

Grlom u jabuke

Slučaj Evropska komisija vs. Irska (*Apple inc.*)

Evropska komisija je 30. avgusta 2016. [saopštila](#) da je u istrazi nedozvoljene državne pomoći Republike Irske kompaniji *Apple* donela odluku kojom se utvrđuje povreda pravila EU o državnoj pomoći, i da je po osnovu povraćaja neplaćenog poreza na dobit korporacija za period 2003-2014. *Apple* dužan da uplati irskim poreskim vlastima iznos od 13 milijardi evra, sa pripadajućom kamatom. Neposredno nakon objavljivanja ove odluke, Republika Irska i *Apple* su izrazili nezadovoljstvo i najavili podnošenje tužbe protiv Komisije, a usledile su i brojne reakcije poslovne zajednice i političkih predstavnika. U ovom momentu, javnosti je na raspolaganju samo saopštenje Komisije sa kratkim obrazloženjem, dok dubinske stručne analize tek predstoje, kao i sagledavanje posledica koje će proizvesti kako na planu željenog cilja otklanjanja uočene devijacije, tako i u širem, političkom kontekstu. Međutim, već samo objavljivanje akta je izazvalo tektonski udar i talasi reakcija zapljuskuju obe strane Atlantika.

Odluka Evropske komisije koja je izazvala burne reakcije sa obe strane Atlantika.

Šta je kontrola državne pomoći?

Za početak, kratak uvod u sistem kontrole državne pomoći u pravno-institucionalnom kontekstu EU. Koncept kontrole državne pomoći ugrađen je u same temelje pravnog i ekonomskog poretka EU – osnovna pravila su sadržana u odredbama čl. 87 do 89 Rimskog ugovora (čl. 107 do 109 TFEU) i pripadaju domenu zaštite konkurencije. Cilj sistema kontrole državne pomoći je, prema tome, da se obezbedi da državne intervencije ne narušavaju nesmetano funkcionisanje zajedničkog evropskog tržišta i da obezbede očuvanje njegove konkurentne strukture. Državna pomoć koja je predmet kontrole može da se javi u najrazličitijim oblicima: subvencije, dotacije, poreska izuzeća, otpis poreskog duga, kapital-udeli, beneficirani krediti, jemstva, i dr.

Propisana je zabrana svake pomoći od strane država članica ili putem državnih resursa u bilo kom obliku koji narušava ili pretila da naruši konkurenciju, davanjem prednosti određenim preduzetnicima ili proizvodnji određenih roba, ako i u meri u kojoj to utiče na trgovinu između država članica na unutrašnjem tržištu. Istovremeno su predviđene dve grupe izuzetaka: prvu grupu čine oblici državne pomoći koji su kompatibilni sa unutrašnjim tržištem, a to su: mere socijalnog karaktera, usmerene neposredno potrošačima bez diskriminacije u pogledu porekla robe; i pomoć u vezi sa elementarnim nepogodama. Druga grupa su oblici finansijske podrške države koji *mogu biti* kompatibilni, ako se to potvrdi u propisanom postupku procene, kao što su: pomoć za nerazvijena područja, pomoć za unapređenje izvršenja važnog projekta od zajedničkog evropskog interesa ili radi sprečavanja ozbiljnog poremećaja u ekonomiji jedne države članice, radi otklanjanja ozbiljnog poremećaja u privredi, pomoć određenim ekonomskim aktivnostima ili područjima ako takva pomoć ne utiče negativno na uslove na tržištu sa aspekta opšteg interesa, kao i pomoć za unapređenje kulture i očuvanja nasleđa.

Na osnovu ovih, fundamentalnih pravila, izgrađen je složen sistem ograničenja i procedura, kao i mehanizama nadzora nad sprovođenjem zabrane nedozvoljene državne pomoći, upotpunjen relevantnom praksom Evropskog suda pravde. Proceduralna pravila podrazumevaju, na prvom mestu, postupak notifikacije šema državne pomoći koje mogu biti predmet odobrenja u svetlu navedenih izuzeća, kao i *standstill* obavezu (nepostupanja ili nedodeljivanja pomoći) do donošenja odluke Evropske komisije po prijavi. Međutim, za određene kategorije državne pomoći postoji pretpostavka da su „dobra pomoć” i stoga nisu predmet obaveze notifikacije: [opšta blok-izuzeća](#), ako potpadaju pod [pravilo de minimis](#) (pojedinačna pomoć do 200.000 evra u periodu od tri fiskalne godine), kao i sredstva koja se dodeljuju po šemi državne pomoći ranije odobreno od strane Komisije.

Uloga Evropske komisije se ne završava na prethodnoj kontroli, u sklopu ispitivanja notifikovane šeme pomoći. Imajući u vidu da kontrola državne pomoći spada u oblast zaštite konkurencije, njena istražna ovlašćenja su široka, a akti koje donosi u ovoj materiji, obavezujućeg i neposrednog pravnog dejstva. Na osnovu stručno-administrativnog kapaciteta koji obezbeđuje Generalni direktorat za konkurenciju (*DG Competition*), Komisija ispituje kako notifikovane, tako i druge oblike finansijske podrške iz javnih sredstava, neposredne ili posredne, za koje oceni da mogu da potpadaju pod nedozvoljenu državnu pomoć. U tim slučajevima, Komisija prvo otvara preliminaru istragu i ako u njoj ustanovi postojanje sumnje u usklađenost konkretne mere ili aktivnosti, sprovodi potpunu, dubinsku istragu. Konačno, ako rezultat istrage potvrdi postojanje povrede pravila o dozvoljenoj državnoj pomoći, i ako je problematična mera već sprovedena, odnosno nedozvoljena državna pomoć isplaćena ili realizovana, Komisija će izdati nalog državi članici da sprovede povraćaj isplaćenih sredstava od krajnjeg korisnika. Vremenski „prozor” za istrage u ovoj materiji je deset godina.

Kratak prikaz slučaja

Evropska komisija je u junu 2014. obavestila javnost o pokretanju formalne istrage slučajeva nedozvoljene državne pomoći putem umanjenja poreskih obaveza vezanih za poslovanje multinacionalnih kompanija u Irskoj (*Apple*), Holandiji (*Starbucks*) i Luksemburgu (*Fiat*). Tom prilikom je navedeno da će predmet ispitivanja biti usklađenost strategija poreskog planiranja ovih kompanija sa pravilima državne pomoći EU. Tim strategijama se koriste tehničke specifičnosti pojedinih nacionalnih poreskih režima u cilju drastičnog smanjivanja njihovih poreskih obaveza na globalnom planu.

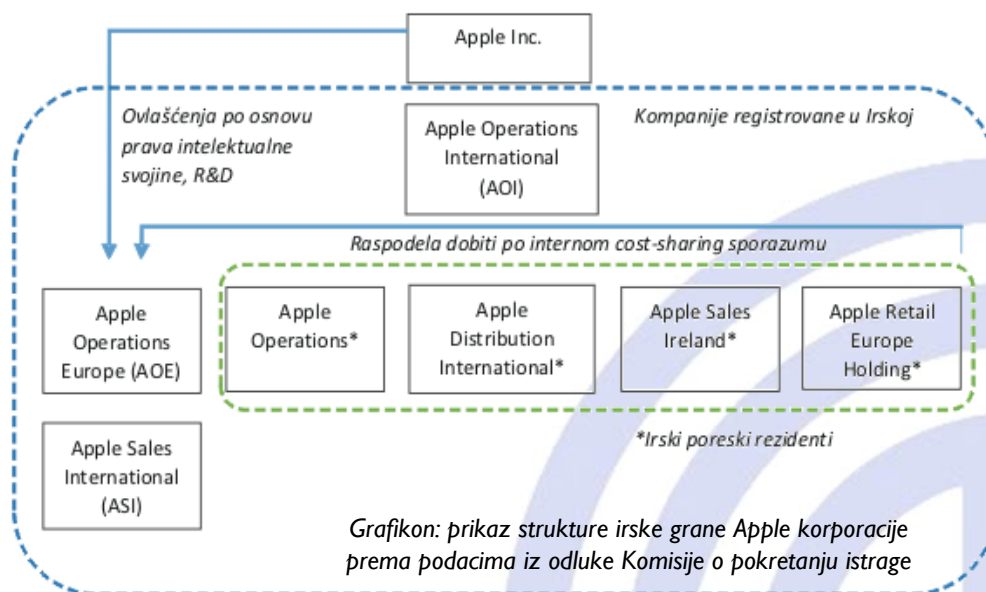
U slučaju Irska/*Apple*, istraga je bila fokusirana na pojedinačni sporazum o načinu oporezivanja transfernih cenovnih aranžmana, koji se realizuju između povezanih lica unutar *Apple* korporacije. Ovaj sporazum je zaključen između poreskih vlasti Republike Irske i ove, tada mlade i perspektivne tehnološke kompanije još 1991. godine, a revidiran je 2007. u očigledno drugačijim okolnostima. Zahvaljujući ovom sporazumu, *Apple* je svoju korporativnu strukturu postavio tako da značajnu ulogu u njoj imaju supsidijari koji su registrovani u Republici Irskoj, gde samo deo te strukture ima svojstvo irskih poreskih rezidenata.

Prema nalazima istrage, na osnovu internog sporazuma o raspodeli troškova (engl. *cost-sharing agreement*) unutar grupacije čerka-kompanija *Apple* registrovanih u Republici Irskoj, najveći deo profita se preliva prema dve kompanije (AOE, ASI), koje nisu irski poreski rezidenti. Pokriće za vrednost enormnih transfernih cena ove dve kompanije najvećim delom leži u poverenim ovlašćenjima za upravljanje pravima intelektualne svojine i programima istraživanja i razvoja. Celom strukturom „upravlja” AOI, koja takođe nije irski poreski rezident, nema zaposlene, niti poslovni prostor.

U toku istrage je utvrđeno da je na osnovu metodologije obračuna transfernih cena i primene definisanog modela obračuna poreza na dobit korporacija, odnosno primenom propisane stope (12,5% stopa poreza na dobit korporacija) na osnovice vezane za irske rezidente, *Apple* grupa isplatila po ovom osnovu između 1% ukupne dobiti korporacije na nivou grupe, u 2003 godini, i svega 0,005%, koliko je taj obračun iznosio u 2014. godini. Zaključak izveden u odluci o utvrđivanju povrede pravila o državnoj pomoći, prema za sada raspoloživim informacijama datim u javnom saopštenju Komisije od 30.08.2016., jeste da je na ovaj način, zaobilaženjem pravilne primene metoda obračuna poreza na dobit korporacija, u istom periodu (2003-2014) umanjena poreska obaveza *Apple* za ukupno 13 milijardi evra. Prema tome, na osnovu odluke Komisije, ovaj procenjeni iznos sredstava, uvećan za kamatu, Republika Irska mora da zahteva kao povraćaj (engl. *recovery*) od *Apple* grupe.

Iznos od 13 mlrd EUR nije kazna za *Apple*, već mera povraćaja nedozvoljene državne pomoći.

Komisija zaključuje da je povređen princip „dužine ruke“ u internoj raspodeli dobiti na osnovu transfernih cena unutar *Apple* korporacije.



Razlozi na kojima Komisija zasniva svoju odluku, prema navodima iz saopštenja, prevashodno su vezani za nepravilnost poreskih akata Irske kojima je prihvaćen model interne raspodele dobiti unutar *Apple* grupe. Ovaj model podrazumeva da se najveći deo dobiti pripisuje „sedištu” *Apple* grupe, za koje se ocenjuje da postoji „samo na papiru” (nema zaposlene ni poslovne prostorije), i da nema operativni kapacitet da upravlja distribucijom proizvoda niti da ima bilo koju drugu suštinsku ulogu u prodaji, dok irski ogranak ima kapacitet da generiše prihod od trgovine.

Značajno mesto među razlozima za ovakvu odluku ima primena principa „dužine ruke” (engl. *arm's length principle*) koji podrazumeva da raspodela dobiti unutar multinacionalnih korporacija treba da bude u skladu sa aranžmanima koji se odvijaju pod komercijalnim uslovima između nezavisnih preduzeća. Kao instrument za konkretizaciju ovog, relativno opšteg, principa, Komisija je koristila [smernice OECD za utvrđivanje metoda obračuna transfernih cena](#). Prema ovom neobavezujućem setu preporuka, definisano je nekoliko modela za ocenu da li je u konkretnom slučaju transfera između supsidijara unutar korporacije adekvatno primenjen princip „dužine ruke” ili ne. Ovih modela ima više, grupisani su u tradicionalno-transakcione i transnacionalno-profitne modele, a koji od njih i sa kakvim parametrima je koristila Komisija u ovom slučaju ostaje da se vidi kada bude objavljena integralna odluka sa svim argumentima.

Princip „dužine ruke“ u kontekstu razmatranja mehanizma transfernih cena, međutim, već je prihvaćen u jurisprudenciji Evropskog suda pravde, sa ocenom da povreda ovog principa za transfere u grupi može da obezbedi selektivnu prednost konkretno kompaniji ([Slučaj „SGI“ C-311/08](#)), pa takvo stanovište pruža dodatnu sigurnost Komisiji u ovom slučaju.

Burne reakcije na obe strane Atlantika

Brojne su, ali i burne, reakcije u javnosti povodom objavljivanja ove odluke, a njenom eksplozivnom dejstvu svakako su doprinela dva bitna elementa: da je u pitanju najveći globalni tehnološki gigant, kompanija *Apple*, kao krajnji korisnik nedozvoljene državne pomoći, i visina procenjenog iznosa obaveze koju ona treba da isplati od 13 milijardi evra. Navedeni iznos obaveze ne predstavlja formalnu kaznu, ni za *Apple* ni za Republiku Irsku, već iznos nedozvoljene državne pomoći koja je ostvarena u periodu 2004-2013, koji treba da se „vrati“ u irski budžet. Međutim, iako ova mera nema punitivni karakter, ona predstavlja najviši iznos finansijske obaveze koja je ikad određena u aktima Evropske komisije u oblasti zaštite konkurencije, pa je logično da su i reakcije na tu odluku simetrične njenoj vrednosti.

Irski premijer **Enda Keni** je istakao da ova odluka „ne može da opstane“, i da je Irska poštovala pravila igre, a njegov kabinet je doneo odluku o podršci podnošenju tužbe protiv odluke Komisije Opštem sudu Suda pravde EU (ranije, Sud prvog stepena). Ovakav stav, međutim, nije bez kontroverzi, jer je usledio neposredno nakon objavljivanja odluke Komisije, bez detaljnije analize njenih razloga, pa se stiče utisak da ima više politički, čak i emotivni karakter, nego što se zasniva na pravnoj argumentaciji. Pored toga, kako u irskoj javnosti tako i među pojedinim članovima Kabineta mogu se čuti komentari da se Irska u ovom slučaju suviše svrstava uz *Apple*. S druge strane, retorika predstavnika *Apple* je bez zadržke: **Tim Kuk**, CEO u *Apple* odluku Komisije naziva „izludujućom, razočaravajućom, očigledno politički motivisanom“, kao i da nema nikakvo pravno i činjenično utemeljenje. Vlada SAD je dala posebnu težinu frontu suprotstavljenom Evropskoj komisiji u ovom slučaju, jer je preko svog ministarstva finansija pribegla retko viđenom potezu izrade tematskog „[belog papira](#)“. Ovim dokumentom se pokušava pobiti argumentacija u pogledu poreskog tretmana transfernih cena, i ističe da je pristup iz istrage Komisije upravo suprotan pravilima OECD, a posebno njegovog [BEPS Projekta](#), čiji je cilj uspostavljanje mehanizama sprečavanja strategija izbegavanja poreza, koje eksploatišu uzajamnu neusklađenost nacionalnih poreskih sistema i veštačko prebacivanje profita na lokacije sa niskim porezom ili bez njega. „Beli papir“ ministarstva finansija SAD je objavljen 24. avgusta 2016, samo nedelju dana pre kritične odluke Komisije, očigledno kao poslednji pokušaj njenog sprečavanja.

Preliminarna ocena mogućih posledica

Slučaj *Apple* nesumnjivo predstavlja tzv. slučaj-orijentir (engl. *landmark* slučaj), ali za ocenu dubine njegovog „traga“ još uvek mu nedostaje potpuna pravna fizionomija, koju će dobiti tek nakon objavljivanja integralnog teksta odluke, i nakon njenog ispitivanja pred sudskim instancama EU, koje nesumnjivo predstoji. Treba imati u vidu da ovo nije usamljen slučaj u aktuelnoj praksi Komisije, da su u slučajevima *Starbucks/Netherlands* i *Fiat/Luxembourg* (oktobar 2015), kao i *Excess profit/Belgija* (januar 2016) već donete odluke kojima je takođe ustanovljena povreda pravila o dozvoljenosti državne pomoći u vidu beneficiranih, selektivnih poreskih tretmana pojedinih učesnika na tržištu. Ovi slučajevi su u postupku pred Opštim sudom Suda pravde EU (SPEU), pa će s obzirom na slična pravna i činjenična pitanja pravna slika ovog seta odluka biti mnogo jasnija nakon donošenja sudskih odluka. Međutim, već *prima facie* se može konstatovati promena u pristupu Komisije materiji kontrole državne pomoći, koja se ogleda u fokusu na problematične poreske aranžmane i odlučnosti da se spreči njihovo pokrivanje plaštom nacionalne jurisdikcije.

Oblast poreskih olakšica, posebno na osnovu bilateralnih aranžmana između poreskih vlasti i privrednih subjekata kojima se obezbeđuje njihov selektivni tretman i, na taj način, neopravdana konkurentna prednost u odnosu na druge učesnike na tržištu, svakako predstavlja *par excellence* primer povrede pravila o državnoj pomoći. Načelno, poreske olakšice i oblici umanjenja ili otpisa poreskog duga spadaju u krug oblika državne pomoći i opravdano su pod lupom Evropske komisije. Iako senzacionalna, odluka u slučaju *Apple* nije došla ni iznenada, ni bez najave. Na ovom planu, naročito su značajni događaji iz 2015. godine, kada je Komisija donela [Akcioni plan za pravično i efikasno oporezivanje korporacija u EU](#), i kada je postignut sporazum država članica o [automatskoj razmeni podataka o prekograničnim poreskim predmetima](#). U junu ove godine, Generalni direktorat za konkurenciju (DG Competition) izdao je [poseban radni dokument](#) kojim se detaljnije razrađuje istorijat primene pravila kontrole državne pomoći u kontekstu poreskih tretmana, kao i pristup kod ocene dozvoljenosti u aktuelnih istragama.

Na mogući prekršaj Komisije ukazuje i ranija evropska komesarka za konkurenciju, Holandanka **Neli Kros**, koja je povodom ove odluke istakla da je „fundamentalni princip poreskog prava da se promene neće primenjivati retroaktivno. Kompanije (kao pojedinci) treba da znaju šta su njihove fiskalne obaveze unapred i treba da budu u stanju da se planiraju na osnovu njih. Kada se poreska pravila menjaju, to se čini samo za budućnost i postoje stroga ograničenja ponovnog otvaranja poreskih procena iz prošlosti. Uz primenu pravila državne pomoći, ovo se menja, ako Komisija može odrediti povraćaj bilo koje državne pomoći koja se smatra nezakonitim za 10 godina u prošlost. To se može desiti u situaciji u kojoj ni privredni subjekt ni država članica nisu prekršile poreske propise, niti su imali razloga da veruju da je procena poreza bila nezakonita“.

Jedan u seriji slučajeva ispitivanja diskriminatornih poreskih aranžmana pojedinih država članica i multinacionalnih kompanija

Beskompromisno suzbijanje selektivnih fiskalnih šema državne pomoći ili probijanje u nacionalnu poresku nadležnost

S druge strane, poreski pravni režim je jedna od oblasti suverene nacionalne nadležnosti država članica. Iako se u konkretnoj odluci konstatuje da se njenim nalazima ne dovodi u pitanje opšti sistem oporezivanja i posebno porez na dobit korporacija Irske, njena logična posledica je nametanje političke debate na temu preispitivanja nacionalne poreske politike i načina njenog sprovođenja, i time svakako duboko zadire u ovaj suvereni zabran države članice. Opravdana je pretpostavka da će doneti akt, nezavisno od drugih pitanja njegove pravne valjanosti, biti ocenjen formalno unutar ovlašćenja Komisije, ali njen faktički proboj u domen poreske regulative i posledice sa aspekta pravne predvidljivosti poreskih aranžmana svakako otvaraju pitanje delovanja Komisije preko granica svojih ovlašćenja. Prema tome, jedno od svojstava odluke kompanije Apple, kao slučaja-orijentira, može da bude usmeravanje u pravcu izvršnog i drastičnog uplitanja u poresku politiku i njenu primenu od strane država članica, posmatrano kroz objektiv pravila o kontroli državne pomoći.

S tim u vezi, drugo pitanje koje se ovde može postaviti jeste koliko je ovaj objektiv kontrole zapravo objektiv? Naime, u javnosti se stiče utisak snažnog ličnog pečata aktuelne komesarke za konkurenciju, Dankinje Margrete Vestager, koja je tu funkciju preuzela na jesen 2014. godine, da bi se ubrzo fokusirala upravo na slučajeve državne pomoći krupnim multinacionalnim kompanijama. Pored već pomenutih Apple, Starbucks i Fiat, tu su i Amazon i McDonald's, a na nišanu komesarke Vestager se našao i Gazprom, čime je u javnosti donekle ublažena percepcija anti-američkog pristupa. Najnovija odluka, je svakako hrabar i odlučan udarac na kompaniju koja nije samo titan na globalnom tehnološkom tržištu, već i simbol poslovnog modela koji je baziran na razvoju, inovacijama i kapitalizaciji intelektualne svojine. Međutim, stavljena u kontekst ideološkog nasleđa Radikalne leve, partije čiji je komesarka Vestager bila predsednik do stupanja na aktuelnu dužnost, ova odluka svakako otvara pitanje subjektivnosti ili bar neodmerenosti u predmetima multinacionalnih kompanija i krupnog kapitala.

Može li Srbija da nešto nauči iz ovog slučaja?

Sa aktuelne pozicije u procesu pristupanja EU, čini se da su odluke Evropske komisije u ovoj materiji samo odjek u daljini i da nema mnogo razloga za interesovanje. Međutim, Srbija je na osnovu SSP-a (čl. 73) uveliko preuzela obavezu implementacije sistema kontrole državne pomoći po ugledu na EU. Na tom planu, značajan deo normativnog posla je sproveden, donet je Zakon o kontroli državne pomoći („Sl. glasnik” br. 51/2009) sa pratećim podzakonskim aktima, osnovana je i funkcioniše Komisija za kontrolu državne pomoći. Aktuelni sistem kontrole državne pomoći je bio predmet skrininga i na osnovu Izveštaja EK definisano je čak šest merila za otvaranje Poglavlja 8, sva upravo u oblasti kontrole državne pomoći, među kojima su i zahtevi da se upotpuni postojeći spisak šema državne pomoći, kao i da se šeme fiskalne pomoći usklade sa zakonodavstvom EU.

Prema tome, posmatrano iz Brisela, ocena postojećeg stanja u Srbiji nije naročito povoljna i tek nam predstoje glavni izazovi suočavanja sa tradicionalnim državnim intervencionizmom i političko-selektivnim tretmanom pojedinih privrednih subjekata, radi potpunog usklađivanja zakonodavstva i prakse sa evropskim modelom kontrole državne pomoći. Slučaj Apple daje jednu bitnu, opštu opomenu, kako državama članicama, tako i državama koje se nadaju tom statusu, a to je da Komisija ne namerava da popušta ili pravi kompromise pred aktuelnim institucionalnim i političkim izazovima, već da pooštrava standarde na planu zaštite konkurencije. Nakon ove odluke, „pokretna meta” se ponovo udaljila, u suštinskom smislu, podizanjem letvice u oblasti kontrole državne pomoći za još par centimetara.

Drugu moguću lekciju treba tražiti u vremenskom okviru od deset godina za istrage nedozvoljene državne pomoći, posebno u kontekstu važećih obaveza koje je Srbija već preuzela na tom planu. U tom svetlu, poseban značaj ima odredba SSP po kojoj će se svako postupanje suprotno preuzetim pravilima zaštite konkurencije i kontrole državne pomoći ocenjivati na osnovu kriterijuma koji proističu iz primene pravila konkurencije koja se primenjuju u Zajednici, uključujući pravila iz čl. 87 Ugovora o osnivanju EZ i instrumenata tumačenja koje su usvojile institucije Zajednice (čl. 73 st. 2 SSP). Ova obaveza nije samo političkog karaktera, već je imperativna pravna obaveza. Okretanjem fokusa Komisije prema predmetima u oblasti fiskalnih šema, u datom vremenskom okviru, ne može se pouzdano isključiti mogućnost otvaranja eventualnih selektivnih, diskriminatornih aranžmana državne pomoći u Srbiji u nekoj doglednoj budućnosti, uspostavljanjem nadležnosti institucija EU u ovoj materiji.

Dušan Protić je programski menadžer za unutrašnje tržište i konkurentnost u CEP-u.

O Centru za evropske politike

facebook.com/EuropeanPolicyCentre

@CEPBelgrade

EuropeanPolicyCentre

linkd.in/I Gj7VKc

Centar za evropske politike - CEP - jeste nezavisna, nevladina, neprofitna think-tank organizacija koju je osnovala grupa stručnjaka u oblasti evropskog prava, ekonomije i javne uprave, sa zajedničkim ciljem da doprinesu unapređenju okruženja za kreiranje javnih politika u Srbiji, tako što će ga učiniti transparentnijim i inkluzivnijim, zasnovanim na činjenicama i suštinski orijentisanim ka EU. Temeljno razumevanje javnih politika Evropske unije i procesa pristupanja, kao i načina rada javne uprave u Srbiji, uz jak društveni kapital čine CEP organizacijom sposobnom ne samo da sprovodi istraživanja visokog kvaliteta, već i da dospe do donosilaca odluka i ostvari osetan uticaj.

Delatnost CEP-a je danas organizovana u četiri programska područja: 1) Dobra vladavina, sa snažnim fokusom na horizontalnom kreiranju i koordinaciji politika; 2) Unutrašnje tržište i konkurentnost; 3) Regionalna politika, mreže i energetika; 4) Europe&us. Za više informacija posetite sajt www.europeanpolicy.org.