



Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY
JULIANE KOKOTT
přednesené dne 1. března 2018¹

Věc C-117/16

**Skatteministeriet
proti
Y Denmark Aps**

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Østre Landsret (odvolací soud pro východní oblast, Dánsko)]

„Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce – Směrnice 2011/96/EU o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států (tzv. směrnice o mateřských a dceřiných společnostech) – Nezbytnost skutečného vlastníka při výplatě dividend – Zneužití daňových konstrukcí – Kritéria existence zneužití daňových předpisů při vyhýbání se srážkové dani – Vliv komentářů k vzorové smlouvě OECD na výklad směrnice EU – Přímá použitelnost neprovedeného ustanovení směrnice – Výklad vnitrostátních zásad o zamezení zneužití daňových předpisů v souladu s unijním právem“

I. Úvod

1. V projednávaném případě a ve věci C-116/16 je Soudní dvůr – podobně jako ve čtyřech souběžných řízeních² ke směrnici o úrocích a licenčních poplatcích – žádán o rozhodnutí, za jakých okolností může být dceřině společnosti, která své mateřské společnosti vyplatila dividendy, odepřeno osvobození od srážkové daně vyplývající ze směrnice 90/435/EHS³ (dále jen „směrnice o mateřských a dceřiných společnostech“).

2. V projednávané věci jde o „vyhýbání se“ srážkové dani z dividend rozdělovaných v rámci koncernu. V tomto koncernu jsou dividendy vypláceny dánskou provozní společností jejímu akcionáři usazenému na Kypru, který je obratem vyplácí svému akcionáři usazenému na Bermudách (jako úroky z půjčky); nakonec jsou – už opět jako dividendy – vypláceny koncernové mateřské společnosti usazené ve Spojených státech. To souvisí s daňovými úlevami poskytovanými dividendám ve Spojených státech, které si koncernové mateřské společnosti stahují zpět do Spojených států pro určité účely (výzkum).

3. Vystává zde otázka, jak daleko může zajít nadnárodně činný koncern při vytváření struktury společností s cílem snížit konečné zatížení výplaty dividend v rámci koncernu srážkovou daní. Kudy přesně probíhá hranice mezi přípustnou daňovou konstrukcí a rovněž legální, avšak případně zneužívající daňovou konstrukcí? Kdy a podle jakých kritérií lze hovořit o zneužívající konstrukci,

1 – Původní jazyk: němčina.

2 – Konkrétně se jedná o věci C-118/16, C-119/16 (obě spojené s C-115/16) a C-299/16.

3 – Směrnice Rady ze dne 23. července 1990 o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států (Úř. věst. 1990, L 225, s. 6; Zvl. vyd. 09/01, s. 147), mezitím zrušena a nahrazena směrnicí Rady 2011/96/EU ze dne 30. listopadu 2011 (Úř. věst. 2011, L 345, s. 8).

jestliže společnost usazená v třetím státě založí dceřinou společnost v členském státě EU (v daném případě na Kypru), který neuplatňuje srážkovou daň v případě rozdělování dividend. Teprve to umožňuje shromáždit dividendy z evropských koncernových společností bez uplatnění srážkové daně a poté je vyplatit – rovněž bez zatížení srážkovou daní – do třetí země.

4. Právní otázky se ve výsledku týkají zásadního konfliktu v daňovém právu mezi zdaněním hospodářských situací, občanskoprávní svobodou osoby povinné k dani vytvářet daňové konstrukce a předcházením z hlediska občanského práva platným, avšak za určitých okolností zneužívajícím konstrukcím.

II. Právní rámec

A. Unijní právo

5. Unijní právní rámec této věci tvoří směrnice o mateřských a dceřiných společnostech a články 43, 48 a 56 ES (nyní články 49, 54 a 63 SFEU).

6. Směrnici o mateřských a dceřiných společnostech použije podle jejího čl. 1 odst. 1 každý členský stát mimo jiné na rozdělování zisku obdrženého společnostmi tohoto státu, který pochází od jejich dceřiných společností ostatních členských států.

7. Článek 1 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech stanoví:

„1. Každý členský stát použije tuto směrnici

- na rozdělování zisku obdrženého společnostmi tohoto státu, který pochází od jejich dceřiných společností ostatních členských států,
- na rozdělování zisku vytvořeného společnostmi tohoto státu společně ostatních členských států, jichž jsou dceřinými společnostmi, [...]

2. Tato směrnice nevylučuje použití vnitrostátních předpisů nebo smluvních ustanovení nezbytných k potlačení daňových úniků a zneužívání daňových předpisů.“

8. Článek 4 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech stanoví:

„1. Obdrží-li mateřská společnost nebo její stálá provozovna z důvodu svého podílu na dceřině společnosti zisky rozdělené jinak než při likvidaci dceřině společnosti, stát mateřské společnosti a stát její stálé provozovny:

- upustí od zdanění těchto zisků, nebo
- zdaní tyto zisky, přičemž umožní mateřské společnosti a její stálé provozovně odečíst od daně příslušnou část korporační daně, která se vztahuje k těmto ziskům a kterou uhradila dceřiná společnost nebo její dceřiná společnost, až do výše příslušné daně, a to za podmínky, že na každé úrovni společnost i její dceřiná společnost splňují podmínky stanovené v člácích 2 a 3.

2. Každý členský stát si nicméně ponechá možnost stanovit, že náklady vztahující se k držbě podílu na dceřině společnosti a ztráty vyplývající z rozdělování jejich zisků nelze odečíst od zdanitelných příjmů mateřské společnosti. Jsou-li v takovém případě výdaje na řízení vztahující se k podílu pevně stanoveny paušální sazbou, nesmí stanovená částka přesáhnout 5 % ze zisku rozdělovaného dceřinou společností. [...]

9. Článek 5 odst. 1 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech obsahuje následující úpravu:

„1. Zisk rozdělovaný dceřinou společností její mateřské společnosti je osvobozen od srážkové daně.“

B. Mezinárodní právo

10. Dánsko-kyperská smlouva o zamezení dvojímu zdanění (dále jen „SZDZ“) ze dne 26. května 1981 obsahuje v čl. 10 odst. 1 a 2 následující ustanovení k rozdělení daňové pravomoci ohledně dividend:

„1. Dividendy vyplácené společností, která je rezidentem jednoho smluvního státu, rezidentu druhého smluvního státu mohou být zdaněny v tomto druhém státě.

2. Tyto dividendy však mohou být zdaněny i ve smluvním státě, jehož je společnost, která je vyplácí, rezidentem, podle právních předpisů tohoto státu, avšak je-li příjemce jejich skutečným vlastníkem, nesmí takto stanovená daň překročit:

a) 10 % hrubé hodnoty dividend, pokud je skutečným vlastníkem společnost (jiná než osobní společnost), která přímo drží alespoň 25 % kapitálu společnosti vyplácející dividendy;

[...]

d) 15 % hrubé částky dividend ve všech ostatních případech.“

11. Z toho vyplývá, že stát zdroje, v projednávaném případě Dánsko, může zdanit dividendy vyplácené mateřské společnosti, která je rezidentem na Kypru, nízkou sazbou pouze tehdy, pokud je uvedena společnost „skutečným vlastníkem“ dividend. Pojem „skutečný vlastník“ není v SZDZ definován.

C. Dánské právo

12. Podle údajů předkládajícího soudu zněla v předmětných letech platná dánská právní úprava takto:

13. Úprava zdanění dividend rezidentních mateřských společností se nachází v § 13 odst. 1 bodě 2 Selskabsskattelov (zákon o korporální dani), jehož znění pro zdaňovací období 2005 a 2006 vyplývalo z konsolidovaného znění č. 111 ze dne 19. února 2004, ve znění zákona č. 1375 ze dne 20. prosince 2004:

„§ 13. Mezi zdanitelné příjmy nepatří: [...]

2) [...] Dividendy, které společnosti nebo sdružení atd., uvedené v § 1 odst. 1 bodech 1 až 2a, 2d až 2g, 3a až 5b, získají z akcií nebo podílů ve společnostech ve smyslu § 1 odst. 1 bodů 1 až 2a, 2c až 2f a 3a až 5b anebo v nerezidentních společnostech. Uvedené však platí pouze tehdy, jestliže společnost pobírající dividendy – mateřská společnost – v období trvajícím nepřetržitě jeden rok, v němž musí dojít k rozdělení dividend, drží alespoň 10 % akciového kapitálu ve společnosti vyplácející dividendy – dceřiné společnosti. Při rozdělování dividend v kalendářních letech 2005 a 2006 však výše uvedený vlastnický podíl činí 20 %, při rozdělování dividend v kalendářních letech 2007 a 2008 15 %. [...]

14. Omezená daňová povinnost zahraničních společností ve vztahu k dividendám je upravena v § 2 odst. 1 písm. c) zákona o korporální dani. Ve výsledku se omezená daňová povinnost v letech 2005 a 2006 nevztahovala na dividendy vyplácené mateřské společnosti, z nichž na základě směrnice o mateřských a dceřiných společnostech nebo na základě SZDZ nebyla vyměřena žádná daň nebo byla vyměřena jen daň se sníženou daňovou sazbou. Podmínkou je, že v nepřetržitém období jednoho roku, v němž musí dojít k rozdělení dividend, drží alespoň 20 % akciového kapitálu dceřiné společnosti.

15. Dividendy, které vyplácí dánská společnost kyperské mateřské společnosti (která je považována za „skutečného vlastníka“ dividend), jsou tedy podle § 2 odst. 1 písm. c) Selskabsskattelov (zákon o korporační dani) osvobozeny od daně, neboť podle SZDZ se uplatní snížená sazba daně.

16. Avšak v případě omezené daňové povinnosti u příjmů z dividend plynoucích z Dánska podle § 2 odst. 1 písm. c) zákona o korporační dani má dánská společnost vyplácející dividendy podle dánského zákona o srážkové dani⁴ povinnost srazit daň u zdroje ve výši 28 %. V případě prodlení s odvedením srážkové daně (u omezené daňové povinnosti) nabíhají z daňového dluhu úroky. Povinnost zaplatit úrok z prodlení má osoba, která je povinna srazit daň u zdroje.

17. V letech 2005 a 2006 neexistovala obecná zákonná úprava k zabránění zneužívání daňových předpisů. V judikatuře však byla rozvinuta tzv. „doktrína skutečného stavu“, podle níž ke zdanění dojde na základě konkrétního posouzení skutečných událostí. To mimo jiné znamená, že za určitých okolností mohou zůstat fiktivní a umělé daňové konstrukce nezohledněny a místo toho se zdanění řídí reálným stavem („substance-over-form“). Zúčastněné strany se shodují na tom, že doktrína skutečného stavu neposkytuje základ k tomu, aby právní úkony uskutečněné v projednávané věci nebyly zohledněny.

18. V dánské judikatuře byla dále rozvinuta zásada tzv. „skutečného příjemce příjmů“. Podle této zásady, která vychází ze základního ustanovení o zdaňování příjmů v § 4 dánského zákona o správě daní (statsskatteloven), nemusí daňové orgány přijmout umělé rozdělení mezi výdělečnou činností/podnikáním a přiřazením z něj pocházejících příjmů. Musí být tedy stanoveno, která osoba – bez ohledu na strukturu – je skutečným příjemcem některých příjmů, a tedy osobou povinnou k dani. Otázka tedy zní, komu má být příjem přičítán pro účely daně. „Skutečným příjemcem příjmů“ tedy bude osoba povinná k dani z uvedených příjmů.

III. Spor v původním řízení

19. Ve věci v původním řízení se společnost Y Denmark Aps (dále jen „Y Denmark“) brání proti tomu, aby byla považována za osobu ručící za neodvedenou srážkovou daň u příležitosti vyplacení dividend její mateřské společnosti (Y Cyprus) usazené na Kypru. Vycházela z toho, že vyplacení těchto dividend je na základě směrnice o mateřských a dceřiných společnostech osvobozeno od daně. Daňové orgány jsou naproti tomu toho názoru, že dividendy byly ve skutečnosti vyplaceny hlavní mateřské společnosti usazené na Bermudách, tedy společnosti Y Global Ltd. (Bermuda) (dále jen „Y Bermuda“), neboť společnost Y Cyprus je tzv. prostřednickou společností. Proto měla být uplatněna srážková daň. Základem sporu je následující skutkový stav.

20. Mateřská společnost v čele koncernu Y, společnost Y Inc., USA (dále jen „Y USA“), je americká společnost kótovaná na burze. Zahraniční dceřiné společnosti společnosti Y USA jsou v současnosti vlastněny společností Y Bermuda, jejíž jedinou činností – kromě působení jako holdingová společnost – je být nositelem některých práv duševního vlastnictví souvisejících s výrobky skupiny. Každodenní řízení společnosti zajišťuje (nezávislá) manažerská společnost. Společnost Y Denmark – kterou založila společnost Y USA v roce 2000 – má přibližně 20 stálých zaměstnanců a poskytuje služby prodeje a podpory. Společnost Y Denmark působí také jako holdingová společnost evropské části koncernu Y, například pro Y Netherlands.

21. Na základě novelizace americké právní úpravy – American Jobs Creation Act of 2004 – však americké společnosti získaly možnost nechat si od zahraničních dceřiných společností vyplácet dividendy za velmi příznivých daňových podmínek výměnou za závazek, že dividendy použijí ke konkrétním účelům ve Spojených státech, například k výzkumu a vývoji.

⁴ – Kildeskatteloven – Lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. November 2005 (konsolidované znění č. 1086 ze dne 14. listopadu 2005).

22. Společnost Y USA se na tomto základě rozhodla nechat si ve finančním roce 2005/06 (od 1. května 2005 do 28. dubna 2006) vyplatit co největší objem dividend od společnosti Y Bermuda (své 100% dceřiné společnosti). Celková kapacita výplaty dividend – ke které mělo mimo jiné dojít prostřednictvím výplaty dividend různými dceřinými společnostmi společnosti Y Bermuda – činila 550 milionů amerických dolarů (USD).

23. Před výplatou dividend došlo v evropské části koncernu k restrukturalizaci. Společnost Y Bermuda tak dne 9. května 2005 založila společnost Y Cyprus. Společnost Y Bermuda jí prodala akcie Y Denmark. Kupní cena byla uhrazena vydáním dluhového nástroje. Tím byla Y Cyprus včleněna mezi společnosti Y Bermuda a Y Denmark.

24. Společnost Y Cyprus působí jako holdingová společnost s určitými finančními činnostmi (úvěry dceřiným společnostem). Sídlo společnosti, která nemá žádné zaměstnance, bylo stejné jako sídlo manažerské společnosti. Z účetních zpráv za roky 2005/06 a 2006/07 vyplývá, že hlavní činností společnosti Y Cyprus je působit jako holdingová společnost a že odměny vyplacené členům správní rady činily 571 USD a 915 USD. Podle účetních závěrek nebyla v žádném z těchto roků zaplácena žádná daň, jelikož společnost neměla kladný zdanitelný příjem.

25. Dne 26. září 2005 se společnost Y Netherlands rozhodla vyplatit společnosti Y Denmark dividendu v hodnotě 76 milionů eur za finanční rok 2004/05. Dne 28. září 2005 schválila valná hromada společnosti Y Denmark pro tentýž finanční rok navrhovanou výplatu dividend společnosti Y Cyprus rovněž ve výši 76 milionů eur. Dividenda byla na společnost Y Denmark převedena dne 25. října 2005. Dne 27. října 2005 byla dividenda ve stejné výši převedena z Y Denmark na Y Cyprus, která ji převedla na společnost Y Bermuda dne 28. října 2005 na uhrazení dluhu, který vznikl v souvislosti s tím, že společnost Y Cyprus odkoupila společnost Y Denmark. Dne 3. dubna 2006 vyplatila společnost Y Bermuda společnosti Y USA dividendy v hodnotě 550 milionů USD. Společnost Y Bermuda financovala dividendy částečně z vlastních prostředků a částečně bankovním úvěrem. Dne 13. října 2006 schválila valná hromada společnosti Y Denmark pro finanční rok 2005/06 navrhovanou výplatu dividend společnosti Y Cyprus v hodnotě 92 milionů dánských korun (DKK).

26. Rozhodnutím ze dne 17. září 2010 SKAT (dánský daňový orgán) konstatoval, že Y Denmark měla provést srážku daně z dividend, které vyplatila v letech 2005 a 2006 své mateřské společnosti Y Cyprus, a že za tuto srážku ručí.

27. Toto rozhodnutí bylo napadeno u Landsskatterett (nejvyšší daňový orgán), který se ve svém rozhodnutí ze dne 16. prosince 2011 ztotožnil s názorem SKAT (dánský daňový orgán) v tom, že společnost Y Cyprus nebyla podle dánsko-kyperské smlouvy o zamezení dvojímu zdanění „skutečným vlastníkem“ dividend, rozhodl však ve prospěch společnosti Y Denmark v tom smyslu, že není dán základ pro provedení srážky daně u zdroje, jelikož se na společnost Y Cyprus vztahuje osvobození od daně podle směrnice o mateřských a dceřiných společnostech.

28. Skatteministerium (ministerstvo financí) podalo proti rozhodnutí Landsskatteret (nejvyšší daňový orgán) žalobu k Østre Landsret (odvolací soud pro východní oblast, Dánsko). Ten rozhodl, že bude iniciovat řízení o předběžné otázce.

IV. Řízení před Soudním dvorem

29. Østre Landsret (odvolací soud pro východní oblast) předložil následující otázky:

- „1) Je podmínkou k tomu, aby se členský stát mohl dovolávat čl. 1 odst. 2 směrnice týkajícího se použití vnitrostátních předpisů potlačujících daňové úniky a zneužívání daňových předpisů, že dotýčný členský stát přijal zvláštní vnitrostátní předpis provádějící čl. 1 odst. 2 směrnice nebo že vnitrostátní právní úprava obsahuje obecná ustanovení či zásady týkající se daňových úniků a zneužití daňových předpisů, které lze vykládat v souladu s čl. 1 odst. 2?
- 1.1) V případě kladné odpovědi na otázku 1, lze § 2 odst. 2 písm. c) Selskabsskattelov (zákon o korporální dani), který stanoví, že „podmínkou je osvobození od zdanění dividend podle ustanovení směrnice Rady 90/435/EHS o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států“, považovat za zvláštní vnitrostátní předpis ve smyslu čl. 1 odst. 2 směrnice?
- 2) Je ustanovení ve smlouvě o zamezení dvojímu zdanění, která byla sepsána podle vzorové smlouvy OECD, kterou uzavřely dva členské státy a podle níž jsou vyplacené dividendy zdaňovány v závislosti na tom, zda je příjemce dividend považován za skutečného vlastníka dividend, smluvním ustanovením k potlačení zneužívání daňových předpisů ve smyslu čl. 1 odst. 2 směrnice?
- 2.1) Pokud ano, musí být pojem „smluvní ustanovení“ v čl. 1 odst. 2 směrnice vykládán tak, že se členský stát může podle svého vnitrostátního práva dovolávat vůči osobě povinné k dani smlouvy o zamezení dvojímu zdanění?
- 3) Odpoví-li Soudní dvůr na otázku 2 kladně, mají obsah pojmu „skutečný vlastník“ vymezit vnitrostátní soudy, nebo má být daný pojem při uplatnění směrnice 90/435 vykládán tak, že mu je třeba přisoudit specifický význam v rámci unijního práva, který podléhá přezkumu Soudním dvorem?
- 4) Odpoví-li Soudní dvůr na otázku 2 kladně a na otázku 3 odpoví tak, že není na vnitrostátních soudech, aby vymezily obsah pojmu „skutečný vlastník“, má se daný pojem vykládat tak, že společnost, která je rezidentem jednoho členského státu, jež za takových okolností, jaké nastaly v projednávané věci, pobírá dividendy od dceřiné společnosti usazené v jiném členském státě, je „skutečným vlastníkem“ těchto dividend ve smyslu výkladu tohoto pojmu v rámci unijního práva?
- a) Má být pojem „skutečný vlastník“ vykládán stejně jako příslušný pojem nacházející se v čl. 1 odst. 1 směrnice Rady 2003/49/ES ze dne 3. června 2003 o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků mezi přidruženými společnostmi z různých členských států (Úř. věst. 2003, L 157, s. 49; Zvl. vyd. 09/01, s. 380) („směrnice o úrocích a licenčních poplatcích“), ve spojení s čl. 1 odst. 4 této směrnice?
- b) Je třeba tento pojem vykládat pouze s ohledem na (vzorový) komentář k článku 10 vzorové smlouvy OECD z roku 1977 (odstavec 12), anebo lze při výkladu použít i pozdější komentáře včetně dodatku z roku 2003 týkajícího se prostřednických společností a dodatku z roku 2014 týkajícího se smluvních či zákonných povinností?
- c) Jaký význam má pro posouzení otázky, zda je nutno příjemce dividend považovat za „skutečného vlastníka“, skutečnost, že příjemce dividend má smluvní nebo zákonem stanovenou povinnost převést dividendy na jinou osobu?

- d) Jaký význam má pro posouzení otázky, zda je nutno příjemce dividend považovat za „skutečného vlastníka“, skutečnost, že předkládající soud dospěl po posouzení skutkového stavu k závěru, že příjemce – který nemá povinnost převést přijaté dividendy na jinou osobu na základě smlouvy ani zákona – neměl právo požívat a užívat („use and enjoy“) dividendy ve smyslu komentáře z roku 2014 ke vzorové smlouvě z roku 1977?
- 5) Je-li třeba v dané věci vycházet z toho, že existují „vnitrostátní předpisy nebo smluvní ustanovení nezbytné k potlačení daňových úniků a zneužívání daňových předpisů“ ve smyslu čl. 1 odst. 2 směrnice, že společnost (A), která je rezidentem jednoho členského státu, vyplatila dividendy mateřské společnosti (B) z druhého členského státu, která je převedla své mateřské společnosti (C) se sídlem mimo EU/EHP, která obratem převedla finanční prostředky své mateřské společnosti (D), která má také sídlo mimo EU/EHP, že mezi prvně uvedeným státem a státem, ve kterém má sídlo společnost C, nebyla uzavřena žádná smlouva o zamezení dvojímu zdanění, že nebyla uzavřena žádná smlouva o zamezení dvojímu zdanění mezi prvně uvedeným státem a státem, ve kterém má sídlo společnost D, a že prvně uvedený stát by tedy podle svých právních předpisů nemohl uložit srážkovou daň z dividend vyplacených společností A společnosti D, pokud by byla společnost D přímým vlastníkem společnosti A, dochází ke zneužívání daňových předpisů ve smyslu směrnice, takže společnost B není touto směrnicí chráněna?
- 6) Pokud se má za to, že společnost (mateřská společnost), která je rezidentem jednoho členského státu, není podle čl. 1 odst. 2 směrnice 90/435 osvobozena od srážkové daně z dividend přijatých od společnosti (dceřiné společnosti), která je rezidentem druhého členského státu, brání článek 43 ES ve spojení s článkem 48 ES (nebo článkem 56 ES) právní úpravě, podle které posledně uvedený členský stát zdaňuje dividendy mateřské společnosti, která je rezidentem druhého členského státu, pokud dotýčný členský stát považuje takové dividendy rezidentní mateřské společnosti za jinak stejných okolností za osvobozené od daně?
- 7) Pokud se má za to, že společnost (mateřská společnost), která je rezidentem jednoho členského státu, není podle čl. 1 odst. 2 směrnice 90/435 osvobozena od srážkové daně z dividend přijatých od společnosti (dceřiné společnosti), která je rezidentem druhého členského státu, a mateřská společnost v tomto druhém členském státě má omezenou povinnost k dani z těchto dividend, brání článek 43 ES ve spojení s článkem 48 ES (nebo článkem 56 ES) právní úpravě, podle níž tento druhý členský stát vyžaduje, aby společnost, která má povinnost srazit daň u zdroje (dceřiná společnost), zaplatila v případě prodlení s platbou srážkové daně úrok z prodlení ve vyšší úrokové sazbě, než je sazba úroku z prodlení, kterou tento členský stát stanoví pro dluh na korporační dani společnosti, která je rezidentem téhož členského státu?
- 8) Odpoví-li Soudní dvůr na otázku 2 kladně a na otázku 3 odpoví tak, že není na vnitrostátních soudech, aby vymezily obsah pojmu „skutečný vlastník“, a nelze-li na tomto základě považovat společnost (mateřskou společnost), která je rezidentem jednoho členského státu, za osvobozenou od srážkové daně z dividend přijatých od společnosti (dceřiné společnosti), která je rezidentem druhého členského státu, podle směrnice 90/435, je posledně uvedený členský stát povinen podle směrnice 90/435 nebo článku 10 ES určit, koho v takovém případě považuje za skutečného vlastníka?

- 9) Pokud se má za to, že společnost (mateřská společnost), která je rezidentem jednoho členského státu, není podle směrnice 90/435 osvobozena od srážkové daně z dividend přijatých od společnosti (dceřiné společnosti), která je rezidentem druhého členského státu, brání článek 43 ES ve spojení s článkem 48 ES (nebo článkem 56 ES) jako celek či zvlášť takové právní úpravě, podle níž:
- a) druhý členský stát vyžaduje, aby dceřiná společnost srazila u zdroje daň z těchto dividend, a stanoví, že tato společnost má povinnost odvést orgánům daň, kterou nesrazila u zdroje, avšak taková povinnost srazit daň u zdroje neexistuje v případě, že je mateřská společnost rezidentem tohoto druhého členského státu;
 - b) druhý členský stát vypočte z dlužné srážkové daně úrok z prodlení?

Soudní dvůr je žádán, aby při odpovědi na otázku 9 zohlednil odpovědi na otázky 6 a 7.

10) Za okolností, kdy:

1. společnost (mateřská společnost), která je rezidentem jednoho členského státu, splňuje požadavek stanovený ve směrnici 90/435, který spočívá v tom, že (v letech 2005 a 2006) vlastnila alespoň 20 % kapitálu společnosti (dceřiné společnosti), která je rezidentem druhého členského státu;
2. se má za to, že mateřská společnost není osvobozena od srážkové daně z dividend vyplacených dceřinou společností podle čl. 1 odst. 2 směrnice 90/435;
3. se (přímý či nepřímý) akcionář, resp. (přímí či nepřímí) akcionáři mateřské společnosti, která je rezidentem třetí země, považují za skutečného vlastníka (skutečné vlastníky) předmětných dividend;
4. výše uvedený (přímý či nepřímý) akcionář, resp. výše uvedení (přímí či nepřímí) akcionáři, rovněž splňují výše zmíněný kapitálový požadavek,

brání článek 56 ES právní úpravě, podle které členský stát, ve kterém sídlí dceřiná společnost, zdaňuje předmětné dividendy, pokud rezidentní společnosti, které splňují kapitálový požadavek stanovený ve směrnici 90/435, tj. že ve zdaňovacím období 2005 a 2006 vlastnily alespoň 20 % kapitálu ve společnosti vyplácející dividendy (v letech 2007 a 2008 15 % a poté 10 %), jsou od daně z takových dividend osvobozeny?“

30. Usnesením ze dne 13. července 2016 byly věci C-116/16 a C-117/16 spojeny. K předběžným otázkám se ve spojeném řízení před Soudním dvorem písemně vyjádřily T Danmark, Y Denmark, Dánské království, Spolková republika Německo, Švédské království, Italská republika, Nizozemské království a Evropská komise. Jednání konaného dne 10. října 2017 – jež se týkalo také řízení ve věcech C-115/16, C-118/16, C-119/16 a C-299/16 – se účastnily T Danmark, Y Denmark, Dánské království, Spolková republika Německo, Lucemburské velkovévodství a Evropská komise.

V. Právní posouzení

A. K určení příjemce dividend v případě zneužití daňových předpisů osobou povinnou k dani (otázky 1 až 5)

31. Mezi zúčastněnými stranami je nesporné, že předmětné výplaty dividend v zásadě spadají do působnosti směrnice o mateřských a dceřiných společnostech. Dánsko by tedy jako stát usazení vyplácející společnosti měla v souladu s článkem 5 směrnice osvobodit dividendy od srážkové daně. Dánsko má ovšem za to, že odepření osvobození od srážkové daně je odůvodněno článkem 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech. Podle tohoto ustanovení nevylučuje směrnice použití vnitrostátních předpisů nebo smluvních ustanovení nezbytných k potlačení daňových úniků a zneužívání daňových předpisů.

32. Svými předběžnými otázkami 1 až 5 se předkládající soud sice primárně táže, zda se členský stát může opírat o čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech k potlačení daňových úniků a zneužívání daňových předpisů pouze tehdy, jestliže přijal vnitrostátní předpisy k jeho provedení (B.1), a je-li tomu tak, zda lze § 2 odst. 2 písm. c) zákona o korporální dani nebo právní úpravu obsaženou v SZDZ, kde se používá pojem „skutečný vlastník“, považovat za takové dostatečné provedení (B.2). Pokud tomu tak je, předkládající soud se táže, kdo a jak má pojem „skutečný vlastník“ vykládat.

33. Všechny tyto otázky ovšem dávají smysl jen tehdy, jsou-li podmínky stanovené v čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech vůbec splněny. Podmínkou pro to je, aby se Y Cyprus v projednávané věci dopustila daňového úniku nebo zneužila režim osvobození od srážkové daně. Proto je nutno nejprve odpovědět na pátou otázku.

34. V tomto směru objasním, jaké podmínky musí být splněny pro existenci zneužití daňových předpisů v oblasti působnosti směrnice o mateřských a dceřiných společnostech (2). Předtím budu zkoumat rozsah zákazu uplatnění srážkové daně na základě čl. 5 odst. 1 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech (1).

1. Myšlenka zákazu uplatnění srážkové daně podle čl. 5 odst. 1 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech

35. Jak vyplývá z třetího bodu odůvodnění směrnice o mateřských a dceřiných společnostech, je jejím cílem vytvořením společného daňového systému zamezit jakémukoli znevýhodnění spolupráce mezi společnostmi různých členských států oproti spolupráci mezi společnostmi téhož členského státu, a usnadnit tak seskupování společností na úrovni Unie. Tato směrnice tedy směřuje k zajištění daňové neutrality při rozdělování zisku dceřinou společností se sídlem v jednom z členských států její mateřské společnosti usazené v jiném členském státě⁵.

36. Pro tyto účely umožňuje čl. 4 odst. 1 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech členským státům volbu mezi dvěma systémy, a sice systémem osvobození a systémem odpočtu. V souladu s body 7 a 9 odůvodnění této směrnice totiž toto ustanovení upřesňuje, že pokud mateřská společnost obdrží z důvodu svého podílu na dceřině společnosti zisky rozdělené jinak než při likvidaci dceřině společnosti, upustí členský stát mateřské společnosti od zdanění těchto zisků, pokud tyto zisky nejsou

5 – Rozsudky ze dne 7. září 2017, Egiom a Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, bod 20), ze dne 17. května 2017, AFEP a další (C-365/16, EU:C:2017:378, bod 21), a ze dne 8. března 2017, Wereldhave Belgium a další (C-448/15, EU:C:2017:180, bod 25 a citovaná judikatura).

odečitatelné dceřinou společností, a zdaní tyto zisky, pokud jsou tyto zisky odečitatelné dceřinou společností, nebo tyto zisky zdaní s tím, že umožní mateřské společnosti odečíst od daně příslušnou část daně, která se vztahuje k těmto ziskům a kterou uhradila dceřiná společnost nebo vnukovská společnost⁶.

37. Účelem článku 4 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech je tedy zamezit tomu, aby rozdělované zisky vyplacené mateřské společnosti-rezidentovi dceřinou společností-nerezidentem byly zdaněny v prvním sledu u dceřiné společnosti ve státě jejího sídla a ve druhém sledu u mateřské společnosti ve státě jejího sídla⁷.

38. V článku 4 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech jde o hospodářské dvojí zdanění, neboť dividendy zpravidla pocházejí ze zdaněných příjmů dceřiné společnosti (jsou tedy již od počátku zatíženy korporační daní vybíranou členským státem) a patří k příjmu mateřské společnosti (a jsou tedy znovu zatíženy korporační daní jiného členského státu). V rámci většího koncernu tedy daňové zatížení závisí na počtu stupňů daného koncernu, které mají ve většině případů čistě organizační důvody. Článek 4 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech tedy zohledňuje i okolnost, že počet právnických osob se může libovolně zvyšovat, aniž by se změnilo osoby, které je kontrolují, a tedy i jejich zisky z jednání prostřednictvím těchto právnických osob.

39. Článek 5 odst. 1 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech tuto myšlenku doplňuje, když současně mají být k zajištění daňové neutrality osvobozeny od srážkové daně zisky, které dceřiná společnost vyplácí své mateřské společnosti⁸. Aby bylo zamezeno dvojímu zdanění, zakotvuje na tomto základě čl. 5 odst. 1 této směrnice zásadu zákazu uplatnění srážkové daně na zisk vyplácený dceřinou společností usazenou v jednom z členských států své mateřské společnosti usazené v jiném členském státě⁹.

40. Tím, že členským státům zakazuje uplatnění srážkové daně na zisk vyplácený dceřinou společností-rezidentem své mateřské společnosti-nerezidentovi, omezuje čl. 5 odst. 1 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech pravomoc členských států zdanit zisky rozdělované společnostmi usazenými na jejich území společností usazeným v jiném členském státě¹⁰. Členské státy proto nemohou jednostranně zavádět omezující opatření a podmínit osvobození od srážkové daně stanovené v uvedeném čl. 5 odst. 1 různými podmínkami¹¹. Nárok na osvobození od srážkové daně tudíž nezávisí na tom, zda jsou vlastníci podílů v mateřské společnosti usazeni v tuzemsku, nebo zda osoba vyplácející dividendy doloží další použití dividend jejich příjemcem.

41. V případě článku 5 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech jde o zamezení dalšímu (tentokrát spíše právnímu) dvojímu zdanění. Jak již totiž Soudní dvůr rozhodl, je v případě uplatnění srážkové daně ve skutečnosti zdaňován příjemce (v tomto případě dividend)¹². Uplatnění srážkové daně ve státě sídla společnosti vyplácející dividendy tedy není svébytným druhem zdanění, nýbrž pouze zvláštní zdaňovací technikou. Uplatnění srážkové daně na společnost vyplácející dividendy jejím státem sídla a „normální“ zdanění u příjemce dividend státem jeho sídla vede *per se* k dvojímu zdanění a zpravidla též ke znevýhodnění oproti zdanění v tuzemsku.

6 – Rozsudek ze dne 17. května 2017, X (C-68/15, EU:C:2017:379, bod 71), ze dne 17. května 2017, AFEP a další (C-365/16, EU:C:2017:378, bod 22), a ze dne 12. prosince 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, bod 44).

7 – Rozsudek ze dne 17. května 2017, AFEP a další (C-365/16, EU:C:2017:378, bod 24).

8 – Rozsudek ze dne 7. září 2017, Egiom a Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, bod 21).

9 – Rozsudek ze dne 7. září 2017, Egiom a Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, bod 22); v tomto smyslu srov. také rozsudek ze dne 17. října 1996, Denkavit a další (C-283/94, C-291/94 a C-292/94, EU:C:1996:387, bod 22), a ze dne 25. září 2003, Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495, bod 83).

10 – Rozsudek ze dne 7. září 2017, Egiom a Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, bod 23), v tomto smyslu viz též rozsudek ze dne 1. října 2009, Gaz de France – Berliner Investissement (C-247/08, EU:C:2009:600, bod 38).

11 – Rozsudek ze dne 7. září 2017, Egiom a Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, bod 24), usnesení ze dne 4. června 2009, KBC Bank a Beleggen, Risicokapitaal, Beheer (C-439/07 a C-499/07, EU:C:2009:339, bod 38 a citovaná judikatura).

12 – Rozsudky ze dne 24. června 2010, P. Ferrero a General Beverage Europe (C-338/08 a C-339/08, EU:C:2010:364, body 26 a 34), a ze dne 26. června 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, bod 52).

42. Právě v případě rozsáhlých koncernových struktur přesahujících několik hranic by se bez existence osvobození znásoboval výše nastíněný kaskádový účinek, pokud by se navíc pokaždé uplatnila srážková daň. Je nasnadě, že je v tom nutno spatřovat narušení vnitřního trhu.

43. Pro účely zamezení takovému kaskádovému hospodářskému a právnímu dvojímu zdanění je ovšem irelevantní, zda je příjemce dividend také „skutečným vlastníkem“ dividend nebo podobně. Relevantní je spíše to, zda byla společnost vyplácející dividendy zatížena korporací daní a příjemce dividend musí z dividend opět uhradit korporací daň. Totéž platí pro zákaz uplatnění srážkové daně. V tomto směru je rozhodující, zda příjmy z dividend podléhají korporací daní ve státě sídla.

44. Potud je vcelku logické, že pro účely směrnice o mateřských a dceřiných společnostech (na rozdíl od směrnice o úrocích a licenčních poplatcích¹³) je relevantní „jen“ to, že dceřiná společnost vyplácí dividendy své mateřské společnosti (od určité velikosti podílu). Vzhledem k tomu, že dividendy – na rozdíl od plateb úroků – v zásadě nejsou provozními výdaji snižujícími zisk, je rovněž logické, že směrnice o mateřských a dceřiných společnostech podle svého znění neobsahuje žádná další hmotněprávní kritéria (například pobírání dividend vlastním jménem a na vlastní účet a podobně).

45. Právo pobírat dividendy v konečném důsledku vyplývá z postavení společnosti, která je z hlediska práva společností mateřskou společností, jež může jednat pouze vlastním jménem. Také jednání na cizí účet je v takovéto situaci stěžejně představitelné. Každopádně je nelze dovodit z pouhé existence hlavní mateřské společnosti. Zahrnuty jsou tudíž všechny platby dividend prováděné dceřinou společností své mateřské společnosti usazené v jiném členském státě, jestliže společnost – jak je tomu nesporně v projednávaném případě – splňuje požadavky zakotvené v článku 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech.

46. Jediné omezení představuje čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech, který stanoví, že směrnice nevylučuje použití vnitrostátních předpisů nebo smluvních ustanovení nezbytných k potlačení daňových úniků a zneužívání daňových předpisů.

2. Pojem „zneužití“ v unijním právu

47. V článku 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech se odráží obecná zásada unijního práva, že se nikdo nesmí zneužívajícím nebo podvodným způsobem dovolávat práv zakotvených v unijním právním řádu¹⁴. Použití unijní právní úpravy totiž nesmí vést k tomu, že budou kryty zneužívající praktiky účastníků hospodářské soutěže, tj. operace, jež nejsou uskutečněny v rámci obvyklých obchodních podmínek, nýbrž pouze s cílem získat zneužívajícím způsobem výhody upravené unijním právem¹⁵.

13 – Směrnice 2003/49.

14 – Rozsudek ze dne 7. září 2017, Egiom a Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, bod 26), a stanovisko generální advokátky Kokott ve věci Egiom a Enka (C-6/16, EU:C:2017:34, bod 24).

15 – Rozsudky ze dne 22. listopadu 2017, Cussens a další (C-251/16, EU:C:2017:881, bod 27), ze dne 5. července 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, bod 38), ze dne 6. dubna 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, bod 20), ze dne 12. září 2006, Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, bod 35), ze dne 21. února 2006, Halifax a další (C-255/02, EU:C:2006:121, body 68 a 69), a ze dne 9. března 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, bod 24) a tam citovaná judikatura; viz též mé stanovisko ve věci Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, bod 57).

48. Znění tohoto ustanovení přitom nedává k pochopení pojmu „zneužití“ žádné bližší obrysy¹⁶. Jakožto ustanovení o výjimce však musí být čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech vykládán restriktivně¹⁷. Pokud jde o opatření za účelem potlačení zneužívání právních předpisů, vyžaduje to rovněž zejména zásada právní jistoty. Splní-li totiž jednotlivec všechny formální podmínky, aby mohl uplatnit své právo, může být pouze ve zvláštních případech přípustné toto právo odeprít na základě námítky vycházející ze zneužití práva.

49. Z dalších unijních směrnic však vyplývají příslušná vodítka, jak má být zneužití posouzeno. Například ve směrnici o fúzích¹⁸ je jako typický příklad existence takového motivu jmenován v jejím čl. 11 odst. 1 písm. a) druhé větě absence rozumných hospodářských důvodů pro danou transakci. Kromě toho definuje pojem „zneužití“ článek 6 směrnice – v rozhodných letech ještě nepoužitelné – kterou se stanoví pravidla proti praktikám vyhýbání se daňovým povinnostem, které mají přímý vliv na fungování vnitřního trhu¹⁹ (dále jen „směrnice 2016/1164“). Podle něj je rozhodující, zda existuje operace, jejímž hlavním důvodem nebo jedním z hlavních důvodů jejího uskutečnění je získání daňové výhody, která maří předmět nebo účel příslušného daňového práva. Podle odstavce 2 se operace nepovažuje za skutečnou do té míry, v jaké nebyla uskutečněna z čistě hospodářských důvodů odražejících ekonomickou realitu.

50. Soudní dvůr již opakovaně rozhodl, že k tomu, aby omezení svobody usazování mohlo být odůvodněno bojem proti zneužívání, musí být specifickým cílem takového omezení zabránit jednání spočívajícímu ve vytváření čistě vykonstruovaných operací zbavených hospodářské podstaty s cílem vyhnout se dani obvykle dlužné ze zisků z činností vykonávaných v tuzemsku²⁰. Jak již Soudní dvůr také opakovaně konstatoval, není třeba určit, že získání daňového zvýhodnění dotčených plnění je jediným cílem²¹, ale stačí, že hlavním účelem dotčeného plnění je získání daňového zvýhodnění²².

51. Tato judikatura Soudního dvora obsahuje dva prvky, které se vzájemně podmiňují. Na jedné straně nejsou již od počátku uznávány čistě umělé operace, které se v konečném důsledku uskutečňují jen na papíře. Kromě toho je rozhodující význam přiznáván obcházení daňových zákonů, kterého lze dosáhnout rovněž na základě konstrukcí, které existují v hospodářské realitě. Druhá skupina je pravděpodobněji častější a je nyní také výslovně upravena v novém článku 6 směrnice 2016/1164. Rovněž sám Soudní dvůr má v nedávném rozhodnutí za to, že čistě umělý charakter představuje pouze jednu okolnost pro závěr, že hlavním sledovaným cílem je získání daňové výhody²³.

16 – Srov. naproti tomu např. článek 15 směrnice Rady 2009/133/ES ze dne 19. října 2009 (směrnice o fúzích, Úř. věst. 2009, L 310, s. 34).

17 – Srov. rozsudky ze dne 17. října 1996, Denkavit a další (C-283/94, C-291/94 a C-292/94, EU:C:1996:387, bod 27), ze dne 17. července 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, body 38 a 39), ze dne 5. července 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, bod 37), ze dne 11. prosince 2008, A. T. (C-285/07, EU:C:2008:705, bod 31), ze dne 20. května 2010, Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282, bod 46), a ze dne 10. listopadu 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, bod 44).

18 – Směrnice Rady 90/434/EHS ze dne 23. července 1990 o společném systému zdanění při fúzích, rozděleních, převodech aktiv a výměně akcií týkajících se společností z různých členských států (Úř. věst. 1990, L 225, s. 1; Zvl. vyd. 09/01, s. 142).

19 – Směrnice Rady (EU) 2016/1164 ze dne 12. července 2016, kterou se stanoví pravidla proti praktikám vyhýbání se daňovým povinnostem, které mají přímý vliv na fungování vnitřního trhu (Úř. věst. 2016, L 193, s. 1).

20 – Rozsudky ze dne 20. prosince 2017, Deister Holding a Juhler Holding (C-504/16 a C-613/16, EU:C:2017:1009, bod 60), ze dne 17. prosince 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, bod 35), ze dne 18. června 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, bod 64), ze dne 13. března 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, bod 74), obdobně rozsudek ze dne 12. září 2006, Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, bod 55).

21 – Viz ještě rozsudky ze dne 20. června 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, bod 46), ze dne 12. července 2012, J. J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard (C-326/11, EU:C:2012:461, bod 35), ze dne 27. října 2011, Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707, bod 51), a ze dne 22. května 2008, Ampliscientifica a Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, bod 28).

22 – Pro právo nepřímých daní: rozsudky ze dne 22. listopadu 2017, Cussens a další (C-251/16, EU:C:2017:881, bod 53), ze dne 17. prosince 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, bod 36), a ze dne 21. února 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, bod 45); v oblasti působnosti směrnice o fúzích obdobně rozsudek ze dne 10. listopadu 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, body 35 a 36).

23 – Takto výslovně rozsudek ze dne 22. listopadu 2017, Cussens a další (C-251/16, EU:C:2017:881, bod 60).

52. Existence zneužití tak závisí na celkovém posouzení všech okolností daného konkrétního případu, jejichž zjištění přísluší příslušným vnitrostátním orgánům a musí být soudně přezkoumatelné²⁴. Zajisté platí, že toto celkové posouzení musí provést předkládající soud²⁵. Za účelem určení, zda jsou operace prováděny v rámci obvyklých obchodních transakcí, nebo zda jen slouží účelu získat zneužívajícím způsobem výhody upravené unijním právem²⁶, však může Soudní dvůr poskytnout předkládajícímu soudu užitečná vodítka²⁷.

3. Kritéria pro projednávaný případ

a) K existenci čistě vykonstruované operace

53. Soudní dvůr nemůže posoudit, zda je dána čistě vykonstruovaná operace zbavená hospodářské podstaty. Skutečnosti sdělené předkládajícím soudem nejsou pro tento účel zdaleka dostačující. Kromě toho je posouzení takovýchto skutečností věcí předkládajícího soudu. Soudní dvůr může poskytnout pouze vodítka.

54. O čistě vykonstruované operaci zbavenou hospodářské podstaty by se v daném případě za určitých okolností jednat mohlo. Pro to hovoří skutečnosti sdělené předkládajícím soudem. Společnost Y Cyprus například nemá žádné zaměstnance a patrně ani vlastní kancelářské prostory. Tato společnost tudíž neměla ani personální výdaje, ani výdaje související s užíváním kancelářských prostor. Ani odměna vyplácená členům správní rady nenasvědčuje tomu, že by společnost vykonávala rozsáhlé aktivity. Ze správy majetku také patrně dosaženo žádného vlastního příjmu. To vše navozuje dojem, že se jedná o umělou konstrukci. Fyzická osoba by za těchto okolností již dávno svou hospodářskou činnost ukončila.

55. Přestože Soudní dvůr před nedávnem rozhodl, že okolnost, že činnost společnosti spočívá pouze ve správě aktiv a příjmy pocházejí jen z této správy, nemůže sama o sobě znamenat existenci čistě vykonstruované operace zbavené jakékoliv hospodářské podstaty²⁸, přesto zde přetrvávají pochybnosti, zda činnosti kyperské společnosti neprobíhají pouze na papíře, pokud společnosti z její funkce řízení finančních prostředků neplynou vůbec žádné příjmy.

56. Vzhledem k tomu, že zejména společnosti spravující majetek z podstaty věci vykonávají (nebo mohou vykonávat) málo činností, je nezbytné na toto kritérium klást jen nízké požadavky. Pokud však platně založená společnost nedisponuje odpovídajícími věcnými a osobními prostředky, aby mohla sama vlastními silami naplňovat svůj cíl (činnosti řízení finančních prostředků), pak lze hovořit o konstrukci zbavené jakékoliv hospodářské podstaty. To platí zejména tehdy, není-li tato společnost ze strukturálního hlediska schopna generovat vlastní příjmy, které by jí to umožňovaly.

24 – Rozsudek ze dne 17. července 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, bod 41), a mé stanovisko ve věci Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, bod 60).

25 – Viz též rozsudky ze dne 22. listopadu 2017, Cussens a další (C-251/16, EU:C:2017:881, bod 59), a ze dne 20. června 2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, bod 49).

26 – Rozsudky ze dne 12. září 2006, Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, bod 35), ze dne 6. dubna 2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, bod 20), ze dne 21. února 2006, Halifax a další (C-255/02, EU:C:2006:121, body 68 a 69), ze dne 9. března 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, bod 24 a citovaná judikatura), viz též mé stanovisko ve věci Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, bod 57).

27 – Rozsudky ze dne 17. prosince 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, bod 34), ze dne 21. února 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, bod 56), a ze dne 21. února 2006, Halifax a další (C-255/02, EU:C:2006:121, bod 77).

28 – Rozsudek ze dne 20. prosince 2017, Deister Holding a Juhler Holding (C-504/16 a C-613/16, EU:C:2017:1009, bod 73).

57. Právnícká osoba, která je natolik pasivní, že se jakákoli myslitelná účast na hospodářském styku uskutečňuje nanejvýš prostřednictvím třetích osob, a která nevykonává žádné vlastní činnosti, a tudíž ani negeneruje žádné vlastní příjmy ani náklady, může být podle mého názoru označena za čisté umělou konstrukci. V konečném důsledku se ale jedná o skutkovou otázku, o které musí rozhodnout předkládající soud.

b) Nedaňové skutečnosti, které je třeba zohlednit

58. Dále lze nehledě na toto posouzení skutkového stavu i mimo rámec čistě vykonstruované operace zbavené jakékoli hospodářské podstaty hovořit o konstrukci zneužívající daňový režim, jak rovněž vyplývá ze znění nového článku 6 směrnice 2016/1164. Potud mohou být v projednávaném případě významná i další kritéria, zejména nedaňové skutečnosti, které je třeba zohlednit.

59. V tomto směru již také Soudní dvůr ohledně směrnice o mateřských a dceřiných společnostech rozhodl, že konstrukce, jejichž jediným účelem je získat prospěch z daňových zvýhodnění upravených směrnicí, jsou formou zneužití²⁹. Potud platí také pro směrnici o mateřských a dceřiných společnostech, že pro danou konstrukci musejí existovat hospodářské důvody. Pouhé úsilí o čisté daňové zvýhodnění bez vztahu k hospodářské realitě chráněno není³⁰.

60. Tímto je v projednávaném případě třeba přiznat zvláštní význam jiným kritériím, zejména nedaňovým skutečnostem, které je nezbytné zohlednit.

61. Z judikatury Soudního dvora vyplývá, že umístění statutárního či skutečného sídla společnosti v souladu s právními předpisy některého členského státu s cílem využít výhodnějších právních předpisů není jako takové zneužitím³¹. Pouhá skutečnost, že do podnikatelské operace se zahraničními investory, o kterou jde v projednávaném případě, byly také zapojeny společnosti z Kypru, nemůže ještě vést k závěru, že jde o zneužití daňových předpisů.

62. Dále, pokud má osoba povinná k dani možnost se rozhodnout mezi dvěma plněními, není povinna si zvolit plnění, s nímž je spojeno placení vyšší částky daně, ale naopak má právo na volbu struktury své činnosti tak, aby omezila svůj daňový dluh³². Z judikatury Soudního dvora dále vyplývá, že osoby povinné k dani jsou obecně oprávněny zvolit si organizační struktury a podmínky transakcí, které považují za nejvhodnější pro své hospodářské činnosti a pro účely omezení svého daňového zatížení³³. Pouze z toho důvodu, že v tomto případě byla zvolena taková struktura operace, která nevede k nejvyššímu daňovému zatížení (v tomto případě dodatečné a definitivní uplatnění srážkové daně), nemůže mít za následek, že tato struktura operace bude označena za zneužívání daňových předpisů.

29 – Srov. rozsudek ze dne 17. října 1996, Denkavit a další (C-283/94, C-291/94 a C-292/94, EU:C:1996:387, bod 31).

30 – Rozsudek ze dne 7. září 2017, Egiom a Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, bod 26), srov. ke směrnici o fúzích rozsudky ze dne 17. července 1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, bod 47), a ze dne 10. listopadu 2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, bod 34).

31 – Srov. rozsudky ze dne 25. října 2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, bod 40), ze dne 30. září 2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, bod 96), a ze dne 9. března 1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, bod 27).

32 – Rozsudky ze dne 17. prosince 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, bod 42), ze dne 22. prosince 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, bod 27), ze dne 21. února 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, bod 47), a ze dne 21. února 2006, Halifax a další (C-255/02, EU:C:2006:121, bod 73).

33 – Rozsudky ze dne 17. prosince 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, bod 42), a ze dne 22. prosince 2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, bod 53).

63. Dále – nehledě na čistě vykonstruovanou operaci zbavenou jakékoli hospodářské podstaty – skutečnost, že občan Unie, fyzická nebo právnická osoba, měl v úmyslu využít výhodného zdanění platného v jiném členském státě než ve státě svého bydliště nebo sídla, sama o sobě neumožňuje zbavit jej možnosti dovolávat se ustanovení Smlouvy³⁴. Struktura operace (jako v projednávaném případě), která je spojena s členským státem, který neuplatňuje srážkovou daň, tedy nemůže být pouze z tohoto důvodu označena za zneužití daňových předpisů.

64. V tomto ohledu zahrnuje svoboda usazování rovněž volbu členského státu, který příslušnému podniku nabídne z jeho pohledu nejlepší daňové podmínky. Jestliže tato zásada platí již ve výrazně harmonizovanějším právu upravujícím daň z přidané hodnoty³⁵, potom se tím spíše uplatní v právu upravujícím daň z příjmů, které není v takovém rozsahu harmonizováno a v jehož případě jsou rozdíly v daňových právních rádech³⁶ jednotlivých členských států v unijním právu zamýšleny, resp. politicky vědomě akceptovány.

65. Soudní dvůr dále objasnil, že daňové osvobození dividend stanovené v unijním právu nezávisí na původu nebo místě sídla vlastníků podílů, protože toto ve směrnici o mateřských a dceřiných společnostech není relevantní³⁷. Ani skutečnost, že vlastník podílů ve společnosti Y Denmark je usazen na Kypru nebo že vlastník podílů v její mateřské společnosti je usazen v třetím státě (v projednávaném případě na Bermudách), nelze při izolovaném posouzení považovat za zneužití daňových předpisů.

c) K obcházení účelu zákona

66. Významnější je skutečnost, že koneční příjemci mají často své sídlo v určitých třetích státech (zpravidla na určitých menších ostrovech, jako jsou Kajmanské ostrovy³⁸, Jersey³⁹ nebo jako v projednávané věci Bermudy), jež jsou známy tím, že nespolupracují s ostatními finančními orgány. To by případně mohlo poukazovat na neobvyklý postup jako celek, jehož hospodářský důvod není na první pohled patrný.

67. Proto by v projednávané věci bylo možné považovat zvolenou konstrukci za zneužití daňových předpisů, a to ani ne tak z důvodu „zapojení“ kyperské společnosti, jako spíše z důvodu „rezidence“ konečných příjemců platby v určitých třetích státech (v projednávaném případě na Bermudách). Na tomto místě je třeba přiznat zvláštní význam účelu operace, případně účelu obcházeného daňového zákona (zde zdanění v Dánsku).

1) Obcházení výběru dánské daně z příjmu?

68. Nejprve je třeba konstatovat, že Dánsko nebylo připraveno o možnost zdanění zisku dosaženého provozní společností (Y Denmark). Tento zisk byl zcela běžným způsobem zdaněn v místě sídla (tj. v Dánsku). Dividendy jsou tedy od počátku zatíženy dánskou korporační daní.

34 – Rozsudek ze dne 12. září 2006, Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, bod 36), v tomto smyslu srov. rozsudek ze dne 11. prosince 2003, Barbier (C-364/01, EU:C:2003:665, bod 71).

35 – Rozsudky ze dne 17. prosince 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, bod 42), a ze dne 22. prosince 2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, bod 53).

36 – Srov. rozsudek ze dne 12. září 2006, Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, bod 36); k rozdílu v daňových sazbách, přípustnému z hlediska unijního práva dokonce i v harmonizovaném daňovém právu, viz též rozsudek ze dne 17. prosince 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, body 39 a 40).

37 – Rozsudek ze dne 20. prosince 2017, Deister Holding a Juhler Holding (C-504/16 a C-613/16, EU:C:2017:1009, bod 66).

38 – Jak je tomu ve věci C-119/16.

39 – Jak je tomu ve věci C-299/16.

69. Kyperská společnost má na Kypru neomezenou daňovou povinnost a její příjmy v tomto státě podléhají korporální dani. Nic na tom nemění skutečnost, že tato společnost neměla v předmětných letech žádné kladné příjmy. Tím jsou splněny podmínky článku 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech. Osvobození dividend na Kypru od daně odpovídá myšlence směrnice a zohledňuje prvotní zatížení dánskou korporální daní.

70. V tomto ohledu je irelevantní, že Kypr neuplatňuje žádnou srážkovou daň, jsou-li dividendy vypláceny vlastníkům podílů v třetích státech. Toto rozhodnutí je důsledkem daňové svrchovanosti každého státu. Pokud je v Unii z důvodu chybějící harmonizace daní z příjmů přípustná daňová soutěž mezi členskými státy navzájem, nemůže být osobě povinné k dani vytýkáno, že také reálně (tj. nikoliv jen na papíře) využila výhod usazení v jednotlivých členských státech.

2) Zabránění využití nedostatku informací v přeshraničním styku

71. Při bližším posouzení je začleněním kyperské společnosti dosaženo v konečném důsledku „pouze“ toho, že nebude uplatněna srážková daň z vyplácených dividend v Dánsku. Jak však již bylo uvedeno výše (bod 41), je ale v případě srážkové daně ve skutečnosti zdaňován příjemce (v tomto případě dividend)⁴⁰. To se provádí tak, že plátce musí již v okamžiku výplaty provést srážku z určité části příjmů.

72. Srážková daň ve státě sídla plátce dividend tudíž nepředstavuje žádnou zvláštní daň, nýbrž pouze zvláštní zdaňovací techniku, aby bylo v zásadě zajištěno (minimální) zdanění příjemce dividend. Zejména ve vztazích se zahraničním prvkem totiž není vždy zajištěno, aby příjemce své příjmy řádně zdanil. Zpravidla se totiž stát sídla příjemce dividend zřídkakdy dozví něco o jeho příjmech ze zahraničí, pokud mezi finančními orgány, jako je tomu v současné době v Unii, neexistují funkční systémy výměny dat.

73. Za účelem přijetí závěru, že se jedná o obcházení účelu tohoto zákona (zajištění zdanění příjemce dividend), by tedy musely být splněny dvě podmínky. Zaprvé musí v případě přímé výplaty existovat daňový nárok Dánska (viz bod 88 a násl.). A zadruhé musí existovat riziko nezdanění z důvodu neuvedení těchto příjmů ve státě příjemce.

74. Pokud by za důvod zvolené struktury operace měla být považována skutečnost, že dividendy jsou investorům vypláceny přes třetí stát, aby jejich státy sídla neobdržely žádné informace o jejich příjmech, pak tato celková konstrukce představuje podle mého názoru zneužití daňových předpisů.

75. Taková výtká zneužití daňových předpisů by naproti tomu mohla být vyvrácena, pokud by kapitálové fondy poskytl státům, kde se nachází sídlo investorů, příslušné daňové informace nebo stát sídla kapitálových fondů by měl k dispozici příslušné informace a tyto informace předal příslušným státům. Takováto podniková struktura by v tomto případě nebyla v rozporu s účelem neodvedení srážkové daně (k tomu výše bod 72). Soud musí rovněž toto zahrnout do svého celkového hodnocení.

76. Pokud by měl být účel konstrukce spatřován v tom, že z dividend evropských koncernových společností bude vytvořen daňově neutrální soubor, který bude dále převeden na mateřskou společnost, která jej řádně zdaní ve státě svého sídla (zde Spojené státy), lze jen sotva hovořit o zneužití daňových předpisů. To platí zejména, pokud by v případě přímého vyplácení dividend ve prospěch mateřské společnosti usazené ve Spojených státech nebyla dlužná žádná srážková daň, protože existuje příslušná SZDZ.

40 – Rozsudky ze dne 24. června 2010, P. Ferrero a General Beverage Europe (C-338/08 a C-339/08, EU:C:2010:364, body 26 a 34), a ze dne 26. června 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, bod 52).

d) Odpověď na otázku 5

77. Při vyhýbání se srážkové dani z výplaty dividend společností se sídlem ve třetích státech přichází do úvahy primárně vyhýbání se zdanění dividend u skutečných příjemců. Zneužití daňových předpisů lze v tomto případě konstatovat zejména tehdy, pokud zvolená struktura podniku slouží k využití informačních nedostatků mezi zúčastněnými státy, aby se zabránilo efektivnímu zdanění těchto vlastníků podílů. To musí posoudit předkládající soud.

4. Výklad směrnice o mateřských a dceřiných společnostech ve světle komentářů k vzorové smlouvě OECD? (otázky 3 a 4)

78. Předkládající soud se svými otázkami 3 a 4 mimo jiné táže, zda je pro odepření osvobození od srážkové daně vyplývajícího ze směrnice o mateřských a dceřiných společnostech na základě mezinárodní smlouvy uzavřené mezi Dánskem a jiným státem (tj. SZDZ) třeba vycházet ze základního chápání unijního práva, jež podléhá přezkumu Soudním dvorem. Dále by chtěl předkládající soud vědět, zda je třeba pro účely konformního výkladu zohlednit také komentáře ke vzorovým smlouvám OECD, a pokud ano, zda je třeba zohlednit také komentáře ke vzorové smlouvě OECD, která byla vypracována po přijetí směrnice.

79. V pozdějších komentářích ke vzorové smlouvě OECD se totiž tzv. prostřednické společnosti obvykle nepovažují za skutečné vlastníky, pokud – ačkoliv jsou formálními skutečnými vlastníky – mají ve skutečnosti velmi omezená oprávnění, která z nich ve vztahu k dotčeným příjmům činí jen fiduciáře nebo správce majetku, kteří jednájí na účet zúčastněných stran.

80. Chce-li členský stát omezit osvobození od daně vyplývající z unijního práva k tíži jednotlivce, musí být tato omezující úprava vykládána vždy ve světle unijního práva. Aby tedy mohla být předkládajícímu soudu dána užitečná odpověď, je třeba vyložit směrnicí o mateřských a dceřiných společnostech. Pro tento výklad unijního práva by mohly být použity i vzorové smlouvy OECD a komentáře k vzorovým smlouvám OECD.

81. Vzorové smlouvy OECD však nejsou ani unijním právem, ani právně závazné pro Soudní dvůr. Nejsou mnohostrannými mezinárodními smlouvami, ale jednostrannými akty mezinárodní organizace ve formě doporučení svým členským státům. Také dle názoru samotné OECD nejsou tato doporučení závazná; naopak členské státy musí dle jednacího řádu OECD tato doporučení přezkoumat v tom smyslu, zda považují dodržování těchto doporučení za vhodné⁴¹. To platí tím spíše pro komentáře, které OECD vydává k těmto doporučením a které v konečném důsledku obsahují jen právní názory.

82. Podle ustálené judikatury však není nepřiměřené, pokud se členské státy při vyváženém rozdělení daňových pravomocí inspiřují mezinárodní praxí, která se odráží ve vzorových smlouvách⁴². Toto platí rovněž pro inspiraci mezinárodním právním názorem, který se může odrážet v komentářích ke vzorové smlouvě OECD.

41 – Rule 18 lit. b jednacího řádu OECD: „Recommendations of the Organisation, made by the Council in accordance with Articles 5, 6 and 7 of the Convention, shall be submitted to the Members for consideration in order that they may, if they consider it opportune, provide for their implementation“. Dostupný na <https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20Procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf>.

42 – Rozsudky ze dne 15. května 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, bod 22), ze dne 13. března 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, bod 49), ze dne 7. září 2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, bod 45), ze dne 12. května 1998, Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, bod 31), ze dne 23. února 2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, bod 48), viz ale také rozsudek ze dne 16. května 2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, bod 67).

83. Na výklad směrnice EU (a tedy ani na konformní výklad vnitrostátního práva) však nemohou mít komentáře ke vzorovým smlouvám OECD přímý vliv. V tomto ohledu tyto komentáře představují jen názor těch osob, které vypracovávaly vzorové smlouvy OECD, ale nikoliv názor parlamentních zákonodárců, nebo dokonce unijního normotvůrce. Pouze pokud by mělo ze znění a z historie vzniku směrnice vyplývat, že se unijní normotvůrce inspiroval zněním vzorové smlouvy OECD a (tehdejšími) komentáři k této vzorové smlouvě OECD, mohl by být podobný výklad namístě.

84. Proto již také Soudní dvůr konstatoval, že ustanovení SZDZ, které je vykládáno ve světle komentářů OECD k její příslušné vzorové smlouvě, nemůže omezit unijní právo⁴³. To platí obzvláště pro změny vzorové smlouvy OECD a pro komentáře zveřejněné teprve po přijetí směrnice. V opačném případě by to byly smluvní státy OECD, které by rozhodovaly o výkladu směrnice EU.

85. Na předběžné otázky 3 a 4 tedy lze odpovědět, že směrnice o mateřských a dceřiných společnostech musí být vykládána z hlediska unijního práva autonomně a nezávisle na článku 10 vzorové smlouvy OECD z roku 1977 nebo v pozdějších zněních.

86. Nadto byla ve výsledku nastolena další otázka, zda musí být pojem „příjemce dividend“ ve smyslu směrnice o mateřských a dceřiných společnostech vykládán stejně jako pojem „skutečný vlastník“ ve smyslu směrnice o úrocích a licenčních poplatcích. I na tuto otázku lze odpovědět záporně, neboť jak bylo uvedeno výše (bod 35), sleduje směrnice o mateřských a dceřiných společnostech jiný přístup než směrnice o úrocích a licenčních poplatcích, a proto vědomě nepoužívá pojem „skutečný vlastník“.

B. K údajím o skutečném příjemci dividend (otázka 8)

87. Podstatou osmé otázky předkládajícího soudu je, zda členský stát, který nehodlá uznat, že příjemce dividend je také příjemcem ve smyslu směrnice o mateřských a dceřiných společnostech, jelikož se jedná o tzv. umělou prostřednickou společnost, je povinen sdělit, koho považuje za skutečného příjemce. Tím vznáší předkládající soud otázku týkající se důkazního břemene ohledně existence zneužití daňových předpisů.

88. Zneužití právních konstrukcí předpokládá, že byla zvolena legální konstrukce, která se odlišuje od obvykle zvolených konstrukcí a vede k *výhodnějšímu výsledku* než „obvyklá“ konstrukce. Za „obvyklou konstrukcí“ by bylo možné v projednávaném případě považovat přímé vyplacení dividend mezi kapitálovými fondy a žalobkyní v původním řízení. Tato „obvyklá“ konstrukce by také musela mít za následek vyšší daňovou zátěž.

89. Skutečnost, že zvolený postup je daňově výhodnější než obvyklá konstrukce, je povinna zásadně doložit finanční správa, přičemž osoba povinná k dani může mít povinnost určité součinnosti. Osoba povinná k dani však může „případně předložit důkazy o ekonomických důvodech, pro které byla dotčená transakce uzavřena“⁴⁴. Pokud z nich vyplýne, že hlavním účelem⁴⁵ není vyhýbání se daňovým povinnostem, které by za běžných okolností vznikly, nemůže být zvolený postup považován za zneužití daňových předpisů, a to i z toho důvodu, že stát osobě povinné k dani tyto právní konstrukce sám dává k dispozici.

43 – Rozsudek ze dne 19. ledna 2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, body 50 a 56).

44 – Rozsudek ze dne 13. března 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, bod 92).

45 – Rozsudky ze dne 22. listopadu 2017, Cussens a další (C-251/16, EU:C:2017:881, bod 53), ze dne 17. prosince 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, bod 36), a ze dne 21. února 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, bod 45).

90. Z judikatury Soudního dvora⁴⁶ dále vyplývá, že konstatování zneužití daňových předpisů má za následek, že je určena podoba situace, která by existovala v případě neexistence plnění představujících takové zneužití, a poté je tato situace posouzena po změně kvalifikace s ohledem na příslušná ustanovení vnitrostátního a unijního práva. Pro to však musí být jasné, kdo je skutečným příjemcem dividend.

91. Z tohoto důvodu se může z dánského pohledu jednat o zneužití daňových předpisů ve smyslu čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech jen tehdy, kdyby v případě přímého vyplacení dividend došlo k odpovídajícímu zdanění v Dánsku. Toto je však podle dánského práva vyloučeno, pokud by při nezohlednění tzv. zprostředkující společnosti byl skutečným příjemcem dividend i podnik se sídlem v jiném členském státě nebo by příjemce dividend měl sídlo ve státě, se kterým Dánsko uzavřelo SZDZ. Kdyby za skutečného příjemce dividend neměly být považovány například společnost Y Bermuda či společnost Y Cyprus, nýbrž koncernová mateřská společnost usazená ve Spojených státech, byla by tato situace podle dánského práva také osvobozena od srážkové daně.

92. Z těchto důvodů lze na otázku 8 odpovědět tak, že členský stát, který nehodlá uznat, že společnost se sídlem v jiném členském státě, které byly vyplaceny dividendy, je příjemcem dividendy, musí ke konstatování, že došlo ke zneužití daňových předpisů, v zásadě určit, kdo je podle jeho názoru skutečným příjemcem dividendy. Toto je nezbytné, aby bylo možné zjistit, zda je vůbec prostřednictvím konstrukce, která je považována za zneužití daňových předpisů, dosaženo daňově výhodnějšího výsledku. Zejména v případě zahraničních skutkových okolností je však možné po osobě povinné k dani vyžadovat zvýšenou povinnost součinnosti.

C. K dovolání se čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech (otázky 1, 1.1 a 2)

93. Svými otázkami 1, 1.1 a 2 se předkládající soud ve výsledku táže, zda (1) se Dánsko může přímo dovolat čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech, aby osobě povinné k dani odepřelo osvobození od srážkové daně stanovené v čl. 5 odst. 1 uvedené směrnice. Pokud tomu tak není, je nezbytné vyjasnit, zda (2) Dánsko do svého vnitrostátního práva dostatečně provedlo čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech.

1. Směrnice není přímo použitelná za účelem vzniku povinností k tíži jednotlivce

94. Pokud by se mělo s ohledem na výše uvedená kritéria v projednávaném případě přece jen jednat o zneužití daňových předpisů ve smyslu čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech, vyznačuje se projednávaný případ tou zvláštností, že dánské právo neznalo žádné zvláštní ustanovení, kterým by bylo toto ustanovení provedeno. Dle předkládajícího soudu rovněž neexistovalo žádné obecné zákonné ustanovení o zamezení zneužití daňových předpisů. Z tohoto důvodu se některé zúčastněné strany domnívají, že jim nelze odepřít osvobození od daně plynoucí z vnitrostátního práva, a to i kdyby bylo konstatováno zneužití daňových předpisů.

95. Formální převzetí ustanovení směrnice (zde čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech) do zvláštních právních předpisů vnitrostátního práva však není vždy nezbytné. K provedení směrnice rovněž může v závislosti na jejím obsahu v určitých případech postačovat všeobecný právní kontext včetně obecných zásad vnitrostátního ústavního nebo správního práva, pokud je tímto zaručeno dostatečně přesně a jasně plné uplatnění směrnice⁴⁷.

46 – Rozsudky ze dne 22. listopadu 2017, Cussens a další (C-251/16, EU:C:2017:881, bod 47), ze dne 17. prosince 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, bod 52), a ze dne 21. února 2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, bod 58).

47 – V tomto smyslu viz ustálenou judikaturu, srov. např. rozsudky ze dne 5. července 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, bod 44), ze dne 6. dubna 2006, Komise v. Rakousko (C-428/04, EU:C:2006:238, bod 99), ze dne 16. června 2005, Komise v. Itálie (C-456/03, EU:C:2005:388, bod 51), a mé stanovisko ve věci Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, bod 62).

96. V řízení o předběžné otázce zmiňuje předkládající soud existenci dvou zásad (tzv. doktrínu skutečného stavu a zásadu „skutečného příjemce příjmů“). Zúčastněné strany se však shodují na tom, že tyto zásady nejsou v tomto případě relevantní, neboť dividendy byly skutečně formálně nejprve vyplaceny kyperské společnosti.

97. Článek 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech však dovoluje členským státům odpovídající stíhání zneužívání daňových předpisů. To rovněž odpovídá praxi v celé Unii. Téměř všechny členské státy tak upravily určité nástroje, aby zabránily zneužití práva s cílem vyhnout se placení daní⁴⁸. Tím panuje i ve vnitrostátních právních rádech shoda, že použití práva nesmí jít tak daleko, že by musely být tolerovány takové praktiky hospodářských subjektů, které znamenají zneužití daňových předpisů. Tato zásada⁴⁹ uznaná v celé Unii je nyní také vyjádřena v článku 6 směrnice 2016/1164.

98. Všechny vnitrostátní úpravy bez ohledu na to, zda byly či nebyly přijaty za účelem provedení směrnice o mateřských a dceřiných společnostech, je tedy třeba v tomto ohledu vždy vykládat a použít v souladu s touto obecnou právní zásadou a obzvláště se zněním a cíli směrnice o mateřských a dceřiných společnostech, jakož i jejího čl. 1 odst. 2⁵⁰. Proti výkladu vnitrostátního práva v souladu s unijním právem nehovoří skutečnost, že tento výklad může být k tíži jednotlivce. Nepřímé použití unijního práva, tj. prostřednictvím ustanovení vnitrostátního práva, k tíži jednotlivce je totiž přípustné⁵¹.

99. Dánské orgány se pouze nemohou k tíži žalobkyně dovolávat přímé použitelnosti čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech, a to i z důvodů právní jistoty⁵². Členský stát se nemůže vůči jednotlivci dovolávat ustanovení směrnice, která sám neprovedl do svého práva⁵³. Podle ustálené judikatury totiž směrnice nemůže sama o sobě zakládat povinnosti jednotlivcům, a nelze se jí tedy jako takové proti jednotlivci dovolávat⁵⁴. Takovýto členský stát by se totiž sám dopustil „zneužití práva“. Na jednu stranu by neprovedl do svého práva směrnici, která mu byla určena (ačkoliv tak učinit mohl), na druhou stranu by se odvolával na možnost určenou k potlačení zneužívání daňových předpisů, která je obsažena v neprovedené směrnici.

100. Stejně tak se nemohou příslušné orgány v původním řízení vůči jednotlivci přímo dovolávat obecné zásady unijního práva, podle které není zneužití práva přípustné. Každopádně v případech, které spadají do oblasti působnosti směrnice o mateřských a dceřiných společnostech, je totiž taková zásada specificky vyjádřena a konkretizována v čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných

48 – Členské státy mají k dispozici částečně obecná ujednání k zamezení zneužívajícího jednání, jako je ve Spolkové republice Německo ustanovení § 42 poplatkového řádu, v Lucembursku ustanovení § 6 zákona o přízpůsobení daní, v Belgii článek 344 §1er code des impôts sur les revenus (zákon o dani z příjmů), ve Švédsku článek 2 zákona 1995: 575 nebo ve Finsku článek 28 zákona o dani z příjmů, částečně existují zvláštní úpravy (jak je tomu v Dánsku ve vztahu k zúčtováním cenám podle § 2 Ligningslovens [zákon o stanovení daní]) nebo obecné právní zásady (ve Spolkové republice Německo by se jednalo o zásadu týkající se přístupu založeného na posouzení ekonomických hledisek, kterou je možné mimo jiné vyvodit z ustanovení § 39 a násl. poplatkového řádu).

49 – Srov. jen rozsudky ze dne 22. listopadu 2017, Cussens a další (C-251/16, EU:C:2017:881, bod 27), ze dne 21. února 2006, Halifax a další (C-255/02, EU:C:2006:121, bod 68), ze dne 3. března 2005, Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, bod 32), ze dne 14. prosince 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, bod 51), a ze dne 23. března 2000, Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, bod 33).

50 – K povinnosti vnitrostátních soudů vykládat vnitrostátní právo v souladu se směrnicí, viz ustálená judikatura, a zejména rozsudky ze dne 4. července 2006, Adeneler a další (C-212/04, EU:C:2006:443, bod 108 a násl.), ze dne 5. října 2004, Pfeiffer a další (C-397/01 až C-403/01, EU:C:2004:584, bod 113 a násl.), a ze dne 10. dubna 1984, von Colson a Kamann (14/83, EU:C:1984:153, bod 26).

51 – Rozsudky ze dne 5. července 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, bod 45), ze dne 7. ledna 2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, bod 57), ze dne 14. července 1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, body 20, 25 a 26), a ze dne 13. listopadu 1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, body 6 a 8), a mé stanovisko ve věci Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, bod 65).

52 – Takto výslovně rozsudek ze dne 5. července 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, bod 42).

53 – Rozsudky ze dne 22. listopadu 2017, Cussens a další (C-251/16, EU:C:2017:881, bod 49), ze dne 21. září 2017, DNB Banka (C-326/15, EU:C:2017:719, bod 41), ze dne 5. července 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, bod 42), ze dne 19. listopadu 1991, Francovich a další (C-6/90 a C-9/90, EU:C:1991:428, bod 21), srov. též mé stanovisko ve věci Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, bod 66).

54 – Rozsudek ze dne 5. července 2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, bod 42), a mé stanovisko ve věci Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, bod 65), srov. mimo jiné také rozsudek ze dne 5. října 2004, Pfeiffer a další (C-397/01 až C-403/01, EU:C:2004:584, bod 108 a citovaná judikatura).

společnostech⁵⁵. Pokud by bylo možné mimoto připustit ještě přímé použití obecné zásady, jejíž obsah je mnohem méně jasný a přesný, existovalo by riziko, že by byl ohrožen cíl harmonizace směrnice o mateřských a dceřiných společnostech, jakož i všech dalších směrnic, které obsahují konkrétní ustanovení k zamezení zneužití daňového režimu (jako např. článek 6 směrnice 2016/1164). Tímto způsobem by byl navíc ohrožen již zmíněný zákaz přímého použití neprovedených ustanovení směrnice k tíži jednotlivce⁵⁶.

2. Nepřenositelnost judikatury v oblasti práva daně z přidané hodnoty

101. Tomu nebrání rozhodnutí Soudního dvora⁵⁷ ve věcech *Italmoda* a *Cussens*. V těchto věcech Soudní dvůr rozhodl, že zásada zákazu zneužívajících jednání musí být vykládána v tom smyslu, že bez ohledu na vnitrostátní opatření, které ji provádí do vnitrostátního právního řádu, může být přímo použita za účelem odmítnutí osvobození od daně z přidané hodnoty, aniž tomu brání zásady právní jistoty a ochrany legitimního očekávání.

102. Obě tato rozhodnutí se však týkala výhradně právní úpravy v oblasti daně z přidané hodnoty. To se liší od problematiky projednávané v tomto případě. Zaprvé je právní úprava v oblasti daně z přidané hodnoty unijním právem mnohem více harmonizována a dotýká se podstatně více zájmů spadajících do unijního práva vzhledem k finančnímu krytí Unie, které s touto právní úpravou souvisí, než jak je tomu v případě právní úpravy členských států v oblasti daní z příjmů.

103. Zadruhé unijní právo ukládá podle čl. 325 odst. 1 a 2 SFEU členským státům povinnost (efektivního) výběru daně z přidané hodnoty⁵⁸, kdežto v oblasti práva upravujícího daně z příjmů tomu tak není. K tomu přistupuje ještě zvláštní náchylnost práva v oblasti DPH k podvodům, která je důvodem obzvláště efektivního uplatňování daňových nároků. V tomto ohledu rozlišuje sám Soudní dvůr ve svém nedávném rozhodnutí mezi právem upravujícím daň z přidané hodnoty a sekundárním unijním právem, které obsahuje výslovné povolení potlačovat zneužívání daňového režimu⁵⁹. Z těchto důvodů nepřipadá do úvahy přímé použití čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech k tíži osoby povinné k dani⁶⁰.

3. K existenci vnitrostátního předpisu konkrétně namířeného proti zneužití daňových předpisů

104. Předkládající soud však bude muset přezkoumat, zda na projednávaný případ nelze v rámci konformního výkladu použít obecná ustanovení nebo obecné právní zásady vnitrostátního práva (k tomu patří rovněž zásady vytvořené judikaturou), z nichž by bylo možno dovodit daňovou irelevanci fiktivních obchodů nebo zákaz dovolávat se určitých daňových výhod zneužívajícím způsobem.

55 – Srov. mé stanovisko ve věci *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:86, bod 67) a rozsudek ze dne 5. července 2007, *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, bod 38 a násl.). Obdobně též mé stanovisko ve věci *Satakunnan Markkinapörssi a Satamedia* (C-73/07, EU:C:2008:266, bod 103).

56 – Nejednoznačný je v tomto ohledu rozsudek ze dne 22. listopadu 2005, *Mangold* (C-144/04, EU:C:2005:709, body 74 až 77), k tomu viz již mé stanovisko ve věci *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:86, bod 67), přesněji též rozsudek ze dne 5. července 2007, *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, bod 42).

57 – Rozsudky ze dne 22. listopadu 2017, *Cussens a další* (C-251/16, EU:C:2017:881), a ze dne 18. prosince 2014, *Schoenimport „Italmoda“ Mariano Previti* (C-131/13, C-163/13 a C-164/13, EU:C:2014:2455).

58 – Rozsudky ze dne 8. září 2015, *Taricco a další* (C-105/14, EU:C:2015:555, bod 36 a násl.), a ze dne 26. února 2013, *Åkerberg Fransson* (C-617/10, EU:C:2013:105, bod 26).

59 – Takto výslovně rozsudek ze dne 22. listopadu 2017, *Cussens a další* (C-251/16, EU:C:2017:881, body 28, 31 a 38).

60 – Takto již Soudní dvůr v rozsudku ze dne 5. července 2007, *Kofoed* (C-321/05, EU:C:2007:408, bod 42).

105. Omezení svobody usazování lze podle ustálené judikatury Soudního dvora odůvodnit bojem proti zneužívání pouze tehdy, pokud je specifickým cílem takového omezení zabránit jednání spočívajícímu ve vytváření čistě vykonstruovaných operací zbavených hospodářské podstaty s cílem vyhnout se dani obvykle dlužné ze zisků z činností vykonávaných v tuzemsku⁶¹.

106. Z tohoto důvodu lze na otázky 1.1 a 2 odpovědět, že ani ustanovení § 2 odst. 2 písm. c) dánského zákona o korporální dani ani ustanovení SZDZ, která pro účely zdanění vyplácených dividend zohledňuje skutečného příjemce, nejsou dostačující k tomu, aby je bylo možné považovat za provedení čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech.

107. Jinak je však tyto skutečnosti třeba posoudit v souvislosti s použitím tzv. „doktríny skutečného stavu“ a zásady „skutečného příjemce příjmů“ v Dánsku v souladu s unijním právem. Tyto zásady byly rozvinuty právě proto, aby bylo možné zvládnout problematiku, kdy občanské právo umožňuje řadu konstrukcí, daňové právo ale zdaňuje hospodářské situace. Z těchto důvodů se zaměřují tyto zásady právě konkrétně proti umělým konstrukcím a proti zneužití daňových předpisů jednotlivcem a představují v zásadě dostatečně specifický právní základ pro omezení svobody usazování. Pokud Dánsko výslovně neprovedlo čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech, není to tedy na závadu. V konkrétním případě to však musí posoudit vnitrostátní soud.

108. Pokud je tedy „doktrína skutečného stavu“, která je uplatňována v Dánsku, vykládána v souladu s unijním právem, mohla by postačovat jako podklad k tomu, aby čistě umělé či zneužívající konstrukce, pokud skutečně existují (k tomu blíže bod 52 a násl.), nebyly při zdanění zohledněny. Domnívám se, že „doktrína skutečného stavu“ není rovněž nic jiného než zvláštní druh přístupu založeného na posouzení ekonomických hledisek, z něhož pravděpodobně vychází většina právních předpisů jednotlivých členských států v oblasti boje proti zneužívání daňového režimu⁶². Na úrovni unijního práva to jasně vyplývá např. z čl. 6 odst. 2 směrnice 2016/1164, podle něhož operace platí za nepřiměřenou v rozsahu, v jakém nebyla uskutečněna z čistě hospodářských důvodů, které odrážejí ekonomickou realitu. Tyto okolnosti ale musí posoudit vnitrostátní soud.

109. Pokud cíl konstrukce spočívá v zabránění zdanění skutečných investorů, pak i přes formální výplatu dividend kyperské mateřské společnosti se platba z hospodářského hlediska uskutečňuje ve prospěch jejích akcionářů, a to společnosti Y Bermuda (či dokonce koncernové mateřské společnosti Y USA). Vyplacení dividend kyperské mateřské společnosti pak neodráží ekonomickou, nýbrž jen občanskoprávní (formální) realitu.

D. Porušení základních svobod (otázky 6, 7, 9 a 10)

110. Vzhledem k tomu, že v projednávané věci nic nenasvědčuje tomu, že by se neměl uplatnit zákaz srážkové daně podle článku 5 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech, není již třeba se zabývat otázkami 6, 7, 9 a 10 předkládajícího soudu.

111. Pokud předkládající soud v rámci výkladu zásad vnitrostátního práva v souladu s unijním právem přesto dospěje k závěru, že se jedná o konstrukci zneužívající daňový režim, použije se případně srážková daň. Tyto otázky už však v projednávaném případě nevyvstávají, protože toto zdanění je důsledkem zneužití a dovolávat se zneužívajícím způsobem unijního práva není dovoleno⁶³.

61 – Rozsudky ze dne 18. června 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, bod 64), ze dne 12. září 2006, Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, bod 55), a ze dne 13. března 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, bod 74).

62 – Velmi často se v členských státech poukazuje na skutečný obsah jednání nebo operace, takto např. ve Finsku, Maďarsku, Irsku, Itálii, Litvě, Nizozemsku, Portugalsku nebo Slovinsku.

63 – Srov. mimo jiné rozsudky ze dne 22. listopadu 2017, Cussens a další (C-251/16, EU:C:2017:881, bod 27), ze dne 21. února 2006, Halifax a další (C-255/02, EU:C:2006:121, bod 68), a ze dne 14. prosince 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, bod 51 a citovaná judikatura).

112. Nezávisle na tom již však Soudní dvůr také rozhodl, že rozdílné zacházení s tuzemskými a zahraničními příjemci úroků z důvodu odlišných způsobů zdanění nepředstavuje srovnatelné situace⁶⁴. To platí i pro tuzemské a zahraniční příjemce dividend. I v případě, že by tyto situace měly být hodnoceny jako srovnatelné, by bylo omezení základní svobody podle judikatury Soudního dvora odůvodněno, dokud by dánská srážková daň uplatněná na příjemce dividend se sídlem v zahraničí nebyla vyšší než dánská korporační daň uplatněná na tuzemského příjemce dividend⁶⁵.

113. Totéž platí pro rozdílné úročení, příp. vznik dánského dluhu na korporační dani u příjemce dividend a vznik povinnosti vybrat srážkovou daň plátcem dividend v Dánsku. Toto nejsou srovnatelné situace, protože v prvním případě se jedná o dluh na vlastní dani (korporační daň) a v druhém případě je za příjemce daně sražena a odvedena vlastně cizí daň (daň z příjmu nebo korporační daň). Rozdílný vznik a úročení vyplývají z rozdílných způsobů a funkcí zdanění u zdroje (k tomu bod 72).

VI. Závěry

114. Navrhuji tedy, aby Soudní dvůr odpověděl na předběžné otázky položené Østre Landsret (odvolací soud pro východní oblast, Dánsko) následovně:

- „1) Na otázku 1 je třeba odpovědět, že se členský stát nemůže dovolat čl. 1 odst. 2 směrnice 2011/96/EU o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států, jestliže jej neprovedl.
- 2) Na otázky 1.1 a 2 je třeba odpovědět, že ani § 2 odst. 2 písm. c) dánského zákona o korporační dani, ani ustanovení smlouvy o zamezení dvojího zdanění odpovídající článku 10 vzorové smlouvy OECD nelze považovat za dostatečné provedení čl. 1 odst. 2 směrnice o mateřských a dceřiných společnostech. Tímto však není zakázán výklad a použití obecných principů a zásad vnitrostátního práva v souladu s unijním právem, jejichž cíl spočívá ve zvláštním postupu proti umělým konstrukcím nebo proti zneužití daňových předpisů jednotlivcem.
- 3) Na otázky 3 a 4 je třeba odpovědět, že mateřskou společností usazenou v jiném členském státě, která pobírá dividendy od své dceřiné společnosti, je třeba považovat za příjemce dividend ve smyslu směrnice o mateřských a dceřiných společnostech. Pojmy směrnice o mateřských a dceřiných společnostech je nezbytné vykládat na úrovni unijního práva autonomně a pouze ve světle směrnice o mateřských a dceřiných společnostech a nezávisle na komentářích k článku 10 vzorové smlouvy OECD z roku 1977 nebo v pozdějších zněních.
- 4) Na otázku 5 je třeba odpovědět, že závěr o zneužití daňových předpisů závisí na celkovém posouzení všech okolností jednotlivého případu, které musí učinit vnitrostátní soud.
 - a) Zneužití daňových předpisů může existovat při vytváření čistě umělých konstrukcí zbavených hospodářské podstaty, nebo pokud podstatný cíl konstrukce spočívá ve vyhnutí se dani, kterou by bylo nezbytné dle účelu zákonné úpravy zaplatit. Daňový orgán musí v tomto ohledu prokázat, že by při obvyklé konstrukci vznikl daňový nárok, kdežto osoba povinná k dani musí doložit, že zvolená konstrukce má své opodstatnění ve významných nedaňových důvodech.
 - b) Při vyhýbání se srážkové dani z výplaty dividend přes společnosti usazené v jiných členských státech ve prospěch společností se sídlem ve třetích státech přichází do úvahy primárně vyhýbání se zdanění dividend u skutečných příjemců dividend. Zneužití daňového režimu lze

64 – Rozsudek ze dne 22. prosince 2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, bod 41), potvrzený rozsudkem ze dne 18. října 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, bod 26).

65 – Srov. rozsudky ze dne 17. září 2015, Miljoen a další (C-10/14, C-14/14 a C-17/14, EU:C:2015:608, bod 90), a ze dne 18. října 2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, bod 42 a násl.).

v tomto případě konstatovat zejména tehdy, pokud zvolená podniková struktura slouží k využití informačních nedostatků mezi zúčastněnými státy, aby se zabránilo efektivnímu zdanění skutečných příjemců dividend.

- 5) Na otázku 8 je třeba odpovědět, že členský stát, který nehodlá uznat, že společnost usazená v jiném členském státě je příjemcem dividend, musí v rámci konstatování zneužití určit, kdo je skutečným příjemcem dividend. U zahraničních skutkových okolností je však možné po osobě povinné k dani vyžadovat zvýšenou povinnost součinnosti.
- 6) Na otázky 6, 7, 9 a 10 není třeba s ohledem na výše uvedené odpovědi na otázky 1 a 5 odpovídat.“