

Stjepan Gadžo, mag. iur.*

Međunarodno porezno planiranje multinacionalnih korporacija s posebnim osvrtom na ulogu nematerijalne imovine

1. UVOD**

"To se zove kapitalizam."

(odgovor predsjednika uprave *Googlea*, Erica Schmidta na upite oko porezne strategije njegovog društva)¹

Porezi su bitan, iako nikako ne i najbitniji čimbenik pri donošenju odluka o poduzimanju i (re)strukturiranju prekograničnih poslovnih aktivnosti. U prekograničnom (tj. međunarodnom) kontekstu njihovo je mjesto svakako značajnije nego pri poduzimanju poslovnih aktivnosti koje su strogo "unutarnacionalne", tj. kod kojih je prostorna određenost i inputa i outputa ograničena na teritorij jedne države. Razlog tomu jest složeni pravni okvir oporezivanja prekograničnih aktivnosti: dok u unutarnacionalnom okruženju poduzetnici moraju poznavati porezno pravo samo jedne države kako bi optimizirali svoje poslovanje, oporezivanje prekograničnih aktivnosti amalgam je najmanje dvaju poreznih sustava, čija su načela i pravila – utjelovljena u unutarnjem poreznom pravu – često veoma različita. Time se subjekti u pitanju izlažu dodatnim rizicima, ali istodobno imaju i određene mogućnosti strukturiranja svojih aktivnosti na način koji se može označiti "porezno učinkovitim" ili "porezno optimalnim". Postizanje nedvosmislenog cilja najmanjeg mogućeg efektivnog poreznog opterećenja, međutim, nije moguće bez poduzimanja aktivnosti međunarodnog poreznog planiranja.

Temeljni je cilj ovog rada analizirati osnovne postavke jedne od podvrsta međunarodnog poreznog planiranja, koja se najčešće veze za najveće svjetske multinacionalne

* Znanstveni novak – asistent, Katedra za financijsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.

** Skraćena i unekoliko prilagođena verzija ovog rada objavljena je i kao: Gadžo, S., *Nematerijalna imovina multinacionalnih korporacija u kontekstu međunarodnog poreznog prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 65., br. 5/2015, str. 743-773.

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

kompanije (engl. *multinational companies, multinational enterprises*; dalje: MNK).² Radi se o planiranju u vezi sa nematerijalnom imovinom, čiji su temeljni oblici autorska i srodna prava, patenti, žigovi, *know how* i dr.³ Prava utjelovljena u pojedinim oblicima nematerijalne imovine jedan su od presudnih faktora za postojanje i širenje utjecaja MNK-a u današnjoj svjetskoj ekonomiji. Iz perspektive poreznog prava najvažnija je uloga nematerijalne imovine u stvaranju poreznog objekta – dohotka/dobiti.

Na aktualnost predmetne teme ukazuje izražen interes javnosti za podacima o efektivnom poreznom opterećenju najvećih svjetskih MNK-a u posljednjih nekoliko godina, napose od izbijanja posljednje ekonomske krize. U mnogim se analizama upozorava kako MNK-i upravo pomoću različitih tehnika međunarodnog poreznog planiranja izbjegavaju platiti svoj "pravedni udio" (engl. *fair share*) u financiranju javnih usluga. Pritom se često izostavlja prikaz osnovnih koncepata međunarodnog poreznog prava, na kojima se zasnivaju specifične tehnike planiranja.

Stoga je rad strukturiran kako slijedi. Nakon uvoda, u drugom se poglavlju izlažu temeljni koncepti međunarodnog poreznog prava koji predstavljaju normativnu podlogu za poduzimanje aktivnosti poreznog planiranja. Također se pojašnjava pojam međunarodnog poreznog planiranja i izlažu njegovi osnovni oblici. Treći, središnji dio rada posvećen je specifičnoj podvrsti međunarodnog poreznog planiranja, usmjerenog umanjenju efektivnog poreznog opterećenja dobiti ostvarene iskorištavanjem nematerijalne imovine. Nakon analize pojma nematerijalne imovine i njezine uloge u prekograničnim poslovnim aktivnostima, izlažu se osnovne tehnike kojima se MNK-i služe kako bi postigli porezno optimalan tretman svojih aktivnosti. Na primjeru porezne strategije *Googlea*, jednog od najvećih svjetskih MNK-a, pokazuje se kako se temeljne tehnike poreznog planiranja koriste u praksi. Četvrti i posljednji dio rada sadrži zaključna razmatranja.

² Polazeći od njihovih strukturnih obilježja MNK možemo pojmovno odrediti kao "*integrirano ili centralizirano poslovanje (...)* (S)astoji se od dva ili više poduzeća pod zajedničkom kontrolom, sa zajedničkim resursima i zajedničkim ciljevima, s jedinicama poslovanja smještenim u više država" (Eden, L., *Taxing Multinationals: Transfer Pricing and Corporate Income Taxation in North America*, University of Toronto Press, Toronto, 1998., str. 126. Usporedi i definiciju danu u: Arbutina, H., Ott K., *Porezni leksikon s višejezičnim rječnikom: engleski, hrvatski, francuski, njemački, španjolski*, Institut za javne financije, Zagreb, 1999., str. 228.

³ Za pojam i oblike nematerijalne imovine vidi *infra*, poglavlje 3.1.

2. TEMELJNI KONCEPTI MEĐUNARODNOG POREZNOG PRAVA I MEĐUNARODNOG POREZNOG PLANIRANJA

Jedna od posljedica liberalizacije prekograničnih tokova faktora proizvodnje u drugoj polovici 20. stoljeća jest povećano značenje poreznog planiranja u vezi s prekograničnim transakcijama ili, u širem smislu, s prekograničnim poreznim činjenicama. Iako porezi najčešće nisu odlučujući faktor poduzimanja prekograničnog ulaganja ili restrukturiranja postojećeg poslovanja, oni postaju bitni nakon što je poslovna odluka (npr. odluka o poduzimanju izravnog stranog ulaganja) donesena. S obzirom na izražene razlike između poreznih sustava različitih država, fizičke i pravne osobe koje posluju u dvije ili više država izložene su većim poreznim rizicima u odnosu na one osobe čije su aktivnosti povezane s teritorijem samo jedne države. Naličje ovih rizika (npr. rizik od dvostrukog oporezivanja, rizik primjene pravila protiv izbjegavanja poreza, administrativni rizici i dr.) prilika je za postizanjem veće učinkovitosti poslovanja i dugoročnih poreznih ušteda, za što je preduvjet poduzimanje aktivnosti poreznog planiranja i izrada globalne porezne strategije.⁴ Stoga se međunarodno porezno planiranje može označiti i kao *conditio sine qua non* konkurentnog prekograničnog poslovanja. U nastavku ovog poglavlja najprije se izlažu osnovni koncepti međunarodnog poreznog prava koji predstavljaju polazišnu točku aktivnosti međunarodnog poreznog planiranja. Potom se definira pojam poreznog planiranja i izlažu njegovi osnovni oblici.

2.1. Pojam i struktura međunarodnog poreznog prava

Pojam "međunarodno oporezivanje" svojevrsan je oksimoron, s obzirom da trenutno ne postoji ni "svjetska vlada" niti međunarodna organizacija koja bi imala nadležnost odlučivanje o materijalnim elementima nekog poreznog oblika. Usprkos ovom institucionalnom vakuumu, međudržavna suradnja u području oporezivanja polučila je značajne rezultate od svojih začetaka u 1920-im godinama, u okrilju Lige Naroda. Moguće je zaključiti kako je, kao i u drugim područjima međunarodne suradnje uobličene u obvezujuće pravne norme, presudan bio zajednički interes uključenih država. Taj se interes očitovao u težnji

⁴ Prema: Finnerty, C.J., *Structure and goals of a multinational enterprise*, u: Russo, R. (ur.), *Fundamentals of International Tax Planning*, IBFD, Amsterdam, 2007., str. 72.-73. U tom smislu formuliran je koncept funkcije porezne kontrole (engl. *tax control function*) u poduzeću. Detaljnije o ovomu vidi: Hoyng, R., Kloosterhof, S., Macpherson, A., *Tax Control Framework*, u: Bakker, A., Kloosterhof, S., *Tax Risk Management: From Risk to Opportunity*, IBFD, 2014., Topical Analyses IBFD, dostupno na: http://online.ibfd.org/document/rmtp_gen_head

država za otklanjanjem tzv. međunarodnog dvostrukog oporezivanja (dalje: MDO)⁵ dohotka/dobiti osoba uključenih u prekogranične tokove faktora proizvodnje. Jednostavno rečeno, cilj je bio izbjeći situacije u kojoj bi ista osoba bila oporezovana više puta, u dvije ili više država, u odnosu na isti ostvareni dohodak. Izravan rezultat međudržavne suradnje na ostvarenju ovog tek naizgled jednostavnog cilja jest nastanak korpusa pravnih normi koji je moguće označiti "međunarodnim poreznim pravom" (engl. *International Tax Law*, njem. *Internationales Steuerrecht*). Riječ je o skupu pravnih normi koje reguliraju porezno-pravne implikacije prekograničnih transakcija, bez obzira radi li se, prema kriteriju izvora, o normama isključivo unutarnjeg, supranacionalnog ili međunarodnog karaktera. Upravo pluralizam izvora pozitivnih normi, koje valja tražiti u nacionalnim poreznim propisima, bilateralnim (ili multilateralnim) poreznim ugovorima te supranacionalnim propisima, čini međunarodno porezno pravo veoma kompleksnom disciplinom. Arhitektura sustava počiva na bilateralnim ugovorima o izbjegavanju MDO-a (poreznim ugovorima), kojih je trenutno na snazi više od tri tisuće. Ovim se ugovorima dijeli pravo na oporezivanje poreznog objekta (najčešće dohotka i dobiti), tj. vrši demarkacija porezne jurisdikcije, između država ugovornica. Konačni učinak odredbi poreznih ugovora izbjegavanje je, ili barem ublažavanje, MDO-a. Većina poreznih ugovora koji su trenutno na snazi u velikoj su mjeri ujednačeni, jer se temelje na OECD-ovom modelu poreznog ugovora.⁶ OECD-ov model, kao i modeli drugih međunarodnih organizacija i država (UN-ov model, model SAD-a, model Kraljevine Nizozemske), nije pravni akt obvezujuće prirode, već sadrži „preporuke, koje kreatori modela upućuju zainteresiranim državama, da ih koriste pri sklapanju ili reviziji takvih ugovora“.⁷ S obzirom na heterogenost ciljeva porezne politike i specifičnih državnih interesa, u pregovorima za sklapanje bilateralnog poreznog ugovora države u većoj ili manjoj mjeri odstupaju od predloška iz modela. No, utjecaj OECD-ovog modela na proces međunarodne porezne koordinacije dovoljno ilustrira činjenica da gotovo svi porezni ugovori prihvaćaju ne samo njegove osnovne koncepte, nego čak i numeraciju pojedinih odredbi.

⁵ O pojmu MDO-a i njegovim osnovnim obilježjima detaljnije u: Lončarić Horvat, O., Arbutina, H., *Osnove međunarodnog poreznog prava*, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 11.-13.

⁶ Vidi: OECD (2014), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014*, OECD Publishing, Paris., dostupno na: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2014-en.

⁷ Lončarić Horvat, O., Arbutina, H., *op. cit.*, str. 50.

2.2. Temeljni koncepti međunarodnog poreznog prava i njihov značaj za porezno planiranje

Unatoč *supra* opisanoj složenoj strukturi međunarodnog poreznog prava, moguće je identificirati neke temeljne koncepte koji predstavljaju uporišne točke čitavog sustava. U nastavku se ukratko opisuju najvažniji koncepti međunarodnog poreznog prava *de lege lata* te njihov značaj za porezno planiranje MNK-a. S obzirom na ograničeni opseg ovog rada, izostaje detaljniji prikaz prijepora koji se javljaju u praksi tumačenja pojedinih normi te se pribjegava nužnim poopćenjima.

2.2.1. Načelo zasebnog subjekta

Koncept koji predstavlja polazišnu točku međunarodnog poreznog prava, napose u pogledu oporezivanja dobiti trgovačkih društava, jest tzv. načelo zasebnog subjekta (engl. *seperate entity principle*; njem. *Trennungsprinzip*). Iako su MNK-i dominantni subjekti suvremene globalne ekonomije, njihova organizacijska struktura i modeli poslovanja ne reflektiraju se u pravilima međunarodnog poreznog prava. Nasuprot tomu, načelo zasebnog subjekta, utjelovljeno u čl. 9. OECD-ovog modela poreznog ugovora, zahtijeva da se sva trgovačka društva – članovi MNK-a, kao i stalne poslovne jedinice tih društava, u porezno-pravnom smislu tretiraju kao zasebni porezni obveznici.⁸ Drugim riječima, pri oporezivanju dobiti MNK-a potrebno je utvrditi dobit svakog pojedinog člana grupe, koja se onda oporezuje sukladno svim relevantnim normama međunarodnog poreznog prava.

Alternativni pristup predstavlja utvrđenje ukupne dobiti MNK-a kao jedinstvenog poreznog obveznika (engl. *single entity approach*), što obično uključuje i konsolidaciju dobiti. Unatoč sve izraženijem trendu priznavanja mogućnosti tzv. grupnog oporezivanja (engl. *group taxation*) u većem broju država, takav je porezni tretman najčešće u teritorijalnom smislu ograničen isključivo na kvalificirane subjekte – fiskalne rezidente. Stoga spomenuti trend zasad nema značajnije implikacije za međunarodno oporezivanje.

Iz perspektive poreznog planiranja važno je imati u vidu da se u određenim slučajevima nekim trgovačkim društvima - članovima grupe neće priznati zasebna porezno-pravna osobnost. Naime, pravila o kontroliranim inozemnim korporacijama (engl. *controlled foreign corporations*; dalje: CFC pravila), dio unutarnjeg poreznog prava većeg broja država, omogućuju zanemarivanje porezno-pravne osobnosti društava – rezidenata drugih država koja

⁸ O konceptu stalne poslovne jedinice vidi: *infra*, poglavlje 2.2.4.

su pod kontrolom rezidentnih društava.⁹ Porezna tijela države koja primjenjuje ova pravila pripisati će dobit kontroliranih društava izravno onom društvu koje vrši kontrolu. CFC pravila imaju posebno značenje za tehnike poreznog planiranja u vezi s nematerijalnom imovinom, s obzirom da su često usmjerena isključivo na tzv. pasivni dohodak, u koji se ubrajaju i autorske naknade ostvarene od strane kontroliranih društava.¹⁰

2.2.2. Načelo povezanosti: pravni temelj porezne jurisdikcije

Jedno od temeljnih načela međunarodnog poreznog prava jest načelo povezanosti, prema kojem država ima pravo oporezivanja, tj. pravo uspostave i vršenja porezne jurisdikcije, samo ako između njezinog teritorija i poreznog subjekta/objekta postoji dovoljno jaka veza (engl. *genuine link* ili *nexus*; njem. *echte Verknüpfung*). Veza može biti objektivne naravi (npr. obavljanje djelatnosti na teritoriju države) ili subjektivne naravi (npr. državljanstvo fizičke osobe koja ostvaruje dohodak). Još 1920-ih godina na međunarodnoj je razini postignut kompromis kako načelno dvije grupe poreznih činjenica signaliziraju ostvarenje dovoljne veze pri oporezivanju dohotka/dobiti te na taj način legitimiraju uspostavu i vršenje porezne jurisdikcije. Prva se grupa činjenica odnosi na fiskalnu rezidentnost poreznog obveznika (fizičke ili pravne osobe). Druga se grupa odnosi na (ekonomski) izvor dohotka/dobiti.

Sukladno tomu izvodi se norma na kojoj počiva postojeći sustav međunarodnog poreznog prava: države imaju pravo oporezovati dohodak svojih rezidenata, bez obzira gdje je ostvaren, a ujedno imaju pravo oporezovati dohodak ne-rezidenata, koji je ostvaren, tj. "izvire" u ekonomskom smislu, na njihovom teritoriju. Kako bi se izbjegla pojava MDO-a, nužno je da se ili država rezidentnosti ili država izvora dohotka odrekne prava na uspostavu porezne jurisdikcije. Iako većina država u tu svrhu koristi i unilateralne instrumente, *supra* je već navedeno kako glavnu ulogu imaju porezni ugovori: tzv. distributivna pravila poreznih ugovora određuju koja se država mora odreći uspostave porezne jurisdikcije, i u kojem opsegu. Pri oporezivanju dobiti trgovačkih društava porezni ugovori dijele pravo oporezivanja na sljedeći način¹¹:

⁹ Detaljnije o CFC pravilima vidi: Arnold, B., McIntyre, M., *International Tax Primer* (2. izd.), Kluwer Law International, The Hague, 2002., str. 87.-99. Za aktualni komparativni pregled CFC pravila vidi: Deloitte (2014), *Guide to Controlled Foreign Company Regimes*, dostupno na: <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-guide-to-cfc-regimes-210214.pdf>

¹⁰ To je vidljivo i na primjeru porezne strategije *Googlea*, prikazane *infra*, u poglavlju 3.3.

¹¹ Navedena shema predstavlja nužno poopćenje i temelji se na predlošku OECD-ovog Modela. Mnogi porezni ugovori, pogotovo oni čije su stranke države u razvoju odstupaju od ove sheme u većoj ili manjoj mjeri, uglavnom s ciljem umanjenja restrikcija za uspostavu porezne jurisdikcije u državi izvora. Također, shema izostavlja pitanje oporezivanja aktivnog dohotka ostvarenog posebnim vrstama djelatnosti (npr. pomorski prijevoz, aktivnosti umjetnika i sportaša i dr.).

- 1) kad je riječ o aktivnom dohotku (dohotku od poslovanja) država izvora ima pravo oporezivanja samo ako se na njezinom teritoriju nalazi stalna poslovna jedinica ne-rezidenta;
- 2) kad je riječ o pasivnom dohotku (dividende, kamate i autorske naknade), država izvora (tj. država rezidentnosti platitelja dohotka u pitanju), ima ograničeno pravo oporezivanja isplaćenog bruto iznosa, do unaprijed propisane maksimalne porezne stope¹²;
- 3) kad je riječ o drugim oblicima dohotka (kapitalni dobiti koji nisu vezani uz nekretnine ili stalnu poslovnu jedinicu na području druge države te svi drugi oblici dohotka), ne priznaje se pravo oporezivanja države izvora.

U svim slučajevima u kojima se, prema navedenoj shemi, priznaje pravo države izvora na uspostavu i vršenje porezne jurisdikcije, država rezidentnosti trgovačkog društva dužna je otkloniti štetne posljedice mogućeg MDO-a. I to tako da dohodak rezidenata ili izuzme od oporezivanja (tzv. metoda izuzimanja) ili porez plaćen u inozemstvu prizna kao odbitak od iznosa ukupne porezne obveze (tzv. metoda odbitka).

2.2.3. Koncept rezidentnosti

Koncept fiskalne rezidentnosti predstavlja jedan od izraza *supra* prikazanog načela povezanosti te je njegovo poznavanje pretpostavka učinkovitog međunarodnog poreznog planiranja. Poznavanje pravila koja uređuju pitanje rezidentnosti trgovačkog društva bitno je iz više aspekata. Prvo, država rezidentnosti načelno ima pravo oporezovati ukupnu (svjetsku) dobit trgovačkih društava - rezidenata. U *supra* opisanim slučajevima država rezidentnosti ušteže se vršenja porezne jurisdikcije u odnosu na one oblike dohotka koji su ekonomski povezani s teritorijem drugih država (država izvora), tj. dužna je otkloniti potencijalni MDO. Drugo, bilateralni porezni ugovori primjenjuju se samo u odnosu na rezidente koje od država ugovornica. Dakle, pogodnosti koje se poreznim obveznicima jamče odredbama poreznog ugovora primjenjuju se *ratione personae* samo u odnosu na osobe koje u barem jednoj od

¹² Prema predlošku OECD modela maksimalne stope su: 15% za tzv. portfelj dividende, 5% za tzv. kvalificirane dividende (koje se isplaćuju između kvalificiranih povezanih društava) te 10% za kamate. Valja naglasiti kako OECD-ov model dodjeljuje isključivo pravo oporezivanja autorskih naknada državi rezidentnosti primatelja, što je za mnoge države neprihvatljivo zbog potencijalnog gubitka poreznih prihoda. Mnogi porezni ugovori stoga odstupaju od navedene preporuke te daju pravo državi izvora da oporezuje autorske naknade, uz postavljanje ograničenja na visinu porezne stope. Tako npr. vidi čl. 12. UN-ovog modela poreznog ugovora, u: UN (2011), *United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, United Nations, New York.

država ugovornica ispunjavaju kriterij fiskalne rezidentnosti. Treće, koncept rezidentnosti služi i kao kriterij utvrđenja koja se država ima smatrati državom izvora u odnosu na određene oblike pasivnog dohotka (dividende, kamate i autorske naknade).

Poseban problem predstavlja nedosljednost u sadržajnom određenju koncepta fiskalne rezidentnosti pravnih osoba, uključujući i trgovačka društva. U unutarnjem poreznom pravu različitih država propisani su raznorodni kriteriji za utvrđenje rezidentnosti. Općenito je moguće razlučiti dva osnovna pristupa određenju rezidentnosti trgovačkih društava normama unutarnjeg prava: formalistički i faktički pristup. Formalistički pristup polazi od formalnih kriterija poput mjesta inkorporacije (osnivanja trgovačkog društva) ili mjesta sjedišta društva upisanog u sudski registar.¹³ Faktički pristup, na temelju određenih relevantnih činjenica, istražuje gdje se doista poduzimaju ključne aktivnosti trgovačkog društva. Koncepti mjesta središnje uprave i kontrole (engl. *central management and control*), tipičnog za države *common law* pravnog kruga, te mjesta (stvarne) uprave (engl. *place of (effective) management*), tipičnog za države kontinentalnog pravnog kruga, temeljni su izrazi faktičkog pristupa. Dodatan problem predstavlja relativna neodređenost pravila koja se odnose na faktičke kriterije, što otvara prostor za široko tumačenje od strane poreznih tijela i sudova.

Iako je jasno da opisane razlike u unutarnjem poreznom pravu mogu dovesti do MDO-a, zbog slučajeva tzv. dvostruke rezidentnosti, međunarodni konsenzus oko kriterija rezidentnosti trgovačkih društava još uvijek izostaje. I to unatoč odredbi čl. 4., st. 3. OECD-ovog modela poreznog ugovora, koji kao tzv. pravilo vezivanja (engl. *tie-breaker rule*) navodi faktički kriterij "mjesta stvarne uprave". Naime, neke se države (npr. Kanada, SAD, Rusija, Turska) prilikom sklapanja poreznih ugovora ne pridržavaju ove preporuke¹⁴. Također, tumačenje ovog pojma predmetom je prijepora, što je posljedica različitog ustroja korporativnog upravljanja između država *common law* pravnog kruga s jedne i država kontinentalnog pravnog kruga s druge strane.

S obzirom na navedene porezno-pravne implikacije koncepta fiskalne rezidentnosti, njegov normativan sadržaj, ali i praktična primjena od strane poreznih tijela i sudova zainteresiranih država, uvjetuju postojanje poreznih rizika, ali i potencijalnih prilika za umanjenje porezne obveze. Naime, jedna od najčešćih tehnika poreznog planiranja jest tzv.

¹³ Prema: De Broe, L., *Corporate Tax Residence in Civil Law Jurisdictions*, u: Maisto, G. (ur.), *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, IBFD, Amsterdam, 2009., str. 99.-101. Republika Hrvatska ubraja se u skupinu država koje primjenjuju i formalni (upisano sjedište) i faktički kriterij (mjesto stvarne uprave i nadzor poslovanja). Vidi: čl. 3., st. 1. Zakona o porezu na dobit, NN br. 177/04, 90/05, 57/06, 146/08, 80/10, 22/12, 148/13, 143/14 (dalje: ZPDob).

¹⁴ Vidi: komentar čl. 4. OECD modela, para. 27.-32..

migracija poreznog obveznika, čiji je cilj eliminirati subjektivnu poveznicu između dohotka koji porezni obveznik ostvaruje i teritorija određene države.¹⁵ Dodatno, moguće je, iskorištavanjem različitih pristupa država pri definiranju rezidentnosti, i poslovanje putem društva koje niti jedna država ugovornica poreznog ugovora ne smatra svojim fiskalnim rezidentom (slučajevi tzv. dvostruke ne-rezidentnosti). S druge strane, porezna su tijela sklona, pogotovo kad se radi o velikim MNK-ima, poduzimati detaljne analize čiji je cilj utvrditi ispunjenje kriterija fiskalne rezidentnosti u predmetnoj državi, što implicira i nezanemarive porezne rizike.

2.2.4. Koncept stalne poslovne jedinice (SPJ-a)

Trgovačko društvo koje ostvaruje aktivni dohodak (dohodak od poslovanja) u državi ne-rezidentnosti biti će oporezovano u toj državi samo ako na njezinom teritoriju ima stalnu poslovnu jedinicu (engl. *permanent establishment*; njem. *Betriebsstätte*; dalje: SPJ) kojoj se ostvareni dohodak može pripisati. To proizlazi iz odredbi većine bilateralnih poreznih ugovora, koje time postavljaju ograničenje (tzv. prag oporezivanja) državi izvora na oporezivanje aktivnog dohotka.¹⁶ Pritom valja napomenuti kako neke države, napose države u razvoju, ne pristaju na navedeno ograničenje kad se radi o dohotku od obavljanja usluga te koriste druge kriterije, poput vremenskog trajanja aktivnosti u pitanju.

Za razliku od koncepta fiskalne rezidentnosti, porezni ugovori sadrže izričitu (i iscrpnu) definiciju SPJ-a, te je za praktičnu primjenu ovog koncepta nužno autonomno tumačenje, bez obzira na (različite) definicije u unutarnjem pravu država ugovornica. Općenito se može reći kako je SPJ subjekt bez pravne osobnosti putem kojeg porezni obveznik obavlja poslovanje u državi u odnosu na koju ne ispunjava uvjet fiskalne rezidentnosti. Čl. 5., st. 1. OECD Modela definira SPJ kao "*stalno mjesto poslovanja preko kojega se poslovanje društva obavlja u cijelosti ili djelomično*". Sukladno tomu, postojanje SPJ-a ovisi o ispunjenju tri kumulativna uvjeta: 1) postojanje mjesta obavljanja poslovne djelatnosti (npr. poslovnih prostorija); 2) to mjesto mora biti stalno (engl. *fixed place of business*), tj. mora se raditi o zasebnom mjestu

¹⁵ S druge strane, poželjno je imati subjektivnu poveznicu s državama u kojima je efektivno porezno opterećenje nisko, a što uvelike olakšava formalistički pristup određivanju rezidentnosti. U praksi se posebno ističe primjer Kajmanskih otoka, prekomorskog teritorija Ujedinjenog Kraljevstva te ujedno vjerojatno najpoznatije svjetske porezne oaze. Naime, porezni sustav Kajmanskih otoka ne poznaje porez na dobit, niti druge izravne poreze. U tom smislu ne čudi ni izostanak definicije fiskalne rezidentnosti trgovačkih društava u unutarnjem pravu. Međutim, osnivanje trgovačkog društva prema pravu Kajmanskih otoka nudi pogodnost eliminacije subjektivne poveznice (rezidentnosti) s drugim državama, napose onima koji primjenjuju formalistički pristup, poput SAD-a.

¹⁶ Koncept SPJ-a primjenjuje se i u unutarnjem poreznom pravu većeg broja država, po uzoru na njemački model, koji je zatim prenesen u OECD-ov model poreznog ugovora. Vidi, npr.: čl. 4. ZPDob-a u RH.

poslovanja koje iskazuje određeni stupanj stalnosti te 3) poslovna djelatnost nerezidentnog poduzetnika mora se odvijati putem takvog mjesta, najčešće aktivnostima zaposlenika nerezidentnog poreznog obveznika. Porezni ugovori sadrže i primjeričnu listu slučajeva u kojima se pretpostavlja postojanje SPJ-a, kao i isključujuću listu slučajeva u kojima ovaj uvjet nije ispunjen.

U pojam SPJ-a ubrajaju se i tzv. zavisni zastupnici nerezidentnog društva, tj. fizičke ili pravne osobe koje imaju ovlaštenje da u drugoj državi zaključuju ugovore u ime društva te to uobičajeno i čine.¹⁷ *Ratio* ovako proširenog koncepta SPJ-a nalazimo u činjenici da postojanje stalnog mjesta poslovanja (npr. u obliku ureda) nije potrebno pri obavljanju određenih prekograničnih ekonomskih aktivnosti čija je vrijednost značajna (npr. konzultantske usluge). S druge strane, tzv. nezavisni zastupnici, koji su i u pravnom i u ekonomskom smislu neovisni u odnosu na nerezidentno društvo te obavljaju aktivnosti u okviru svoje redovite poslovne djelatnosti, neće se smatrati SPJ-om.¹⁸ Razlikovanje navedenih dvaju kategorija zastupnika jedno je od najvažnijih pitanja međunarodnog poreznog planiranja, na što ukazuje ekstenzivno korištenje ugovora o ugovora o komisiji (komisionu)¹⁹ između povezanih društava.²⁰

2.2.5. Načelo neovisnosti²¹

Načelo neovisnosti (engl. *arm's length principle*) normativni je zahtjev sukladno kojemu valja pristupiti određenju porezne osnovice svakog zasebnog subjekta (trgovačkog društva ili SPJ-a) unutar MNK-a. Naime, uvjeti trgovačkih i financijskih odnosa u koje međusobno stupaju porezni obveznici – članovi istog MNK-a mogu u značajnoj mjeri odstupati od uvjeta istih odnosa između nepovezanih osoba, jer ne odražavaju isključivo tržišne čimbenike.²² Polazeći

¹⁷ Vidi: čl. 5., st. 5. OECD Modela.

¹⁸ Vidi: čl. 5., st. 6. OECD Modela.

¹⁹ Ovaj je pravni posao u hrvatskom pravu uređen u čl. 785.-803. Zakona o obveznim odnosima (NN br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15).

²⁰ S obzirom na izričaj odredbi stavaka 5. i 6. čl. 5. OECD modela, mnoge države, napose one kontinentalnoeuropskog pravnog kruga, u komisijaru neće prepoznati zavisnog zastupnika (SPJ) komitenta (principala), bez obzira što njihove međusobne odnose obilježava kontrola. Posljedica je da će te države imati pravo oporezivanja tek komisijске naknade, ali ne i dobiti od prodaje dobara i usluga u ime komisijara, a za račun komitenta, trećim osobama. S druge strane, u posljednje vrijeme porezna tijela država izvora, posebno onih koje pružaju potrošačko tržište inozemnim korporacijama (npr. Kina, Indija), na ovakve i slične tehnike poreznog planiranja odgovaraju ekstenzivnim tumačenjem koncepta SPJ-a, s ciljem zaštite od tzv. erozije porezne osnovice.

²¹ U hrvatskoj je literaturi poreznog prava uvriježena uporaba termina „načelo nepristrane transakcije“. Vidi, npr. Arbutina, H., Ott K., *op.cit.*, str. 28.-29. Autor se, motiviran ponajprije razlozima jednostavnosti prikaza, odlučio za ovaj alternativni termin za koji smatra da također odražava suštinu promatranog načela.

²² Prema: OECD (2010), *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*, OECD Publishing, Paris, dostupno na: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2010-en>.

Pod trgovačkim se odnosima u širem smislu mogu obuhvatiti ne samo isporuke dobara i pružanja usluga unutar MNK-a, tzv. unutargrupne transakcije, već i različiti oblici dijeljenja koristi od nematerijalne imovine. Financijski

od pretpostavke da je porezna strategija MNK-a globalna te je njezin glavni cilj umanjeње ukupnog poreznog opterećenja grupe, predvidljiva je mogućnost manipulacije, na način da se povećaju prihodi onih subjekata čiji je dohodak oporeziv u državama s nižim poreznim opterećenjem uz istovremeno umanjeње prihoda subjekata čiji je dohodak oporeziv u državama s višim poreznim opterećenjem. U tom smislu načelo neovisnosti ima cilj zaštite porezne osnovice i država rezidentnosti i država izvora (tj. država lokacije SPJ-a), postavljajući zahtjev da cijena i drugi uvjeti u opisanim odnosima budu usklađeni s cijenom i uvjetima koje bi subjekti u pitanju ugovorili na slobodnom tržištu kad između njih ne bi postojao odnos povezanosti. Takvu opću normu, koja predstavlja tek jedan od mogućih mehanizama alokacije prihoda i rashoda unutar MNK-a, sadrže svi porezni ugovori, temeljem predložka iz čl. 9., st. 1. i čl. 7. OECD-ovog modela.²³ Cijena i svi drugi uvjeti ugovoreni prilikom isporuka (transfera) dobara, usluga i/ili nematerijalne imovine unutar MNK-a pojmovno se označava „transfernom cijenom“, bez obzira na to u kojoj se mjeri *in concreto* podudara ili odstupa od realne tržišne cijene. Sukladno tomu čitav se korpus pravila kojima se načelo neovisnosti detaljnije razrađuje naziva „pravilima o transfernim cijenama“ (engl. *transfer pricing rules*).

U primjeni pravila o transfernim cijenama središnje mjesto pripada analizi usporedivosti (engl. *comparability analysis*) između unutargrupnih transakcija MNK-a (tzv. kontroliranih transakcija) i hipotetskih tržišnih transakcija između nepovezanih osoba (tzv. nekontroliranih transakcija). Naime, porezna tijela mogu pristupiti ispravku transfernih cijena tek ako postoji dovoljan stupanj usporedivosti između navedenih transakcija. To znači da razlike u ekonomskim relevantnim obilježjima između transakcija ne smiju u materijalnom smislu imati utjecaja na uvjet koji se razmatra pojedinom metodom (npr. cijena ili marža profita) ili, ako utjecaj postoji, moguće ga je razmjerno precizno eliminirati. Jedan od ključnih čimbenika pri utvrđivanju stupnja usporedivosti jest tzv. funkcionalna analiza, čija je svrha utvrditi i usporediti ekonomski značajne aktivnosti i odgovornosti, korištenu imovinu te preuzete rizike subjekata transakcije. *Ratio* funkcionalne analize jest u tome što, u nekontroliranim transakcijama, naknada u pravilu odražava upravo funkcije, imovinu i preuzete rizike pojedinih

odnosi obuhvaćaju unutargrupne zajmove te druge, složenije financijske transakcije u koje su uključeni različiti porezni obveznici unutar istog MNK-a

²³ Posebno je značajno i aktualno pitanje primjene načela neovisnosti na odnose između trgovačkog društva i njegovog SPJ-a u drugoj državi (državi ne-rezidentnosti), čija detaljnija analiza prelazi granice ovog rada. Kao posljedica dugogodišnjeg rada OECD-ovog Odbora za fiskalna pitanja, u novi OECD Model poreznog ugovora iz 2010. godine uključen je novelirani čl. 7., koji se također zasniva na načelu neovisnosti prilikom alokacije prihoda i rashoda SPJ-a, ali sadrži detaljnije smjernice za pristup poreznih vlasti pri tretiranju SPJ-a kao zasebnog i nezavisnog subjekta.

subjekata. Drugim riječima, što su važnije funkcije, vrijednija korištena imovina te veći rizici preuzeti od strane jednog subjekta transakcije, to on očekuje i veću naknadu, tj. veći povrat.

Sukladno načelu neovisnosti, a na temelju nalaza analize usporedivosti, porezna tijela mogu pristupiti tzv. ispravku transfernih cijena, tj. re-alokaciji prihoda i rashoda unutar MNK-a. Pritom je moguća primjena različitih metoda. Metode transfernih cijena detaljno su razložene u OECD-ovim Smjernicama o transfernim cijenama (dalje: OECD Smjernice), čija je aktualna verzija donesena 2010. godine.²⁴ Unatoč svojoj neobvezujućoj pravnoj prirodi, preporuke iz OECD-ovih Smjernica imaju izniman utjecaj na tumačenje i primjenu pravila o transfernim cijenama, uključujući i ona sadržana u unutarnjem pravu, u većini svjetskih država. Time se u praksi postiže znatan stupanj uniformnosti djelovanja poreznih tijela u ovom području, koje inherentno ima prekogranične porezno-pravne učinke.²⁵

OECD-ove smjernice preporučaju primjenu pet metoda transfernih cijena, koje dijele u dvije osnovne skupine: klasične transakcijske metode (engl. *traditional transaction methods*) i metode transakcijske dobiti (engl. *transactional profits methods*). U prvu se skupinu ubrajaju: 1) metoda usporedivih nekontroliranih cijena²⁶; 2) metoda trgovačkih (tržišnih) cijena²⁷; 3) metoda dodavanja bruto-dobitka na troškove²⁸. U drugu se skupinu ubrajaju: 4) metoda transakcijske neto marže²⁹ te 5) metoda podjele dobiti³⁰.

²⁴ OECD još od 1979. godine i izdavanja dokumenta pod nazivom *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, djeluje na promociji primjene uniformnih metoda pri analizi usporedivosti transfernih cijena s tržišnim cijenama u različitim jurisdikcijama. Rad OECD-a u bitnome se temelji na metodologiji transfernih cijena utvrđenoj u podzakonskim aktima SAD-a, države s tradicionalno vodećom ulogom u razvoju tehnika usmjerenih protiv zloraba transfernih cijena. Vidi: Mijatović, N., *Osnove (međunarodnih) transfernih cijena*, Pravo i porezi, br. 1/2013., str. 4.

²⁵ Za aktualan i koncizan pregled praksi u primjeni pravila o transfernim cijenama u 67 svjetskih država vidi: Deloitte (2015), *2015 Global Transfer Pricing Country Guide*, dostupno na: <http://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-transfer-pricing-country-guide-2015.pdf> (11. ožujka 2015).

²⁶ Ova metoda podrazumijeva usporedbu cijene za dobra/usluge zaračunate kod kontroliranih transakcija s cijenom dobara/usluga zaračunatom kod usporedivih nekontroliranih transakcija, u usporedivim okolnostima.

²⁷ Ova metoda počiva na utvrđenju cijene po kojoj jedan član MNK-a nepovezаноj osobi prodaje dobra nabavljena od drugog člana MNK-a. Od te cijene ugovorene u nekontroliranoj transakciji odbija se odgovarajuća bruto trgovačka marža koju bi prodavatelj mogao ostvariti u usporedivoj transakciji s nepovezanim dobavljačem dobara.

²⁸ Kod ove metode najprije se utvrđuju troškovi koje je jedan član MNK-a imao prilikom isporuke dobara/pružanja usluga drugom članu MNK-a. Kako bi se utvrdila cijena tih dobara/usluga sukladna načelu neovisnosti, iznosu troškova dodaje se odgovarajuća bruto dobit koju bi isporučitelj mogao ostvariti s obzirom na funkcije koje preuzima i uvjete na tržištu.

²⁹ Ova se metoda zasniva na određenju relativnog odnosa između neto dobiti koju jedan član MNK-a ostvari kao rezultat kontrolirane transakcije (ili više takvih transakcija) s jedne strane i nekog ekonomskog indikatora (npr. ukupni troškovi, prihodi od prodaje, imovina). Dobiveni se relativni odnos uspoređuje s onim koji se ostvaruje u nekontroliranim transakcijama u sličnim okolnostima.

³⁰ Kod ove se metode najprije utvrđuje zajednička (kombinirana) dobit više članova MNK-a uključenih u određene poslove. Potom se tako utvrđena dobit dijeli (alocira) svakom članu sukladno podjeli kakva bi bila očekivana da nema odnosa povezanosti između subjekata, a ovisno o relativnom ekonomskom doprinosu svakog subjekta aktivnosti u pitanju.

Značenje načela neovisnosti i pravila o transfernim cijenama za međunarodno porezno planiranje je nemjerljivo. Naime, procjenjuje se da se danas oko dvije trećine (2/3) ukupne svjetske trgovine odnosi na unutargrupne (tj. rječnikom pravila o transfernim cijenama: kontrolirane) transakcije MNK-a. Također su u posljednjim desetljećima uočljive promjene u vrijednosnim lancima MNK-a, koji prikazuju sve aktivnosti kojima se dodaje vrijednost određenom proizvodu ili usluzi. MNK-i se sve više oslanjaju na tzv. globalne vrijednosne lance (engl. *global value chains*) koje obilježava fragmentacija procesa proizvodnje u različitim državama.³¹ Pojedini dijelovi MNK-a smješteni u različitim državama sudjeluju u stvaranju dodane vrijednosti u skladu sa zajedničkom poslovnom strategijom MNK-a kao jednog poduzeća. U tom smislu pravila o transfernim cijenama uređuju: 1) porezno-pravni tretman odnosa između pojedinih dijelova MNK-a (trgovačkih društava i SPJ-a), kao zasebnih subjekata (vidi *supra*, poglavlje 2.2.1.) te 2) kvantifikaciju doprinosa navedenih zasebnih subjekata unutar globalnih vrijednosnih lanaca, za svrhe oporezivanja. S obzirom na to, među poreznim je stručnjacima poznata maksima kako se područje međunarodnog oporezivanja može podijeliti na "transferne cijene i sve ostalo". Stoga prikaz čak i temeljnih implikacija pravila o transfernim cijenama na međunarodno porezno planiranje zaslužuje zasebnu analizu i prelazi granice ovog rada.

Korisnim se, međutim, čini opisati aktualni trenutak u primjeni pravila o transfernim cijenama. U posljednjih dvadesetak godina porezne vlasti širom svijeta upravo su u ovom području uočile veliki potencijal za zaštitom nacionalne porezne osnovice te su posegnule za detaljnijim normiranjem provedbe načela nepristrane transakcije, uglavnom podzakonskim aktima.³² Posljedično se pred MNK-e nameću veći zahtjevi za detaljnom dokumentacijom transfernih cijena uz povećanje rizika od neprihvatanja predloženih cijena/uvjeta te eventualnih novčanih kazni. Stoga se može prihvatiti ocjena kako se, iz perspektive poreznog planiranja, najveći izazov krije u pomirenju konfliktnih ciljeva: s jedne strane ispunjavanja sve većeg kruga obveza u različitim državama te s druge, postizanja konkurentnog poreznog opterećenja.

³¹ O tipičnim strukturama vrijednosnih lanaca MNK u suvremenoj ekonomiji vidi detaljnije u: OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, dostupno na: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>, str. 26.-27.

³² Posebno upućujemo na detaljno istraživanje grupe autora, koji su istražili razvoj regulative u području transfernih cijena u 44 svjetske države u razdoblju između 2001. i 2009. Vidi: Lohse, T., Riedel, T., Spengel, C., *The increasing importance of transfer pricing regulations - a worldwide overview*, Oxford University Centre for Business Taxation Working Paper, br. 12/27, 2012., dostupno na: <http://www.sbs.ox.ac.uk/ideas-impact/tax/publications/working-papers/increasing-importance-transfer-pricing-regulations-worldwide-overview>.

Instrument koji pritom pruža određeni stupanj pravne sigurnosti jest tzv. prethodni sporazum o transfernim cijenama (engl. *advance pricing agreement*; dalje: APA). Riječ je o sporazumu između poreznog obveznika (MNK-a) i poreznih tijela (jedne ili više država) kojim se unaprijed, tj. prije poduzimanja unutargrupnih transakcija, propisuju kriteriji prema kojima će se procjenjivati transferne cijene, unutar određenog vremena.³³

2.3. Pojam i vrste međunarodnog poreznog planiranja

Poreznim se planiranjem (engl. *tax planning*; njem. *Steuerplanung*) označavaju aktivnosti poreznih obveznika koje dovode do nastanka, promjenu i/ili prestanka poreznih činjenica (subjektivnih i/ili objektivnih), poduzete s ciljem minimiziranja porezne obveze ili ostvarenja drugih poreznih pogodnosti.³⁴ Porezno je planiranje posljedica same mehanike oporezivanja. Naime, svi su porezi derivat određenih ekonomskih aktivnosti fizičkih/pravnih osoba. U suvremenim su državama ove ekonomske aktivnosti, čak i prije njihova poduzimanja, regulirane i klasificirane pravnim normama, obično pravilima građanskog prava, trgovačkog prava ili koje druge privatno-pravne grane. Primjena pravila poreznog prava predstavlja drugi korak, koji slijedi nakon karakterizacije ekonomske stvarnosti pravilima drugih pravnih grana. Iako porezno pravo, zbog posebnosti svojih ciljeva, ne mora prihvatiti takve "prethodne" pravne kvalifikacije – potvrdu nalazimo u nizu tipično "porezno-pravnih koncepata"³⁵ – činjenice o kojima ovisi oporezivanje (tzv. porezne činjenice) u velikoj su mjeri determinirane privatno-pravnim pojmovima. Kad porezni obveznici koriste slobodu izbora pravnog oblika vlastitih ekonomskih aktivnosti, ujedno koriste i manevarski prostor utjecaja na konačni iznos vlastite porezne obveze.³⁶ Tipični primjeri uključuju izbor financiranja poslovne djelatnosti pomoću vlastitog kapitala ili duga te opciju obavljanja poslovne djelatnosti ili kao trgovac pojedinac ili u korporativnoj formi.

U svim slučajevima poduzimanja ekonomskih aktivnosti s prekograničnim elementom, prostor za (međunarodno) porezno planiranje se uvelike širi (paralelno s rastom poreznih rizika), kao posljedica razlika između nacionalnih poreznih sustava. S obzirom na potrebnu razinu poznavanja svih relevantnih pravnih normi i njihove interakcije, kao i na potrebu

³³ APA sporazumi dostupni su samo u nekim državama, čiji je broj krajem 2011. godine iznosio 42. Za novije podatke vidi detaljnije: Deloitte (2015), *op. cit.*

³⁴ Usp. Arbutina, H., Ott K., *op.cit.*, str. 340.

³⁵ Jedan od takvih koncepata jest i koncept SPJ-a. Vidi: *infra*, poglavlje 2.2.4.

³⁶ Vidi i: Gadžo, S., Klemenčić, I., *Time to stop avoiding the tax avoidance issue in Croatia? A proposal based on the recent developments in the European Union*, *Financial Theory and Practice*, vol. 38., br. 3., 2014., str. 277.-302.

komunikacije s poreznim tijelima većeg broja država, međunarodno je porezno planiranje i dalje u značajnoj mjeri usmjereno minimiziranju porezne obveze ili MNK-a ili najimućnijih fizičkih osoba. S obzirom na temu ovog rada, važno je naglasiti kako postoji ekonomsko opravdanje aktivnosti poreznog planiranja trgovačkih društava, a to je povećanje uspješnosti ulaganja za dioničare/udjelničare društva. Pravno opravdanje izvodi se iz normativnog okvira korporativnog upravljanja. U klasičnom modelu korporativnog upravljanja porezi se percipiraju isključivo kao trošak poslovanja te je pravna obveza uprave prema članovima društva umanjeno ovog troška na najmanju moguću mjeru.

U suvremenoj ekonomiji još je važnije pitanje međudnosa organizacijske strukture MNK-a i aktivnosti poreznog planiranja, koje se poduzimaju u okviru globalne porezne strategije. Procesi globalizacije uzrokovali su tektonske promjene u poslovnim modelima MNK-a, čija je učinkovita primjena preduvjet konkurentnosti i dugoročnog opstanka na tržištu.³⁷ Posebno je uočljiv trend odvajanja strateških i operativnih aktivnosti MNK-a. Obavljanje strateških aktivnosti se centralizira, ili na globalnoj ili na regionalnoj razini. Operativne se aktivnosti, kojima se stvara dodana vrijednost, premještaju u države s nižim troškovima proizvodnje. U tom smislu posebno je značajno učinkovito upravljanje vrijednosnim lancem MNK-a (engl. *supply chain management*), što podrazumijeva i razumijevanja svih relevantnih poreznih implikacija. Primjerice, širenje MNK-a na veliko potrošačko tržište poput Indije ili Kine zahtijeva detaljno porezno planiranje koje pruža odgovore na pitanja poput sljedećih: treba li osnovati zavisno društvo (društvo kćer)? Treba li distribuciju proizvoda/usluga prepustiti nepovezanom subjektu? Hoće li se distributer smatrati SPJ-om? Na koji način poduzimati marketinške aktivnosti? Na koji način financirati operativne aktivnosti? Sukladno tomu, u određenim je slučajevima iznimno teško razlučiti poslovne (komercijalne) razloge promjena u organizacijskoj strukturi MNK-a, tj. restrukturiranja, od poreznih motiva.

Tehnike međunarodnog poreznog planiranja, čak i one koje dominiraju u praksi MNK-a, su mnogobrojne. Moguće ih je klasificirati u nekoliko skupina, ovisno o odabranom razlikovnom kriteriju. Najvažnijom se čini podjela između formalnog i materijalnog poreznog planiranja, koja polazi od utjecaja konkretne tehnike poreznog planiranja na ekonomsku stvarnost. Kod formalnog planiranja ne dolazi do promjene sadržaja ekonomske aktivnosti – prema kojoj je oporezivanje inherentno usmjereno – već se promjenama pravne klasifikacije poreznih činjenica postiže učinkovitiji porezno-pravni tretman. Tipična tehnika koju se ubraja

³⁷ Vidi i: Kukić, N., *Međunarodno porezno planiranje – tehnike i instrumenti*, RRIF, br. 4., 2009., str. 125.

u ovu skupinu jest uporaba dužničkog umjesto vlasničkog financiranja društva kćeri unutar grupe MNK-a.

S druge strane, tehnike materijalnog poreznog planiranja poduzimaju se usporedo sa promjenama u samom sadržaju ekonomske aktivnosti, poput restrukturiranja vrijednosnog lanca MNK-a. Ova se skupina može dalje podijeliti na: 1) transfer poreznog subjekta (npr. promjena rezidentnosti trgovačkog društva); 2) transfer poreznog objekta (npr. premještanje SPJ-a iz jedne države u drugu) i 3) transfer i poreznog subjekta i poreznog objekta (npr. likvidacija trgovačkog društva u državi rezidentnosti uz paralelno prekidanje svih ekonomskih aktivnosti grupe u istoj državi). Svim navedenim podskupinama materijalnog poreznog planiranja zajednički je konačni cilj: eliminacija subjektivne ili objektivne poveznice (vidi: *supra*, poglavlje 2.2.2.) s državom visokog poreznog opterećenja, kako bi se umanjio iznos porezne obveze.

U onim slučajevima kod kojih MNK-i nemaju poslovni motiv za restrukturiranje, koje bi bilo praćeno transferom poreznog subjekta i/ili objekta, formalno planiranje jedina je opcija umanjenja efektivnog poreznog opterećenja. Pritom je potreban oprez. Porezne vlasti ne gledaju blagonaklono na one tehnike kojima se smanjuje nacionalna porezna osnovica, a koje nisu vezane uz stvarne promjene ekonomskog sadržaja aktivnosti. U posljednje je vrijeme posebno zapažen trend propisivanja različitih pravila protiv izbjegavanja plaćanja poreza (engl. *anti-avoidance rules*), usmjerenih sprječavanju onih tehnika međunarodnog poreznog planiranja koje stvaraju jaz između porezno-pravnog tretmana i ekonomske stvarnosti (*supstance*). U tom smislu posebno je problematično razlučiti koje tehnike poreznog planiranja valja smatrati prihvatljivim (defenzivnim), a koje neprihvatljivim (ofenzivnim ili agresivnim). Agresivno se porezno planiranje pojmovno izjednačava sa zakonitim izbjegavanjem poreza. Čini se da se pri poduzimanju formalnog planiranja u njegovom čistom obliku, bez ikakve promjene ekonomskog sadržaja aktivnosti, u većini država s visokim/višim poreznim opterećenjem može računati na primjenu različitih protumjera od strane poreznih tijela.

3. ULOGA NEMATERIJALNE IMOVINE U MEĐUNARODNOM POREZnom PLANIRANJU MULTINACIONALNIH KORPORACIJA

Pojam nematerijalne imovine (engl. *intangible property; intangibles*; njem. *immaterielle Wirtschaftsgüter*) nije jednoznačan, što ne čudi s obzirom da se može razmatrati iz perspektive različitih disciplina, ponajprije ekonomije, računovodstva te više grana prava. U poreznom pravu zbirna kategorija nematerijalne imovine te njezini pojedini oblici predstavljaju

porezne činjenice koje u bitnome određuje njihova uloga u procesu stvaranja ekonomske vrijednosti. Općenito se može reći da je *differentia specifica* nematerijalne imovine u odnosu na druge imovinske predmete izostanak fizičkih, tj. materijalnih obilježja. Tako Arbutina i Ott navode da je nematerijalna imovina ona "(...) koja nema materijalnu supstanciju, ali ima vrijednost utemeljenu na pravno reguliranom ovlaštenju vlasnika".³⁸

Nesporno je da u nematerijalnu imovinu valja ubrojiti prava intelektualnog vlasništva (dalje: PIV), koja su zaštićena posebnim korpusom pozitivno-pravnih normi u većini svjetskih država. Klasični su pojavni oblici PIV-a: autorska prava i autorskom pravu srodna prava, patenti, žigovi (zaštitni znakovi), industrijski dizajn, oznake izvornosti i oznake zemljopisnog porijekla, *know-how* i dr.³⁹ Također, u nematerijalnu imovinu valja ubrojiti i prava koja proistječu iz ugovornih odnosa, poput ugovorne zabrane tržišnog natjecanja radnika s poslodavcem. S druge strane, moguće je identificirati i određene nematerijalne resurse poduzeća koji nisu pravno zaštićeni ni zakonom niti ugovorom, ali ispunjavaju obilježja bitna za određenje imovinskog predmeta u ekonomskom smislu.⁴⁰ Paradigmatski su amorfni nositelji ekonomske vrijednosti poput *goodwill*⁴¹ i *going concern* vrijednosti⁴².

3.1. Pojam nematerijalne imovine za potrebe prava poreza na dobit

Pri oporezivanju dobiti nematerijalnu imovinu valja promatrati kao skup resursa kojima se porezni obveznik služi za poduzimanje poslovne djelatnosti, čiji rezultat može biti dobit kao porezni objekt. S obzirom na specifičnosti ovih u odnosu na druge resurse poreznog obveznika, sustavi poreza na dobit većine država polaze od specifičnih pravila za utvrđenje prihoda i rashoda u vezi s nematerijalnom imovinom. Stoga i njezina normativna definicija dobiva na važnosti. Odgovor na pitanje koji su sve resursi obuhvaćeni pojmom nematerijalne imovine za potrebe oporezivanja dobiti trgovačkih društava najčešće valja tražiti u računovodstvenim

³⁸ Arbutina, H., Ott K., *op.cit.*, str. 188.

³⁹ Vidi: Katulić, T., *Uvod u zaštitu intelektualnog vlasništva u Republici Hrvatskoj*, Carnet, Zagreb, 2006., str. 21.

⁴⁰ Za raspravu o višestranom određenju pojma imovine (pravnom, računovodstvenom i ekonomskom) vidi: Mijatović, N., *Oporezivanje imovine s posebnim osvrtom na oporezivanje nasljedstva i darova*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, str. 16.-18.

⁴¹ Arbutina i Ott definiraju *goodwill* kao imovinu "(...) koja se sastoji od vrijednosti (*value*) dohodovne sposobnosti, smještaja, organizacije marketinga, reputacije, klijentele itd. nekoga poduzeća. *Goodwill* može biti prenosiv uz naknadu na drugog poduzetnika pri prodaji tekućeg posla (*going concern*). Metode usvojene za vrednovanje pribavljenog *goodwill*a i način na koji se može uzeti u obzir njegova amortizacija za potrebe oporezivanja razlikuju se od zemlje do zemlje, a u skladu s time, i njegova kapitalizacija može ovisiti o volji strana." (Arbutina, H., Ott K., *op.cit.*, u bilj. 2., str. 188.).

⁴² "*Going concern* vrijednost (engl. *going-concern value*) je varijanta ekonomske vrijednosti koja predstavlja koncept vrednovanja tvrtke i njezinih instrumenata financiranja za profitabilna poduzeća s pretpostavljenim vremenski neograničenim (infinite) kontinuitetom poslovanja." (Limun.hr, *Going concern vrijednost*, dostupno na: <http://limun.hr/main.aspx?id=24498&Page=>, 15. siječnja 2015.).

načelima i pravilima. Naime, u većini država osnovica se poreza na dobit utvrđuje polazeći od dobiti (razlike prihoda i rashoda ostvarenih u određenom razdoblju) utvrđene prema računovodstvenim propisima.⁴³ U tom smislu posebno upozoravamo na Međunarodni računovodstveni standard 38 (dalje: MRS 38), koji uređuje priznavanje i utvrđenje vrijednosti nematerijalne imovine. Definicija nematerijalne imovine iz MRS-a 38 polazi od tri kumulativna uvjeta⁴⁴: 1) mogućnosti njezine identifikacije, što podrazumijeva da se pojedini oblik nematerijalne imovine može jasno razlikovati od *goodwill*, koji se priznaje tek u slučaju poslovnih spajanja; 2) mogućnosti njezine kontrole od strane poduzeća, što u pravilu podrazumijeva i postojanje pravne zaštite te 3) postojanju budućih ekonomskih koristi.

3.2. Posebni problemi poreznog tretmana nematerijalne imovine u međunarodnom poreznom pravu

Tretman prihoda i rashoda od nematerijalne imovine u nacionalnim sustavima oporezivanja dobiti izaziva nekoliko problema. Najvažniji se odnose na: 1) nedoumice pri utvrđenju ispunjenja svih definicijskih kriterija nematerijalne imovine u odnosu na određeni resurs, 2) utvrđenje vrijednosti resursa, 3) priznavanje izdataka nastalih u vezi s resursom kao rashoda⁴⁵ te 4) obračun amortizacije.⁴⁶

S druge strane, porezno-pravne implikacije postojanja nematerijalne imovine multipliciraju se kad su vlasnici/titulari takve imovine MNK-i, čije ekonomske aktivnosti prelaze granice jednog poreznog sustava. Može se reći da porezno učinkovito upravljanje nematerijalnom imovinom leži u srcu njihove globalno usmjerene porezne strategije.

To nije iznenađenje kad se uzme u obzir važnost nematerijalne imovine za poslovanje MNK-a. U današnje vrijeme nematerijalna imovina mnogih trgovačkih društava vrijednija je od

⁴³ Iz teorijske perspektive ova je teza točna samo za države kontinentalno-europskog pravnog kruga, kojima pripada i RH, čiji propisi određuju računovodstvenu dobit kao polaznu točku izračuna osnovice poreza na dobit. Vidi, npr. čl. 33. ZPDob-a. Naime, porezno pravo država *common law*-a načelno ne pridaje važnost poslovnom (komercijalnom) računovodstvu za potrebe izračuna osnovice poreza na dohodak/dobit. Porezno pravo SAD-a najbolji je primjer. Vidi detaljnije: Thurony, V., *Comparative Tax Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2003., str. 268. Međutim, kako ističu Brooks i Krever, razlike između odabranih modela međudnosa poreznog prava i računovodstvenih propisa u praksi nisu toliko značajne. Vidi: Burns, L., Krever, R., *Taxation of Income from Business and Investment*, u: Thurony, V., *Tax law design and drafting (vol. 2.)*, International Monetary Fund, Washington, 1998., str. 599.-602. U tom smislu Thurony upozorava na opći trend približavanja poreznog i poslovnog računovodstva (Thurony, V., *op. cit.*, str. 273.). Pritom se ne smije zanemariti njihova divergentna svrha: dok je svrha poslovnog računovodstva pružiti vlasnicima i menadžerima poduzeća, kao i drugim dionicima (vjerovnicima, potencijalnim ulagačima, javna vlast i dr.) vjerodostojnu analizu profitabilnosti poslovanja, svrha je poreznog računovodstva izračunati poslovni rezultat poduzeća u određenom vremenskom razdoblju kako bi dio tog rezultata pripao državi (javnoj vlasti) u obliku poreza. Prema: Burns, L., Krever, R., *op. cit.*, str. 600.

⁴⁴ Vidi: toč. 10.-17. MRS-a 38.

⁴⁵ Vidi: toč. 68.-71. MRS-a 38.

⁴⁶ Vidi: toč. 97.-106. MRS-a 38.

materijalne imovine te ima značajan udio u ukupnoj tržišnoj vrijednosti društava. Nematerijalna se imovina često označava jednim od glavnih pokretača gospodarske aktivnosti i rasta, s obzirom da u eri globalizacije poduzeće upravo njezinom uporabom ostvaruje međunarodnu konkurentnost. U suvremenoj ekonomiji ona predstavlja najznačajniji faktor u stvaranju vrijednosti u globalnim vrijednosnim lancima MNK-a. Dakako, u pojedinim je gospodarskim granama, poput farmaceutske ili informatičke industrije, ovaj faktor još izraženiji. Primjerice, poslovni uspjeh *Googlea* teško je zamisliti bez pravne zaštite njihovog pretraživačkog *softwarea*, jednako kao što uspjeh farmaceutskog diva *Pfizera* u bitnome ovisi o patentima kojima se štiti istraživanje lijekova. U tom smislu vizionarskom se doima misao američkog poreznog stručnjaka Mitchella B. Carrola iz 1933. godine, kako je „u *alkemiji uspješnog poslovanja nematerijalni, nemjerljivi element intelektualnog rada (engl. brainwork) veoma važan, ako ne i ključni čimbenik.*“⁴⁷

Štoviše, ekonomska teorija upravo u kontroli nad specifičnim resursima nematerijalne imovine prepoznaje jedan od ključnih čimbenika za postojanje i širenje MNK-a. Naime, takvi resursi omogućuju MNK-ima ostvarenje ekonomske rente, tj. profita koji premašuje uobičajeni povrat od ulaganja. Razlozi za to su višestruki: 1) nematerijalna imovina je rezultat ili rizičnog i skupog istraživanja i razvoja (tzv. trgovačka nematerijalna imovina; engl. *trade intangibles*) ili dugotrajnih ulaganja u marketing (tzv. marketinška nematerijalna imovina; engl. *marketing intangibles*); 2) njezino postojanje dovodi do monopola u proizvodnji dobara ili u pružanju usluga; 3) njezina vrijednost u bitnome ovisi o pravnoj zaštiti, za razliku od materijalne imovine. Upravo iz ovih razloga MNK-i će u većini slučajeva razvoj i iskorištavanje nematerijalne imovine internalizirati, tj. poduzimati unutar granica poduzeća (koje u poreznom smislu predstavljaju sva povezana društva i SPJ-i), umjesto transakcijama na tržištu.

Supra (poglavlje 2.3.) je pojašnjeno kako razlike između materijalnog poreznog prava različitih država – napose razlike u efektivnom poreznom opterećenju – otvaraju prostor za postizanje značajnih poreznih ušteda, poduzimanjem aktivnosti međunarodnog poreznog planiranja. Ova opća ocjena vrijedi i za one aktivnosti planiranja koje se odnose na nematerijalnu imovinu MNK-a. Ostvarenje željenog cilja – oporezivanja dohotka/dobiti od nematerijalne imovine što nižom efektivnom poreznom stopom – najčešće podrazumijeva da najveći dio dobiti povezane s resursom u pitanju bude oporeziv na razini člana grupe koji je

⁴⁷ Citat preuzet iz: Wittendorff, J., ‘*Shadowlands*’: *The OECD on Intangibles*, Tax Notes International, vol. 71., br. 9., 2012., str. 935.

fiskalni rezident države s niskim poreznim opterećenjem.⁴⁸ Aktivnosti poreznog planiranja usmjerene postizanju ovog cilja mogu se podijeliti u tri skupine, koje se razlikuju prema vremenskom trenutku poduzimanja. Tako je moguće diferencirati: 1) planiranje u fazi stvaranja nematerijalne imovine; 2) planiranje u fazi iskorištavanja i upravljanja imovinom te 3) planiranje u fazi otuđenja (transfera) imovine. U nastavku se prikazuju osnovne tehnike svake od navedenih triju skupina. Zbog jednostavnosti prikaza i ograničenog opsega rada u središtu razmatranja biti će isključivo resursi PIV-a, jedne od podvrsta nematerijalne imovine (vidi: *supra*, poglavlje 3.1.).

Prethodno valja upozoriti na neke elemente nacionalnih poreznih sustava koji utječu na efektivno porezno opterećenje prihoda i rashoda od nematerijalne imovine, ključan čimbenik u oblikovanju porezne strategije. Prvo, većina država potiče aktivnosti istraživanja i razvoja (dalje: IR aktivnosti) davanjem posebnih poreznih olakšica za provođenje takvih aktivnosti na njihovom teritoriju (npr. posebna umanjenja porezne osnovice ili čak odbici od iznosa porezne obveze).⁴⁹ Drugo, neke države propisuju povlaštenu poreznu stopu (nižu od opće stope poreza na dobit) za dobit koju društva – rezidenti tih država ostvare od patenata i drugih oblika PIV-a čiji su nositelji (titulari). Trenutno ovakav preferencijalni tretman dobiti od PIV-a primjenjuje deset država članica EU-a, s nominalnim poreznim stopama u rasponu od 0% do 16%.⁵⁰ Treće,

⁴⁸ Naravno, ne smije se zanemariti niti značaj neporeznih čimbenika pri donošenju relevantnih odluka. Razina zaštite PIV-a, regulatorni okvir te dostupnost kvalificirane radne snage i potrebne infrastrukture preduvjeti su za razmatranje neke države kao moguće lokacije smještanja nematerijalne imovine MNK-a.

⁴⁹ Detaljnije o ovomu vidi: Hodžić, S., *Stimulacija poreznih olakšica za istraživanje i razvoj*, u: Bratić, V., Fabris, M. (ur.), *Skrivena javna potrošnja - budućnost poreznih izdataka?*, Institut za javne financije, Zagreb, 2012., str. 151.-160.

⁵⁰ Riječ je o Belgiji (nominalna stopa: 6,8%), Cipru (nominalna stopa: 2,5%), Mađarskoj (nominalna stopa: 9,5%), Francuskoj (nominalna stopa: 16,76%), Luksemburgu (nominalna stopa: 5,84%), Malti (nominalna stopa: 0%), Nizozemskoj (nominalna stopa: 5%), Portugalu (nominalna stopa: 15%), Španjolskoj (nominalna stopa: 12%) i Ujedinjenom Kraljevstvu (UK) (nominalna stopa: 10%). Dodatno, još dvije jurisdikcije koje pripadaju Europskom gospodarskom prostoru poznaju ovakvu praksu: Lihtenštajn (nominalna stopa: 2,5%) i švicarski kanton Nidwalden (nominalna stopa: 8,8%).

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

Što se tiče prvog elementa, preferencijalni režimi svih država primjenjuju se na patente. U Belgiji, Francuskoj i UK-u porezne pogodnosti primjenjuju se isključivo na patente (i određena srodna prava) te se stoga preferencijalni režimi ovih država mogu označiti patent režimima (engl. *patent box regimes*). S druge strane spektra stoje Cipar, Mađarska i Nidwalden, čiji se režimi primjenjuju i gotovo na sve druge oblike PIV-a (autorska prava, žig, industrijski dizajn, formule, *know-how*), te ih se može označiti „režimima PIV-a“ (engl. *IP box regimes*). Autorska i srodna prava obuhvaćena su režimima i u Lihtenštajnu i Malti, dok Luksemburg i Nizozemska pogodnosti primjenjuju samo na *software*. Žig je obuhvaćen i režimima Lihtenštajna, Luksemburga i Malte. Industrijski dizajn obuhvaćen je i režimima Lihtenštajna, Luksemburga, Nizozemske, Portugala i Španjolske.

U pogledu drugog gore navedenog razlikovnog obilježja, sve promatrane države pogodnosti protežu na autorske naknade kao oblik dohotka povezan sa PIV-om. Također, preferencijalni se režimi svih država, osim Belgije i Malte, primjenjuju i na kapitalni dobitak ostvaren otuđenjem PIV-a. Konačno, u pet država (Belgija, Lihtenštajn, Luksemburg, Nizozemska i UK) preferencijalni se režim proteže i na tzv. pretpostavljeni dohodak od PIV-a (engl.

porezni tretman amortizacije PIV-a u unutarnjem pravu svake države ima važan utjecaj na efektivno porezno opterećenje onog člana grupe koji je titular PIV-a. Četvrto, važan utjecaj imaju i pravila poreznih ugovora kojih je stranka pojedina država, kao i njezin status kao države (ne)članice EU-a, s obzirom na relevantne odredbe prava EU-a.⁵¹ Konačno, ne treba zanemariti ni odredbe nacionalnog zakonodavstva usmjereno sprječavanju zakonitog izbjegavanja poreza, napose CFC pravila.

3.2.1. Planiranje u fazi stvaranja PIV-a

MNK koji ima namjeru provesti IR aktivnosti s ciljem stvaranja određenog resursa (npr. patenta) već i prije poduzimanja ovih aktivnosti mora razviti učinkovitu poreznu strategiju. Ona nužno počiva na temeljnim konceptima međunarodnog poreznog prava prikazanim ranije u radu. Sukladno načelu zasebnog subjekta (vidi: poglavlje 2.2.1.) pojedini se dijelovi MNK-a, tj. članovi grupe, porezno tretiraju kao zasebni porezni obveznici. Njihova identifikacija i lokacija za potrebe primjene pravila međunarodnog poreznog prava određuje se prema konceptima fiskalne rezidentnosti (vidi: poglavlje 2.2.3.) i SPJ-a (vidi: poglavlje 2.2.4.). Unutargrupni se odnosi, za potrebe utvrđenja porezne osnovice, procjenjuju sukladno načelu neovisnosti (vidi: poglavlje 2.2.5.).

Tehnikama poreznog planiranja MNK može osigurati da titular novonastalog PIV-a, već i prije poduzimanja IR aktivnosti, bude bilo koji član grupe, bez obzira na to gdje se ove aktivnosti doista i obavljaju.⁵² Postizanje konačnog cilja – najmanjeg mogućeg efektivnog poreznog opterećenja dohotka/dobiti od novonastalog resursa – obilježeno je tenzijom između dvije, na prvi pogled međusobno isključujuće, opcije:

notional IP income), koji je vezan za prodaju dobara i usluga u koje su pojedini oblici PIV-a ugrađeni (npr. proizvod s ugraviranim žigom) te za korištenje PIV-a u unutargrupnim poslovnim procesima. U ovim je slučajevima potrebno primijeniti analizu iz perspektive načela neovisnosti.

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

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

⁵¹ Vidi: Direktiva Vijeća 2003/49/EZ od 3. lipnja 2003. o zajedničkom sustavu oporezivanja isplate kamata i licencije između povezanih trgovačkih društava različitih država članica, SL L 157, 26.6.2003., str. 49–54. (s naknadnim izmjenama i dopunama; dalje: Direktiva o kamatama i autorskim naknadama).

⁵² Detaljnije o problematičnim aspektima primjene načela neovisnosti, vidi: *infra*, poglavlje 3.2.2.

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

Nekoliko poznatih tehnika poreznog planiranja omogućuje da se opisane tenzije premoste. Ako pođemo od pretpostavke da će IR aktivnosti obavljati jedno trgovačko društvo – član MNK-a, fiskalni rezident države s visokim poreznim opterećenjem (dalje: IR društvo), zasnivanje različitih ugovornih odnosa između tog društva i drugih članova MNK-a oblikovati će porezni tretman prihoda i rashoda od PIV-a u pitanju.⁵³ Jedna je od mogućnosti sklapanje ugovora o istraživanju, temeljem kojega IR društvo poduzima, uz naknadu, IR aktivnosti u ime drugog člana grupe (principala). To drugo društvo postati će titular PIV-a, te će u državi njegove rezidentnosti u pravilu biti oporeziva buduća dobit nastala iskorištavanjem prava u pitanju.⁵⁴ Iz perspektive načela neovisnosti, naknada koju principal isplaćuje IR društvu mora odražavati tek troškove IR aktivnosti uvećane za maržu primjenjivu u usporedivoj nekontroliranoj transakciji.⁵⁵ Naime, sve rizike i troškove vezane uz neuspjeh IR aktivnosti snosi principal.

Drugu temeljnu mogućnost predstavljaju tzv. ugovori o podjeli troškova (engl. *cost contribution arrangements* ili *cost sharing arrangements*; dalje: CCA ugovori) između članova grupe. Općenito govoreći, radi se o ugovoru temeljem kojega članovi grupe pristaju snositi određeni dio troškova IR aktivnosti za resurs koji će u budućem razdoblju zajednički iskorištavati. Time se rješava pitanje podjele porezno relevantnih "udjela" u resursu (tj. s imovinsko-pravnog aspekta – podjele PIV-a). Naime, udio svake strane ugovora u snošenju troškova odražava razinu očekivanih koristi od resursa, pa time i porezno relevantni udio u resursu. Glavna je prednost CCA ugovora što sve ugovorne strane (članovi MNK-a) mogu u

⁵³ U tom smislu vrijedi opet upozoriti na *supra* (poglavlje 2.3.) opisanu mehaniku oporezivanja, na kojoj se zasnivaju aktivnosti poreznog planiranja.

⁵⁴ Međutim, u obzir valja uzeti i implikacije primjene načela neovisnosti u fazi iskorištavanja PIV-a, gdje odlučujući faktor za alokaciju porezne osnovice nije pravno uređenje PIV-a. Vidi: *infra*, poglavlje 3.2.2.

⁵⁵ Moguće je da IR društvo u vezi isto istraživanja uđe u ugovorni odnos s više članova grupe, koji onda dijele porezno relevantnu kontrolu nad resursom.

budućem razdoblju iskorištavati PIV bez potrebe za isplata unutargrupnih autorskih naknada, koje bi bile predmet analize pravila o transfernim cijenama. Međutim, i sami CCA ugovori moraju ispunjavati zahtjeve načelu neovisnosti, što općenito podrazumijeva dokazivanje proporcionalnog odnosa između ugovorenog udjela u troškovima i očekivanih koristi.⁵⁶

Posebni su slučajevi kod kojih nova stranka pristupa već postojećem CCA ugovoru. Ona, u zamjenu za svoj udio u koristima koje su nastupile od trenutka sklapanja ugovora (npr. potpuno novi resurs, znanje koje proizlazi iz prošlih aktivnosti i dr.), mora drugim strankama platiti posebnu naknadu, koja se označava naknadom za ulaz u ugovor (engl. *buy-in payment*; dalje: *buy-in*). Iznos *buy-in*-a mora biti usklađen s načelom neovisnosti, imajući u vidu očekivane ukupne koristi od CCA ugovora za novu stranku.⁵⁷ Iako u ovom slučaju načelno valja primijeniti pravila o transfernim cijenama, posebno onih specifičnih za transfer PIV-a (vidi: *infra*, poglavlje 3.2.2.), primjena ovih pravila na *buy-in* naknade izaziva prijepore u praksi.

3.2.2. Planiranje u fazi upravljanja i iskorištavanja PIV-a

Supra su opisane tehnike kojima MNK može alocirati PIV, s imovinskopравnog aspekta, između članova grupe. U fazi iskorištavanja resursa za potrebe poslovanja MNK-a razlikujemo dva osnovna slučaja: 1) iskorištavanje resursa isključivo od člana grupe – titulara PIV-a te 2) iskorištavanje resursa u poslovnim aktivnostima i drugih članova grupe. U potonjem slučaju titular PIV-a i drugi član grupe ulaze u ugovorni odnos temeljem kojega se resurs ustupa na korištenje uz naknadu (npr. ugovor o licenci). Ova se naknada u međunarodnom poreznom pravu pojednostavljeno označava pojmom autorske naknade (engl. *royalty*), iako nije ograničena samo na slučajeve ustupa autorskih i srodnih prava.

Naime, porezni ugovori temeljeni na OECD Modelu u svom čl. 12. sadrže posebne odredbe kojima se dijeli pravo na oporezivanje ovih naknada, kao posebnog oblika dohotka/dobiti, između država ugovornica čiji su rezidenti isplatelj i primatelj naknade. Iako rješenje OECD Modela predviđa davanje isključivog prava oporezivanja autorske naknade državi rezidentnosti primatelja, mnoge države u svojoj praksi sklapanja poreznih ugovora odstupaju od tog rješenja te daju pravo oporezivanja i državi rezidentnosti platitelja (tzv. država

⁵⁶ Većina država u svom unutarnjem pravu ne propisuje detaljna pravila o CCA sporazumima. Međutim, istodobno pribjegavaju primjeni neobvezujućih OECD-ovih Smjernica o transfernim cijenama, čije poglavlje 8. uređuje ovo područje.

⁵⁷ Vidi: toč. 8.32. OECD-ovih Smjernica.

"izvora" autorske naknade), uz postavljanje ograničenja na maksimalni iznos stope poreza po odbitku (najčešće u rasponu od 5% do 10%) koji ta država može obračunati. Stoga i relevantne odredbe poreznih ugovora čije su stranke države rezidentnosti pojedinih članova MNK-a predstavljaju važan aspekt strukturiranja ugovornih odnosa o ustupanju PIV-a na korištenje. Iznos autorske naknade podložan je analizi iz perspektive načela neovisnosti, sukladno rješenju iz čl. 12., st. 4. OECD Modela (tzv. pravilo o posebnom odnosu), te načelno mora biti usporediv s iznosom koji bi bio ugovoren u nekontroliranim transakcijama.⁵⁸ Isto vrijedi i za drugu stranu jednakosti, tj. za priznavanje isplaćene autorske naknade kao rashoda na razini društva platitelja.

Ključni problemi planiranja u fazi iskorištavanja PIV-a proizlaze iz primjene načela neovisnosti na ukupnost prihoda i rashoda koje MNK-i ostvaruju u vezi s tim resursom. Naime, unatoč *supra* prikazanoj slobodi odabira titulara PIV-a (između članova grupe), porezne vlasti mogu, polazeći od načela neovisnosti i pravila o transfernim cijenama, alocirati dio dobiti nastale u vezi s iskorištavanjem PIV-a i onim članovima grupe koji nisu titulari. Drugim riječima, porezne vlasti mogu, za potrebe primjene načela neovisnosti, re-alocirati prava nad resursima u pitanju između članova grupe, bez obzira na prethodne pravne kvalifikacije koje proizlaze iz normi građanskog prava. U tom smislu se spominje koncept porezno-pravnog "vlasništva" nad nematerijalnom imovinom, koje se određuje polazeći od različitih kriterija.⁵⁹ To valja promatrati u svjetlu općeg cilja primjene načela neovisnosti – zaštite porezne osnovice država čiji su rezidenti društva članovi MNK-a (vidi: *supra*, poglavlje 2.2.5.).⁶⁰ Iz te perspektive uopće nije bitno koji je subjekt u pravnom smislu titular PIV-a, već je bitno odrediti udio u ukupnim prihodima i rashodima grupe koji pripada svakom pojedinom članu. Kako je već prikazano ranije u radu, veličina ovog udjela pitanje je ekonomske, a ne pravne analize, što se odražava u tzv. funkcionalnom pristupu OECD-a. Drugim riječima, ako titular PIV-a ne obavlja funkcije ključne za upravljanje tim resursom, te ne snosi bitne rizike i troškove vezane uz resurs, odgovarajući dio njegove dobiti, odražene u autorskoj naknadi koju prima, morati će biti alociran članovima grupe koji obavljaju relevantne funkcije te snose rizike i troškove. Iako su neke države agresivnije od drugih u dokazivanju nesklada između pravne alokacije PIV-a i

⁵⁸ Detaljnije o pravilu o posebnom odnosu vidi: Lončarić Horvat, O., Arbutina, H., *op. cit.*, str. 205.-206.

⁵⁹ Wittendorff opisuje četiri temeljne mogućnosti (kriterija) određenja vlasništva nad nematerijalnom imovinom: 1) pravni kriterij, 2) ekonomski kriterij, 3) kriterij kontrole te 4) kombinaciju navedenih kriterija. Vidi detaljnije: Wittendorff, J., *op. cit.*, str. 624.

⁶⁰ Detaljnije o potrebi kontekstualizacije pojma "vlasništvo", pri primjeni načela neovisnosti, vidi: Wilkie, S., *The definition and ownership of intangibles : inside the box? Outside a box? What is the box?*, World tax journal, vol. 4., br. 3., 2012., str. 231.-236.

funkcionalnog doprinosa članova MNK-a stvaranju dobiti, valja naglasiti da globalni trendovi upućuju na sve veće značenje ekonomskog sadržaja, a ne pravne forme. Takav je pristup utjelovljen u radu OECD-a u ovom području, započetak 2010. godine. U najnovijem OECD-ovom dokumentu o primjeni pravila o transfernim cijenama na nematerijalnu imovinu⁶¹, pravna kvalifikacija "vlasnika" resursa predstavlja tek polaznu točku analize; s druge strane, odlučni kriteriji alokacije dobiti nastale iskorištavanjem resursa su relevantne funkcije, korištena imovina te preuzeti rizici pojedinih članova grupe. U svjetlu navedenoga, porezno planiranje MNK-a u fazi iskorištavanja PIV-a vjerojatno neće postići željene ciljeve, ako ostane tek na formalnom, a ne i na materijalnom planiranju.⁶² Pritom se ne smiju zanemariti povećani zahtjevi za dokumentacijom svih transakcija i aktivnosti MNK-a, koja će služiti kao dokaz doprinosa pojedinih članova grupe ukupnom poslovnom rezultatu.

Dodatan problem s kojima se MNK-i mogu suočiti su sporovi oko postojanja nematerijalne imovine s poreznim vlastima. Naime, porezna tijela države čiji su rezidenti članovi grupe koji (u pravilu temeljem ugovora o distribuciji) tijekom dužeg (višegodišnjeg) razdoblja opskrbljuju lokalno tržište proizvodima drugih članova grupe mogu smatrati da su društva distributeri svojim marketinškim aktivnostima "stvorili" nematerijalnu imovinu ili bar povećali vrijednost postojećeg resursa (npr. žiga). Sukladno tomu, mogu zahtijevati i povećanje porezne osnovice društva distributera, sukladno načelu neovisnosti.⁶³ Time se dodatno naglašava potreba da se pri aktivnostima planiranja vodi računa o pristupima pojedinih država pojmovnom određenju nematerijalne imovine (vidi: *supra*, poglavlje 3.1.), s time da definicija za potrebe primjene pravila o transfernim cijenama može biti drukčija od one iz općeg poreznog prava.⁶⁴

3.2.3. Planiranje otuđenja nematerijalne imovine

Što u slučaju da MNK želi naknadno, nakon već poduzetih tehnika planiranja opisanih *supra* (poglavlja 3.2.1. i 3.2.2), promijeniti titulara PIV-a, tj. promijeniti "vlasnika" resursa?

⁶¹ Vidi: OECD (2014), *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, dostupno na: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264219212-en>

⁶² O razlikama između ove dvije vrste poreznog planiranja vidi: *supra*, poglavlje 2.3.

⁶³ Dobar primjer iz prakse predstavlja spor multinacionalne farmaceutske kompanije *GlaxoSmithKline* s američkom poreznom administracijom, riješen 2006. godine u jednoj od najvećih nagodbi u povijesti oporezivanja. Suština spora jest (ne)postojanje marketinške nematerijalne imovine na razini američkog supsidijarija. Vidi detaljnije: IRS (2006), *IRS Accepts Settlement Offer in Largest Transfer Pricing Dispute*, dostupno na: <http://www.irs.gov/uac/IRS-Accepts-Settlement-Offer-in-Largest-Transfer-Pricing-Dispute>.

⁶⁴ Pritom valja naglasiti rad OECD-a na standardizaciji pojmovnog određenja i klasifikacije nematerijalne imovine. Primjerična definicija nematerijalne imovine već je dana u toč. 6.2. OECD Smjernica. Za novi, sveobuhvatniji pristup vidi: OECD (2014), *op. cit.*, str. 28.-37.

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

S obzirom da porezni rizici u vezi unutargrupnog otuđenja PIV-a nisu zanemarivi, MNK-i će često i odustati od planirane transakcije, te se fokusirati na porezno optimalni tretman u dužem roku. Naime, vlasništvo postojećih resursa može ostati nepromijenjeno, ali se osigurava da titular ne sudjeluje u novim IR aktivnostima te nema udjela u novim resursima, nad kojima će prava steći drugi članovi grupe. Nakon što se postojeći resursi u potpunosti amortiziraju, postiže se porezno optimalni tretman. Međutim, smatramo da ovakve slučajeve valja promatrati u svjetlu poreznog planiranja u fazi stvaranja PIV-a, opisanog *supra* u poglavlju 3.2.1.

Prije pregleda najvažnijih tehnika planiranja valja naglasiti da je i otuđenje PIV-a predmet analize u skladu s načelom neovisnosti i pravilima o transfernim cijenama.⁶⁷ Pritom su osnovni problemi vezani uz vrednovanje PIV-a kao predmeta otuđenja. Dodatni problemi se

⁶⁵ Općenito o pojmu i porezno-pravnom tretmanu kapitalnog dobitka vidi: Mijatović, N., Špoljarić, D., *Porezno-pravni tretman kapitalnog dobitka*, Pravo i porezi, br. 7-8/2011., str. 20-28. U tekstu se polazi od pretpostavke da država rezidentnosti člana grupe – otuđitelja resursa oporezuje kapitalni dobitak. Dakako, to nije uvijek slučaj jer ovisi o suverenim izborima svake države. Tako primjerice do oporezivanja kapitalnog dobitka u vezi otuđenja PIV-a neće doći ako je otuđitelj rezident Cipra, Hong Konga, Malezije, Singapura ili Novog Zelanda.

⁶⁶ Više o primjeni ovog, tzv. *commensurate-with-income* standarda, u pravu SAD-a vidi: PWC (2013), *International Transfer Pricing 2013/14*, dostupno na: <http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/2013-14/itp-download.jhtml>, str. 821.-822.

⁶⁷ Vidi: *supra*, poglavlje 2.2.5. i 3.2.2.

javlja u slučajevima tzv. kombiniranih transakcija u kojima je teško odvojiti pojedini resurs nematerijalne imovine od drugih predmeta otuđenja (npr. prodaja materijalne opreme i proizvodnog postupka u paketu između članova grupe).

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

Druga je mogućnost vezana za pogodnosti koje proizlaze iz odredbi tzv. Direktive o spajanjima⁶⁸, jednog od rijetkih zakonodavnih akata EU-a u području poreza na dobit. Prvi korak ove tehnike sastoji se u tome da član grupe – rezident jedne države članice EU-a i titular PIV-a u drugoj državi članici – ustanovljava SPJ, koji će u svom poslovanju iskoristavati resurs u pitanju, tj. koji ima "ekonomsko vlasništvo" nad PIV-om. U sljedećem koraku dolazi do tzv. djelomične podjele⁶⁹, gdje dotadašnji titular PIV-a osniva novo društvo u drugoj državi članici, na koje prenosi SPJ i svu imovinu koja joj se može pripisati u gospodarskom smislu (tzv. gospodarska cjelina), uključujući i PIV. U zamjenu, društvo – otuđitelj dobiva udjele u kapitalu novoosnovanog društva, a oporezivanje kapitalnog dobitka koji je posljedica prijenosa cijele gospodarske cjeline, uključujući i PIV, odgađa se do njegove realizacije.

Također je moguće provesti i tzv. pripajanje⁷⁰, kod kojeg titular PIV-a prestaje postojati te prenosi svu imovinu na drugog člana grupe – rezidenta druge države članice EU-a. Pogodnost Direktive o spajanjima, u vidu odgode oporezivanja nerealiziranog kapitalnog dobitka u vezi s PIV-om, i ovdje je primjenjiva. S obzirom da Direktiva o spajanjima sadrži posebna pravila protiv zlorabe⁷¹, za uspjeh navedenih tehnika planiranja nužno je da MNK može dokazati da je restrukturiranje u pitanju komercijalno opravdano, tj. da njegov jedini ili glavni cilj nije izbjegavanje poreza.

Na pogodnosti koje proizlaze iz primarnog prava EU-a, tj. temeljnih tržišnih sloboda, može se računati pri promjeni rezidentnosti društva. Kod ove tehnike planiranja zapravo i ne dolazi do otuđenja PIV-a, već titular PIV-a prestaje biti fiskalni rezident jedne države članice EU-a te postaje rezident druge države članice (npr. prijenos sjedišta ili mjesta stvarne uprave).

⁶⁸ Direktiva Vijeća 2009/133/EZ od 19. listopada 2009. o zajedničkom sustavu oporezivanja koji se primjenjuje na spajanja, podjele, djelomične podjele, prijenose imovine i zamjene dionica društava iz različitih država članica te na prijenos sjedišta SE-a ili SCE-a iz jedne države članice u drugu (kodificirana verzija), SL L 310, 25.11.2009., str. 34–46. (dalje: Direktiva o spajanjima).

⁶⁹ Vidi: čl. 2., st. 1., toč. c. Direktive o spajanjima.

⁷⁰ Ovo je izraz koji se koristi u hrvatskom poreznom pravu. Vidi: čl. 19., st. 2. ZPDob-a.

⁷¹ O ovom detaljnije vidi: Žunić Kovačević, N., Gadžo, S., *Zlouporeba pogodnosti iz Direktive o spajanjima u praksi Europskog suda*, Hrvatska pravna revija, br. 2/2011., str. 88.-97.

Međutim, cilj je također postizanje porezno učinkovitijeg tretmana PIV-a, jer društvo postaje rezident u pravilu države nižeg poreznog opterećenja. Na temelju sudske prakse Suda Europske unije⁷², jasno je da sloboda poslovnog nastana zabranjuje državama članicama nametanje tzv. poreza na napuštanje jurisdikcije (engl. *exit taxes*), bez da se društvu omogući opcija odgode porezne obveze. S druge strane, uporaba ove tehnike planiranja nosi rizik mogućnosti nametanja kamata na iznos odgođene porezne obveze od strane nekih država, poput Danske i Francuske.

3.3. Prikaz porezne strategije Googlea: premještanje dobiti unutar grupe postizanjem porezno optimalnog tretmana nematerijalne imovine

Aktivnosti međunarodnog poreznog planiranja MNK-a u vezi s nematerijalnom imovinom u većini slučajeva podrazumijevaju kombinaciju različitih tehnika prikazanih *supra* (poglavlje 3.2.), te tvore posebni dio globalne porezne strategije ovih subjekata. Rezultati uspješno implementiranih tehnika planiranja, kojima se alociraju prihodi i rashodi unutar grupe društava, mogu biti znatne porezne uštede. Središnje mjesto nematerijalne imovine u poreznom planiranju MNK-a potvrđeno je i empirijskim analizama.⁷³ U posljednjih nekoliko godina i šira je javnost upoznata sa poreznim strategijama nekih od najvećih svjetskih MNK-a (npr. *Google*, *Apple*, *Starbucks* i dr.). U nastavku se prikazuje klasična porezna strategija koja je u poreznom žargonu poznata kao *Double Irish with a Dutch Sandwich*, zbog korištenja subjekata osnovanih u Irskoj i Nizozemskoj. Primjer opisuje strategiju *Googlea*, u razdoblju nakon 2006. godine. Strategija je u pojednostavljenom obliku prikazana *infra*, na slici 1.

Google Inc. je poreznu strategiju počeo oblikovati 2003., godine, nekoliko mjeseci prije inicijalne javne ponude kojom su dionice društva ponuđene javnosti u SAD-u. Tada se osniva zavisno društvo sa sjedištem u Irskoj – *Google Holdings Limited* (dalje: *GHL*), koje odmah s matičnim društvom sklapa CAA ugovor⁷⁴. Cilj je ugovora bio da novoosnovano društvo bude nositelj svih *Googleovih* prava intelektualnog vlasništva, uključujući i pretraživački softver, u odnosu na njihovo iskorištavanje na geografski određenom prostoru koji obuhvaća cijelu Europu, Afriku i države Bliskog istoka. *Ratio* odabira Irske kao željene destinacije za postizanje optimalnog poreznog tretmana buduće dobiti jest dostupnost kvalificirane radne snage, pravni okvir zaštite PIV-a, ali i veoma niska zakonska porezna stopa od 12,5% na dobit od poslovanja.

⁷² Vidi posebno presudu u predmetu C-371/10, *National Grid Indus BV v. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam*, od 29. studenog 2011.

⁷³ Vidi, npr.: Dischinger, M., Riedel, N., *Corporate taxes and the location of intangible assets within multinational firms*, *Journal of Public Economics*, vol. 95., br. 7–8., 2011., str. 691-707.

⁷⁴ Općenito o CAA ugovorima vidi *supra*, poglavlje 3.2.1.

Sukladno tome, GHL je matičnom društvu platio određeni iznos *buy-in-a* za stjecanje već postojećih prava⁷⁵, te se obvezao snositi dio troškova vezanih za buduće IR aktivnosti, proporcionalno očekivanim koristima od iskorištavanja tih prava na navedenom geografskom području. Uspjeh ovog prvog koraka porezne strategije bio je finaliziran 2006. godine, kad američka porezna administracija (*Internal Revenue Service*; dalje: IRS) pristaje s *Googlem* sklopiti APA sporazum⁷⁶, kojim potvrđuje da su uvjeti sklopljenog CAA ugovora sukladni načelu neovisnosti.

U idućem koraku cilj je porezne strategije bio izbjeći plaćanje poreza na dobit GHL-a u Irskoj. Stoga dolazi do tzv. hibridizacije GHL-a, premještanjem mjesta stvarne uprave ovog društva u Bermudu. Dok iz perspektive irskih poreznih vlasti GHL više nije fiskalni rezident Irske, on ostaje irski rezident iz perspektive prava SAD-a i IRS-a. Ovakav je rezultat moguć zato što irsko pravo pri određenju rezidentnosti trgovačkih društava polazi od faktičkog kriterija, a pravo SAD-a od formalnog kriterija (sjedište društva).⁷⁷ Bermuda je odabrana kao jedna od poreznih jurisdikcija koje valja označiti "poreznim utočištem" (engl. *tax haven*), jer njezin porezni sustav ne poznaje porez na dobit niti bilo kakav drugi oblik poreza na dohodak od kapitala.

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

Time je pripremljen teren za postizanje porezno optimalnog tretmana dobiti ostvarene iskorištavanjem *Googleove* nematerijalne imovine. Ostali koraci svode se na sklapanje

⁷⁵ Iako iznos *buy-in-a* nije bio javno objavljen, pretpostavlja se da se temeljio na tržišnoj vrijednosti matičnog društva u trenutku sklapanja CAA ugovora, a koja je bila manja od vrijednosti koju bi ulagači bili spremni platiti u trenutku IPO-a. Vidi: Kleinbard, E.D., *Stateless Income*, Florida Tax Review, vol. 11., br. 9., 2011., str. 709.

⁷⁶ Općenito o APA sporazumima vidi: *supra*, poglavlje 2.2.5.

⁷⁷ O ovomu vidi detaljnije *supra*, poglavlje 2.2.3.

unutargrupnih pravnih poslova. Prvo GHL, titular PIV-a, sklapa ugovor o licenci s GNH-om, a zatim GNH sklapa ugovor o podlicenciji s GIL-om. GIL ("drugo" irsko društvo) je subjekt koji ulazi u ugovorne odnose s bazom klijenata na području Europe, Afrike i Azije, iskorištavajući pritom prava koja su mu ustupljena od strane GHL-a, a posredstvom GNH-a. Svi drugi *Googleovi* supsidijariji na navedenom području (npr. *Google Germany GmbH*) zapravo ne ulaze u ugovorne odnose s klijentima/potrošačima, već je njihova temeljna djelatnost pružanje marketinške i operativne podrške GIL-u.

Opisana je struktura porezno učinkovita zato što najveći iznos dobiti ostvarene pružanjem temeljnih *Googleovih* usluga (npr. oglašavanje, uporaba internetske platforme i dr.) ima pravo oporezivati Bermuda, porezno utočište bez poreza na dobit. Naime, GIL, društvo s oko 2.000 zaposlenika koje obavlja većinu "aktivnog" poslovanja grupe na području Europe, Afrike i Bliskog istoka, ostvaruje zanemarivu dobit. Od njegovih prihoda, mjerenih u milijardama USD-a, ostvarenih posluživanjem *Googleovih* klijenata, odbijaju se rashodi u obliku autorskih naknada koje, temeljem ugovora o podlicenciji isplaćuje GNH-u. GNH je pak tipično "provodno društvo" (engl. *conduit company*), koje ne obavlja nikakvu aktivnu djelatnost i nema zaposlenika. Njegova dobit, oporeziva u Nizozemskoj, je također zanemariva jer se sastoji u razlici (*spreadu*) između autorskih naknada dobivenih od strane GIL-a i autorskih naknada koje, temeljem ugovora o licenci, isplaćuje GHL-u, titularu PIV-a.⁷⁸ Konačno, GHL kao titular PIV-a ostvaruje ogromnu dobit, uglavnom kroz autorske naknade isplaćene putem GNH-a. Ali, s obzirom da se (iz irske perspektive) više ne radi o irskom rezidentu, Irska nema pravo oporezivanja njegove dobiti, već Bermuda. Supsidijariji iz drugih država u pravilu posluju s gubitkom ili zanemarivom dobiti, jer njihovi prihodi nisu vezani za pružanje usluga korisnicima uz iskorištavanje PIV-a, te mogu računati tek na naknadu od strane GIL-a za poduzimanje marketinških aktivnosti.⁷⁹ Prema nekim procjenama, efektivno porezno opterećenje ukupne dobiti koju *Google* kao grupa ostvaruje iskorištavanjem nematerijalne imovine na području Europe, Afrike i Bliskog istoka iznosi 2,4%, što je daleko manje čak i od najnižih stopa poreza na dobit na području EU-a.

⁷⁸ Dokumentacija GNH-a upućuje da ono 99,8% svojih prihoda isplaćuje GHL-u putem autorskih naknada. Vidi: Bloomberg News, *Google 2.4% Rate Shows How \$60 Billion Is Lost to Tax Loopholes*, od 21. listopada 2010., dostupno na: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2010-10-21/google-2-4-rate-shows-how-60-billion-u-s-revenue-lost-to-tax-loopholes>.

Kleinbard upozorava i na mogućnost postizanja sporazuma s nizozemskim poreznim vlastima oko iznosa *spreada*, što ga navodi na zaključak kako je porez na dobit GNH-a zapravo "naknada za uporabu pogodnosti nizozemskog poreznog sustava." (Kleinbard, E.D., *op. cit.*, str. 713.).

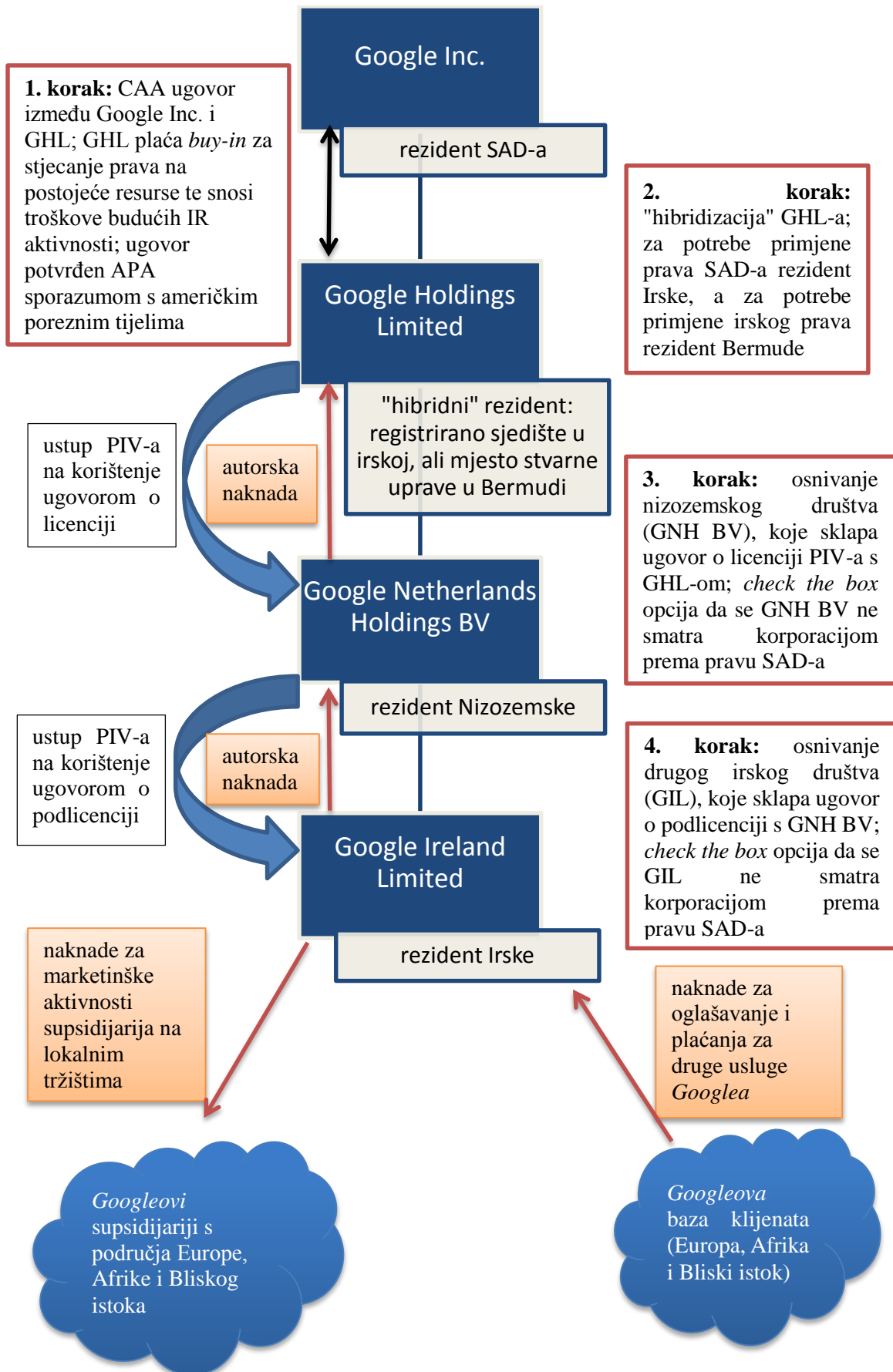
⁷⁹ Naknada se procjenjuje sukladno načelu neovisnosti i pravilima o transfernim cijenama.

Unutargrupne isplate autorskih naknada ne podliježu oporezivanju porezom po odbitku zbog pogodnosti koje proizlaze iz odredbi Direktive o kamata i autorskim naknadama (isplata između GIL-a i GNH-a), odredbi poreznog ugovora između Nizozemske i Irske te odredbi nizozemskog poreznog prava, koje ne nameće porez po odbitku na naknade koje se isplaćuju nerezidentima, čak ni onima koji su rezidenti poreznih utočišta, poput Bermude. Upravo se u tome krije *ratio* interpozicije zavisnog društva u Nizozemskoj.

Završni element *Googleove* strategije nije porezno-pravne naravi. Radi se o preoblikovanju GHL-a – "bermudskog" društva koje ostvaruje najveći dio ukupne dobiti grupe – iz društva s ograničenom u društvo s neograničenom odgovornošću. S obzirom da se na potonja društva, prema irskom pravu, ne primjenjuju strogi zahtjevi objave financijskih izvješća, time se osigurava tajnost porezne strategije.

U smislu tehnika poreznog planiranja opisanih u poglavlju 3.2. ovog rada, *Googleovu* poreznu strategiju možemo označiti planiranjem i u fazi stvaranja i u fazi iskorištavanja nematerijalne imovine. Iz prikazanog se veoma jasno može vidjeti složenost svih materijalnih i postupovnih aspekata na koje valja obratiti pozornost prilikom planiranja. Prikazana strategija počiva i na pogodnostima koje proizlaze iz poreznih ugovora i prava EU-a i na specifičnostima nacionalnih poreznih sustava (SAD-a, Irske, Nizozemske, Bermude). Time se potvrđuje opći sud kako se uspješno porezno planiranje sastoji upravo u iskorištavanju neusklađenosti između normi unutarnjeg prava pojedinih država, kao i normi drugih izvora međunarodnog poreznog prava (prvenstveno poreznih ugovora).

Slika 1: porezna strategija Googlea



4. ZAKLJUČAK

Međunarodno porezno planiranje MNK-a utemeljeno je na temeljnim konceptima međunarodnog poreznog prava, poput načela zasebnog subjekta i načela neovisnosti. Ovi koncepti ukazuju na jaz između ekonomske prirode MNK-a kao jednog poduzeća s dijelovima smještenim u različitim državama – vođenih zajedničkom, globalnom poslovnom strategijom – i državnih pristupa oporezivanju njihove dobiti. Dok god nacionalni porezni sustavi nisu usklađeni, porezni rizici, ali i prilike za porezne uštede, su značajni. Poduzimanje poreznog planiranja stoga je preduvjet za učinkovito poslovanje MNK-a. Zbog značenja nematerijalne imovine u stvaranju ekonomske vrijednosti MNK-a, poseban dio globalne porezne strategije mora biti posvećen postizanju optimalnog poreznog tretmana dobiti koja je ostvaruje iskorištavanjem ovih resursa. Riječima grupe poreznih stručnjaka, "*(U)spješan posao budućnosti, prema našem će mišljenju, biti onaj čiji su menadžeri ne samo svjesni da prava intelektualnog vlasništva mogu biti najvrjednija imovina njihovog društva, već i uspijevaju koristiti ove resurse na najprofitabilniji mogući način.*"⁸⁰

U radu su u sažetom obliku prikazane osnovne tehnike poreznog planiranja u vezi nematerijalne imovine. Ostvarenje željenog cilja u obliku najniže moguće efektivne porezne stope biti će moguće ako se planiranje poduzme u svim fazama, od stvaranja novog resursa do njegovog otuđenja. Jedan od najboljih primjera porezna je strategija *Googlea*, koju su u veoma sličnom obliku upotrebljavali i drugi MNK-i tijekom posljednjih godina, te na taj način optimizirali svoje porezne obveze. Uspješnost ove strategije u budućnosti pod znakom je pitanja. Naime, upravo su tehnike poreznog planiranja povezane s korištenjem nematerijalne imovine u centru pažnje javnosti i predmet kritika s visokih političkih razina. Stoga u budućem razdoblju valja očekivati bitne promjene pravnog okvira, i na razini unutarnjeg poreznog prava i na razini poreznih ugovora, koji će biti usmjereni sprječavanju tzv. agresivnog poreznog planiranja.⁸¹ Tako je primjerice irska vlada najavila promjenu pravila o utvrđenju fiskalne rezidentnosti, koja su bila pretpostavka uspješnosti *Googleove* porezne strategije prikazane u radu. U svakom slučaju, može se predvidjeti kraj formalnog poreznog planiranja, tj. manipulacije poreznim činjenicama bez paralelne promjene ekonomskog sadržaja aktivnosti/transakcije. S druge strane, granice materijalnog poreznog planiranja će se, kao i dosad, oblikovati ovisno o promjenama kalupa koji čine materijalna i postupovna pravila

⁸⁰ Verlinden, I., Smits, A., Lieben, B., *Intellectual property rights from a transfer pricing perspective*, PricewaterhouseCoopers, Bruxelles, 2004., str. 16.

⁸¹ Za pregled mogućih akcija država vidi: OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris, dostupno na: <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>.

međunarodnog poreznog prava. Pritom veća usklađenost sadržaja (npr. funkcija, imovine i rizika, rječnikom pravila o transfernim cijenama) s pravnom formom korelira s većom mogućnosti uspjeha u eventualnim sporovima s poreznim tijelima.