



# Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA  
GERARDA HOGANA  
přednesené dne 25. února 2021<sup>1</sup>

**Spojené věci C-478/19 a C-479/19**

**UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH  
proti  
Agenzia delle Entrate**

[žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Corte suprema di cassazione (Nejvyšší kasační soud, Itálie)]

„Řízení o předběžné otázce – Svoboda usazování – Článek 43 první pododstavec ES – Volný pohyb kapitálu – Článek 56 odst. 1 ES – Daň ze zápisu hypotéky a daň z převodu nemovitostí a podniků – Daňová zvýhodnění přiznaná pouze uzavřeným nemovitostním investičním fondům“

## I. Úvod

1. Projednávanými žádostmi o rozhodnutí o předběžné otázce Corte suprema di cassazione (Nejvyšší kasační soud, Itálie) žádá Soudní dvůr, aby rozhodl o slučitelnosti italské právní úpravy s unijním právem, zejména s ohledem na ustanovení Smluv týkající se volného pohybu kapitálu a svobody usazování, kdy tato italská právní úprava omezuje možnost využít 50 % snížení daně ze zápisu hypotéky a daně z převodu nemovitostí a podniků splatné při nabytí komerční nemovitosti jménem nemovitostních investičních fondů pouze na fondy, které budou nazývat „uzavřenými“ nemovitostními investičními fondy. Dotčená věc opět vyvolává otázky omezení volného pohybu kapitálu v daňové oblasti.

2. Tyto žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce byly konkrétně podány v řízeních vedených mezi UBS Real Estate Kapitalanlagegesellschaft mbH (dále jen „UBS Real Estate“), společností založenou podle německého práva, která provádí správu portfolií podílových fondů, a Agenzia delle Entrate (daňová správa, Itálie, dále jen „italská daňová správa“). Předmětem řízení v projednávané věci jsou žaloby podané společností UBS Real Estate proti mlčky učiněným rozhodnutím italské daňové správy nevrátit dvěma německým investičním fondům spravovaným touto společností náklady daně ze zápisu hypotéky a daně z převodu nemovitostí a podniků, které tyto fondy zaplatily při zápisu nabytí dvou obchodních komplexů, a to s odůvodněním, že tyto fondy nejsou uzavřenými investičními fondy, jak pro přiznání 50% snížení splatné daně ze zápisu hypotéky a daně z převodu nemovitostí a podniků vyžaduje nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006, ale otevřenými investičními fondy.

<sup>1</sup> – Původní jazyk: angličtina.

## II. Právní rámec

### A. Unijní právo

3. V době rozhodné z hlediska skutkového stavu v původním řízení ještě Lisabonská smlouva nevstoupila v platnost. Přestože tedy někteří účastníci řízení odkazovali na ustanovení Smlouvy o fungování Evropské unie a na to, že jsou tato ustanovení stejná jako dříve platná ustanovení, je nutné vycházet z ustanovení Smlouvy o založení Evropského společenství.

4. Unijní právo rozlišuje v současnosti dva druhy nástrojů kolektivního investování: subjekty kolektivního investování do převoditelných cenných papírů (SKIPCP) a instituce a nástroje kolektivního investování, které nejsou SKIPCP, a sice alternativní investiční fondy (AIF), na které se vztahuje směrnice 2011/61/EU ze dne 8. června 2011 o správcích alternativních investičních fondů a o změně směrnic 2003/41/ES a 2009/65/ES a nařízení (ES) č. 1060/2009 a (EU) č. 1095/2010 (dále jen „směrnice o AIF“)<sup>2</sup>, jakož i nařízení v přenesené pravomoci (EU) č. 694/2014 ze dne 17. prosince 2013, kterým se doplňuje směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2011/61/EU, pokud jde o regulační technické normy určující typy správců alternativních investičních fondů<sup>3</sup>.

5. Směrnice o AIF ani nařízení v přenesené pravomoci č. 694/2014 však nebyly v době rozhodné z hlediska skutkového stavu věci v původním řízení použitelné. Nařízení v přenesené pravomoci č. 694/2014 nicméně nabízí vysvětlení rozdílu mezi uzavřeným a otevřeným fondem.

6. Toto nařízení v přenesené pravomoci bylo přijato za účelem doplnění pravidel obsažených ve [směrnici o AIF] regulačními technickými normami určujícími typy správců alternativních investičních fondů (dále jen „AIFM“) tak, aby se některé požadavky směrnice uplatňovaly jednotným způsobem<sup>4</sup>.

7. Bod 2 odůvodnění uvedeného nařízení vysvětluje:

„Je žádoucí rozlišovat, zda správce spravuje alternativní investiční fond otevřeného nebo uzavřeného typu nebo obojí, aby se na správce řádně uplatňovala pravidla o řízení likvidity a postupy oceňování podle [směrnice o AIF].“

8. Bod 3 odůvodnění nařízení č. 694/2014 uvádí:

„Rozlišujícím faktorem při určení, zda se jedná o správce spravující alternativní investiční fondy otevřeného nebo uzavřeného typu, by měla být skutečnost, že otevřený alternativní investiční fond odkupuje nebo vyplácí akcie či podílové jednotky svým investorům, pokud o to kterýkoli z jeho akcionářů či podílníků požádá před zahájením likvidační fáze nebo likvidace fondu, a to podle postupů a s četností stanovených v jeho statutu nebo zakládacích dokumentech, prospektu nebo nabídkových dokumentech [...]“

<sup>2</sup> – Úř. věst. 2011, L 174, s. 1.

<sup>3</sup> – Úř. věst. 2014, L 183, s. 18.

<sup>4</sup> – Viz bod 1 odůvodnění nařízení v přenesené pravomoci č. 694/2014.

9. Článek 1 odst. 1 až 3 uvedeného nařízení, který je jediným článkem obsahujícím věcnou úpravu, stanoví:

„1. Správce alternativního investičního fondu může být jedním nebo obojím z následujících:

- správcem otevřeného alternativního investičního fondu,
- správcem uzavřeného alternativního investičního fondu.

2. Za správce otevřeného alternativního investičního fondu se považuje správce, který spravuje akcie nebo podílové jednotky alternativního investičního fondu, které jsou na žádost kteréhokoli z akcionářů či podílníků odkoupeny nebo vyplaceny před zahájením likvidační fáze nebo likvidace fondu, přímo či nepřímo, z aktiv alternativního investičního fondu podle postupů a s četností stanovených v jeho statutu nebo zakládacích dokumentech, prospektu nebo nabídkových dokumentech.

Snížení kapitálu alternativního investičního fondu v souvislosti s rozdělením v souladu se statutem nebo zakládacími dokumenty alternativního investičního fondu, jeho prospektem nebo nabídkovými dokumenty, včetně toho, které bylo povoleno usnesením akcionářů či podílníků a proběhlo v souladu s uvedenými pravidly nebo zakládacími dokumenty, prospektem nebo nabídkovými dokumenty alternativního investičního fondu, se pro účely určení toho, zda je alternativní investiční fond otevřeného typu či nikoli, nebere v úvahu.

Skutečnost, zda lze s akciemi nebo podílovými jednotkami alternativního investičního fondu obchodovat na sekundárním trhu a zda je alternativní investiční fond neodkupuje nebo nevyplácí, se pro účely určení toho, zda je alternativní investiční fond otevřeného typu či nikoli, nebere v úvahu.

3. Za správce uzavřeného alternativního investičního fondu se považuje správce, který spravuje alternativní investiční fond jiného typu, než je popsán v odstavci 2.“

## **B. Italské právo**

### **1. Legislativní nařízení č. 347/1990**

10. Decreto Legislativo 31 Ottobre 1990, N. 347 relativo alle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale (legislativní nařízení č. 347 ze dne 31. října 1990 o ustanoveních týkajících se daně z vkladu a z převodu nemovitostí a podniků, dále jen „legislativní nařízení č. 347/1990“) stanoví, že na formální náležitosti týkající se vkladu, zápisu hypoték, obnovení a poznámky do katastru nemovitostí se vztahuje daň z vkladu do katastru nemovitostí. Základ daně tvoří hodnota převáděných nebo vkládaných nemovitostí a sazba je stanovena na 1,6 %.

11. Legislativní nařízení č. 347/1990 rovněž upřesňuje, že se na změnu v osobě majitele dotčeného vlastnického práva nebo věcného práva k nemovitosti zapsaného v katastru nemovitostí vztahuje daň ze zápisu („imposta catastale“). Tato daň, jejíž sazba činí 0,4 %, je úměrná hodnotě dotčeného majetku.

## **2. Ministerské nařízení č. 228/1999**

12. Decreto ministeriale n. 228 – Regolamento recante norme per la determinazione dei criteri generali cui devono essere uniformati i fondi comuni di investimento (ministerské nařízení č. 228 – nařízení, jimiž se stanoví pravidla pro určování obecných kritérií, která musí splňovat podílové fondy) ze dne 24. května 1999<sup>5</sup> stanovilo, že nemovitostní fondy jsou fondy, které investují výlučně nebo převážně do nemovitostí, práv k nemovitostem a podílů v realitních společnostech.

## **3. Nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006**

13. Článek 35, nadepsaný „Opatření pro boj proti podvodům a daňovým únikům“, Decreto-Legge n. 223 – Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale (nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006 o naléhavých opatřeních pro hospodářskou a sociální obnovu, pro zpomalení a racionalizaci veřejných výdajů, a o opatřeních v oblasti příjmů a boje proti daňovým únikům) ze dne 4. července 2006<sup>6</sup>, přeměněné na zákon po provedení změn zákonem č. 248 ze dne 4. srpna 2006 (dále jen „nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006“), v odstavci 10-b stanoví:

„U katastrálních převodů a zápisů týkajících se prodeje investičního nemovitého majetku [...], i pokud podléhá dani z přidané hodnoty, kam patří uzavřené nemovitostní fondy upravené článkem 37 testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria [konsolidované znění předpisů v oblasti finančního zprostředkování] uvedeného v decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (legislativní nařízení č. 58 ze dne 24. února 1998), ve znění pozdějších předpisů, a článkem 14-a legge 25 gennaio 1994, n. 86 (zákon č. 86 ze dne 25. ledna 1994), nebo finanční leasingové společnosti nebo banky a finanční zprostředkovatelé [...], jsou sazby ze zápisu hypotéky a z převodu nemovitostí a podniků, ve znění odstavce 10-a tohoto článku, ve vztahu k pořízení a odkoupení zboží, které má být pronajato nebo bylo pronajato v rámci finančního leasingu, sníženy o polovinu. Ustanovení uvedené v předchozí větě platí od 1. října 2006.“

## **4. Legislativní nařízení č. 58/1998**

14. Decreto Legislativo N. 58/1998 – Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (legislativní nařízení č. 58/1998, konsolidované znění předpisů v oblasti finančního zprostředkování, na základě článků 8 a 21 zákona ze dne 6. února 1996, č. 52) ze dne 24. února 1998<sup>7</sup>, ve znění účinném ke dni provedení obou transakcí, které jsou předmětem sporu v původním řízení, uváděl v článku 1, nadepsaném „Definice“:

„1. V tomto legislativním nařízení se rozumí:

[...]

<sup>5</sup> – GURI č. 164 ze dne 15. července 1999.

<sup>6</sup> – GURI č. 153 ze dne 4. července 2006.

<sup>7</sup> – Běžná příloha ke GURI č. 71 ze dne 26. března 1998.

- k) ‚otevřeným fondem‘ podílový fond, jehož účastníci mají právo kdykoli požadovat vyplacení podílových listů podle statutu upravujícího fungování tohoto fondu;
- l) ‚uzavřeným fondem‘ podílový fond, ve kterém je účastníkům přiznáno právo vyplacení akcií pouze v předem stanovených termínech [...]

15. Článek 36 legislativního nařízení č. 58/1998, nadepsaný „Fondy kolektivního investování“, ve znění účinném v době rozhodné z hlediska skutkového stavu v původním řízení, stanovil:

„1. Podílový fond je spravován společností provádějící správu portfolia, která jej založila, nebo jinou společností provádějící správu portfolia. Druhá uvedená společnost spravuje jak fondy, které sama založila, tak fondy založené jinými společnostmi.

[...]

3. Účastenství v podílovém fondu je upraveno stanovami daného fondu. Po projednání s [Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob) (Národní komise pro obchodní společnosti a burzu, Itálie)] stanoví Banca d'Italia nad rámec ustanovení článku 39 obecná kritéria pro vytvoření stanov fondu a jejich minimální povinný obsah.

[...]

6. Každý podílový fond nebo každý podřízený fond téhož fondu představuje samostatné portfolio, které je pro všechny právní účely odděleno od aktiv společnosti provádějící správu portfolia a aktiv každého z účastníků, jakož i všech ostatních aktiv spravovaných stejnou společností [...]

16. Článek 37 legislativního nařízení č. 58/1998, ve znění účinném v době rozhodné z hlediska skutkového stavu v původním řízení, nadepsaný „Struktura podílových fondů“, stanoví:

„1. Ministr hospodářství a financí stanoví nařízením přijatým po konzultaci s Banca d'Italia a CONSOB obecná kritéria, která musí splňovat podílové fondy a která se týkají:

- a) účelu investice;
- b) kategorií investorů, kterým je nabídka akcií určena;
- c) podmínek účasti v otevřených a uzavřených fondech, zejména frekvence emise a vyplacení akcií, případného minimálního limitu pro upisování akcií a použitelných postupů;
- d) případné minimální a maximální doby trvání;
- da) podmínek nabývání nebo vkladů majetku, a to v okamžiku založení fondu i poté, pokud jde o fondy, které investují výlučně nebo převážně do nemovitostí, práv k nemovitostem a nemovitostí jako podílů v realitních společnostech.

[...]

2a. Ve stanovách uvedených v odstavci 1 musí být rovněž uvedeny záležitosti, ohledně nichž se účastníci v uzavřených fondech scházejí na zasedáních za účelem přijímání rozhodnutí, která

budou pro společnost provádějící správu portfolia závazná. Schůze rozhoduje o nahrazení společnosti provádějící správu portfolia jinou společností, o žádosti o přijetí ke kótování, pokud tak není stanoveno, a o změnách strategií správy [...]“

17. Článek 39 legislativního nařízení č. 58/1998, ve znění účinném v době rozhodné z hlediska skutkového stavu v původním řízení, nadepsaný „Stanovy fondu“, stanoví:

„1. Ve vztahu ke každému podílovému fondu vymezují stanovy jeho základní charakteristiku, upravují jeho fungování, uvádějí zakladatelskou společnost fondu, správce, pokud jím není zakladatelská společnost, a depozitní banku, určují rozdělení úkolů mezi posledně jmenovanými a upravují stávající vztahy mezi nimi a účastníky.

2. Stanovy musí obsahovat zejména následující náležitosti:

- a) název a dobu trvání fondu;
- b) podmínky účasti ve fondu, podmínky vydávání a rušení podílových listů, jakož i upisování a vyplácení akcií, jakož i podmínky likvidace fondu;
- c) subjekty, jimž náleží výběr investic, a kritéria pro umístování těchto investic;
- d) druh majetku, finančních nástrojů a jiných cenných papírů, do nichž je možno aktiva fondu investovat;

[...]“

### III. Skutkový stav v původním řízení a předběžná otázka

18. UBS Real Estate je společnost provádějící správu portfolií podílových fondů s ústředím v Německu a pobočkou v Itálii. Spravuje portfolia dvou nemovitostních investičních fondů, a sice „UBS (D) 3 Sector Real Estate Europe“ v likvidaci [dříve „UBS (D) 3 Kontinente Immobilien“] a „UBS (D) Euroinvest Immobilien Real Estate Investment Fund“ (dále jen „fondy UBS“), které byly oba založeny podle německého práva<sup>8</sup>.

19. Dne 4. října 2006 se společnost UBS Real Estate stala jménem fondů UBS vlastníkem dvou komplexů nemovitostí pro podnikatelské účely nacházející se v San Donato Milanese v Itálii. Při zápisu nabytí těchto dvou nemovitostí zaplatila společnost UBS Real Estate italské daňové správě jménem obou fondů daň ze zápisu (3 %) a daň z převodu nemovitostí a podniků (1 %) v celkové výši 802 400,00 eur za první nemovitost a 820 900,00 eur za druhou nemovitost.

20. Později se společnost UBS Real Estate dozvěděla o tom, že dne 1. října 2006 nabylo účinnosti nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006. Toto nařízení vlády s mocí zákona zakotvuje 50 % snížení daně ze zápisu hypotéky a daně z převodu nemovitostí a podniků v případě nabytí nemovitostí jménem uzavřených nemovitostních investičních fondů ve smyslu článku 37 legislativního nařízení č. 58/1998.

<sup>8</sup> – Podle společnosti UBS nebyly tyto fondy v Itálii uváděny na trh.

21. UBS Real Estate podala u italské daňové správy dvě žádosti o vrácení částek, které označila za dva přeplatky na daních ze zápisu obou nemovitostí, přičemž tvrdila, že i otevřené fondy, jako jsou fondy, o které v projednávané věci jde, by měly mít nárok na prospěch z ustanovení nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006.

22. Italská daňová správa nevydala ve skutečnosti žádná výslovná rozhodnutí o těchto dvou žádostech podaných společností UBS Real Estate. Toto pochybení však vedlo podle italského práva k přijetí dvou mlčky učiněných zamítavých rozhodnutí („silenzio-rifiuto“) o uvedených žádostech.

23. Poté zahájila UBS Real Estate dvě řízení týkající se těchto dvou mlčky učiněných rozhodnutí u Commissione Tributaria Provinciale di Milano (provinční daňový soud v Miláně, Itálie). Tato řízení byla skončena zamítnutím žalob s odůvodněním, že italský zákonodárce výslovně omezil zvýhodnění v podobě snížení daně stanoveného nařízením vlády s mocí zákona č. 223/2006 na kategorii uzavřených investičních fondů.

24. UBS Real Estate podala proti oběma rozsudkům provinčního daňového soudu odvolání ke Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia (regionální daňový soud pro Lombardii, Itálie).

25. Tato odvolání byla zamítnuta dvěma rozsudky Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia (regionální daňový soud pro Lombardii) ze dne 3. dubna 2012 s odůvodněním, že vzhledem k četným rozdílům mezi oběma druhy nemovitostních fondů (uzavřeného fondu, který se řídí italským právem, a otevřeného fondu, který se řídí německým právem) nedošlo ani k porušení unijního práva na základě rozdílného zacházení (neboť na různé skutkové okolnosti je možno použít různá daňová pravidla), ani k porušení článku 25 úmluvy mezi Itálií a Německem o zamezení dvojímu zdanění (neboť údajně nedošlo k žádné zjistitelné diskriminaci na základě státní příslušnosti).

26. UBS Real Estate poté podala proti těmto rozhodnutím dva kasační opravné prostředky týkající se určitých právních otázek ke Corte suprema di cassazione (Nejvyšší kasační soud). V rámci těchto kasačních opravných prostředků UBS Real Estate zpochybnila zejména slučitelnost čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006 s ustanoveními nynějších článků 18, 49 a 63 SFEU. Daňová správa s těmito kasačními opravnými prostředky nesouhlasila a podala vzájemný kasační opravný prostředek.

27. Na podporu svých kasačních opravných prostředků UBS Real Estate zejména tvrdí, že Regionální daňový soud porušil článek 49 SFEU, když rozhodl, že rozdílné daňové zacházení s uzavřenými investičními fondy a otevřenými investičními fondy je odůvodněno rozdíly v daných situacích, přičemž však tyto rozdíly nejsou z hlediska použitého kritéria a účelu čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006 relevantní.

28. Corte suprema di cassazione (Nejvyšší kasační soud) má za to, že obě věci v podstatě nastolují otázku, zda rozdíly existující mezi uzavřenými investičními fondy, které se řídí italským právem, a otevřenými investičními fondy, které se řídí právem jiného členského státu, mohou odůvodnit odlišné daňové zacházení.

29. V tomto ohledu tento soud uvádí, že italský daňový režim nemovitostních podílových fondů byl v posledních letech mnohokrát změněn za účelem podpory rozvoje uzavřených fondů, přičemž účelem bylo zajistit též to, aby tyto fondy nebyly využívány pro účely obcházení právních předpisů.

30. Pokud jde konkrétně o čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006, Corte suprema di cassazione (Nejvyšší kasační soud) uvedl, že omezení daňového zvýhodnění zakotveného v tomto ustanovení na uzavřené fondy má v podstatě za cíl pouze propagovat a podporovat rozvoj realitních fondů kolektivního investování, za nimiž nestojí vysoce spekulativní a nejasné úmysly, a omezit systémová rizika na trhu s nemovitostmi v případě krize. V případě krize na trhu s nemovitostmi by totiž osoby, které investovaly do investičních fondů tohoto typu, obecně žádaly předčasné vyplacení svých akcií, což by mělo za následek vstřebání likviditních polštářů těchto fondů. Aby mohly tyto požadavky na vyplacení uspokojit, byly by tyto fondy následně nuceny prodat část nabytých nemovitostí za částku nižší, než je jejich běžná hodnota, což by krizi dále prohloubilo. Z tohoto důvodu by bylo vhodnější motivovat investory ke koupi podílových listů uzavřených fondů spíše než fondů otevřených.

31. V tomto kontextu se Corte suprema di cassazione (Nejvyšší kasační soud) rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru v každé věci jednu předběžnou otázku, přičemž tyto otázky jsou v obou věcech formulovány totožně:

„Brání unijní právo – a zejména ustanovení Smlouvy v oblasti svobody usazování a volného pohybu kapitálu, jak jsou vykládána Soudním dvorem – uplatnění ustanovení vnitrostátního práva, jako je ustanovení uvedené v čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006 (v rozsahu, v němž vyhrazuje daňové zvýhodnění ve vztahu k daním ze zápisu hypotéky a daním z převodu nemovitostí a podniků uzavřeným nemovitostním investičním fondům)?“

32. V průběhu řízení položil Soudní dvůr italské vládě a společnosti UBS Real Estate otázky k písemnému zodpovězení. UBS Real Estate na tyto otázky odpověděla, zatímco italská vláda nikoli, takže některé aspekty její právní úpravy ještě nebyly potvrzeny.

#### IV. Analýza

33. Úvodem je potřeba připomenout, že zaprvé v souladu s článkem 267 SFEU má Soudní dvůr pouze pravomoc rozhodovat o předběžných otázkách týkajících se výkladu Smluv nebo platnosti a výkladu aktů přijatých orgány, institucemi nebo jinými subjekty Unie, nikoli však přesného výkladu vnitrostátních právních předpisů nebo slučitelnosti vnitrostátního práva s pravidly unijního práva či správnosti všech skutkových okolností obsažených ve spise<sup>9</sup>.

34. Z toho vyplývá, že Soudní dvůr na jedné straně nemá pravomoc rozhodovat o výkladu takové mezinárodní úmluvy uzavřené členskými státy, jako je úmluva mezi Itálií a Německem o zamezení dvojímu zdanění. Na druhou stranu, rozhoduje-li Soudní dvůr o předběžné otázce (oproti situaci v řízení o nesplnění povinnosti), je jeho odpověď na předběžnou otázku vždy poskytována s ohledem na okolnosti předložené vnitrostátním soudem. Výlučně vnitrostátnímu soudu

<sup>9</sup> – V tomto smyslu viz rozsudky ze dne 16. června 2015, Gauweiler a další (C-62/14, EU:C:2015:400, bod 15), a ze dne 11. června 2020, Subdelegación del Gobierno en Guadalajara (C-448/19, EU:C:2020:467, bod 17).



přísluší, aby ověřil, zda byly předané informace správné, a zda tudíž hypotéza položené otázky odpovídá situaci dotčené v původním řízení, zejména pokud jde o cíle sledované dotčenou právní úpravou<sup>10</sup>.

35. Je pravda, že Soudní dvůr může vzít v úvahu platné dvoustranné úmluvy mezi dvěma členskými státy jakožto součást právního rámce, aby vymezil situaci předvídanou předkládajícím soudem v jeho otázce, a poskytnout tak výklad unijního práva, který bude pro vnitrostátní soud užitečný, pokud se nebude vyjadřovat ke konkrétnímu výkladu těchto úmluv, který je třeba provést<sup>11</sup>.

36. V projednávané věci přitom nic nenasvědčuje tomu, že by platná daňová úmluva mezi Itálií a Německem představovala důvod pro přijetí sporných rozhodnutí, a předkládající soud ji ani ve svých dvou otázkách nezmiňuje. Za těchto okolností nevidím žádný důvod k tomu, aby byla tato úmluva zohledňována v odpovědi na položené otázky.

37. Z druhého hlediska k tomu, že vnitrostátní soud odkazuje ve svých otázkách na několik svobod pohybu, je nejprve nutno určit, která z těchto svobod je relevantní.

#### **A. Určení relevantních ustanovení Smlouvy**

38. Vzhledem k tomu, že předkládající soud zmiňuje ve své otázce jak svobodu usazování uvedenou v článku 43 ES, tak volný pohyb kapitálu zakotvený v článku 56 ES, je potřeba určit, zda vnitrostátní opatření dotčené v původním řízení spadá do rámce svobody usazování, nebo do rámce volného pohybu kapitálu, popřípadě obou těchto svobod.

39. Podle judikatury Soudního dvora je třeba při určování, zda vnitrostátní opatření spadá do rámce jedné nebo více svobod, zohlednit předmět dotčených právních předpisů<sup>12</sup>.

40. V tomto ohledu je potřeba uvést, že svoboda usazování může být definována jako svoboda zřídit nebo převést společnost v jiném členském státě, než je stát původu, a to za stejných podmínek, jaké platí pro rezidenty<sup>13</sup>. Tato svoboda tak předpokládá, že hospodářský subjekt hodlá skutečně vykonávat hospodářskou činnost prostřednictvím stále provozovny a na dobu neurčitou<sup>14</sup>. Tak například ve sporu týkajícím se určité budovy se mohou svobody usazování dovolávat osoby, které se stanou vlastníky této budovy, pokud v ní hodlají provozovat hospodářskou činnost<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> – To platí tím spíše, že na rozdíl od řízení o nesplnění povinnosti nenesou účastníci řízení žádné důkazní břemeno, jelikož žádost o rozhodnutí o předběžné otázce je řízením vedeným mezi soudy. Postup zavedený článkem 267 SFEU totiž není kontradiktorním řízením, ale nástrojem spolupráce mezi Soudním dvorem a vnitrostátními soudy, díky němuž Soudní dvůr poskytuje vnitrostátním soudům výklad práva Unie, jenž je pro ně nezbytný k vyřešení sporu, který mají rozhodnout. Viz rozsudek ze dne 15. září 2011, *Unió de Pagesos de Catalunya* (C-197/10, EU:C:2011:590, bod 16).

<sup>11</sup> – V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 19. ledna 2006, *Bouanich* (C-265/04, EU:C:2006:51, bod 51), a rozsudek ze dne 25. října 2017, *Polbud – Wykonawstwo* (C-106/16, EU:C:2017:804, bod 27).

<sup>12</sup> – Rozsudek ze dne 10. února 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel a Österreichische Salinen* (C-436/08 a C-437/08, EU:C:2011:61, bod 34).

<sup>13</sup> – V tomto smyslu viz například rozsudky ze dne 28. ledna 1986, *Komise v. Francie* (270/83, EU:C:1986:37, bod 14), ze dne 7. července 1988, *Stanton a L'Étoile 1905* (143/87, EU:C:1988:378, bod 11), a ze dne 25. října 2017, *Polbud – Wykonawstwo* (C-106/16, EU:C:2017:804, bod 33). Podle mého názoru postačuje, že nerezidenti mají možnost zvolit si stejný daňový režim, jaký je použitelný na rezidenty. Nerezidentům pak tedy přísluší rozhodnout, zda upřednostňují tento nebo jiný režim, který pro ně může být v závislosti na jejich situaci více či méně výhodný.

<sup>14</sup> – Viz například rozsudky ze dne 23. února 2016, *Komise v. Maďarsko* (C-179/14, EU:C:2016:108, body 148 až 150), a ze dne 14. listopadu 2018, *Memoria a Dall'Antonia* (C-342/17, EU:C:2018:906, bod 44).

<sup>15</sup> – V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 21. ledna 2010, *SGI* (C-311/08, EU:C:2010:26, bod 38).

41. Smlouva o ES sice nevymezila pojem „pohyb kapitálu“ – což neučinila ani SFEU – nicméně z ustálené judikatury vyplývá, že směrnice 88/361/EHS ze dne 24. června 1988, kterou se provádí článek 67 Smlouvy<sup>16</sup>, spolu s klasifikací a vysvětlivkami, které jsou připojeny k této směrnici jako její příloha, je v tomto ohledu demonstrativní<sup>17</sup>. Podle vysvětlivky ke směrnici 88/361 zahrnuje přeshraniční pohyb kapitálu zejména „[p]ořízení budov a pozemků a staveb soukromými osobami pro účely zisku nebo pro osobní užívání“. Právo nabývat, využívat a zcizovat nemovitý majetek na území jiného členského státu totiž při svém výkonu nutně vytváří pohyb kapitálu.

42. Z toho vyplývá, že každé vnitrostátní opatření, které upravuje investice do nemovitostí uskutečněné nerezidenty na území členského státu, by se mohlo téměř nevyhnutelně dotknout jak svobody usazování, tak volného pohybu kapitálu<sup>18</sup>.

43. Podle ustálené judikatury však není důvodem existence žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce vydávání konzultativních stanovisek k obecným nebo hypotetickým otázkám, ale potřeba skutečného vyřešení sporu<sup>19</sup>. Pro účely určení, která svoboda poslouží jako základ pro odpověď na předběžnou otázku, je třeba zohlednit okolnosti sporu v původním řízení. Skutečnost, že vnitrostátní opatření by mohlo zasahovat do dvou svobod, totiž nutně neznamená, že se těchto dvou svobod může dovolávat dožadující osoba ve sporu v původním řízení. Proto v případě, že by vnitrostátní opatření mohlo spadat do oblasti působnosti dvou svobod, mělo by být toto opatření posuzováno pouze z hlediska jedné z těchto dvou svobod, pokud se za okolností dané věci ukáže, že se žalobce může dovolávat pouze jedné z nich<sup>20</sup>.

44. V projednávané věci ze spisu podle všeho vyplývá, že uvedené dva fondy, které nabyly ony dva dotčené komerční komplexy, tak učinily spíše ve formě pasivní investice, nikoli za účelem založení podniku v dotčených nemovitostech či jejich jiného užívání. Z toho vyplývá, že fondy v původním řízení nevyužily svého práva na svobodu usazování, ale pouze svého práva na volný pohyb kapitálu<sup>21</sup>. Jak tedy zdůraznila Komise, tvrzené rozdílné zacházení musí být posuzováno výlučně z hlediska volného pohybu kapitálu.

<sup>16</sup> – Úř. věst. 1988, L 178, s. 5. Tato směrnice, která je stále v platnosti, provedla úplnou liberalizaci pohybu kapitálu a představovala první fázi měnové unie. Viz rozsudek ze dne 23. února 1995, Bordessa a další (C-358/93 a C-416/93, EU:C:1995:54, bod 17).

<sup>17</sup> – Rozsudek ze dne 23. února 2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, bod 39).

<sup>18</sup> – V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 1. června 1999, Konle (C-302/97, EU:C:1999:271, bod 22).

<sup>19</sup> – Viz například rozsudek ze dne 10. prosince 2018, Wightman a další (C-621/18, EU:C:2018:999, bod 28).

<sup>20</sup> – V tomto smyslu viz rozsudky ze dne 26. června 2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, body 68 a 69), ze dne 18. června 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, body 34 a 35), a ze dne 30. dubna 2020, Sociétés Générales (C-565/18, EU:C:2020:318, bod 19). Určení použitelné svobody nebo svobod může mít praktický význam, jelikož svoboda usazování spadá do působnosti směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/123/ES ze dne 12. prosince 2006 o službách na vnitřním trhu (Úř. věst. 2006, L 376, s. 36).

<sup>21</sup> – Je pravda, že Soudní dvůr ve svém rozsudku ze dne 30. května 1989, Komise v. Řecko (305/87, EU:C:1989:218), posuzoval právní předpis o uzavírání právních aktů státními příslušníky jiných členských států, které se týkaly nemovitostí nacházejících se v řeckých pohraničních oblastech, z hlediska svobody usazování. Je však třeba uvést, že tato věc se týkala žaloby pro nesplnění povinnosti, nikoli žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce. V rámci řízení o předběžné otázce musí určení dotčené svobody zohlednit situaci účastníků řízení (což je mimo jiné důvod, proč je pro posouzení přípustnosti otázky rozhodující zejména to, zda je spor vnitřní či nikoliv). V rámci žaloby pro nesplnění povinnosti však Soudní dvůr rozhoduje o slčitelnosti právní úpravy s unijním právem obecně. Ve věci Komise v. Řecko (C-305/87, EU:C:1989:218) se s ohledem na cíle a obsah dotčené právní úpravy mohla tato právní úprava vztahovat jak na pouhé investory, tak na osoby, které mají zájem se prostřednictvím dotčených nemovitostí usadit.

45. K tomu, aby se však uplatnila některá ze svobod pohybu spojených s vnitřním trhem, musí být splněny dvě podmínky: zaprvé situace dotčená v původním řízení nesmí být čistě vnitrostátní záležitostí dotčeného členského státu<sup>22</sup>; zadruhé oblast, na kterou se vztahuje vnitrostátní opatření, jehož soulad s unijním právem byl zpochybněn, nesmí být dosud předmětem úplné harmonizace<sup>23</sup>.

46. V projednávané věci je první podmínka jednoznačně splněna, neboť navrhovatelka jedná jménem dvou fondů, které se řídí právem jiného členského státu. Pokud jde o druhou podmínku – a sice určení, zda oblast, na kterou se opatření dotčené v původním řízení vztahuje, je na úrovni Unie plně harmonizována – je nutno zohlednit nikoli činnost vykonávanou těmito fondy, ale spíše povahu a účinek tohoto opatření.

47. Na tomto místě lze poznamenat, že jelikož se článek 35 nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006 použije v případě převodů a zcizování nemovitostí pro podnikatelské účely a jeho účelem je poskytnout daňové zvýhodnění, spadá toto opatření do rámce práva daní z nemovitostí. Je zjevné, že unijní právo neharmonizovalo daňová pravidla použitelná na obchody s nemovitostmi, a to ani v případech, kdy jsou tyto transakce, jako v projednávané věci, prováděny „uzavřeným“ nemovitostním fondem.

48. Za těchto okolností navrhuji posoudit dotčenou vnitrostátní právní úpravu pouze z hlediska volného pohybu kapitálu zakotveného v článku 56 ES (nyní článek 63 SFEU).

## **B. K existenci omezení**

### ***1. Ke kritériu, které má být použito***

49. Úvodem je třeba připomenout, že přímé daně zůstávají především otázkou svěřenou členskými státy, které mohou zavést takový daňový systém, jaký považují za nejvhodnější. Členskými státy přísluší, aby určily rozsah své daňové pravomoci, jakož i základní zásady svého daňového systému. Členské státy tak mohou za současného stavu harmonizace vnitrostátního daňového práva zavést takový daňový systém, jaký považují za nejvhodnější<sup>24</sup>.

50. V tomto kontextu nemohou být tyto svobody pohybu chápány v tom smyslu, že členský stát je povinen uvádět svá daňová pravidla do souladu s pravidly jiného členského státu tak, aby za každé situace zaručovala zdanění odstraňující veškeré odlišnosti<sup>25</sup>. Nevýhody, které mohou vyplývat ze souběžného výkonu daňové pravomoci různých členských států, nesmí být samy o sobě považovány za omezení volného pohybu kapitálu<sup>26</sup>. Pokud by tomu tak totiž bylo, byla by

<sup>22</sup> – Viz rozsudek ze dne 15. listopadu 2016, Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, bod 47).

<sup>23</sup> – V tomto smyslu viz například rozsudek ze dne 16. října 2014, Komise v. Německo (C-100/13, nezveřejněný, EU:C:2014:2293, bod 62).

<sup>24</sup> – Viz rozsudek ze dne 3. března 2020, Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, bod 49). Unijní právo členskými státem neukládá, aby vzájemně spolupracovaly za účelem zamezení dvojího zdanění téhož příjmu, nebo naopak zamezení toho, že určitý příjem nebude zdaněn vůbec. Viz rozsudek ze dne 26. května 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, bod 47), nebo rozsudek ze dne 10. února 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel a Österreichische Salinen (C-436/08 a C-437/08, EU:C:2011:61, body 169 až 172).

<sup>25</sup> – Viz například rozsudek ze dne 27. února 2020, AURES Holdings (C-405/18, EU:C:2020:127, bod 32).

<sup>26</sup> – Rozsudek ze dne 16. července 2009, Damseaux (C-128/08, EU:C:2009:471, bod 27).

možnost členských států ukládat daně neoprávněně ohrožena. Za těchto okolností je nutno připustit, že kvaziomezení způsobená souběžnou existencí dvou daňových systémů nespádají do oblasti působnosti Smlouvy<sup>27</sup>.

51. Členské státy však musí při výkonu své daňové pravomoci dodržovat svobodu pohybu, což znamená, že se v roce 2006 měly zdržet přijetí opatření zakázaných článkem 56 odst. 1 ES (nyní čl. 63 odst. 1 SFEU)<sup>28</sup>.

52. V daňových záležitostech zaujímá Soudní dvůr obecně restriktivnější přístup než v jiných záležitostech, pokud jde o posouzení toho, jak byly dodržovány svobody pohybu. Pokud totiž ohledně těchto jiných záležitostí dospívá Soudní dvůr k závěru, že došlo k omezení, byť měla dotčená vnitrostátní právní úprava pouze odrazující účinek ve vztahu k přeshraničním transakcím, pak je nutno podotknout, že pouhá skutečnost, že činnost nebo transakce podléhají určité dani, nutně činí tuto činnost či transakci méně přitažlivou. Aby tedy nebyla nepřiměřeně narušena schopnost členských států vybírat daně, má Soudní dvůr v zásadě za to, že aby mohlo být určité opatření považováno v tomto smyslu za omezení, musí takové opatření rovněž, ať už přímo či nepřímo, zakládat diskriminaci, která bude poškozovat přeshraničního investora<sup>29</sup>. Soudní dvůr tedy pro účely prohlášení určitého opatření za neslučitelné s unijním právem v zásadě vyžaduje provedení testu srovnatelnosti<sup>30</sup>.

53. Obecně musí být opatření považováno za diskriminační, je-li jeho účelem nebo důsledkem zacházet se srovnatelnými situacemi odlišně, nebo naopak zacházet s odlišnými situacemi stejně<sup>31</sup>.

54. Vzhledem k tomu, že cílem svobod pohybu je vytvoření vnitřního trhu, Soudní dvůr původně uplatňoval v tomto kontextu specifickou definici. Pokud totiž Smlouva zakazuje použití určitého zvláštního kritéria, dochází k přímé diskriminaci, je-li s určitou osobou na základě tohoto kritéria výslovně zacházeno méně příznivě. K nepřímé diskriminaci naopak dochází, pokud je kritérium použito způsobem, který se jeví jako neutrální, ale v praxi osoby, jež toto zakázané kritérium splňují, ve srovnání s jinými znevýhodňuje<sup>32</sup>. Na základě tohoto přístupu Soudní dvůr z hlediska výkonu svobod pohybu, včetně volného pohybu kapitálu, považoval za přímou diskriminaci,

<sup>27</sup> – V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 14. listopadu 2006, Kerckhaert a Morres (C-513/04, EU:C:2006:713, bod 23), a stanovisko generálního advokáta L. A. Geelhoeda ve věci *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (C-374/04, EU:C:2006:139, bod 39).

<sup>28</sup> – Viz například rozsudek ze dne 12. září 2006, Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, bod 40).

<sup>29</sup> – V tomto smyslu viz rozsudky ze dne 6. prosince 2007, Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754, bod 53), a ze dne 26. května 2016, NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:356, bod 47). Je nutno připustit, že podle některých rozsudků „opatřeními zakázanými podle čl. [56] odst. 1 [ES] z důvodu, že jsou omezeními pohybu kapitálu, jsou také ta, která mohou odradit od investování v některém členském státě osoby, které nemají v tomto státě bydliště nebo sídlo, nebo odradit osoby s bydlištěm nebo sídlem v tomto členském státě od investování v jiných státech“. Viz například rozsudek ze dne 10. května 2012, Santander Asset Management SGIIC a další (C-338/11 až C-347/11, EU:C:2012:286, bod 15). Kurzivou zvýraznil autor tohoto stanoviska. To však neznamená, že skutečnost, že má určité opatření odrazující účinek, je dostatečná k tomu, aby bylo toto opatření kvalifikováno jako omezení. Viz body 23 a 39 tohoto rozsudku.

<sup>30</sup> – Generální advokátka J. Kokott navrhovala upustit od kritéria nediskriminace a namísto toho prosazovala použít na daňové záležitosti stejná kritéria, jaká jsou používána v jiných oblastech. Soudní dvůr se však v tomto ohledu s jejím stanoviskem neztotožnil. Viz stanovisko generální advokátky J. Kokott ve věci *Nordea Bank* (C-48/13, EU:C:2014:153, bod 22), rozsudek ze dne 17. července 2014, *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087, body 23 a 24).

<sup>31</sup> – Viz například rozsudek ze dne 13. března 2014, *Bouanich* (C-375/12, EU:C:2014:138, bod 45), a ze dne 30. dubna 2020, *Société Générale* (C-565/18, EU:C:2020:318, body 24 a 25).

<sup>32</sup> – Viz stanovisko generálního advokáta N. Wahla ve věci *Rakousko v. Německo* (C-591/17, EU:C:2019:99, bod 42). V tomto smyslu viz též čl. 2 odst. 1 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/54/ES ze dne 5. července 2006 o zavedení zásady rovných příležitostí a rovného zacházení pro muže a ženy v oblasti zaměstnání a povolání (Úř. věst. 2006, L 204, s. 23).

pokud toto opatření vedlo k odlišnému zacházení z důvodu státní příslušnosti, a za nepřímou diskriminaci, pokud toto opatření, byť založené na jiném kritériu, jako je například kritérium bydliště, ve skutečnosti vedlo ke stejnému výsledku<sup>33</sup>.

55. Je však třeba zdůraznit, že již po dobu přibližně deseti let se Soudní dvůr velmi často (nikoli však vždy)<sup>34</sup> uchyluje k obecné definici pojmu diskriminace – specifikované v bodě 53 tohoto stanoviska – která vyvolává řadu potenciálních otázek.

56. Zaprvé nelze nevidět, že tento obecnější přístup by mohl vést k paradoxnímu výsledku v tom smyslu, že pokud určitý právní předpis sleduje jasně diskriminační cíl, nebude žádná diskriminace konstatována, neboť s ohledem na tento cíl by měly být dotčené situace považovány za odlišné.

57. Zadruhé tento přístup podle všeho není zcela souladný s přístupem zastávaným rovněž v některých ze stejné skupiny rozsudků, který spočívá v posuzování srovnatelnosti situací na úrovni odůvodnění, zatímco podle obecné definice pojmu diskriminace je srovnatelnost dotčené situace součástí samotné definice pojmu diskriminace<sup>35</sup>.

58. Zatřetí vzhledem k tomu, že srovnatelnost musí být posuzována s ohledem na cíl sledovaný dotčenou právní úpravou, je logické před provedením srovnání posoudit nejprve otázku přípustnosti sledovaného cíle. Za této situace může vyvstat otázka, co ještě zbývá k posouzení na úrovni odůvodnění.

59. Osobně se domnívám, že bez ohledu na zvolený přístup v případě přímé diskriminace, tedy diskriminace z hlediska účelu, není obecně nutné posuzovat, zda jsou dotčené situace striktně srovnatelné, neboť tuto srovnatelnost lze předpokládat.

60. Pokud jde o úroveň, na které je třeba srovnání provést, lze poznamenat, že judikatura na toto téma nerozlišuje vždy zcela jednoznačně mezi jednotlivými úrovněmi provádění tohoto testu (tedy zda opatření představují omezení a pokud ano, zda je toto omezení objektivně odůvodnitelné), ale spíše obecně zkoumá, zda je dané opatření v rozporu se Smlouvami<sup>36</sup>. V každém případě, přestože by takový postup bylo možno z hlediska metodologického považovat

<sup>33</sup> – Viz například rozsudky ze dne 14. února 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, body 26 až 29); ze dne 20. ledna 2011, Komise v. Řecko (C-155/09, EU:C:2011:22, bod 46); ze dne 19. listopadu 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765, bod 28), a ze dne 18. června 2020, Komise v. Maďarsko (Transparentnost sdružování) (C-78/18, EU:C:2020:476, bod 62). Tento přístup je podle všeho v souladu s judikaturou, podle které představují svobody pohybu odchylky od zásady zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti stanovené v článku 12 ES (nyní článek 18 SFEU), takže pokud se tyto svobody uplatní, není potřeba uplatňovat toto ustanovení autonomně. Viz například rozsudek ze dne 21. ledna 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, bod 31).

<sup>34</sup> – Pokud jde o nedávný příklad použití prvního přístupu, viz rozsudek ze dne 3. března 2020, Tesco-Global Áruházak (C-323/18, EU:C:2020:140, bod 62).

<sup>35</sup> – Je pravda, že čl. 58 odst. 1 písm. a) ES [nyní čl. 65 odst. 1 písm. a) SFEU] stanoví, že „[čl.]lánkem 56 není dotčeno právo členských států [...] uplatňovat příslušná ustanovení svých daňových předpisů, která rozlišují mezi daňovými poplatníky podle místa bydliště nebo podle místa, kde je jejich kapitál investován“. Jak jsem však vysvětlil ve svém stanovisku ve věci E (Příjem vyplácený SKIPCP) (C-480/19, EU:C:2020:942), výraz „není dotčeno právo členských států“ neimplikuje existenci výjimky, ale spíše to, že členské státy mohou, je-li to případně za určitých okolností relevantní, zakotvit odchýlná pravidla pro nerezidenty. Domnívám se tedy, že čl. 56 odst. 1 písm. a) ES, zejména ve spojení s třetím pododstavcem tohoto článku, pouze připomíná, pokud jde o kritérium bydliště, v kterémžto případě je použití takového kritéria, byť rovnocenného státní příslušnosti, slučitelné s unijním právem, že tyto členské státy mohou zacházet s osobami rozdílně na základě tohoto kritéria za podmínky, že to nepředstavuje prostředek svévolné diskriminace nebo zastřeného omezování, což předpokládá, že existuje důvod pro použití daného kritéria (svévolná diskriminace) a že ve světle tohoto důvodu se toto odlišné zacházení nejvíce nesoudržné (zastřená diskriminace). Jako příklad rozsudku, v němž Soudní dvůr přistoupil k porovnání situací na úrovni kvalifikace opatření jako omezení, viz rozsudek ze dne 23. ledna 2014, DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, bod 42).

<sup>36</sup> – Viz například rozsudek ze dne 30. dubna 2020, Sociétés Générale (C-565/18, EU:C:2020:318, bod 26).

za neuspokojivý, poznamenávám, že v rámci řízení o předběžné otázce úroveň, na které je posouzení srovnatelnosti provedeno, nemá žádný praktický účinek, samozřejmě za podmínky, že takové posouzení provedeno je<sup>37</sup>.

61. Konečně, pokud jde o cíle, které je potřeba zkoumat při posuzování srovnatelnosti, resp. důvodů, lze podle mého názoru jakékoli pochybnosti, které by mohly v tomto ohledu existovat, snadno vyřešit. Pro toto srovnání je důležitý *cíl* sledovaný dotčenou *daňovou výhodou nebo nevýhodou, jejíž použití je zpochybňováno*, zatímco na úrovni posuzování případných důvodů jsou cíli, které je třeba vzít v úvahu, ty, které jsou *v rámci tohoto opatření specificky sledovány kritériem, které vedlo k uplatnění, popřípadě, v závislosti na dané situaci, odeprání použití tohoto opatření* na dotčenou přeshraniční situaci nebo transakci<sup>38</sup>.

62. V tomto ohledu je podle mého názoru potřeba mít na paměti, pokud jde o posuzování srovnatelnosti situací – ať již je považována za podmínku pro vymezení pojmu omezení, nebo za důvod – že srovnávací kritérium, které má být použito pro určení, zda rozdílné zacházení vyplývající z dotčené právní úpravy odráží rozdíl v objektivních situacích, závisí na cílech sledovaných dotčenou právní úpravou<sup>39</sup>.

63. V této souvislosti je třeba rovněž důležité pamatovat na to, že pouhá skutečnost, že je subjektu zahraničního práva, který má korporátní formu neznámou v hostitelském státě, odepráno určité daňové zvýhodnění stanovené pro jiné kategorie subjektů, *sama o sobě* nestačí k prokázání toho, že dotčená právní úprava vytváří neodůvodněné omezení volného pohybu kapitálu. Takové pravidlo by totiž mohlo být zcela v souladu s jiným rozhodnutím učiněným tímto členským státem, a sice zdanit rozdělované zisky v závislosti na právním postavení subjektu, který tyto zisky rozděluje, a nikoli v závislosti na povaze vykonávané činnosti<sup>40</sup>. Jak jsem například vysvětlil ve svém stanovisku ve věci E (Příjmy vyplácené ze strany SKIPCP) (C-480/19, EU:C:2020:942), je zcela pochopitelné, když členský stát uplatňuje daňová pravidla upravující zdanění dividend na příjmy vyplácené fondy s právní subjektivitou, přestože dotčený členský stát neumožňuje, aby byly jeho vlastní fondy v této podobě zřizovány.

64. Bylo by však nesprávné vylučovat riziko nepřímé diskriminace i v případě, že by určité zahraniční subjekty mohly splnit relevantní kritérium. Pokud je totiž účinkem použitého kritéria pouze částečné vyloučení zahraničních subjektů – například těch, které si zvolily určitou korporátní formu – pak naopak skutečnost, že pouze zahraniční subjekty patrně nesplní podmínku či podmínky požadované pro získání daňového zvýhodnění, může nicméně zpochybnit skutečné úmysly vnitrostátního zákonodárce<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> – Tato otázka však může mít určitý význam v rámci žaloby pro nesplnění povinnosti, jelikož důkazní břemeno ohledně daného omezení nese Komise, zatímco důkazní břemeno ohledně odůvodnění nese členský stát.

<sup>38</sup> – V tomto smyslu viz rozsudky ze dne 13. listopadu 2019, *College Pension Plan of British Columbia* (C-641/17, EU:C:2019:960, body 65 a 66), a ze dne 23. ledna 2014, *DMC* (C-164/12, EU:C:2014:20, bod 42). Tyto cíle mohou být někdy totožné.

<sup>39</sup> – Viz například rozsudek ze dne 10. května 2012, *Santander Asset Management SGIIC a další* (C-338/11 až C-347/11, EU:C:2012:286, bod 28), a ze dne 2. června 2016, *Pensioenfond Metaal en Techniek* (C-252/14, EU:C:2016:402, bod 49).

<sup>40</sup> – Je pravda, že v bodě 50 rozsudku ze dne 18. června 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha* (C-303/07, EU:C:2009:377), Soudní dvůr rozhodl, že „okolnost, že [v členském státě] neexistuje druh společností se stejnou právní formou, jako má [právní úprava, o kterou jde], nemůže sama o sobě odůvodnit rozdílné zacházení, jelikož vzhledem k tomu, že právo společností členských států není na úrovni [Unie] plně harmonizované, by tím jinak byla svoboda usazování zbavena veškerého užitečného účinku“. Soudní dvůr nicméně nevyvodil existenci omezení z pouhé okolnosti, že tato právní forma ve vnitrostátních právních předpisech neexistovala, ale pouze to, že taková okolnost *sama o sobě* nepředstavuje *odůvodnění*. Pro zjištění omezení je důležité, že s ohledem na cíle sledované dotčeným opatřením a uplatňované daňové zásady mělo být s touto formou společností zacházeno stejně jako s jinou formou společnosti existující ve vnitrostátním právu.

<sup>41</sup> – V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 9. října 2014, *van Caster* (C-326/12, EU:C:2014:2269, body 36 a 37), a ze dne 8. června 2017, *Van der Weegen a další* (C-580/15, EU:C:2017:429, bod 29).

65. Za této situace je tedy obzvláště důležité posoudit srovnatelnost situací těchto zahraničních subjektů za účelem posouzení, zda volba tohoto kritéria je v souladu s logikou vnitrostátního práva, a zda je tedy skutečnost, že pouze zahraniční subjekty toto kritérium patrně nesplní, pouhým důsledkem volby členského státu, že tuto zvláštní právní formu neupravil, nebo zda naopak představuje tato skutečnost nepřímý prostředek zvýhodňování vnitrostátních podniků.

66. Konečně je potřeba připomenout, že rozdílné zacházení může být slučitelné s unijním právem, pokud je v případě přímé diskriminace odůvodněno jedním z důvodů výslovně stanovených Smlouvami<sup>42</sup>, nebo v případě nepřímé diskriminace rovněž naléhavými důvody obecného zájmu, a v obou případech za podmínky, že je opatření vnitrostátního práva způsobilé zaručit uskutečnění sledovaného cíle a nepřekračuje meze toho, co je pro dosažení tohoto cíle nezbytné<sup>43</sup>.

67. A právě ve světle shora uvedeného navrhuji odpovědět na otázku položenou předkládajícím soudem.

## 2. Použití

68. Úvodem je potřeba předeslat, že čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006 podřizuje možnost využít snížení sazby převodních daní a daní ze zápisu *dvěma zvláštním podmínkám*, a sice že žadatel musí být zaprvé uzavřeným nemovitostním fondem a že se na něj zadruhé musí vztahovat článek 37 legislativního nařízení č. 58/1998.

69. Přestože se otázka položená předkládajícím soudem v projednávané věci týká pouze podmínky první, dovoluji si připojit několik poznámek i k podmínce druhé. Poukazuji totiž na skutečnost, samozřejmě máje vždy na paměti, jak jsem již uvedl, že výklad vnitrostátní právní úpravy přísluší v konečném důsledku předkládajícímu soudu, že jelikož jsou tyto dvě podmínky samostatné, lze každou z nich odůvodnit odmítnutí uplatnění onoho 50% snížení sazby daní na ony dva dotčené nemovitostní fondy.

### **a) Ke druhé podmínce stanovené v čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006**

70. Navrhovatelka tvrdí, že *druhá podmínka* zakládá přímou diskriminaci, jelikož článek 37 legislativního nařízení č. 58/1998 se vztahuje *pouze na fondy upravené italským právem*.

71. I když z údajů poskytnutých předkládajícím soudem nevyplývá, jaká byla působnost článku 37 legislativního nařízení č. 58/1998 v době, kdy k rozhodným událostem došlo<sup>44</sup>, je důležité zdůraznit, že pokud by se ukázalo, že se toto ustanovení použilo buď pouze na fondy založené podle italského práva (pokud jde o fondy zřízené na základě zákona), nebo na fondy, jejichž smlouva se řídí italským právem (pokud jde o fondy mající smluvní formu), nebo na fondy, jejichž správcovská společnost je usazena v Itálii, pak *by* tato druhá podmínka představovala

<sup>42</sup> – Ohledně daňových opatření viz stanovisko generálního advokáta A. Tizzana ve věci SEVIC Systems (C-411/03, EU:C:2005:437, bod 55), nebo obecněji rozsudky ze dne 7. května 1997, Pistre a další (C-321/94 až 324/94, EU:C:1997:229, bod 52).

<sup>43</sup> – Viz například rozsudek ze dne 26. února 2019, X (Zprostředkovatelské společnosti usazené ve třetích zemích) (C-135/17, EU:C:2019:136, bod 70).

<sup>44</sup> – Jak bylo vysvětleno, směrnice o AIF nebyla ještě v době rozhodné z hlediska skutkového stavu přijata. Nemovitostní fondy navíc nespádaly do oblasti působnosti směrnice 85/611/EHS ze dne 20. prosince 1985 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů (SKIPCP), která zakotvila zásadu kontroly prováděné zemí původu, neboť tyto fondy by neměly investovat do převoditelných cenných papírů nebo jiných likvidních finančních aktiv, jak je uvedeno v článku 1 směrnice 85/611.

přímou diskriminaci. Za těchto okolností by byl totiž odkaz v čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006 na článek 37 legislativního nařízení č. 58/1998 totéž jako stanovení kritéria „státní příslušnosti“ fondu pro účely použití čl. 35 odst. 10-b uvedeného nařízení vlády s mocí zákona<sup>45</sup>.

72. Jak jsem již vysvětlil, přímá diskriminace může být odůvodněna pouze některým z důvodů výslovně stanovených Smlouvami, které jsou v zásadě zakotveny, pokud jde o volný pohyb kapitálu, v čl. 58 odst. 1 písm. b) ES (nyní čl. 65 odst. 1 písm. b) SFEU), a sice udržování veřejného pořádku a veřejné bezpečnosti<sup>46</sup>, což zahrnuje i boj proti daňovým únikům nebo podvodům a nutnost bránit neobhajitelným daňovým zvýhodněním.

73. Pokud by se tedy ukázalo, že se článek 37 legislativního nařízení č. 58/1998 použije *pouze* na fondy podle italského práva nebo spravované společnostmi, které se řídí italským právem, je jen obtížně představitelné, jak by jeden z těchto důvodů mohl být považován za zjištěný, když nebezpečí vyhýbání se daňovým povinnostem je podle všeho, vzhledem k povaze obou dotčených daní, stejně závažné bez ohledu na „státní příslušnost“ dotčených fondů. I kdyby toto kritérium sledovalo důvod veřejného pořádku spočívající v upřednostňování „uzavřených“ nemovitostních fondů (což je podrobně pojednáno níže), aby se zabránilo vzniku systémového rizika, bylo by toto riziko patrně stále stejné bez ohledu na „státní příslušnost“ dotčených fondů.

#### ***b) K první podmínce stanovené v čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006***

##### *1) K existenci omezení*

74. Pokud jde o *první podmínku*, je třeba uvést, že s ohledem na skutečnost, že tato podmínka nesouvisí přímo s právem použitelným na fondy, nelze konstatovat žádnou přímou diskriminaci.

75. Pokud jde o otázku případné existence nepřímé diskriminace, je nutno posoudit, zda použité kritérium – a sice zda je určitý nemovitostní fond „uzavřený“ – představuje kritérium, které, ač na první pohled neutrální, v praxi daňově znevýhodňuje zahraniční fondy. K tomu je nezbytné, aby účinkem tohoto kritéria bylo znevýhodnění zahraničních fondů, přestože se tyto fondy nacházejí z hlediska cílů sledovaných dotčeným daňovým opatřením ve stejné situaci jako fondy, které se řídí vnitrostátním právem. Jak je vysvětleno výše, v tomto ohledu lze nepřímou diskriminaci předpokládat v případě, že jedinými subjekty, které toto kritérium patrně nesplní, budou zahraniční subjekty<sup>47</sup>.

76. V projednávané věci, ačkoli se dotčené daně vztahují, dojde-li k nabytí majetku, na otevřené i uzavřené fondy, první podmínka stanoví, že dotčené slevy na daních ve výši 50 % mohou využít pouze uzavřené fondy. Článek 12-a ministerského nařízení č. 228/1999 stanoví, že nemovitostní fondy mohou být v Itálii zřizovány pouze ve formě uzavřených fondů. Z toho vyplývá, že tuto podmínku patrně nesplní pouze zahraniční fondy. Za těchto konkrétních okolností je tedy nutno předpokládat, že použití tohoto kritéria, ač na první pohled neutrálního, představuje rozdílné zacházení na úkor určitých přeshraničních situací.

<sup>45</sup> – Nejednalo by se o nepřímou diskriminaci, neboť použité kritérium by se, byť prostřednictvím odkazu, týkalo přímo otázky, zda má daná transakce přeshraniční povahu nebo nikoli.

<sup>46</sup> – Viz čl. 58 odst. 1 písm. b) ES.

<sup>47</sup> – V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 18. června 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, bod 50).



77. Takové rozdílné zacházení však bude patrně představovat nepřímou diskriminaci – a tudíž omezení ve smyslu článku 56 ES (nyní článku 63 SFEU) – pouze tehdy, pokud lze mít za to, že se otevřené a uzavřené fondy nacházejí ve skutečně srovnatelných situacích, a to s ohledem na cíle sledované zákonodárcem v okamžiku, kdy poskytl dotčené daňové zvýhodnění, které je předmětem vzneseného nároku, a sice, v projednávané věci, přiznání 50% snížení použitelných daňových sazeb.

78. Na první pohled je patrný problém spočívající v tom, že předkládající soud se nevyjádřil zcela jasně k důvodu, *proč* italské právo takové daňové zvýhodnění poskytlo. V žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce totiž zmíněný soud uvedl pouze toto: „V posledních letech byly daňové právní předpisy upravující uzavřené nemovitostní investiční fondy předmětem řady legislativních zásahů motivovaných dvěma protichůdnými cíli: na jedné straně snahou podpořit rozvoj určitého zvláštního nástroje správy aktiv, na druhé straně úsilím o omezení jeho využití pro neurčité účely“. Je však obtížné říci, zda se toto tvrzení týká čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006, nebo zda se jedná pouze o vyjasnění kontextu projednávané věci, jehož cílem je obecně osvětlit důvod, proč byly ony nejruznější zásahy do daňového režimu investičních fondů vnitrostátním zákonodárcem provedeny.

79. I za předpokladu, že se toto vysvětlení týká konkrétně čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006, vysvětlilo by to pouze to, proč jsou otevřené fondy vyloučeny ze zvýhodnění zakotveného v tomto ustanovení, avšak nikoli to, proč bylo takové daňové zvýhodnění vůbec přiznáno.

80. V tomto kontextu podala jediné seriózní vysvětlení cíle sledovaného oním 50% snížením daňových sazeb společnost UBS Real Estate. Podle uvedené společnosti bylo skutečným cílem dotčené právní úpravy zabránit ohrožení fondů, které často provádějí transakce nákupu a dalšího prodeje<sup>48</sup>, jelikož by byly z hospodářského hlediska tyto transakce zdaněny dvakrát<sup>49</sup>.

81. Pokud by tomu tak bylo – což přísluší ověřit vnitrostátnímu soudu – bylo by nutno konstatovat, že z hlediska takového cíle musí být všechny nemovitostní fondy, otevřené či uzavřené, považovány za fondy nacházející se ve stejné situaci, takže s nimi mělo být v zásadě zacházeno stejně.

82. Z toho vyplývá, že pokud by toto byl skutečně onen důvod, proč Itálie upravila možnost snížení dotčených daní, pak by omezení tohoto zvýhodnění pouze na uzavřené fondy představovalo nepřímou diskriminaci. Stejně by tomu bylo i v případě, že by předkládající soud nebyl schopen nalézt žádný jasný cíl tohoto daňového zvýhodnění.

83. Ovšem vzhledem k tomu, že by omezení tohoto zvýhodnění pouze na uzavřené fondy mohlo být zaměřeno na dosažení určitých cílů obecného zájmu, budu se nyní věnovat právě této otázce.

<sup>48</sup> – K prokázání, že čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006 takový cíl sleduje, odkazuje navrhovatelka na studii č. 2/2009/T z 15. května 2009 vypracovanou Consiglio nazionale del Notariato (Národní rada notářů, Itálie), nadepsanou „Il regime tributario dei fondi immobiliari“ (Daňový režim nemovitostních fondů), jakož i na dokument Assonime (sdružení italských akciových společností). Ačkoli žádný z těchto dokumentů není oficiálním pramenem práva, oba uvádějí, že uplatnění daně z nabytí nemovitostí určených k podnikatelským účelům zohledňuje skutečnost, že po nabytí nemovitostí těmito subjekty nutně následuje další prodej uvedených nemovitostí: nemovitostní fondy se zřizují na určitou dobu, během níž jsou koupené nemovitosti dále prodávány.

<sup>49</sup> – Z právního hlediska tomu tak zřejmě není, neboť osoba povinná k dani nebude v okamžiku koupě a v okamžiku dalšího prodeje totožná. Ačkoli není zřejmé, jak by se tento jev konkrétně dotkl investičních fondů – jelikož toto „dvojí“ zdanění patrně vyplývá pouze z uskutečnění dvou odlišných právních transakcí – nelze vyloučit možnost, že se skutečně jedná o cíl sledovaný italským zákonodárcem.

## 2) *K existenci důvodu*

84. Jak jsem se již pokusil vysvětlit, nepřímá diskriminace by mohla být slučitelná se Smlouvami, pokud je podle všeho odůvodněná naléhavým důvodem obecného zájmu.

85. V tomto ohledu předkládající soud v podstatě odkázal na dva cíle, které údajně sleduje první podmínka stanovená v čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006. Prvním cílem je podle něj propagace a podpora rozvoje nemovitostních fondů kolektivního investování, které nejsou založeny na vysoce spekulativních a neurčitých úmyslech, a druhým cílem je omezení systémového rizika na trzích s nemovitostmi (a širších bankovních trzích) v případě krize<sup>50</sup>. Kromě těchto dvou cílů ještě Komise zmínila boj proti daňovým únikům. Nakonec italská vláda zmínila ještě další důvod, a sice zachování soudržnosti italského systému, neboť italské právo uznává uzavřené investiční fondy jako jediný typ fondu, který může provádět transakce spočívající v nabývání nemovitostí<sup>51</sup>.

86. Zaprvé, pokud jde o cíl předkládaný Komisí, článek 35 nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006 je sice nadepsán „Opatření pro boj proti daňovým únikům a vyhýbání se daňovým povinnostem“, nicméně plně sdílím názor tohoto účastníka řízení, že pokud by toto bylo skutečně oním sledovaným cílem, bylo by první kritérium k dosažení takového cíle zcela nevhodné. Naznačovalo by se tím totiž, že nabytí nemovitostí provedená otevřenými fondy jsou podvodná. Kromě toho podle ustálené judikatury platí, že k tomu, aby mohl být přijat argument založený na takovém odůvodnění, je třeba, aby byla prokázána existence přímé souvislosti mezi dotčeným daňovým zvýhodněním a vyrovnáním tohoto zvýhodnění určitou daňovou zátěží, k čemuž v projednávané věci nedošlo<sup>52</sup>.

87. Zadruhé, pokud jde o důvod zmíněný italskou vládou, uvádím, že takový důvod je v rozporu s judikaturou, podle níž může nepřímá diskriminace vyplývat ze skutečnosti, že nerezidenti pravděpodobně nebudou schopni splnit požadovanou podmínku či podmínky, aby mohli mít prospěch z určitého daňového režimu, nebo by tak mohli učinit jen s obtížemi<sup>53</sup>.

88. Pokud jde o první cíl uváděný předkládajícím soudem v souvislosti s bojem proti vysoce spekulativnímu nabývání majetku a neurčitým úmyslům a bez ohledu na to, zda takový cíl představuje naléhavý důvod obecného zájmu podle unijního práva, tento cíl podle všeho nemůže

<sup>50</sup> – V tomto ohledu je nutno podotknout, že čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006 se použije bez ohledu na to, zda je dotčený fond rozšířen v Itálii: vztahuje se na nabývání nemovitostí prostřednictvím fondu. Z tohoto důvodu se Itálie nemůže dovolávat potřeby chránit investory.

<sup>51</sup> – V každém případě v souladu s článkem 267 SFEU Soudnímu dvoru nepřísluší, aby se v rámci řízení o předběžné otázce vyjadřoval k výkladu vnitrostátních ustanovení, ani aby posuzoval, zda jejich výklad, který poskytuje předkládající soud, je správný, a tím spíše aby zjišťoval, jaké cíle určité opatření sleduje. V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 21. října 2010, Padawan (C-467/08, EU:C:2010:620, bod 22), ze dne 15. září 2011, Gueye (C-483/09 a C-1/10, EU:C:2011:583, bod 42); a ze dne 21. června 2016, New Valmar (C-15/15, EU:C:2016:464, body 25 a 26). Jak již bylo vysvětleno, vzhledem k tomu, že dotyčný členský stát nenesl důkazní břemeno, je nutno mít na paměti, že rozhoduje-li Soudní dvůr o žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, činí tak vždy výlučně na základě důvodů předestřených předkládajícím soudem a někdy, avšak s určitým prostorem pro uvážení, účastníky řízení. Pokud se tedy ukáže, že předložené důvody nejsou správné, může se odpověď poskytnutá Soudním dvorem, i když je odůvodněna s ohledem na okolnosti popsané předkládajícím soudem, ukázat pro daný spor jako nepoužitelná. Totéž platí, pokud je zjištěno, že některá ustanovení vnitrostátních právních předpisů, i když jsou relevantní, nebyla vnitrostátním soudem zmíněna, nebo pokud se ukáže, že citovaná ustanovení nebyla ve skutečnosti na spor v původním řízení použitelná, zejména *ratione temporis*. Ačkoli je to politováníhodné a ve vztahu k občanům Unie to působí určitá nedorozumění, je to důsledkem řízení o žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, v němž Soudní dvůr nemá na rozdíl od vnitrostátního nejvyššího soudu pravomoc vykládat vnitrostátní právo, a musí se tedy spoléhat na tvrzení předkládajících soudů.

<sup>52</sup> – Viz například rozsudek ze dne 1. prosince 2011, Komise v. Belgie (C-250/08, EU:C:2011:793, bod 71).

<sup>53</sup> – Jak jsem však vysvětlil dříve, okolnost, že má určitý subjekt formu, která není v hostitelském členském státě uznána, neukládá tomuto členskému státu povinnost použít na tento subjekt nejvýhodnější existující daňový režim, ale spíše jen režim vyplývající ze soudržného uplatňování kritérií stanovených vnitrostátní právní úpravou.

odůvodnit první podmínku použití čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006. Uzavřená nebo otevřená povaha fondu se totiž týká, jak podotýká společnost UBS Real Estate, možnosti investorů požadovat, aby fondy jejich investici (kterou představuje počet podílových listů, jejichž jsou držiteli) vyplatily. Tato povaha samozřejmě může mít dopad na způsob, jakým bude fond spravován, neboť zejména skutečnost, že investoři mohou kdykoli požadovat vyplacení svých podílových listů, povede k tomu, že fond bude muset držet likvidní prostředky, aby mohl uspokojit přiměřený počet žádostí. Tato otázka však podle všeho nesouvisí s tím, do jaké míry je daná investice uskutečňovaná tímto fondem spekulativní, ani s tím, jak jasné či nejasné jsou úmysly fondu v tomto ohledu.

89. Pokud předkládající soud zamýšlí prostřednictvím tohoto důvodu odkázat na cíl spočívající v podpoře dlouhodobých nákupů nemovitostí oproti krátkodobým spekulativním nákupům – zejména z toho důvodu, že krátkodobé spekulativní nákupy by mohly přispět k umělému zvýšení cen, a tudíž vytvořit i problém přístupu k nemovitostem – nemůže tato myšlenka sama o sobě a za těchto konkrétních okolností, bez ohledu na to, jak je chvályhodná, odůvodnit takovéto rozdílné zacházení mezi otevřenými a uzavřenými fondy. Je pravda, že z povahy uzavřeného fondu vyplývá, že investoři nemohou vykonávat svá práva na vyplacení, kdykoli by chtěli. Tento charakteristický rys uzavřených fondů je však nezavazuje k tomu, aby nemovitosti, které získají do svého majetku, měli ve svém majetku déle, než kdyby byly fondy otevřenými. Vzhledem k tomu, že první podmínka stanovená v čl. 35 odst. 10-b podle všeho není v souladu s takovým cílem, nemůže tento cíl představovat požadovaný objektivní důvod.

90. Druhý důvod nabízený předkládajícím soudem je, že cílem vnitrostátní právní úpravy je v podstatě zabránit tomu, co by bylo možno nazvat efektem „sněhové koule“ ve vztahu k trhu s komerčními nemovitostmi. V této souvislosti předkládající soud vysvětluje, ve vztahu k otevřeným fondům, že pokud by došlo na trhu v důsledku poklesu cen nemovitostí ke krizi, mohlo by to mnohé investory přimět k tomu, aby žádali o předčasné splacení části investovaných částek. Tím by mohlo dojít k pohlcení rezerv likvidity těchto fondů, které by následně mohly být nuceny prodat část těchto nemovitostí za cenu nižší, než je jejich účetní hodnota, aby vyhověly žádostem o vyplacení akcií<sup>54</sup>. Aby se takovému riziku předešlo, je tedy legitimní podporovat pouze rozvoj uzavřených fondů – a bez ohledu na to, zda právní úprava, která se na ně vztahuje – tím, že jsou určité daňová zvýhodnění vyhrazena pouze jim, jako je právě zvýhodnění stanovené v čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006.

91. V tomto ohledu cíl zaměřený na omezení rizika systémové povahy zjevně představuje naléhavý důvod obecného zájmu pro účely unijního práva<sup>55</sup>. Systémová rizika jsou totiž zjevně důvodem ke znepokojení, jak dokládá skutečnost, že Evropská unie přijala nařízení zaměřené na omezení takových rizik, pokud jde o finanční trhy<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> – Rozdíl mezi likviditou otevřených a uzavřených investičních fondů je nyní uznán článkem 1 nařízení v přenesené pravomoci 694/2014.

<sup>55</sup> – Trvání na tom, že tento problém existuje, namísto argumentace ve smyslu rizika, aby byl členský stát oprávněn dovolávat se nutnosti tomuto riziku čelit, by vedlo k legislativnímu ping-pongu a odráželo by podle mého názoru určitou formu justiční krátkozrakosti: opatření je přijato jako odpověď na určitý problém, ale bude muset být zrušeno, jakmile bude jeho účinnost zjištěna, což povede k tomu, že se dotčený problém objeví znovu, a tak povede daný stát k obnovení uvedeného opatření, a tak pořád dál. Pokud je problém zmiňovaný členským státem v současné době pod kontrolou, možná je to právě proto, že opatření přijatá za účelem řešení tohoto problému fungují.

<sup>56</sup> – Viz nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1092/2010 ze dne 24. listopadu 2010 o makrobezpečnostním dohledu nad finančním systémem na úrovni Evropské unie a o zřízení Evropské rady pro systémová rizika (Úř. věst. 2010, L 331, s. 1). Je pravda, že v projednávané věci se dotčené systémové riziko týká trhu s nemovitostmi. Avšak existence takového rizika dozvuků krize na trzích s nemovitostmi ve vztahu ke stabilitě finančního systému a hospodářství jako celku je podle všeho obecně přijímána. Viz například první bod odůvodnění doporučení Evropské rady pro systémová rizika ze dne 31. října 2016 o doplnění chybějících údajů o nemovitostech (ESRB/2016/14) (Úř. věst. 2017, C 31, s. 1).

92. Aby však byla nepřímá diskriminace takového druhu slučitelná s unijním právem, musí nejen sledovat naléhavý důvod obecného zájmu, ale musí být též přiměřená ve vztahu k dosažení tohoto cíle. To znamená, že přijaté opatření (v projednávané věci vyloučení otevřených fondů z možnosti mít prospěch z 50% snížení sazby daní) musí být způsobilé zaručit dosažení tohoto cíle a nesmí jít nad rámec toho, co je k dosažení tohoto cíle nezbytné<sup>57</sup>.

93. Domnívám se rovněž, že v případě předcházení komplexnímu riziku je nutno přiznat členským státům určitý *prostor pro uvážení*<sup>58</sup>. Přezkum přiměřenosti jakéhokoli opatření přijatého k dosažení takového cíle prováděný Soudním dvorem by tak měl být omezen na ověření toho, zda nedošlo v tomto ohledu ke zjevnému pochybení<sup>59</sup>.

94. I když je tento problém pro trh s nemovitostmi pravděpodobně méně významný než jiné, jako je předlužení společností nebo domácností, je v oblasti financí dobře znám a podle mého názoru odůvodňuje, aby se o něj členské státy zajímaly, neboť jakákoli krize je obecně výsledkem kombinace více faktorů. To platí tím spíše, jako je tomu v projednávané věci, že se dotčené opatření týká konkrétně komerčních nemovitostí<sup>60</sup>, tedy trhu, na kterém jsou investiční fondy hlavními hráči<sup>61</sup>.

95. Navrhuji věnovat se nejprve druhému kritériu, a sice nutnosti toho, aby dotčené opatření nepřekračovalo meze toho, co je nezbytné pro dosažení posuzovaného naléhavého důvodu obecného zájmu.

<sup>57</sup> – Viz například rozsudek ze dne 10. února 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel a Österreichische Salinen (C-436/08 a C-437/08, EU:C:2011:61, bod 122). Některé rozsudky nebo nástroje odkazují na třetí kritérium, a sice že nesmí být možné nahradit tento požadavek méně omezujícím opatřením, které by mohlo vést ke *stejnému* výsledku. To však představuje druhou stranu tohoto kritéria, a sice že dotčené opatření nesmí překračovat meze toho, co je k dosažení tohoto cíle nezbytné. Pokud by totiž bylo možné přijmout méně omezující opatření, které by mohlo vést ke *stejnému* výsledku jako dané opatření, pak by toto poslední uvedené opatření nevyhnutelně překračovalo meze toho, co je k jeho dosažení nezbytné.

<sup>58</sup> – Obdobně, pokud jde o omezení zdravotních rizik, viz rozsudek ze dne 1. března 2018, CMVRO (C-297/16, EU:C:2018:141, bod 65).

<sup>59</sup> – Obdobně viz rozsudek ze dne 18. června 2015, Estonsko v. Pralament a Rada (C-508/13, EU:C:2015:403, bod 29).

<sup>60</sup> – Je obecně přijímáno, že komerční nemovitost má určité specifické vlastnosti, které z ní, přinejmenším částečně, činí zvláštní trh oddělený od trhu s rezidenčními nemovitostmi. Je však patrně uznávaným faktem, že existuje významné riziko přelévání („spillover“) negativních účinků z odvětví komerčních nemovitostí do širšího finančního sektoru a reálného hospodářství. V tomto smyslu viz Evropská rada pro systémová rizika (ESRB), *Report on vulnerabilities in the EU commercial real estate sector [Zpráva o zranitelnosti unijního odvětví komerčních nemovitostí]*, listopad 2018, s. 51. Dle této zprávy navíc odvětví komerčních nemovitostí představovalo v roce 2018 v Itálii přibližně 6 % hrubého domácího produktu. Viz s. 11. Je nutno připustit, že i když Itálie nebyla dle této zprávy mezi členskými státy, které byly nejvíce vystaveny riziku rozšíření negativních účinků v roce 2018, neznamená to, že toto riziko neexistuje (a tím méně, že neexistovalo v roce 2006). Potírání tohoto rizika tak musí být považováno za činnost, která by mohla představovat naléhavý důvod obecného zájmu pro účely unijního práva.

<sup>61</sup> – Podle některých autorů byly nemovitostní investiční fondy v roce 2020 v Itálii nejčastěji používaným prostředkem pro investování do komerčních nemovitostí. Viz Croce L., de Capitani, G. a Trutalli, F., *Commercial real estate in Italy: Overview*, Thomson Reuters Practical law, internetový průvodce typu otázek a odpovědí týkající se korporátního práva nemovitostí v Itálii. Studie PwC, která odkazuje na údaje Banca d'Italia, uvádí, že nemovitostní fondy v Itálii obhospodařovaly v roce 2019 aktiva sestávající z maloobchodních, kancelářských nebo průmyslových nemovitostí v hodnotě odpovídající 56 000 000 000 euro. Tato studie však neuvádí celkovou velikost tohoto trhu. Viz PwC, *Real Estate Market Overview: Italy 2019 [Přehled trhu s nemovitostmi: Itálie 2019]*, k dispozici na internetové stránce této globální sítě společností. V Irsku představoval podíl komerčních nemovitostí v majetku investičních fondů (s výjimkou nemovitostních fondů a pojišťovacích společností a penzijních fondů) v roce 2016, v závislosti na odhadu celkového využitého trhu, mezi 25 a 50 % portfolia komerčních nemovitostí (kancelářských, maloobchodních a průmyslových). Odhad vytvořený na základě těchto údajů je zmíněn v Coates, D., Daly, P., Keenan, E., Kennedy, G., a McCarthy, B., *Who Invests in the Irish Commercial Real Estate Market? An overview of Non-Bank Institutional Ownership of Irish CRE*, Banc Ceannais na hÉireann/irská centrální banka, Financial stability Notes [Dluhopisy finanční stability], č. 6, 2019, č. 6, s. 5 a 7. Ve Francii je 14 % komerčních nemovitostí v Paříži a na předměstích Paříže v majetku investičních fondů (kotovaných na burze či nekotovaných, ale s vyloučením institucionálních investorů nebo bank). Viz Association française des sociétés de placement immobilier (ASPIM) a Ernst & Young, *L'investissement immobilier, une dynamique au service des territoires: 1<sup>re</sup> étude socio-économique des fonds d'investissement immobilier non cotés*, říjen 2019, s. 7.

96. Pokud se v projednávané věci zaměříme na účinky uplatnění tohoto opatření, lze tuto podmínku považovat za splněnou, jelikož Itálie pouze vyloučila otevřené fondy z určitého daňového zvýhodnění, ale neuchýlila se k tomu, aby jim čistě a jednoduše zakázala nabývat nemovitosti nacházející se na jejím území.

97. Pokud však jde o první kritérium, a sice že dané opatření musí představovat vhodný prostředek způsobilý zaručit dosažení posuzovaného naléhavého důvodu obecného zájmu, není situace tak jednoduchá.

98. V tomto ohledu je potřeba připomenout, že zaprvé toto kritérium jednoduše vyžaduje, aby dotčené opatření *mohlo* tvrzené riziko *snížit*<sup>62</sup>. To tedy znamená, že dotčené opatření je přinejmenším účinné. Neznamená to však, že toto opatření musí být samo o sobě způsobilé odstranit uvedené riziko, což by bylo v praxi velmi často nemožné. Pokud by tomu tak nebylo, znamenalo by to, že by bylo členským státům za účelem dosažení určitého cíle namísto jednoznačného zákazu spíše bráněno v použití kombinace odrazujících opatření.

99. Zadruhé, aby mohlo být opatření považováno za vhodný prostředek způsobilý zaručit dosažení naléhavého důvodu obecného zájmu, musí toto opatření skutečně odrážet snahu tohoto cíle dosáhnout soudržným a systematickým způsobem<sup>63</sup>.

100. Mám za to, že v projednávané věci existuje souvislost mezi vnímaným rizikem, jak bylo zmíněno, a otevřenou či uzavřenou povahou dotčených fondů. Jak totiž vysvětlil předkládající soud, pokud otevřený fond nabízí každodenní vyplácení, ale podstatná část aktiv, do nichž tento fond investuje, nemůže být přeměněna na likvidní prostředky během jednoho dne, aniž by došlo ke značné ztrátě hodnoty tohoto majetku, vzniká nesoulad aktiv a pasiv. Tento problém následně vyvolává riziko spočívající v tom, že tyto fondy mohou být nuceny prodávat budovy uprostřed nemovitostní krize, čímž jakoukoli krizi na trhu s komerčními nemovitostmi ještě více prohloubí<sup>64</sup>. To je důvod, proč nyní existuje řada pravidel zaměřených na zaručení určité míry likvidity otevřených fondů, aby bylo zajištěno, že tyto fondy budou schopny plnit své povinnosti vyplácení a další závazky<sup>65</sup>.

<sup>62</sup> – V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 1. března 2018, CMVRO (C-297/16, EU:C:2018:141, bod 65).

<sup>63</sup> – V tomto smyslu viz rozsudek ze dne 14. listopadu 2018, Memoria a Dall'Antonia (C-342/17, EU:C:2018:906, bod 52).

<sup>64</sup> – Viz například Evropská rada pro systémová rizika (ESRB), Report on Vulnerabilities in the EU Commercial Real Estate Sector [Zpráva o zranitelnosti unijního odvětví komerčních nemovitostí], listopad 2018, s. 5. „[I]nvestiční prostředky, jako jsou otevřené nemovitostní investiční fondy, čelí rizikům vyplácení, která mohou vést až k opravám cen na [trhu s komerčními nemovitostmi], pokud budou fondy nuceny prodávat svá aktiva urychleně“. Tamtéž, s. 79. V tomto ohledu je nutno mít na paměti, že investoři do tohoto typu fondu obecně žádají o vyplácení za účelem omezení své ztráty z důvodu poklesu cen na trhu s nemovitostmi.

<sup>65</sup> – V říjnu 2016 přijala US SEC (Komise pro burzu a cenné papíry) nová pravidla na podporu účinného řízení rizika likvidity otevřených fondů (<https://www.sec.gov/rules/final/2016/33-10233.pdf>); v červenci 2016 zveřejnila HK SFC (Komise Hongkongu pro cenné papíry a futures) oběžník poskytující obhospodařovatelům dodatečné pokyny, zejména v souvislosti s řízením rizika likvidity (<https://apps.sfc.hk/edistributionWeb/gateway/EN/circular/doc?refNo=16EC29>); UK FCA (Regulační orgán Spojeného království) zveřejnil dodatečné pokyny (<https://www.fca.org.uk/publications/documents/liquidity-management-investment-firms-good-practice>); francouzský AMF (Úřad pro finanční trhy) zveřejnil konzultační zprávu o zátěžovém testování na úrovni investičních fondů (srpen 2016, <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news-releases/amf-news-releases/autorite-des-marches-financiers-amf-launches-consultation-use-stress-tests-help-manage-risk-asset>, závěrečná zpráva zveřejněná v únoru 2017), jakož i podrobné pokyny pro uplatňování nově zavedených odkladů vyplácení (prosinec 2016, <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news/setting-redemption-gates-mechanisms-amf-publishes-new-instruction-and-adjusts-its-existing-policy>); indická SEBI (Rada pro cenné papíry a burzu) zveřejnila oběžník (květen 2016) v odvětví správy likvidity ([https://www.sebi.gov.in/sebi\\_data/attachdocs/1464693701007.pdf](https://www.sebi.gov.in/sebi_data/attachdocs/1464693701007.pdf)). Viz též The Board of the International Organization of Securities Commissions [Rada Mezinárodní organizace komisí pro cenné papíry], *Open-ended Fund Liquidity and Risk Management – Good Practices and Issues for Consideration – Final report*, únor 2018 (<https://memofin-media.s3.eu-west-3.amazonaws.com/uploads/library/pdf/Memo%20OICV%20gestion%20risque%20liquidit%c3%a9.pdf>) nebo později, v kontextu krize způsobené onemocněním Covid, ESMA, Doporučení Evropské rady pro systémová rizika o riziku likvidity v investičních fondech, 12. listopadu 2020, zejména strana 54 týkající se nemovitostních fondů.

101. Situace týkající se uzavřených fondů je odlišná. V uzavřeném fondu lze na rozdíl od toho, co v zásadě platí pro otevřené fondy, požadovat vyplacení podílových listů pouze v předem stanovený den nebo, podle zvoleného vzorce, až po uplynutí určitého počtu let od úpisu. Výhoda uzavřených fondů ve srovnání s otevřenými fondy spočívá v tom, že v případě uzavřených fondů nehrozí, že budou vystaveny náhlé potřebě provádět improvizované prodeje majetku za účelem obstarání likvidity. Kromě toho z hlediska kapitálových trhů se má obecně za to, že nemovitostní fondy by měly být zakládány jako fondy s omezenou likviditou nebo jako uzavřené fondy, a to z důvodu dlouhodobé povahy investice do nemovitostí a doby potřebné k úplnému dokončení prodejů nemovitých aktiv<sup>66</sup>.

102. Lze si zajisté oprávněně klást otázku, zda odrazující účinek opatření spočívajícího pouze v odmítnutí daňového zvýhodnění takovému typu fondu je dostatečný k dosažení naléhavého důvodu obecného zájmu v podobě omezení systémového rizika na trhu s nemovitostmi tím, že otevřené fondy od působení na tomto trhu odrazuje<sup>67</sup>. Jak jsem však již vysvětlil, k tomu, aby mohlo být dotčené opatření považováno za přiměřené podle zásady proporcionality, jak je zakotvena v unijním právu, postačuje, aby k dosažení dotčeného naléhavého důvodu obecného zájmu mohlo přispět<sup>68</sup>.

103. V projednávané věci je nutno podotknout, že relevantním cílem, který údajně sleduje první kritérium stanovené v čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006, je omezit systémová rizika ohrožující trh s komerčními nemovitostmi, která způsobuje rozvoj činnosti otevřených nemovitostních fondů. S ohledem na skutečnost, že bylo konstatováno, že toto první kritérium zakládá nepřímou diskriminaci, což znamená, že má odrazující účinek na dotčené fondy, takové kritérium k dosažení tohoto cíle nezbytně přispívá.

104. To platí tím spíše, že jelikož musí být členským státům přiznán určitý prostor pro uvážení při předcházení komplexním rizikům zahrnujícím velké množství faktorů, není patrně nikterak iracionální, pokud členský stát takové riziko zohlední. Jak ukazují nedávné zkušenosti, k řadě krizí na některých trzích došlo z toho důvodu, že souběžně nastaly určité události, které se samy o sobě jevily jako nepravděpodobné. Události let 2007-2011 ukázaly, že riziko systémových šoků je v této situaci velmi reálné.

105. Podobně si lze v této souvislosti klást otázku, zda je takové opatření soudržné s přijatými opatřeními se stejným účinkem, pokud jde o otevřené fondy podle italského práva, když je těmto italským fondům zakázáno investovat na trhu s nemovitostmi. Je však potřeba mít na paměti, že unijní právo se nevztahuje na obrácenou diskriminaci<sup>69</sup>. Skutečnost, že ve vztahu k fondům podle vnitrostátního práva bylo přijato drastičtější opatření, tak nemůže zpochybnit předpoklad, že je daný cíl sledován soudržným způsobem.

106. Dotčené daňové opatření je v každém případě podle všeho součástí určitého legislativního balíčku určeného k dosažení uvedeného cíle, a sice zvýhodnění investic, které na italském trhu s komerčními nemovitostmi uskutečňují nikoli otevřené, ale uzavřené fondy za účelem snížení

<sup>66</sup> – Viz například Dillon Eustace, *A Guide to Irish Regulated Real Estate Funds*, 2009, strana 4.

<sup>67</sup> – Obdobně viz rozsudek ze dne 10. dubna 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, bod 43).

<sup>68</sup> – Pokud by v rámci první podmínky testu proporcionality měl být účinnosti dotčeného opatření přiřkládán nadměrný význam, střetla by se tato podmínka s druhou podmínkou, která stanoví, že dotčené opatření nesmí překračovat meze toho, co je nezbytné.

<sup>69</sup> – Viz rozsudek ze dne 16. června 1994, *Steen* (C-132/93, EU:C:1994:254, body 9 až 11).

systémového rizika, které by vzniklo v důsledku příliš velkého počtu budov ve vlastnictví těchto fondů<sup>70</sup>. Jakékoli posouzení toho, zda je dotčené opatření dostatečné, by tak vyžadovalo celkové přezkoumání všech takových opatření, která však nebyla vnitrostátním soudem specifikována.

107. Je pravda, že jiná opatření, zejména opatření vztahující se ke způsobu chování, jako je zákaz nabývání nemovitostí v Itálii ke spekulativním účelům, by zde byla bývala pro tento účel pravděpodobně účinnější. Taková opatření by však měla ještě větší dopad na volný pohyb kapitálu a svobodu podnikání. *A fortiori* by se stejný problém objevil i v případě, že by byla vůči všem fondům, které by chtěly nabývat komerční nemovitosti v Itálii, přijata strukturální opatření, jako jsou ta, která v současné době upravuje směrnice o AIF. Je potřeba pamatovat na to, že právo na svobodu podnikání zahrnuje právo každého podniku volně nakládat v mezích odpovědnosti, kterou nese za vlastní jednání, hospodářskými, technickými a finančními zdroji, které má k dispozici.

108. Společnost UBS Real Estate nicméně tvrdí, že by první podmínka nebyla vhodná k zajištění toho, aby bylo dosaženo cíle spočívajícího v omezení systémového rizika zjištěného předkládajícím soudem, neboť by mezi těmito uzavřenými investičními fondy a otevřenými investičními fondy neexistoval žádný rozdíl. Oba druhy fondů se vyznačují stejnými charakteristikami a podléhají stejným pravidlům správy a investování.

109. Skutečně tomu tak ale je? Na tomto místě lze poznamenat, že podobnosti uváděné společností UBS Real Estate, pokud jde o pravidla správy a investování, se vztahují na pravidla použitelná na základě kvalifikace dotčených subjektů jako investičních fondů. Pokud jde o problém vznesený předkládajícím soudem, UBS Real Estate připouští, že existuje rozdíl mezi otevřeným a uzavřeným fondem, neboť u otevřeného fondu z povahy věci vzniká nesoulad aktiv a pasiv.

110. UBS Real Estate odpovídá tak, že otevřené nemovitostní fondy, pokud disponují větším množstvím likvidity než uzavřené fondy, jsou podle ní méně rizikovou investicí. S tímto argumentem se však nemohu ztotožnit. Rizika, na která na tomto místě společnost UBS Real Estate odkazuje, jsou rizika, jimž jsou vystaveni jednotliví investoři. To však nejsou rizika zmiňovaná předkládajícím soudem, která jsou obecné systémové povahy v tom smyslu, že problém nesouladu aktiv a pasiv může prohloubit propad cen na trhu s komerčními nemovitostmi<sup>71</sup>, a tím, za určitých okolností, jak ukazují nedávné zkušenosti, v konečném důsledku ohrozit i bankovní a finanční trhy.

111. Konečně UBS Real Estate tvrdí, že otevřené fondy podle německého práva jsou ve skutečnosti srovnatelné s uzavřenými fondy podle italského práva. Na jedné straně německé právo údajně vyžaduje zachování likviditního polštáře, který nesmí klesnout pod určitou hranici. Tento likviditní polštář údajně snižuje riziko likvidity spojené s investicí. V případě dotčených dvou fondů tak jejich provozní pravidla stanoví, že musí držet alespoň 5 % hodnoty těchto fondů ve formě likvidních prostředků. Na druhou stranu tento zákon umožňuje otevřeným fondům zakotvit pravidla, která jim umožní odložit případný prodej nemovitostí v majetku fondu za

<sup>70</sup> – Viz bod 76 tohoto stanoviska. Jak jsem vysvětlil ve svém stanovisku ve věci *Autoridade Tributária e Aduaneira (Impôt sur les plus-values immobilières)* (C-388/19, EU:C:2020:940), Soudní dvůr by neměl posuzovat daňová opatření odděleně, ale musí spíše usilovat o to, aby získal úplný obraz daňové právní úpravy použitelné na dotčenou situaci, i když se tím toto posouzení stává obtížnějším.

<sup>71</sup> – Totéž platí pro argumenty společnosti UBS Real Estate týkající se doporučeného investičního horizontu pro investory těchto fondů.

účelem vyplacení účastníků, což vylučuje riziko předvídané předkládajícím soudem. Právě takové pravidlo bylo zakotveno v provozním řádu dotčených fondů<sup>72</sup>. Naproti tomu, italská právní úprava umožňuje italským uzavřeným fondům upravit podmínky předčasného vyplacení podílových listů.

112. V tomto ohledu souhlasím s tím, že doložky, na které odkazuje společnost UBS Real Estate, by skutečně mohly snížit riziko zjištěné předkládajícím soudem, neboť tyto doložky umožňují společnosti UBS Real Estate odložit vyplacení uskutečněných investic až na dobu tří let. Navíc, ačkoli prospekty a statut týkající se tohoto fondu stanoví, že investoři mohou v zásadě požadovat vyplacení a tato výplata může být pozastavena pouze za výjimečných okolností, je potřeba uvést, že tato ustanovení upravují možnost pozastavit uspokojení pohledávek na relativně dlouhou dobu a že mezi výjimečné okolnosti, které mohou odůvodnit jejich uplatnění, patří i krize na trhu s nemovitostmi. To vše však přísluší ověřit vnitrostátnímu soudu.

113. Je však potřeba uvést, že tříletá doba pozastavení žádosti o vyplacení uskutečněné investice je kratší než doba, po jejímž uplynutí mohou vyplacení požadovat investoři v uzavřeném fondu, která činí obecně 5 až 20 let, a průměrně trvá 10 až 12 let. Ovšem vzhledem k tomu, že krize v oblasti nemovitostí může klidně trvat i déle než tři roky<sup>73</sup>, vyplývá z toho, že taková ustanovení, jako jsou ustanovení obsažená v prospektu a statutu společnosti UBS Real Estate, by sice mohla sloužit ke zmírnění rizika zmiňovaného předkládajícím soudem, nicméně úplně toto riziko nevylučují. Podle mého názoru Soudnímu dvoru nepřísluší posuzovat, zda s ohledem na obsah dotčených ustanovení je toto přetrvávající riziko dostatečné k tomu, aby odůvodnilo přijetí opatření členskými státy v reakci na toto riziko. Toto konečné posouzení přísluší spíše vnitrostátním soudům.

114. Pokud by tato ustanovení mohla uvedené riziko v plném rozsahu odstranit, vyvstává otázka, zda by mělo být určité kritérium považováno za nepřiměřené (nebo překračující meze toho, co je nezbytné) z důvodu, že neobnáší podrobné posouzení pravidel fungování fondů<sup>74</sup>, ale závisí výlučně na jejich kvalifikaci provedené v právní úpravě, kterou se fungování těchto fondů řídí<sup>75</sup>.

115. Ve věcech volného pohybu je Soudní dvůr vůči takovému přístupu poměrně obezřetný a vyžaduje použití co možná nejpřesnějších kritérií<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> – Článek 12 obecného statutu těchto dvou fondů, ve verzi zasláné Soudnímu dvoru, stanoví: „[správcovská] společnost si vyhrazuje právo dočasně odmítnout vyplacení z důvodů likvidity za účelem ochrany investorů. Pokud bankovní vklady a výnosy z prodeje nástroje peněžního trhu, investičních podílů a cenných papírů v majetku fondu nepostačují k zaplacení odkupní ceny a zajištění řádné pokračující správy podniku nebo pokud nejsou okamžitě k dispozici, má společnost právo odmítnout vyplacení na dobu šesti měsíců. Pokud po uplynutí výše uvedené doby stále nejsou k dispozici dostatečné peněžní prostředky na vyplacení, musí být majetek investičního fondu prodán. Společnost může odmítnout vyplacení až do okamžiku dokončení prodeje tohoto majetku za přijatelných podmínek, nejdéle však na dobu dvou let ode dne podání žádosti o vyplacení. Na základě oznámení investorům [zveřejněného v elektronickém Bundesanzeiger (Spolkový úřední věstník) a ve finančním či jiném deníku s dostatečně velkým počtem výtisků nebo v elektronických informačních médiích uvedených v prospektu prodeje] může být výše uvedená doba prodloužena o další rok.“

<sup>73</sup> – Například tzv. „subprime“ krize měla dopad na americký trh s bydlením přinejmenším v letech 2007 až 2012. Podobná krize postihla španělský i irský trh s nemovitostmi v období let 2008 až 2014.

<sup>74</sup> – V tomto ohledu musím připomenout, že položená otázka se týká slučitelnosti první podmínky uvedené v čl. 35 odst. 10-b nařízení vlády s mocí zákona č. 223/2006, která musí být splněna, aby bylo možno využít snížení daňových sazeb, nikoli praxe italských daňových orgánů. Argumentace předestřená společností UBS Real Estate tak musí být chápána tak, že kritizuje použití podmínky vycházející z otevřené nebo uzavřené povahy daného fondu, neboť by bylo bývalo vhodnější použít kritérium založené na propracovanější analýze pravidel fungování těchto fondů.

<sup>75</sup> – V tomto ohledu je třeba opakovaně připomenout, že v době rozhodné z hlediska skutkového stavu ve věci v původním řízení nespadalý nemovitostní fondy do oblasti působnosti směrnice 85/611, a tudíž se na ně nevztahovala ani zásada vzájemného uznávání, ani samotná zásada kontroly ze strany státu původu.

<sup>76</sup> – Nicméně v oblasti, která vskutku spadá do výlučné pravomoci Unie, Soudní dvůr připustil, že použití obecného kritéria (trvání manželství po dobu jednoho roku, k ujištění se o existenci a stabilitě vztahů mezi dotčenými osobami) neporušuje zásadu proporcionality, i když by bylo možné provést podrobnější posouzení každé situace založené například na provedení důkazů předložených zúčastněnými. Viz rozsudek ze dne 19. prosince 2019, HK v. Komise (C-460/18 P, EU:C:2019:1119, bod 89).



116. Já se však domnívám, že pokud by měl předkládající soud dospět k závěru, že důvodem preferenčního daňového zacházení s uzavřenými nemovitostními fondy bylo chránit se před případnými systémovými riziky na trhu komerčních nemovitostí, a potažmo před případnými systémovými riziky vznikajícími na finančních trzích, pak použití takového kritéria podle všeho nebylo *zjevně nepřiměřené*<sup>77</sup>. S vědomím prostoru pro uvážení, který členské státy v těchto záležitostech mají, by muselo být za těchto okolností jakékoli úsilí o zvýhodnění uzavřených nemovitostních fondů považováno za přiměřené, byť by bylo možné rozlišovat ještě podrobněji tím, že by byly rovněž zvýhodněny určité konkrétní otevřené fondy, jejichž ujednání a prospekty by usilovaly o částečné vyloučení rizika vyplývajícího z nesouladu aktiv a pasiv.

## V. Závěry

117. S ohledem na výše uvedené úvahy tak navrhuji Soudnímu dvoru, aby na předběžné otázky položené Corte suprema di cassazione (Nejvyšší kasační soud, Itálie) odpověděl následovně:

„Článek 56 ES musí být vykládán v tom smyslu, že umožňuje použití kritéria založeného na povaze fondu jako fondu otevřeného nebo uzavřeného coby podmínky pro získání snížení sazby daně ze zápisu hypotéky a daně z převodu nemovitostí a podniků, které musí být zaplacený v případě nabytí nemovitosti, pokud je uvedené kritérium odůvodněno skutečností, že přispívá k ochraně proti systémovým rizikům na relevantním trhu s nemovitostmi, a též za podmínky, že nedochází k přímé diskriminaci na základě takových faktorů, jako je to, zda jsou fondy podřízeny správě v Itálii či se jinak řídí italským právem.“

<sup>77</sup> – Jak jsem již uvedl, postoj ve vztahu k přímé diskriminaci – pokud by byla prokázána – je jiný.