione dell'abuso nazionali o quelle basate sui contratti, invocando il funzionamento del principio generale del divieto dell'abuso del diritto, il divieto dell'elusione fiscale si afferma un'espressione diretta di questo principio generale. A parte il fatto che viene compiuto un progresso ulteriore nello sviluppo di questo principio nel diritto dell'Unione, il lavoro dimostrerà che il nuovo, ossia il meccanismo ristrutturato, sviluppato con queste sentenze è in gran parte una sequenza logica ed una dottrina sviluppata sulle previe sentenze della Corte, ma è allo stesso tempo anche un chiaro indicatore dell'orientamento politico dell'Unione nella lotta all'elusione fiscale internazionale ed alla realizzazione illecita di agevolazioni fiscali.

Parole chiave: beneficiario effettivo; principio del divieto di abuso del diritto; elusione fiscale.

