

## STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY

JULIANE KOKOTT

ze dne 14. června 2005<sup>1</sup>

### I – Úvod

1. Projednávaná věc zkoumá švédskou právní úpravu zdanění výnosů z prodeje používanou při zpětném nákupu akcií, jestliže je nakupuje emitující společnost se sídlem ve Švédsku od vlastních akcionářů – v rámci snížení základního kapitálu. Přitom jde v zásadě o to, zda předpisy o volném pohybu kapitálu (článek 56 ES a 58 ES) zakazují rozdílné zacházení s akcionáři s bydlištěm nebo trvalým pobytem ve Švédsku a s akcionáři bez bydliště nebo trvalého pobytu ve Švédsku, kdy akcionáři s bydlištěm nebo trvalým pobytem ve Švédsku mohou pořizovací náklady<sup>2</sup> odečíst od zdanitelné částky, zatímco ostatním akcionářům to není dovoleno<sup>3</sup>.

2. Mimo jiné je třeba objasnit, zda lze případné rozdílné zacházení kompenzovat příznivějšími ustanoveními vyplývajícími z platné dohody o zamezení dvojího zdanění mezi Švédskem a státem bydliště akcionáře.

### II – Právní rámec

#### A – *Právo Společenství*

3. Rámec práva Společenství pro tuto věc je tvořen předpisy o volném pohybu kapitálu.

1 – Původní jazyk: němčina.

2 – „Pořizovacími náklady“ se obvykle rozumí cena jedné akcie (tj. její kurzová hodnota, resp. její emisní cena) v okamžiku nabytí, s případným připočtením výdajů.

3 – Z hlediska práva Společenství je pro právní hodnocení věci nepodstatné, zda je vnitrostátní právní úprava vázána na bydliště, nebo na trvalý pobyt osoby. Pokud se v následujícím textu bude pro zjednodušení hovořit pouze o bydlišti, platí učiněné závěry rovněž pro kritérium trvalého pobytu.

4. Zásadní zákaz omezení pohybu kapitálu mezi členskými státy a mezi členskými státy a třetími zeměmi je obsažen v čl. 56 odst. 1 ES:
3. Opatření a postupy uvedené v odstavcích 1 a 2 nesmějí představovat ani prostředek svévolné diskriminace, ani zastřené omezování volného pohybu kapitálu a plateb ve smyslu článku 56.“

„V rámci této kapitoly jsou zakázána všechna omezení pohybu kapitálu mezi členskými státy a mezi členskými státy a třetími zeměmi.“

#### B – Vnitrostátní právo

5. Pokud jde o prostor pro jednání ponechaný členskými státy, je třeba uvést článek 58 ES, který zejména stanoví:

6. Co se týče příslušných ustanovení švédského práva, je třeba poukázat jednak na zákon o zdanění dividend<sup>4</sup>, a jednak na platnou dohodu o zamezení dvojího zdanění mezi Švédskem a Francií. Relevantní ustanovení těchto dokumentů lze shrnout následovně:

„1. Článkem 56 není dotčeno právo členských států:

#### Švédský zákon o zdanění dividend

a) uplatňovat příslušná ustanovení svých daňových předpisů, která rozlišují mezi daňovými poplatníky podle místa bydliště nebo podle místa, kde je jejich kapitál investován;

7. Jestliže švédská akciová společnost odkoupí zpět akcie od svého akcionáře s bydlištěm ve Švédsku, zdaní se částka vyplacená tomuto akcionáři ve Švédsku jako

[...]

4 – Lag 1970:624 om kupongskatt (dále jen: zákon o zdanění dividend).

zisk z prodeje. Pro fyzickou osobu to znamená, že se na zisk z prodeje po odečtu pořizovacích nákladů použije daňová sazba 30 %.

Francouzsko-švédská dohoda o zamezení dvojího zdanění

8. Naproti tomu, jestliže fyzická osoba, od níž jsou akcie odkoupeny zpět, nemá bydliště ani trvalý pobyt ve Švédsku, je vyplacená částka považována za rozdělení dividend. Podle článku 1, čl. 2 odst. 2 a článků 4 a 5 švédského zákona o zdanění dividend se na tuto částku uplatňuje daň z dividend ve výši 30 %, přičemž pořizovací náklady *nelze* odečíst<sup>5</sup>. Článek 7 zákona o zdanění dividend stanoví, že daň z dividend sráží jako daň vybranou u zdroje centrální správce cenných papírů při výplatě dividend, pokud z dostupných údajů o příjemci dividendy nevyplývá, že je od daně osvobozen.

9. Jestliže se jako daň z dividend vybere částka vyšší, než jaká by měla být odvedena na základě dohody o zamezení dvojího zdanění, vzniká podle článku 28 zákona o zdanění dividend nárok na vrácení.

10. Platná dohoda o zamezení dvojího zdanění mezi Francií a Švédskem<sup>6</sup> v čl. 10 odst. 1 stanoví, že dividendy vyplácené společností, která je rezidentem v jednom smluvním státě, osobě, která je rezidentem v druhém smluvním státě, se zdaňují v tomto druhém státě.

11. Z článku 10 odst. 2 této dohody o zamezení dvojího zdanění vyplývá, že takové dividendy mohou být zdaněny i ve smluvním státě, jehož je rozdělující společnost rezidentem. Je-li však skutečný příjemce těchto dividend fyzická osoba-rezident ve druhém smluvním státě, nesmí toto zdanění přesáhnout 15 % hrubé částky dividend.

12. Za dividendy ve smyslu výše uvedených ustanovení se podle čl. 10 odst. 5 dohody

5 — Předpokládá se přitom, že vyplácené dividendy nepatří mezi příjmy z živnosti provozované ve stálé provozovně na území Švédska.

6 — Dohoda mezi vládou Francouzské republiky a vládou Švédského království o zamezení dvojího zdanění a zabránění daňovým únikům v oblasti daní z příjmu a z majetku (francouzský název: Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume de Suède en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune), podepsaná ve Stockholmu dne 27. listopadu 1990, zveřejněná ve francouzském jazyce v JORF dne 8. dubna 1992 (s opravou v JORF ze dne 22. srpna 1992) a v témže jazyce přístupná na <http://www.finances.gouv.fr/minefi/europe/index.htm> (k 26. květnu 2005).

o zamezení dvojího zdanění považují mimo jiné příjmy pocházející z akcií a takové příjmy, které jim byly v okamžiku vstupu dohody o zamezení dvojího zdanění daňově postaveny naroveň podle práva státu, v němž je rozdělovací společnost rezidentem.

13. Z článku 13 odst. 6 dohody o zamezení dvojího zdanění vyplývá, že zisky z prodeje akcií se zdaňují pouze ve smluvním státě, ve kterém je převodce rezidentem.

14. Dohoda o zamezení dvojího zdanění je podle údajů předkládajícího soudu založena na vzorové dohodě<sup>7</sup> vypracované Organizací pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD), ohledně které posledně jmenovaná rovněž vypracovala komentář<sup>8</sup>.

7 — Vzorová dohoda OECD o zamezení dvojího zdanění v oblasti daní z příjmů a z majetku (anglický název: OECD Income and Capital Model Convention). Při uzavírání dohody o zamezení dvojího zdanění mezi Francií a Švédskem byla rozhodující vzorová dohoda ze dne 11. dubna 1977 (ISBN č. 92-64-11693-1), která se však pro účely projednávané věci obsahově shoduje s novou vzorovou dohodou OECD ze dne 28. ledna 2003 (anglický název: OECD Model Convention with respect to taxes on income and on capital, přístupné na webových stránkách OECD ve znění k 30. květnu 2005, adresa: [http://www.oecd.org/document/37/0,2340,en\\_2649\\_33747\\_1913957\\_1\\_1\\_1\\_100.html](http://www.oecd.org/document/37/0,2340,en_2649_33747_1913957_1_1_1_100.html)).

8 — Viz Model Tax Convention on Income and on Capital, Sběrka OECD na volných listech přístupná na <http://www.oecd-bookshop.org/oecd/display.asp?lang=EN&sf1=identifiers&st1=232002081p1> (k 30. květnu 2005), vydání: leden 2003.

15. Z komentáře<sup>9</sup> ke článku 10 vzorové dohody OECD<sup>10</sup> vyplývá, že za dividendy se považuje nejen rozdělení zisku, o kterém rozhodla roční valná hromada akcionářů, nýbrž rovněž ostatní zvýhodnění ocenitelná v penězích, jako jsou bezplatné akcie, zisk z likvidace a skryté rozdělení zisku.

16. V komentáři<sup>11</sup> k článku 13 vzorové dohody OECD<sup>12</sup> se uvádí, že v případě prodeje akcií společností při snížení základního kapitálu nebo při její likvidaci může být s rozdílem mezi kupní cenou a jmenovitou hodnotou akcií, ve státě, v němž je společnost rezidentem, zacházeno jako s rozdělením zisku převedeného do rezervního fondu, a nikoliv jako s kapitálovým ziskem. Uvedený článek nebrání tomu, aby stát, jehož je společnost rezidentem, zdaňoval taková rozdělení zisku sazbami daně stanovenými v článku 10 vzorové dohody OECD.

9 — Bod 27 komentáře ke vzorové dohodě OECD z roku 1977. V relevantních bodech jsou tyto komentáře obsahově shodné s bodem 28 komentáře ke vzorové dohodě OECD ve znění z ledna 2003, na které se předkládající soud odvolává v předkládacím rozhodnutí.

10 — O tento článek se opírá znění článku 10 dohody o zamezení dvojího zdanění.

11 — Viz bod 31 komentáře ke vzorové dohodě OECD z roku 1977, který se obsahově shoduje s bodem 31 komentáře ke vzorové dohodě OECD ve znění z ledna 2003.

12 — O tento článek se opírá znění článku 13 dohody o zamezení dvojího zdanění.

**III – Skutkový stav a spor v původním řízení**

věl a vrátil jí daň z dividend ve výši 166 999 SEK.

17. Margaretha Bouanich má bydliště ve Francii. Byla akcionářkou švédské akciové společnosti Förvaltnings AB Ratos. Dne 2. prosince 1998 zpětně odprodala této společnosti své akcie v základní hodnotě 8 639 402 SEK. Na základě švédského zákona o zdanění dividend a dohody o zamezení dvojího zdanění byla z vyplacené částky srazena daň z dividend ve výši 15 % jakožto daň vybíraná u zdroje, což odpovídá částce 1 295 910,30 SEK.

20. Proti rozhodnutí o námitce podala M. Bouanich žalobu k länsrätten i Dalarnas län<sup>14</sup> s žádostí o určení, že z vyplacené částky nelze srážet daň z dividend a že jí musí být vrácena zbývající část sražené daně vybírané u zdroje.

21. Länsrätten rozsudkem ze dne 29. března 2001 žalobu zamítl. Proti tomuto rozsudku podala M. Bouanich odvolání k Kammarrätten Sundvall, předkládajícímu soudu<sup>15</sup>.

18. Následně podala M. Bouanich u příslušného finančního úřadu<sup>13</sup> Gävle námitku se žádostí o vrácení celé sražené daně z dividend. Podpůrně zažádala o vrácení části daně z dividend vypočítané na základě jmenovité hodnoty zpětně nakoupených akcií, která rovněž odpovídá zdanění této jmenovité hodnoty.

**IV – Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce a řízení před Soudním dvorem**

19. Finanční úřad dne 28. září 1999 podpůrně uplatněné žádosti M. Bouanich vyho-

22. Kammarrätten Sundvall položil Soudnímu dvoru následující tři předběžné otázky:

13 — Dříve: Skattemyndigheten, nyní: Skatteverket.

14 — Správní soud pro provincii Dalarna.

15 — Odvolací správní soud.

- „1) Umožňují články 56 ES a 58 ES členskému státu, aby zdaňoval platby získané ze zpětného nákupu akcií za účelem jejich zrušení, vyplacené akciovou společností mající v něm sídlo, jako dividendy, bez vzniku nároku na odpočet pořizovacích nákladů takto zpětně nakupovaných cenných papírů, pokud jsou vypláceny akcionáři, který v něm nemá ani bydliště, ani trvalý pobyt, ačkoliv platby vyplacené akcionáři s bydlištěm nebo trvalým pobytem v tomto členském státě za zpětný nákup akcií za účelem jejich zrušení jsou zdaňovány jako kapitálový zisk zakládající nárok na odpočet pořizovacích nákladů uvedených akcií?
- zpětně nakupovány, umožňují tak výše uvedené články členskému státu použití takové právní úpravy, jako je právní úprava popsaná výše?
- 3) Umožňují články 43 ES a 48 ES, aby členský stát použil takovou právní úpravu, jako je právní úprava popsaná výše?“

23. V řízení před Soudním dvorem předložily vyjádření M. Bouanich, švédská vláda a Komise.

- 2) V případě záporné odpovědi, pokud dohoda o zamezení dvojího zdanění uzavřená mezi členským státem sídla akciové společnosti a členským státem bydliště akcionáře stanoví sazbu daně nižší, nežli je sazba, která se použije na částky vyplacené akcionáři z prvního členského státu a akcionáři z druhého členského státu v případě zpětného nákupu akcií za účelem jejich zrušení, odkazující na komentář ke vzorové daňové dohodě OECD, která mimoto umožňuje odpočet částky odpovídající jmenovité hodnotě akcií, které jsou

**V – Ke slučitelnosti takové právní úpravy, jakou je švédská právní úprava, s ustanovením o volném pohybu kapitálu (první předběžná otázka)**

24. Podstatou první otázky předkládajícího soudu je, zda ustanovení o volném pohybu kapitálu (čl. 56 ES a 58 ES) brání vnitrostátní právní úpravě, jakou je švédská právní úprava, v níž členský stát dovoluje, v případě zpětného nákupu vlastních akcií akciovou společností sídlící v tomto členském státě, aby si akcionáři s bydlištěm nebo trvalým pobytem v tomto členském státě

odpočítali své pořizovací náklady od zdanitelného výnosu z prodeje, zatímco akcionářům bez bydliště nebo trvalého pobytu v tomto členském státě to není dovoleno. Dopady případně existující dohody o zamezení dvojího zdanění nejsou předmětem této otázky, nýbrž jsou předmětem až druhé otázky.

převod peněžního nebo investičního kapitálu přes hranice členského státu, který nesouvisí s dodávkou zboží nebo poskytnutím služby, a náleží tak do oblasti volného pohybu plateb<sup>17</sup>. Kromě toho má pro definici pojmu „pohyb kapitálu“ nezpochybnitelnou informativní hodnotu „klasifikace pohybu kapitálu“ v příloze I směrnice 88/361<sup>18</sup>, byť se nejedná o vyčerpávající seznam možných transakcí<sup>19</sup>.

25. Podle ustálené judikatury sice přímé daně spadají do pravomoci členských států, ty však musejí při výkonu svých pravomocí dodržovat právo Společenství<sup>16</sup>, tedy také ustanovení o volném pohybu kapitálu (článek 56 a následující ES).

27. Podle této klasifikace zahrnuje volný pohyb kapitálu nejen neomezené nabývání akcií tuzemských společností zahraničními investory<sup>20</sup>, ale i jejich likvidaci nebo postoupení, repatriaci výnosů z takové likvi-

#### A – Pojem „pohyb kapitálu“

26. Smlouva o ES neobsahuje žádnou definici pojmu „pohyb kapitálu“. Obecně lze pod pojmem „pohyb kapitálu“ chápat každý

17 — Naproti tomu má volný pohyb plateb (čl. 56 odst. 2 ES, dříve čl. 73b odst. 2 Smlouvy o ES) zajistit, aby dlužník, který dluží peněžní částku za dodávku zboží nebo poskytnutou službu nebo také v souvislosti s kapitálovou investicí, mohl svou smluvní povinnost plnit dobrovolně a bez nepřipustného omezení a aby věřitel mohl takovou platbu svobodně přijmout [rozsudky ze dne 22. června 1999, ED (C-412/97, Recueil, s. I-3845, bod 17), a ze dne 31. ledna 1984, Luisi a Carbone (286/82 a 26/83, Recueil, s. 377, body 21 a 22)].

18 — Směrnice Rady 88/361/EHS ze dne 24. června 1988, kterou se provádí článek 67 Smlouvy (Úř. věst. L 178, s. 5; Zvl. vyd. 10/01, s. 10).

19 — Viz rozsudek ze dne 16. března 1999, Trummer a Mayer (C-222/97, Recueil, s. I-1661, bod 21), jakož i rozsudky „Golden Shares“ ze dne 4. června 2002 ve věcech Komise v. Portugalsko (C-367/98, Recueil, s. I-4731, bod 37), Komise v. Francie (C-483/99, Recueil, s. I-4781, bod 36) a Komise v. Belgie (C-503/99, Recueil, s. I-4809, bod 37), jakož i rozsudek ze dne 2. června 2005, Komise v. Itálie (C-174/04, Sb. rozh. s. I-4933, bod 27), a ze dne 5. června 2005, D. (C-376/03, Sb. rozh. s. I-5821, bod 24).

20 — Jako podklad mohou sloužit rubriky I a III klasifikace pohybu kapitálu (uvedené v bodě 26 tohoto stanoviska).

16 — Rozsudky ze dne 14. února 1995, Schumacker (C-279/93, Recueil, s. I-225, bod 21); ze dne 11. srpna 1995, Wielockx (C-80/94, Recueil, s. I-2493, bod 16); ze dne 29. dubna 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/97, Recueil, s. I-2651, bod 19); ze dne 6. června 2000, Verkooijen (C-35/98, Recueil, s. I-4071, bod 32); ze dne 15. července 2004, Weidert a Paulus (C-242/03, Sb. rozh. s. I-7379, bod 12); ze dne 7. září 2004, Manninen (C-319/02, Sb. rozh. s. I-7477, bod 19), a ze dne 10. března 2005, Laboratoires Fournier (C-39/04, Sb. rozh. s. I-2057, bod 14).

dace nebo použití tohoto výnosu na místě, v mezích závazků Společenství<sup>21</sup>.

atraktivním, a odrazuje tak investora od takového převodu, představuje omezení pohybu kapitálu<sup>22</sup>. Pojem „omezení pohybu kapitálu“ odpovídá pojmu „omezení“ ve významu vykládaném Soudním dvorem v oblasti ostatních základních svobod<sup>23</sup>.

28. Jestliže tedy akcionář prodá zpět emitující akciové společnosti akcie, jejichž je držitelem – například při snížení základního kapitálu, náleží tato operace do oblasti volného pohybu kapitálu stejně jako původní nabytí těchto akcií akcionářem.

## B – Omezení pohybu kapitálu

29. Článek 56 odst. 1 ES stanoví zásadu, že všechna omezení pohybu kapitálu mezi členskými státy jsou zakázána.

Pojem „omezení“

30. Každé opatření, které ztěžuje přeshraniční převod kapitálu nebo jej činí méně

31. Stejně jako všechny základní svobody obsahuje svobodný pohyb kapitálu dále zákaz diskriminace, tedy zákaz rozdílného zacházení bez oprávněného důvodu s účastníky finančního trhu na základě jejich státní příslušnosti, bydliště nebo místa investování. Takový zákaz diskriminace sice dnes ve znění čl. 56 odst. 1 ES – jiném než dříve v čl. 67 odst. 1 Smlouvy o ES – nenachází žádnou oporu a vyplývá popřípadě pouze nepřímou z čl. 58 odst. 3 ES, avšak z této okolnosti nelze nijak vyvozovat, že by tato základní svoboda dnes, po úplné liberalizaci pohybu kapitálu, nedosahovala takového rozměru jako dříve. Naopak: zákaz diskriminace před-

21 – V tomto smyslu čtvrtá odrážka úvodu a definice pojmů podle klasifikace pohybu kapitálu (uvedená v bodě 26 tohoto stanoviska), jakož i rozsudek Trummer a Mayer (uvedený v poznámce pod čarou 19, bod 22).

22 – V tomto smyslu rozsudek Trummer a Mayer (uvedený v poznámce pod čarou 19, bod 26); viz také mé stanovisko ze dne 18. března 2004, Manninen (uvedeno v poznámce pod čarou 16, bod 28).

23 – Viz zásadní rozsudky ze dne 11. července 1974, Dassonville (8/74, Recueil, s. 837, bod 5); ze dne 25. července 1991, Säger (C-76/90, Recueil, s. I-4221, bod 12), a ze dne 30. listopadu 1995, Gebhart (C-55/94, Recueil, s. I-4165, bod 37), jakož i mé stanovisko ve věci Manninen (uvedené v poznámce pod čarou 16, bod 28).



stavuje podstatu každé svobody, a bude proto i nadále v čl. 56 odst. 1 ES předpokládán jako samozřejmý<sup>24</sup>.

Právní kvalifikace takové právní úpravy, jakou je švédská právní úprava

32. Taková právní úprava, jakou je zmíněná švédská právní úprava, podrobuje daňové poplatníky, kteří získají akcie společnosti se sídlem ve Švédsku, různým pravidlům, a to podle toho, zda mají bydliště ve Švédsku, či nikoliv. V případě zpětného nákupu vlastních akcií emitující společnosti je totiž akcionářům s bydlištěm ve Švédsku dovolen odpočet pořizovacích nákladů, tzn. ceny akcie<sup>25</sup> k okamžiku jejího nabytí, případně zvýšená o výdaje, od zdanitelného výnosu z prodeje, zatímco akcionářům bez bydliště ve Švédsku to umožněno není. V tom spočívá *nerovné zacházení s účastníky finančního trhu* podle jejich bydliště<sup>26</sup>.

24 — V tomto smyslu také rozsudky „Golden Shares“ Komise v. Portugalsko (bod 44) a Komise v. Francie (bod 40), uvedené v poznámce pod čarou 19, ve kterých Soudní dvůr dovozuje, že čl. 56 odst. 1 ES (dříve čl. 73b odst. 1 Smlouvy o ES) obecně zakazuje omezení pohybu kapitálu mezi členskými státy, a tento zákaz jde nad rámec odstraňování rozdílného zacházení s účastníky finančního trhu na základě státní příslušnosti. Z toho lze usuzovat, že volný pohyb kapitálu zahrnuje také zákaz takového rozdílného zacházení.

25 — Kurzová hodnota nebo emisní cena.

26 — Protože většina akcionářů s bydlištěm nebo trvalým pobytem ve Švédsku má také švédskou státní příslušnost, zatímco akcionáři bez takového bydliště nebo trvalého pobytu ji nemají, vede švédská právní úprava zprostředkovaně mimo jiné k rozdílnému zacházení s účastníky finančního trhu podle jejich státní příslušnosti.

33. Současně však taková právní úprava, jakou je švédská právní úprava, zahrnuje také *omezení pohybu kapitálu*. Předmětem právní úpravy sice není přímo nabývání nebo prodej akcií společnosti, nýbrž pouze daňové zacházení s výnosy z kapitálových investic nebo s výnosy plynoucími z jejich likvidace. Přitom tím, že cílem kapitálové investice je dosahování čistých zisků, dotýká se daňové zacházení se zisky, respektive s výnosy, zpravidla také samotné přitažlivosti kapitálové investice<sup>27</sup>. Jestliže investoři bez bydliště ve Švédsku, kteří nabyli akcie společností se sídlem ve Švédsku, nemohou, v případě zpětného nákupu akcií emitující akciovou společností, své pořizovací náklady odečíst od výnosu z prodeje zdanitelného ve Švédsku, snižuje se tím zpravidla jejich čistý zisk, a tím se pro ně přeshraniční kapitálová investice ve Švédsku stává méně atraktivní.

34. Stejná právní úprava mimoto omezuje i akciové společnosti se sídlem ve Švédsku, protože jim brání získávat kapitál mimo Švédsko tím, že pro osoby bez bydliště ve Švédsku je z uvedených důvodů nákup akcií společnosti se sídlem ve Švédsku daňově nevýhodný.

27 — Ve stejném smyslu viz také mé stanovisko ve věci Manninen (uvedené výše, bod 29).

## C – Odůvodnění

35. Volný pohyb kapitálu může být jako základní zásada Smlouvy omezen vnitrostátní právní úpravou pouze tehdy, jestliže je taková úprava odůvodněna důvody uvedenými v čl. 58 odst. 1 Smlouvy o ES nebo naléhavými důvody obecného zájmu, které platí pro všechny osoby nebo podniky působící na území přijímajícího členského státu. Dále, aby mohla vnitrostátní právní úprava být odůvodněná, musí být schopna zajistit uskutečňování cíle, který sleduje, a nepřekračovat meze toho, co je k dosažení tohoto cíle potřebné, za účelem toho, aby odpovídala kritériu proporcionality<sup>28</sup>.

36. V projednávané věci neexistuje žádná opora pro tvrzení, že taková právní úprava, jakou je švédská právní úprava, by mohla být ospravedlněna z naléhavých důvodů obecného zájmu. Je však třeba připustit oprávněnost takové právní úpravy se zřetelem na čl. 58 odst. 1 písm. a) ES<sup>29</sup>, který členským státům dovoluje použít příslušná ustanovení

vlastních daňových předpisů, které rozdílně zacházejí s daňovými poplatníky s různým bydlištěm nebo místem kapitálové investice<sup>30</sup>.

37. Článek 58 odst. 1 písm. a) ES je třeba vykládat úzce jako výjimku ze zásady volného pohybu kapitálu a nemůže být vykládán v tom smyslu, že by každá daňová právní úprava, která rozlišuje mezi daňovými poplatníky podle jejich státní příslušnosti, bydliště nebo místa kapitálové investice, byla bez dalšího slučitelná se Smlouvou. Výjimka stanovená v čl. 58 odst. 1 písm. a) ES je totiž omezena čl. 58 odst. 3 ES, podle něhož vnitrostátní opatření uvedená v čl. 58 odst. 1 nesmějí představovat svévolnou diskriminaci ani zastřené omezování volného pohybu kapitálu a plateb ve smyslu článku 56 ES<sup>31</sup>.

28 – Viz rozsudky „Golden Shares“ ve věcech Komise v. Portugalsko (bod 49), Komise v. Francie (bod 45), Komise v. Belgie (bod 45) a také nedávno vynesený rozsudek Komise v. Itálie (bod 35), uvedené v poznámce pod čarou 19; v stejném smyslu viz také rozsudek ze dne 14. března 2000, Eglise de scientologie (C-54/99, Recueil, s. I-1335, bod 18).

29 – V souladu s prohlášením č. 7 k Maastrichtské smlouvě se toto ustanovení použije pouze na vnitrostátní daňovou právní úpravu, která existovala na konci roku 1993. Pro Švédsko by mělo být rozhodné datum vstupu, tedy 1. leden 1995. Vzhledem k nedostatku informací opačného smyslu o vnitrostátním právním rámci budu nadále vycházet z domněnky, že k tomuto datu již bylo znění zákona o dani z dividend, použitelné v původním řízení, účinné.

30 – Ve stejném smyslu viz rovněž ustálenou judikaturu k ostatním základním svobodám, mezi jinými rozsudky Schumacker (body 31 až 34) a Royal Bank of Scotland (bod 27) uvedené v poznámce pod čarou 16.

31 – Rozsudek Manninen (uvedený v poznámce pod čarou 16, bod 28); ve stejném smyslu viz též rozsudek Eglise de scientologie (uvedený v poznámce pod čarou 28, bod 18), pokud jde o čl. 58 odst. 1 písm. b) ES.

38. Proto je namístě odlišovat nerovné zacházení dovolené na základě čl. 58 odst. 1 písm. a) ES od svévolné diskriminace zakázané čl. 58 odst. 3 ES. Podle judikatury se totiž rozdílné zacházení považuje za slučitelné s ustanoveními Smlouvy o volném pohybu kapitálu pouze tehdy, pokud se týká situací, které nejsou objektivně srovnatelné nebo pokud je odůvodněné naléhavými důvody obecného zájmu<sup>32</sup>. Kromě toho je rozdílné zacházení s různými kategoriemi daňových poplatníků odůvodněné pouze tehdy, jestliže nepřekračuje meze toho, co je nutné k dosažení cíle sledovaného spornou právní úpravou<sup>33</sup>.

39. Podle dostupných informací lze vycházet ze skutečnosti, že akcionáři s bydlištěm ve Švédsku a akcionáři bez takového bydliště se nacházejí ve srovnatelných situacích. Bez ohledu na bydliště akcionáře jsou totiž vzniklé pořizovací náklady v bezprostředním vztahu s dosaženými výnosy z prodeje v případě pozdějšího zpětného nákupu jejich akcií emitující společnosti. Vynaložení kapitálu je vlastním předpokladem docílení výnosu z prodeje v případě zpětného nákupu akcií. Potud se tato věc neliší od věci Gerritse, v níž Soudní dvůr vycházel ze srovnatelnosti statutu rezidenta a nerezidenta v souvislosti s provozními výdaji

spojenými s docílením jejich příjmu<sup>34</sup>. Jestliže ve věci Gerritse neexistoval žádný věcný důvod, proč by nerezidentům měl být odpírán odpočet provozních výdajů, tak ani v projednávané věci se nejeví jako věcně odůvodněné odpírat akcionářům bez bydliště ve Švédsku právo na odpočet pořizovacích nákladů<sup>35</sup>.

40. Taková právní úprava, jaká je ve Švédsku, tudíž nevede k povolenému nerovnému zacházení ve smyslu čl. 58 odst. 1 písm. a) ES, ale ke svévolné diskriminaci, která je podle čl. 58 odst. 3 ES zakázána.

41. Za těchto okolností docházím k závěru, že ustanovení o volném pohybu kapitálu (články 56 ES a 58 ES) brání vnitrostátní právní úpravě, kterou členský stát v případě zpětného nákupu vlastních akcií akciovou společností, která je v této zemi rezidentem, povoluje akcionářům s bydlištěm nebo trvalým pobytem v tomto členském státě odpočet pořizovacích nákladů od zdanitelného

34 — Rozsudek ze dne 12. června 2003, Gerritse (C-234/01, Recueil, s. I-5933, bod 27), z oblasti volného pohybu služeb.

35 — Podobně rozsudky Royal Bank of Scotland (uvedené v poznámce pod čarou 16, bod 27 a násl.), a ze dne 21. září 1999, Saint-Gobain ZN (C-307/97, Recueil, s. I-6161, body 48 a 49), v nichž Soudní dvůr dochází k závěru, že poskytování daňového zvýhodnění rezidentům, a odpírání jeho poskytování nerezidentům, je diskriminací.

32 — Rozsudek Manninen (bod 29) a Verkooijen (bod 43 a tam uvedená judikatura), uvedený v poznámce pod čarou 16.

33 — Ve stejném smyslu viz rozsudek Manninen (uvedený v poznámce pod čarou 16, bod 29).

výnosu z prodeje akcií, zatímco akcionářům bez bydliště nebo trvalého pobytu v tomto členském státě je to odepřeno.

níže, A). Dále je třeba posoudit, zda lze zjištěné omezení volného pohybu kapitálu zcela odstranit konkrétní použitelnou dohodou o zamezení dvojího zdanění (viz níže, B).

## VI – K dopadům dohody o zamezení dvojího zdanění (druhá předběžná otázka)

42. Podstatou druhé otázky předkládajícího soudu je, zda by odpověď poskytnutá na první otázku byla odlišná v případě, že by se do úvahy zahrнула dohoda o zamezení dvojího zdanění, která pro akcionáře bez bydliště nebo trvalého pobytu v příslušném členském státě stanoví maximální míru zdanění, a tím, že tuto dohodu vykládá ve světle komentáře OECD k použitelné vzorové dohodě OECD, povoluje odpočet jmenovité hodnoty těchto akcií od zdanitelného výnosu z prodeje akcií.

43. Pro zodpovězení této otázky je třeba postupovat takto: Nejprve je nutno přezkoumat, zda je vůbec možné vzít v úvahu dohodu o zamezení dvojího zdanění, jde-li o posouzení souladu vnitrostátní daňové právní úpravy se základními svobodami (viz

### *A – Obecně k relevantnosti dohody o zamezení dvojího zdanění*

44. Při hodnocení souladu vnitrostátní daňové právní úpravy se základními svobodami vychází zřejmě Komise z obecné irelevantnosti dohod o zamezení dvojího zdanění, jako je například francouzsko-švédská dohoda<sup>36</sup>. Opírá se přitom o rozsudky „Avoir fiscal“<sup>37</sup> a Saint-Gobain<sup>38</sup>. Podobně argumentuje M. Bouanich s poukazem na rozsudek Eurowings Luftverkehr<sup>39</sup>.

36 – V bodu 41 svého vyjádření Komise vyvozuje, že dodržování práva Společenství nemůže záviset na obsahu dohody o zamezení dvojího zdanění uzavřené mezi dvěma členskými státy; kromě toho nelze omezení základní svobody odůvodňovat tím, že postižený pravděpodobně požívá jiných daňových výhod.

37 – Rozsudek ze dne 28. ledna 1986, Komise v. Francie, „Avoir fiscal“ (270/83, Recueil, s. 273, bod 26).

38 – Uvedený v poznámce pod čarou 35 (bod 54).

39 – Rozsudek ze dne 26. října 1999 (C-294/97, Recueil, s. I-7447).

45. Toto pojetí nesdílím.

46. Zamezení dvojího zdanění na území Společenství je jedním z cílů Smlouvy; což vyplývá zejména ze samotné Smlouvy o ES v ustanovení čl. 293 druhé odrážky. Při neexistenci sjednocujících nebo harmonizujících opatření Společenství zůstávají členské státy příslušné pro stanovení kritérií zdanění příjmů a majetku za účelem případného smluvně podloženého zamezení dvojího zdanění. V této souvislosti mají členské státy volnost upravit v rámci těchto dvoustranných dohod hraniční určovatele za účelem rozdělení daňových pravomocí<sup>40</sup>.

47. Při výkonu takto rozdělených daňových pravomocí však členské státy nesmějí opomenout právní ustanovení Společenství<sup>41</sup>. To má zejména dva důsledky: jednak členský stát nesmí podmiňovat dodržování povinností plynoucích z práva Společenství, zejména dodržování bezprostředně použitelných základních svobod, žádným požadavkem vzájemnosti, ani toto dodržování nesmí podmiňovat obsahem smlouvy uzavřené

s druhým členským státem (*výhrada vzájemnosti*)<sup>42</sup>, a jednak nesmí být daňové znevýhodnění odporující některé základní svobodě zdůvodňováno existencí jiných znevýhodnění, které s konkrétním jednotlivým případem nemají nic společného (*poukaz na jiná znevýhodnění*)<sup>43</sup>.

48. V projednávané věci nejsou výhrada vzájemnosti ani poukaz na jiná znevýhodnění předmětem právního posouzení.

49. Jednak zde není žádný důvod pro existenci nějakého druhu *výhrady vzájemnosti*. Na rozdíl od věci „Avoir fiscal“ se zde *nepokouším* vysvětlit nebo dokonce ospravedlnit znevýhodnění státních příslušníků členských států chybějící dohodou o zamezení dvojího zdanění mezi dotčenými členskými státy<sup>44</sup>. Právě naopak jde o otázku, zda se při *vzetí v úvahu již existující dohody o zamezení dvojího zdanění*, tedy

40 — Rozsudky ze dne 12. května 1998, Gilly (C-336/96, Recueil, s. I-2793, body 16, 24 a 30), Saint-Gobain (uvedený v poznámce pod čarou 35, bod 57) a D. (uvedený v poznámce pod čarou 19, bod 52).

41 — Rozsudek Saint-Gobain (uvedený v poznámce pod čarou 35, bod 58); ve stejném smyslu viz rozsudek D. (uvedený v poznámce pod čarou 19, bod 52).

42 — Rozsudek „Avoir fiscal“ (uvedený v poznámce pod čarou 37, bod 26). Ve stejném smyslu viz rozsudek ze dne 26. září 1996, Data Delecta a Forberg (C-43/95, Recueil, s. I-4661, bod 21). K zákazu výhrady vzájemnosti viz též rozsudek ze dne 25. října 1979, Komise v. Itálie (159/78, Recueil, s. 3247, bod 23), a rozsudek ze dne 30. června 2005, Tod 's (C-28/04, Sb. rozh. s. I-5781, bod 34).

43 — Rozsudek „Avoir fiscal“ (uvedený v poznámce pod čarou 37, bod 21), Saint-Gobain ZN (uvedený v poznámce pod čarou 35, bod 54), Eurowings Luftverkehr (uvedený v poznámce pod čarou 39, bod 44) a Verkoijen (uvedený v poznámce pod čarou 16, bod 61), kromě toho rozsudky ze dne 27. června 1996, Asscher (C-107/94, Recueil, s. I-3089, body 51 až 54), ze dne 12. prosince 2002, De Groot (C-385/00, Recueil, s. I-11819, bod 97), a ze dne 15. července 2004, Lenz (C-315/02, Sb. rozh. s. I-7063, bod 43).

44 — Ve věci „Avoir fiscal“ argumentovala Francouzská republika, že pro odstranění sporného znevýhodnění by mezi postiženými členskými státy musely být uzavřeny dohody; viz stanovisko generálního advokáta Manciniho ze dne 16. října 1985, Komise v. Francie, „Avoir fiscal“ (270/83, Recueil, s. 273, bod 7).

s ohledem na všechny švédské právní předpisy použitelné na konkrétní jednotlivý případ, vůbec může jednat o znevýhodnění.

50. Krom toho se zde ani nepokouším ospravedlnit znevýhodnění akcionářů bez bydliště ve Švédsku podle zákona o dani z dividend nějakým druhem kompenzace formou *jiných zvláště výhodnění*. Na rozdíl od věci „Avoir fiscal“ a srovnatelných věcí<sup>45</sup> nejde v této věci o zohlednění vzdálených domnělých zvláště výhodnění, která nemají nic společného s konkrétním případem, nýbrž o posouzení důsledků švédských právních předpisů skutečně použitelných na konkrétní případ. K těmto předpisům náleží podle názoru předkládajícího soudu také francouzsko-švédská dohoda o zamezení dvojího zdanění. V odpovědi na žádost o rozhodnutí o předběžné otázce by měl Soudní dvůr vzít za základ právní rámec, z něhož vychází předkládající soud ve svém předkládacím rozhodnutí<sup>46</sup>.

45 — Jak ve věci „Avoir fiscal“ (rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 37, bod 21), tak i ve věcech Asscher (rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 43, body 51 až 54), Saint-Gobain ZN (rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 35, bod 54), Eurowings Luftverkehr (rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 39, bod 44), De Groot (rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 43, bod 97), Verkoijien (rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 16, bod 61) a Lenz (rozsudek uvedený v poznámce pod čarou 43, bod 43) se poukazovalo na zcela irelevantní všeobecné výhody, které s konkrétním použitím sporných právních předpisů na jednotlivý případ, jak bylo řečeno v původním řízení, neměly bezprostředně nic společného. Zvláště zřetelné se to projevuje v bodu 44 rozsudku Eurowings Luftverkehr, kde byla snaha stávající daňové nevýhody v jednom členském státě kompenzovat daňovými výhodami v jiném členském státě; podobně rozsudek De Groot (bod 97 ve spojení s bodem 38). Viz dále rozsudek Asscher (body 51 až 54), který se týká snahy kompenzovat určité daňové nevýhody výhodami v oblasti sociálního pojištění.

46 — Rozsudek Tod's (uvedený v poznámce pod čarou 42, bod 14 a tam uvedená judikatura).

51. V důsledku toho je namísto při zkoumání souladu mezi vnitrostátní právní úpravou a základními svobodami zohlednit ustanovení dohody o zamezení dvojího zdanění použitelné pro konkrétní případ, jako je například francouzsko-švédská dohoda.

#### B – *Ke skutečným účinkům dohody o zamezení dvojího zdanění*

52. Zbývá ovšem určit, zda taková dohoda o zamezení dvojího zdanění, jakou je francouzsko-švédská dohoda, skutečně zajistí, aby jakékoli znevýhodnění akcionářů bez bydliště ve Švédsku bylo vyloučeno.

Srovnání daňového zacházení s akcionáři s bydlištěm ve Švédsku a s akcionáři bez takového bydliště

53. Podle údajů předkládajícího soudu pro daňové zacházení s akcionářkou, jako je M. Bouanich, která *nemá bydliště ve Švédsku*,

vyplývají s ohledem na dohodu o zamezení dvojího zdanění následující skutečnosti<sup>47</sup>:

akcií zpětně nakoupených emitující akciovou společností daňovou sazbou ve výši 30 %. U výnosu z prodeje ve výši 100 by v důsledku toho musela být u zdroje sražena daň z dividend ve výši 30.

54. Výnos z prodeje, který obdržel akcionář bez bydliště ve Švédsku od emitující společnosti se sídlem ve Švédsku při zpětném nákupu akcií, se ve Švédsku považuje za dividendu. Tuto možnost dávají čl. 13 odst. 6 a čl. 10 odst. 5 dohody o zamezení dvojího zdanění vyložené ve světle komentáře k článkům 10 a 13 vzorové dohody OECD.

57. Dohoda o zamezení dvojího zdanění zlepšuje situaci akcionářky v dvojitým ohledu:

55. Jestliže akcionáři s bydlištěm ve Francii obdrží takové platby od společností se sídlem ve Švédsku, podléhají zdanění v zásadě ve Francii (čl. 10 odst. 1 dohody o zamezení dvojího zdanění). Lze je však v určité míře také zdanit ve Švédsku (čl. 10 odst. 2 dohody o zamezení dvojího zdanění).

58. Za prvé, od zdanitelné částky je třeba odpočítat *jmenovitou hodnotu* akcií (vyplývá to z výkladu dohody o zamezení dvojího zdanění ve světle komentáře k článku 13 vzorové dohody OECD). Jestliže tedy výnos z prodeje obnášel 100 a jmenovitá hodnota akcií 50, daní se ve Švédsku pouze částka 50, což při daňové sazbě 30 % znamená daň z dividend ve výši 15. Jestliže naproti tomu jmenovitá hodnota akcií byla 10, daní se ve Švédsku při stejném výnosu z prodeje ve výši 100 částka 90, což při daňové sazbě 30 % znamená daň z dividend ve výši 27.

56. Podle zákona o dani z dividend by taková akcionářka, jako je M. Bouanich, musela ve Švédsku zdanit celou protihodnotu svých

59. Za druhé, pro daňové zatížení platí podle čl. 10 odst. 2 dohody o zamezení dvojího zdanění horní hranice ve výši 15 % hrubé

47 — Viz také body 7 až 16 tohoto stanoviska. Soudní dvůr se v odpovědi na žádost o rozhodnutí o předběžné otázce opírá ve svém předkládacím rozhodnutí pouze o údaje předkládajícího soudu. Výklad dohody o zamezení dvojího zdanění a vnitrostátního práva přísluší pouze předkládajícímu soudu.

částky, tedy v projednávané věci 15 % z výnosu z prodeje. Při výnosu z prodeje ve výši 100 se tedy skutečný daňový dluh z dividend snižuje na nejvýše 15 bodů, i kdyby skutečná vypočítaná daň<sup>48</sup> byla vyšší.

*dech*, zatímco daňové zatížení akcionářů *bez bydliště* ve Švédsku je různé podle *jmenovité hodnoty* zpětně nakupovaných akcií a přitom pro ně platí horní hranice 15 % z výnosu z prodeje.

## Posouzení

60. Naproti tomu situace akcionáře, který *má bydliště ve Švédsku*, vypadá podle údajů předkládajícího soudu následovně: Pro tohoto akcionáře platí také daňová sazba ve výši 30 %, může však od výnosu z prodeje odpočítat *pořizovací náklady*, tzn. cenu akcií<sup>49</sup> k okamžiku jejich nabytí, případně včetně výdajů. Jestliže tedy výnos prodeje byl 100 a pořizovací náklady 60, daní se pouze částka 40, což při daňové sazbě ve výši 30 % znamená daň ve výši 12. Jestliže naproti tomu pořizovací náklady byly 30, tak při stejném výnosu z prodeje ve výši 100 se ve Švédsku zdaňuje 70, což při daňové sazbě ve výši 30 % znamená daň ve výši 21.

62. Při hodnocení této skutkové situace je třeba vzít v úvahu, že zpravidla existuje podstatný rozdíl mezi *jmenovitou hodnotou* akcie a *pořizovacími náklady*, které akcionář pro nabytí této akcie vynaložil. Nežrídka jsou totiž *pořizovací náklady* podstatně vyšší než *jmenovitá hodnota* této akcie. I když tedy dohoda o zamezení dvojího zdanění dovoluje odpočet *jmenovité hodnoty* akcií i akcionářům *bez bydliště ve Švédsku*, nevede to zpravidla k úplné rovnosti s akcionáři s bydlištěm ve Švédsku, protože tito mohou od zdanitelného výnosu z prodeje odpočítávat své – zpravidla vyšší – *pořizovací náklady*, a tím výsledně většinou budou zdaňovat menší částku.

61. Předběžně lze konstatovat, že pro akcionáře s bydlištěm ve Švédsku a akcionáře *bez bydliště ve Švédsku* sice platí jako východisko daňová sazba ve výši 30 %, avšak skutečné daňové zatížení akcionářů *se sídlem ve Švédsku* závisí na jejich *pořizovacích nákladech*.

63. Vzhledem k této skutečnosti nelze možnost odpočtu jmenovité hodnoty akcií na základě dohody o zamezení dvojího zdanění pro akcionáře *bez bydliště ve*

48 — 30 % výnosu z prodeje sníženého o jmenovitou hodnotu akcií.

49 — Kurzová hodnota nebo emisní cena.



Švédsku již předem považovat za rovnocennou takové možnosti odpočtu, kterou mají akcionáři s bydlištěm ve Švédsku v případě pořizovacích nákladů.

64. Ze zákazu omezení pohybu kapitálu (čl. 56 odst. 1 ES) a zejména za zákazu svévolné diskriminace investorů podle jejich bydliště (čl. 58 odst. 3 ES) plyne, že v případě, jako je tento, nesmějí být akcionáři bez bydliště ve Švédsku při zpětném nákupu akcií emitující společností se sídlem ve Švédsku postaveni do nepříznivější situace než akcionáři s bydlištěm ve Švédsku<sup>50</sup>.

65. Je věcí předkládajícího soudu ověřit, zda v této věci odpočet jmenovité hodnoty akcií a horní hranice 15 %<sup>51</sup> pro akcionáře bez bydliště ve Švédsku vede ke stejným výsledkům jako odpočet pořizovacích nákladů pro akcionáře s bydlištěm ve Švédsku<sup>52</sup>. Pokud tomu tak není, musí vnitrostátní soud zajistit plnou účinnost práva Společenství a ochránit práva, která jednotlivci poskytuje právo Společenství – v tomto případě ustanovení o volném pohybu kapitálu –; vedle toho je podle potřeby vhodné se v rámci vlastní rozhodovací pravomoci zdržet použití

jakýchkoli ustanovení vnitrostátního práva i ustanovení dohody o zamezení dvojího zdanění, pokud brání rovnému zacházení s akcionáři s bydlištěm ve Švédsku a s akcionáři bez bydliště ve Švédsku<sup>53</sup>.

66. Na okraj uvádím, že omezení daňové zátěže ve Švédsku na 15 % z výnosu z prodeje (čl. 10 odst. 2 dohody), jak předpokládá dohoda o zamezení dvojího zdanění, v žádném případě nevede nutně ke zvýhodnění akcionářů bez bydliště ve Švédsku.

67. Je tomu tak, protože jednak je v důsledku tohoto ustanovení akcionář bez bydliště ve Švédsku vždy v lepším postavení oproti akcionáři s bydlištěm ve Švédsku, pokud jeho pořizovací náklady byly nominálně nižší než polovina docíleného výnosu z prodeje, a jednak zůstává v horším postavení, jestliže pořizovací náklady dosáhly více než poloviny docíleného výnosu z prodeje<sup>54</sup>.

50 – Viz k tomu mé poznámky k první předběžné otázce, body 24 až 41 tohoto stanoviska.

51 – Článek 10 odst. 2 dohody o zamezení dvojího zdanění.

52 – Podobně rozsudek Gerritse (uvedený v poznámce pod čarou 34, body 52 až 54).

53 – V tomto smyslu viz ustálenou judikaturu; zejména rozsudky ze dne 9. března 1978, Staatliche Finanzverwaltung v. Simmenthal (106/77, Recueil, s. 629, body 21 až 24), ze dne 19. června 1990, Factortame (C-213/89, Recueil, s. I-2433, body 18 až 20), a ze dne 7. února 1991, Nimz (C-184/89, Recueil, s. I-297, bod 19). K nepoužitelnosti dohody uzavřené mezi dvěma členskými státy, která je v rozporu se Smlouvou o ES, viz rozsudky ze dne 10. listopadu 1992, Exportur (C-3/91, Recueil, s. I-5529, bod 8), a ze dne 20. května 2003, Ravil (C-469/00, Recueil, s. I-5053, bod 37).

54 – U jmenovitého výnosu z prodeje ve výši 100 a pořizovacích nákladů ve výši 50 je daňové zatížení pro akcionáře s bydlištěm ve Švédsku 15 (částka ke zdanění: 50, daňová sazba: 30 %, viz výše body 7 a 60 tohoto stanoviska). Také akcionář bez bydliště ve Švédsku dluží podle čl. 10 odst. 2 dohody o zamezení dvojího zdanění nejvýše daň ve výši maximálně 15 bez ohledu na to, zda si své pořizovací náklady, resp. jmenovitou hodnotu akcií, smí odečíst, či nikoli. Horní hranice 15 % z výnosu z prodeje je potom pro akcionáře bez bydliště ve Švédsku výhodná pouze tehdy, pokud může vynaložit pořizovací náklady nebo jmenovitou hodnotu nižší než 50, protože pak podíl výnosu z více než 50 podléhá ve Švédsku dani z dividend se sazbou ve výši 30 %.

68. Na druhou stranu je namístě vzít v úvahu, že akcionáři bez bydliště ve Švédsku zpravidla své dividendy, respektive výnosy z prodeje, navíc zdaňují ve svých domovských státech; francouzsko-švédská dohoda o zamezení dvojího zdanění to v této věci také připouští (srovnej její čl. 10 odst. 1). Horní hranici 15 % předpokládanou v dohodě o zamezení dvojího zdanění (srovnej její čl. 10 odst. 2) vymezují zúčastněné členské státy vzájemně pouze své daňové pravomoci, a ovlivňují tak vzájemné rozdělení daňových příjmů<sup>55</sup>.

novení vnitrostátního práva i ustanovení dohody o zamezení dvojího zdanění, pokud brání rovnému zacházení s akcionáři s bydlištěm nebo trvalým pobytem v prvním členském státě a s akcionáři bez takového bydliště nebo trvalého pobytu.

### VII – Ke vztahu mezi svobodou usazování a volným pohybem kapitálu (třetí předběžná otázka)

69. Závěrem je třeba konstatovat:

70. Třetí otázkou předkládající soud žádá o doplňující informaci o souladu takové právní úpravy, jakou je švédská právní úprava, se svobodou usazování (články 43 ES a 48 ES).

Jestliže v případě zpětného nákupu vlastních akcií akciovou společností se sídlem v jednom členském státě platí pro akcionáře bez bydliště nebo trvalého pobytu v tomto členském státě dohoda o zamezení dvojího zdanění, kterou tento členský stát uzavřel s jiným členským státem, pak je věcí vnitrostátního soudu, aby zajistil, že dotyční akcionáři ve výsledku nebudou v horším postavení než akcionáři s bydlištěm nebo trvalým pobytem v prvním členském státě. Proto by se podle potřeby měl vnitrostátní soud v rámci vlastní rozhodovací pravomoci zdržet použití jakýchkoli odporujících usta-

71. Působnost oblasti svobody usazování a volného pohybu kapitálu se překrývá do té míry, do jaké investice kapitálu může napomoci usazení v jiném členském státě, například formou založení pobočky nebo dceřiné společnosti<sup>56</sup>. Existence čl. 58 odst. 2 ES a formulace v čl. 43 druhém

55 — Viz také bod 46 tohoto stanoviska.

56 — Viz v tomto smyslu zejména rubriku I, body 1 a 2 klasifikace pohybu kapitálu, dále příslušné definice pojmů, především definici pojmu „přímá investice“ (o orientační povaze této klasifikace pro definici pojmu pohyb kapitálu viz bod 26 tohoto stanoviska). Další odkazy se nalézají ve stanovisku generálního advokáta Albersa ze dne 14. října 1999, Baars (C-251/98, Recueil, s. I-2787, body 12 až 30).

pododstavci ES, „nestanoví-li kapitola o pohybu kapitálu jinak“, se pro tyto případy vyslovují proti potlačování jedné základní svobody druhou a ve prospěch souběžného použití obou základních svobod<sup>57</sup>. V tomto ohledu čl. 58 odst. 2 ES konstatuje, že obě svobody podléhají stejným omezením<sup>58</sup>.

lečnosti, aby mohl určovat její aktivitu“<sup>59</sup>. Svoboda usazování podle čl. 43 druhého pododstavce ES zahrnuje „přístup k samostatně výdělečným činnostem a jejich výkon, jakož i zřizování a řízení podniků“ v jiném členském státě. Jinými slovy společník – sám nebo společně s ostatními společníky – musí vykonávat kontrolu nad podnikem. Jsou-li s jeho podílem naproti tomu spojena pouze obvyklá práva na ochranu společníků s minoritním podílem, použijí se pouze ustanovení o volném pohybu kapitálu, a nikoli o svobodě usazování<sup>60</sup>.

72. Ne každá přeshraniční účast v podniku však náleží do působnosti svobody usazování. Na účast ve společnosti se tato svoboda vztahuje pouze tehdy, pokud společníkovi „umožňuje takový vliv na rozhodování spo-

73. V projednávané věci neposkytují údaje předkládajícího soudu žádnou oporu pro tvrzení, že by M. Bouanich prostřednictvím svého balíku akcií měla určující vliv na Förvaltnings AB Ratos. Za těchto okolností je namísto vycházet z toho, že zde svoboda usazování (článek 43 ES) nenachází žádné uplatnění. V souladu s tím není namíste na třetí předběžnou otázku odpovídat.

57 — V tomto smyslu viz také mé stanovisko ze dne 3. března 2005, Komise v. Itálie (C-174/04, Sb. rozh. s. I-4933, bod 22). Judikatura v tomto směru dosud není jednotná. Soudní dvůr například v souvislosti s nabytím pozemku za účelem usazení v rozsudku ze dne 1. června 1999, Konle (C-302/97, Recueil, s. I-3099, bod 22) výslovně prohlásil obě základní svobody za použitelné. Naproti tomu rozsudek ze dne 5. listopadu 2002, Überseering (C-208/00, Recueil, s. I-9919, bod 77) by bylo možné chápat tak, že mezi oběma základními svobodami existuje zvláštní vztah. V dalších případech se zdá, že důvodem zkoumání vždy pouze jedné z obou základních svobod byla spíše sledovaná hospodárnost řízení; viz v tomto ohledu například rozsudek ze dne 8. března 2001, Metallgesellschaft a další (spojené věci C-397/98 a C-410/98, Recueil, s. I-1727), a ze dne 13. července 2000, Albore, (C-423/98, Recueil, s. I-5965), jakož i rozsudky „Golden Shares“ Komise v. Portugalsko (bod 56), Komise v. Francie (bod 56) a Komise v. Belgie (bod 59).

58 — Článek 58 odst. 2 ES má rovněž bránit tomu, aby zejména příslušníci třetích států, kteří se nemohou dovolávat svobody usazování, neobcházeli určitá, podle práva Společenství přípustná, omezení pro své usazování v některém členském státě a neopírali se přitom o ustanovení o volném pohybu kapitálu. Obrácené mají přípustná omezení pohybu kapitálu na základě výhrady obsažené v čl. 43 odst. 2 ES („Nestanoví-li kapitola o pohybu kapitálu jinak“) také dopad na svobodu usazování.

59 — Rozsudek ze dne 13. dubna 2000, Baars (C-251/98, Recueil, s. I-2787, bod 22); ve stejném smyslu viz rozsudky Überseering (uvedený v poznámce pod čarou 57, bod 77), a ze dne 21. listopadu 2002, X a Y (C-436/00, Recueil, s. I-10829, bod 37).

60 — Jestliže naproti tomu účast ve společnosti společníkovi dává určující vliv na podnik, použijí se vedle svobody usazování také ustanovení o volném pohybu kapitálu. Viz například definice pojmů „klasifikace pohybu kapitálu“ (uvedená v bodu 26 tohoto stanoviska): Z nich plyne, že například přímé investice v akciových společnostech podléhající volnému pohybu kapitálu „dávají akcionářům možnost se skutečně podílet na správě společnosti (společnosti) nebo se podílet na kontrole řízení“. Velmi podobné kritérium se, jak známo, uplatňuje v rozsudku Baars (uvedený v poznámce pod čarou 59, bod 22) pro popis postupu podléhajícího svobodě usazování.

## VIII – Závěry

74. Na základě výše uvedených úvah navrhuji, aby Soudní dvůr na předběžné otázky Kammarrätten Sundsvall odpověděl takto:

- „1) Ustanovení o volném pohybu kapitálu (články 56 ES a 58 ES) brání vnitrostátní právní úpravě, kterou členský stát v případě zpětného nákupu vlastních akcií akciovou společností se sídlem v tomto členském státě povoluje akcionářům s bydlištěm nebo trvalým pobytem v tomto členském státě odpočet pořizovacích nákladů od zdanitelných výnosů z prodeje akcií, zatímco akcionářům bez bydliště nebo trvalého pobytu v tomto členském státě je to odepřeno.
  
- 2) Jestliže v případě zpětného nákupu vlastních akcií akciovou společností se sídlem v jednom členském státě platí pro daňové zacházení s akcionáři bez bydliště nebo trvalého pobytu v tomto členském státě dohoda o zamezení dvojího zdanění, kterou tento členský stát uzavřel s jiným členským státem, je pak věcí vnitrostátního soudu, aby zajistil, že dotyční akcionáři ve výsledku nebudou v horším postavení než akcionáři s bydlištěm nebo trvalým pobytem v prvním členském státě. Proto by se podle potřeby měl vnitrostátní soud v rámci vlastní rozhodovací pravomoci zdržet použití jakýchkoli odporujících ustanovení vnitrostátního práva i ustanovení dohody o zamezení dvojího zdanění, pokud brání rovnému zacházení s akcionáři s bydlištěm nebo trvalým pobytem v prvním členském státě a s akcionáři bez takového bydliště nebo trvalého pobytu.“