

Právnická fakulta Masarykovy univerzity

Katedra finančního práva a národního hospodářství



**Opatření proti vyhýbání se daňovým
povinnostem z perspektivy českého,
unijního a mezinárodního daňového práva**

Disertační práce

Jiří Kappel

Praha 2022

Čestné prohlášení

Prohlašuji, že jsem disertační práci na téma **Opatření proti vyhýbání se daňovým povinnostem z perspektivy českého, unijního a mezinárodního daňového práva** zpracoval sám. Veškeré prameny a zdroje informací, které jsem použil k sepsání této práce, byly citovány v poznámkách pod čarou a jsou uvedeny v seznamu použitých pramenů a literatury.

V Praze 9. září 2022

Jiří Kappel

Poděkování

Na tomto místě bych rád poděkoval doc. JUDr. Ing. Michalu Radvanovi, Ph.D., za jeho trpělivost a cenné připomínky a odborné rady, kterými přispěl k vypracování této práce a všem, kteří mě na této cestě podporovali.

Abstrakt

Tato disertační práce se zabývá problematikou vyhýbání se daňovým povinnostem, která byla v uplynulých letech intenzivně řešena na mezinárodní, unijní i vnitrostátní úrovni a vedla k relativně rozsáhlým reformám obecných a specifických pravidel reagujících na tento problém. Z tohoto důvodu je hlavním cílem této práce identifikovat dopady pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem do české aplikační praxe, a to zejména v oblasti daně z příjmů právnických osob. S ohledem na hlavní cíl práce jsou formulovány dvě hypotézy, které budou zkoumány, a to že I. tato pravidla v současnosti představují dostatečně účinné řešení vyhýbání se daňovým povinnostem a II. tato pravidla nejsou v rozporu se základními právními zásadami. Vzhledem, že zkoumaná pravidla nejsou obsažena pouze ve vnitrostátním právu, bude k problematice přistoupeno i z perspektivy unijního a mezinárodního práva. Z vědeckých metod využívá práce zejména deskripci k představení jednotlivých pravidel, analýzy k jejich kritickému posouzení a syntézy k formulaci závěrů, ověření hypotéz a nastínění souvisejících normativních doporučení.

Klíčová slova

Vyhýbání se daňovým povinnostem, GAAR, SAAR, BEPS

Abstract

This dissertation deals with the issue of tax avoidance, which has been intensively discussed at international, EU and national level in recent years and has led to relatively extensive reforms of general and specific rules responding to this problem. For this reason, the main objective of this dissertation is to identify the impact of anti-avoidance rules that can be applied in the Czech Republic on the application practice, especially in the area of corporate income tax. With regard to the main objective of the dissertation, two hypotheses are formulated which will be examined, namely that I. these rules currently represent a sufficiently effective solution to tax avoidance and II. these rules do not contradict fundamental legal principles. As the rules under examination are not contained only in domestic law, the issue will also be approached from the perspective of EU and international law. Among the scientific methods, the thesis mainly uses description to introduce the individual rules, analysis to critically assess them and synthesis to formulate conclusions, verify hypotheses and propose related normative recommendations.

Key words

Tax Avoidance, GAAR, SAAR, BEPS

Obsah

Seznam pojmů a zkratk	11
Úvod	13
Relevance zkoumané problematiky	15
Předmět výzkumu, jeho cíle a zkoumané hypotézy	18
Strukturální uspořádání a metodologie práce.....	20
Shrnutí současného stavu literatury	22
1 Vnitrostátní GAARs a SAARs před ATAD	32
1.1 Zásada zákazu zneužití daňového práva	32
1.2 Dissimulace, obcházení zákona a krácení daně	62
1.3 Pravidlo nízké kapitalizace.....	75
1.4 Shrnutí k vnitrostátním pravidlům a parciální závěry.....	81
2 Implementace unijních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem	84
2.1 Pravidla skutečného vlastnictví, zdanění příjmů a další dílčí SAARs	87
2.2 Několik obecných poznámek k ATAD a její implementaci	113
2.3 Implementace obecného pravidla proti zneužití práva.....	116
2.4 Omezení uznatelnosti nadměrných výpůjčních nákladů	124
2.5 Pravidlo zdanění při odchodu	130
2.6 Pravidlo pro ovládané zahraniční společnosti	134
2.7 Hybridní nesoulady v ATAD I a ATAD II.....	139
2.8 Regulace schránkových společností aneb ATAD III.....	143
2.9 Shrnutí k unijním pravidlům, jejich účinnosti a vztahu k základním zásadám....	148
3 GAARs a SAARs v daňových smlouvách	154
3.1 Pre-BEPS přístupy k vyhýbání se daňovým povinnostem.....	156
3.2 Iniciativa BEPS a dopad na české daňové smlouvy	179
3.3 Shrnutí k mezinárodním pravidlům, jejich účinnosti a vztahu k základním zásadám.....	195

Závěr	198
Pre-BEPS pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem.....	198
Reforma pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem	200
BEPS 1.0 není konec dějin, přichází BEPS 2.0.....	203
Použité zdroje	205

Seznam pojmů a zkratek

ATAD	– Směrnice proti vyhýbání se daňovým povinnostem
BEPS	– Snižování základu daně a přesouvání zisků
EU	– Evropská unie
GAAR	– Obecné pravidlo proti vyhýbání se daňovým povinnostem
IRD	– Směrnice o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků
LOB	– Limitation-on-Benefits, specifické pravidlo proti vyhýbání se daňovým povinnostem obsažené ve smlouvách o zamezení dvojího zdanění
MD	– Směrnice o společném systému zdanění přeměn
MLI	– Mnohostranná úmluva o implementaci opatření k boji proti snižování daňového základu a přesouvání zisků ve vztahu k daňovým smlouvám
NSS	– Nejvyšší správní soud České republiky
OECD	– Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj
PPT	– Principle-Purpose-Test, obecné pravidlo proti zneužití práva obsažené ve smlouvách o zamezení dvojího zdanění
PSD	– Směrnice Rady o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností
RIA	– Hodnocení dopadů regulaceHodnocení dopadů regulace
SAAR	– Specifické pravidlo proti vyhýbání se daňovým povinnostem
SDEU	– Soudní dvůr Evropské unie
ZDP	– Zákon o daních z příjmů

Úvod

V návaznosti na minulou ekonomickou krizi se v uplynulé dekádě pozornost mezinárodních organizací, Evropské unie (dále „EU“) jednotlivých členských států, akademiků, ale i veřejnosti zaměřila na možnosti zvýšení příjmů veřejných rozpočtů. S ohledem na to, že zavádění nových daní nebo zvyšování daňových sazeb je kromě potenciálně nepříznivých ekonomických dopadů problematické i z politické perspektivy a společenského konsenzu, aktivita v této oblasti se směřovala převážně na oblast důslednějšího vymáhání stávajících daní a zamezení souvisejících nelegitímních daňových optimalizací. V oblasti daně z přidané hodnoty se například v českém kontextu zintenzivnil boj proti podvodům, typicky karuselového typu, a postupně byla přijata opatření jako režim přenesené daňové povinnosti, kontrolní hlášení nebo elektronická evidence tržeb, která bude v budoucnosti zřejmě zrušena.

V případě daní z příjmů, zejména právnických osob, kterou se tato práce specificky zabývá, se zvýšená pozornost na vyhýbání se daňovým povinnostem projevila zejména v iniciativě *Base Erosion and Profit Shifting* (dále „BEPS“), která vznikla na půdě Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (dále „OECD“) a skupiny G20. Výstupem těchto snah byly zejména závěrečné zprávy 15 akčních bodů iniciativy BEPS, které byly v roce 2015 zveřejněny, a které navrhovaly zavedení řady různorodých pravidel a opatření bránících snižování základu daně a přesouvání zisků v mezinárodním kontextu.¹

Doporučení iniciativy BEPS směřující k zavedení nebo úpravě stávajících pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem se v českém kontextu projevila zejména ve dvou směrech. V oblasti mezinárodního daňového práva a smluv o zamezení dvojího zdanění jde o opatření zaváděná v rámci Mnohostranné úmluvy o implementaci opatření k boji proti snižování daňového základu a přesouvání zisků ve vztahu k daňovým smlouvám (dále „MLI“).²

¹ OECD. *BEPS Actions*. 2015. Dostupné z: <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>

² OECD. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*. 2016 Dostupné z: <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>

S ohledem na povahu MLI jako mnohostranné mezinárodní smlouvy, která byla ratifikována, vyhlášena, a je pro Českou republiku závazná,³ jsou prostřednictvím MLI významně modifikována ustanovení pokrytých smluv o zamezení dvojího zdanění, kterých je Česká republika stranou, a to zejména z důvodu doplnění o ustanovení tzv. *principle-purpose-test* bránící zneužití příslušné smlouvy (dále „PPT“).

V případě vnitrostátních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem se iniciativa BEPS projevila zprostředkovaně, a to v rámci unijní směrnice proti vyhýbání se daňovým povinnostem⁴ (dále „ATAD“) a jejím rozšířením v případě hybridních nesouladů.⁵ Tyto směrnice byly v rámci EU přijaty, aby byla navrhovaná pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem implementována napříč členskými státy harmonizovaně a v souladu s unijním právem. Vzhledem k tomu, že do českého právního řádu byla pravidla obsažená v ATAD transponována relativně nedávno,⁶ je s jejich aplikací v praxi relativně málo zkušeností a stejně tak nejsou tato pravidla prozatím interpretována v rámci správního soudnictví. Tento problém se týká zejména pravidel o omezení uznatelnosti úrokových nákladů, zdanění při odchodu, hybridních nesouladů a zdanění ovládaných zahraničních společností. V případě obecného pravidla proti zneužití práva se lze alespoň do určité míry opřít o soudní doktrínu zneužití práva, k tomu viz níže.

S ohledem na výše uvedené tak lze rozumně argumentovat, že MLI, které upravuje ustanovení smluv o zamezení dvojího zdanění, a ATAD, který současně přináší do českého právního řádu nová vnitrostátní pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem, ve svém důsledku způsobují relativně komplexní reformu této specifické části daňového práva.

³ Sdělení č. 32/2020 Sb. m. s., Sdělení Ministerstva zahraničních věcí o sjednání Mnohostranné smlouvy o implementaci opatření k boji proti snižování daňového základu a přesouvání zisků ve vztahu k daňovým smlouvám.

⁴ Směrnice Rady (EU) 2016/1164 ze dne 12. července 2016, kterou se stanoví pravidla proti praktikám vyhýbání se daňovým povinnostem, které mají přímý vliv na fungování vnitřního trhu.

⁵ Směrnice Rady (EU) 2017/952 ze dne 29. května 2017, kterou se mění směrnice (EU) 2016/1164, pokud jde o hybridní nesoulady s třetími zeměmi. [

⁶ Zákon č. 80/2019 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti daní a některé další zákony, ve znění pozdějších předpisů.

Relevance zkoumané problematiky

S ohledem na to, jak významnou změnu představuje výše popsaná reforma pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem a jaké množství daňových subjektů zasáhne, by bylo možné očekávat, že před jejím přijetím bude k právním a ekonomickým dopadům její implementace provedena sofistikovaná kvalitativní i kvantitativní analýza, na kterou naváže podrobná odborná diskuze k variantám řešení. Obdobnou analýzu právního a skutkového stavu ostatně předpokládají i legislativní pravidla vlády s tím, že by měla být hodnocena nezbytnost změny regulace, hodnocení dopadů právní regulace, soulad s ústavním, unijním a mezinárodním právem.⁷ Zmíněná analýza by měla být obsažena zejména tzv. hodnocení dopadů regulace, a to včetně návrhu a výběru optimální implementační varianty na základě kvalitativního a kvantitativního zkoumání.⁸

V posledních letech lze nicméně vyzorovat tendenci, že i v případě relativně materiálních změn regulace jsou iniciační a konzultační fáze přípravy regulace⁹ a související hodnocení dopadů regulace provedeny minimalisticky, a to nejen z právního hlediska, ale také z hlediska ekonomického. Tak tomu je také v případě, když je nová regulace prostředkem implementace legislativních aktů EU, jako tomu je například v případě ATAD. V těchto případech není totiž prováděna detailní analýza dopadů regulace, tzv. velká RIA, ale pouze zkrácená podoba hodnocení dopadů, tzv. malá RIA, a to zejména z důvodu snížení administrativní zátěže příslušných rezortů.¹⁰

S vhodností výše uvedeného přístupu lze samozřejmě polemizovat, zejména proto, že v kontextu daňového práva směrnice upravují rozsáhlé části hmotněprávní regulace nepřímých daní a jejich vliv se postupně zvyšuje také v oblasti daně z příjmů, specificky právnických

⁷Čl. 2 Legislativních pravidel vlády schválených usnesením vlády ze dne 19. března 1998 č. 188, ve znění pozdějších usnesení vlády. Dostupné z: <https://www.vlada.cz/cz/ppov/lrv/dokumenty/legislativni-pravidla-vlady-91209/>

⁸ Obecné zásady pro hodnocení regulace (RIA), účinná od 3. února 2016. Dostupné z: https://www.vlada.cz/assets/ppov/lrv/ria/aktualne/OZ_RIA_-_novela_2016_uplne-zneni-FINAL.pdf

⁹ K těmto fázím z praktického pohledu např. ŠKOP, M. et al. *Tvorba práva - empirické studie*. Brno: Masarykova univerzita, 2019, str. 181 an.

¹⁰ BOHÁČ, Radim et al. *Legislativní proces: (teorie a praxe)*. Praha: Tiskárna Ministerstva vnitra, 2011. str. 248 an.

osob. Současně směrnice zpravidla neobsahují detailní úpravu, kterou je možné do právního řádu bez dalšího převzít, naopak by měly typicky vymezovat pouze výsledek, kterého by mělo být dosaženo, s tím že volba formy a prostředků by měla zůstat na členských státech.¹¹

V případě implementace ATAD, byl sice již počátkem roku 2017 zveřejněn konzultační materiál, primárně se svými otázkami ale zaměřoval na dílčí, parametrické aspekty jednotlivých pravidel.¹² Obdobně minimalistickým způsobem, tj. zkrácenou RIA, bylo provedeno také hodnocení dopadů regulace zákona, který ATAD do českého právního řádu transponoval.¹³

Z perspektivy významu reformy pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem a jejich dopadu na daňové subjekty lze argumentovat, že proces jejich implementace měl být doprovázen detailnější kvalitativní, tj. zejména právní, analýzou. Pokud je za nezbytnou a nedílnou součást právní vědy považováno poznávání obsahu právních norem, které je předpokladem zkoumání práva samotného jako normativního systému, souvisejících vztahů nebo společenské působení, tak k tomuto poznání přistupujeme zejména prostřednictvím exegeze, tj. analýzou právních předpisů.¹⁴ Pokud detailní analýza právních norem absentuje při jejich tvorbě, tak je nezbytné tuto metodu aplikovat následně tj. již za účinnosti právního předpisu, tak, aby mohly být identifikovány případné nedostatky, vyhodnocena účinnost, soulad s právními zásadami apod., a předložena normativní doporučení ke zvýšení kvality právní úpravy. Z tohoto důvodu lze mít za to, že reformu pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem je nezbytné této analýze podrobovat, a to nikoli pouze nyní, kdy je již obsahem platného a účinného práva, ale také v budoucnu, až se stane součástí právní praxe a bude předmětem výkladu zejména soudních orgánů.

¹¹ BAKEŠ, M. et al. Finanční právo. 6. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012. marg. č. 47.

¹² Implementace směrnice EU proti vyhýbání se daňovým povinnostem do českého právního řádu podklad pro veřejnou konzultaci, verze k 27. únoru 2017. Dostupné z: <https://www.mfcr.cz/cs/o-ministerstvu/verejne-diskuze/2017/verejna-konzultace-implementace-smernice-28011>

¹³ Závěrečná zpráva z hodnocení dopadů regulace (RIA) k návrhu zákona, kterým se mění některé zákony v oblasti daní a některé další zákony. Dostupné z: <https://apps.odok.cz/veklep-detail?pid=KORNAVKGT7MQ>

¹⁴ Tato část právní vědy se nazývá právní dogmatikou, k tomu viz např. KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995, str. 5 až 7.

Nad rámec detailní právní analýzy účinnosti příslušných norem je také třeba si položit otázku, zda je vůbec nová regulace, resp. její přijatá podoba, kvantitativně odůvodněná. V této souvislosti je třeba posoudit, zda je skutečně fenomén vyhýbání se daňovým povinnostem ekonomicky natolik významný, aby kvůli němu musel být přijímán komplex pravidel, u kterých lze předpokládat zvýšené administrativní náklady a právní nejistotu jak na straně daňových subjektů, tak veřejné správy.¹⁵ S ohledem na to, že hodnocení dopadů regulace bylo provedeno pouze v minimalistické podobě, nelze se o něj pro účely kvantitativního zdůvodnění opřít. Současné se nelze opřít ani o kvantitativní analýzy, které by se zabývaly dopadem komplexu těchto pravidel po jejich účinnosti, a to proto, že tato pravidla nabyta účinnosti ještě relativně nedávno.

V otázce relevance nových pravidel z kvantitativního pohledu se tak lze pouze odkázat na výzkumy, které se zabývaly vyčíslením ztráty daňových příjmů v důsledku vyhýbání se daňovým povinnostem. Při formulaci závěrů v rámci iniciativy BEPS se předpokládalo, že tyto praktiky mohou vést ke ztrátě 4 až 10 % globálního výnosu korporátních daní.¹⁶ V případě zemí OECD se výše ztráty odhadovala na asi 5 % výnosu korporátních daní¹⁷ a v rámci EU se pak ztráta výnosu na korporátních daních odhadovala na 17 až 23 %.¹⁸ V kontextu České republiky bývá ztráta odhadována na přibližně 4 až 10 % výnosu daně z příjmů.¹⁹ V tomto ohledu nabízí zajímavé srovnání studie Nerudové a Pavla, která daňové ztráty na dani z příjmů právnických osob v České republice v důsledku snižování základu daně a přesouvání

¹⁵ V této souvislosti samozřejmě nelze pominout, že v případě směrnic je nezbytnost implementace dána samotným unijním právem a čl. 10a Ústavy, který vnitrostátní právní řád otevírá pro působení unijního práva, a to včetně upravujících jeho účinky uvnitř vnitrostátního právního řádu. K tomu např. MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: obecná část a poměr ke jiným právním systémům*. 6., upr. a dopl. vyd. Brno: Doplněk, 2014. str. 453 a násl. a bod 113 nálezu Ústavního soudu ČR ze dne 26. 11. 2008, sp. zn. Pl. Ús 19/08.

¹⁶ OECD. *Measuring and Monitoring BEPS: Action 11 - 2015 Final Report*. 2015. str. 110.

¹⁷ IMF. *SPILLOVERS IN INTERNATIONAL CORPORATE TAXATION*. 2014. str. 20.

¹⁸ Např. DOVER, R. et al. *Bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union, Part I Assessment of the magnitude of aggressive corporate tax planning, study for the European Parliamentary Research Service*. Brussels: European Union, 2015.

¹⁹ MORAVEC, L., ROHAN, J., HINKE, J. Estimation of international tax planning impact on corporate tax gap in the Czech Republic. *E+M Ekonomie a Management*. 2018, str. 167 – 168; JÁNSKÝ, Petr. Estimating the costs of international corporate tax avoidance: the case of the Czech Republic. *Post-Communist Economies*. 2018, č. 30. str. 1-19.

zisku odhadla až na přibližně 17 %, což je ve srovnání s ostatními postkomunistickými ekonomikami relativně významná odchylka.²⁰ V kontextu České republiky tak můžeme relativně rozumně předpokládat, že pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem mohou hypoteticky postihovat transakce způsobující ztrátu na dani z příjmů právnických osob ve výši 4 až 17 % jejího výnosu, což v podmínkách roku 2020 odpovídá 6,2 až 26,5 mld. Kč. Lze předpokládat, že tento dodatečný výnos dostatečně pokryje případné administrativní náklady na straně veřejných rozpočtů i daňových poplatníků. S ohledem na současný stav veřejných financí a potřebu dodatečných zdrojů v návaznosti na (post)pandemickou situaci, nelze považovat případný dopad na veřejné rozpočty za zanedbatelný.

V návaznosti na výše uvedené tak lze mít za to, že reforma pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem je relevantní jak z kvantitativního, tak také kvalitativního pohledu a měla by být podrobena detailní právní analýze a v budoucnu také analýze kvantitativní, která by měla vyhodnotit její ekonomické dopady.

Předmět výzkumu, jeho cíle a zkoumané hypotézy

S ohledem na výše uvedené jsou předmětem této disertační práce pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem, v anglické právní terminologii označované zažitým pojmem *anti-tax avoidance rules*. Vyhýbání daňovým povinnostem, tedy *tax avoidance*, bývá obecně vymezováno jako jednání, které sice nemusí mít trestněprávní důsledky,²¹ přímo neporušuje daňověprávní předpisy, ale nebývá v souladu s účelem a smyslem aplikovaných ustanovení daňového práva, protože jeho převažující motivací je zisk daňové výhody.²² V českém právním prostředí s tímto relativně širokým pojmem souvisí několik právních konceptů jako je zneužívání práva, obcházení zákona, dissimulace nebo využívání mezer právní úpravy.²³

²⁰ NERUDOVÁ, D., PAVEL, J. *Profit Shifting and Tax Base Erosion*, 1. vyd., Oxford: Springer, 2021. str. 131.

²¹ BLUM, D. W., SEILER, M. *Preventing treaty abuse*. Vienna: Linde Verlag, 2016. str. 5-6.

²² MERKS, P. Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning. *Intertax*, 2006, č. 5 str. 274.; CACHIA, F. Aggressive Tax Planning: An Analysis from an EU Perspective. *EC Tax Review*, 2017, č. 5, str 257.

²³ VYBÍRAL, Roman. Zneužití práva a související pojmy v daňové oblasti. In: MRKÝVKA, Petr, Ivana PAŘÍZKOVÁ a Jiří VALDHANS. *DNY PRÁVA 2014 – DAYS OF LAW 2014: Část VIII. Zneužití práva a svévole při veřejné finanční činnosti*. Brno: Masarykova univerzita, 2015, s. 375-381. ISBN 978-80-210-7914-4. str. 377

Vyhýbání se daňovým povinnostem lze předcházet několika způsoby – snahou o tvorbu perfektních hmotněprávních předpisů, implementací nástrojů zvyšujících pravděpodobnost detekce takového jednání, zintenzivněním kontrolní činnosti finanční správy, zpřísněním daňověprávních sankcí nebo přijetím pravidel, která se na tento typ jednání zaměřují, ať už na obecné bázi nebo pouze na některé specifické techniky.

Předmětem tohoto výzkumu jsou právě poslední zmíněná, a to obecná a specifická pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem, která mohou být v současnosti v českém právním prostředí aplikována. K již tradičním a zdánlivě notoricky známým pravidlům jako soudní doktrína zneužití práva, pravidla omezující uznatelnost úrokových nákladů nebo skutečného vlastnictví některých pasivních příjmů, přistupují v návaznosti na výše nastíněný vývoj na mezinárodní a unijní úrovni pravidla nová, zaměřující se zejména na vyhýbání se daňovým povinnostem s mezinárodním prvkem. Mezi tato pravidla patří zejména nové pravidlo omezující uznatelnost výpůjčních nákladů, pravidla zdanění při odchodu, hybridních nesouladů, zdanění ovládaných zahraničních společností nebo tzv. PPT, které by mělo obecně postihovat zneužívání smluv o zamezení dvojího zdanění. Současně se v důsledku výše zmíněných snah i aplikační praxe v poslední době postupně proměňují i pravidla tradiční.

Z tohoto důvodu je hlavním cílem této práce identifikovat dopady pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem na aplikační praxi v České republice, a to zejména v oblasti daně z příjmů právnických osob. S ohledem na cíl práce jsou formulovány dvě hypotézy, které budou níže zkoumány, a to zda

- I. tato pravidla v současnosti představují dostatečně účinné řešení vyhýbání se daňovým povinnostem a
- II. současně tato pravidla excesivně nenarušují základní zásady českého, unijního a mezinárodního práva.

Vzhledem k tomu, že zkoumaná pravidla nemají svůj původ pouze v českém právním prostředí, ale byla přijímána v návaznosti na diskuzi na mezinárodní a unijní úrovni, nelze výše uvedenou problematiku zkoumat pouze z perspektivy vnitrostátního práva, ale je nezbytné pravidla hodnotit i ve světle jejich interakce s unijním a mezinárodním právem.

Strukturální uspořádání a metodologie práce

Stanovenému cíli i výše uvedeným hypotézám odpovídá také strukturální uspořádání této práce. V návaznosti na její formální uvození následuje v rámci této kapitoly ještě shrnutí současného stavu literatury. Samostatný výzkum pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem je rozčleněn do tří hlavních kapitol, a to v návaznosti na to, zda byla pravidla obsažena ve vnitrostátním právu, byla do něj transponována v návaznosti na unijní úpravu, zejména ATAD, nebo pochází z mezinárodního daňového práva. V rámci příslušných kapitol jsou pak pravidla diskutována od obecných ke specifickým, s tím že pro obecná pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem je zavedena zkratka GAAR (resp. GAARs v plurálu), z anglického pojmu *general-anti-avoidance-rules*, a pro specifická pravidla je zavedena zkratka SAAR (resp. SAARs v plurálu), z anglického pojmu *specific-anti-avoidance-rules*.²⁴ Tato struktura byla zvolena s jistou mírou generalizace nejen se zřetelem na postupné zavádění těchto pravidel do českého právního řádu, ale také s ohledem na jejich aplikační posloupnost a vzájemné vztahy.

V této souvislosti je nezbytné doplnit, že jednotlivým pravidlům není věnována vždy stejná pozornost, ale studie se zaměřuje intenzivněji na pravidla, která jsou pro současnou aplikační praxi v České republice relevantnější.

V první kapitole se tak práce zaměřuje na vnitrostátní pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem, která byla v českém právním řádu obsažena před transpozicí unijní úpravy. Z GAARs je tak diskutována nejdříve doktrína zneužití práva, a poté dissimulace, obcházení zákona a krácení daně, ze SAARs obsažených ve vnitrostátním právu před implementací unijní úpravy lze považovat za skutečně relevantní pouze pravidla nízké kapitalizace.

V druhé kapitole se práce zabývá chronologicky pravidly proti vyhýbání se daňovým povinnostem, která byla do českého právního řádu implementována na základě unijních předpisů.

²⁴ V souladu se zavedenou anglickou terminologií, např. viz VAN WEEGHEL, S., DE BROE, L. *Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*. Hague: Sdu Uitgevers, 2010. s. 62.

Nejdříve jsou tak v této kapitole analyzována pravidla skutečného vlastnictví a zdanění příjmů, která podmiňují aplikaci výhod ze směrnic o společném zdanění úroků a licenčních poplatků²⁵ a potenciálně také společném zdanění mateřských a dceřiných společností.²⁶ S ohledem na jejich relativně omezený význam jsou následně zmíněna také pravidla navazující na směrnici o společném systému zdanění při přeměnách.²⁷ Následně je již pozornost věnována reformě pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem, kterou přinesl ATAD. V této souvislosti se práce postupně zabývá obecným pravidlem proti zneužití práva, pravidlem omezující uznatelnost výpůjčních nákladů ve vztahu k EBITDA, pravidlem zdanění při odchodu, pravidlem hybridních nesouladů a pravidlem zdanění ovládaných zahraničních společností. V návaznosti na aktuální vývoj je dále předběžně diskutován také unijní návrh věnující se tzv. schránkovým společnostem zveřejněný koncem roku 2021.

V rámci třetí kapitoly je diskutováno zejména pravidlo PPT, které bylo do části českých smluv o zamezení dvojího zdanění vloženo v rámci MLI, další obecná pravidla obsažená v těchto smlouvách, pravidla výslovně umožňující aplikaci vnitrostátních pravidel, pravidla o omezení výhod, tzv. LOB z anglického *limitation-on-benefits* a pravidla o skutečném vlastnictví.

Z metodologického pohledu je v rámci jednotlivých kapitol i jejich jednotlivých částí používána zejména metoda deskripce k představení jednotlivých pravidel. Následně jsou pravidla na základě příslušné právní úpravy a soudních rozhodnutí podrobena metodě právní analýzy, resp. exegeze, kdy jsou pravidla a jejich aplikační praxe rozkládána na jednotlivé prvky s tím, že následně jsou na základě syntézy formulovány vlastní parciální závěry stran účinnosti pravidel ve smyslu možnosti subsumovat pod ně cílové nežádoucí jednání a jejich souladu se základními právními zásadami a vztahu k ostatním pravidlům (v tomto ohledu budou dále způsoby využity i metody systémové) daného právního systému. Z důvodu uspořádání

²⁵ Směrnice Rady 2003/49/ES ze dne 3. června 2003 o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků mezi přidruženými společnostmi z různých členských států. Dále IRD.

²⁶ Směrnice Rady 2011/96/EU ze dne 30. listopadu 2011 o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států. Dále PSD.

²⁷ Směrnice Rady 2009/133/ES ze dne 19. října 2009 o společném systému zdanění při fúzích, rozděleních, částečných rozděleních, převodech aktiv a výměně akcií týkajících se společností z různých členských států a při přemístění sídla evropské společnosti nebo evropské družstevní společnosti mezi členskými státy. Dále MD.

práce jsou tak v první kapitole zkoumána tradičně vnitrostátní pravidla a základní vnitrostátní právní zásady, s tím že vztahu k unijním a mezinárodním pravidlům a zásadám je pozornost věnována až následně v příslušných kapitolách. V návaznosti na dílčí závěry jsou následně opět pomocí syntézy formulovány souhrnné závěry směřující k ověření obou zkoumaných hypotéz a nastínění případných normativních doporučení, která by mohla zhojit identifikované nedostatky jednotlivých pravidel i jejich komplexu. Nad rámec výše použitých metod byly pro účely této práce dílčím způsobem použity také další metody, zejména metoda mikrokompárace, tj. srovnávání jednotlivých právních norem za účelem identifikace rozdílů mezi jednotlivými pravidly. V kontextu vývoje jednotlivých pravidel je také dílčím způsobem využita také metoda historická, která zejména umožňuje pozorovat vlivy unijní a mezinárodní úpravy na vnitrostátní právní systém. Výše uvedené metody bylo pro účely této práce nezbytné aplikovat často v kombinaci několika metod současně, aby bylo možné dosáhnout skutečně komplexního zkoumání předmětu práce, což je ostatně standardním metodologickým postupem v rámci právního myšlení, jak jej formuluje například Viktor Knapp.²⁸

Shrnutí současného stavu literatury

V návaznosti na předmět a cíle této práce bylo v rámci tohoto výzkumu kromě samotných právních předpisů obsahujících pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem, souvisejících materiálů a existující judikatury prostudováno relativně rozsáhlé množství odborné literatury, která se této problematice věnuje.

V oblasti českých pre-ATAD pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem lze kromě řady závěrečných prací nalézt pouze omezené množství monografické literatury, v případě zneužití práva jde např. o Kamínkovou nebo kolektiv Tichý, Maslowski a Troup.²⁹ Nicméně části pokrývající konkrétní česká obecná pravidla lze nalézt také v rámci přehledových publikací zahrnujících právní úpravu několika států jako je tomu v případě kapitol Nerudové a

²⁸ KNAPP, Viktor. *Vědecká propedeutika pro právníky*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003. str. 74 až 76 a 82 an.

²⁹ KAMÍNKOVÁ, P. *Zneužití práva jako hranice daňového plánování*. Vydání I. Praha: Ivana Hexnerová - BOVA POLYGON, 2018.; TICHÝ, L., MASLOWSKI, S., TROUP, T. *Zneužití práva*. Praha: Centrum právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze, 2016.

Solilové, Nerudové a Moravce, Urbáška a Hrachovinové.³⁰ K tomu lze doplnit, že problematikou vnitrostátních GAARs se zabývá také několik příspěvků v tematicky zaměřených sbornících vědeckých prací, zejména jde o *Daňové právo vs. daňové podvody a daňové úniky, Zneužití práva a svévole při veřejné finanční činnosti, Daňové úniky a vyhýbanie sa daňovým povinnostiam* nebo *Daňové raje a zneužívania daňového systému*.³¹

S ohledem na výše uvedené lze konstatovat, že v případě českých pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem, která nejsou navázána na unijní pravidla nebo iniciativu BEPS, je nezbytné se spolehnout zejména články publikované v odborných periodících, kterých je v této oblasti relativně velké množství. Na základě rešerše dostupné judikatury je zjevné, že nejvíce pozornosti bylo věnováno zneužití práva, a to zřejmě proto, že jde o často využívaný, ale současně relativně nejednoznačný instrument. Vývoji tohoto institutu se tak v kontextu judikatury v daňové oblasti věnovali zejména Burda, Čapek, Kohajda, Liška, Škopek, Morávek, Šimka nebo Rozehnal.³²

Za výrazně méně často zkoumané lze považovat ostatní vnitrostátní GAARs, specificky zastírání skutečného stavu, tj. dissimulaci, obcházení zákona nebo krácení daně jiným způso-

³⁰ NERUDOVÁ, D., SOLILOVÁ, V. In: DOURADO, A. et al. *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*. Amsterdam: IBFD, 2017.; NERUDOVÁ, D., MORAVEC, L. Chapter 10: Czech Republic. In: LANG, Michael et al. *GAARs, a key element of tax systems in the post-BEPS tax world*. 1. Amsterdam: IBFD, 2016.; HRACHOVINOVÁ, G., URBÁŠEK, T. Czech Republic. In: ROSENBLATT, P., TRON, M. E. *International Fiscal Association Congress. Anti-avoidance measures of general nature and scope GAAR and other rules*. Hague: Sdu Uitgevers, 2018.

³¹ BABČÁK, V., ROMÁNOVÁ, A. VOJNÍKOVÁ, I. *Daňové právo vs. daňové podvody a daňové úniky: nekonferenční zborník vědeckých prací I. díl*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, 2015.; MRKÝVKA, P., PAŘÍZKOVÁ, I., VALDHANS, J. *DNY PRÁVA 2014 – DAYS OF LAW 2014: Část VIII. Zneužití práva a svévole při veřejné finanční činnosti*. Brno: Masarykova univerzita, 2015.; BABČÁK, V. et al. *I. SLOVENSKO - ČESKÉ DNI DAŇOVÉHO PRÁVA: Daňové úniky a vyhýbanie sa daňovým povinnostiam*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košicich, 2017.; BABČÁK, V. et al. *II. SLOVENSKO - ČESKÉ DNI DAŇOVÉHO PRÁVA: Daňové raje a zneužívania daňového systému*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2018.

³² BURDA, Z. Zneužití práva v procesní oblasti. *Daně a právo v praxi*, 2016, č. 5.; ČAPEK, J. Daňové plánování ve spárech ducha zákona, 2. část. *Daňový expert*, 2009, č. 1.; KOHAJDA, M. Daně a zákaz zneužití práva. *daucEXP*, 2017, č. 6.; LIŠKA, M. Limity zneužití práva a svévole v rámci dobré finanční správy. *Daně a finance*, 2015, č. 1.; ŠKOPEK, J. Institut zneužití práva v ČR a EU. *Právní rozhledy*, 2017, č. 7.; MORÁVEK, Z. Zneužití práva. *Účetnictví v praxi*, 2015, č. 7.; ROZEHNAL, T. Kam směřuje institut zneužití práva? *Daně a právo v praxi*, 2016, č. 9.

bem, těmto institutům se v minulosti věnovali např. Čapek, Eliáš nebo Nováková s Lichnovským.³³ Za relativně málo pokryté odbornou literaturou, zřejmě z důvodu jeho striktních kvantitativních parametrů, lze považovat pravidlo nízké kapitalizace, kterému se v posledních letech systematicky věnovala zejména Sobotková nebo Pfeilerová a ze zahraničních autorů například Marres s Weberem.³⁴

V případě unijních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem nejsou prozatím dostupné relevantní české monografické publikace, zmínit lze snad jen stručnou kapitolu o balíčku Evropské komise proti vyhýbání se daňovým povinnostem v publikaci Nerudové nebo kapitolu Kostohryze k implementaci bodů BEPS.³⁵ Pro účely tohoto výzkumu je tedy nezbytné se obrátit k odborným periodikům a zahraničním zdrojům.

V kontextu českých periodik lze identifikovat v zásadě dva typy výstupů, shrnující příspěvky ke směrnici ATAD anebo příspěvky zaměřené na konkrétní pravidlo tam obsažené. V případě souhrnných příspěvků lze zmínit několik článků, které sice na problematiku nahlíží z širší perspektivy, ale současně nikoli na úrovni detailu nezbytném pro účely tohoto výzkumu. K takovým souhrnným článkům k ATAD patří například příspěvky Hrdličky a Boháče, Kouby, Velflové, Pecháčka, Brychty, Trezziové nebo Vacíka.³⁶ Současně se ale problematikou ATAD, byť nikoli ve smyslu české implementace, nebo pravidly proti vyhýbání se

³³ ČAPEK, J. Daňové plánování ve spárech ducha zákona, 1. část. *Daňový expert*, 2008, č. 6.; ELIÁŠ, K. Porušení zákona oklikou: fraus legis facta v civilním právu. *Právník*, 2018, č. 11.; NOVÁKOVÁ, P., LICHNOVSKÝ, O. Obcházení zákona ve věcech daňových. *Právní rozhledy*, 2008, č. 4.

³⁴ Např. SOBOTKOVÁ, V. Tak trochu jinak o pravidlech nízké kapitalizace. *Daně a právo v praxi*, 2012, č. 11.; PFEILEROVÁ, J. Daňová účinnost úrokových nákladů – test nízké kapitalizace. *Účetnictví*, 2017, č.10.; MARRES, O. C. R., WEBER, D. M. *Tax treatment of interest for corporations*. Amsterdam: IBFD, 2013.

³⁵ Kapitola 2.1.2 v NERUDOVÁ, D. Daňová politika v Evropské unii. Praha: Wolters Kluwer, 2017.; KOSTOHRYZ, J. In: LANG, M. et al. *Implementing Key BEPS Actions: Where Do We Stand?* Amsterdam: IBFD, 2019.

³⁶ HRDLIČKA, L. BOHÁČ, R. Transpozice směrnice ATAD do právního řádu České republiky. *DAUC.CZ - expertní příspěvky*, 2018, č. 1.; KOUBA, S. Směrnice o zamezení vyhýbání se daňovým povinnostem. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2018, č. 4.; KOUBA, S. Přípravovaná novela zákona o daních z příjmů vyvolaná implementací směrnice ATAD. *Auditor*, 2018, č. 5.; VELFLOVÁ, M. Implementace směrnice ATAD v České republice - 1. část. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2019, č. 3.; PECHÁČEK, R. Implementace evropské směrnice proti vyhýbání se daňovým povinnostem. *Daňová a hospodářská kartotéka*, 2017, č. 10.; BRYCHTA, I. Nová pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem. *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 5.; TREZZIOVÁ, D. Balíček opatření proti vyhýbání se daňovým povinnostem. *Daně a právo v praxi*, 2016, č. 9.; VACÍK, L. Českou verzi ATAD bude třeba vysvětlit. *Právní rádce*, 2019, č. 4.

daňovým povinnostem obecně, podrobně zabývají také zahraniční monografie, které jsou pro tento výzkum relevantní, specificky Haslehner et al., Cid, Ferreras Gutierrez a Hernandez Gonzalez-Barreda, Simander a Titz, Balco a Yeroshenko v publikaci od Rocha a Christiansena, Brokelind a van Thiel.³⁷ Ze zahraničních periodik lze k obecným aspektům ATAD zmínit příspěvky autorů Navarro a Parada, de Graaf, Bizioli, Dourado, Ginevra, Rigaut a Docclo.³⁸

Naopak, příspěvky zaměřené na českou implementaci konkrétních pravidel přinášejí pro účely tohoto výzkumu podstatně větší přidanou hodnotu, protože se s aplikací jednotlivých pravidel vypořádávají na zpravidla detailnější úrovni.

³⁷ SIMANDER, K., TITZ, E. (Eds.). *Limits to tax planning*. Vienna: Linde Verlag, 2013.; ROCHA, S. A., CHRISTIANS, A. *Tax sovereignty in the BEPS era*. Zuidpoolsingel: Kluwer Law International, 2017.; CID, J. M. A., FERRERAS GUTIERREZ, J., HERNANDEZ GONZALES-BARREDA, P. A. (Eds.). *Combating tax avoidance in the EU: Harmonization and cooperation in direct taxation*. Zuidpoolsingel: Kluwer Law International, 2018.; HASLEHNER, W. et al. *A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020.; BROKELIND, C., VAN THIEL, S. *Tax sustainability in an EU and international context*. Amsterdam: IBFD, 2021.

³⁸ NAVARRO, A., PARADA, L. The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts. *EC Tax Review*, 2016, č. 3.; DE GRAAF, A. ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects. *EC Tax Review*, 2016, č. 4.; BIZIOLI, G. Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market? *EC Tax Review*, 2017, č. 3.; DOURADO, A. P. The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS? *Intertax*, 2016, č. 6.; GINEVRA, G. The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level. *Intertax*, 2017, č. 2.; RIGAUT, A. Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons. *European Taxation*, 2016, č. 11.; DOCCLLO, C. The European Union's Ambition to Harmonize Rules to Counter the Abuse of Member States' Disparate Tax Legislations. *Bulletin for International Taxation*, 2017, č. 7.

Kodifikovaným pravidlem proti zneužití práva se například zabýval autor tohoto výzkumu, Hrdlička, Šmirausová a Boháč, Hanych se Štanclem, nebo Landgráf.³⁹ Ze zahraničních periodik jsou pro výzkum tohoto pravidla relevantní příspěvky autorů jako je Beckers, de Charette, Oner, Govind a Lazarov, Geringer a Kuzniacki.⁴⁰

V návaznosti na toto pravidlo je nezbytné v českém kontextu zkoumat také související pravidla zdanění příjmů a skutečného vlastnictví, kterým se v posledních letech věnovala zejména Hornochová s Novotným, Skalická a Skalický a autor tohoto výzkumu.⁴¹ Nad rámec uvedených publikací se skutečnému vlastnictví a zneužití práva, zejména ve světle aktuální unijní judikatury věnovali De Broe a Gommers, Rodriguez, De Pietro, Janssen a Garibay, nebo Baerentzen.⁴²

³⁹ HRDLIČKA, L. ŠMIRAUSOVÁ, P. Zákaz zneužití práva v daňovém řádu - poznámky k budoucí aplikaci. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2018, č. 4; ŠMIRAUSOVÁ, P., BOHÁČ, R. Výslovné zakotvení principu zákazu zneužití práva v daňovém řádu - dokončení. *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 3; ŠMIRAUSOVÁ, P., BOHÁČ, R. Výslovné zakotvení principu zákazu zneužití práva v daňovém řádu. *Daně a právo v praxi*, 2018, č. 7; HANYCH, M., ŠTANCL, M. Zneužití práva v souvislosti s přijetím směrnice ATAD – nová zbraň v rukách finanční správy. *e-Bulletin Komory daňových poradců ČR*, 2018, č. 6.; LANDGRÁF, R. Obecné pravidlo proti zneužívání daňového režimu: jak jej chápat, aplikovat a co přinese nového? *e-Bulletin Komory daňových poradců ČR*, 2018, č. 7–8.

⁴⁰ BECKERS, D. The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice's Case Law on Abuse of EU Law. *EC Tax Review*, 2017, č. 3.; DE CHARETTE, D. The Anti-Tax Avoidance Directive General Anti-Abuse Rule: A Legal Basis for a Duty on Member States to Fight Tax Abuse in EU Corporate Direct Tax Law. *EC Tax Review*, 2019, č. 4.; ONER, C. Comparative Analysis of the General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Effective Tool to Tackle Tax Avoidance? *EC Tax Review*, 2020, č. 1.; GOVIND, S., LAZAROV, I. Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law. *Intertax*, 2019, č. 10.; GERINGER, S. Criteria for the Application of Anti-Abuse Provisions to Holding Companies under ECJ Case Law: Their Significance in Interpreting and Applying ATAD Provisions. *European Taxation*, 2020, č. 10.; KUZNIACKI, B. Poland's Implementation of EU GAAR Compromises Constitutional and EU Principles. *Intertax*, 2021, č. 3.

⁴¹ HORNOCHOVÁ, S.; NOVOTNÝ, R. Skutečný vlastník příjmů – víme, o čem přesně se bavíme? *Bulletin KDP*, 2020, č. 2.; SKALICKÁ, H.; SKALICKÝ, P. Vybrané problémy z mezinárodního zdanění – skutečný vlastník. *Bulletin KDP*, 2010, č. 1.; KAPPEL, J. Vybrané aspekty skutečného vlastnictví ve světle aktuální judikatury. *e-Bulletin KDP*, 2020, č. e6.

⁴² DE BROE, L., GOMMERS, S. Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases. *EC Tax Review*, 2019, č. 6.; RODRIGUEZ, J. L. Some Thoughts to Understand the Court of Justice Recent Case-Law in the Danmark Cases on Tax Abuse. *EC Tax Review*, 2020, č. 2.; DE PIETRO, C. Beneficial Ownership, Tax Abuse and Legal Pluralism: An Analysis in Light of the CJEU's Judgment Concerning the Danish Cases on Interest. *Intertax*, 2020, č. 12.; GARIBAY, M. S., JANSSEN, J. J. M. What Should Be the Scope of the Beneficial Owner Concept? *Intertax*, 2020, č. 12.; BAERENTZEN, S.H. Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest – A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity. *World Tax Journal*, 2020, č. 12.

K české implementaci pravidla omezení uznatelnosti nadměrných výpůjčních nákladů přispěli do diskuze také zejména Bureš, Zelinková, Vaněčková, Leonard, Müllerová se Šindelářem, Hrdlička a také autor tohoto výzkumu.⁴³ Ze zahraničních monografií k ATAD lze v této souvislosti zmínit Bizioliho et al. a Martinho Fernandez⁴⁴ a ze zahraničních periodik příspěvky autorů van Os, Dourado, Tell, Boulogne, Soom, Petutschnig, Carmona Lobita nebo Stevens.⁴⁵

Pravidly o zdanění ovládaných zahraničních společností se v kontextu implementace ATAD zabýval autor tohoto výzkumu, Kouba, Krčmová, Bureš, Tomanová, a Kapoun.⁴⁶ Současně se ale obecně pravidlem zdanění ovládaných zahraničních společností v kontextu unijního

⁴³ BUREŠ, M. Test omezení daňové účinnosti nadměrných výpůjčních nákladů. *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 3.; ZELINKOVÁ, R. Nová pravidla pro daňovou uznatelnost úrokových nákladů a jejich dopad na obchodní společnosti. *e-Bulletin KDP*, 2018, č. e12.; VANĚČKOVÁ, P. Omezení uznatelnosti nadměrných výpůjčních nákladů. *e-Bulletin KDP*, 2021, č. e5.; LEONARD, P. ATAD v Česku: Optimalizací proti optimalizaci? *Právní rádce*, 2018, č. 2.; MULLEROVÁ, L. ŠINDELÁŘ, M. Nová pravidla regulace daňové uznatelnosti nákladových úroků. *DAUC.CZ - expertní příspěvky*, 2018, č. 6.; HRDLIČKA, L. Omezení uznatelnosti nadměrných výpůjčních výdajů v daňovém balíčku 2019. *Daně a právo v praxi*, 2018, č. 4.; KAPPEL, J. A few remarks on Czech interest limitation rules in the context of pandemic. *Annual Center Review*, 2019-2020, č. 12-13.

⁴⁴ BIZIOLI, G., GRANDINETTI, M., PARADA, I., VANZ, G., RONCHETTI, A. V. *Corporate taxation, group debt funding and base erosion: New perspectives on the EU anti-tax avoidance directive*. Zuidpool: Kluwer Law International, 2020.; MARTINHO FERNANDEZ, S. *International Double Taxation of Interest – Assessing Recent Developments in Thin Capitalization Regimes*. Amsterdam: IBFD, 2019.

⁴⁵ VAN OS, P. Interest Limitation under the Adopted Anti-Tax Avoidance Directive and Proportionality. *EC Tax Review*, 2016, č. 4.; DOURADO, A. P. The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle. *EC Tax Review*, 2017, č. 3.; TELL, M. Interest Limitation Rules in the Post-BEPS Era. *Intertax*, 2017, č. 11.; BOULOGNE, G.F. Debt Push-Downs in Times of BEPS Action 4 and the ATAD. *Intertax*, 2019, č. 5.; SOOM, A. Double Taxation Resulting from the ATAD: Is There Relief? *Intertax*, 2020, č. 3.; PETUTCHNIG, M. et al. Assessment of the Interest Barrier Rule of Article 4 of the EU Anti-Tax Avoidance Directive for a Sample of European Firms. *World Tax Journal*, 2019, č. 11.; CARMONA LOBITA, J. The ATAD's Interest Limitation Rule – A Step Backwards? *European Taxation*, 2019, č. 2/3.; STEVENS, S. Evaluation of the Earnings Stripping Rules. *EC Tax Review*, 2020, č. 4.

⁴⁶ KAPPEL, J. Několik poznámek ke zdanění ovládaných zahraničních společností. *Daňová a hospodářská kartotéka*, 2021, č. 5.; KOUBA, S. CFC pravidla. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2017, č. 4.; KRČMOVÁ, M. CFC pravidla v české legislativě – Zdaňování příjmů zahraničních společností ovládaných českým daňovým rezidentem. *Daně a právo v praxi*, 2020, č. 11.; KRČMOVÁ, M. CFC pravidla v české legislativě – Zdaňování příjmů zahraničních společností ovládaných českým daňovým rezidentem – 2. část. *Daně a právo v praxi*, 2021, č. 1.; BUREŠ, M. Základní podstata pravidla zdaňování zahraničních dceřiných společností („CFC rules“) aneb Zabráni Holanďani přelévání „zisků“ do tzv. daňových rájů? *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 9.; TOMANOVÁ, T. Zamyšlení nad vybranými aspekty CFC pravidel v kontextu implementace směrnice ATAD. *e-Bulletin KDP*, 2019, č. e7-8.; KAPOUN, V. Změny ve zdaňování v návaznosti na implementaci ATAD – exit tax a CFC pravidla. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2019, č. 2.; ŠMIRAUŠOVÁ, P. Daňová jurisdikce z pohledu CFC pravidel. *Daně a finance*, 2020, č. 1.

práva nebo ATAD zabývají také zahraniční akademici, např. monografie od autorů Miladinovic a Bravo nebo Kofler et al.⁴⁷ nebo příspěvky v odborných periodikách od autorů jako Schonfeld, Kuzniacki, Nystrom, van Hulle nebo de Groot a Larking.⁴⁸

Ve srovnání s výše uvedeným je zajímavé, že implementaci pravidla zdanění při odchodu se v našem kontextu komparativně věnovalo mnohem méně autorů, a to zejména Bureš, Kapoun nebo autor tohoto výzkumu.⁴⁹ Ze zahraničních periodik jsou pro účely výzkumu tohoto pravidla v kontextu ATAD relevantní příspěvky autorů jako je Peeters, Pinetz a Schaffer, Letizia, Potgens et al., Spindler-Simander a Wohrer, nebo Kananoja.⁵⁰

Obdobně i k hybridním nesouladům a jejich implementaci jsou prozatím dostupné pouze lokální příspěvky autorů jako Bušovská a relativně kriticky také Hrdlička.⁵¹ Ze zahraničních

⁴⁷ MILADINOVIC, A., BRAVO, N. *Concept and Implementation of CFC Legislation*. Vienna: Linde Verlag, 2021.; KOFLER, G. et al. *Controlled foreign company legislation*. Amsterdam: IBFD, 2020.

⁴⁸ SCHONFELD, J. CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive. *EC Tax Review*, 2017, č. 3.; KUZNIACKI, B. Implementing the ATAD's CFC Rules by Poland Contrary to EU Primary Law: A Solitary Example or the Beginning of Infamous Trend? *EC Tax Review*, 2018, č. 3.; KUZNIACKI, B. The Need to Avoid Double Economic Taxation Triggered by CFC Rules under Tax Treaties, and the Way to Achieve It. *Intertax*, 2015, č. 12.; NYSTROM, W. Saving the ATAD CFC Regime Through Abuse of Law or the Rule of Reason. *Intertax*, 2021, č. 3.; VAN HULLE, G. Current Challenges for EU Controlled Foreign Company Rules. *Bulletin for International Taxation*, 2017, č. 12.; DE GROOT, I.M., LARKING, B. Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164). *European Taxation*, 2019, č. 6.

⁴⁹ BUREŠ, M. Zdanění při odchodu („exit tax“) aneb Jak to může dopadnout, když Evropská unie poslouchá Francii. *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 6.; KAPOUN, V. Změny ve zdaňování v návaznosti na implementaci ATAD – exit tax a CFC pravidla. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2019, č. 2.; KAPPEL, J. Implementation of Exit Taxation in the Czech Republic. *Analyses and Studies CASP*, 2021, č. 12.

⁵⁰ PEETERS, S. Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool. *EC Tax Review*, 2017, č. 3.; PINETZ, E., SCHAFFER, E. Exit Taxation in Third-Country Situations. *European Taxation*, 2014, č. 10.; LETIZIA, G. The Recent Restrictive ECJ Approach to Exit Tax and the ATAD Implementation. *EC Tax Review*, 2020, č. 1.; POTGENS, F.P.G., et al. The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, the Netherlands, Portugal, Spain and the United Kingdom with the EU Freedom of Establishment. *Intertax*, 2016, č. 3.; SPINDLER-SIMANDER, K., WOHRER, V. Implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164) in Austria. *European Taxation*, 2018, č. 7.; KANANOJA, V. Implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164) Exit Tax Measures in Finland. *European Taxation*, 2020, č. 2/3..

⁵¹ BUŠOVSKÁ, M. Hybridní nesoulady v kontextu zákona o daních z příjmů. *Bulletin KDP*, 2020, č. 4.; HRDLIČKA, L. Úvod do hybridních nesouladů. *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 10.

monografií se na toto pravidlo zaměřuje zejména Parada, Govind a Van West, Martinez Laguna⁵² a ze zahraničních periodik také autoři Fibbe a Stevens, Peeters a Vanneste, Scherleitner, Tomazela Santos, Karaianov a Balco.⁵³

V oblasti GAARs a SAARs obsažených ve smlouvách o zamezení dvojího zdanění vnitrostátní literatura téměř absentuje, s výjimkou shrnujících článků Zíky nebo Balca,⁵⁴ které se věnovaly zejména obecnému pravidlu proti zneužití smluv a pravidlu o omezení výhod. Na druhou stranu je k těmto tématům relativně bohatá zahraniční monografická literatura kolektivů jako Lang et al., Dourado et al. a Kofler et al.,⁵⁵ které se obecným pravidlům, zejména PPT, věnovali alespoň částečně. Zároveň jsou pro výzkum obecných smluvních pravidel relevantní zahraniční články od autorů jako je De Pietro, Luts, Kok, Rolim, Moreno, Chand, Gomes, Palmitessa, Cuoco, Taramountas, Koriak a Palao Taboada.⁵⁶

⁵² PARADA, L. *Double non-taxation and the use of hybrid entities: An alternative approach in the New Era of BEPS*. Zuidpoolsingel: Kluwer Law International, 2018.; GOVIND, S., VAN WEST, J.-P. *Hybrid Entities in Tax Treaty Law*. Vienna: Linde Verlag, 2020.; MARTINEZ LAGUNA, F. D. *Hybrid financial instruments, double non-taxation and linking rules*. Zuidpoolsingel: Kluwer Law International, 2019.

⁵³ FIBBE, G.K., STEVENS, T. Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II. *EC Tax Review*, 2017, č. 3.; PEETERS, B., VANNESTE, L. The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD. *Intertax*, 2020, č. 1.; SCHERLEITNER, M. The Imported Mismatch Rule in Light of the Fundamental Freedoms. *Intertax*, 2021, č. 5.; TOMAZELA SANTOS, R. The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations. *Bulletin for International Taxation*, 2018, č. 8.; KARAIANOV, K. The ATAD 2 Anti-Hybrid Rules versus EU Member State Tax Treaties with Third States: Is Override Possible? *European Taxation*, 2019, č. 2/3.; BALCO, T. ATAD 2: Anti-Tax Avoidance Directive. *European Taxation*, 2017, č. 4.

⁵⁴ ZÍKA, V. Mnohostranná daňová úmluva. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2017, č. 3.; ZÍKA, V. Projekt BEPS a mezinárodní smlouvy o zamezení dvojímu zdanění. *DAUC.CZ - expertní příspěvky*, 2016.; BALCO, T. Bod 6 Akčního plánu BEPS: Prevence zneužívání smluv o zamezení dvojího zdanění. *e-Bulletin KDP*, 2014, č. e6.

⁵⁵ LANG, M. et al. *Base erosion and profit shifting (BEPS)*. 1. vydání. Vienna: Linde Verlag, 2016.; DOURADO, A. et al. *International and EU Tax Multilateralism: Challenges Raised by the MLJ*. Amsterdam: IBFD, 2020.; KOFLER, G. et al. *Tax treaties and procedural law*. Amsterdam: IBFD, 2020.

⁵⁶ DE PIETRO, C. Tax Abuse and Legal Pluralism: Towards Concrete Solutions Leading to Coordination Between International Tax Treaty Law and EU Tax Law. *EC Tax Review*, 2020, č. 2.; LUTS, J. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax*, 2015, č. 2.; KOK, R. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax*, 2016, č. 5.; ROLIM, J. D. The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation. *Intertax*, 2016, č. 11.; MORENO, A. B. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, 2017, č. 6.; CHAND, V. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis. *Intertax*, 2018, č. 1.; CHAND, V. The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules. *Intertax*, 2018, č. 2.; GOMES, M. L. Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention. *Intertax*, 2018, č. 1.; GOMES, M. L. The DNA of the Principal Purpose Test in the Multilateral Instrument. *Intertax*, 2019, č. 1.; PALMITESSA, E. A. Interplay Between the Principal Purpose Test in the Multilateral BEPS Convention and the Beneficial Ownership Clause as Treaty Anti-Avoidance Tool

Také smluvním pravidlem skutečného vlastnictví se v posledních letech zabývají zahraniční monografie autorů Meindl-Ringer, Lang et al., Maisto et al. nebo Saurabh⁵⁷ a články Wardzynskiho nebo Hamra s Korvingem.⁵⁸ Pravidlu o omezení výhod se pak relativně kriticky věnuje monografie od Vega Borrego⁵⁹ nebo příspěvky v odborných periodících od autorů jako Scornos et al. a Kuzniacki.⁶⁰ Současně je nezbytné zmínit monografie Cotrut, Bluma se Seilerem a Langa et al.,⁶¹ nebo články autorů jako je Silvestri, Pinetz a Mithe,⁶² kteří se věnují zneužívání smluv o zamezení smluv o zamezení dvojího zdanění komplexně.

S ohledem na výše uvedené lze konstatovat, že v oblasti pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem existuje relativně velké množství odborné literatury, která je dostupná převážně v online podobě. Současně ale toto téma nebylo prozatím v českém kontextu v návaznosti na reformu těchto pravidel zpracováno komplexně⁶³ prostřednictvím právní analýzy příslušných ustanovení, jejich aplikace, účinnosti a souladu se základními právními zásadami. Z tohoto důvodu lze mít za to, že tento výzkum je relevantní nejen pro akademické účely, ale

Targeting Holding Structures. *Intertax*, 2018, č. 1.; CUOCO, A. The Principal Purpose Test as Introduced by the OECD MLI: Is It Time for a Compromise with EU Tax Law? *Intertax*, 2019, č. 10.; TARAMOUNTAS, K. The PPT: The Introduction of a Uniform Standard with an Uncertain Application. *Intertax*, 2019, č. 11.; KORIAK, O. The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law? *European Taxation*, 2016, č. 12.; PALAO TABOADA, C. OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule. *Bulletin for International Taxation*, 2015, č. 10.

⁵⁷ MEINDL-RINGER, A. *Beneficial Ownership in International Tax Law*. Zuidpooslingel: Kluwer Law International, 2016.; LANG, M. et al. *Beneficial Ownership: recent trends*. Amsterdam: IBFD, 2013.; MAISTO, G. et al. *Current tax treaty issues*. Amsterdam: IBFD, 2020.; SAURABH, J. *Effectiveness of the Beneficial Ownership Test in Conduit Company Cases*. Amsterdam: IBFD, 2013.

⁵⁸ WARDZYNSKI, A. The 2014 Update to the OECD Commentary: A Targeted Hybrid Approach to Beneficial Ownership. *Intertax*, 2015, č. 2.; HAMRA, C., KORVING, J. J. A. M. Beneficial Ownership Interpreted, To What Extent Are the OECD and the EU on the Same Wavelength? *Intertax*, 2021, č. 3.

⁵⁹ VEGA BORREGO, F. A. *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. 2nd ed. Zuidpooslingel: Kluwer Law International, 2017.

⁶⁰ SCORNOS, et al. LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS? *EC Tax Review*, 2015, č. 3.; KUZNIACKI, B. The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 1. *Intertax*, 2018, č. 1.; KUZNIACKI, B. The Limitation on Benefits Provision in BEPS Action 6/Multilateral Instrument: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2. *Intertax*, 2018, č. 2.

⁶¹ COTRUT, M. *International tax structures in the BEPS era: An analysis of anti-abuse measures*. Amsterdam: IBFD, 2015.; BLUM, D., SEILER, M. *Preventing Treaty Abuse*. Vienna: Linde Verlag, 2016.; LANG, M. et al. *Tax Treaty Entitlement*. Amsterdam: IBFD, 2019.

⁶² SILVESTRI, A. Holding Companies in the BEPS Era. *Intertax*, 2017, č. 6.; PINETZ, E. Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse. *Bulletin for International Taxation*, 2016, č. 1-2.; MITHE, A. Critical Analysis of the Principal Purpose Test and the Limitation on Benefits Rule: A World Divided but It Takes Two to Tango. *World Tax Journal*, 2020, č. 12.

⁶³ Pravidlům proti vyhýbáním se daňovým povinnostem se dříve způsobem věnují ve svých disertačních výzkumech v zásadě pouze Hrabčák nebo Hrdlička.

s ohledem na práci s judikaturou a praktickými zkušenostmi autora, i pro uživatele, orgány tato pravidla aplikující a do jisté míry i pro zákonodárce, který se může zabývat zejména identifikovanými nedostatky.

1 Vnitrostátní GAARs a SAARs před ATAD

V souladu se zaměřením tohoto výzkumu je vhodné se nejdříve zabývat GAARs a SAARs, která jsou obsažena v českých právních předpisech a současně předcházejí reformě pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem v rámci BEPS, resp. ATAD. Z tohoto důvodu je v rámci této kapitoly věnována nejdříve pozornost obecným vnitrostátním konceptům jako je zneužití práva, dissimulace⁶⁴, obcházení zákona nebo krácení daně, a poté relevantním specifickým pravidlům, tj. pravidlu nízké kapitalizace.

1.1 Zásada zákazu zneužití daňového práva

V rámci obecných konceptů proti vyhýbání se daňovým povinnostem je v kontextu českého daňového práva nepochybně nejvýznamnějším a také zdaleka nejfrekventovanějším institutem zákaz zneužití práva (*abuse of tax law, abusus iuris*). Pro účely tohoto výzkumu tento institut ale nelze vnímat pouze izolovaně v kontextu jeho aktuální kodifikace v rámci implementace ATAD v ustanovení § 8 odst. 4 daňového řádu,⁶⁵ ale musí být zkoumán zejména ve světle jeho původu a vývoje v aplikační praxi české a unijní judikatury, aby mohla být posouzena jeho relevance jako nástroje proti vyhýbání se daňovým povinnostem, soulad se základními právními zásadami a vztah s dalšími pravidly. Z tohoto důvodu bude v této části výzkumu zkoumán institut zákazu zneužití daňového práva jako soudní doktrína formulována nejvyššími českými soudy před jeho kodifikací, které bude věnována pozornost později.

1.1.1 K soukromoprávnímu původu institutu zákazu zneužití práva

Institut zneužití práva (*abuse of tax law, abusus iuris*) se dle Tichého v kontinentální právní kultuře začíná vynořovat ve francouzské soukromoprávní judikatuře k deliktárnímu právu z druhé poloviny 19. století v návaznosti na římskoprávní zásadu *aemulatio vicini*.⁶⁶ V návaznosti na francouzskou doktrínu byl tento institut nicméně recipován také do německého

⁶⁴ V české daňové terminologii bývá zastírání skutečného stavu označováno *promiskue* jako disimulace nebo dissimulace, jde však toliko o terminologickou odlišnost.

⁶⁵ Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů. Dále daňový řád.

⁶⁶ K tomuto institutu a jeho původu mj. v prétorské praxi neposkytovat ochranu šikanózním návrhům viz WATKIN, T. G. *An historical introduction to modern civil law*. London: Routledge, 2017. str. 229 a 255.

práva, byť do oblasti dobré víry, a později kodifikován v civilních kodexech, zejména švýcarském ZGB z roku 1912, který ve svém čl. 2 explicitně uvádí zásadu, že zřejmé zneužití práva nepožívá právní ochrany. V zásadě doslovně byla tato úprava převzata také do ustanovení § 8 občanského zákoníku.⁶⁷ Ve smyslu teorie práva lze k institutu zneužití práva přistoupit z několika základních pozic. Zatímco z pohledu liberální neboli individualistické teorie založené na zásadě *neminem laedit, qui suo iure utitur* je možnost zneužití práva z podstaty vyloučena, objektivní teorie zkoumají zejména soulad výkonu práva s jeho účelem, subjektivní teorie staví do popředí subjektivní postoj nositele práva k jeho výkonu a následkům a smíšené teorie objektivní i subjektivní přístup kombinují.⁶⁸

Obdobným způsobem na institut zneužití práva nahlíží také Viktor Knapp, který staví do kontrastu s individualistickou teorií sociální koncepce subjektivního práva, která se projevila již v občanském zákoníku z roku 1964 a projevuje se také v čl. 11 odst. 3 Listiny základních práv a svobod.⁶⁹ V tomto světle zneužití práva Knapp chápe jako jeho výkon k újmě jiného či společnosti, tj. chování zdánlivě dovolené, kterým má být dosaženo nedovoleného výsledku. Ve své podstatě ale takové jednání není souběhem dovoleného a nedovoleného, protože tento paradox je řešen v souladu s principem *lex specialis derogat generali* speciálním pravidlem, tedy zákazem zneužití práva, a jde tedy o chování čistě protiprávní.⁷⁰

1.1.2 Formulování zásady zákazu zneužití daňového práva v české judikatuře

Právě na Knappově koncepci zneužití subjektivního práva založil první senát Nejvyššího správního soudu (dále „NSS“) své rozhodnutí ve věci *Potápěči I*, sp. zn. 1 Afs 107/2004, kterým institut zákazu zneužití práva uvedl do českého daňového práva.⁷¹ V tomto případě

⁶⁷ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů.

⁶⁸ TICHÝ, L., MASLOWSKI, S., TROUP, T. *Zneužití práva*. Praha: Centrum právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze, 2016. str. 24 an.

⁶⁹ Ústavní zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod, ve znění pozdějších předpisů.

⁷⁰ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Vyd. 1., 3. dot. Praha: C.H. Beck, 1995. s. 184-185.

⁷¹ Nejvyšší správní soud přitom zákaz zneužití daňového práva představil spontánně a jednostranně zřejmě z toho důvodu, že daňové subjekty začaly agresivně daňově optimalizovat formálně v mezích zákona a pro absenci kodifikovaného pravidla správce daně neměl možnost těmto praktikám jinak čelit. K tomu viz NERUDOVA, D., MORAVEC, L. Chapter 10: Czech Republic. In: LANG, Michael et al. *GAARs, a key element of tax systems in the post-BEPS tax world*. 1. Amsterdam: IBFD, 2016.

spočíval skutkový stav zjednodušeně v poskytování finančních darů, které dárce může v souladu s § 15 odst. 8 zákona o daních z příjmů odečíst od svého základu daně,⁷² spřízněnému spolku, který jimi financoval sportovní aktivity rodinných příslušníků dárce. V tomto rozsudku NSS argumentoval tím, že právo jako normativní systém musí svým adresátům předkládat racionální vzorce chování, které slouží k rozumnému uspořádání společenských vztahů. Výklad, který při existenci několika interpretačních alternativ rozumnost uspořádání pomíjí, se tak příčí základnímu smyslu práva.⁷³ NSS ale současně uvádí, že zákaz zneužití práva představuje výjimku z pravidla, který je materiálním korektivem formálního pojetí práva a musí být vždy posuzován na základě konkrétních skutkových okolností. Postup daňového subjektu, který zvolil financování potřeb svých rodinných příslušníků prostřednictvím spolku za účelem získání daňové výhody, NSS posoudil jako sice formálně po právu, ale příčící se rozumnému uspořádání společenských vztahů, a působící újmu společnosti spočívající ve zkrácení daňových příjmů.⁷⁴

Nutno podotknout, že skutkově identický případ *Potápěči II* byl sedmým senátem NSS posouzen s poukazem na zásadu materiální pravdy obsaženou v tehdejší ustanovení § 2 odst. 7 zákona o správě daní a poplatků⁷⁵ s tím, že účelem existence spolku bylo obcházení zákona o daních z příjmů.⁷⁶ Argumentace sedmého senátu je tak poněkud terminologicky nekonzistentní, protože explicitně uvádí na stejném místě *promiskue* instituty zastírání, tj. dissimulaci, a obcházení zákona, ve skutečnosti ale zřejmě dochází implicitně k aplikaci zneužití práva, když uvádí, že účelem existence spolku bylo snížení daňového základu u spřízněného dárce, přičemž související výdaje na osobní potřebu by jinak nemohly být odečteny. S ohledem na to, že se jednalo o jedno z prvních rozhodnutí v oblasti vyhýbání se daňovým

⁷² Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů. Dále ZDP.

⁷³ K teleologickému aspektu tohoto případu se nicméně relevantním způsobem kriticky vyjadřuje například Čapek, který namítá že v řadě výjimek v ZDP je zřejmá snaha o podporu právě jednotlivého poplatníka, tj. v tomto případě sdružení, zatímco NSS ustanovení posuzuje perspektivou konečného příjemce plnění, viz ČAPEK, J. Daňové plánování ve spárech ducha zákona, 2. část. *Daňový expert*, 2009, č. 1.

⁷⁴ Rozhodnutí NSS ze dne 10. listopadu 2005, sp. zn. 1 Afs 107/2004, dále *Potápěči I* nebo také Voda-země-vzduch.

⁷⁵ Zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů. Dále ZSDP.

⁷⁶ Rozsudek NSS ze dne 19. ledna 2006, sp. zn. 7 Afs 115/2004, dále *Potápěči II*.

povinnostem, je určitá nekonzistentnost vcelku pochopitelná. Ostatně vztah mezi jednotlivými výše uvedenými instituty byl sjednocen rozšířeným senátem NSS až v roce 2007, k tomu viz níže.⁷⁷

Rozsudky NSS ve věcech *Potápěči I* a *Potápěči II* byly sice napadeny ústavními stížnostmi, ale Ústavní soud je odmítl usnesením sp. zn. III. ÚS 374/06.⁷⁸ Ústavní soud sice aproboval odkaz prvního senátu NSS na Knappovo pojetí zákazu zneužití práva, současně se ale inspiroval judikaturou Soudního dvora Evropské unie (dále „SDEU“), zejména ve věcech *Emsland-Stärke*⁷⁹ a *Halifax*.⁸⁰ V této souvislosti Ústavní soud odkazuje na skutečnost, že zneužití práva je obecnou právní zásadou a přebírá standardní dvousložkový test zneužití unijního práva formulovaný SDEU. Objektivní kritérium testu spočívá v tom, že transakce sice formálně naplňuje podmínky stanovené relevantními ustanoveními, ale jejím výsledkem by bylo získání daňového zvýhodnění v rozporu s cílem těchto ustanovení. V rámci subjektivního kritéria testu je zkoumáno, zda ze všech objektivních okolností plyne, že hlavním účelem transakce je získání daňového zvýhodnění s tím, že zákaz zneužití není relevantní, pokud transakce může mít jiné odůvodnění než pouhé dosažení daňového zvýhodnění. Ústavní soud ve svém usnesení také připouští, že výše uvedené úvahy SDEU lze „v mezích daných ústavními kautelami a s ohledem na případnou odlišnou úpravu“ (SDEU se ve věci *Halifax* totiž zabýval daní z přidané hodnoty) aplikovat i na skutkové situace na něž dopadá zákon o daních z příjmů.

V návaznosti na výše uvedené se tak Ústavní soud na rozdíl od NSS zcela explicitně zabýval také objektivním kritériem zneužití práva, tj. smyslem a účelem § 15 odst. 8 ZDP jako zvýhodnění dobrovolného poskytnutí daru na podporu a rozvoj v oblasti celospolečenského zájmu, tj. nikoli ve vlastní prospěch. V této souvislosti také Ústavní soud poukázal na svoji konstantní judikaturu k jazykovému výkladu pouze jako prvotnímu přiblížení aplikované normě, které je východiskem pro objasnění jejího smyslu a účelu teleologickým výkladem a postupy logického a systematického výkladu.

⁷⁷ Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 3. dubna 2007, sp. zn. 1 Afs 73/2004.

⁷⁸ Usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 31. října 2007, sp. zn. III.ÚS 374/06.

⁷⁹ Rozhodnutí SDEU ze dne 14. prosince 2000, sp. zn. C-110/99 ve věci *Emsland-Stärke*.

⁸⁰ Rozhodnutí SDEU ze dne 21. října 2006, sp. zn. C-255/02 ve věci *Halifax*.

S odkazem na případy *Potápěčů* NSS a Ústavní soud následně řešily prostřednictvím institutu zneužití práva také další obdobné případy, například sp. zn. 2 Afs 7/2007, ve kterém daňový subjekt argumentoval nezdanitelností daru poskytnutého spřízněnému spolku, který ale ve skutečnosti finanční prostředky v zásadě téměř nevyužíval a zřejmě čekal na uplynutí prekluzivní lhůty, aby mohly být použity k osobním účelům zakladatele.⁸¹ Ústavní soud ke stížnosti daňového subjektu opět jednání posoudil jako zneužití práva a explicitně odkázal na rozhodnutí NSS ve věci *Potápěčů I* a výslovně také zopakoval inspiraci doktrínou zneužití práva formulovanou SDEU.⁸²

Výše uvedená judikatura představuje výchozí pozici, ze které se doktrína zákazu zneužití daňového práva mohla dále vyvíjet. Z dnešní perspektivy lze mít za to, že původní koncepce obsažená v rozhodnutí NSS *Potápěčů I* vycházející ze soukromoprávní doktríny zákazu zneužití práva nebyla pro účely daňového práva dostatečně rozvinutá, a to zejména v oblasti, kterou v současnosti zkoumáme v rámci objektivního kritéria. Původní úvahy prvního senátu totiž směřovaly toliko k posuzování souladu transakce s rozumným uspořádáním společenských vztahů jako hlavním smyslem práva jako normativního systému. V tomto kontextu lze hodnotit pozitivně přístup Ústavního soudu, který zejména tuto relativně neurčitou část zákazu zneužití práva stabilizoval prostřednictvím inspirace dvousložkovým testem zneužití formulovaným SDEU, jehož objektivní kritérium teleologické úvahy vztahuje k smyslu a účelu příslušného zneužívaného ustanovení.

S ohledem na výše uvedené tak lze pro účely tohoto výzkumu zákaz zneužití daňového práva, který dovodila judikatura NSS a Ústavního soudu považovat za obecnou právní zásadu, která je aplikována na jednání daňového subjektu, jehož hlavním účelem je získání daňového zvýhodnění (subjektivní kritérium) a kumulativně je takové jednání formálně v souladu s podmínkami právní normy, ale jeho důsledek je v rozporu s účelem tohoto ustanovení (objektivní kritérium).

⁸¹ Rozhodnutí NSS ze dne 19. července 2007, sp. zn. 2 Afs 7/2007.

⁸² Usnesení Ústavního soudu ze dne 6. srpna 2008, sp. zn. II.ÚS 2714/07.

1.1.3 Limity a povaha zásady zákazu zneužití daňového práva v kontextu dalších právních zásad

V návaznosti na výše uvedenou judikaturu se doktrína zákazu zneužití daňového práva dále rozvíjela a postupně byly v rámci soudních rozhodnutí vymezeny i její limity a povaha ve vztahu k základním právním zásadám.

Omezení teleologického výkladu a zneužití práva v rozhodnutích *Bankomaty*

V této souvislosti je byla v daňové oblasti zásadní zejména sérii rozhodnutí *Bankomaty* v oblasti daně z přidané hodnoty (dále „DPH“).⁸³ Tato rozhodnutí se věnovala novelizaci ustanovení zákona o dani z přidané hodnoty,⁸⁴ v jejichž návaznosti se v případě dovozu zboží na rozdíl od vnitrostátního pořízení přestal pravděpodobně nedopatřením krátit nárok na odpočet daně. V rámci těchto pravidel pořídily finanční instituce bankomaty a další zboží v režimu dovozu, a tak nemusely krátit nárok na odpočet. V návaznosti na rozporování nároku na plný odpočet finanční správou se případy dostaly až k NSS.

K výkladu příslušných ustanovení NSS přistoupil jak zkoumáním subjektivní vůle zákonodárce, která ale v tomto případě nebyla nápomocná, i s přihlédnutím k objektivistické „*tezi o racionálním zákonodárci, který při vydávání zákonů postupuje logicky, zachovává jednotu a nerozpornost právního řádu a nečiní součástí právního řádu nadbytečná nebo duplicitní zákonná ustanovení...*“ S ohledem na to, že oba režimy byly terminologicky i systematicky upraveny v zákoně odděleně, považoval NSS na základě jazykového a systematického výkladu smysl příslušného ustanovení o krácení odpočtu za zcela jednoznačný, tj. při dovozu nárok na odpočet krácen být neměl. Současně se NSS ale zabýval také teleologickým výkladem, kterým dospěl k závěru,

⁸³ Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 16. října 2008, sp. zn. 7 Afs 54/2006; rozhodnutí NSS ze dne 23. srpna 2006, sp. zn. 2 Afs 178/2005; rozhodnutí NSS ze dne 16. října 2008, sp. zn. 7 Afs 55/2006; rozhodnutí NSS ze dne 28. listopadu 2008, sp. zn. 5 Afs 49/2007 a rozhodnutí NSS ze dne 28. listopadu 2008, sp. zn. 5 Afs 58/2007.

⁸⁴ Ustanovení § 19 odst. 1 starého zákona č. č. 588/1992, o dani z přidané z hodnoty, ve znění účinném do 31. září 2003.

že neexistoval racionální důvod, pro který by u zboží z dovozu neměl být odpočet DPH krácen, zatímco u zboží z tuzemska ano.

Při zvažování rozporu mezi těmito výklady NSS reflektoval, že v nerovném, mocenském, vztahu mezi státem a daňovým subjektem je nutno klást důraz na ochranu pozice daňového subjektu proti státu, který mu odnímá část majetku.⁸⁵ Současně NSS odkázal na svoji předchozí judikaturu, ve které odkázal na základní ústavní zásady, kterých je třeba specificky v oboru daňového práva dbát: „*princip právní jistoty a princip předvídatelnosti právní regulace, z nichž plyne zákaz analogie v neprospěch daňového subjektu a zásada, že v případě, že daňový zákon z důvodu své nejasnosti, nesrozumitelnosti či nepřesnosti nebo „mezery v zákoně“ umožňuje vícero rovnocenně přesvědčivých výkladů, je nutno použít takový z nich, který je vůči daňovému subjektu mírnější (neboť je věcí státu, aby formuloval své daňové zákony natolik jednoznačně, srozumitelně, přesně a úplně, aby minimalizoval výkladové nejasnosti; v opačném případě by se jednalo o nepřipustnou libovůli zákonodárce).*⁸⁶ Na základě výše uvedeného NSS také zopakoval, že je povinností zákonodárce aby byl při legislativní činnosti uvážlivý a s poukazem na požadavek legality zdanění plynoucí z čl. 11 odst. 5 Listiny formuloval podmínky zakládající daňovou povinnost jednoznačně, určitě a jasně. Z těchto důvodů upřednostnil NSS výklad, který je ve prospěch daňového subjektu.

Zároveň se NSS zabýval tím, zda postup finančních institucí nenaplnuje definici zákazu zneužití daňového práva. NSS v této souvislosti odkázal na svoji výše uvedenou judikaturu a inspiraci pocházející z unijního rozsudku *Halifax* s tím, že i pro účely objektivní analýzy posuzování zneužití musí být respektovány zásady právní jistoty a ochrany legitimního očekávání, které jsou zakotveny v čl. 1 odst. 1 Ústavy jako imanentní část materiálního právního státu a také plynou také z čl. 2 odst. 2 Listiny, a proto by se měl spolehnout na prostý smysl daňových předpisů. Současně si daňové subjekty mohou svoji činnost uspořádat tak, aby snížily svoji daňovou povinnost, nicméně toliko v rámci legálních možností stanovených právní úpravou, které jsou limitovány normativním cílem zákazu zneužití práva. Vzhledem

⁸⁵ V této souvislosti NSS odkazuje na náleží Ústavního soudu ze dne 15. prosince 2003, sp. zn. IV. ÚS 666/02.

⁸⁶ Zde NSS odkazuje na rozhodnutí NSS ze dne 14. července 2005, sp. zn. 2 Afs 24/2005.

k tomu, že nebyly zjištěny skutečnosti svědčící o tom, že by hlavní účel transakcí byl toliko získání daňového zvýhodnění, nebylo možné případ posoudit jako zneužití práva.

Uplatnění teleologického výkladu v rozhodnutí *Ježek Software*

Proti výše uvedené sérii rozhodnutí lze do jisté míry postavit rozhodnutí NSS ve věci *Ježek Software*,⁸⁷ které se sice explicitně nezabývalo zneužitím práva, ale výkladem v případě práva sociálního zabezpečení. V tomto případě spočíval skutkový stav také v legislativním pochybení zákonodárce, kdy ze zákona č. 589/1992 Sb. o pojistném na sociální zabezpečení, dočasně vypadla definice vyměřovacího základu pojistného placeného zaměstnavatelem za zaměstnance. Subjekt přestal platit pojistné a případ se tak na popud správy sociálního zabezpečení dostal až k NSS. V návaznosti na aplikaci historického, systematického a teleologického výkladu NSS dovodil, že tento vyměřovací základ nepředstavoval samostatně definovatelný pojem, ale mohl být ze své podstaty pouze odvozován od součtu vyměřovacích základů zaměstnanců. V této souvislosti NSS také poukázal na konstantní judikaturu svoji i Ústavního soudu, dle které je možné interpretační nejasnosti odstranit i výkladem dle standardních interpretačních postupů, tj. i v neprospěch daňového subjektu.⁸⁸

Limity zásady zákazu zneužití daňového práva a vztah k výkladu a dotváření práva

Na svá rozhodnutí formulující zásadu zákazu zneužití daňového práva odkázal NSS i v usnesení rozšířeného senátu ve věci osvobození od soudních poplatků *Ateliéru pro životní prostředí*. V tomto usnesení rozšířený senát postavil na jisto, že v oblasti veřejného práva je zásada zneužití práva „*v jistém smyslu ultima ratio, a proto musí být uplatňován nanejvýš restriktivně a za pečlivého poměření s jinými obdobně důležitými principy vlastního právnímu řádu, zejména principem právní jistoty, s nímž se – zcela logicky – nejvíce střetává.*“⁸⁹ Na toto usnesení rozšířeného senátu

⁸⁷ Rozhodnutí NSS ze dne 25. února 2010, sp. zn. 4 Ads 120/2009.

⁸⁸ Zde NSS odkazoval na nálezy ÚS sp. zn. Pl. ÚS 4/95, Pl. ÚS 9/95, Pl. ÚS 2/97, Pl. ÚS 23/02, Pl. ÚS 40/02, Pl. ÚS 44/02, Pl. ÚS 25/06 a Pl. ÚS 24/07, rozhodnutí NSS ze dne 14. července 2005, sp. zn. 2 Afs 24/2005 a rozhodnutí NSS ze dne 16. října 2008, sp. zn. 7 Afs 54/2006

⁸⁹ Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 27. května 2010, sp. zn. 1 As 70/2008.

explicitně NSS navázal ve své navazující daňové judikatuře, kdy konstatoval, že tato zásada má být aplikována pouze výjimečně.⁹⁰ V této souvislosti je nezbytné doplnit, že zásada zákazu zneužití daňového práva, která je v zásadě odvozena od materiální spravedlnosti, by měla být v individuálních případech poměřována, a to právě se zásadou právní jistoty proto, že obecně jsou obě tyto zásady v našem právním řádu zřejmě obdobně silné.⁹¹

Z výše uvedené judikatury tak lze dovodit několik limitů zásady zákazu zneužití daňového práva. Zejména jde o ústavně zakotvený požadavek na respektování zásad právní jistoty a ochrany legitimního očekávání, obsažených v čl. 1 odst. 1 Ústavy jako imanentní část materiálního právního státu a čl. 2 odst. 2 Listiny. Současně je třeba zásadu zákazu zneužití práva považovat za prostředek *ultima ratio*, který má být používán zdrženlivě a při poměřování právě s výše uvedenými zásadami. Z toho také plyne, že pokud je zásada zákazu zneužití daňového práva chápána jako nejzazší prostředek, tak by měly být subsidiárně nejdříve aplikovány prostředky mírnější, méně zasahující do ostatních právních zásad.

V této souvislosti je také nezbytné posoudit vztah zásady zákazu zneužití daňového práva k ostatním teleologickým postupům používaným k nalézání práva, tj. k výkladu a teleologické extenzi, tj. analogii, a teleologické redukci. S odkazem na podobnost zneužití práva s teleologickou redukcí tuto debatu otevřela Kamínková, když v kontextu případu *Ježek Software* argumentuje ve prospěch dotváření daňového práva v neprospěch poplatníka za použití teleologických postupů.⁹² V této souvislosti je nicméně nutné upozornit, že NSS v tomto případě a ostatně ani v případě *Bankomatů* právo pravděpodobně technicky přímo nedotvářel, ale pracoval s interpretační nejasností, a to nikoli pouze na základě teleologického výkladu, ale i dalších výkladových metod. Zatímco v případě *Bankomatů* převážil jazykový a systematický výklad nad výkladem teleologickým, v případě *Ježek Software* výslovná jazyková úprava pojmu absentovala, ale výklady systematický, teleologický i historický souladně dovedly NSS k závěru v neprospěch poplatníka.

⁹⁰ Rozhodnutí NSS ze dne 4. května 2011, sp. zn. 7 Afs 4/2011.

⁹¹ K tomu například ŠKOPEK, J. Institut zneužití práva v ČR a EU. *Právní rozhledy*, 2017, č. 7.

⁹² KAMÍNKOVÁ, P. *Zneužití práva jako hranice daňového plánování*. Vydání I. Praha: Ivana Hexnerová - BOVA POLYGON, 2018. str. 88 an.

V této souvislosti je ale nezbytné rozlišovat výklad neboli interpretaci, která je sice základním východiskem nalézání práva, a dotváření práva. Vedle výkladu, který je považován za nalézání práva *secundum legem*, tj. v rámci možného jazykového významu i s tím, že může být sémanticky nejasný, Melzer do nalézání práva řadí také dotváření práva, tj. nalézání bez jazykové opory. V rámci dotváření práva je dále třeba rozlišit mezi nalézáním *praeter verba legis*, tj. mimo rozsah pojmu prostřednictvím teleologické extenze neboli analogie, a *contra verba legis*, tj. v jádru pojmu ale bez jazykové opory, resp. v jejím rozporu, prostřednictvím teleologické redukce. Vzhledem k tomu, že daňové právo náleží do práva veřejného, a s ohledem na požadavek legality obsažený v čl. 11 odst. 5 Listiny, je zde dotváření práva, ať už analogií nebo teleologickou redukcí obecně nepřípustné.⁹³

Výše uvedená Melzerova argumentace se postupně přetavila do konstantní judikatury rozšířeného senátu NSS, který uvedl, že „*Možnost výkladu contra legem tj. v rozporu s výslovným zněním právního předpisu (aniž by takový závěr byl textem vykládaných ustanovení, byť i chápáným do jisté míry volněji, umožněn), připadá v úvahu pouze výjimečně, např. v případě nutnosti zaplnění mezery v právu nebo naopak teleologické redukce...*“⁹⁴ a současně odkázal na své dřívější usnesení k dotváření práva v případě mezer v zákoně s tím, že postup v neprospěch daňového subjektu není přípustný.⁹⁵ S ohledem na tuto judikaturu lze rozumně předpokládat, že možnost dotváření práva v daňové oblasti je v neprospěch daňového subjektu vyloučeno. Obdobně se k dotváření práva staví také Wintř, který zákaz dotváření práva proti doslovnému znění zákona, tam kde je to ústavně vyloučeno, považuje za jedno ze základních pravidel přednosti řešící rozpory mezi výkladovými metodami. V této souvislosti poukazuje na ústavní principy enumerativnosti veřejnoprávních pretenzí a legální licence v čl. 2 odst. 3 a 4 Ústavy, ukládání veřejných subjektivních povinností toliko na základě zákona v čl. 4 odst. 1 Listiny a specificky v případě

⁹³ Viz MELZER, F. *Metodologie nalézání práva: úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011. str. 210 až 237. V této souvislosti Melzer poukazuje na skutečnost, že jazykový výklad vymezuje plochu pro aplikaci nalézání práva, tj. jádro pojmu, jeho neurčitou část a oblast mimo rozsah pojmu. V této souvislosti odkazuje také na tezi Ústavního soudu v nálezu ze dne 17. prosince 1997, sp. zn. Pl. ÚS 33/97, že „*Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikované právní normě. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu (k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad e ratione legis atd.)*.“

⁹⁴ Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 29. srpna 2017, č. j. 5 As 154/2016–64.

⁹⁵ Bod 40 Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 10. května 2016, č. j. 8 As 79/2014-108.

daní v čl. 11 odst. 5 Listiny. Současně v případě finančního práva připouští dotváření práva pouze ve velmi úzkých výjimkách, a to v situacích kdy je možné se aspoň částečně opřít o jiná ustanovení zákona, a v kombinaci s příznivými systematickými argumenty.⁹⁶ Současně není ale zřejmé, zda je možné v situaci, kdy se lze opřít o ustanovení zákona, vůbec hovořit o dotváření práva jako takovém. Wintr k výše uvedenému argumentu totiž dochází v souvislosti s rozsudkem NSS ve věci *Bezpečnostních pásů*, kdy došlo k interpretaci specifického ustanovení zákona, které možná ani nebylo příliš sémanticky nejasné, prostřednictvím teleologického výkladu, se kterým byl souladný i systematický výklad.⁹⁷ Lze tedy argumentovat, že šlo o pouze o nalézání práva *secundum legem* v rámci běžného výkladu a nikoli o teleologickou extenzi obdobně jako v případě *Ježek Software*. Z tohoto důvodu lze tedy rozumně předpokládat, že dotváření práva v neprospěch zůstává i nadále v daňovém právu zapovězeno.

Ve světle výše uvedeného je nicméně zcela evidentní, že ani absence možnosti dotváření daňového práva v neprospěch neznámá, že by daňové právo bylo uzavřeno teleologickým argumentům i v neprospěch daňového subjektu. V rozhodnutích ve věcech *Ježek Software* a *Bezpečnostních pásů* se NSS v rámci neurčité části pojmů přiklonil k teleologickému výkladu, je ale zcela zásadní doplnit že v obou těchto situacích působil souladně také výklad systematický. Naopak v rozhodnutí ve věci *Bankomaty* byly výklady teleologický a systematický v rozporu a soud tak musel sáhnout k již citované tezi, že v případě „*vícero rovnocenně přesvědčivých výkladů, je nutno použít takový z nich, který je vůči daňovému subjektu mírnější...*“ Tato teze v zásadě vyjadřuje, že výklad daňového práva, resp. jeho normy, se v neurčité části právního pojmu řídí zásadou *in dubio mitius*, která vyjadřuje, že v případě pochybností je upřednostněn výklad ve prospěch daňového subjektu, a je součástí konstantní judikatury jak NSS, tak Ústavního soudu, který ji aplikoval již dříve.⁹⁸ Dle Melzera nejde v této souvislosti o pochybnosti plynoucí z primárního jazykového výkladu, ale o řešení dvou protichůdných ale jinak rovnoměrných výkladových (teleologicky objektivních a formálně systematických) výsledků. Legitimačním důvodem této zásady je dle Melzera ochrana právní jistoty. Pokud totiž adresát

⁹⁶ WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013. str. 205 a 208.

⁹⁷ Rozhodnutí NSS dne 18. července 2007, č. j. 1 As 24/2006.

⁹⁸ Nález Ústavního soudu ze dne 15. prosince 2003, sp. zn. IV. ÚS 666/02.

totiž normu vykládá metodologicky korektně v mezích objektivně recentního výkladového cíle, může legitimně očekávat, že jedná v souladu s právem. S ohledem na požadavek, aby zákonodárce formuloval právní předpisy srozumitelně a přesně by byl v této souvislosti výklad v neprospěch daňového subjektu v rozporu s principy právního státu.⁹⁹

Na základě výše uvedeného je tak nutné odmítnout úvahy o tom, že v oblasti daňového práva by bylo možné jednání z důvodu rozporu se smyslem a účelem zákona odmítnout *per se*, případně že subjektivní kritérium testu zákazu zneužití daňového práva může být považováno za nadbytečné.¹⁰⁰ K odmítnutí jednání, které je v rozporu se smyslem a účelem daných ustanovení samozřejmě dojít může, ale pouze v souladu s metodologicky správným postupem.

V této situaci je nezbytné rozlišit několik alternativ v závislosti na to, zda o výkladu existují pochybnosti. Pokud budou všechny základní výkladové metody, tj. jazyková, systematická i teleologická, shodně směřovat k jednomu výkladovému výsledku, jednání v rozporu s ním je jasně protiprávní. V případě, že je ustanovení sémanticky nejasné a pohybujeme se v neurčité části právního pojmu, mohou být teleologický a systematický výklad v souladu či rozporu. Pokud obdobně jako u rozhodnutí *Ježek Software a Bezpečnostní pásy* teleologický a systematický výklad souladně směřují k jednomu výsledku, je jednání v rozporu s ním také protiprávní, a to i přes to, že jazykový výklad nebyl zcela jasný. Složitější je situace, kdy v případě sémantické nejasnosti teleologický a systematický výklad umožňují dva protichůdné a rovnocenné výkladové výsledky. V takové situaci bude nutné dát stejně jako u případu *Bankomatů* v souladu s *in dubio mitius* přednost systematickému výkladu, i když daný výsledek nebude v souladu se smyslem a účelem normy.

Věcná působnost zásady zákazu zneužití daňového práva a její povaha

⁹⁹ MELZER, 2011, op. cit., str. 205 – 207.

¹⁰⁰ V tomto smyslu viz KAMÍNKOVÁ, 2018, op. cit., str. 71 – 73.

Z výše uvedeného lze dovodit relativně omezený rozsah ve kterém může v daňovém právu převážít teleologická interpretace v neprospěch poplatníka, tj. pouze v souhrě se systematickými argumenty, ať už jde o sémanticky jednoznačné nebo naopak nejasné ustanovení. Možnost aplikace zneužití práva jako prostředku *ultima ratio* tak připadá v úvahu tam kde převáží v rámci systematické argumenty nad teleologickými. Ostatní případy v rámci neurčité oblasti právního pojmu lze uspokojivě vyřešit výkladem jako příhodnějším a mírnějším prostředkem. V případech, které spadají do jádra pojmu, kterému nicméně neodpovídá doslovné znění, které je přitom sémanticky jasné, lze v daňovém právu v neprospěch daňového subjektu aplikovat právě zásadu zákazu zneužití daňového práva, protože dotváření práva *contra legem*, respektive jeho standardní instrument, tj. teleologická redukce, je v této situaci zapovězen, a to právě z důvodu konfliktu s výše uvedenými ústavními garancemi.

V této souvislosti je ale nezbytné si položit otázku v čem a zda vůbec se zásada zákazu zneužití práva liší od teleologické redukce, když je na rozdíl od ní za jinak shodných okolností přípustná. Matějec má s odkazem na Tichého a kol. za to, že aplikací zásady zákazu zneužití práva dochází k omezení negativních účinků jazykového výkladu a věcného rozsahu ustanovení ve prospěch jeho účelu, jde tak zřejmě o teleologickou redukci.¹⁰¹ Lze souhlasit s Kamínkovou, že zákaz zneužití práva se teleologické redukci podobá v tom, že působí v situacích, které spadají do hypotézy normy, ale z hlediska jejího účelu by měly být vyloučeny,¹⁰² což v zásadě odpovídá pojetí teleologické redukce Bydlinského.¹⁰³ Obdobně také Kohajda připouští, že prostřednictvím argumentace zneužitím lze právo dotvářet, byť rozsah tohoto dotváření musí být striktně limitován.¹⁰⁴ Na druhou stranu Rozehnal v minulosti předložil relativně zajímavou argumentaci, že zásadu zákazu zneužití daňového práva je nezbytné vtáhnout do ustálené interpretace daňového práva tím, že za nejasnost textu zákona budeme považovat i situaci, která je s touto zásadou v rozporu.¹⁰⁵ S ohledem na to, že zásada zákazu

¹⁰¹ MATĚJEC, M. *Zneužití práva Evropské unie*. 2021, dizertační práce, Karlova univerzita, Právnická fakulta, s. 11.

¹⁰² KAMÍNKOVÁ, 2018, op. cit., str. 86.

¹⁰³ Ke komparaci pojetí tohoto instrumentu stručně viz HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011. s. 230.

¹⁰⁴ A to pokud vzniknou i jen mírné důvodné pochybnosti nabourávající závěr o tom, že jde o elementárně zřejmou snahu daňového subjektu evidentně překroutit smysl a cíl daného ustanovení, viz KOHAJDA, M. *Daně a zákaz zneužití práva*. *daucEXP*, 2017, č. 6.

¹⁰⁵ ROZEHNAL, T. Kam směřuje institut zneužití práva? *Daně a právo v praxi*, 2016, č. 9.

zneužití daňového práva může být na základě výše uvedeného aplikována i v případech, které by jinak byly předmětem teleologické redukce, lze mít ale dle autora racionálně za to, že jde o relativně samostatnou zásadu, která by neměla být považována za součást výkladu.

Kromě toho, že oba instrumenty, tj. zákaz zneužití daňového práva i teleologická redukce, jsou založeny na prolomení doslovného znění příslušného ustanovení na základě teleologického argumentu, který je v případě zneužití obsažen v objektivním kritériu, se ale zásada zákazu zneužití daňového práva od teleologické redukce evidentně v řadě aspektů odlišuje. Na rozdíl od teleologické redukce totiž zásada zákazu zneužití daňového práva umožňuje vypořádat se s konkurenčním výkladovým výsledkem založeným na systematických argumentech. S ohledem na výše uvedené se tak lze domnívat, že ústavně garantované zásady právní jistoty a zákonnosti ukládání daní nelze prolomit pouze na základě teleologického, tj. objektivního, kritéria,¹⁰⁶ ale musí k němu přistoupit současně také kritérium subjektivní. Tak tomu konečně bylo i v případě *Bankomatů*, kdy v rámci výkladu musela teleologická interpretace v souladu s *in dubio mitius* ustoupit systematické, ale následně byl přesto posuzován zákaz zneužití daňového práva. Aplikace tohoto institutu přitom nebyla možná pouze proto, že soud zjistil absenci subjektivního kritéria, když identifikoval více hlavních účelů transakcí: „nebyly zjištěny skutečnosti svědčící o tom, že by hlavní účel transakcí byl toliko získání daňového zvýhodnění, nebylo možné případ posoudit jako zneužití práva.“ Z tohoto pohledu lze mít úvahy o nadbytečnosti subjektivního kritéria za neopodstatněné. Subjektivní kritérium je pro možnost upřednostnění teleologického argumentu, který jinak nemá v daňovém právu privilegované postavení zcela zásadní. Současně aplikaci zásady zákazu zneužití daňového práva nelze redukovat pouze na subjektivní kritérium, které často spočívá po subjektivním morálním úsudku soudce, a přitom rezignovat na objektivní kritérium, což lze v poslední době naštěstí pozorovat v aplikační praxi finanční správy a žel i správních soudů.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Současně je ale nezbytné analyzovat také předmět zneužití práva, tj. zda jde o zneužití ustanovení k předmětu daně nebo naopak výjimky, v rámci které je možné si v rámci objektivního kritéria vypomoci restriktivní interpretací. V tomto ohledu totiž bude teleologická nebo deontologická interpretace tím přiléhavější čím výjimečnější bude regulovaná situace. K tomu viz LIŠKA, M. Limity zneužití práva a svévole v rámci dobré finanční správy. *Daně a finance*, 2015, č. 1.

¹⁰⁷ V tomto smyslu např. KAMÍNKOVÁ, 2018, op. cit., str. 90 až 92.

Na základě výše uvedeného lze tedy shrnout, že byt' je zásada zákazu zneužití daňového práva založena na teleologické perspektivě, nelze ji ztotožňovat s teleologickým výkladem nebo dotvářením práva teleologickou redukcí. Ani jeden z těchto postupů totiž na rozdíl zákazu zneužití práva sám o sobě nemůže být aplikován v neprospěch daňového subjektu z důvodu existence zásad právní jistoty a zákonnosti ukládání daní. Tyto zásady současně omezují také zásadu zákazu zneužití daňového práva, která může být aplikována pouze za kumulativního naplnění objektivního a subjektivního kritéria, s těmito zásadami, zejména s právní jistotou, by měla být vždy poměřována a aplikována nanejvýš restriktivně a jako *ultima ratio*.

1.1.4 Praktická aplikace a účinnost zákazu zneužití daňového práva

Na dřívější rozhodnutí NSS vymezující zásadu zákazu zneužití daňového práva a její limity navázala také aplikační praxe a v průběhu času se tak opět objevila další rozhodnutí řešící poskytování darů občanským sdružením, kdy bylo zneužití daňového práva v některých případech konstatováno¹⁰⁸ a jindy naopak vyvráceno.¹⁰⁹ Nicméně zásada zákazu zneužití daňového práva byla aplikována i v oblasti účelového zakládání nových společností při hrozícím překročení obratu, který by založil povinnost registrace k DPH¹¹⁰ a přinejmenším *obiter dictum* i v řadě dalších hmotněprávních rozsudků.¹¹¹ Obdobně se správce daně pokoušel aplikovat zásadu zákazu zneužití daňového práva i na možná relativně agresivní procesní přístup zástupce daňových subjektů, a to s částečnými neúspěchy,¹¹² ale i úspěšně v případě zcela účelového a opakovaného odročování jednání u správního soudu.¹¹³ Současně se správní soudy přidržely i svých předcházejících závěrů o pokud možno restriktivní aplikaci zásady zákazu zneužití daňového práva jako prostředku *ultima ratio*, s tím, že by s ní mělo být zacházeno

¹⁰⁸ Například rozhodnutí NSS ze dne 2. února 2012, č. j. 5 Afs 58/2011-85.

¹⁰⁹ Rozhodnutí NSS ze dne 12. června 2020, č. j. 5 Afs 114/2019 - 28.

¹¹⁰ Rozhodnutí NSS ze dne 12. prosince 2012, č. j. 5 Afs 75/2011-57.

¹¹¹ K tomu například MORÁVEK, Z. Zneužití práva. *Účetnictví v praxi*, 2015, č. 7.

¹¹² Například rozhodnutí NSS ze dne 4. května 2011, č. j. 7 Afs 4/2011-72.

¹¹³ Rozhodnutí NSS ze dne 13. března 2013, č. j. 1 Afs 88/2012-57, kterému se detailněji věnuje například BURDA, Z. Zneužití práva v procesní oblasti. *Daně a právo v praxi*, 2016, č. 5.

jako se šafránem.¹¹⁴ S ohledem na relativně velké množství judikatury, která se zákazem zneužití daňového práva alespoň okrajově zabývá, není v možnostech rozsahu této práce detailně analyzovat každé rozhodnutí nebo jejich série. Z tohoto důvodu jsou pro účely zkoumání aplikace této zásady před implementací ATAD dále stručně analyzována pouze klíčová rozhodnutí, která jsou relevantní pro oblast daně z příjmů právnických osob a současně aplikaci této zásady v určitém směru posunula.

Účinnost zákazu zneužití daňového práva ve vztahu k jiným institutům

V návaznosti na výše uvedené lze zásadu zákazu zneužití práva považovat za instrument se značně obecným věcným rozsahem, který lze za splnění jeho kritérií teoreticky aplikovat na relativně velké množství situací. Z této perspektivy není překvapivé, že frekvence využívání tohoto institutu dramaticky vzrostla. Hrachovinová a Urbášek tuto skutečnost demonstrijí na základě jednoduché metodiky porovnávající na stránkách NSS počet případů s výskytem pojmu „*zneužití*“ v různých obdobích a docházejí k tomu, že před rokem 2004 se žádný takový případ nevyskytl, v období let 2004 až 2010 takových případů bylo 42 a v období let 2011 až 2017 téměř 200.¹¹⁵ Na základě drobného zpřesnění parametrů této metodiky, zejména výběru pouze NSS jako soudu, řetězce „*zneužití práva*“ a oblasti daně¹¹⁶ lze závěr o významném nárůstu aplikace zásady zákazu zneužití daňového práva potvrdit, když do roku 2004 nebyl identifikován žádný rozsudek, v období let 2004 až 2010 bylo identifikováno 39 rozsudků, a v období 2011 až 2017 bylo rozsudků 139. V aktuálním období od roku 2018 do 2021 bylo identifikováno 77 rozsudků, lze tedy mít za to, že nárůst případů se ustaluje.

¹¹⁴ K tomu rozhodnutí NSS ze dne 10. listopadu 2015, sp. zn. 1 Afs 61/2015, v typickém případě podvodu na DPH, ve kterých se argumentace zneužitím práva dříve objevovala.

¹¹⁵ HRACHOVINOVÁ, G., URBÁŠEK, T. Czech Republic. In: ROSENBLATT, P., TRON, M. E. *International Fiscal Association Congress. Anti-avoidance measures of general nature and scope GAAR and other rules*. Hague: Sdu Uitgevers, 2018.

¹¹⁶ Důvodem zpřesnění je zejména skutečnost, že na stránkách NSS nejsou zveřejněna všechna rozhodnutí krajských soudů, ale pouze ta, která jsou na NSS ke zveřejnění zaslána, a volba řetězce a oblasti eliminuje rozsudky na nesouvisející témata, ve kterých by se pojem „*zneužití*“ mohl vyskytovat nahodile. Současně bylo ponecháno rozčlenění zkoumaných období, a to zejména s ohledem na skutečnost, že přibližně do roku 2010 se výklad pravidel teprve ustaloval, a na účinnost daňového řádu od 1. ledna 2011.

Lze rozumně předpokládat, že frekvence aplikace zásady zákazu zneužití daňového práva je způsobena jejím relativně širokým věcným rozsahem, neboť tento instrument lze za splnění jeho kritérií teoreticky aplikovat na množství situací neomezeně bez návaznosti na konkrétní hmotněprávní úpravu, konkrétní daň nebo osobu poplatníka. Pokud je jeho věcný rozsah přitom omezen skutečností, že jde o prostředek *ultima ratio*, který by měl být aplikován restriktivně, je nezbytné zkoumat, kterým mírnějším instrumentům by měl případně ustoupit.

V tomto ohledu je poněkud problematické, že finanční správa a také správní soudy zejména z počátku přistupovaly k obecným pravidlům proti vyhýbání se daňovým povinnostem vcelku nedůsledně. V rozsudcích se tak objevují situace, kdy se finanční správa namísto nebo naopak *promiscue* se zásadou zákazu zneužití daňového práva pokoušela aplikovat instituty obcházení zákona (*in fraudem legis*) nebo dissimulace, těmto institutům bude věnována pozornost dále.

Z tohoto důvodu se tak vztahem dissimulace a zneužití práva zabýval NSS ve věci *Prvního soukromého jazykového gymnázia*. V tomto případě poskytovali rodiče studentů dary nadačnímu fondu gymnázia, které dle správce daně zastíraly skutečný stav, tj. platbu školného, a současně mělo jít o zneužití ustanovení umožňujícího si od základu daně odečíst dary na vzdělávací účely. NSS explicitně uvedl, že názor správce daně je nesprávný a zcela nepřijatelně směřuje zákaz zneužití práva a dissimulaci, tj. zastírání ve skutečnosti chtěného jednání simulovaným a nechtěným jednáním, které proto trpí neshodou vůle a jejího projevu. NSS v tomto případě odkázal na svoji konstantní judikaturu, zejména ve věci *Potápěčů*, která rozlišuje mezi zneužitím práva a zastíráním. Finanční správa si přitom nemůže svévolně vybírat, který z obou institutů použije, neboť výjimečná aplikace zneužití práva přichází v úvahu jen tehdy, pokud není aplikovatelné některé konkrétní zákonné ustanovení, např. dissimulace. Současně dissimulace nedopadá na případy, kdy jsou vůle a její projev ve shodě a účastníci tak mají skutečný zájem právně jednat deklarovaným způsobem, ale činí tak z důvodu obcházení zákona, jak explicitně uvádí soud, nebo jak je vhodné doplnit, z důvodu zneužití práva. V tomto případě NSS na základě komplexního přezkoumání zjištěného

skutkového stavu uzavřel, že dary nadaci zastírají skutečně chtěné právní jednání, tj. placení školného a jde tedy o dissimulaci.¹¹⁷

S odkazem na rozhodnutí ve věci *Prvního soukromého jazykového gymnázia* přistoupil NSS také k sérii případů zabývajících se švarcsystémem, kde pro účely tohoto výzkumu relevantním způsobem odlišil od dissimulace v případě shody vůle a jejího projevu nejen zákonné jednání a zneužití práva, ale také obcházení zákona,¹¹⁸ který byl v judikatuře NSS od dissimulace odlišován opakovaně.¹¹⁹ Za významným aspekt judikatury k švarcsystému tak lze zřejmě považovat byť implicitní vymezení obcházení zákona vůči zneužití práva, byť jde o instituty do jisté míry podobné, viz níže.

V některých případech tak lze mít rozumně za to, že místo zneužití práva mohl být použit právě institut obcházení zákona. Například rozsudek *Kasia Vera* spočíval ve skutkově relativně jednoduché situaci, kdy tato společnost uplatňovala náklady z titulu plnění poskytnutému jejími společníky a v této souvislosti tedy evidovala nezaplacené závazky, které byly po splatnosti více než 36 měsíců a dle tehdejšího znění ZDP měly být dodaněny. Před uplynutím 36 měsíců se tato společnost nicméně dohodla se svými společníky na prodloužení splatnosti o více než 10 let, tím pádem by dle textu zákona dodanění dočasně unikla. Současně je třeba doplnit, že společníci pravděpodobně vedli jednoduché účetnictví, a proto by související výnosy danili až v okamžiku jejich přijetí. Nastíněná situace by tedy zřejmě nebyla daňově neutrální, v souladu se zákonem by si společnost uplatnila daňový náklad, vyhnula se dodanění závazku po splatnosti více než 36 měsíců a související výnos by nebyl u společníků dočasně zdaněn. V těchto skutkových okolnostech NSS spatřoval zneužití práva, nicméně případ vrátil k dalšímu dokazování.¹²⁰ V případě rozsudku *Kasia Vera* lze pozorovat hned několik problematických aspektů. Zejména nebylo totiž správcem daně postaveno na jisto, zda šlo o zneužití práva nebo tzv. obcházení zákona. Krajský soud nicméně případ řešil jako zneužití práva a NSS v tomto směru případ také hodnotil. Tento přístup ale zřejmě neodpovídá skutkovému stavu případu, kdy se společnost pokoušela vyhnout ustanovení o dodanění závazků

¹¹⁷ Rozhodnutí NSS ze dne 13. května 2010, sp. zn. 1 Afs 11/2010 ve věci *Prvního soukromého jazykového gymnázia*.

¹¹⁸ Např. rozhodnutí NSS ze dne 15. srpna 2012, sp. zn. 1 Afs 33/2012.

¹¹⁹ Např. rozhodnutí NSS ze dne 28. května 2010, sp. zn. 8 Afs 64/2009.

¹²⁰ Rozhodnutí NSS ze dne 30. listopadu 2016, sp. zn. 4 Afs 137/2016 ve věci *Kasia Vera*.

po splatnosti, tj. zřejmě šlo spíše o jednání *in fraudem legis* než o *abusus iuris* konkrétního ustanovení. Současně je třeba poukázat na to, že se NSS zabýval v zásadě výhradně subjektivním kritériem testu zneužití práva a v rozsudku v zásadě vůbec nepojednává o objektivním kritériu, tj. smyslu a účelu zneužívaného ustanovení.

Obdobně je ale třeba přistupovat při aplikaci zásady zákazu zneužití daňového práva nejen k obecným, ale také ke specifickým pravidlům proti vyhýbání se daňovým povinnostem. V případech *CTP*, ve kterých se řešila daňová uznatelnost úrokových nákladů na financování vzniklého v rámci vnitroskupinové restrukturalizace, daňový subjekt argumentoval mj. tím, že byly naplněny podmínky pravidla nízké kapitalizace. NSS nicméně tuto argumentaci ve vztahu k následné aplikaci zneužití práva neakceptoval, když uvedl, že zkoumání těchto pravidel je posuzováno ve vztahu k ekonomicky odůvodněnému financování ve skupině. Dle NSS v tomto případě zřejmě o takové odůvodněné financování nešlo, spíše se jednalo o umělé transakce. S touto argumentací se přitom nelze bez výhrad ztotožnit. S ohledem na povahu zákazu zneužití daňového práva jako prostředku *ultima ratio* je naopak nezbytné postavit na jisto, zda lze na případně nelegitimní jednání daňového subjektu aplikovat mírnější prostředek. Lze tak mít za to, že pravidlo nízké kapitalizace bylo v této situaci relevantní a mělo být aplikováno, a to bez ohledu na výsledek, s tím, že teprve následně bylo možné přikročit k aplikaci instrumentu, který do právní jistoty a případně dalších právních zásad zasahuje intenzivněji, tj. aplikovat zásadu zákazu zneužití daňového práva. V případě *CTP* přitom lze na základě zjištěného skutkového stavu asi vcelku rozumně předpokládat, že celá vnitroskupinová restrukturalizace byla motivována převážně získáním daňové výhody, resp. snížením základu daně v České republice a subjektivní kritérium testu zneužití práva je zřejmě naplněno. Současně lze ale v tomto rozhodnutí vidět relativně slabé posouzení objektivního kritéria, u kterého daňový subjekt namítal, že účelem ustanovení o uznatelnosti nákladů, tedy i úroků, je zdanění disponibilního příjmu na netto základě, což se v tomto případě stalo. NSS naopak uzavřel, že smyslem zneužitého ustanovení § 24 ZDP „*je nepochybně daňově zohlednit jen takové náklady, bez jejichž vynaložení by daňový poplatník vůbec nezískal či ani neměl možnost získat, případně udržet si zdanitelné příjmy.*“ Byť NSS sice nepochybňuje model financování mezi spojenými osobami formou úvěru, a dokonce ani využití souvisejícího daňového štítu,

v případě *CTP* neshledal v transakcích, které zadlužení způsobily žádný ekonomicky racionální cíl. Současně rozhodnutí ve věci *CTP* staví na jisto, že unijní judikatura k zákazu zneužití práva je pro vnitrostátní otázky toliko inspirativní než závazná.¹²¹

Na základě výše uvedeného tak lze konstatovat, že zásada zákazu zneužití daňového práva je v průběhu času stále frekventovaněji aplikována, její zaměření je i s ohledem na to, že jde o GAAR široké, a pokud je naplněno subjektivní i objektivní kritérium, tak je přinejmenším teoreticky účinným nástrojem proti vyhýbání se daňovým povinnostem. V této souvislosti je nezbytné doplnit, že v praxi bude efektivita tohoto instrumentu ovlivněna zejména schopností finanční správy naplnění těchto kritérií prokázat, je to totiž správce daně, kdo ve vztahu ke zneužití práva nese důkazní břemeno. Účinnost tohoto instrumentu je přitom také omezena zejména zásadou právní jistoty a souvisejícím požadavkem, aby byla aplikována až jako poslední možnost. Z tohoto důvodu je proto nezbytné dát přednost mírnějším GAARs nebo SAARs, kterou jsou přitom dostatečně účinná nebo příhodnější.

Několik poznámek ke kritériím a důsledkům zásady zákazu zneužití práva

I v návaznosti na výše uvedené případy lze mít za to, že ani po více než 15 letech od uvedení zásady zákazu zneužití do českého daňového práva není zcela zřejmý obsah jednotlivých kritérií a důsledků aplikace této zásady. Z tohoto důvodu je i v rozhodnutích z poslední doby možné identifikovat některé problematické aspekty konstrukce tohoto pravidla.

V této souvislosti je třeba připomenout, že ke konstatování zneužití daňového práva je nezbytné naplnit subjektivní i objektivní kritérium kumulativně. V případě absence objektivního kritéria je sice jednání daňového subjektu daňově motivované, ale legitimní, tj. v souladu se smyslem a účelem daných ustanovení. V případě absence subjektivního kritéria jde o ne-daňové jednání, jehož rozpor se smyslem a účelem příslušných ustanovení může být odstraněn standardními metodami výkladem pro daňové právo, tj. včetně *in dubio mitius*.

¹²¹ Např. rozhodnutí NSS ze dne 29. října 2015, sp. zn. 9 Afs 58/2015 ve věci *CTP*.

V rámci subjektivního kritéria přitom správce daně musí prokázat, že hlavním cílem jednání daňového poplatníka je získat daňovou výhodu na základě analýzy objektivních okolností daného případu. K tomu jsou zejména využívány znaky ekonomické racionality a substance daného jednání. Z tohoto důvodu se u případů zákazu zneužití práva velká část důkazních prostředků zpravidla vztahuje právě k subjektivnímu kritériu, když správce daně vykládá jednotlivé okolnosti případu, aby své závěry o zneužití práva podpořil. V důsledku je ale zkoumání hlavního účelu jednání daňového subjektu závislé na subjektivním hodnotovém založení toho kterého soudce, a to zejména ve světle souhrnu skutkových okolností daného případu, v praxi nazývaného „*podvozek*.“ Nejen Kamínková povahu subjektivního kritéria jako tzv. číhového testu a jeho další složky zcela oprávněně kritizuje.¹²²

V případě objektivního kritéria je argumentace správce daně a správních soudů zpravidla výrazně stručnější. S ohledem na to, že teleologický výklad je v oblasti daňového práva zpravidla relativně komplexním úkolem, lze předpokládat, že argumentace k objektivnímu kritériu bývá strohá zejména proto, že správce daně nebo soud má problém identifikovat a přesvědčivě odargumentovat smysl a účel daného ustanovení. Problematické aspekty teleologického výkladu lze přitom nalézt u řady klíčových rozhodnutí, jak bylo ostatně výše demonstrováno v případě *Potápěčů* nebo *CTP*.

Podobně lze vnímat také závěry k objektivnímu kritériu v případě *ZexeZ*, který spočíval v úplatném převodu akcií v tomto daňovém subjektu původními vlastníky, kteří byli fyzickými osobami, po časovém testu další společnosti. Tato společnost následně rozhodla o vyplacení dividend, které byly na základě ustanovení § 19 odst. 1 písm. ze) bod 1 zákona o daních z příjmů osvobozeny od srážkové daně, a ze kterých byla následně splacena kupní cena. Ve shodě se správcem daně NSS shledal v tomto uspořádání zneužití právě ustanovení § 19 odst. 1 písm. ze) bod 1. V souvislosti s objektivním kritériem NSS k tomuto ustanovení uvedl, že „*Základní účel této úpravy na úrovni unijního práva je přitom zcela zřejmý; je jím zabránění přeshraničního dvojího zdanění zisků, tj. osvobození převodu zisků mezi propojenými společnostmi a jejich zdanění až u konečného příjemce (a tento účel samozřejmě dopadá i na čistě vnitrostátní vztahy). Tímto*

¹²² KAMÍNKOVÁ, 2018, op. cit., str. 90.

osvobozením však nebylo zamýšleno, aby výplata podílu na zisku konečnému příjemci vůbec nepodléhala zdanění.¹²³ Právě argumentaci ke zdanění až u konečného příjemce je přitom nezbytné považovat za nepodloženou. PSD se totiž tomu, jak jsou podíly na zisku zdaněny mateřskou společností nevěnuje, tato otázka totiž spadá do kompetence členských států a nesouvisí s účelem osvobození, tj. zabránění zdanění u dceřiné společnosti (srážkovou daní), která efektivně zatěžuje mateřskou společnost. Důvodem, proč se soudy museli zřejmě relativně uměle vypořádávat se smyslem a účelem osvobození podílů na zisku mezi dceřinými a mateřskými společnostmi je skutečnost, že správce daně zřejmě nestihl doměřit v prekluzivní lhůtě daň u osvobozeného převodu akcií fyzickými osobami. Zřejmě spíše pod tlakem této skutečnosti a skutkových okolností, než na základě teleologického výkladu, tak NSS musel uzavřít, že ke zneužití práva došlo jak osvobozeným prodejem akcií, tak osvobozenou výplatou podílu na zisku.

Praktická aplikace subjektivního a objektivního kritéria v aktuálních případech

V souvislosti s posuzováním subjektivního a objektivního kritéria jsou problematické také aktuální případy řešené před správními soudy, specificky před NSS. V současnosti jde zejména o kauzu *K-T-V Domeana*,¹²⁴ ve které šlo o zneužití související se smluvní pokutou a případy tzv. korunových dluhopisů.

V prvním zmíněném případě šlo dle finanční správy i NSS o účelové převzetí závazků a uzavření dohody o odkladu jejich splatnosti, jejíž součástí bylo i ujednání o materiální smluvní pokutě, kterou měla společnost *K-T-V Domeana* uhradit, pokud závazky v relativně krátké době nesplátí, což se také stalo. K posuzování tohoto případu přistoupil desátý senát na základě komplexní analýzy předcházející vnitrostátní i unijní judikatury a pokusil se vymezit jak metodologicky přistupovat k posuzování zneužití daňového práva. V této souvislosti se také zabýval intertemporálními důsledky kodifikace zásady zákazu zneužití daňového práva, kde správně uzavřel, že ustanovení § 8 odst. 4 daňového řádu se vzhledem ke svému hmotně-právnímu základu použije až na právní jednání po 1. dubnu 2019. Na jednání uskutečněná

¹²³ Rozhodnutí NSS ze dne 14. listopadu 2019, sp. zn. 6 Afs 376/2018 ve věci *ZexxZ*.

¹²⁴ Rozhodnutí NSS ze dne 26. dubna 2022, sp. zn. 10 Afs 289/2021 - 42 ve věci *K-T-V Domeana*.

před tímto datem se tak použije zákaz zneužití daňového práva jako nepsaná právní zásada, která je ale materiálně shodná.

Vzhledem k tomu, že v případě *K-T-V Domeana* se transakce odehrávaly ve skupině spojených osob a postup této společnosti dle soudu neměl žádné racionální vysvětlení kromě snížení daňové povinnosti, NSS uzavřel, že došlo k naplnění podmínek subjektivního kritéria. Následně se NSS zabýval naplněním objektivního kritéria, tj. zda byla ustanovení § 24 odst. 1, resp. § 24 odst. 2 písm. z) zákona o daních z příjmů, která umožňují snížit základ daně o zaplacenou smluvní pokutu, aplikována v tomto případě v rozporu s jejich smyslem a účelem. V tomto ohledu si desátý senát sice evidentně byl vědom problémů, které způsobuje posuzování smyslu a účelu § 24 zákona o daních z příjmů ve spojení s uznáváním pouze skutečných nákladů, následně se ale při posuzování objektivního kritéria k parametru umělosti přesto přiklonil. V tomto ohledu ale vzniká hned několik výkladových problémů, zejména v návaznosti na tento přístup fakticky subjektivní a objektivní kritéria splývají, resp. relevantní zůstává pouze subjektivní kritérium.¹²⁵ Přesně v tomto světle přitom správní soudy v poslední době řeší zneužití, kde jsou příslušnou daňovou výhodou také úroky z prodlení, mj. uznatelné na základě totožného ustanovení § 24 odst. 2 písm. z) zákona o daních z příjmů, jako smluvní pokuta. Lze samozřejmě polemizovat o tom, jaký účel má uznatelnost úroků nebo smluvních pokut, zda jde o projev zdanění na netto principu, resp. platební schopnosti a jaký mají smysl podmínky uznatelnosti.

Zároveň NSS užívá umělost, resp. skutečnost transakcí, v rámci objektivního kritéria na základě § 24 zákona o daních z příjmů v poslední době celkem pravidelně, je ale otázkou, nakolik je tento prvek přenositelný, pokud by daňovým subjektem byla zneužívána jiná ustanovení. Dle autora by to možné zřejmě nebylo, pokud by například bylo posuzováno zneužití osvobození prodeje akcií, neměla by tato umělost do posouzení objektivního kritéria vstu-

¹²⁵ Takto například argumentuje dr. Bobek v bodech 72 an. stanoviska generálního advokáta ze dne 7. září 2017 ve věci C-251/16, jak ostatně poukazuje také desátý senát. V této souvislosti lze zejména souhlasit s jeho závěry, že vnášení umělosti do objektivního kritéria celý test zneužití práva svádí k argumentaci v kruhu, rozvolnění kritérií zneužití zvyšuje pnutí se zásadou legality a právní jistoty a je v rozporu s judikaturou SDEU.

povat. Naopak by mělo být zkoumáno jak ze subjektivně-historického, tak objektivně-recentního pohledu, co je smyslem a účelem tohoto osvobození, např. zda jde o pobídku k podnikání a delším investicím, nebo o něco jiného.

Výše uvedené námitky je přitom možné vznést i v případech zneužívání korunových dluhopisů, tj. emisí korporátních dluhopisů o nominální hodnotě 1 Kč v druhé polovině roku 2012. U těchto dluhopisů byl dle tehdejšího ustanovení § 36 odst. 3 zákona o daních z příjmů pro účely srážkové daně základ daně pro jednotlivé cenné papíry zaokrouhlován na celé koruny dolů.¹²⁶ V důsledku toho byl úrokový příjem z korunového dluhopisu vydaného do konce roku 2012 z důvodu zaokrouhlení efektivně nezdaněn, a to až do konce roku 2019.¹²⁷ Současně byl ale u emitenta související úrokový náklad obecně daňově uznatelný. Korunové dluhové cenné papíry emitoval již v průběhu roku 2011 nejdříve stát, který chtěl motivovat občany k jejich upisování, poté bankovní instituce jako Wüstenrot hypoteční banka a.s. a také obchodní korporace jako ČD Cargo, a.s.¹²⁸ Zejména v druhé polovině roku 2012 došlo z důvodu uvolnění pravidel pro vydávání korporátních dluhopisů¹²⁹ k více než 500 emisí korunových dluhopisů v nominální hodnotě přes 100 mld. Kč.¹³⁰

V průběhu času začala finanční správa emise korunových dluhopisů a jejich daňové důsledky rozporovat a v současnosti se první případy aplikace zásady zákazu zneužití daňového práva dostávají ke správním soudům. Byť se jednotlivé případy zásadně odlišují ve svých skutkových okolnostech od evidentně účelově založené *ready-made* společnosti emitující korunové dluhopisy pro pozdější využití,¹³¹ přes poněkud neprakticky provedenou změnu stávajícího financování krátkodobými zdroji prostřednictvím korunových dluhopisů,¹³² nebo částečně

¹²⁶ A to od 15. července 2011, kdy nabyl účinnosti zákon č. 188/2011 Sb., kterým se mění zákon č. 89/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů.

¹²⁷ Kdy byl režim zaokrouhlování sjednocen i pro cenné papíry vydané před 1. lednem 2013 na základě zákona č. 364/2019 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti daní v souvislosti se zvyšováním příjmů veřejných rozpočtů, v účinném znění.

¹²⁸ K tomu viz <https://www.kurzy.cz/akcie-cz/emise/dluhopisy/korunove-dluhopisy/>

¹²⁹ Zákonem č. 172/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 190/2004 Sb., o dluhopisech, ve znění pozdějších předpisů.

¹³⁰ Viz také MEDEK, J. Konec s nezdaňováním korunových dluhopisů. *Bulletin KDP ČR*, 2020, č. 2.

¹³¹ Rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 9. června 2021, sp. zn. 63 Af 1/2020.

¹³² Rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 12. října 2021, sp. zn. 63 Af 4/2020.

profinancování nových investic do obchodního majetku právě korunovými dluhopisy,¹³³ u všech byla finanční zprávou rozporována daňová uznatelnost souvisejících úrokových nákladů právě na základě zákazu zneužití daňového práva.

Pokud v případech, které se týkaly refinancování, pomineme konkrétní okolnosti vztahující se k subjektivnímu kritériu, je zřejmé, že s objektivní stránkou se soudy vypořádávaly stručným a z pohledu autora relativně nepřesvědčivým způsobem.¹³⁴ Krajský soud v Českých Budějovicích, který tyto případy původně řešil, se toliko odkázal na konstantní judikaturu NSS a Ústavního soudu, dle které je obecným účelem ustanovení § 24 odst. 1 zákona o daních z příjmů, které upravuje obecně daňovou uznatelnost nákladů, podpora rozvoje podnikání. Dále tento soud k objektivnímu kritériu argumentuje, že rozpor se zákonem o daních z příjmů plyne z toho, že předmětem daně jsou příjmy z činností a nakládání s majetkem, které sledují racionální účel s tím, že jednání daňových osob takový racionální účel nemělo.

Samotná struktura zdrojů financování byla dle historického rozhodnutí NSS přitom čistě na úvaze daňového subjektu, který si může zvolit variantu, která je pro něj ekonomicky výhodnější nebo mu prostě více vyhovuje. V této souvislosti finanční správa nemá kompetenci rozhodovat za daňové subjekty jakým způsobem mají své podnikání financovat.¹³⁵ Na tento rozsudek odkázal NSS i v klíčovém rozhodnutí ve věci *OKD*, kterým explicitně aproboval financování výplaty dividendy a dalších složek vlastního kapitálu prostřednictvím úvěru. Nutno podotknout, že k tomuto závěru nedospěl NSS lehkovážně, ale na základě detailní (v zásadě teleologické) analýzy alternativ, které *OKD* k tomuto v zásadě refinancování mohla zvolit. NSS v této souvislosti uzavřel, že není žádný racionální důvod znevýhodňovat subjekty, které se rozhodnou výplatu vlastního kapitálu financovat úvěrem, s tím, že úroky

¹³³ Rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 23. června 2021, sp. zn. 61 Af 6/2020.

¹³⁴ K tomu je třeba podotknout, že citovaná rozhodnutí vydaly dva senáty Krajského soudu v Českých Budějovicích, které jsou obsazeny dvěma stejnými soudci.

¹³⁵ K tomuto závěru NSS dospěl přitom v situaci, kdy podnikatel financoval své ztrátové podnikání úvěry, byť disponoval privátními finančními prostředky, viz rozhodnutí NSS ze dne 7. března 2007, sp. zn. 8 Afs 33/2005.

a další náklady související s úvěrem mají bezprostřední vazbu na očekávané zdanitelné příjmy, jsou tedy daňově uznatelné ve smyslu § 24 odst. 1 zákona o daních z příjmů.¹³⁶

Tato situace je přitom v zásadě obdobná refinancování v případech korunových dluhopisů, ať už původním zdrojem financování byly bezúročné společnické zápůjčky¹³⁷ nebo jiné krátkodobé financování poskytnuté mateřskou společností.¹³⁸ Byť daňové subjekty touto již konstantní judikaturou NSS výslovně v souvislosti s objektivním kritériem argumentovaly, tak se s ní přitom krajský soud v případě korunových dluhopisů vůbec nevypořádal. V této souvislosti lze racionálně argumentovat, že je tomu tak zejména proto, že případy korunových dluhopisů totiž vůbec nespočívají ve zneužití ustanovení § 24 odst. 1 zákona o daních z příjmů ve vztahu k dani z příjmů právnických osob. Daňové subjekty se totiž nějakým způsobem prostě financovat musí a volba konkrétní struktury financování je v zásadě v jejich kompetenci, byť samozřejmě omezená specifickými ustanoveními daňových předpisů. V důsledku tak uznatelnost nákladů na financování nebo jeho změnu může být stěžejní v rozporu s § 24 odst. 1 zákona o daních z příjmů. Ve skutečnosti jde totiž dle názoru autora v těchto případech o ustanovení § 36 odst. 3 zákona o daních z příjmů, které poskytovalo daňovou výhodu díky zaokrouhlování ve vztahu k dani, která měla být sražena držitelům dluhopisů, tj. povětšinou spřízněným fyzickým osobám.¹³⁹

Generální finanční ředitelství se nicméně rozhodlo od počátku zaměřovat pouze na daň z příjmů právnických osob, neboť dle něj zaokrouhlení základu srážkové daně není daňový únik, ale legitimní daňové zvýhodnění dané zákonem, které může změnit pouze moc zákonodárná.¹⁴⁰ Tento přístup finanční správy je do jisté míry logický, protože v opačném případě

¹³⁶ Rozhodnutí NSS ze dne 25. března 2010, sp. zn. 5 Afs 25/2009.

¹³⁷ V případě rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 23. června 2021, sp. zn. 61 Af 6/2020.

¹³⁸ V případě rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 12. října 2021, sp. zn. 63 Af 4/2020.

¹³⁹ V současnosti jsou postupně zveřejňována rozhodnutí NSS, která se zabývají právě zneužitím u srážkové daně, např. věc *K-STAV TŘEBÍČ*, která ale nemá pro rozvoj zásady zákazu zneužití daňového práva praktickou hodnotu, a to zejména z důvodu poněkud nešťastně vedené obhajoby daňového subjektu, viz rozhodnutí NSS ze dne 16. srpna 2022, sp. zn. 7 Afs 49/2022.

¹⁴⁰ K tomu například podklad GFR pro jednání rozpočtového výboru PS PČR, viz https://www.financnisprava.cz/assets/cs/prilohy/f-novinky/GFR_podklad_pro_RV.pdf.

by se naopak musela vypořádat s opakovanými a zcela explicitními vyjádřeními čelních představitelů Ministerstva financí a finanční správy v tom smyslu, že efektivní nezdanění srážkovou daní je zcela legitimní a v souladu se zákonem.¹⁴¹ V této souvislosti lze mít za to, že daňové subjekty se mohly domnívat, že jednají v souladu se smyslem a účelem zákona a využívají legitimního daňového zvýhodnění, ostatně jako i stát, který takto motivoval k úpisu svých dluhopisů. Současně se také zdá, že efektivní nezdanění korunových dluhopisů, resp. jeho prodloužení i pro emise do konce roku 2012 bylo vedeno úmyslem zákonodárce v rámci legislativního procesu, když vládní návrh zákona č. 192/2012 Sb. změnu ustanovení § 36 odst. 3 zákona o daních z příjmů vůbec neobsahoval, ale tato změna byla navržena při projednání v hospodářském výboru. Pozměněný návrh byl následně, včetně účinnosti změny zaokrouhlování až k 1. lednu 2013, schválen společně s již zmíněnou novelou zákona o dluhopisech č. 172/2012 Sb., která zjednodušila emise korporátních dluhopisů. Ze subjektivně-historické perspektivy se tedy navíc zdá, že mohlo jít skutečně o legitimní daňové zvýhodnění, které se až následně na základě změny veřejného mínění stalo problematickým.

Na základě výše uvedeného se tak autor domnívá, že nelze aplikovat objektivní kritérium pouze s odkazem na umělost, a to zejména v případech financování nové činnosti nebo re-financování stávajících zdrojů. Autor má totiž za to, že pokud by na případy korunových dluhopisů měla být zásada zákazu zneužití daňového práva aplikována, tak by se tak s ohledem na objektivní kritérium mělo dít zpravidla u srážkové daně, byť se bude muset správce daně a poté soud vypořádat s výše uvedenými problematickými vyjádřeními, která mohla založit legitimní očekávání daňových subjektů, a přesvědčivě zdůvodnit proč by v konkrétních případech měla zásada právní jistoty ustoupit.

¹⁴¹ Např. vyjádření Ministerstva financí ČR ze dne 30. září 2011, viz <https://www.mfcr.cz/cs/aktualne/tiskove-zpravy/2011/2011-09-30-tiskova-zprava-5185-5185>; Reakce Finanční správy na závažná obvinění, která zazněla v České televizi v pořadu Otázky Václava Moravce dne 5. března 2017, viz <https://www.financnisprava.cz/cs/financni-sprava/media-a-verejnost/nepresnosti-v-mediich/nepresnosti-v-mediich-2017/reakce-na-zavazna-obvineni>; Odpověď generálního ředitele Martina Janečka na dopis předsedy rozpočtového výboru viz https://www.financnisprava.cz/assets/cs/prilohy/fs-pro-media/2017_05_31_Janecek-odpoved-na-usn-597.pdf; Reakce na nepřesnosti týkající se změny zdanění úrokových výnosů z dluhopisů, viz <https://www.mfcr.cz/cs/aktualne/tiskove-zpravy/2012/2012-07-26-tiskova-zprava-6538-reakce-na-6538>, vše dostupné k 31. prosinci 2021.

V rozporu s výše uvedenou argumentací i předcházející judikaturou je dle autora aktuální a relativně kontroverzní rozhodnutí NSS ve věci *Kob-i-noor Hardmuth*.¹⁴² Tento rozsudek navazuje na již zmíněný případ, který posuzoval Krajský soud v Českých Budějovicích. Skutkový stav zde byl v zásadě nesporný a v zásadě jej lze zjednodušit na refinancování stávajícího nízko úročeného *cash-poolingu* prostřednictvím více úročených korunových dluhopisů, které upsaly spojené fyzické osoby. Bez nutnosti zkoumat podrobnosti tohoto uspořádání a zda bylo (pravděpodobně) naplněno subjektivní kritérium testu zneužití, má nicméně autor za to, že toto rozhodnutí je nezbytné kritizovat s ohledem na nesprávný právní výklad zásady zákazu zneužití daňového práva a jeho jednotlivých aspektů. Zejména čtvrtý senát nepřipustně slučuje subjektivní a objektivní kritérium právě na základě umělosti, resp. absence ekonomického smyslu. V důsledku je tak výklad příslušných ustanovení a jejich smyslu a účelu zcela redukován na pouhé konstatování, že jednání bez ekonomického smyslu nemůže být v souladu se smyslem daného ustanovení.

Pokud je ale test zneužití práva postaven na přiměřeném vyvážení zásad právní jistoty a legality na straně jedné a spravedlnosti na straně druhé, nelze jedno ze dvou zásadních kritérií testu zneužití takto opomíjet. Současně lze mít za to, že závěr čtvrtého senátu nepřipustně abstrahuje i od toho, že test zneužití práva také vyvažuje svobodu daňových subjektů uspořádat si své podnikání a zájem společnosti na řádném výběru daní. Ve zmíněné předcházející judikatuře NSS bylo totiž, i v souvislosti se zneužitím, opakovaně postaveno na jisto, že daňové subjekty si mohou zvolit způsob financování, který je pro ně výhodnější. V tomto ohledu má autor za to, že nahrazení krátkodobého financování za dlouhodobé s tržním úrokem a využití úrokového štítu nelze považovat za překročení hranice toho co lze považovat za legitimní a co nikoli. U přecházejících případů judikovaného zneužití, zejména rozsudku *CTP*, totiž byla potřeba financování vyvolána do jisté míry umělými transakcemi v rámci skupiny. Ale u případu *Kob-i-noor Hardmuth* potřeba financování evidentně existovala již dříve a nahrazen byl pouze finanční instrument. Zároveň je nezbytné zdůraznit, že závěry čtvrtého senátu budou ovlivňovat i navazující dluhopisovou judikaturu, ale současně přinášejí právní nejistotu i mimo oblast korunových dluhopisů. Lze totiž předpokládat, že tímto rozhodnutím

¹⁴² Rozhodnutí NSS ze dne 31. května 2022, sp. zn. 4 Afs 376/2021 - 60.

se finanční správa bude pokoušet argumentovat i v případech prostého refinancování vlastního kapitálu příznivým dluhem.

V souhrnu tak má autor za to, že rozsudek NSS ve věci *Kob-i-noor Hardmuth* vychyluje zásadu zákazu zneužití daňového práva z rovnováhy a nepřiměřeně zasahuje do ústavně garantovaných zásad právní jistoty a zákonnosti a svobody daňových subjektů. V této souvislosti je škoda, že tento rozsudek nebyl napaden ústavní stížností.

Následek aplikace zásady zákazu zneužití daňového práva

Současně se v případech korunových dluhopisů objevila také otázka následku konstatování zákazu zneužití daňového práva.¹⁴³ Daňový subjekt totiž argumentoval v návaznosti na bod 94 rozhodnutí SDEU ve věci *Halifax*, že „*plnění uskutečněná v rámci zneužití musejí být nově definována tak, aby byla nastolena taková situace, jaká by existovala v případě neexistence plnění představujících uvedené zneužití.*“¹⁴⁴ V tomto smyslu by správce daně měl v případě konstatování zneužití skutkový stav rekonstruovat tak, aby byla daňově posouzena situace, která by bez zneužití existovala. Pokud v tomto případě správce daně dovozoval, že zneužívající byl celý komplex transakcí od zrušení předcházejícího krátkodobého financování až po jeho nahrazení korunovými dluhopisy, tak měl v souladu se závěry SDEU posoudit jako daňově uznatelné náklady, které by daňový subjekt musel nést bez zneužívajících transakcí, tj. nižší náklady původního financování. Krajský soud i NSS nicméně této námitce daňového subjektu pouze relativně stručně nepřisvědčily s tím, že příslušnou část rozhodnutí *Halifax* vykládá nesprávně a financování dluhopisy je na rozdíl od předchozího zatíženo zneužitím. Argumentace daňového subjektu přitom není ojedinělá ani iracionální. V tomto smyslu pouhé odmítnutí daňové výhody také kritizuje například Kamínková a stejně tak ve prospěch rekonstrukce skutkového stavu argumentuje dlouhodobě také Čapek.¹⁴⁵ Zásada zákazu zneužití práva totiž nemá

¹⁴³ Specificky v bodě 52 rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 12. října 2021, sp. zn. 63 Af 4/2020 a bodu 38 an. rozhodnutí NSS ze dne 31. května 2022, sp. zn. 4 Afs 376/2021 - 60.

¹⁴⁴ Rozsudek SDEU ze dne 21. října 2006, sp. zn. C-255/02 ve věci *Halifax*.

¹⁴⁵ KAMÍNKOVÁ, 2018, op. cit., str. 85; ČAPEK, J. Daňové plánování ve spárech ducha zákona, 1. část. *Daňový expert*, 2008, č. 6.

představovat sankci, tou je případně uložené penále, ale pouhé nastolení stavu, který by existoval bez zneužívajících transakcí za účelem správného zjištění a stanovení daně. Z tohoto důvodu lze snad doufat, že tento problematický aspekt zásady zákazu zneužití daňového práva bude v budoucnu korigovat rozšířený senát NSS.

1.1.5 Shrnutí k zásadě zákazu zneužití daňového práva

V návaznosti na výše uvedené lze shrnout, že zásada zákazu zneužití daňového práva je obecnou právní zásadou, která má sice soukromoprávní původ, ale do českého daňového práva byla vnesena spíše judikaturou, která se kromě právní teorie inspirovala i rozhodnutími Soudního dvora EU.

V uplynulých 15 letech se tento institut stal často využívaným, a to zejména s ohledem na jinak v daňovém právu relativně omezený prostor pro uplatnění teleologické argumentace proti jiným výkladovým metodám. S ohledem na obecný rozsah této zásady a notoricky známá kritéria aplikačního testu je tento instrument také vcelku účinný a dokáže postihovat rozmanité situace. Účinnost tohoto institutu je prakticky omezena zejména tím, že důkazní břemeno stran naplnění subjektivního a objektivního kritéria nese správce daně, který také musí zneužívající transakce detekovat.

Současně je třeba doplnit, že tento institut je do jisté míry v konfliktu s ústavně garantovanými zásadami právní jistoty, legitimního očekávání a zákonnosti ukládání daní, které vyvažuje oproti zásadě spravedlnosti. Daňový subjekt se totiž nemůže bez dalšího pouze spolehnout na sémanticky bezrozporný text právní normy, nebo v případě sémantické nejasnosti na systematické argumenty, které mu poskytují daňové zvýhodnění. V souladu s judikaturou NSS, a to zejména v rozhodnutích *Bankomaty* nebo k zásadě *in dubio mitius* má totiž zákonodárce totiž ve světle těchto zásad povinnost postupovat racionálně a formulovat daňové právní předpisy určitě, jednoznačně a srozumitelně, a jeho případná pochybení v této oblasti nelze bez dalšího přičítat k tíži daňovým subjektům.

V tomto kontextu jde tak zásada zákazu zneužití daňového práva mimo text právní normy i mimo standardní výkladové postupy, které jsou v daňovém právu běžné. Z tohoto důvodu se tak tento institut skutečně podobá dotváření práva teleologickou redukcí, která je ale sama

o sobě v daňovém právu v neprospěch poplatníka nepřipustná právě s ohledem na výše uvedené zásady. Právě proto je aplikace zásady zákazu zneužití daňového práva zcela mimořádným institutem, je podmíněna kumulativním naplněním subjektivního i objektivního testu a současně musí být používána velmi restriktivně, a to pouze jako prostředek *ultima ratio*, tj. pokud není možné danou situaci subsumovat pod žádné jiné relevantní pravidlo. Z toho samozřejmě neplyne ani tak rozdílná právní síla jednotlivých institutů, ale spíše jejich aplikační pořadí, které je dáno zejména jejich povahou. Z těchto důvodů tak může být tato zásada použita až po selhání jiných specifických nebo obecných pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem.

V návaznosti na analýzu aplikační praxe zásady zákazu zneužití daňového práva lze identifikovat hned několik problematických aspektů, zejména objektivní kritérium bývá často zcela nepřipustně upozaděno, prokazování subjektivního kritéria je v některých případech arbitrární a současně není v české judikatuře postaveno na jisto, co by mělo být následkem aplikace této zásady. S ohledem na to, že zákaz zneužití daňové práva byl transponován vcelku nedávno, lze nicméně očekávat, že se tyto problematické aspekty budou i v budoucnu objevovat u případů věnujících se minulým zdaňovacím obdobím.

1.2 Dissimulace, obcházení zákona a krácení daně

V českém daňovém právu ale není zásada zákazu zneužití daňového práva jediným obecným pravidlem, které je nebo bylo využíváno k postihování vyhýbání se daňovým povinnostem. V judikatuře i právní praxi se současně vyskytují také další tradiční obecné koncepty jako je dissimulace, obcházení zákona nebo krácení daně jiným způsobem, které je ale nezbytné od zásady zákazu zneužití práva aspoň stručně odlišit nejen z perspektivy jejich rozsahu, způsobu aplikace, následkům a vztahu k dalším GAARs a SAARs, ale také stran jejich efektivity a souladu s ústavními zásadami, které právě pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem limitují. S ohledem na to, že v rámci tohoto výzkumu bylo zjištěno, že tyto instituty jsou oproti zásadě zákazu zneužití daňového práva v současnosti využívána relativně sporadicky, je jim věnována pozornost v rámci společné podkapitoly, což ale s ohledem na jejich limitovanou relevanci přesto poskytuje adekvátní prostor pro jejich zkoumání.

1.2.1 Obcházení zákona v českém daňovém právu

V návaznosti na výše řešenou zásadu zákazu zneužití daňového práva je logické se zabývat nejdříve institutem, který je mu svojí povahou nejbližší, a to obcházením zákona, tj. jednáním *in fraudem legis*.¹⁴⁶

Občanskoprávní původ obcházení zákona a jeho vstup do daňového práva

V českém právním řádu má obcházení zákona původ v občanském právu, zejména v ustanovení § 39 starého občanského zákoníku a obdobně také v § 242 odst. 1 písm. a) starého zákoníku práce, které stanovily, že (absolutně) neplatný je právní úkon, „*kteřý se svým obsahem nebo účelem přiči zákonu nebo jej obchází ...*“¹⁴⁷ Současně institut obcházení zákona rozeznávala historicky také právní nauka jako jednání osoby dle právní normy, ale tak aby bylo záměrně dosaženo výsledku právní normou nepředvídaného a nežádoucího. V současnosti není v občanském zákoníku obcházení zákona explicitně upraveno, a je dovozováno pouze jako obecná zásad v návaznosti na § 588 nového občanského zákoníku.

V návaznosti na občanskoprávní pojetí obcházení zákona toto pravidlo proniklo do daňového práva bez výslovné kodifikace prostřednictvím judikatury NSS a Ústavního soudu jako obecný nástroj proti vyhýbání se daňovým povinnostem.

V prvním takovém relevantním případě se NS v roce 2005 zabýval situací, kdy společnost VB prodala akcie spojené osobě a vzápětí je odkoupila zpět, čímž realizovala okamžitě daňově uznatelnou ztrátu a nikoli daňově neuznatelnou opravnou položku, kterou by musela jinak vytvořit. Finanční správa se pokusila toto jednání napadnout jako dissimulaci, což NSS odmítl s tím, že v daném případě k žádnému zastírání skutečně chtěného jednání nedošlo, daňový subjekt naopak chtěl realizovat prodej a zpětný odkup, aby se vyhnul daňové povinnosti

¹⁴⁶ Byť je pro účely daňového práva žádoucí tyto instituty od sebe z výše uvedených důvodů odlišovat, z pohledu právní nauky bývá obcházení zákona se zneužitím práva ztotožňováno nebo označováno za jeho zvláštní případ, k tomu viz ELIÁŠ, K. Porušení zákona oklikou: *fraus legis facta* v civilním právu. *Právník*, 2018, č. 11.

¹⁴⁷ Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění do 31. prosince 2013 a zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce ve znění do 31. prosince 2006.

spočívající v daňové neuznatelnosti opravné položky. Z tohoto důvodu NSS posoudil prodej a zpětný odkup jako neplatné jednání z důvodu obcházení zákona ve smyslu § 39 starého občanského zákoníku. Současně NSS také uvedl, že „*Ke kvalifikaci právního úkonu jako úkonu in fraudem legis se nevyžaduje úmyslu účastníků, ale rozhodující je objektivní výsledek právního úkonu (tj. obejití práva)*“.¹⁴⁸

Vztah obcházení zákona k jiným obecným pravidlům a jeho kritika

S ohledem na to, že obcházení daňových zákonů se, možná spíše v širším smyslu jako motivace daňových subjektů, v rozhodnutích vyhýbání se daňovým povinnostem, zejména dissimulace, objevoval relativně frekventovaně, rozšířený senát NSS v usnesení ve věci *Pozemní stavby* postavil na jisto, že dissimulace „*nemůže zcela logicky dopadat na případy, kdy projev a vůle jsou ve shodě, tedy na případy, kdy účastníci mají skutečný zájem učinit právní úkon, činí tak však z důvodu obcházení zákona*“ s tím, že obdobně také dissimulace nemůže dopadat na případy zneužití práva.¹⁴⁹ V návaznosti na toto usnesení byl v této věci vydán rozsudek, ve kterém první senát příslušný skutkový stav spočívající ve vložení nedobytných pohledávek za nominální hodnotu do společnosti a následný odprodej podílu za její zlomek posoudil nikoli jako zastírání, ale naopak jako obcházení zákona, resp. pravidla o neuznatelnosti ztráty z prodeje nedobytných pohledávek, a proto tyto transakce byly zneplatněny.¹⁵⁰ Obdobně obcházení zákona od dissimulace a i od zneužití práva odlišil následně explicitně také Ústavní soud ve svém rozhodnutí ve věci *Potápěči*.¹⁵¹

V návaznosti výše uvedená rozhodnutí byla aplikace obcházení zákona v oblasti daňového práva v odborné literatuře relativně oprávněně kritizována. Nováková s Lichnovským zejména poukazují na to, že u řady rozsudků správních soudů absentuje detailní úvaha nad účelem obcházeného pravidla, což je přitom ale nezbytná součást posouzení toho, zda je výsledek jednání právní normou nepředvídaný a nežádoucí.¹⁵² V tomto ohledu je nezbytné

¹⁴⁸ Rozhodnutí NSS ze dne 30. března 2005, sp. zn. 1 Afs 4/2004 ve věci VB.

¹⁴⁹ Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 3. dubna 2007, sp. zn. 1 Afs 73/2004 ve věci *Pozemní stavby*.

¹⁵⁰ Rozhodnutí NSS ze dne 18. července 2007, sp. zn. 1 Afs 73/2004 ve věci *Pozemní stavby*.

¹⁵¹ Usnesení Ústavního soudu ze dne 31. října 2007, sp. zn. III.ÚS 374/06.

¹⁵² NOVÁKOVÁ, P., LICHNOVSKÝ, O. Obcházení zákona ve věcech daňových. *Právní rozhledy*, 2008, č. 4.

k teleologickému výkladu daného ustanovení přistoupit. Z této perspektivy tento institut kritizuje i Čapek, který nad rámec toho poukazuje na v daňovém právu problematickou sankci absolutní neplatnosti, která je pro účely daňového práva nevhodná zejména z pozice protistrany absolutně neplatného jednání, která ale o tom, že je dané jednání nežádoucí, tj. čistě daňově motivované nemusí mít povědomí.¹⁵³ Výše uvedení autoři měli již v roce 2008 za to, že institut obcházení zákona by měl ustoupit zákazu zneužití daňového práva, který považovali mj. díky unijní i vnitrostátní judikatuře za vhodnější institut.

Obcházení občanskoprávních a daňových norem

S výše uvedeným kritickým názorem na obcházení zákona v případě daňového práva se lze ztotožnit. Pouhé převzetí institutu obcházení zákona z občanského práva do daňového práva zřejmě není s ohledem na jeho povahu a ústavně garantované zásady právní jistoty, předvídatelnosti a zákonnosti ukládání daní bez dalšího možné. Obcházení zákona jde totiž ze své podstaty nad rámec doslovného textu a případně formálně systematického výkladu a umožňuje upřednostnění výkladu nebo spíše dotváření práva teleologickými argumenty podobně jako zneužití práva.

Z této perspektivy obcházení zákona kritizoval později také Kohajda, který má za to, že obcházení zákona by mělo být používáno pouze na nedaňovou právní úpravu, ze které daňové právo přebírá právní skutečnosti, a současně také poukazuje shodně na problematičnost absolutní neplatnosti.¹⁵⁴

Současně lze ale souhlasit s Kamínkovou, že zneužití práva a obcházení zákona mohou v daňovém právu představovat opačné strany téže mince, kdy záleží na legislativní technice, zda je norma formulována pozitivně nebo negativně, a tak jedna daňová norma může být použita

¹⁵³ ČAPEK, 2008, op. cit.

¹⁵⁴ KOHAJDA, M. Vývoj zákazu zneužití práva v daňové judikatuře České republiky. In: BABČÁK, V., ROMÁNOVÁ, A. VOJNÍKOVÁ, I. *Daňové právo vs. daňové podvody a daňové úniky; nekonferenční zborník vedeckých prác I. diel.* Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, 2015.

k obcházení jiné.¹⁵⁵ Z tohoto důvodu by se i na obcházení daňových norem měla aplikovat obdobná omezení jako na zneužití práva.

Obcházení zákona ve smyslu obecné zásady kodifikované ve starém občanském zákoníku a nyní ve formě obecné právní zásady¹⁵⁶ by tak mělo být dle názoru autora tohoto výzkumu aplikováno s důsledky pro daňové právo pouze v případě, že zasaženou normou je norma občanskoprávní.

Naopak, lze mít racionálně za to, že pokud jde o normu daňovou, mělo by stejně jako k zá-
kazu zneužití daňového práva být přistupováno i k obcházení zákona, resp. příslušné daňové
normy. Z této, byť normativní, perspektivy by měl být zkoumán nejen smysl a účel dané
obcházené daňové normy, tj. objektivní kritérium, ale také subjektivní kritérium, tj. zda pře-
važujícím účelem jednání daňového subjektu je na základě analýzy objektivních skutečností
zisk daňové výhody. S ohledem na to, že obcházení zákona je totiž ve své podstatě v zásadě
podobné analogii, resp. dotváření práva teleologickou extenzí, které je jinak v daňovém právu
v neprospěch poplatníka nepřipustné, je nezbytné na tento institut nahlížet jako na zcela mi-
mořádný, stejně jako na zneužití práva. Proto by také obcházení zákona mělo být využíváno
restriktivně a pouze jako poslední možnost, pokud dané jednání nelze subsumovat pod jiné
SAAR nebo GAAR, s tím, že jde v zásadě o institut, který dopadá na zrcadlové situace od
zneužití práva.

Aplikace obcházení zákona v daňovém právu, jeho frekvence a účinnost

Z tohoto pohledu je totiž obcházení daňových norem omezeno zásadami právní jistoty,
předvídatelnosti a zákonnosti ukládání daní obdobně jako zneužití práva. V dotčených pří-
padech se totiž daňový subjekt nebude moci spolehnout na doslovný text ustanovení pozi-
tivně formulující daňověprávní povinnost (na rozdíl od zneužití, kde je zpravidla proti svému
účelu aplikována výjimka nebo mírnější režim), ale za splnění relativně striktních kritérií pře-

¹⁵⁵ KAMÍNKOVÁ, 2018, op. cit., str. 66 a 67.

¹⁵⁶ Nový občanský zákoník č. 89/2012 Sb., v účinném znění, totiž tento institut explicitně neobsahuje.

sáhne účel tohoto ustanovení jeho gramaticky formulovaný rozsah. S ohledem na to, že obcházení daňových norem je obdobně široce zaměřený koncept jako zneužití práva, mohlo by jít v případě následování výše uvedených, do jisté míry normativních, závěrů o vhodný, proporční a vcelku účinný institut postihující řadu situací, na které zásada zákazu zneužití daňového práva nemůže dosáhnout a nelze je pokrýt ani dissimulací nebo některým z dalších obecných a specifických pravidel.

Z praktického hlediska by použití obdobných parametrů a omezení zneužití daňového práva na obcházení zákona mohlo řešit i problematický následek obcházení zákona, tj. absolutní neplatnost, ve prospěch povinnosti správce daně rekonstruovat skutkový stav, který by byl bez obcházení uskutečněn. Aplikace obcházení zákona by se podstatně zpřehlednila také stran důkazního břemene, kdy by bylo zřejmé, že správce daně nese důkazní břemeno ohledně objektivního i subjektivního kritéria, které by bylo zkoumáno nikoli na základě pouhého výsledku jednání, ale i na základě objektivní analýzy okolností daného případu.

Z pohledu frekvence využívání obcházení zákona lze za použití analogické metodiky (výběr NSS jako soudu, řetězce „*obcházení zákona*“ a oblasti daně) jako u zneužití práva konstatovat, že jde komparativně o méně využívaný institut. Před rokem 2004 nebyl u NSS vůbec zmíněn, ale od roku 2004 do 2010 lze identifikovat 60 výskytů, od roku 2011 do roku 2017 bylo výskytů 47 a od roku 2018 do konce roku 2021 bylo zjištěno 22 zmínek o obcházení zákona. I s přihlédnutím k tomu, že v poslední době se zmínky o obcházení zákona skládají zejména z použití tohoto pojmu v širším smyslu jako motivace daňových subjektů, a nikoli ve smyslu konkrétního institutu,¹⁵⁷ je ze stagnace, resp. klesající tendence, zřejmé, že se naplňuje předpoklad Lichnovského s Novákovou a Čapka, že tento institut bude postupně vycházet z užití.

Dle názoru autora je tento trend způsoben právě tím, že tento soukromoprávní institut nebyl na rozdíl od zneužití práva do daňového práva recipován s ohledem na jeho veřejnoprávní povahu a ústavně garantované zásady, ale naopak byl převzat ve své původní a žel pro daňové

¹⁵⁷ V případě souběžného použití fráze *fraudem legis* je dokonce posledním případem aplikace tohoto institutu v daňové oblasti u NSS rozsudek ze dne 28. května 2010, sp. zn. 8 Afs 64/2009.

právo nepraktické podobě. Tento stav přitom nelze považovat za žádoucí. V oblasti daňového práva totiž může mít své místo jak neupravená zásada obcházení občanskoprávních norem, tak přizpůsobený institut obcházení daňových norem, v jehož případě je ale třeba trvat na aplikaci obdobných parametrů a omezení jako u zákazu zneužití daňového práva. Naopak za zcela nežádoucí lze považovat praxi, kdy je obcházení daňové normy zaměřováno za zneužití daňového práva, jak je výše demonstrováno na případě *Kasia Vera*. Z tohoto důvodu tak lze doufat, že pokud se obcházení zákona, resp. daňových norem, do daňového práva v budoucnu navrátí, bude jeho aplikace uzpůsobena specifické povaze daňového práva.

1.2.2 Dissimulace aneb zastírání skutečného stavu

Obdobně jako zásada zákazu zneužití daňového práva nebo obcházení zákona má soukromoprávní původ také další obecné pravidlo proti vyhýbání se daňovým povinnostem, a to zastírání skutečného stavu neboli dissimulace.

Od občanského práva ke kodifikaci dissimulace v právu daňovém

Již ustanovení § 41a odst. 2 starého občanského zákoníku stavělo na jisto, že „*Má-li být právním úkonem zastřen právní úkon jiný, platí tento jiný úkon, odpovídá-li to vůli účastníků a jsou-li splněny všechny jeho náležitosti. Neplatnosti takového právního úkonu se nelze dovolávat vůči účastníku, který jej považoval za nezastřený.*“⁴⁵⁸ Obdobně je potom zastírání obsaženo také v ustanovení § 555 odst. 2 nového občanského zákoníku, tak že „*Má-li být určitým právním jednáním zastřeno jiné právní jednání, posoudí se podle jeho pravé povahy.*“

Ustanovení upravující zastírání bylo přitom na rozdíl od dalších obecných pravidel jako je zneužití práva nebo obcházení zákona kodifikováno už v ZSDP, ve kterém se zásada materiální pravdy projevovala v § 2 odst. 7 tak, že „*Při uplatňování daňových zákonů v daňovém řízení se bere v úvahu vždy skutečný obsah právního úkonu nebo jiné skutečnosti rozhodné pro stanovení či vybrání daně, pokud je zastřený stavem formálně právním a liší se od něho.*“ V současnosti je pak zásada materiální pravdy upravena v daňovém právu v ustanovení § 8 odst. 3 daňového řádu, dle

¹⁵⁸ Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, ve znění do 31. prosince 2013.

kterého „*Správce daně vychází ze skutečného obsahu právního jednání nebo jiné skutečnosti rozhodné pro správu daní.*“

Nekonzistence v aplikaci dissimulace a sjednocení výkladu rozšířeným senátem

Z perspektivy soudní praxe se zastírání skutečného stavu se v judikatuře NSS po relativně krátké době ukázalo, že aplikace tohoto institutu je poněkud roztržštěná, když nebylo zřejmé, zda jej vykládat dle teorie typové smlouvy nebo teorie vůle.¹⁵⁹

Část rozhodnutí totiž následovala tzv. teorii typové smlouvy, dle které je pro účely dissimulace nezbytné posoudit objektivní výsledek (ve smyslu klasifikace smluvního typu) a nikoli nezbytně vůli daňového subjektu. Odraz této teorie tak lze nalézt v rozhodnutích zejména pátého senátu v případech kupní vs. komisionářské smlouvy¹⁶⁰ nebo obchodně vs. pracovního vztahu,¹⁶¹ a zejména čtvrtý senát v případě *Masozávodu Krabulčí*, ve kterém uvedl, že „*při aplikaci ustanovení § 2 odst. 7 zákona č. 337/1992 Sb. správce daně nezkonmá vůli daňového subjektu ten či onen právní úkon a jím založený právní vztah simulovat, resp. dostatek vážné vůle účastníků právního úkonu, kteří nemínili uskutečnit to, co pouze předstírali. Podstatné ve věci je, zda řádně zjištěný skutkový stav jednoznačně určil skutečný obsah vzniklého právního vztahu.*“¹⁶²

Na druhou stranu, v souladu s tehdejšími občanskými zákoníky, teorie vůle pro účely zastírání skutečného stavu spoléhá na zkoumání (ne)souladu skutečné vůle s jejím projevem. V tomto světle první senát například posoudil postupný prodej dílčích složek majetku, který zastíral prodej (dnešní terminologií) obchodního závodu,¹⁶³ již zmíněný prodej a zpětný odkup akcií za účelem realizace daňové ztráty,¹⁶⁴ nebo pronájem za symbolickou cenou¹⁶⁵ a také

¹⁵⁹ ČAPEK, 2008, op. cit.

¹⁶⁰ Rozhodnutí NSS ze dne 16. března 2005, sp. zn. 5 Afs 26/2003 a rozhodnutí NSS ze dne 16. března 2005, sp. zn. 5 Afs 23/2003.

¹⁶¹ Rozhodnutí NSS ze dne 31. března 2004, sp. zn. 5 Afs 22/2003.

¹⁶² Rozhodnutí NSS ze dne 30. dubna 2004, sp. zn. 4 Afs 18/2003 ve věci *Masozávod Krabulčí*.

¹⁶³ Rozhodnutí NSS ze dne 29. června 2005, sp. zn. 1 Afs 124/2004 a rozhodnutí NSS ze dne 13. července 2005, sp. zn. 1 Afs 125/2004.

¹⁶⁴ V tomto případě se vůle a její projev shodovaly, proto nebylo možné dissimulaci dle teorie vůle aplikovat, viz rozhodnutí NSS ze dne 30. března 2005, sp. zn. 1 Afs 4/2004.

¹⁶⁵ Rozhodnutí NSS ze dne 10. května 2006, sp. zn. 1 Afs 69/2005.

již citovaný případ *Pozemní stavby*, ve kterém šlo o vklad pohledávek a následný prodej obchodního podílu. V rámci projednávání případu *Pozemní stavby* se první senát neztotožnil se závěrem čtvrtého senátu v případě *Masozávodu Krabulčí*, který preferoval teorii typové smlouvy, a věc předložil rozšířenému senátu. Rozšířený senát se přiklonil k názoru prvního senátu, a tím postavil na jisto, že pro účely dissimulace je třeba zkoumat vůli daňového subjektu a výklad tohoto institutu byl tedy sjednocen dle teorie vůle. Rozšířený senát také poskytl dodatečná vodítka pro posuzování zastíraného jednání, když popsal absolutní simulaci, kdy strany žádný úkon uzavřít nechtějí, a relativní simulaci, tj. dissimulaci, kdy předstíráním jednoho jednání zastírají druhé, skutečně chtěné.¹⁶⁶

Vztah dissimulace k ostatním obecným pravidlům

Současně rozšířený senát v rámci svého usnesení explicitně vymezil zásadní rozdíl v rozsahu dissimulace oproti ostatním obecným pravidlům proti vyhýbání se daňovým povinnostem, když uvedl, že dissimulace nemůže dopadat na případy, „*kdy projev a vůle jsou ve shodě, tedy účastníci mají skutečný zájem učinit právní úkon, činí tak však z důvodu obcházení zákona.*“ Současně bylo toto usnesení rozšířeného senátu opakovaně citováno i v pozdější judikatuře, která dissimulaci odlišila také od zneužití práva, zejména v citovaném rozhodnutí ve věci *Prvního soukromého jazykového gymnázia*. V tomto rozsudku NSS s odkazem na rozhodnutí *Pozemní stavby* i *Potápěčů I.* explicitně uvedl, že finanční správa „*nemá možnost libovolného rozhodnutí, zda na určitém skutkovou situaci budou aplikovat zákaz zneužití práva nebo zda naopak vezmou v potaz skutečný (dissimulovaný) právní úkon namísto právního úkonu předstíraného (simulovaného) ve smyslu § 2 odst. 7 daňového řádu. Výjimečná aplikace obecného principu zákazu zneužití práva přichází v úvahu jen tehdy, pokud není aplikovatelné některé konkrétní zákonné ustanovení, jako např. zmíněný § 2 odst. 7.*“ V tomto rozsudku NSS také opakuje, že od zastírání je nezbytné odlišit situace, kdy dojde pouze k nesprávné kvalifikaci právního jednání, tato situace nebude řešena na základě dissimulace, ale na základě dokazování a následné správné klasifikace.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 3. dubna 2007, sp. zn. 1 Afs 73/2004 ve věci *Pozemní stavby*.

¹⁶⁷ Rozhodnutí NSS ze dne 13. května 2010, sp. zn. 1 Afs 11/2010 ve věci *Prvního soukromého jazykového gymnázia*.

Povaha dissimulace, frekvence jejího využívání a účinnost

Na základě výše uvedené judikatury je zřejmé, že dissimulace není ve vztahu k zákazu zneužití daňového práva a obcházení zákona konkurenčním institutem, ale má naopak zcela jiný rozsah, který může mít také dopad na frekvenci jeho používání. Na základě obdobné metodiky jako v případě těchto obecných pravidel¹⁶⁸ bylo na základě databáze NSS zjištěno, že dissimulace byla využívána až v období 2004 až 2010, a to celkem ve 119 případech. V souvislosti s dalším obdobím lze doplnit, že samotná důvodová zpráva k daňovému řádu explicitně uvádí, že § 8 odst. 3 obsahuje pravidlo tzv. dissimulace, které je obsahově shodné s úpravou v ZSDP a tato skutečnost je také opakovaně potvrzována NSS.¹⁶⁹ V období od roku 2011 do roku 2018 tak byla dissimulace využita ve 46 případech a poté do konce roku 2021 pouze v 5 rozsudcích. Z výše uvedeného lze dovodit, že v současnosti bývá dissimulace aplikována sporadicky, buď proto, že se jí postihované jednání už nevyskytuje anebo z toho důvodu, že správce daně využívá jiných nástrojů. Pokud by těmito nástroji byla zásada zákazu zneužití daňového práva nebo obcházení zákona, byla by tato praxe jednoznačně nežádoucí.

Nad rámec odlišností v rozsahu dissimulace a frekvenci jejího využívání je nezbytné také prozkoumat, nakolik je tento institut účinný a zda může být v rozporu se základními právními zásadami. Z tohoto pohledu je nezbytné dissimulaci odlišit v tom, že její aplikace není na rozdíl od zneužití nebo obcházení spojena s teleologickým aspektem, protože oproti těmto institutům totiž právní norma a její smysl a účel nehraje klíčovou roli. Institut dissimulace se naopak toliko zabývá kvalifikací právního jednání, tj. zda deklarované jednání odpovídá skutečné vůli účastníků.

Nad rámec výše uvedeného se dissimulace od zneužití práva odlišuje také v prokazovaných skutečnostech a způsobu, kterým správce daně musí nést své důkazní břemeno. Zatímco v případě zneužití práva postačuje prokázání subjektivní stránky, tj. daňového motivu, na

¹⁶⁸ V tomto případě bylo fulltextové vyhledávání upraveno na: dissimulace OR disimulace OR zastřený, a to s ohledem na terminologickou nekonzistenci v pojmenování tohoto pravidla. Jako soud byl vybrán NSS a oblast daně.

¹⁶⁹ Například v rozhodnutí NSS ze dne 21. října 2015, sp. zn. 2 Afs 169/2015.

základě objektivní analýzy okolností případu a důsledků daného uspořádání, v případě dissimulace je nezbytné prokázat vůli daňového subjektu uskutečnit jiné jednání než deklarované. Současně lze argumentovat, že i v případě dissimulace je možné tento standard naplnit pomocí řetězce nepřímých důkazů, je ale nezbytné trvat na tom, že je správcem daně předestřený scénář skutečně přesvědčivý. Ostatně správce daně prokazuje pouze toto kritérium a bylo by v rozporu se zásadami právní jistoty a předvídatelnosti práva, kdyby byly závěry správce daně založeny na pouhých domněnkách. Zároveň se dissimulace ale odlišuje také ve svých důsledcích, zatímco v případě zneužití (a dle názoru autora i v případě obcházení daňových norem) by mělo dojít k rekonstrukci skutkového stavu, v případě dissimulace je deklarované jednání zneplatněno a místo něj je pro daňové účely rozhodující jednání skutečně chtěné, v zásadě tak nejde o rekonstrukci, ale o prohlédnutí.

S ohledem na výše uvedené lze konstatovat, že dissimulace je skutečně účinným nástrojem, protože v rámci svého rozsahu dokáže postihnout problematické situace bez toho, aniž by správce daně musel nést extenzivní důkazní břemeno. Správce daně nebo správní soudy se totiž u tohoto pravidla nemusejí zabývat teleologickými argumenty, které jsou na základě výše uvedené judikatury u zneužití a obcházení poněkud problematické. Současně by ale důkazní břemeno omezené pouze na prokazování skutečné vůle mělo být s ohledem na zásady právní jistoty a předvídatelnosti neseno nikoli na základě pouhých domněnek správce daně, ale na základě detailního zjištění skutkového stavu mimo jakoukoli racionální pochybnost o správcem daně tvrzené vůli daňového subjektu.

1.2.3 Krácení daně jiným způsobem

Vedle výše uvedených institutů, resp. současně s nimi, je zmiňováno¹⁷⁰ jako pravidlo proti vyhýbání se daňovým povinnostem také tzv. krácení daňové povinnosti jiným způsobem ve smyslu § 23 odst. 10 zákona o daních z příjmů. Toto ustanovení již od roku 1993, kdy zákon o daních z příjmů nabyl účinnosti, stanovuje, že při zjišťování základu daně se zpravidla vychází z účetnictví, pokud nedoručí ke krácení daňové povinnosti jiným způsobem.

¹⁷⁰ Např. HRACHOVINOVÁ, URBÁŠEK, 2018, op. cit.

Restriktivní výklad krácení daně jiným způsobem

Pojem krácení daně jiným způsobem vyložil NSS již v roce 2005 ve věci vkladu zásob společníkem do společnosti a následném ztrátovém prodeji jako neurčitý právní pojem, jehož obsah a význam musí být pro účely subsumpce v individuálním případě aspoň rámcově vymezen. NSS tento institut chápe jako možnost správce daně bránit daňovým únikům u transakcí, které nemají jiný ekonomický účel než zkrácení daňové povinnosti na základě umělých transakcí. Klíčovým aspektem výkladu NSS ale byl jeho závěr, že toto ustanovení poskytuje „svoji nejednoznačností a neurčitostí prostor pro takovou interpretaci a aplikaci, která ve svých důsledcích nevylučuje možnost svévole. V takovém případě, kdy právní úprava svojí nejednoznačností umožňuje několik možných výkladů a postupů, nelze při výkonu veřejné správy při respektování čl. 2 odst. 3 Ústavy aplikovat takový výklad, který jde k tíži občana (in dubio mitius).“¹⁷¹

Omezená frekvence užití krácení, vztah k základním zásadám a jeho podpůrná povaha

Restriktivní přístup NSS k tomuto ustanovení v tomto rozsudku se zřejmě následně projevil ve smyslu snížení účinnosti a potažmo frekvenci užívání tohoto institutu. Ve vztahu k účinnosti tohoto pravidla totiž v citovaném rozsudku NSS v zásadě uzavřel, že na základě krácení daňové povinnosti jiným způsobem není možné samo o sobě zpochybnit postup určení nabývací ceny nepeněžitého vkladu, protože související ustanovení jsou relativně jednoznačně interpretovatelná. Ke zpochybnění obdobných transakcí je totiž možné bez opory v zákoně přistoupit toliko v rámci institutů jako je zneužití práva, nikoli na základě neurčitého pojmu jako je krácení daně jiným způsobem.

Na základě analýzy frekvence využívání tohoto pravidla za využití obdobné metodiky jako u výše uvedených institutů¹⁷² tak lze dovodit, že jde v současnosti o spíše okrajové pravidlo, které bylo užíváno až a současně zejména v období 2004 až 2010, a to celkem ve 24 případech, v období 2011 až 2017 ve 14 případech a od roku 2018 do konce roku 2021 pouze

¹⁷¹ Rozhodnutí NSS ze dne 28. července 2005, sp. zn. 5 Afs 151/2004.

¹⁷² Pro účely tohoto pravidla bylo fulltextové vyhledávání upraveno na řetězec „krácení daňové povinnosti jiným způsobem“, soud NSS a oblast daně.

v 6 případech. Z výše uvedeného důvodu zřejmě významně poklesla z pohledu správce daně účinnost tohoto institutu *per se* a následně frekvence jeho aplikace, s tím, že v pozdějším období byl využíván spíše ve spojení s jinými instituty nebo ustanoveními zákona o daních z příjmů.

Z pohledu případného vztahu tohoto institutu k základním zásadám, které s obecnými pravidly proti vyhýbání se daňovým povinnostem obvykle kolidují, tj. zásadou právní jistoty a předvídatelnosti, lze souhlasit s Čapkem, že NSS správně restriktivně vyložil krácení daně jiným způsobem jako neurčitý pojem a v souladu s těmito zásadami by toto ustanovení mělo být využíváno pouze ve světle institutů jako je zneužití práva¹⁷³ a nikoli jako samostatný institut opravňující správce daně bez dalšího ke zpochybnění v zásadě jakéhokoli daňově motivovaného jednání.

Relevanci výše uvedených závěrů o v zásadě podpůrné povaze institutu krácení daňové povinnosti jiným způsobem potvrzuje i soudní praxe. Například v nedávném rozhodnutí k reklamním službám NSS citoval výše zmíněný rozsudek k prodeji zásob a zopakoval, že jde o neurčitý pojem, který lze chápat obecně jako daňově motivované jednání daňového subjektu bez jiného ekonomického účelu než zkrácení daňové povinnosti. V tomto případě bylo krácení daně aplikováno ve spojení s § 24 odst. 1 zákona o daních z příjmů, tedy testem obecné uznatelnosti nákladů, a také § 23 odst. 7 písm. b) bod 5 zákona o daních z příjmů, tedy úpravě převodních cen vztahů jinak spojených osob, tj. vytvořených za účelem snížení základu daně. NSS se současně v kontextu krácení daně jiným způsobem vyjádřil také k důkaznímu břemenu tížícímu správce daně, který totiž musel dostatečně prokázat objektivní okolnosti umožňující učinit závěr, že jde o účelově vytvářené obchodní vztahy, jejichž hlavním cílem není ekonomicky racionální propagace, ale získání daňového zvýhodnění. Vzhledem k tomu, že správce daně své důkazní břemeno unesl, NSS aproboval aplikaci výše uvedených ustanovení a úpravu základu daně.¹⁷⁴

¹⁷³ ČAPEK, 2008, op. cit.

¹⁷⁴ Rozhodnutí NSS ze dne 8. března 2021, sp. zn. 5 Afs 316/2019.

1.3 Pravidlo nízké kapitalizace

Obdobně jako krácení daně jiným způsobem obsahoval ZDP od své účinnosti v roce 1993 také pravidlo nízké kapitalizace. Na rozdíl od krácení daně ale prošlo pravidlo nízké kapitalizace relativně zásadním vývojem, než dospělo do své současné podoby obsažené v ustanovení § 25 odst. 1 písm. w) zákona o daních z příjmů.¹⁷⁵

1.3.1 Právní úprava pravidla nízké kapitalizace a jeho povaha jako SAAR

V současnosti je na základě ustanovení § 25 odst. 1 písm. w) zákona o daních z příjmů omezena daňová uznatelnost finančních nákladů, tj. úroků z úvěrových finančních nástrojů a souvisejících nákladů, pokud je ve vztahu k dlužníkovi věřitel spojenou osobou. Omezena je daňová uznatelnost poměrné části finančních nákladů z částky, o kterou celková výše financování spojenými osobami přesahuje čtyřnásobek vlastního kapitálu, resp. jeho šestinásobek v případě bank a pojišťoven. V souladu s nezávazným pokynem Generálního finančního ředitelství D-22¹⁷⁶ se výše financování spojenými osobami a výše vlastního kapitálu určuje na základě průměru denních stavů ve zdaňovacím období, a to bez vlivu výsledku hospodaření v daném období.¹⁷⁷ Současně ustanovení § 25 odst. 1 písm. w) předchází také tzv. *back-to-back* uspořádáním, která spočívají v obcházení definice spojených osob vsunutím prostřední nespřízněné osoby, která od první spojené osoby přijme financování, které obratem poskytne druhé spojené osobě.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Srovnej níže uvedené se zněním tohoto ustanovení k 1. lednu 1993, který pravidlo nízké kapitalizace vztahoval toliko k věřitelům, kteří nejsou čeští daňoví rezidenti na základě sídla nebo bydliště, a to bez ohledu na to zda jde o spojené osoby.

¹⁷⁶ Pokyny řady D používají v praxi značné authority, byť finanční správa k jejich vydávání nemá zákonné zmocnění a slouží zejména jako interní normativní instrukce s cílem sjednocení interpretační praxe podřízených orgánů finanční správy. Viz BAKEŠ, Milan. *Finanční právo*. 6., upr. vyd. Praha: C.H. Beck, 2012. str. 25. Současně povaha těchto pokynů umožňuje v některých situacích vytvoření ustálené správní praxe, kterou je správce daně zavázán a od které se *veteris paribus* může odchýlit jen ze závažných důvodů k dosažení právem chráněné hodnoty. Závaznost postupu, který je upraven v těchto pokynech, ale neplyne z pokynů samotných, ale z principu právní jistoty a legitimních očekávání v předvídatelnost postupů správce daně. Viz komentář k § 5 v BAXA, Josef et. al. *Daňový řád: komentář*. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011.

¹⁷⁷ Pokyn D-22 Generálního finančního ředitelství ze dne 6. února 2015, sp. zn. 5606/15/7100-10.

¹⁷⁸ SOBOTKOVÁ, V. Tak trochu jinak o pravidlech nízké kapitalizace. *Daně a právo v praxi*, 2012, č. 11.

Smyslem tohoto pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem je předcházet spekulativnímu snižování zisku prostřednictvím daňově uznatelných nákladů na financování mezi spřízněnými subjekty.¹⁷⁹ Vzhledem k tomuto relativně úzkému zaměření, specificky na financující transakce, lze pravidlo nízké kapitalizace klasifikovat jako tzv. SAAR. Na rozdíl od obecných pravidel je nízká kapitalizace přitom založena na v zásadě technických, kvantitativních kritériích, a to včetně definice spojených osob obsažených v § 23 odst. 7 ZDP. Z tohoto důvodu se tak v případě posuzování naplnění podmínek nízké kapitalizace není třeba *prima facie* zabývat analýzou smyslu a účelu daňové normy nebo zkoumat motivace daňového subjektu. Pokud v rámci v podstatě až mechanické aplikace tohoto pravidla totiž dojdeme k závěru, že jeho podmínky jsou naplněny, je daňovému subjektu u části nákladů bez dalšího odepřena daňová uznatelnost.

1.3.2 Aplikace nízké kapitalizace v soudní praxi, jeho frekvence a účinnost

V návaznosti na analýzu frekvence využívání tohoto pravidla v judikatuře NSS lze na základě obdobné metodiky jako u výše uvedených institutů¹⁸⁰ zjistit, že jde buď o pravidlo málo využívané, nebo v návaznosti na jeho relativně určité parametry vzniká pouze omezené množství sporů. Nízká kapitalizace byla užívána až v období 2004 až 2010, a to celkem v 16 případech, v období 2011 až 2017 ve 12 případech a od roku 2018 do konce roku 2021 pouze ve 2 případech. V návaznosti na profesní zkušenosti autora nelze v případě nízké kapitalizace mít za to, že by nebylo používáno, ale spory vznikají z důvodu striktních kvantitativních kritérií sporadicky a pouze v případě dílčích aspektů. Takto lze vysvětlit zvýšený počet sporů v prvním zkoumaném období, kdy se postupně projevovaly novelizace tohoto pravidla a vznikaly komplexní situace existence několika různých současně existujících verzí tohoto pravidla účinných pro různá zdaňovací období.

V pozdějším období je relativně zajímavá judikatura NSS, která se zabývá důsledky naplnění podmínek nízké kapitalizace. V případě nízké kapitalizace jsou totiž finanční náklady pro účely dalšího zdanění cestou právní fikce považovány za příjmy z podílů na zisku ve smyslu

¹⁷⁹ HRACHOVINOVÁ, URBÁŠEK, 2018, op. cit.

¹⁸⁰ Pro účely tohoto pravidla bylo fulltextové vyhledávání upraveno na alternativní řetězce "nízká kapitalizace" OR "§ 25 odst. 1 písm. w)", soud NSS a oblast daně.

§ 22 odst. 1 písm. g) bod 3 zákona o daních z příjmů. Mezi finanční správou a daňovými subjekty tak vznikl spor, zda je tato reklasifikace relevantní pro účely české srážkové daně v situacích, které upravují smlouvy o zamezení dvojího zdanění. Popsaný spor NSS řešil hned několikrát a postavil na jisto, že pokud taková smlouva,¹⁸¹ která je v souladu s čl. 10 Ústavy přednostně aplikovatelná, obsahuje definici úroků, nelze v zásadě subsidiární vnitrostátní úpravu využít k vyloučení účinků takové smlouvy.¹⁸² V této souvislosti je nezbytné doplnit, že s ohledem na účinné znění § 22 odst. 1 písm. g) bod 3 zákona o daních z příjmů se reklasifikace na příjem z podílů na zisku neuplatní ani v případech, kdy je věřitel daňovým rezidentem EU, Evropského hospodářského prostoru nebo Švýcarské federace. S ohledem na to, že tyto jurisdikce a státy, se kterými má Česká republika uzavřeny smlouvy o zamezení dvojího zdanění představují drtivou většinu jejích obchodních partnerů, lze rozumně předpokládat, že problém reklasifikace bude v budoucnu v kontextu sporové agendy zcela marginální. V návaznosti na výše uvedené tak bude v drtivé většině případů se zahraničním prvkem důsledkem aplikace pravidla nízké kapitalizace daňově neuznatelný náklad, který bude mít ale i nadále charakter úroku.

S ohledem na to, že nízká kapitalizace je specifickým pravidlem proti vyhýbání se daňovým povinnostem, které vymezuje daňově neuznatelné náklady a je aplikováno daňovým subjektem již v rámci přípravy daňového tvrzení, je zřejmé, že daňovému subjektu přísluší primární břemeno důkazní. Z tohoto pohledu lze pravidlo považovat za relativně účinné, správce daně je totiž z podkladů poskytovaných daňovými subjekty, např. přílohami k daňovému přiznání, a z veřejných zdrojů schopen relativně jednoduše ověřit, zda je tvrzení daňového subjektu a jeho aplikace nízké kapitalizace aspoň rámcově racionální. V případě jakýchkoli souvisejících pochybností, které správce daně může relativně snadno na základě své analýzy prokázat a vysvětlit, je břemeno důkazní opět přeneseno na daňový subjekt.

¹⁸¹ V této souvislosti typicky smlouva o zamezení dvojího zdanění.

¹⁸² Rozhodnutí NSS ze dne 10. února 2005, sp. zn. 2 Afs 108/2004, rozhodnutí NSS ze dne 30. dubna 2009, sp. zn. 2 Afs 42/2008, rozhodnutí NSS ze dne 8. června 2009, sp. zn. 2 Afs 83/2008 a následně v případě nepřipadné argumentace finanční správy smluvním pojmem zvláštního vztahu také v rozhodnutí NSS ze dne 28. března 2013, sp. zn. 2 Afs 71/2012, rozhodnutí NSS ze dne 2. března 2017, sp. zn. 1 Afs 250/2016 a rozhodnutí NSS ze dne 27. září 2018, sp. zn. 2 Afs 40/2018.

V návaznosti na kvantitativní povahu kritérií nízké kapitalizace je ale otázkou, nakolik je obtížné toto pravidlo přinejmenším formálně naplnit a nakolik je takový přístup legitimní. V kontextu výše citovaného rozsudku NSS ve věci *CTP* je přitom zřejmé, že takový postup alespoň hypoteticky možný je. V takových případech je nejdříve třeba aplikovat pravidlo nízké kapitalizace a až následně je možné se zabývat tím, zda lze situaci subsumovat pod obecná pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem, tj. typicky zneužití práva nebo obcházení zákona. Současně je ale třeba konkrétní případy posuzovat také ve světle již citované judikatury NSS umožňující daňovým subjektům volbu financování jejich podnikání vlastním nebo cizím kapitálem dle jejich vlastní volby, za omezení pravidly upravujícími daňovou uznatelnost úroků,¹⁸³ pravidlem tržního odstupu apod., pokud ovšem nejde o zcela umělá uspořádání.

Na druhou stranu je i na základě analýz Ministerstva financí zřejmé, že jen relativně marginální podíl daňových subjektů vykazuje výši financování cizím kapitálem, která by se přibližovala rozhodnému kritériu nízké kapitalizace 4:1.¹⁸⁴ Tuto skutečnost je možné interpretovat jako indikaci, že k agresivním optimalizacím prostřednictvím financujících transakcí nedochází plošně, v takovém případě by totiž analýza odhalila výrazně větší množství subjektů blížících se kritériu 4:1. Z této perspektivy tak lze argumentovat, že pravidlo nízké kapitalizace ve skutečnosti efektivně nezachycuje nežádoucí optimalizace, ale spíše výjimečné případy, kdy jsou daňovými subjekty materiálně financovány úvěry od spřízněných subjektů, zřejmě z nedaňových důvodů.

¹⁸³ Kromě nízké kapitalizace jde například o ustanovení § 24 odst. 2 písm. zi), § 25 odst. 1 písm. zk) nebo zl) zákona o daních z příjmů.

¹⁸⁴ K tomu viz pracovní text Ministerstva financí *Mezinárodní iniciativy proti vyhýbání se daňovým povinnostem v oblasti přímých daní*, verze k 22. dubnu 2016: „Dle údajů o českých firmách dostupných v databázi ORBIS se 20 % firem s nejvyšším poměrem dluhu k vlastnímu kapitálu pohybuje nad hodnotou 0,6 : 1 a 10 % firem se pohybuje nad hodnotou 1,7 : 1, což znamená, že hodnot 4 : 1 dosahuje jen velmi málo poplatníků.“

1.3.3 Vztah nízké kapitalizace k základním zásadám ústavního a daňového práva

Z důvodu relativně striktního a jednoznačného vymezení kritérií a aplikačního algoritmu tohoto pravidla v zákoně, v judikatuře i citovaném pokynu D-22 nelze mít za to, že nízká kapitalizace může ze své podstaty být výrazně v rozporu se zásadami právní jistoty nebo předvídatelnosti.

V návaznosti na výše uvedené argumenty stran účinnosti tohoto pravidla je třeba zkoumat, zda toto pravidlo nedopadá disproportčně tvrdě na subjekty, jejichž transakce nejsou umělé. S ohledem na mechanickou aplikaci na základě kvantitativních kritérií, tj. bez testování ilegálního jednání nebo zkoumání účelu normy, toto pravidlo může dopadnout relativně tvrdě i na subjekty ve zcela legitimních situacích.¹⁸⁵ Z této perspektivy má autor tohoto výzkumu za to, že je nezbytné zkoumat, zda je toto pravidlo také v souladu s principem platební schopnosti, resp. berní způsobilosti, který je projevem vertikální spravedlnosti. K tomu je třeba poznamenat, že v oblasti přímých daní není aplikace tohoto institutu v České republice dostatečně projudikována, níže uvedené má tedy spíše povahu odborného názoru autora než stávající doktríny.¹⁸⁶

Principu platební schopnosti se v několika případech spíše *obiter dictum* věnovala judikatura Ústavního soudu, zejména v nálezu pléna ve věci místních poplatků v případě nezletilých,¹⁸⁷ kdy soud v návaznosti na svoji předcházející judikaturu zrekapituloval, že dopad daně nesmí mít na konkrétní subjekty konfiskační či rdousící efekt. V zásadě jde tak o to, zda zdanění omezuje majetkovou podstatu nebo pokračování ve zdaňované aktivitě, tak že ji ve svém důsledku znemožňuje. Rozpor takové daně je přitom v rozporu s ústavním pořádkem i v případě, kdy zasáhne jen část poplatníků. Ústavní soud totiž nepřezkoumává daňové povinnosti toliko z hlediska vyloučení extrémní disproportcionality, ale také z ústavního principu rov-

¹⁸⁵ Ibidem pracovní text Ministerstva financí: „*tvrdosti systému nízké kapitalizace, který je založen na „brubém úroku“ a který může ztěžovat působení jednotek založených např. za účelem tzv. cashpoolingu.*“

¹⁸⁶ Současně ale nejsou podobné úvahy výjimečné ani v zahraničních odborných zdrojích, takto například argumentuje také ENGLISH, J. Ability to pay in European Tax Law. IN: BROKELIND, C. *Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law*. Amsterdam: IBFD, 2014.

¹⁸⁷ Nález Ústavního soudu ze dne 10. srpna 2017, sp. zn. Pl. Pl. ÚS 9/15.

nosti, která vyžaduje rovnoměrné zatížení daňových subjektů dle jejich hospodářské výkonnosti. Kromě horizontálního rozměru má ústavní princip rovnosti také rozměr vertikální, jde o tzv. vertikální daňovou spravedlnost, tj. zdanění vyšších příjmů musí být ve srovnání se zdaněním nižších příjmů přiměřené, tj. daňový subjekt musí být schopen své daňové břemeno adekvátní unést.

V této souvislosti je možné argumentovat, že v individuálních případech může docházet k tomu, že subjekty se srovnatelným hospodářským výsledkem a disponibilními finančními prostředky budou zdaněny zcela nesrovnatelně v závislosti na tom, zda jsou dlužníkem materiálního financování od spojené nebo nespojené osoby. Zatímco dlužník financování od nespojené osoby neponese v souvislosti s uznatelnými úrokovými náklady dodatečné daňové břemeno, dlužník financování od spojené osoby je nucen nést břemeno zdanění z poměrné části nákladů financování přesahující kritérium nízké kapitalizace, byť může jít o ekonomicky racionální a tržně nastavenou transakci. V této situaci lze argumentovat narušením zásady rovnosti, resp. horizontální daňové spravedlnosti. Navíc v případě, že subjekty mají současně omezené množství disponibilních finančních prostředků může být dodatečné daňové břemeno z úroků již uhrazených spojené osobě ekonomicky likvidační, v čemž lze současně spatřovat narušení vertikální daňové spravedlnosti, tj. principu platební schopnosti.

Z těchto pozic kritizoval pravidla o omezení uznatelnosti úrokových nákladů, byť na základě poměru úroků k EBITDA a nikoli vlastního a cizího kapitálu, také německý Spolkový daňový soud právě s odkazem na princip platební schopnosti.¹⁸⁸ Dle jeho rozsudku je prostor zákonodárce pro tvorbu daňových norem omezen ústavně garantovanými principy rovnosti, potažmo platební schopnosti a soudržnosti daňového systému. Soud má za to, že německá pravidla omezující uznatelnost úroků právě tyto principy narušují, protože v jejich důsledku jsou úroky považovány za daňově neuznatelné a daň z příjmu tak ve skutečnosti již nezdaňuje čistý příjem. Současně soud odmítl argumentaci Ministerstva financí, že toto omezení je proporční a ospravedlnitelné legitimními cíli zabraňování vyhýbání se daňovým povinnostem, zvyšování daňového výnosu nebo kapitálové vybavenosti. Z těchto důvodů naznal

¹⁸⁸ Rozhodnutí Spolkového daňového soudu ze dne 14. října 2015, sp. zn. I R 20/15.

Spolkový daňový soud, že německá pravidla omezení uznatelnosti úroků jsou protiústavní a jako taková je předložil s návrhem na zrušení Spolkovému ústavnímu soudu, který dosud své rozhodnutí v této věci nevydal.

S ohledem na to, že obdobně jako v Německu, i v českém právním řádu je tvorba a aplikace daňových norem omezena zákazem svévole při odlišování subjektů a práv dle čl. 1 Listiny, příkazem rovnosti dle čl. 3 odst. 1 Listiny a dalšími hodnotovými základy ústavního pořádku, např. právem podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost podle čl. 26 Listiny, lze argumentovat, že závěry tohoto rozsudku by mohly být přenositelné i ve vztahu k českému daňovému právu.¹⁸⁹ V kontextu nízké kapitalizace je stěžejní, že důsledek její aplikace je v zásadě obdobný, ne-li striktnější než u německých pravidel, protože neuznatelnost nákladů jde přímo proti principu zdanění čistých příjmů, na kterém jsou české daně z příjmů založeny. Současně toto omezení principu platební schopnosti a soudržnosti daňového systému nelze odůvodnit s odkazem na legitimní cíl prevence vyhýbání se daňovým povinnostem, když se zneužívající kritéria v rámci tohoto pravidla vůbec neaplikují. Za těchto okolností lze racionálně argumentovat, že v individuálních případech, např. u financujících entit nebo u společností v kapitálově náročnějších odvětvích je odmítání uznatelnosti finančních nákladů disproporční a v rozporu s výše uvedenými zásadami. Relativní tvrdost pravidla nízké kapitalizace by přitom bylo možné relativně jednoduchým způsobem snížit, a to například prostřednictvím ustanovení umožňující poplatníkovi prokázat, že pro financování úvěrovými finančními nástroji od spřízněných osob existují řádné ekonomické důvody.¹⁹⁰

1.4 Shrnutí k vnitrostátním pravidlům a parciální závěry

Ve světle výše uvedeného lze pozitivně hodnotit, že za poslední dvě dekády se systém vnitrostátních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem relativně ustálil. V návaznosti

¹⁸⁹ Obdobně by bylo možné dovodit princip platební schopnosti i v unijním právu, přičemž ale SDEU tento princip ve světle pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem prozatím neaplikoval, viz BARDINI, CH. The Ability to Pay in the European Market: An Impossible Sudoku for the ECJ. *Intertax*, 2010, č. 1.

¹⁹⁰ Například jak je tomu u ustanovení § 23d odst. 2 zákona o daních z příjmů in fine.

na sjednocující judikaturu NSS a Ústavního soudu byly vymezeny jak dílčí aspekty jednotlivých pravidel, tak i jejich vzájemný vztah.

V současnosti je tak zřejmé, že nejdříve by měla být aplikována specifická kodifikovaná pravidla, jako je nízká kapitalizace, a teprve následně je možné přistoupit k aplikaci velmi obecných konceptů jako je zásada zákazu zneužití daňového práva nebo obcházení zákona. Nad rámec výše uvedeného je nezbytné zmínit, že jednotlivá pravidla nemají konkurenční povahu, ale naopak se doplňují, když každé z nich by mělo pokrývat určitý druh právního problému. Z tohoto důvodu je dissimulaci možné používat toliko v situacích, kdy deklarovaný projev vůle není ve shodě s jejím skutečným obsahem a správce daně nemůže svévolně aplikovat jiné pravidlo, např. zneužití práva. Zároveň NSS opakovaně postavil na jisto, že krácení daně jiným způsobem by mělo být používáno pouze jako podpůrný institut současně s jinými pravidly.

Na základě judikatury NSS lze dle relativně jednoduché analýzy výskytů relevantních pojmů identifikovat také trendy frekvence využívání jednotlivých institutů:

Období	Zneužití	Obcházení	Dissimulace	Krácení	Kapitalizace
2004–2010	39	60	119	24	16
2011–2017	139	47	46	14	12
2018–2021	77	22	5	6	2

Z výše uvedeného přehledu je zřejmé, že v současnosti je zdaleka nejčastěji využívaným institutem zásada zákazu zneužití daňového práva, kterému byl také výše věnován největší prostor. Současně lze z výše uvedeného dovodit částečné užívání pojmu obcházení zákona, lze nicméně racionálně předpokládat, že zpravidla je tento pojem uváděn *largo sensu* jako motivace daňového subjektu a nikoli v souvislosti s přímou aplikací tohoto pravidla. Naopak u ostatních pravidel je zřejmé jejich postupné vycházení z užívání, dle autora je tento jev v případě dissimulace způsoben jejím specifickým věcným rozsahem, u krácení zákona jeho podpůrnou povahou a u nízké kapitalizace přesnou úpravou a relativně ustáleným výkladem, který nezavdává vzniku velkého množství sporů.

S ohledem na bohatou judikaturu stran zásady zákazu zneužití daňového práva byl také postupem času vyjasněn její vztah k ústavně garantovaným zásadám zákonnosti a právní jistoty,

které obecná pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem v rámci vnitrostátního práva omezují. V této souvislosti je nezbytné zejména poukázat na *de lege ferenda* žádoucí inspiraci zneužitím práva ve věci obcházení daňových norem, a to zejména proto, že původní, občanskoprávní institut je v tomto kontextu relativně nepřiléhavý. Nad rámec těchto zásad byl v kontextu vnitrostátních pravidel identifikován potenciální konflikt s principem platební schopnosti, a to u pravidla nízké kapitalizace.

Na základě těchto zásad se vyvíjela také judikatura sjednocující aplikační praxi u ostatních pravidel určující, zda je možné pravidla v praxi efektivně používat k zabraňování vyhýbání se daňovým povinnostem. S ohledem na to, že jednotlivé judikované případy se od sebe diametrálně odlišují, nelze závěry o efektivitě učinit na základě kvantitativních metod, ale je nezbytné se spolehnout zejména na analýzu právních předpisů a judikatury. Z této perspektivy lze shrnout, že zejména zásada zákazu zneužívání daňového práva, případně také obcházení (daňových) norem a dissimulace představují vzhledem ke svému rozsahu, tj. postihovanému jednání, relativně účinný nástroj. V případě krácení daňové povinnosti lze naopak s odkazem na judikaturu NSS konstatovat, že jde o spíše neúčinný a podpůrný institut. V případě nízké kapitalizace pak nelze závěry o její účinnosti jednoznačně přijmout, protože jde sice o relativně jasné pravidlo, které nezadává vzniku sporů, ale současně existují důkazy o (*largo sensu*) obcházení jeho kvantitativních kritérií za účelem daňových optimalizací.

2 Implementace unijních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem

V návaznosti na tradiční vnitrostátní pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem je v této kapitole věnována pozornost pravidlům, která byla do českého právního řádu vnesena v návaznosti na vstup do Evropské unie. V oblasti přímých daní se kromě negativní integrace prostřednictvím judikatury SDEU k ochraně fungování vnitřního trhu uplatňuje také částečně integrace pozitivní, a to harmonizací prostřednictvím směrnic v souladu s čl. 115 Smlouvy o fungování EU. S ohledem na to, že k přijetí směrnic je vyžadováno jednomyslné rozhodnutí členských států, jsou pro účely výzkumu GAARs a SAARs v oblasti přímých daní relevantní pouze již zmiňované směrnice IRD, PSD, MD a ATAD,¹⁹¹ resp. ATAD I, ATAD II a v budoucnu případně tzv. ATAD III věnující se schránkovým společnostem. Směrnice jsou přitom pro členské státy závazné co do výsledku, kterého má být dosaženo, ale členským státům je ponechána volnost stran formy a prostředků jejich provedení v souladu s čl. 288 Smlouvy o fungování EU. V případě českého právního řádu jsou daňové směrnice s ohledem na zásadu zákonnosti formulovanou v čl. 11 odst. 5 Listiny prováděny formou zákona.

Byť je příslušná právní úprava, ve které jsou obsažena unijní pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem, provedena úpravou vnitrostátní (a je tedy nezbytné je zkoumat i ve vztahu k vnitrostátním základním zásadám definovaným výše), nelze ignorovat, že tato pravidla pocházejí z autonomního systému unijního práva. Současně je totiž v souladu s čl. 10a odst. 1 Ústavy systém unijního práva závazný i uvnitř právního řádu České republiky, a to v oblastech kde byly na EU aspoň částečně přeneseny pravomoci. Závaznost, resp. aplikační přednost nebo nadřazenost unijního práva není přitom v čl. 10a Ústavy řešena,¹⁹² ale vyplývá

¹⁹¹ LANG, M. et al. *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*. Vienna, Linde Verlag GmbH, 2020. para 107 an.

¹⁹² K tomu viz např. ZEMAN, Jiří. *Přistoupení k EU a nutnost provádění ústavních změn*. Brno: Masarykova univerzita, 2009.

ze samotné dogmatiky práva EU. V této souvislosti je nezbytné poukázat na roli SDEU, do jehož výlučné pravomoci spadá sjednocování výkladu pramenů unijního práva.¹⁹³

Na rozdíl od vnitrostátních zásad, které jsou v daňové oblasti v českém prostředí relativně detailně projudikovány, je posuzování souladu GAARs a SAARs s obecnými zásadami práva EU obtížnější, protože obecné zásady práva EU nejsou komplexně a explicitně vymezeny v primárním ani sekundárním unijním právu a v daňové oblasti je judikatura SDEU k zásadám relativně sporadická. Z tohoto důvodu byla pro účely posuzování vztahu unijních pravidel k obecným zásadám práva EU, i s ohledem na rozsah práce, využita východiska formulovaná Ritou Szudoczky na základě dostupné judikatury SDEU k jiným právním odvětvím. Takto Szudoczky dokázala vymezit jak obecné zásady práva EU a jejich povahu, tak související přezkum sekundární legislativy a prováděcích aktů členských států. Pro účely této práce jsou přitom relevantní zejména obecné zásady práva EU odvozené od právního státu, tj. zejména ochrana základních práv,¹⁹⁴ zásady rovnosti a proporcionality,¹⁹⁵ zásada právní jistoty, ochrana legitimních očekávání a zásada práva na obhajobu.¹⁹⁶ Sekundární unijní legislativní akty a prováděcí právní předpisy¹⁹⁷ musí být s těmito obecnými zásadami v souladu a podléhají v tomto ohledu soudnímu přezkumu SDEU. Vzhledem k tomu, že v oblasti přímých daní harmonizace probíhá typicky prostřednictvím minimálních standardů, členské státy relativně často přísnějšími normami rámec unijní úpravy překročí a kromě přezkumu ve světle obecných zásad práva EU je nezbytné tuto, v zásadě vnitrostátní, úpravu přezkou-

¹⁹³ Ke vztahu unijního a vnitrostátního práva viz např. náleží pléna Ústavního soudu ze dne 8. března 2006, sp. zn. Pl.ÚS 50/04.

¹⁹⁴ V případě ekonomických základních práv je přitom nezbytné doplnit, že v daňové oblasti připadá v úvahu v zásadě pouze přezkum SDEU ve smyslu ochrany před úplnou expropriací nebo zákazem výkonu činnosti, což je v zásadě přístup obdobný českému ústavnímu přezkumu daňového práva, jak bylo uvedeno výše.

¹⁹⁵ Zásadu proporcionality je nezbytné v jejím veřejnoprávním aspektu aplikovat jako autonomní standard přezkumu jak unijních, tak vnitrostátních prováděcích předpisů v rámci, které je autonomie a svoboda jedince chráněna proti neoprávněným, resp. nelegitimním, zásahům veřejné moci.

¹⁹⁶ Obdobně viz HELMINEN, M. *EU Tax Law – Direct Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2020. kap. 1.3.3.

¹⁹⁷ V českém prostředí jde o zákony, které transponují buď minimální standard nebo v rámci úplné harmonizace unijní úpravu jako takovou. V tomto ohledu je zásadní posoudit, na kterém z těchto dvou přístupů je příslušná směrnice založena. V případě ATADu je sice deklarováno, že jde o harmonizaci minimálních standardů, ale lze argumentovat, že řada pravidel byla navržena striktně v rámci omezených formulovaných SDEU a nelze se od nich odchýlit, fakticky tak může jít o úplnou harmonizaci.

mat z perspektivy případného omezení základních svobod pohybu na vnitřním trhu na základě tzv. *rule of reason testu*, tj. testování legitimního cíle omezení, imperativního důvodu veřejného zájmu a proporcionality. V souvislosti s výše uvedeným je nezbytné dodat, že tyto zásady jsou z pohledu dogmatiky unijního práva na úrovni primárního práva a jsou v oblasti upravované unijním právem upřednostněny nejen před sekundární legislativou, prováděcími akty členských států, ale také před mezinárodními smlouvami.¹⁹⁸

Právě judikatura SDEU k základním svobodám vnitřního trhu poskytuje pro účely zkoumání české implementace unijních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem vedle exegeze samotné úpravy zásadní zdroj poznání. Většina pravidel, která jsou obsažena ve výše uvedených směrnicih byla totiž v minulosti předmětem přezkumu SDEU jako vnitrostátní ustanovení členského státu potenciálně narušující fungování vnitřního trhu, resp. omezení některé z jeho čtyř základních svobod, tj. svobody pohybu zboží, osob, služeb a kapitálu. Z těchto rozhodnutí plynou omezení, která jsou na vnitrostátní pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem kladena z perspektivy unijního práva, jsou zde analyzovány jejich problematické aspekty v konkrétních případech a na základě těchto rozhodnutí jsou zpravidla formulována pravidla v rámci unijní normotvorby. Současně je třeba doplnit, že české soudy i orgány veřejné správy jsou povinny vykládat vnitrostátní právo ve světle znění a účelu transponovaného unijního práva, tj. eurokonformním způsobem.¹⁹⁹ S ohledem na výše uvedené bude tak v této kapitole pro účely práce větší měrou využívána judikatura SDEU, a to i vzhledem k limitovanému množství české judikatury nebo přímo její neexistence z důvodu relativně nedávné účinnosti transponovaných pravidel.²⁰⁰

¹⁹⁸ K výše uvedenému viz SZUDOCZKY, R. *The Sources of EU Law and Their Relationships: Lessons for the Field of Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2014. str. 58, 68 a 98 an.

¹⁹⁹ K tomu např. rozhodnutí SDEU ze dne 10. dubna 1984, sp. zn. C-14/83 ve věci *Von Colson*.

²⁰⁰ Z tohoto důvodu zpravidla není možné dovozovat frekvenci aplikace těchto pravidel na základě české judikatury, ale je třeba se případně obrátit i na judikaturu unijní.

2.1 Pravidla skutečného vlastnictví, zdanění příjmů a další dílčí SAARs

K 1. května 2004, kdy došlo k přistoupení České republiky k Evropské unii se stala účinnými ustanovení zákona č. 438/2003 Sb.,²⁰¹ který do zákona o daních z příjmů přinesl ustanovení IRD, PSD a MD, která měla za cíl odstranit některé daňové překážky fungování vnitřního trhu.

Současně s pravidly, která tak daňovým subjektům poskytovala výhodnější režim unijních dividend, úroků, licenčních poplatků nebo některých přeměn byla ale do zákona o daních z příjmů transponována související pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem, a to zejména pravidlo skutečného vlastnictví, podmínka zdanění příjmů a SAAR vztahující se na přeměny. S ohledem na to, že z relevantních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem byla právě tato transponována nejdříve, je jim také věnována pozornost v úvodu této kapitoly.

2.1.1 Implementace unijního konceptu skutečného vlastnictví a jeho aplikace

Zřejmě nejvýznamnějším pravidlem, které bylo v rámci výše uvedených směrnic transponováno do zákona o daních z příjmů s účinností od 1. května 2004²⁰² je pravidlo skutečného vlastnictví obsažené v § 19 odst. 6, které přitom až do 31. prosince 2007 v zásadě pouze kopírovalo text IRD.²⁰³ Z tohoto důvodu toto ustanovení definovalo skutečného vlastníka jako příjemce, který platby přijímá ve svůj vlastní prospěch a nikoli jako zprostředkovatel, zástupce nebo zmocněnec pro jinou osobu, a to pouze ve vztahu k úrokům a licenčním poplatkům. V návaznosti na novelizaci zákonem č. 261/2007 Sb.²⁰⁴ byla definice skutečného

²⁰¹ Zákon č. 438/2003 Sb., kterým se mění zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, ve znění pozdějších předpisů. In: ASPI [právní informační systém]. Wolters Kluwer ČR [31.12.2021].

²⁰² V této souvislosti je třeba doplnit, že koncept skutečného vlastnictví je podstatně starší a má svůj původ v mezinárodním daňovém právu a z tohoto důvodu je tomuto jeho aspektu věnována pozornost až v třetí kapitole.

²⁰³ Při porovnání ustanovení čl. 1 odst. 4 IRD není přitom zcela zřetelné, zda je zákonné negativní vymezení zprostředkovatelem, zástupcem nebo zmocněncem pouze demonstrativní výčet. Tento navíc opomíjí příklad správce majetku, který je výslovně uveden v IRD.

²⁰⁴ Zákon č. 261/2007 Sb. o stabilizaci veřejných rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů.

vlastníka rozšířena i na příjemce podílů na zisku, tj. na dividendy,²⁰⁵ a v tomto znění je ustanovení účinné i v současnosti.

Koncept skutečného vlastnictví je specifickým pravidlem proti vyhýbání se daňovým povinnostem, které podmiňuje osvobození od srážkové daně v případě úroků a licenčních poplatků plynoucích od českého rezidenta přímo kapitálově spojeným osobám v jiných členských státech Evropské unie, Evropského hospodářského prostoru a Švýcarska.²⁰⁶ V této souvislosti je třeba doplnit, že byť se definice skutečného vlastníka v zákoně vztahuje i na podíly na zisku, PSD ani samotná ustanovení zákona vymezující podmínky pro uplatnění osvobození těchto plateb plynoucích od českých rezidentů rezidentům jiných členských států EU nebo českým rezidentům²⁰⁷ podmínku skutečného vlastnictví neobsahují, na rozdíl od ustanovení relevantních pro úroky a licenční poplatky. Z tohoto důvodu tak lze mít za to, že se podmínka skutečného vlastnictví uplatní toliko na zákonné osvobození podílů na zisku a z převodu podílu plynoucích z některých dceřiných společností ve třetích zemích mateřským společenstvem v tuzemsku nebo v jiném členském státě EU ve smyslu § 19 odst. 9 ZDP a také ve smyslu § 19 odst. 10 zákona.

S ohledem na význam osvobození od srážkové daně na základě implementace unijních směrnic a potenciál pro vyhýbání se daňovým povinnostem je relativně překvapivé, že zákonnému pravidlu skutečného vlastnictví nebyla v tuzemsku věnována intenzivní pozornost. Za relevantní lze považovat pouze pokyn č. D–286, ke zdaňování příjmů daňových nerezidentů plynoucích ze zdrojů na území ČR, který ve svém čl. 1 pouze konstatuje, že pro poskytnutí výhod plynoucích mj. ze zákona plátce musí prokázat naplnění příslušných podmínek stanovených zákonem, tj. i skutečné vlastnictví příjmů. Současně se tomuto zákonnému SAAR detailně nevěnovaly do roku 2019 ani tuzemské soudy nebo SDEU.²⁰⁸

²⁰⁵ Viz např. SKALICKÁ, H.; SKALICKÝ, P. Vybrané problémy z mezinárodního zdanění – skutečný vlastník. *Bulletin KDP*, 2010, č. 1. str. 48.

²⁰⁶ § 19 odst. 1 písm. zj) a zk), § 19 odst. 5 bod 2 a § 19 odst. 8 ZDP.

²⁰⁷ Zejména § 19 odst. 1 písm. ze), § 19 odst. 3 a 4 ZDP.

²⁰⁸ K tomu viz také HORNOCHOVÁ, S.; NOVOTNÝ, R. Skutečný vlastník příjmů – víme, o čem přesně se bavíme? *Bulletin KDP*, 2020, č. 2.

V návaznosti na výše zavedenou metodiku²⁰⁹ pro určení frekvence využívání pravidel v judikatuře NSS lze konstatovat, že (unijní) pravidlo skutečného vlastnictví v tuzemských podmínkách skutečně nebývá předmětem soudních sporů. V zásadě byly identifikovány toliko dva spory, oba v období od roku 2018 do roku 2021, a to případy ve věci *SCB Foundry*²¹⁰ a *YOLT Services*.²¹¹ S ohledem na to, že druhé jmenované rozhodnutí nesouvisí ani tak s unijním pravidlem skutečného vlastnictví kodifikovaným v § 19 odst. 6 zákona, ale s tímto pravidlem obsaženým ve smlouvách o zamezení dvojího zdanění, bude níže věnována pozornost toliko prvnímu jmenovanému, které je pro pravidlo skutečného vlastnictví zásadní.

Současně na základě obdobné metodiky²¹² byla zkoumána také judikatura SDEU a byla identifikována pouze tři relevantní rozhodnutí. Prvním byl rozsudek ve věci *Scheuten Solar Technology*²¹³ v roce 2011, ve kterém SDEU v zásadě pouze rozhodl, že IRD nebrání vnitrostátnímu právu upravujícímu výši základu daně plátce úroků, tj. typicky pravidlům omezujícím uznatelnost úrokových nákladů. IRD se totiž dle SDEU zabývá pouze zdaněním na úrovni skutečného vlastníka příjmů srážkovou daní ve státě zdroje i rezidence, skutečnému vlastnictví se zde SDEU blíže nevěnoval. Výkladem unijního pravidla skutečného vlastnictví se SDEU zabýval až v dlouho očekávaných a zcela zásadních rozsudcích z roku 2019, a to ve spojených věcech *N Luxembourg*²¹⁴ a *T Danmark*.²¹⁵

S ohledem na význam judikatury NSS pro aplikaci vnitrostátních daňových norem a relevanci judikatury SDEU pro výklad pravidel s původem v unijním právu bude níže pravidlo skutečného vlastnictví zkoumáno právě ve světle těchto rozhodnutí.²¹⁶

²⁰⁹ Pro účely tohoto pravidla bylo fulltextové vyhledávání upraveno na "§ 19 odst. 6", soud NSS a oblast daň z příjmů.

²¹⁰ Rozhodnutí NSS ze dne 12. listopadu 2019, sp. zn. 10 Afs 140/2018 ve věci *SCB Foundry*.

²¹¹ Rozhodnutí NSS ze dne 15. února 2021, sp. zn. 1 Afs 73/2019 ve věci *YOLT Services*.

²¹² Na webu curia.europa.eu, kde byla pro účely tohoto pravidla vyhledávány rozsudky SDEU související s IRD a obsahující fulltextovou formulaci "beneficial owner".

²¹³ Rozhodnutí SDEU ze dne 21. července 2011, sp. zn. C-397/09.

²¹⁴ Rozhodnutí SDEU ze dne 26. února 2019, sp. zn. C-115/16, C-118/16, C 119/16, C-299/16.

²¹⁵ Rozhodnutí SDEU ze dne 26. února 2019, sp. zn. C-116/16 a C-117/16.

²¹⁶ Zde práce navazuje zejména na autorův článek publikovaný v roce 2020, který se tomuto tématu detailně věnoval, viz KAPPEL, J. Vybrané aspekty skutečného vlastnictví ve světle aktuální judikatury. *e-Bulletin KDP*, 2020, č. e6.

Rozhodnutí SDEU ve věci *N Luxembourg* a skutečné vlastnictví

Ve výše zmíněných rozhodnutích se SDEU musel vypořádat s komplexními a vzájemně provázanými předběžnými otázkami položenými dánským soudem v případě dividend a úroků placených dánskými společnostmi převážně lucemburským, švédským a kyperským holdin-gům s relativně omezenou ekonomickou substancí, ze kterých tyto příjmy následně plynuly společnostem ze třetích zemí. Zatímco v případě *N Luxembourg* plynuly příjmy z Dánska ve formě úroků z prodlení, v případě *T Danmark* šlo o dividendy.²¹⁷ Ve všech případech dánští plátcí daně argumentovali, že platby by měly být osvobozeny od dánské srážkové daně na základě implementace IRD nebo PSD, a naopak dánská finanční správa toto tvrzení rozpo-rovala. Následně dánský vrchní soud v těchto případech položil SDEU předběžné otázky.

Kromě skutečného vlastnictví se SDEU v těchto případech musel vypořádat i s aplikací (unijní) zásady zákazu zneužití práva a také podmínkou zdanění příjmů. S ohledem na to, že SDEU se skutečnému vlastnictví věnoval zejména v případě úroků, bude pozornost věno-vána nejdříve rozhodnutí *N Luxembourg*. V této souvislosti je třeba podotknout, že SDEU předběžné otázky položené dánským soudem stran skutečného vlastnictví položil do lehké abstraktní roviny a poskytnul první komplexnější výklad unijního pojmu skutečného vlast-nictví, vymezil jeho povahu a vztah jak k vnitrostátnímu, tak mezinárodnímu právu.

V této souvislosti SDEU především uvedl, že unijní koncept skutečného vlastnictví neodka-zuje k pojmům nebo konceptům, které jsou obsaženy v právních řádech členských států. Ve smyslu IRD je totiž nezbytné pojem skutečného vlastníka vyložit jako entitu, která má z úroků skutečný prospěch v rovině hospodářské reality, tj. pokud jsou tyto platby entitou přijímány pro sebe a nikoli pro jinou osobu. Současně SDEU na rozdíl od generální advo-kátky uvedl, že pro jinak autonomní výklad tohoto pravidla je relevantní koncept skutečného vlastnictví obsažený v čl. 11 Modelové smlouvy OECD z roku 1996, ze kterého IRD vychází

²¹⁷ K detailnímu popisu skutkového stavu viz HANSEN, H. S. The great hypocrisy – the “beneficial owner” cases: Překlad. *Danish Journal for Taxes and Duties*. 2011.

a sleduje podobný cíl a z tohoto pohledu jsou relevantní i pozdější materiály OECD, tedy zejména Modelové smlouvy a Komentáře.²¹⁸

Výše uvedené závěry SDEU vyvolaly téměř okamžitě řadu reakcí ze strany akademické obce i odborníků z praxe, které byly, nutno dodat, převážně kritické jak k ekonomickému pojetí skutečného vlastnictví, tak k relevanci materiálů OECD. S ohledem na to, že oba tyto aspekty jsou pro zkoumání účinnosti i souladu unijního pravidla skutečného vlastnictví se základními zásadami vnitrostátního i unijního práva stěžejní, jsou jim věnovány následující stránky.

Souvislosti interpretace skutečného vlastnictví v rozhodnutí *N Luxembourg*

Předmětem kritiky je zejména pojetí unijního pravidla skutečného vlastnictví v ekonomickém smyslu, ke kterému SDEU dospěl na základě teleologického a jazykového výkladu, když za skutečného vlastníka označil příjemce úroků, který z nich má skutečný, ekonomický užitek a má možnost svobodně rozhodnout o jejich využití.²¹⁹

S ohledem na to, že SDEU s pojmem skutečného vlastnictví intenzivně pracoval i v částech rozsudku, které se věnovaly zneužití práva a jeho prokazování, je současně otázkou, jaký vztah má toto pravidlo právě ke zneužití práva a pojmu tzv. konduitní neboli průtokové společnosti. V případě konduitní společnosti lze mít za to, že jde o úzce související ale nezávislý pojem,²²⁰ který je založen na ekonomické analýze, tj. na tom, zda entita provádí ekonomickou aktivitu, má materiální hospodářské výsledky nebo vlastní kapitál. Vzhledem k tomu, že obdobná ekonomická analýza je SDEU aplikována i v případě skutečného vlastnictví, lze

²¹⁸ *N Luxembourg*, body 84 a 90.

²¹⁹ *N Luxembourg*, bod 88 a 89 a BÆRENTZEN, S. Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest: A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? *World Tax Journal*. 2020, č. 12. str. 9-10.

²²⁰ V návaznosti na bod 83 *N Luxembourg* soud zřejmě dovozuje, že konduitní společnost je společností, která obecně postrádá ekonomickou podstatu. V případech těchto společností lze souhlasit, že současně nebude naplněno kritérium skutečného vlastnictví. Lze nicméně podotknout, že v praxi se lze setkat s případy, kdy průtokovou funkci k určitým příjmům plní společnosti, které mají v odlišné oblasti rozsáhlé činnosti, materiální i personální vybavení. Byť tyto společnosti disponují ekonomickou podstatou, tak nemusí a zpravidla nebudou skutečnými vlastníky příjmů, protože je materiálně nebudou schopny užívat, ale naopak je budou muset na základě zákonné, smluvní nebo faktické povinnosti nuceny je přeposlat dále.

mít za to, že postavení skutečného vlastníka musí být dle soudu založeno na širokém ekonomickém interpretativním přístupu.²²¹

V souvislosti se vztahem tohoto pravidla ke zneužití práva je nezbytné posoudit povahu konceptu skutečného vlastnictví. V této souvislosti existují v zásadě dva přístupy. První přístup akcentuje povahu tohoto konceptu jako pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem, resp. zneužívání, kdy by měla finanční správa prokazovat naplnění objektivních a subjektivních prvků. Naopak druhý přístup na toto pravidlo nahlíží jako na hmotněprávní podmínku osvobození od srážkové daně, kterou v zásadě primárně prokazuje daňový subjekt.²²²

Právě ve smyslu druhého přístupu zřejmě nahlíží na skutečné vlastnictví také SDEU, který uvádí, že členské státy mohou od daňových subjektů požadovat prokázání skutečného vlastnictví v ekonomickém smyslu, a to na rozdíl od zneužití práva, jehož podmínky prokazuje správce daně. Ke zpochybnění osvobození od srážkové daně tak finanční správě dle SDEU postačí pouze zpochybnit deklarovaného skutečného vlastníka a nemusí identifikovat, kdo je místo něj reálným skutečným vlastníkem.²²³ Z historického pohledu se tento přístup zdá být racionální, když koncept skutečného vlastnictví nebyl do IRD zřejmě vložen ani tak jako opatření proti zneužívání, ale byl zamýšlen k odlišení skutečného příjemce od prostředníků. Ve smyslu ekonomického pojetí této hmotněprávní podmínky tak má SDEU zřejmě za to, že i když společnost není povinna na základě zákonné nebo smluvní povinnosti příjem přeposílat, může být nucena toto činit také fakticky. V takovém případě pak tato společnost nemá možnost použít příjem ve svůj vlastní prospěch, a proto nemůže být považována za skutečného vlastníka.²²⁴

²²¹ DE PIETRO, C. Beneficial Ownership, Tax Abuse and Legal Pluralism: An Analysis in Light of the CJEU's Judgment Concerning the Danish Cases on Interest. *Intertax*, 2020, č. 12. str. 1079 an.

²²² RODRIGUEZ, J. L. Some Thoughts to Understand the Court of Justice Recent Case-Law in the Denmark Cases on Tax Abuse. *EC Tax Review*, 2020, č. 2. str. 80–82.

²²³ *N Luxembourg*, body 140 až 145.

²²⁴ GARIBAY, M. S., JANSSEN, J. J. M. What Should Be the Scope of the Beneficial Owner Concept? *Intertax*, 2020, č. 12. str. 1093 an.

V souvislosti s faktickou povinností přeposílat příjmy se široké ekonomické pojetí skutečného vlastnictví dle SDEU zásadně odlišuje od konceptu skutečného vlastnictví dle aktuálních materiálů OECD, které je užší, právní a zasahuje zejména zákonné a smluvní závazky. Z tohoto důvodu v kontextu OECD získává na úkor pravidla skutečného vlastnictví širší pole působnosti zejména zásada zneužití práva.²²⁵ V případě unijního konceptu skutečného vlastnictví je tak situace zcela opačná, když toto pravidlo naopak z důvodu svého širšího rozsahu omezuje působnost zásady zákazu zneužití práva. Tento důsledek byl, a zřejmě stále je i přes kodifikaci zákazu zneužití práva, v českém vnitrostátním právu ještě zvýrazněn subsidiární povahou zásady zákazu zneužití práva, která by měla být z důvodu konfliktu se zásadou právní jistoty restriktivně používána jen pokud nelze skutkový stav subsumovat pod jiné pravidlo, a pouze jako prostředek *ultima ratio*.

Na základě faktického přístupu je přitom ekonomické pojetí skutečného vlastnictví SDEU kritizováno, protože toto pravidlo tak může dopadat nejen na uspořádání směřující k vyhýbáním se daňovým povinnostem pomocí prostředníků, ale může zasáhnout i zcela legitimní mezinárodní struktury založené na *back-to-back* financování nebo poskytování sublicencí.²²⁶ V těchto uspořádáních příjemce zpravidla přijímá platby na své běžné účty, účtuje o nich, hradí z nich běžné náklady i náklady na získání původního financování nebo licence, nese související rizika, např. kreditní, měnové, tržní, a vykonává související funkce, které jsou odměněny na tržní úrovni. Z těchto důvodů by na základě užšího právního pojetí skutečného vlastnictví mělo být těmto uspořádáním osvobození přiznáno.²²⁷

Současně lze kritizovat také závěr SDEU, že přiznání osvobození ve státě zdroje si lze představit i v případě, že okamžitý příjemce platby ji převede jejímu skutečnému vlastníkovi, který je rezidentem členského státu EU a splňuje podmínky pro osvobození dle IRD.²²⁸ Vzhledem

²²⁵ DA PEITRO, op. cit., 2020, str. 1079 an.

²²⁶ Pro další příklady viz GARIBAY, M. S., JANSSEN, J. J. M., op. cit., 2020.

²²⁷ Ve smluvní situaci se lze v této souvislosti odkázat na rozhodnutí NSS ze dne 10. června 2011, sp. zn. 2 Afs 86/2010, ve věci *Elektrárny Opatovice*, kde druhý senát v kontextu skutečného vlastnictví dividend uvedl, že „Skutečnost, že dividendy byly zaslány jinému subjektu, však neznamená, že z nich nizozemská společnost neměla užitek tím, že jimi ubradila jiný svůj existující závazek, přičemž o příjmu i výdeji účtovala.“

²²⁸ Bod 94 rozhodnutí *N Luxembourg*.

k tomu, že by příjemci plateb nemohli být současně považováni za skutečné vlastníky, pravděpodobně by nebylo možné přiznat osvobození plynoucí z IRD ani ekonomickým skutečným vlastníkům.²²⁹

Pokud jde o závěry SDEU k relevanci materiálů OECD pro výklad unijního pojmu skutečného vlastnictví, lze konstatovat, že nejsou příliš přesvědčivé. I kdyby se unijní normotvůrce při návrhu směrnice inspiroval materiály OECD, unijní koncept skutečného vlastnictví obsahuje řadu specifických prvků, které svědčí ve prospěch autonomního výkladu tohoto pojmu.²³⁰ Za problematickou lze považovat také preferenci SDEU dynamicky interpretovat skutečné vlastnictví pomocí materiálů OECD, které byly zveřejněny až po přijetí směrnice.²³¹ I kdyby se přitom unijní normotvůrce při tvorbě IRD materiály OECD inspiroval, nedeklaroval to v souvislosti se skutečným vlastníkem v IRD, její preambuli, ani průvodních dokumentech. Z tohoto pohledu lze v použití materiálů OECD pro účely výkladu unijního pojmu spatřovat potenciální absenci demokratické legitimacy, když jsou tyto na rozdíl od unijních pramenů práva toliko doporučeními schvalovanými ve Výboru pro fiskální záležitosti OECD, které nepodléhají schválení legislativními orgány smluvních států,²³² s tím, že ne všechny smluvní státy OECD jsou členskými státy unie a naopak. Z tohoto důvodu by materiály OECD měly sloužit při výkladu unijního konceptu skutečného vlastnictví spíše jako intelektuální inspirace a zdroj doplňujících argumentů.²³³ Z tohoto pohledu je třeba doplnit relativně zajímavou nekonzistentnost v (dynamickém) přístupu SDEU, který se v citovaném

²²⁹ Třetí osoby, kteří jsou z ekonomického hlediska skuteční vlastníci totiž nejsou současně věřiteli pohledávky, ze které budou plynout úroky ze země zdroje. K tomu viz GONZÁLEZ-BARREDA, P. A. Hernández. Holding Companies and Leveraged Buy-Outs in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law and the Single Taxation Principle. *European Taxation*. 2019, č. 9, str. 38 a RODRIGUEZ, J. L., op. cit., 2020.

²³⁰ LANG, Michael, Pasquale PISTONE, Josef SCHUCH, Claus STARINGER a Alfred STORCK, eds. *Beneficial Ownership: Recent Trends*. Amsterdam: IBFD, 2013. str. 219-220.

²³¹ Naopak generální advokátka Juliane Kokott se ve svém stanovisku ze dne 1. března 2018 k relevanci materiálů OECD stavěla zdrženlivě a připouštěla spíše statickou interpretaci.

²³² DE BROE, L. a S. GOMMERS. Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases. *EC Tax Review*. 2019, č. 6. str. 293.

²³³ ZALASIŃSKI, A. The ECJ's Decisions in the Danish "Beneficial Ownership" Cases: Impact on the Reaction to Tax Avoidance in the European Union. *International Tax Studies*. 2019, č. 4, str. 60-61.

rozsudku opírá o Komentář k Modelové smlouvě z roku 2003, který byl v okamžiku směrnice již účinný a který byl z perspektivy výkladu širší než verze z let 2014 a 2017, které naopak dávaly přednost užšímu právnímu pojetí skutečného vlastnictví.²³⁴

Rozhodnutí *T Danmark* a skutečné vlastnictví u zdanění podílů na zisku

Ve skutkově obdobném rozhodnutí ve věci *T Danmark* se SDEU současně zabýval situací, kdy z dánských společností neplynuly příjmy do holdingových společností prostřednictvím úroků, ale prostřednictvím dividend. Podmínky osvobození dividend od srážkové daně ale na rozdíl od úroků neobsahují podmínku skutečného vlastnictví, resp. PSD tuto podmínku neobsahuje. SDEU přesto s odkazem na teleologickou interpretaci, resp. cíl PSD zamezit dvojímu zdanění zisku rozdělovaného dceřinou společností z jednoho členského státu mateřské společnosti z jiného členského státu, v zásadě dovodil implicitní podmínku, že příjemce dividend, který je rezidentem členského státu unie, musí být současně jejich skutečným vlastníkem.²³⁵ K tomuto závěru SDEU dospěl argumentací, že mechanismy PSD nejsou koncipovány pro situaci, kdy je skutečným vlastníkem dividend rezident třetího státu, takový subjekt totiž nemá právo čerpat výhody z režimu odstraňujícího daňová omezení vnitřního trhu, protože by v takové situaci osvobození ve státě zdroje mohlo vést k efektivnímu nezdanění dividend v rámci unie.²³⁶

Tuto argumentaci lze zcela oprávněně kritizovat s ohledem na konstantní judikaturu SDEU, na základě které by výhody plynoucí z unijního práva, zde z PSD, neměly být omezovány dodatečnými podmínkami pro které neexistuje dostatečný právní základ, a které by tak narušily princip právní jistoty.²³⁷ Na druhou stranu lze předpokládat, že tento, byť restriktivní výklad PSD, bude akceptován také soudy členských států a zejména finančními správami. V případě českého právního prostředí lze v tomto ohledu poukázat na judikaturu NSS, který

²³⁴ DE BROE, GOMMERS, op. cit., 2019, str. 293.

²³⁵ CFE. *Opinion Statement ECJ-TF 2/2019 on the CJEU decisions of 26 Feb. 2019 in Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and 299/16, N Luxembourg I et al, and Cases C-116/16 and 117/17 T Denmark et al, concerning the 'beneficial ownership' requirement and the anti-abuse principle in the company tax directives.* str. 13 a 14. Brusel: CFE Tax Advisers Europe, 2019.

²³⁶ *T Danmark*, body 111 až 113.

²³⁷ Contra DE BROE, GOMMERS, op. cit., 2019, str. 294 a 295.

například dovodil na základě (restriktivního) výkladu pojmu příjemce plateb smluvní podmínku skutečného vlastnictví i v případě historických smluv o zamezení dvojího zdanění, které ji explicitně neobsahovaly.²³⁸

Odraz rozhodnutí *N Luxembourg* a *T Danmark* v zahraniční judikatuře

Výše uvedená rozhodnutí SDEU se v následujících letech promítla také do judikatury vrcholných soudů jiných členských států EU. V této souvislosti lze poukázat zejména na dánské případy, které k těmto rozhodnutím vedly. Zatímco v dividendových případech ve spojených věcech *T Danmark* dánský vrchní soud rozhodnul už v květnu 2021 na základě interpretace SDEU tak, že holdingy nebyly skutečnými vlastníky a nárok na osvobození nemají,²³⁹ u dvou úrokových případů ve spojených věcech *N Luxembourg* rozhodnutých na podzim 2021 je situace komplexnější. Přestože dánský soud v souladu s interpretací SDEU odmítl, že by lucemburské a švédské holdingy byly skutečnými vlastníky, v jednom z rozsudků dánský soud identifikoval třetí osobu, rezidenta Lucemburska, který za skutečného vlastníka sice mohl být považován, ale nesplnil podmínku skutečného zdanění, k tzv. *subject-to-tax* viz dále, a poskytnutí osvobození odmítl.²⁴⁰ Nutno podotknout, že proti všem rozsudkům dánského vrchního soudu byla podána odvolání k dánskému Nejvyššímu soudu a vrchní soud se současně musí vypořádat s dalšími dvěma úrokovými případy, které byly řešeny v rámci *N Luxembourg*.²⁴¹

V návaznosti na citovaná rozhodnutí SDEU posoudil případ skutečného vlastnictví úroků plynoucích od španělské společnosti nizozemskému finančnímu holdingu například španělský Ústřední daňový soud. S ohledem na to, že z nizozemského holdingu byly úroky ihned preposílány spojené osobě s daňovou rezidencí v Andoře, bylo osvobození od španělské srážkové daně odmítnuto s poukazem na pravidlo skutečného vlastnictví dle výkladu SDEU,

²³⁸ Zde lze zmínit zejména již citovaný rozsudek ve věci *Elektrárny Opatovice*, kde NSS odmítl námitky daňového subjektu, že smlouva s Nizozemím podmínku skutečného vlastnictví neobsahuje s velmi stručnou argumentací, že pojem příjemce plateb takto byl vždy chápán.

²³⁹ Rozsudky dánského Východního vrchního soudu ze dne 3. května 2021, č. B-1980-12 a B-2173-12.

²⁴⁰ Rozsudky dánského Východního vrchního soudu ze dne 25. listopadu 2021, č. B-2942-12 a B-171-13.

²⁴¹ Pro podrobnosti viz neoficiální překlad rozsudků vrchního soudu na LinkedInu [Susie Baeretzen](#) a její příspěvky na webu [mnetax.com](#).

a to přes to, že toto pravidlo nebylo ve španělských předpisech explicitně transponováno.²⁴² V rozsudku ze stejného dne Ústřední daňový soud řešil také skutečné vlastnictví v případě dividend plynoucích lucemburské společnosti, která měla sídlo registrované u externího poskytovatele služeb, zaměstnanci tohoto poskytovatele působili jako ředitelé lucemburské společnosti, jinak neměla žádné zaměstnance a pouze přeposílala dividendy na roční bázi katarské mateřské společnosti. Z těchto důvodů soud uzavřel, že lucemburská společnost nebyla skutečným vlastníkem dividend a na osvobození tak neměla nárok.²⁴³

K opačnému výsledku dospěl s odkazem na rozhodnutí SDEU italský Nejvyšší soud, který posuzoval skutečné vlastnictví v případě úroků plynoucích od italské společnosti lucemburskému finančnímu holdingu, který následně v návaznosti na smlouvu o *back-to-back* financování platil úroky jiné spojené společnosti. I přes to, že si lucemburský holding ponechával relativně nízkou marži 0,125 %, nefungoval dle Nejvyššího soudu jako průtoková entita, protože měl z těchto úroků ekonomický užitek neomezený smluvní nebo zákonnou povinností přeposlat je jiné společnosti.²⁴⁴ K závěru, že lucemburský holding přitom byl skutečným vlastníkem Nejvyšší soud dospěl na základě ekonomické a funkční a rizikové analýzy této společnosti, když zjistil, že její vybavení odpovídalo jejím aktivitám v rámci finanční a *treasury* funkce pro celou skupinu a lucemburská společnost byla schopna činit nezávislá rozhodnutí ve vztahu k přijatým platbám.²⁴⁵ Tento závěr je přitom diametrálně odlišný od předcházející judikatury italského Nejvyššího soudu, který například shledal absenci skutečného vlastnictví i v případě sublicenčních poplatků placených společností s vlastními prostory, zaměstnanci, funkcemi i relativně vysokou vlastní ziskovou marží, a byl proto zcela oprávněně kritizován.²⁴⁶

²⁴² Rozhodnutí španělského Ústředního daňového soudu ze dne 8. října 2019, č. 185/2017.

²⁴³ Rozhodnutí španělského Ústředního daňového soudu ze dne 8. října 2019, č. 2188/2017.

²⁴⁴ Lze argumentovat, že v tomto ohledu italský Nejvyšší soud zřejmě sleduje právní pojetí pravidla skutečného vlastnictví spíše než jeho široké ekonomické pojetí SDEU ne/zahrnující i právně nebo smluvně nesouvisející, ale fakticky navazující platby.

²⁴⁵ Rozhodnutí italského Nejvyššího soudu ze dne 10. července 2020, sp. zn. 14756.

²⁴⁶ Rozhodnutí italského Nejvyššího soudu ze dne 19. prosince 2018, sp. zn. 32840 kritizované např. v HORNOCHOVÁ, S., NOVOTNÝ, R., op. cit., 2020, str. 67-68.

V návaznosti na výše uvedené lze konstatovat, že rozhodnutí SDEU měla stran výkladu skutečného vlastnictví relativně významný dopad ve vcelku krátkém čase i do zahraniční judikatury, která s těmito rozhodnutími také dále pracuje.

Aplikace unijního pravidla skutečného vlastnictví v aktuální české judikatuře

V případě rozsudku ve věci *SCB Foundry* se NSS musel vypořádat se skutkovým stavem, kdy tento český daňový subjekt platil (sub)licenční poplatky za výrobní know-how českému daňovému rezidentovi ČKD Kutná Hora, a.s., který nebyl technicky vzato povinen tyto poplatky přeposílat, ale na základě licenční smlouvy musela platit licenční poplatky společnosti Uralvagonzavod, ruskému daňovému rezidentovi.

S argumentací, že skutečným vlastníkem (sub)licenčních poplatků není společnost ČKD, přes kterou poplatky pouze protékají, ale skutečným vlastníkem je až Uralvagonzavod, finanční správa toto uspořádání napadla a doměřila společnosti *SCB Foundry* srážkovou daň ve výši dle smlouvy o zamezení dvojího zdanění s Ruskou federací.²⁴⁷

Daňový subjekt zcela správně namítal, že (sub)licenční poplatky byly placeny českému rezidentovi a srážková daň se na vnitrostátní transakce vůbec neaplikuje. Ve smyslu právního pojetí skutečného vlastnictví společnost dále argumentovala, že ČKD poplatky přijímala ve svůj prospěch, nakládala s nimi dle svého uvážení a nebyla je povinna je pouze přeposílat. Společnost tak zřejmě odkazovala na již zmíněnou verzi Komentáře OECD k modelové smlouvě z roku 2014 nebo 2017, která vyjasnila, že mezi smluvní závazky, které vylučují skutečné vlastnictví nepatří povinnosti, které nejsou závislé na přijetí plateb.

Na tyto kasační námitky daňového subjektu přitom NSS odpověděl naneštěstí jen velmi stručně, protože kasační stížnost byla toliko doslova převzatou žalobou. NSS měl zejména za to, že v této věci jde o výklad ustanovení § 19 odst. 6 ZDP a na základě tohoto ustanovení

²⁴⁷ Lze spekulovat, zda byla struktura správcem daně napadena z důvodu, že srážkovou daň neodvedla společnost ČKD, která byla v předmětné době insolventní a správce daně nemohl daň od nikoho jiného než SCB Foundry vybrat. Viz rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 14. března 2018, sp. zn. 50 Af 13/2017.

odmítl, že by ČKD byla ve světle konkrétních okolností případu skutečným vlastníkem, protože ji tížila smluvní povinnost platit licenční poplatky Uralvagonzavodu, byť přísně vzato nebyla povinna nic přeposílat.

I vzhledem k velice stručnému až nedostatečnému odůvodnění rozsudku se dle autora nelze přitom s přístupem NSS metodologicky ztotožnit. V případě platby (sub)licenčních poplatků mezi SCB Foundry a ČKD se totiž jednalo o vnitrostátní transakci, na kterou se srážková daň dle ZDP neaplikuje a odůvodnění NSS naneštěstí neobsahuje promyšlenou argumentaci, proč lze tento skutkový stav odmítnout ve prospěch hypotetické ekonomické reality spočívající v platbách od SCB Foundry přímo Uralvagonzavodu a umožnit aplikaci srážkové daně. NSS, resp. správce daně se v tomto ohledu mohli opřít o některou z obecných právních zásad jako je dissimulace, obcházení zákona nebo zásada zákazu zneužití daňového práva, přičemž skutkový stav to v tomto případě pravděpodobně umožňoval. V tomto ohledu je navíc nezbytné poukázat na to, že ČKD nebyla schránkovou entitou, ale vykonávala ekonomickou činnost.

Současně není zcela zřejmé, proč NSS aplikoval vnitrostátní ustanovení § 19 odst. 6 ZDP, které obsahuje vymezení skutečného vlastníka pro účely osvobození úroků, licenčních poplatků a částečně také dividend zpravidla v unijních situacích. Pokud NSS skutkový stav v zásadě posoudil situaci s mezinárodním prvkem, měl spíše aplikovat smluvní pravidlo skutečného vlastnictví obsažené ve smlouvě o zamezení dvojího zdanění, a to zejména ve světle standardních výkladových postupů dle Vídeňské úmluvy o smluvním právu.²⁴⁸ Přitom je nezbytné smluvní pravidla posuzovat v zásadě autonomně.²⁴⁹

NSS současně odmítl i námitky daňového subjektu stran právního pojetí skutečného vlastnictví v Komentáři OECD s tím, že ČKD měla povinnost předávat licenční poplatky, byť

²⁴⁸ V českém prostředí publikována jako Vyhláška č. 15/1988 Sb., o Vídeňské úmluvě o smluvním právu, ve znění pozdějších předpisů.

²⁴⁹ Nutno ale podotknout, že ani odkaz čl. 3 odst. 2 Smlouvy o zamezení dvojího zdanění s Ruskou federací by nezbavil NSS povinnosti vykládat smlouvu o zamezení dvojího zdanění dle Vídeňské úmluvy o smluvním právu. V důsledku by se soud při výkladu pojmu skutečného vlastnictví ve smlouvě musel pravděpodobně opřít o Komentář OECD, byť lze polemizovat na základě jakého ustanovení Vídeňské úmluvy.

současně uznává, že přísně vzato povinnost poplatky přeposílat neměla.²⁵⁰ Z rozhodnutí krajského soudu ani NSS přitom nelyne, že by ČKD byla povinna platby přeposlat, ale to, že měla svůj samostatný závazek platit licenční poplatky, a to bez ohledu zda od SCB Foundry obdržela (sub)licenční poplatky.²⁵¹

Argumentace daňového subjektu předcházející judikaturu NSS, tj. ve věci *Teplárny Otrokovice*, není dle autora v této souvislosti nepřipadná. V tomto případě totiž druhý senát explicitně uvedl, že použití přijatých plateb na úhradu jiných závazků nevylučuje, že příjemce z nich má užitek, tj. lze jej považovat za skutečného vlastníka.

V návaznosti na tento rozsudek tak lze racionálně argumentovat, že NSS aplikoval ve skutečnosti při určování skutečného vlastníka licenčních poplatků jeho ekonomické pojetí. S ohledem na skutkový stav je totiž jasné, že ČKD na (sub)licenčních poplatcích nerealizovala žádný zisk a zřejmě v této souvislosti nesla minimální funkce a rizika, a proto ji nelze považovat za ekonomického skutečného vlastníka. Byť je tento závěr možná vzhledem k okolnostem případu subjektivně spravedlivý, NSS svým nedostačujícím odůvodněním stran ekonomického pojetí skutečného vlastnictví, a to navíc ve vnitrostátní situaci, vnesl do interpretace a aplikace unijního pravidla skutečného vlastnictví zcela zásadní právní nejistotu, zda toto pravidlo nedopadne naprosto nepředvídatelně na existující a zcela legitimní struktury, například postavené na (sub)licenčních modelech nebo *back-to-back* financování.

S odkazem na výše uvedenou judikaturu přitom aktuálně rozhodl v případě (sub)licenční struktury zřejmě ve smyslu ekonomického pojetí unijního pravidla skutečného vlastnictví také Městský soud v Praze ve věci *Avon Cosmetics*, kde shledal, že na (sub)licenční poplatky smluvně ani právně nenavazující licenční poplatky, které byly v nižší výši s mírně odlišnou

²⁵⁰ Komentář OECD z roku 2014 navíc výslovně rozlišuje mezi skutečným vlastnictvím plateb a vlastnictvím práv duševního vlastnictví, což NSS zřejmě nečiní. Pokud by se NSS v souladu se svojí konstantní judikaturou přidržel dynamického výkladu smluv o zamezení dvojího zdanění musel by zjevně v souladu s Vídeňskou úmluvou přihlédnout k aktuálnímu Komentáři a vyjít z právního pojetí skutečného vlastnictví ve smyslu podmíněné aplikační přednosti před vnitrostátním ustanovením, které by bylo vyloženo v souladu s rozsudkem SDEU ve věci *N Luxembourg* ve smyslu ekonomického pojetí.

²⁵¹ Pravděpodobně by bylo možné kvalifikovaně odargumentovat, proč jde v tomto konkrétním případě spíše o přímo související (*connected*) než o nesouvisející (*unconnected*) závazek, to ale NSS nečiní.

splatností, jsou fakticky přeposíláním a zisková marže držitele licence je toliko odměnou za správu poplatků. Lze nicméně předpokládat, že v této věci bude podána kasační stížnost a věc tak bude věcně posouzena NSS.²⁵²

Shrnutí k účinnosti unijního pravidla skutečného vlastnictví a jeho vztahu k obecným zásadám práva EU a vnitrostátního práva

V návaznosti na výše uvedenou soudní praxi lze vyhodnotit, nakolik je unijní pravidlo skutečného vlastnictví účinné. Ohledem na jeho relativně úzké věcné zaměření, tedy osvobození od srážkové daně vztahující se na úroky, licenční poplatky, a v některých případech zřejmě také podíly na zisku placené českými daňovými rezidenty spřízněným společností do jiných členských států,²⁵³ lze rozumně argumentovat, že je vhodně konstruováno. Vzhledem ke svému cíli, tj. zamezit vyhýbání se daňovým povinnostem pomocí prostředníků, tak může být považováno za potenciálně účinné. V kontextu českých podmínek k účinnosti tohoto pravidla přispívá také skutečnost, že před uplatněním osvobození ze zákona musí plátce daně získat u úroků a licenčních poplatků rozhodnutí dle § 38nb ZDP, v rámci kterého správce daně posuzuje, zda mu náleží nárok na osvobození, tj. také zda je splněna podmínka skutečného vlastnictví.

S ohledem na to, že skutečné vlastnictví je v českém právním prostředí aplikováno jako hmotněprávní podmínka nároku na osvobození, přispívá k efektivitě tohoto specifického pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem také to, že primární důkazní břemeno nese plátce daně. V případě, že primární důkazní břemeno neunesou nebo nedokáží vyvrátit pochybnosti správce daně o tom, že příjemce není skutečným vlastníkem, není na základě judikatury SDEU nezbytné, aby správce daně skutečného vlastníka identifikoval. Současně toto

²⁵² Rozhodnutí Městského soudu v Praze ze dne 8. února 2021, sp. zn. 6 Af 36/2020.

²⁵³ Contra zejména Weber, dle kterého ani na základě rozhodnutí *T Danmark* nelze dovodit implicitní pravidlo skutečného vlastnictví pro dividendy, spíše zastává názor, že toto rozhodnutí by mělo být vnímáno optikou zneužití práva. Viz WEBER, D. EU Beneficial Ownership Further Developed: A View from a Different Angle. *World Tax Journal*, 2022, č. 1. Byť lze s tímto názorem souhlasit v tom smyslu, že skutečné vlastnictví nebo také podmínka zdanění neodpovídá povaze zdanění dle PSD, lze předpokládat, že finanční správa bude s odkazem na tento rozsudek tato pravidla postupem času aplikovat i v případě dividend.

pravidlo není založeno na prokazování motivace daňového subjektu nebo na aplikaci teleologického kritéria, což jeho účinnost dále zvyšuje. S ohledem na to, že český plátcé zodpovídá pod svojí majetkovou odpovědností za aplikaci srážkové daně ve správné výši, tj. včetně skutečného vlastnictví, případný doměrek správce daně může také relativně snadno vymoci.

S ohledem na výše uvedené lze ve vztahu k obecným pravidlům proti vyhýbání se daňovým povinnostem, také kvůli *ultima ratio* povaze zneužití práva, předpokládat, že toto pravidlo v rámci svého rozsahu bude postupně stále častěji aplikováno a taktéž budou postupně vznikat soudní spory, které poskytnou další vodítka k (ekonomickému) pojetí tohoto institutu.

Autor této práce se již v praxi setkal s několika případy, kdy správce daně na základě pravidla skutečného vlastnictví zamítl žádost o rozhodnutí o osvobození licenčních poplatků dle § 38nb nebo *ex post* skutečné vlastnictví rozporoval, třebaže toto rozhodnutí předtím sám vydal. Nutno podotknout, že žádný z těchto případů nevykazoval znaky zneužívajících transakcí.

V kombinaci s ekonomickým pojetím tohoto pravidla, jak jej interpretoval SDEU a současně i v případě (zdánlivě) vnitrostátních transakcí dle NSS lze toto pravidlo považovat za natolik účinné, že může být v konkrétních případech v přímém rozporu se zásadami českého daňového a ústavního práva, jmenovitě zásadou legality, právní jistoty a předvídatelnosti práva. Ostatně z těchto pozic důvodně kritizují unijní pravidlo skutečného vlastnictví také Hornochová s Novotným,²⁵⁴ kteří současně argumentují i z pozice plátce daně, který se musí spolehnout na informace a důkazní prostředky poskytnuté příjemcem, tyto správně vyhodnotit a aplikovat pravidlo se zatím relativně neustáleným výkladem a za správné stanovení odpovídat bez ohledu na své zavinění. S těmito argumenty se lze na základě praktických zkušeností autora této práce zcela ztotožnit, zejména v případě odvětví správy cenných papírů je plátcé daně ve skutečně nezáviděníhodné pozici. Z pohledu vnitrostátních zásad tak lze mít za to,

²⁵⁴ HORNOCHOVÁ, S., NOVOTNÝ, R., op. cit, 2020, str. 70-71.

že pravidlo skutečného vlastnictví může v některých případech, typicky u apriorního schválení osvobození rozhodnutím dle 38nb ZDP, kromě zásady právní jistoty být také v rozporu s legitimním očekáváním.

Z perspektivy souladu české implementace unijního pravidla skutečného vlastnictví se základními unijními zásadami je nejdříve třeba konstatovat, že jde v zásadě o téměř *verbatim* převzetí čl. 1 odst. 4 IRD. Z tohoto důvodu je nezbytné způsob, jakým je skutečné vlastnictví aplikováno v českém prostředí posuzovat pouze ve světle obecných zásad práva EU. V této souvislosti je třeba podotknout, že přestože bylo pravidlo skutečného vlastnictví v nedávné době ve věcech *T Danmark* a *N Luxembourg* předmětem výkladu SDEU, který toto pravidlo posunul směrem k ekonomickému pojetí, nelze rezignovat na jeho vyhodnocení. S ohledem na to, že vnitrostátní a unijní zásady se do jisté míry překrývají,²⁵⁵ lze racionálně argumentovat, že v individuálních případech toto pravidlo může kolidovat se zásadou právní jistoty a legitimního očekávání.²⁵⁶ Obdobně je otázkou, nakolik je toto pravidlo proporční k účelu, který má naplňovat, tj. zabránění optimalizací pomocí prostředníků, což je nepochybně legitimní cíl. Z této perspektivy lze argumentovat, že v praxi může toto pravidlo příliš přísně dopadat na plátce daně zejména v oblasti dokazování, když musejí dokazovat v zásadě vše (a to v návaznosti na podklady získané od příjemce, které plátce nemusí mít ve své dispozici) a správce daně stačí vyjádřit toliko pochybnosti, které nemusí ani opodstatnit označením alternativního skutečného vlastníka. Stejně tak lze pochybovat, o tom, zda je přiměřený následek zpochybnění skutečného vlastnictví pro plátce daně, tedy doměření (nahrubnění) srážkové daně, penále a úroku z prodlení, když případná nesprávnost nemusí být vůbec z jeho strany zaviněná.

Na základě výše uvedeného lze konstatovat, že pravidlo skutečného vlastnictví je v rámci svého rozsahu dostatečně účinné, a to až do té míry, že může být v individuálních případech

²⁵⁵ Což ostatně není překvapivé vzhledem k tomu, že inspirací pro vznik obecných zásad práva EU jsou základní zásady společné členským státům.

²⁵⁶ V souvislosti s unijním právem tato zásada vyžaduje, aby zákony a rozhodnutí byly předvídatelné ve vztahu k jejich právním následkům, a tak bylo zabráněno zbytečné svévoli, viz WEBER, D., SIRITHAPORN, T. *Legal Certainty, Legitimate Expectations, Legislative Drafting, Harmonization and Legal Enforcement in EU Tax Law*. IN: BROKELIND, C. *Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law*. Amsterdam:IBFD, 2014.

v rozporu se zásadami právní jistoty, legitimním očekáváním a proporcionality. Z těchto důvodů by zejména správce daně měl toto pravidlo aplikovat uvážlivě, a ideálně důkladně posuzovat již žádosti o rozhodnutí o osvobození dle § 38nb ZDP, aby bylo bráněno případným nákladům na straně plátce. Stejně tak je nezbytné obezřetnost doporučit plátcům, kteří by měli naplnění podmínky skutečného vlastnictví detailně posuzovat a archivovat všechny související podklady pro účely případného přezkumu ze strany správce daně.

2.1.2 Podmínka *subject-to-tax* v souvislosti se srážkovou daní

V návaznosti na problematiku skutečného vlastnictví se SDEU v rozhodnutích *T Danmark* a *N Luxembourg* věnoval také další podmínce osvobození úroků, licenčních poplatků a dividend plynoucích z transpozice IRD a PSD, tedy tzv. podmínce *subject-to-tax*. Tato podmínka spočívá v tom, že příjemce těchto plateb z jiného členského státu musí podléhat některé z daní uvedených ve směrnici, které mají charakter podobný dani z příjmů, pokud od této daně není osvobozen nebo si může osvobození zvolit. Výklad podstaty této podmínky přitom před rozhodnutími *T Danmark* a *N Luxembourg* prošel judikatorním vývojem jak u SDEU,²⁵⁷ tak i u vrcholných soudů členských států.²⁵⁸ Naopak v českém právním prostředí je tato podmínka prozatím jak judikaturou, tak praxí správce daně v zásadě netknuta. S ohledem na to, že právě ve výše zmíněné judikatuře je obdobně jako skutečného vlastnictví tato podmínka aplikována v zásadě jako specifické pravidlo proti vyhýbání se daňovým povinnostem, je třeba se českými implementujícími ustanoveními²⁵⁹ zabývat a pro účely této práce je podrobit kritickému zkoumání.²⁶⁰

Právní úprava podmínky *subject-to-tax* a její zdánlivě subjektivní povaha

²⁵⁷ Například rozhodnutí SDEU ze dne 8. března 2017, sp. zn. C-448/15, ve věci *Wereldhave*.

²⁵⁸ Např. rozhodnutí italského Nejvyššího soudu ze dne 13. prosince 2018, č. 32255, a ze dne 10. října 2019, č. 25490.

²⁵⁹ S ohledem na to, že příslušná ustanovení § 19 odst. 3 ZDP, čl. 2 písm. a) bod iii) PSD a čl. čl. 3 písm. a) bod iii) IRD jsou materiálně shodná, je tato problematika posuzována společně pro dividendy, úroky i licenční poplatky.

²⁶⁰ V tomto ohledu práce navazuje zejména na autorův článek publikovaný v roce 2021, který se tomuto tématu detailně věnoval, viz KAPPEL, Jiří. Několik poznámek k podmínce *subject-to-tax* ve světle aktuální judikatury. *Daně a právo v praxi*, 2021, č. 3.

Podmínka *subject-to-tax* je v zásadě tvořena dvěma kvalifikačními kritérii – pozitivním a negativním. Pozitivní kritérium spočívá v povinnosti podléhat dani obdobné dani z příjmů specifikované ve směrnici a uveřejněné ve Finančním zpravodaji. Negativní kritérium naopak spočívá v zákazu osvobození daňového subjektu od této daně nebo možnosti jeho volby.²⁶¹

Na základě gramatického výkladu textu daných ustanovení směrnic a ZDP bylo v minulosti v rámci odborné veřejnosti předpokládáno, že *subject-to-tax* podmínka je naplněna, pokud příjemce plateb subjektivně podléhá dani z příjmů a současně se na něj neaplikuje subjektivní, v české daňověprávní terminologii osobní, osvobození.²⁶² Z tohoto pohledu by naopak na splnění této podmínky nemělo mít vliv, zda jsou konkrétní příjmy daňového subjektu předmětem objektivního, v naší terminologii věcného, osvobození nebo speciálního režimu, nebo zda byly příjmy efektivně zdaněny, případně zda byla stanovená daň vybrána.²⁶³ Tento výklad se zdál opodstatněný také na základě historického vývoje, když po přijetí IRD Evropská komise argumentovala, že je třeba směrnicí novelizovat a umožnit odmítnutí osvobození i na základě objektivního osvobození, tj. v případě nezdanění konkrétních příjmů. Vzhledem k tomu, že tento návrh novelizace IRD nebyl přijat, bylo by možné argumentovat, že negativní kritérium spočívá toliko na subjektivním osvobození nebo jeho možnosti.²⁶⁴

Na pojetí negativního kritéria podmínky ve smyslu subjektivního osvobození mohlo být usuzováno i na základě judikatury SDEU v případě lucemburského investičního fondu.²⁶⁵ Na základě subjektivního pojetí negativního kritéria posoudil SDEU také skutkový stav ve věci *Wereldhave*, u které posuzoval naplnění podmínky *subject-to-tax* u nizozemského režimu pro fiskální investiční společnosti. V rámci tohoto režimu tyto společnosti sice byly formálně poplatníky nizozemské daně z příjmů, ale pokud své příjmy vyplatily svým společníkům, měly nárok na nulovou sazbu daně. SDEU na základě systematického a teleologického argumentu uzavřel, že na základě negativního kritéria musí být výhody plynoucí z PSD vyloučeny

²⁶¹ Ustanovení § 19 odst. 3 ZDP in fine.

²⁶² Viz ARGINELLI, P. The Subject-to-Tax Requirement in the EU Parent-Subsidiary Directive (2011/96). *European Taxation*, 2017, č. 8.

²⁶³ Např. MAISTO, G. *Taxation of Intercompany Dividends Under Tax Treaties and EU Law*. Amsterdam: IBFD, 2012. str. 442 a 443.

²⁶⁴ GOVID, S., VAN WEST, J.-P. *Hybrid Entities in Tax Treaty Law*. Vídeň: Linde Verlag GmbH, 2020. str. 546.

²⁶⁵ Bod 27 rozhodnutí SDEU ze dne 18. června 2009, sp. zn. C-303/07.

také v situacích, kdy společnost sice dani formálně podléhá, ale materiálně jí nemá povinnost zaplatit. Byť se v tomto případě SDEU přidržel subjektivního pojetí, tak do ní promítl zásadu přednosti obsahu před formou, když konstatoval, že nulovou sazbu zdanění lze považovat za materiální osobní osvobození.

Na základě výše uvedeného by bylo možné se domnívat, že podmínku *subject-to-tax* je třeba vykládat jako subjektivní, tj. zda je příjemce poplatníkem daně z příjmů nebo obdobné daně, a že se na něj neaplikuje osobní osvobození. Současně je třeba poznamenat, že tento standard bývá uplatňován i v praxi, kdy je splnění této podmínky dle zkušeností autora zpravidla plátcem daně ověřováno pouze na základě stručného potvrzení správce daně z jiného členského státu, že jeho rezident je poplatníkem příslušné daně, a to bez dalšího podrobného zkoumání.

Koncepční obrat k objektivnímu pojetí podmínky *subject-to-tax*

Kromě problematiky skutečného vlastnictví a zásady zákazu zneužití práva ale SDEU v rámci rozhodnutí ve věci *N Luxembourg* interpretoval také podmínku *subject-to-tax*, a to koncepčně odlišně od jejího původního subjektivního pojetí. V tomto případě se totiž soud musel vypořádat s tím, že lucemburským holdingům plynuly úroky od dánských společností, s tím že tyto příjmy byly osvobozeny od lucemburské daně. SDEU na základě cíle IRD zabránit dvojímu zdanění a zajistit zdanění příjmů jednou v jednom členském státě dospěl ke kvalitativně odlišnému pojetí negativního kritéria, tj. že cíl směrnice je naplněn, pokud jsou konkrétní příjmy u příjemce efektivně zdaněny.²⁶⁶

K obdobnému závěru přitom dospěl nezávisle na SDEU také italský Nejvyšší soud již v roce 2018 v případě osvobození od italské srážkové daně u dividend placených lucemburské společnosti, které na její úrovni nebyly efektivně zdaněny na základě lucemburského věcného osvobození. Dle italského Nejvyššího soudu by v této situaci případné osvobození na italské straně způsobilo dvojí nezdanění.²⁶⁷ S těmito závěry se italský Nejvyšší soud ztotožnil také v obdobném případě v roce 2019, kdy současně explicitně uvedl, že podmínka *subject-to-tax*

²⁶⁶ Body 151 až 153 rozhodnutí *N Luxembourg*.

²⁶⁷ Rozhodnutí italského Nejvyššího soudu ze dne 13. prosince 2018, č. 32255.

vyžaduje efektivní zdanění příjmů specifikovaných ve směrnici, a protože dividendy byly od lucemburské daně z příjmů osvobozeny, nelze osvobození od italské srážkové daně přiznat.²⁶⁸

Je otázkou, zda lze rozhodnutí ve věci *N Luxembourg* chápat jako koncepční změnu zkoumání negativního kritéria podmínky *subject-to-tax* ve smyslu objektivního osvobození nebo jde pouze o ojedinělé rozhodnutí založené na specifických skutkových okolnostech spočívajících ve vyhýbání se daňovým povinností. Autor tohoto výzkumu má za to, že skutečnost, že tento rozsudek vynesl velký senát SDEU, svědčí spíše o druhé možnosti a toto rozhodnutí budou senáty SDEU reflektovat ve své další činnosti a jeho argumentaci také převezmou soudy členských států.²⁶⁹

K aplikaci, účinnosti a souladu podmínky *subject-to-tax* se základními zásadami

Z pohledu aplikace podmínky *subject-to-tax* v soudní praxi bylo na základě výše popsané zavedené metodiky²⁷⁰ zjištěno, že toto pravidlo nebylo prozatím předmětem sporu řešeného před NSS. V případě unijní judikatury lze na základě obdobné metodiky²⁷¹ identifikovat pouze pět rozhodnutí, přičemž na základě jejich prostudování lze za skutečně relevantní označit toliko citované rozsudky ve věcech *Werelhave*²⁷² a *N Luxembourg*. Lze mít za to, že relativně nízká frekvence sporů souvisejících s tímto pravidlem, je zejména v našem prostředí, způsobena zřejmě mechanickou a téměř formální aplikací této podmínky ve smyslu subjektivního pojetí, která není plátcem ani správcem daně detailně přezkoumávána. S ohledem na rozhodnutí *N Luxembourg* lze předpokládat, že tento benevolentní přístup správce daně

²⁶⁸ Rozhodnutí italského Nejvyššího soudu ze dne 10. října 2019, č. 25490.

²⁶⁹ GONZÁLEZ-BARREDA, P. A. Hernández. Holding Companies and Leveraged Buy-Outs in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law and the Single Taxation Principle. *European Taxation*, 2019, č. 9.

²⁷⁰ Pro účely tohoto pravidla bylo fulltextové vyhledávání upraveno na „podléhá některé z daní“, soud NSS a oblast daň z příjmů, přičemž byly testovány i další související řetězce.

²⁷¹ Na webu curia.europa.eu, kde byla pro účely tohoto pravidla vyhledávány rozsudky SDEU související s IRD a PSD a obsahující fulltextovou formulaci ve směrnících "subject to one of the following taxes".

²⁷² Rozhodnutí SDEU ze dne 8. března 2017, sp. zn. C-448/15.

se může do budoucna změnit a v dohledné době bude nezbytné zkoumat, zda jsou osvobozené příjmy plynoucí od českých plátců skutečně efektivně na úrovni příjemců zdaněny.

Zatímco dosud tedy bylo možné podmínku *subject-to-tax* v kontextu cíle IRD a PSD a za účelem prevence dvojího nezdanění v českém prostředí chápat jako zcela neúčinnou, zejména z důvodu mechanické aplikace subjektivního pojetí, v případě posunu výkladu k objektivnímu pojetí může dojít k naprostému opaku. Obdobně jako u podmínky zneužití práva je to totiž plátce daně, kdo naplnění podmínky musí ověřit, prokázat ji správci daně na základě podkladů od příjemce a případně nést majetkovou odpovědnost, a to bez toho, aby správce daně musel argumentovat daňovým motivem nebo teleologickými argumenty. Rozložením důkazního břemene a svými striktními důsledky se tak tato hmotněprávní podmínka může stát v budoucnu *de facto* velice účinným, byť velice specificky zaměřeným pravidlem proti vyhýbání se daňovým povinnostem.

V této souvislosti lze u podmínky *subject-to-tax* v kontextu jak vnitrostátních, tak unijních zásad (i s ohledem na doslovnou transpozici) argumentovat obdobně jako u skutečného vlastnictví, že tato podmínka může být v individuálních případech v rozporu se zásadami právní jistoty, legitimním očekáváním a proporcionality. Právě proto by měla být aplikována uvážlivě, a v případě úroků a licenčních poplatků detailně přezkoumávána správcem daně v řízení o žádosti dle § 38nb ZDP, aby bylo předcházeno případným sporům. Současně je nezbytné, aby se na prověřování zaměřili také plátci daně, a to zejména s ohledem na svoji vlastní majetkovou odpovědnost a pravděpodobnost, že se v této oblasti může správní praxe v dohledné době radikálně změnit.

2.1.3 Pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem v oblasti přeměn

Poslední specifické pravidlo proti vyhýbání se daňovým povinnostem, které bylo implementováno na základě unijních směrnic ještě před ATAD bylo obsaženo v ustanovení § 23d odst. 2 a odst. 3 ZDP.

Právní úprava specifického pravidla v oblasti přeměn a její vývoj

V tomto ustanovení bylo již s účinností od vstupu České republiky do EU obsaženo pravidlo, které omezovalo uplatnění zvýhodnění poskytovaných ZDP na základě transpozice MD²⁷³ u některých přeměnových transakcí, pokud jejich hlavním důvodem nebo jedním z hlavních důvodů bylo snížení nebo vyhnutí se daňové povinnosti, zejména je-li zjevné, že pro ně neexistovaly řádné ekonomické důvody jako restrukturalizace nebo zvyšování efektivity činnosti. Současně byla v § 23d ZDP odst. 3 stanovena i vyvratitelná domněnka, že tyto řádné ekonomické důvody neexistují v případě, že přijímající nebo nástupnická společnost po předchozích 12 měsících nevykonávala činnost, pokud daňové subjekty neprokáží opak. Na základě důvodové zprávy k již citovanému zákonu č. 438/2003 Sb., který ustanovení unijních směrnic transponoval, je zřejmé, že § 23d ZDP byl od počátku zamýšlen jako nástroj proti vyhýbání se daňovým povinnostem, když normotvůrce specificky uváděl, že toto ustanovení má vyloučit aplikaci výhod u transakcí uskutečňovaných pouze za účelem daňové optimalizace. Současně je nezbytné doplnit, že ustanovení § 23d odst. 2 a 3 jsou v zásadě doslovnou interpretací čl. 15 odst. 1 písm. a) MD, resp. čl. 11 odst. 1 písm. a) její předchůdkyně, s tím, že nad rámec směrnice jde pouze vyvratitelná domněnka stran toho, že u přijímající nebo nástupnické společnosti nevykonávající činnost 12 měsíců absentují řádné ekonomické důvody.

Ustanovení § 23d odst. 2, 3 a 4 byla přitom s účinností od 1. dubna 2019 novelizována a částečně sloučena²⁷⁴ z důvodu kodifikace obecného pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem do daňového řádu, pro kterou se stal zde obsažený test hlavního nebo jednoho z hlavních důvodů nadbytečným. Z tohoto důvodu tak bylo zde obsažené pravidlo zjednodušeno na vyvratitelnou domněnku odmítnutí výhod, pokud přijímající nebo nástupnická společnost po předchozích 12 měsících nevykonávala činnost, a to se zachováním možnosti prokázat existenci řádných ekonomických důvodů.

²⁷³ Resp. její předchůdkyně, tj. směrnice Rady 90/434/EC ze dne 23. července 1990 o společném systému zdanění při fúzích, rozděleních, převodech aktiv a výměně akcií týkajících se společností z různých členských států, ve znění pozdějších předpisů.

²⁷⁴ Zákonem č. 80/2019 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti daní a některé další zákony, ve znění pozdějších předpisů.

K aplikaci tohoto specifického pravidla v soudní praxi

Obdobně jako v případě pravidla skutečného vlastnictví a podmínky *subject-to-tax* lze přes jejich relativně dlouhou existenci na základě použití výše zavedené metodiky²⁷⁵ konstatovat, že používání tohoto pravidla v českém prostředí nevede ke vzniku mnoha soudních sporů. Konkrétně byly zjištěny pouze tři výskyty ustanovení § 23d ZDP v judikatuře NSS, a to ve třech rozhodnutích ve specifickém případě uplatnění zahraniční ztráty v situaci přemístění sídla, přičemž ani v jednom z rozhodnutí zkoumané SAAR nebylo v zásadě aplikováno.

Obdobně v judikatuře SDEU lze na základě obdobné metodiky²⁷⁶ identifikovat jedenáct rozhodnutí, z nichž šest se blíže věnuje aplikaci zkoumaného SAAR, s tím, že jedno z těchto rozhodnutí bylo vydáno před rokem 2004, čtyři rozhodnutí byla vydána v letech 2004 až 2010 a dalších šest v letech 2011 až 2017. S ohledem na to, že některá z těchto rozhodnutí se zabývají také transpozicemi tohoto SAAR do vnitrostátního práva členských států, lze je využít i k hodnocení souladu s obecnými zásadami práva EU.

Z pohledu české úpravy tohoto pravidla je klíčové zejména rozhodnutí již z roku 1995 ve věci *Leur-Bloem*,²⁷⁷ kde SDEU vyložil, že MD sice na základě citovaných článků umožňuje odmítnout transakce, které jsou realizovány s cílem vyhýbání se daňovým povinnostem, ale je nezbytné vždy posuzovat okolnosti konkrétního případu a nelze posouzení založit na předem definovaných kritériích, které určité typy transakcí automaticky diskvalifikují. Takový přístup založený v zásadě na mechanickém konstatování vyhýbání se daňovým povinnostem bez zkoumání okolností konkrétního případu není přiměřený, jde za hranice nezbytného a narušuje cíle MD. Navazující rozhodnutí SDEU přitom tento závěr opakovaně aprobují,²⁷⁸

²⁷⁵ Pro účely tohoto pravidla bylo fulltextové vyhledávání upraveno na „23d“, soud NSS a oblast daň z příjmů.

²⁷⁶ Na webu curia.europa.eu, kde byla pro účely tohoto pravidla vyhledávány rozsudky SDEU související s se starou i novou MD a obsahující fulltextovou formulaci "avoidance", s ohledem na to, že tento pojem užívají příslušná ustanovení MD.

²⁷⁷ Rozhodnutí SDEU ze dne 17. července 1995, sp. zn. C-28/95, ve věci *Leur-Bloem*.

²⁷⁸ Rozhodnutí SDEU ze dne 11. prosince 2008, sp. zn. C-285/07 ve věci *A.T.*

a nad rámec toho také vykládají zde obsažený test zneužití a jeho (ne)transpozici²⁷⁹ nebo v jeho světle pojem řádných ekonomických důvodů.²⁸⁰

Na rozhodnutí ve věci *Leur-Bloem* přitom navazuje další, pro účely tohoto českého SAAR, relevantní rozhodnutí SDEU z roku 2017 ve věci *Euro Park Service*.²⁸¹ V tomto případě SDEU posuzoval francouzskou transpozici ustanovení MD, která poskytnutí výhod dle této směrnice v přeshraniční situaci podmiňovala získáním rozhodnutí správce daně, s tím, že v rámci řízení o tomto rozhodnutí musel daňový subjekt prokázat, že transakce je realizována z řádných ekonomických důvodů a nenaplnuje příslušný test zneužití (resp. jeho subjektivní kritérium). V tomto případě přitom SDEU v bodě 56 rozsudku shledal, že pokud vnitrostátní předpisy vyžadují, aby daňový subjekt prokázal, že dotčená transakce má řádné ekonomické důvody a není naplněn test zneužití, aniž by správce daně byl nucen předložit aspoň *prima facie* důkaz, že tyto ekonomické důvody nejsou přítomny, lze toto vnitrostátní pravidlo považovat za nepřipustný obecný předpoklad vyhýbání se daňovým povinnostem formulovaný v předchozí judikatuře.

Z této perspektivy je otázkou, nakolik vyvratitelná domněnka obsažená v § 23d ZDP může být v rozporu s judikaturou SDEU, protože obdobně jako v případě francouzské úpravy zcela přenáší důkazní břemeno stran řádných ekonomických důvodů a subjektivního kritéria zneužití na daňový subjekt bez toho, aby správce daně musel předložit aspoň *prima facie* důkaz zpochybňující ekonomickou, resp. nedaňovou, racionalitu transakce. Tento přístup je přitom odlišný od toho, jak je zneužití práva prokazováno v českém právu, jak bylo uvedeno výše nebo v návaznosti na judikaturu SDEU. Z tohoto důvodu lze argumentovat, že vyvratitelná domněnka obsažená v § 23d ZDP může být v rozporu s proporcionalitou jako obecnou zásadou práva EU, překračuje hranice nezbytného a je v rozporu s cíli MD. Na druhou stranu by bylo možné vyložit předpoklad založený na nevykonávání činnosti po dobu 12 měsíců

²⁷⁹ Rozhodnutí SDEU ze dne 5. července 2007, sp. zn. C-321/05 ve věci *Kofoed*.

²⁸⁰ Rozhodnutí SDEU ze dne 10. listopadu 2011, sp. zn. C-126/10 ve věci *Foggia*.

²⁸¹ Rozhodnutí SDEU ze dne 8. března 2017, sp. zn. C-14/16 ve věci *Euro Park Service*.

jako *prima facie* odůvodnění ve světle judikatury SDEU. Z tohoto pohledu není zřejmé, nakolik je tento předpoklad obsažený přímo v zákoně dostatečný k přenosu důkazního břemene.

Z pohledu dalších unijních a vnitrostátních zásad lze argumentovat, že problematickým aspektem může být u tohoto pravidla před 1. dubnem 2019 také absence posuzování objektivního kritéria testu zneužití práva, pro odmítnutí výhod totiž správci daně dle tohoto SAAR pouze stačilo prokázat, že jedním z hlavních cílů transakce je vyhýbání se daňovým povinnostem, což je samo o sobě relativně neurčité kritérium. V návaznosti na výše provedenou analýzu ke zneužití práva lze v tomto případě konstatovat, že aplikace tohoto SAAR mohla být bez posouzení objektivního kritéria v rozporu s dalšími vnitrostátními a unijními zásadami, zejména zákonnosti, právní jistoty a předvídatelnosti. Samotná skutečnost, že je transakce subjektu daňově motivována, navíc pouze jako jeden z hlavních cílů, může způsobit odmítnutí výhod i zcela legitimního jednání, které je v souladu se smyslem a účelem transponovaných ustanovení MD. Z tohoto důvodu by tak bylo i v tomto případě u SAAR před 1. dubnem 2019 žádoucí v procesu nalézání práva objektivní kritérium aplikovat i přes jeho explicitní absenci. Vzhledem k výše uvedenému tak lze pozitivně hodnotit, že na základě zmiňované novelizace aktuálně účinná verze tohoto SAAR již tento nepřipustně redukovaný test zneužití práva neobsahuje a správce daně se kromě již diskutované vyvratitelné domněnky při odmítání výhod z transponovaných ustanovení musí opřít o kodifikované pravidlo zákazu zneužití daňového práva, které je obsaženo v § 8 odst. 4 daňového řádu a obsahuje jak subjektivní, tak objektivní kritérium.

S ohledem na to, že v současnosti neúčinná verze tohoto SAAR obsahovala pro správce daně velice příznivý a zároveň problematický redukovaný test zneužití práva, a i v současnosti obsahuje vyvratitelnou domněnku absence řádných ekonomických důvodů, je relativně překvapivé, že se tato skutečnost nepromítla do soudních sporů před NSS. Z profesní zkušenosti autora tomu tak není proto, že by tyto spory končily již před správcem daně, ale spíše proto, že se správce daně na tyto transakce intenzivně nezaměřuje. Současně je ale nezbytné podotknout, že realizace příslušných přeměnových transakcí je relativně nákladná, komplexní a vyžaduje na straně daňových subjektů nebo jejich poradců odbornou kompetenci. Byť jsou tedy tyto transakce v praxi větších daňových a právních poradců realizovány relativně často,

jsou při jejich přípravě cíle transakce a absence řádných ekonomických důvodů důkladně posuzovány, a to zejména na základě judikatury SDEU, například ve vcelku specifickém rozhodnutí *Foggia*, kde soud aplikaci podobného SAAR v zásadě připouští.

2.2 Několik obecných poznámek k ATAD a její implementaci

V návaznosti na doporučení OECD v rámci finálních zpráv iniciativy BEPS zveřejnila Komise balíček opatření proti vyhýbání se daňovým povinnostem, v rámci kterého představila v lednu 2016 návrh směrnice ATAD, který byl v témže roce v rekordním čase přijat,²⁸² a který má zajistit, že opatření doporučená OECD proti vyhýbání se daňovým povinnostem budou ve členských státech unie provedena koordinovaným způsobem.²⁸³ Mezi pravidla, která ATAD uložil členským státům provést patřilo obecné pravidlo proti vyhýbání se daňovým povinnostem, pravidlo omezující uznatelnost úrokových nákladů, pravidlo zdanění při odchodu, pravidlo pro ovládané zahraniční společnosti a pravidlo o hybridních nesouladech.²⁸⁴ Původní směrnice ATAD byla ale téměř bezprostředně v roce 2017 *de facto* novelizována směrnicí ATAD II,²⁸⁵ která původní pravidlo o hybridních nesouladech rozšířila i na vztahy se třetími státy.²⁸⁶

S ohledem na čl. 115 Smlouvy o fungování EU byla za účelem koordinace zavádění těchto pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem zvolena forma směrnice.²⁸⁷ S ohledem na to, že členské státy v minulosti nebyly v bránění přeshraničnímu vyhýbání se daňovým po-

²⁸² Ke genezi směrnice a předcházejícím iniciativám viz např. RIGAUT, A. Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons. *European Taxation*, 2016, č. 11.

²⁸³ TREZZIOVÁ, D. Balíček opatření proti vyhýbání se daňovým povinnostem. *Daně a právo v praxi*, 2016, č. 9.

²⁸⁴ V této souvislosti je třeba dodat, že zákaz zneužití práva ani zdanění při odchodu samy o sobě na rozdíl od ostatních pravidel z akčních bodů BEPS nevycházely, stejně jako tzv. *switch-over rule*, které sice bylo navrženo, ale do schválené verze ATAD se z politických důvodů nedostalo. K tomu viz ROCHA, S. A., CHRISTIANS, A. *Tax sovereignty in the BEPS era*. Zuidpoolsingel: Kluwer Law International, 2017, str. 252 an.

²⁸⁵ Směrnice Rady 2017/952 ze dne 29. května 2017, kterou se mění směrnice 2016/1164, pokud jde o hybridní nesoulady se třetími zeměmi.

²⁸⁶ KOUBA, S. Směrnice o zamezení vyhýbání se daňovým povinnostem. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2018, č. 4.

²⁸⁷ K tomu kriticky DE GRAAF, A, VISSER, K. J. ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects. *EC Tax Review*, 2016, č. 4. str. 209.

vinnostem unilaterálně příliš úspěšné, lze mít za to že forma úpravy pomocí závazné směrnice je obecně v souladu s principem subsidiarity. Tento přístup byl zvolen také z toho důvodu, že část pravidel navržených v rámci ATAD není prakticky možné zavést unilaterálně, pokud jejich následky nereflektují právní řády dalších členských států unie.²⁸⁸ Současně lze také argumentovat, že s ohledem na čl. 3 ATAD, který staví na jisto, že směrnice zakládá pouze minimální stupeň ochrany a členské státy mohou přijmout vnitrostátní nebo smluvní pravidla s přísnější úpravou, lze směrnici považovat také obecně v souladu s principem přiměřenosti. V této souvislosti lze nicméně podotknout, že u některých pravidel ATAD fakticky se nevymezuje pouze minimální standard ochrany s ohledem na již dříve formulovaná omezení primárním právem formulované v judikatuře SDEU.²⁸⁹ V tomto ohledu se v některých aspektech ATAD fakticky přibližuje úplné harmonizaci, když zdola jsou členské státy omezeny minimálním standardem ATAD a shora poměrně materiálním rizikem, že SDEU bude kvalitativně přísnější pravidla považovat za neodůvodněné omezování základních svobod.²⁹⁰

Byť lze tedy mít za to, že směrnice sama o sobě je obecně v souladu s principy subsidiarity a přiměřenosti, i tak je nezbytné posoudit zda byla jednotlivá pravidla transponována uvážlivě, s ohledem na obecné zásady unijního i vnitrostátního práva a v případech přísnější úpravy, také v souladu se základními svobodami vnitřního trhu.²⁹¹ Přijímání odlišné přísnější úpravy způsobuje navíc roztržičnost právní úpravy, která může potenciálně vést k nekonzistentní interpretaci a aplikaci pravidel, která měla být zaváděna koordinovaně ve všech členských státech, což by potenciálně mohlo narušovat právní jistotu a předvídatelnost úpravy v rámci unie. V tomto ohledu bude klíčová role SDEU, který bude autoritativně posuzovat,

²⁸⁸ HRDLIČKA, L. BOHÁČ, R. Transpozice směrnice ATAD do právního řádu České republiky. *DAUC.CZ - expertní příspěvky*, 2018, č. 1.

²⁸⁹ BROKELIND, C., VAN THIEL, S. *Tax sustainability in an EU and international context*. Amsterdam: IBFD, 2021. kap. 12.4.

²⁹⁰ DOCCLO, C. The European Union's Ambition to Harmonize Rules to Counter the Abuse of Member States' Disparate Tax Legislations. *Bulletin for International Taxation*, 2017, č. 7.

²⁹¹ DE GRAAF, A, VISSER, K. J., op. cit., 2016, str. 206.

zda transpozice ve členských státech odpovídá smyslu a účelu směrnice a současně zda případná přísnější pravidla příliš neomezují fungování vnitřního trhu a práva daňových subjektů.²⁹²

Byť byly členské státy ve světle čl. 11 směrnice povinny transponovat její ustanovení, resp. uvést svá stávající pravidla do souladu, do 31. prosince 2018 a s účinností obecně od 1. ledna 2019, s odkladem o rok pro pravidla pro zdanění při odchodu a hybridních nesouladů, Česká republika ani tento termín nedodržela. Byť totiž ministerstvo financí již v letech 2016 a 2017 publikovalo několik pracovních textů,²⁹³ v návaznosti na průtahy v legislativním procesu nabyt již zmíněný transponující zákon č. 80/2019 Sb. účinnosti až dne 1. dubna 2019. V návaznosti na jeho přechodná ustanovení jsou přitom pravidla účinná až pro zdaňovací období začínající po tomto datu, tj. typicky v případě kalendářního zdaňovacího období až pro rok 2020.²⁹⁴ Za poněkud nešťastné lze považovat, že až po konci tohoto období Generální finanční ředitelství vydalo informaci k interpretaci transponovaných pravidel,²⁹⁵ která navíc řeší pouze některé technické otázky. V této souvislosti je vhodné upřesnit, že směrnice předpokládala v čl. 1 aplikaci na rezidenty členských států unie, kteří jsou poplatníci korporátních daní,²⁹⁶ včetně stálých provozoven subjektů třetích států, pokud jsou usazeny na území EU. Tato skutečnost nicméně nebrání členským státům některá pravidla rozšířit i na poplatníky jiných daní,²⁹⁷ což také Česká republika učinila v případě zákazu zneužití práva.

²⁹² GINEVRA, G. The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level. *Intertax*, 2017, č. 2. str. 137.

²⁹³ Zejména dokument *Implementace směrnice EU proti vyhýbání se daňovým povinnostem do českého právního řádu; podklad pro veřejnou konzultaci*; Ministerstvo financí, 2017 - pracovní text.

²⁹⁴ VELFLOVÁ, M. Implementace směrnice ATAD v České republice - 1. část. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2019, č. 3.

²⁹⁵ Informace Generálního finančního ředitelství ze dne 19. ledna 2021, č.j. 54816/20/7100-40113-207118, k aplikaci zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů, ve vztahu k problematice ATAD.

²⁹⁶ Což v zásadě nekryje pouze standardní daň z příjmů právnických osob, ale také zahrnuje zahraniční obdobné daně, k tomu viz aktuální článek CAZIERO, M., LAZAROV, I. The substantive scope of the Anti-Tax-Avoidance Directive: The remaining leeway for national tax sovereignty. *Common Market Law Review*, 2021, č. 6.

²⁹⁷ HASLEHNER, W. et al. *A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, odst. 6.7 an.

2.3 Implementace obecného pravidla proti zneužití práva

S účinností od 1. dubna 2019 bylo do daňového řádu vloženo nové ustanovení § 8 odst. 4, které v návaznosti na čl. 6 ATAD obsahuje obecné pravidlo proti zneužití práva. Ve směrnici je toto pravidlo rozčleněno do tří odstavců. V prvním odstavci je stanoveno základní pravidlo, tj. že pro účely výpočtu korporátní daňové povinnosti bude ignorováno uspořádání, které bylo implementováno z hlavního nebo jednoho z hlavních důvodů získání daňové výhody, která je v rozporu se smyslem nebo s účelem aplikovaného daňového předpisu, a které není skutečné. V návaznosti na druhý odstavec nejsou za skutečná považována ta uspořádání, která nejsou implementována z řádných ekonomických důvodů, které odrážejí ekonomickou realitu. Třetí odstavec poté upravuje, že v návaznosti na aplikaci tohoto pravidla bude daňová povinnost určena dle vnitrostátního práva. S ohledem na to, že proces transpozice tohoto unijního pravidla do českého právního řádu byl relativně komplikovaný, bude mu v následujícím oddíle věnována pozornost samostatně. Následně bude věnována pozornost tomuto ustanovení i z pohledu unijního práva, a to i ve světle odborných prací a aktuální judikatury SDEU, s tím že nakonec bude zhodnocena účinnost pravidla a jeho soulad se základními zásadami.

2.3.1 Transpozice obecného pravidla proti zneužívání do českého práva

Forma a způsob transpozice unijního pravidla proti zneužití práva prošla v českém prostředí relativně dramatickým vývojem, když v návaznosti na přijetí ATAD ministerstvo ve svém materiálu k veřejné konzultaci k transpozici souvisejících pravidel nejdříve předpokládalo, že GAAR nebude výslovně vloženo do ZDP ani jiného předpisu, protože je implicitní součástí českého právního řádu, a to i v návaznosti na judikaturu v daňové oblasti.²⁹⁸

V návaznosti na veřejnou konzultaci a připomínkové řízení se ministerstvo nakonec přiklonilo k explicitnímu zakotvení tohoto pravidla v daňovém řádu, a to mezi základní zásady správy daní do § 8 odst. 4. Tento přístup ministerstvo odůvodnilo požadavkem na zachování

²⁹⁸ PECHÁČEK, R. Implementace evropské směrnice proti vyhýbání se daňovým povinnostem. *Daňová a hospodářská kartotéka*, 2017, č. 10. Ostatně tento přístup zvolilo ministerstvo už v minulosti, konkrétně v roce 2015 u pravidel proti zneužívání v PSD, kdy tvrdilo, že není třeba GAAR kodifikovat na základě české zásady zákazu zneužití práva.

právní jistoty, s tím, že toto ustanovení mělo jen legislativně vyjadřovat správní a soudní praxi v oblasti daňového práva. Současně ministerstvo oproti ATAD již od počátku počítalo s rozšířením okruhu případů, na které pravidlo dopadá, tj. nejen na daň z příjmů právnických osob, ale na všechny daně, a to z důvodu zachování jednotnosti a vnitřní bezrozpornosti právního řádu. Zajímavé je, že dle důvodové zprávy měl předkladatel za to, že toto pravidlo by mělo dopadat jak na případy zneužití, tak obcházení zákona.

V průběhu připomínkového řízení ale došlo také k úpravám textu ustanovení, když původně návrh v zásadě doslovně odpovídal znění čl. 6 směrnice. Pokud pomineme dílčí terminologické aspekty, které ministerstvo zcela důvodně upravilo, např. aplikaci pouze ve vztahu k daňovým normám nebo upravení původního termínu uspořádání na právní jednání a jiné skutečnosti, které v zásadě významově odpovídá, jsou zásadní pouze dvě změny. První změnou je úprava subjektivního kritéria z testu hlavního nebo jednoho z hlavních účelů jednání na převažující účel jednání, k čemuž ministerstvo přikročilo z důvodu zmírnění výkladových nejasností, protože s testem jednoho hlavních účelů dosud vnitrostátní soudy nepracovaly. Druhou změnou je poté vynechání kritéria neexistence řádných ekonomických důvodů, což lze přikládat českému překladu směrnice, na základě kterého by bylo možné toto kritérium chápat jako důsledek naplnění subjektivního kritéria.²⁹⁹ Ustanovení § 8 odst. 4 daňového řádu tak ve své platné a účinné podobě zní takto: „*Při správě daní se nepřiblíží k právnímu jednání a jiným skutečnostem rozhodným pro správu daní, jejichž převažujícím účelem je získání daňové výhody v rozporu se smyslem a účelem daňového právního předpisu.*“

Byť je první změna pro daňové subjekty veskrze pozitivní, z důvodu předvídatelnosti a právní jistoty, lze také argumentovat, že test jednoho z hlavních účelů je přísnější a česká úprava tak nedosahuje minimálního standardu formulovaného v ATAD. Druhou změnu lze naopak vnímat spíše problematicky, protože kritérium neexistence řádných ekonomických důvodů vychází z konstantní judikatury SDEU, v anglické verzi směrnice je kritérium *non-genuine* zřejmě zcela samostatné, a jeho vynechání rozšiřuje okruh vztahů, na které lze GAAR teoreticky aplikovat i na ekonomicky skutečná uspořádání. Přitom přinejmenším ve vztahu

²⁹⁹ HRDLIČKA, L. ŠMIRAUSOVÁ, P. Zneužití práva v daňovém řádu z pohledu transpozice směrnice ATAD. *Daně a právo v praxi*, 2018, č. 7.

k okruhu vztahů, který ATAD reguluje, tj. poplatníky v oblasti korporátních daní, lze argumentovat, že bude nezbytné ustanovení vyložit ve světle ustanovení čl. 6 odst. 2 ATAD, tj. včetně kritéria neexistence skutečných ekonomických důvodů,³⁰⁰ v opačném případě by bylo možné úpravu považovat za hranici nezbytnosti a přiměřenosti.

V souvislosti s tímto obecným pravidlem vyvstaly v průběhu legislativního procesu také otázky v souladu s objektivním kritériem, zejména jak určovat smysl a účel jednotlivých daňových norem, když je zákonodárce nedeclaroval v důvodové zprávě a z textu ustanovení je také nelze snadno dovodit.³⁰¹ Zde lze samozřejmě argumentovat, že objektivní kritérium, tj. smysl a účel normy, by mělo být posuzováno na základě objektivně recentního výkladového cíle a to pomocí teleologického výkladu dané normy. Tak se lze ostatně vypořádat i s relativně problematickými ustanoveními která v sobě zahrnují fikce, nebo u kterých se postupem času účel proměnil. Nad rámec výše uvedeného je třeba upozornit, že v návaznosti na současnou novelizaci § 92 odst 5 písm. f) daňového řádu naplnění podmínek aplikace pravidla zneužití práva prokazuje správce daně, který je musí také případně obhájit v rámci soudního přezkumu.³⁰² Z praktického pohledu lze nicméně daňovým subjektům doporučit, aby se připravili na vysvětlování a prokazování nedaňových důvodů materiálních transakcí a jejich souladu se smyslem a účelem právní úpravy,³⁰³ a to z důvodu rozporování *prima facie* podložených tvrzení správce daně.

V souvislosti s transpozicí tohoto pravidla lze považovat za problematický ještě jeden aspekt, a to následky konstatování zneužití práva, resp. naplnění jeho podmínek. Byť se mohou zdát vcelku jednoduché, tj. ke zneužívajícímu uspořádání se nepřihlíží, pouhé zneplatnění konkrétního jednání může vést ke zcela neuspokojivým důsledkům. Například v případech korunových dluhopisů vydaných na základě refinancování stávajícího úvěru nelze bez dalšího

³⁰⁰ ŠMIRAUSOVÁ, P., BOHÁČ, R. Výslovné zakotvení principu zákazu zneužití práva v daňovém řádu. *Daně a právo v praxi*, 2018, č. 7.

³⁰¹ HANYCH, M., ŠTANCL, M. Zneužití práva v souvislosti s přijetím směrnice ATAD – nová zbraň v rukách finanční správy. *e-Bulletin Komory daňových poradců ČR*, 2018, č. 6. str. 32.

³⁰² ŠMIRAUSOVÁ, P., BOHÁČ, R. Výslovné zakotvení principu zákazu zneužití práva v daňovém řádu - dokončení. *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 3.

³⁰³ LANDGRÁF, R. Obecné pravidlo proti zneužívání daňového režimu: jak jej chápat, aplikovat a co přinese nového? *e-Bulletin Komory daňových poradců ČR*, 2018, č. 7–8. str. 33.

pouze odmítnout „zneužívající“ úroky z dluhopisů, a přitom nereflektovat původní stav bez zneužití, tj. zohlednit daňově uznatelné úroky z úvěrového financování, byť přesně to se správce daně pokouší v řadě případů tvrdit. V takových případech by správce daně měl v souladu se zásadou správného zjištění a stanovení daně posoudit, zda není nezbytné aplikovat následně hmotněprávní ustanovení na rekonstruovaný fiktivní skutkový stav, který by bez zneužití existoval. Pro daňové subjekty by ale důsledky aplikace pravidla zneužití práva, s ohledem na jeho nesankční povahu, neměly být méně příznivé než původní situace, a to i ve světle stávající české judikatury.³⁰⁴

2.3.2 Zákaz zneužití daňového práva EU v recentní judikatuře SDEU

Obecná právní zásada, že unijní právo nelze vykonávat zneužívajícím způsobem se objevuje v judikatuře SDEU, resp. dříve Evropského soudního dvora, již od 70. let, kdy soud ve věci *Van Binsbergen* uvedl, že nelze zneužívat svobody volného pohybu služeb k poskytování služeb výlučně v jiném členském státě, a to pouze proto aby na něj nebyla aplikována profesní etika státu poskytování. V současné podobě se v judikatuře SDEU objevuje dvousložkový test zneužití unijního práva, který se objevil v případě exportních dotací v rozsudku *Emsland-Starke* na sklonku tisíciletí a v letech 2006 pronikl jak do oblasti nepřímých daní v rozsudku *Halifax*, tak prostřednictvím základních svobod také do přímých daní v rozsudku *Cadbury Schweppes*.³⁰⁵

V judikatuře SDEU tak lze na základě výše zavedené metodiky³⁰⁶ orientačně identifikovat 106 rozhodnutí, která zneužití daní aspoň zmiňují. Sedmatřicet těchto rozhodnutí bylo vydáno před rokem 2004, devatenáct rozhodnutí bylo vydáno v letech 2004 až 2010, dalších

³⁰⁴ HRDLIČKA, L. ŠMIRAUSOVÁ, P. Zákaz zneužití práva v daňovém řádu - poznámky k budoucí aplikaci. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2018, č. 4. str. 37 an.

³⁰⁵ Ke genezi této obecné zásady unijního práva v českém jazyce viz např. Král v TICHÝ, L., MASLOWSKI, S., TROUP, T., op. cit., 2016, str. 83 an.

³⁰⁶ Na webu curia.europa.eu, kde byly pro účely tohoto pravidla vyhledávány rozsudky SDEU na základě pojmů „tax“ a „abuse“ v oblastech „Internal taxation“, „Internal market – Principles“, „Fundamental rights“, „Free movement of capital“, „Free movement of goods“, „Approximation of laws“, „Freedom to provide services“, „Freedom of establishment“, „Freedom of movement for workers“. V tomto případě jde o toliko orientační odhad, tyto oblasti totiž obsahují řadu rozhodnutí, kde je zkoumané pravidlo zmíněno pouze okrajově, a které nelze efektivně vyloučit bez analýzy rozhodnutí, což rozsah ani předmět této práce neumožňují.

dvacet sedm v letech 2011 až 2017, a dvacet tři od roku 2018 do konce roku 2021, což indikuje v poslední době stoupající trend. Pro účely analýzy unijního pravidla zneužití daňového práva je nicméně smysluplné se zabývat již opakovaně zmíněnými zásadními rozhodnutími ve věcech *N Luxembourg* a *T Danmark*, které řešily také otázky směřující k existenci právního základu unijního zákazu zneužití práva a jeho indikátorů.³⁰⁷

V těchto rozhodnutích SDEU odkázal na svoji předcházející judikaturu a postavil na jisto, že zákaz zneužití unijního práva je obecnou zásadou práva EU, pro jejíž aplikaci není nezbytná vnitrostátní transpozice, ale je přímo použitelná a členské státy ji v případě absence vnitrostátního pravidla mají povinnost aplikovat. Kromě toho, že se tento závěr SDEU odchyluje od souvisejícího stanoviska generální advokátky, tak také posouvá svoji dřívější judikaturu, zejména rozhodnutí ve věci *Kofoed*, která sice existenci obecné unijní zásady zákazu zneužití práva potvrdila, ale explicitně neuznávala její přímý účinek a spíše aprobovala výklad vnitrostátních zásad ve světle volitelných pravidel proti zneužití ve směrnících.³⁰⁸ Na základě tohoto rozhodnutí totiž bylo možné argumentovat, že ve světle minimální harmonizace přímých daní mohou členské státy pravidla proti zneužití netransponovat, a proto případné výhody plynou z neharmonizovaného vnitrostátního práva, na které unijní zásady přímo nedopadají.³⁰⁹ SDEU se ale inspiroval judikaturou ke zneužití z více harmonizované oblasti DPH a aplikaci obecné zásady zákazu zneužití unijního práva v oblasti přímých i nepřímých daní sjednotil.³¹⁰ Ve světle rozhodnutí *N Luxembourg* a *T Danmark* je tak zřejmé, že obecná právní zásada zákazu zneužití práva nemůže být jako součást primárního práva omezena směrnici a souvisejícím zákazem jejich inverzního přímého účinku.³¹¹

³⁰⁷ V následující části práce navazuje na část analýzy v KAPPEL, J. Aplikace zásady zákazu zneužití unijního práva v oblasti přímých daní. *E-Bulletin Komory daňových poradců ČR*, 2020, č. 4.

³⁰⁸ BAERENTZEN, S., op. cit., 2020, str. 13.

³⁰⁹ CFE, op. cit., 2019, str. 11 a 12.

³¹⁰ DE BROE, Luc a Sam GOMMERS. Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases. *EC Tax Review*, 2019, č. 6, str. 276.

³¹¹ GONZÁLEZ-BARREDA, P.A. Hernández. Holding Companies and Leveraged Buy-Outs in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law and the Single Taxation Principle. *European Taxation*, 2019, č. 9. str. 40.

Z této perspektivy se zdá, že volitelná pravidla proti zneužití v oblasti přímých daní harmonizovaných PSD, IRD nebo MD se tak v návaznosti na tato rozhodnutí stala obsoletní, když soud před obecnou zásadou právní jistoty a předvídatelnosti upřednostnil zásadu zneužití práva.³¹² Nicméně s ohledem na to, že korporátní daně jako celek harmonizovány nejsou, GAAR obsažené v ATAD bylo nezbytné transponovat bez ohledu na obecnou unijní zásadu zákazu zneužití práva.³¹³

V těchto rozhodnutích SDEU přikročil také k vymezení kritérií unijní zásady zákazu zneužití práva, když v návaznosti na svoji předchozí judikaturu uvedl, že k její aplikaci musí správce daně na základě objektivních skutečností prokázat naplnění objektivního i subjektivního kritéria s tím, že podmínky unijní hmotněprávní úpravy musí uspořádání naplňovat uměle. V těchto případech SDEU považoval za umělé uspořádání skupinu, která nebyla založena z ekonomických důvodů, ale čistě formálně s tím, že jejím hlavním nebo jedním z hlavních účelů je získat daňovou výhodu. Indikací takové skupiny může dle SDEU být převádění plateb holdingovou společností, pokud nemá v zásadě jinou činnost, na další entity ve skupině, které by neměly nárok na jejich osvobození, pokud by platby plynuly napřímo. Dle SDEU může být existence takového uspořádání posuzována na základě analýzy hospodářské činnosti holdingu (zisku, řízení, účetní závěrky, skladby nákladů a skutečných výdajů, zaměstnanců, prostor, vybavení), nebo smluvních vztahů, podmínek financování, ocenění kapitálu, oprávnění nakládat s přijatými platbami, časovou souvislostí změn s restriktivnější daňovou úpravou apod.³¹⁴ Na základě výše uvedeného lze předpokládat, že soud zakládá naplnění subjektivního kritéria na analýze objektivních okolností spíše než na prokazování vůle a jednání daňového subjektu.³¹⁵ Nicméně SDEU vcelku pochopitelně neuvedl, kolik z výše uvedených indikací nebo v jaké intenzitě musí být přítomno k prokázání zneužití. Lze tak argumentovat, že i v případě jinak významné ekonomické aktivity společnosti s personálním a

³¹² DE BROE, GOMMERS, op. cit., 2019, str. 278-280 a GONZÁLEZ-BARREDA, op. cit., 2019, str. 41.

³¹³ ZALASIŃSKI, Adam. The ECJ's Decisions in the Danish "Beneficial Ownership" Cases: Impact on the Reaction to Tax Avoidance in the European Union. *International Tax Studies*, 2019, č. 4. str. 57.

³¹⁴ *N Luxembourg*, body 124 až 137.

³¹⁵ BAERENTZEN, op. cit., 2020, str. 16.

materiálním zajištěním může být zneužití přítomno, pokud zneužívající transakce s touto jinak dostatečnou substancí nebudou souviset.³¹⁶

Bez ohledu na to, že se lze k interpretaci zásady zákazu zneužití SDEU stavět kriticky, zejména v ohledu přímé aplikace nebo používání testu jednoho z hlavních účelů místo hlavního účelu, jak bylo dříve v jeho judikatuře standardní, české soudy a finanční správa jsou výkladem SDEU v oblastech harmonizovaného unijního práva vázány. Současně je také nezbytné aplikovat jak dvousložkový test i s kritériem umělosti, tj. *non-genuineness*, tak se inspirovat v podobných situacích popsány kritérii.³¹⁷ Výklad vnitrostátních pravidel nebo zásad ve světle těchto rozhodnutí, případně přímá aplikace obecné zásady zákazu zneužití unijního práva, může navíc směřovat relativně roztržštěnou úpravu členských států k právní jistotě jednotného standardu ochrany.³¹⁸ V tomto ohledu lze rozhodnutí SDEU hodnotit také částečně pozitivně. Současně lze argumentovat, že s ohledem na zjevnou a přiznanou inspiraci obecného pravidla v ATADu judikaturou SDEU by mělo být toto pravidlo, resp. jeho transpozice ve světle těchto rozhodnutí aplikována i v budoucnu. Z této perspektivy je otázkou, nakolik je s tímto výkladem SDEU souladná česká transpozice.

2.3.3 Účinnost transpozice, soulad s unijní úpravou a základními zásadami

Ve světle judikatury SDEU lze pro účely této práce hodnotit také českou transpozici unijního pravidla zneužití práva. Nejdříve lze i s odkazem na starší a relativně expanzivní judikaturu SDEU pozitivně hodnotit, že byla zvolena transpozice kodifikovaným pravidlem. V případě využití pouze stávající vnitrostátní zásady zákazu zneužití daňového práva by totiž mohla vzniknout řada nejasností. Soudy by totiž musely vykládat tuto zásadu ve smyslu unijního pravidla, a to zřejmě nejen v harmonizované oblasti na základě rozsudku *Dzordzi* a navazujících případech.³¹⁹ Na základě této judikatury totiž SDEU může vyložit transponující pravidla

³¹⁶ DE BROE, GOMMERS, op. cit., 2019, str. 284.

³¹⁷ VAN HULTEN, L. C., KORVING, J. J. A. M. Svig og Misbrug: The Danish Anti-Abuse Cases. *Intertax*. 2019, č. 8/9. str. 796.

³¹⁸ GONZÁLEZ-BARREDA, op. cit., 2019, str. 42.

³¹⁹ MORENO, A. B. A pan-European GAAR? Some (un)expected consequences of the proposed EU Tax Avoidance Directive combined with the Dzodzi line of cases. *British Tax Review*, 2016, č. 2. str. 144-151.

a zásady v rámci celého jejich rozsahu a tento výklad se zřejmě uplatní jednotně, bez ohledu na to, zda v konkrétním případě bude vnitrostátní zásada zneužití aplikována na harmonizovanou oblast či nikoli. Tento efekt ale může nakonec vést k nezamýšleným pozitivním důsledkům, a to sblížování GAARs v rámci unie, bez ohledu na zvolený způsob transpozice.³²⁰ Ve světle zákonnosti a právní jistoty lze tedy transpozici do psaného práva hodnotit veskrze pozitivně.

Vzhledem k samotnému obecnému pravidlu obsaženému v ATAD lze mít ale přitom zcela zásadní výhrady, a to zejména ve vztahu k přiměřenosti testu jednoho z hlavních účelů, který se v dřívější judikatuře v zásadě nevyskytoval³²¹ a může zřejmě zasahovat i jinak zcela legální transakce.³²² V tomto ohledu by bylo možné obecné ATAD pravidlo považovat za nepřiměřené a relativně neurčité.³²³ Na druhou stranu tento test ve spojení s kritériem umělosti, resp. *non-genuiness*, aproboval SDEU v rozhodnutích v citovaných dánských případech. Právě kritérium umělosti by přílišnou striktností tohoto pravidla mělo zmírnit. Vzhledem k tomu, že se obecné pravidlo ATAD pohybuje v zásadě přesně v limitech unijní judikatury v rámci toho, co je ještě přiměřené, lze nicméně v tomto ohledu hovořit o úplné harmonizaci,³²⁴ kdy by se členské státy u tohoto pravidla neměly od znění směrnice materiálně odchýlit.

³²⁰ CID, J. M. A., FERRERAS GUTIERREZ, J., HERNANDEZ GONZALES-BARREDA, P. A. (Eds.). *Combating tax avoidance in the EU: Harmonization and cooperation in direct taxation*. Zuidpool: Kluwer Law International, 2018. str. 136-143. Současně se tato publikace staví na stranu povinnosti správce daně rekonstruovat skutkový stav před zneužitím, viz výše.

³²¹ Znění harmonizujících směrnic přitom v minulosti pracovalo s různými testy a ani formulace ATAD pravidla nemusí vést k právní jistotě a uniformní aplikaci, k tomu viz ONER, C. Comparative Analysis of the General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Effective Tool to Tackle Tax Avoidance? *EC Tax Review*, 2020, č. 1.

³²² BIZIOLI, G. Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market? *EC Tax Review*, 2017, č. 3. str. 172 - 173.

³²³ Kriticky viz GOVIND, S., LAZAROV, I. Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law. *Intertax*, 2019, č. 10.

³²⁴ Viz DE CHARETTE, D. The Anti-Tax Avoidance Directive General Anti-Abuse Rule: A Legal Basis for a Duty on Member States to Fight Tax Abuse in EU Corporate Direct Tax Law. *EC Tax Review*, 2019, č. 4 nebo DE BROE, L., BECKERS, D. The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice's Case Law on Abuse of EU Law. *EC Tax Review*, 2017, č. 3, str. 142.

V případě české transpozice došlo, k již zmíněným dvěma odchylkám, použitím mírnějšího subjektivního testu převažujícího účelu a zřejmě přísnějším vynecháním kritéria *non-genuiness*. V důsledku by se tak mohlo zdát, že by česká transpozice mohla za splnění objektivního kritéria zasahovat i jinak legitimní a skutečné transakce, u kterých je daňový motiv převažující. Z pohledu vnitrostátních i unijních zásad právní jistoty a předvídatelnosti je tato nejasnost problematická, a v případě aplikace tohoto výkladu by zřejmě byl narušena také zásada přiměřenosti.³²⁵ Z tohoto důvodu zřejmě nezamýšlenou nejasnost české transpozice bude nezbytné odstranit výkladem, konečně jak NSS, tak SDEU ve své výše uvedené judikatuře opakovaně uvádějí, že zákaz zneužití daňového práva by měl být omezen toliko na umělé transakce a daňové subjekty jsou v rámci existujících ekonomických vztahů oprávněny si zvolit daňově výhodnější alternativy. V rámci těchto omezení výkladem lze mít za to, že transponovaný GAAR je vysoce účinný a flexibilní nástroj, který se přesto pohybuje v rámci unijních i vnitrostátních obecných zásad. Současně jeho explicitní transpozice může mít na účinnost pozitivní vliv také proto, že se o tomto institutu zvýší povědomí u daňových subjektů, které budou případně odrazeny od nejagresivnějších technik, což přispěje také k rovnosti mezi daňovými subjekty a rozložením daňového břemena v souladu s jejich skutečnou platební schopností.³²⁶

2.4 Omezení uznatelnosti nadměrných výpůjčních nákladů

V návaznosti na čl. 4 ATAD byla do českého právního řádu transponována také nová pravidla omezení uznatelnosti úrokových nákladů, a to do ustanovení § 23e a 23f ZDP. S účinností pro zdaňovací období 2020 se tak kromě pravidla nízké kapitalizace bude na daňové subjekty vztahovat také pravidlo, které omezuje uznatelnost nadměrných výpůjčních nákladů

³²⁵ Příkladem zcela nepřipustné nepřiměřenosti se zdá být polská transpozice, která je kritizována mj. s ohledem na rezignaci na *non-genuiness*, k tomu viz KUZNIACKI, B. Poland's Implementation of EU GAAR Compromises Constitutional and EU Principles. *Intertax*, 2021, č. 3.

³²⁶ BROKELIND, C., VAN THIEL, S., 2021, op. cit., kap. 12.4.2.3.

na základě zcela jiných kritérií. Pro účely této práce budou klíčové aspekty tohoto v českém prostředí nového pravidla nejdříve stručně představeny.³²⁷

2.4.1 Transponované pravidlo omezení uznatelnosti výpůjčních výdajů

Samotné transponované pravidlo v § 23e ZDP v souladu s ustanovením ATAD v zásadě stanoví, že nadměrné výpůjční výdaje, tj. očištěné o výpůjční příjmy, jsou daňově uznatelné ve zdaňovacím období do výše 80 mil. Kč nebo pokud tuto hranici přesáhnou, do výše 30 % daňového zisku před úroky, zdaněním a odpisy, zde se hovoří o tzv. daňové EBITDA. Na rozdíl od nízké kapitalizace se přitom toto pravidlo uplatní jak na náklady spřízněného, tak nezávislého financování. Pojem výpůjčních nákladů je v rámci české transpozice definován široce a zahrnuje zejména finanční výdaje, výdaje z úvěrových finančních nákladů a jejich ekvivalenty bez ohledu na formu závazku, výdaje z derivátů, kurzových rozdílů nebo kapitalizovaných nákladů. V souladu se směrnicí bylo v rámci české transpozice v ustanovení § 23f ZDP využito také osobní vynětí regulovaných finančních institucí a poplatníků bez přidružených osob,³²⁸ stálých provozoven a povinnosti konsolidace. Zároveň je v souladu se směrnicí umožněno částku neuznatelných nadměrných úrokových výdajů uplatnit v následujících zdaňovacích obdobích, a to bez časového omezení, vždy ale pouze v rámci výpočtu tohoto pravidla. Možnost uplatnění této kapacity v následujících obdobích přitom dle ZDP výslovně nepřechází na právní nástupce.³²⁹

³²⁷ V této části práce částečně vychází z KAPPEL, J. A few remarks on Czech interest limitation rules in the context of pandemic. *Annual Center Review*, 2019-2020, č. 12-13. Detailní popis tohoto pravidla a jeho souvislostí přesahuje rozsah a předmět této práce, pozornost tedy bude věnována toliko aspektům, které jsou materiální pro účely posouzení účinnosti pravidla a jeho souladu se základními zásadami.

³²⁸ Ve smyslu pravidel o ovládaných zahraničních osobách v § 38fa ZDP: „Přidruženými osobami se pro účely zdanění ovládané zahraniční společnosti rozumí kapitálově spojené osoby a osoby, pokud má jedna osoba právo na alespoň 25 % podílu na zisku druhé osoby.“

³²⁹ Pro obecný algoritmus aplikace českého transponovaného pravidla viz BUREŠ, M. Test omezení daňové účinnosti nadměrných výpůjčních nákladů. *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 3.

Aplikace tohoto pravidla by přitom měla předcházet aplikaci nízké kapitalizace, která se totiž vztahuje na úrokové náklady uznatelné po aplikaci dalších hmotněprávních pravidel omezujících uznatelnost daňových nákladů.³³⁰

2.4.2 Účinnost českého pravidla a jeho soulad se základními zásadami

Pro účely posouzení účinnosti tohoto pravidla a případných negativních dopadů, resp. souladu se základními zásadami je vhodné doplnit, že česká transpozice bude v současnosti dopadat pouze na velice omezený okruh subjektů.³³¹ Omezený dopad tohoto pravidla je přitom způsoben zvolenými parametry transpozice, a to zejména 30 % EBITDA, hranicí 80 mil. Kč a vynětí poplatníků bez přidružených osob. Z normativní perspektivy ve smyslu modifikace současné právní úpravy je tak otázkou, zda například nesnížit hranici 80 mil. Kč, protože do tohoto limitu se vejdou i společnosti, které jsou při úroku 5 % p. a. zatíženy financováním až 1,6 mld. Kč. Lze přitom argumentovat, že vyhýbání se daňovým povinnostem prostřednictvím úrokových nákladů placených do zahraničí se nepochybně dopouští i subjekty s řádově menším objemem financování. V případě snížení hranice na 25 mil. Kč by tak bylo možné očekávat, *ceteris paribus*, dosah pravidla na více než trojnásobek daňových subjektů.³³² Tuto nižší hranici odpovídající 1 mil. euro si přitom zvolilo hned několik členských států jako Nizozemí, Polsko nebo Španělsko. V souvislosti s parametry transpozice a její účinnosti lze také argumentovat pro snížení samotného % EBITDA, přičemž při snížení z 30 % na 10 % toto pravidlo zasáhne více než dvojnásobek nadnárodních společností.³³³

Ve světle výše uvedeného tak zřejmě bude dopad pravidla v návaznosti na zvolené parametry relativně omezený, byť v budoucnu se pravidlo může s ohledem na inflaci a růst úrokové

³³⁰ HRDLIČKA, L. Omezení uznatelnosti nadměrných výpůjčních výdajů v daňovém balíčku 2019. *Daně a právo v praxi*, 2018, č. 4.

³³¹ Ze sta největších českých společností tuto hranici na základě odhadu Zelinkové překročilo *prima facie* pouze 12 společností a pouze 2 z nich mohla být zřejmě omezena uznatelnost, viz ZELINKOVÁ, R. Nová pravidla pro daňovou uznatelnost úrokových nákladů a jejich dopad na obchodní společnosti. *e-Bulletin KDP*, 2018, č. e12.

³³² K tomuto závěru v případě českých subjektů dospěla analýza na základě dat z databáze Amadeus za období roku 2015 porovnávající dopad snížení hranice a vynětí, viz PETUTCHNIG, M. et al. Assessment of the Interest Barrier Rule of Article 4 of the EU Anti-Tax Avoidance Directive for a Sample of European Firms. *World Tax Journal*, 2019, č. 11. kap. 5.

³³³ STEVENS, S. Evaluation of the Earnings Stripping Rules. *EC Tax Review*, 2020, č. 4. kap. 4.2.

míry aplikovat častěji. Z perspektivy účinnosti lze ale u tohoto pravidla kladně hodnotit, že ve srovnání s nízkou kapitalizací efektivněji brání přesunutí podstatné části, tj. až 70 %, základu daně prostřednictvím úroků do zahraničí, a to z důvodu svého navázání na ekonomický výkon daňových subjektů.³³⁴ Lze tak shrnout, že toto pravidlo má obecně z pohledu účinnosti vhodnou konstrukci, byť zvolené parametry jeho dopady omezují.

Současně ale je konstrukce pravidla omezení uznatelnosti spojena s řadou negativních dopadů. V tomto smyslu tak lze argumentovat, že v návaznosti na relativně neurčité definice jak směrnice, tak zákona může vznikat řada aplikačních nejasností v konkrétních technických detailech.³³⁵ Z tohoto důvodu tak lze předpokládat, že na rozdíl od stávajících pravidel o omezení uznatelnosti, která jsou důvěrně známá a vcelku snadno aplikovatelná, přinese transpozice větším daňovým subjektům administrativní zátěž.³³⁶ Zároveň ale zasažené subjekty vzhledem ke své velikosti budou nepochybně disponovat dostatečnou kompetencí a kapacitou, která jim umožní se s touto zátěží vypořádat. V tomto smyslu lze nicméně pozitivně hodnotit, že Generální finanční ředitelství vydalo již zmíněnou informaci k aplikaci ATAD pravidel, která se zabývá také tímto pravidlem, byť některé technické otázky budou muset být vyřešeny až v rámci metodických diskuzí se zástupci odborné obce a finanční správy.³³⁷ Lze tedy argumentovat, že zásada právní nejistoty může být do jisté míry narušena, ale zřejmě nikoli excesivně a ani překvapivě, jde ostatně o zcela novou právní úpravu, kterou přímo neřešila zatím ani judikatura SDEU.³³⁸

Ve smyslu souladu pravidla se základními zásadami je také otázkou, co je jeho účelem a zda má vůbec povahu specifického pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem. Lze totiž argumentovat, že toto pravidlo nesměruje pouze proti nelegitímnímu přesouvání zisků, ale

³³⁴ K tomu např. BIZIOLI, G., GRANDINETTI, M., PARADA, L., VANZ, G., RONCHETTI, A. V. *Corporate taxation, group debt funding and base erosion: New perspectives on the EU anti-tax avoidance directive*. Zuidpooslingel: Kluwer Law International, 2020. str. 235 an.

³³⁵ VACÍK, L. Českou verzi ATAD bude třeba vysvětlit. *Právní rádce*, 2019, č. 4.

³³⁶ Jde zejména o neurčité definice a rozsah výpůjčních výdajů, který je širší než u ostatních pravidel, viz MULLEROVÁ, L. ŠINDELÁŘ, M. Nová pravidla regulace daňové uznatelnosti nákladových úroků. *DAUC.CZ - expertní příspěvky*, 2018, č. 6.

³³⁷ VANĚČKOVÁ, P. Omezení uznatelnosti nadměrných výpůjčních nákladů. *e-Bulletin KDP*, 2021, č. e5.

³³⁸ Na webu curia.europa.eu, nebyly v daných oblastech identifikovány žádné rozsudky na základě zaužívaných pojmů "earning stripping" nebo "interest barrier".

obecně proti (nadměrnému) využívání dluhu jako formy podnikového financování.³³⁹ V této souvislosti je totiž třeba podotknout, že vyhýbání se daňovým povinnostem pomocí dluhového financování obecně nemusí být motivací daňových subjektů v případech nespřízněného dluhu, vnitrostátního financování, v případech specifických odvětví nebo v případě finančních problémů společností. Přesto, ve všech těchto případech se transponované pravidlo omezení uznatelnosti uplatní, a to bez ohledu na již zmiňovanou zásadu platební schopnosti.³⁴⁰ Zároveň jde o procyklické pravidlo, které v případě ekonomických problémů situaci zhorší, když odčerpá větší část finančních prostředků na navazující daňovou povinnost a dále omezuje investiční kapacitu.³⁴¹ Současně nelze ani přesvědčivě argumentovat, že tyto negativní dopady dokáže efektivně eliminovat přenos neuznatelných výdajů do budoucnosti, když je jejich uplatnění v následujících obdobích možné pouze v případě zlepšení ekonomické situace, tj. zvýšení EBITDA, nebo snížením nadměrných výpůjčních výdajů takového období.³⁴²

Současně pravidlo omezení uznatelnosti zřejmě bude pravidelně vést k ekonomickému dvojímu zdanění. Na úrovni plátce úroků totiž bude uznatelnost úroků omezena a na úrovni věřitele v jiném členském státě tyto úroky budou zpravidla zdaněny. V preambuli ATADu je sice obecně deklarováno, že v takové situaci by měla být poskytnuta úleva ve státě věřitele, ale tento apel se nepromítl do žádného normativního ustanovení. Bez ohledu na tento veskrze negativní dopad nelze očekávat, že by SDEU dvojí zdanění mohl vyřešit, a to i z důvodu nediskriminační povahy tohoto pravidla.³⁴³

³³⁹ V této souvislosti je vhodné poukázat na to, že zatímco dlužník si výdaje nemusí být schopen na základě tohoto pravidla odečíst od základu daně, věřitel své příjmy bude muset zdanit vždy, což dluhové financování činí méně atraktivním, jak argumentuje LEONARD, P. ATAD v Česku: Optimalizací proti optimalizaci? *Právní rádce*, 2018, č. 2.

³⁴⁰ VAN OS, P. Interest Limitation under the Adopted Anti-Tax Avoidance Directive and Proportionality. *EC Tax Review*, 2016, č. 4. str. 193 an.

³⁴¹ HILLMANN, L., HOEHL, R. Interest Limitation Rules: At a Crossroads between National Sovereignty and Harmonization. *European Taxation*, 2018, č. 4. str. 23- 24.

³⁴² LAMPERT, S., MEICKMANN, T., REINERT, M. Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule. *European Taxation*, 2016, č. 3. str. 59-60.

³⁴³ SOOM, A. Double Taxation Resulting from the ATAD: Is There Relief? *Intertax*, 2020, č. 3. str. 281 an.

Lze nicméně argumentovat, že i přes svoji nediskriminační povahu a omezený dopad do základních svobod je pravidlo omezení uznatelnosti v rozporu se zásadou přiměřenosti a principem platební schopnosti, ať už na unijní nebo vnitrostátní úrovni. U německého pravidla, které je v zásadě obdobné jako ATAD předloha nebo české pravidlo, přitom německý Spolkový daňový soud v již citovaném rozsudku na základě obdobné argumentace jako výše uvedl, že u tohoto pravidla je narušení přiměřenosti i principu platební schopnosti zásadní a nelze jej odůvodnit mj. ani prevencí vyhýbání se daňovým povinnostem.³⁴⁴ K obdobnému závěru lze dojít i u obdobného českého pravidla, které také neumožňuje daňovým subjektům prokázat, že jejich transakce jsou ekonomicky skutečné a bez přítomnosti zneužití práva. Z této perspektivy se tak zdá, že případný účel prevence vyhýbání se daňovým povinnostem sice toto pravidlo teoreticky nepřimo naplnit může, a to z důvodu své relativně efektivní konstrukce, současně ale zasáhne řadu legitimních transakcí.³⁴⁵ Na druhou stranu lze pochybovat o tom, že by SDEU ve své judikatuře odmítl implicitní, ale vcelku zřejmý záměr členských států čelit z jejich pohledu problematickým finančním transakcím prostřednictvím automatického hmotněprávního pravidla, které uznatelnost odmítá bez ohledu na testování skutečnosti transakcí.³⁴⁶ V této souvislosti je spíše pravděpodobnější, že se judikatura na nové právní paradigma v oblasti SAARs adaptuje.³⁴⁷

V návaznosti na výše uvedené lze mít za to, že pravidlo omezení uznatelnosti výpůjčních výdajů je spojeno s řadou problematických aspektů, které by se ale zřejmě nevyhnuly jeho alternativám, ať už jde o pravidla omezující uznatelnost na základě poměru dluhu ke kapitálu, relevantním aktivům nebo úrovni zdanění u věřitele.³⁴⁸ V návaznosti na svůj účel a konstrukci přitom i tato pravidla mohou být napadnuta pro rozpor se základními zásadami, jak bylo

³⁴⁴ K obdobnému závěru také došla Spolková advokátní komora, jejíž stanovisko si Spolkový ústavní soud vyžádal. Viz stanovisko č. 23 z června 2022 k řízení sp. zn. 2 BvL 1/16.

³⁴⁵ DOURADO, A. P. The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle. *EC Tax Review*, 2017, č. 3. str. 120-121.

³⁴⁶ CARMONA LOBITA, J. The ATAD's Interest Limitation Rule – A Step Backwards? *European Taxation*, 2019, č. 2/3. kap. 2.6.

³⁴⁷ GINEVRA, G., op. cit., 2017, str. 124.

³⁴⁸ Ve prospěch pravidel založených na aktivech argumentuje např. TELL, M. Interest Limitation Rules in the Post-BEPS Era. *Intertax*, 2017, č. 11. str. 761 an.

v případě pravidel nízké kapitalizace judikováno SDEU v rozsudcích *Lankhorst-Hoborst*³⁴⁹ a *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*³⁵⁰ nebo v případě omezení na základě zdanění u věřitele v nedávném případě *Lexel*.³⁵¹ Z pohledu poměrování účinnosti a narušení základních zásad se tak zdá, že dokud nebude vyrovnán rozdíl ve zdanění financování vlastním kapitálem a dluhem prostřednictvím pozitivních pravidel, je pravidlo omezení uznatelnosti nejméně špatným řešením. Implementace tohoto relativně inovativního pravidla přitom může přitáhnout pozornost odborné veřejnosti k některým fundamentálním otázkám konstrukce korporátní daně jako takové. Pokud totiž bude akceptována alokace větší část celkového daňového břemene státu zdroje prostřednictvím omezování uznatelnosti spíše než prostřednictvím srážkové daně, která je omezena daňovými smlouvami a směrnici, je zcela legitimní úvaha, zda tento princip nerozšířit i nad rámec úrokových nákladů. V zásadě obdobná pravidla omezující uznatelnost by tak mohla být zřejmě navržena i ve vztahu k dalším nákladům využívaným ke snižování daňového základu jako jsou licenční poplatky, nájemné, leasing nebo třeba manažerské poplatky.³⁵²

2.5 Pravidlo zdanění při odchodu

Z perspektivy českého daňového práva je zcela novým institutem tzv. pravidlo zdanění při odchodu, které bylo v návaznosti na čl. 5 ATADu transponováno do ustanovení § 23g a § 38zg ZDP s účinností od 1. ledna 2020. Z tohoto důvodu je pro účely této práce nezbytné transpozici tohoto pravidla stručně představit, než bude možné přikročit k jeho posouzení z pohledu jeho účinnosti a souladu se základními zásadami.³⁵³

³⁴⁹ Rozhodnutí SDEU ze dne 12. prosince 2002, sp. zn. C-324/00 ve věci *Lankhorst-Hoborst*.

³⁵⁰ Rozhodnutí SDEU ze dne 13. března 2007, sp. zn. C-524/04 ve věci *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.

³⁵¹ Rozhodnutí SDEU ze dne 20. ledna 2021, sp. zn. C-484/19 ve věci *Lexel*.

³⁵² MARTINHO FERNANDEZ, S. *International Double Taxation of Interest – Assessing Recent Developments in Thin Capitalization Regimes*. Amsterdam: IBFD, 2019. kap. 2.3.

³⁵³ V tomto ohledu práce navazuje na KAPPEL, J. *Implementation of Exit Taxation in the Czech Republic. Analysis and Studies CASP*, 2021, č. 12.

2.5.1 Transpozice zdanění při přemístění majetku bez změny vlastnictví

Přes relativně komplikovaný text ustanovení § 23g ZDP je při srovnání s čl. 5 ATAD zřejmé, že jednotlivé odstavce jsou, byť v jiném pořadí, v zásadě minimalistickou transpozicí odpovídajících ustanovení směrnice.

V souladu se směrnicí se toto ustanovení vztahuje pouze na právnické osoby a postihuje tzv. přemístění majetku bez změny vlastnictví s tím, že při takovém přemístění nastupuje právní fikce prodeje majetku sobě samému za tržní cenu, kterou by si sjednaly nezávislé strany za srovnatelných podmínek. V české transpozici může přemístění nabýt formu tří rozhodných skutečností. První z nich je přemístění do zahraniční stálé provozovny, a to pouze pokud v důsledku převodu ztratí Česká republika právo příjem zdanit na základě aplikace metody vynětí při potenciálním následném převodu.³⁵⁴ Lze sice argumentovat, že definice používající metodu vynětí může způsobit rozpor se smlouvami o zamezení dvojího zdanění,³⁵⁵ ale tato úvaha je v zásadě jen teoretická, neboť Česká republika má naprosté minimum smluv uzavřených s nečlenskými státy EU, v případě členských států totiž převáží tato unijní úprava.³⁵⁶ Druhou rozhodnou skutečností je přesun majetku z české stálé provozovny daňového nerezidenta do zahraničí, pokud by Česká republika ztratila právo zdanit případný navazující prodej.³⁵⁷ Třetí rozhodnou skutečností je přesun majetku spojený s přemístěním daňové residence českého poplatníka do zahraničí, opět pokud by nebylo možné následný prodej v Česku zdanit.³⁵⁸ Naopak zdanění při odchodu dle již citované informace Generálního finančního ředitelství nevyvolají přeměny. V souladu se směrnicí také česká transpozice z tohoto pravidla vyjímá přemístění v souvislosti s financováním cenných papírů, jako kolaterál nebo v návaznosti na kapitálové nebo likvidní požadavky, pokud je majetek do dvanácti měsíců přesunut zpět.

³⁵⁴ V podstatě jde o shodnou úpravu jako ve směrnici, byť lze argumentovat, že i v případě aplikace metody vynětí právo zdanit příjem nezaniká, Česká republika se pouze smluvně zavázala je nevykovávat, viz komentář k § 23g ZDP v PELC, V. *Daně z příjmů: zákon s poznámkami a judikaturou*. Praha: C.H. Beck, 2021.

³⁵⁵ Viz BOHÁČ, R., HRDLIČKA, L., 2018, op. cit.

³⁵⁶ Po Brexitu jde v zásadě jen o Spojené království, viz BUREŠ, M. Zdanění při odchodu ("exit tax") aneb Jak to může dopadnout, když Evropská unie poslouchá Francii. *DAUC.cz* 2019.

³⁵⁷ Za majetek se přitom považuje i obchodní závod nebo jeho část, viz komentář k § 501 a 502 v LAVICKÝ, P. et al. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. Praha: C. H. Beck, 2014.

³⁵⁸ Situace může být komplexní, pokud by v tuzemsku zůstala stálá provozovna, zde by bylo třeba přistoupit k detailní funkční a rizikové analýze a zkoumat detailně, která aktiva se přesunula.

Od směrnice se tak česká transpozice významově odchyľuje toľiko při určení vstupní ceny při přemístění z jiného členského státu do tuzemska. Směrnice totiž primárně pracuje s převzetím ceny ze zahraničí, pokud je v souladu s tržní cenou, zatímco transpozice bere v úvahu rovnou tržní cenu. V tomto ohľedu ale může vzniknout nesoulad stran určení tržní ceny mezi členskými státy a , přičemž důkazní břemeno bude zřejmě spočívat na českém daňovém subjektu. Nad rámec výše uvedeného je nezbytné tržní cenu aplikovat pouze u přemístění ze členských států, u třetích zemí se použijí standardní ustanovení ZDP,³⁵⁹ která zohľadňují daňové odpisy, opravné položky apod., což může vést k nerovnému přístupu.

2.5.2 Rozložení úhrady na splátky jako problematický aspekt transpozice

Současně byla v souladu se směrnicí transponována do § 38zg ZDP možnost rozložení úhrady této daňové povinnosti na splátky rozprostřené až do pěti let s úročením rozložené částky, což je požadavek konstantní judikatury SDEU, který měl zmírnit dopady tohoto pravidla na fungování vnitřního trhu. Současně je tento přístup ale mírně odlišný od logiky rozsudku SDEU ve věci *National Indus Grid*, který spočíval v odkladu až do okamžiku realizace.³⁶⁰ Možnost rozložení je přitom poskytnuta pouze u přemístění do jiného členského státu unie nebo Evropského hospodářského prostoru, se kterým je uzavřena účinná dohoda o vzájemné pomoci při vymáhání pohľadávek. Pro přemístění do třetích zemí nároková možnost rozložení na splátky není v ATAD ani v transpozici zakotvena. S ohľadem na to, že ve vztahu ke třetím zemím se jedná o neharmonizovanou oblast, lze argumentovat, že tato situace musí být posouzena optikou základní svobody pohybu kapitálu, a že úprava je v rozporu se zásadou rovnosti a jde nad rámec nezbytného, když není zohľadněno, zda s třetí zemí existuje účinná ekvivalentní dohoda o správní pomoci.³⁶¹ Pro tyto situace připadá v úvahu toľiko posečkáni a rozložení na splátky dle daňového řádu, které je ale nenárokové a správce daně

³⁵⁹ KAPOUN, V. Změny ve zdaňování v návaznosti na implementaci ATAD – exit tax a CFC pravidla. *Finanční, daňový a účetní bulletin* 2019, č. 2.

³⁶⁰ Viz LETIZIA, G. The Recent Restrictive ECJ Approach to Exit Tax and the ATAD Implementation. *EC Tax Review*, 2020, č. 1.

³⁶¹ PEETERS, S. Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool. *EC Tax Review*, 2017, č. 3.

zpravidla vyžaduje zajištění a naplnění řady dalších podmínek dle správního uvážení finanční správy, které je v tomto ohledu možná až příliš široké.³⁶²

Současně lze vnímat jako relativně omezující, až nepřiměřené, okamžité zesplatnění rozložené daně v případě následného prodeje, přemístění, likvidace, insolvence nebo porušení podmínek stanovených správcem daně, a to jak na základě § 38zg ZDP i § 157 daňového řádu. Tato pravidla jsou přitom částečně přísnější než ATAD ustanovení, která v případě porušení podmínek umožňují nápravu v rámci dvanácti měsíců. V tomto ohledu lze argumentovat, že česká transpozice jde za hranice nezbytného a je tak nepřiměřená³⁶³ a potenciálně také může být v rozporu s principem platební schopnosti.

2.5.3 Účinnost českého pravidla a jeho soulad se základními zásadami

V judikatuře SDEU tak lze na základě výše zavedené metodiky³⁶⁴ identifikovat třináct rozhodnutí, která se zdanění při odchodu týkají. Tři rozhodnutí byla vydána v letech 2004 až 2010, osm rozhodnutí v letech 2011 až 2017 a dvě rozhodnutí v letech 2018 až 2021. V rámci minimalistické transpozice pravidla z ATAD tak lze mít za to, že rozpor s obecnými zásadami unijního práva, a stejně tak obdobnými vnitrostátními zásadami, je relativně nepravděpodobný, snad s výjimkou nepřiměřeného ukončení rozložení i v případě drobného pochybení bez možnosti nápravy a nedokonalého přebírání vstupních cen.³⁶⁵

V návaznosti na výše uvedené ale byla identifikována oblast, která jde nad rámec harmonizace, a to vztah ke třetím zemím. V této souvislosti lze, kromě zmíněných pochybností o souladu českého pravidla se zásadami nezbytnosti, přiměřenosti a platební schopnosti u rozložení na splátky, argumentovat, že problematické je zejména nerovný přístup ve vztahu ke

³⁶² Podobně SPINDLER-SIMANDER, K., WOHRER, V. Implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164) in Austria. *European Taxation*, 2018, č. 7 a POTGENS, F. P.G., et al. The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment. *Intertax*, 2016, č. 3.

³⁶³ Viz HASLEHNER, W et al., op. cit., 2020, bod 5.54 an. a KANANOJA, V., Implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164) Exit Tax Measures in Finland. *European Taxation*, 2020, č. 2/3.

³⁶⁴ Na webu curia.europa.eu, kde byly pro účely tohoto pravidla v daných oblastech vyhledávány rozsudky SDEU na základě pojmů "tax" a "unrealised", který se v rozhodnutích vyskytuje, konečně jde o zdanění nerealizovaných.

³⁶⁵ BROKELIND, C., VAN THIEL, S., op. cit., 2021, kap. 12.4.2.2.

třetím státům na základě základní svobody pohybu kapitálu.³⁶⁶ A to nejen v oblasti absence nárokového rozložení, ale také v oblasti přebírání vstupních cen.

Z pohledu účinnosti tohoto pravidla lze v českém prostředí dopady pouze odhadovat. Zda české subjekty nebo stálé provozovny před účinností pravidla používaly přemístění majetku bez změny vlastnictví do méně zdaněných jurisdikcí, nelze v zásadě prokázat, je nicméně zřejmé, že v budoucnu tomu tak již být nemůže. Na druhou stranu dle profesních zkušeností autora, mj. i s mezinárodním daňovým plánováním, toto uspořádání nebylo běžně využíváno a v současnosti je pravděpodobnost realizace zdanitelných skutečností relativně malá, ať už proto, že není uzavřeno velké množství smluv o zamezení dvojího zdanění s metodou vynětí s nečlenskými státy unie, nebo proto, že přesuny rezidence jsou relativně vzácné. Uvažovat lze snad o vyšší frekvenci přemístění majetku z českých stálých provozoven, které jsou v některých odvětvích, typicky passportizovaných, vcelku běžné. I v případě, že by ale v návaznosti na ekonomické problémy měly nadnárodní skupiny tendenci opouštět český trh, lze předpokládat, že by tak činily spíše prostřednictvím tradičních postupů, tj. se změnou vlastnictví. S ohledem na výše uvedené tak lze předpokládat, že použitelnost tohoto pravidla bude v českém prostředí relativně omezená, a tím i jeho případné rozpory se základními zásadami v konkrétních případech.

2.6 Pravidlo pro ovládané zahraniční společnosti

Asi nejkompexnější úpravou transponovanou do českého právního řádu jsou pravidla zdanění ovládané zahraniční osoby, která jsou obsažena ve dvanácti odstavcích § 38fa ZDP, do nichž byla zahrnuta pravidla čl. 7 a 8 ATAD. Vzhledem k tomu, že jde v českém prostředí o zcela nová pravidla, budou jejich významné aspekty níže nejdříve stručně představeny,³⁶⁷

³⁶⁶ Viz např. PINETZ, E., SCHAFFER, E. Exit Taxation in Third-Country Situations, *European Taxation*, 2014, č. 10.

³⁶⁷ Pro standardní příklady aplikace tohoto pravidla viz např. KRČMOVÁ, M. CFC pravidla v české legislativě – Zdaňování příjmů zahraničních společností ovládaných českým daňovým rezidentem. *Daně a právo v praxi*, 2020, č. 11. a KRČMOVÁ, M. CFC pravidla v české legislativě – Zdaňování příjmů zahraničních společností ovládaných českým daňovým rezidentem – 2. část. *Daně a právo v praxi*, 2021, č. 1.

než budou tato pravidla podrobena analýze stran účinnosti a souladu se základními zásadami.³⁶⁸

2.6.1 Komplexní transpozice zdanění ovládaných zahraničních osob

V návaznosti na ustanovení § 38fa ZDP lze českou transpozici tohoto pravidla zjednodušeně popsat jako mechanismus, který při splnění podmínek zahrne činnost a nakládání s majetkem zahraniční ovládané společnosti, ze kterých plynou zahrnované pasivní příjmy,³⁶⁹ do základu daně české ovládající společnosti v daném zdaňovacím období. Za ovládané zahraniční společnosti se přitom považují nerezidentní poplatníci daně z příjmů právnických osob, na kterých se podílí český poplatník s přidruženými osobami přímo nebo nepřímo na základě více než 50% podílu na základním kapitálu, hlasovacích právech nebo zisku, a zahraniční stálé provozovny českých poplatníků, pokud se aplikuje metoda vynětí.³⁷⁰ Právě toto spojení s přidruženými osobami může způsobovat aplikační nejistoty, kdy i v případě marginálního přímého podílu na zahraniční společnosti bude nezbytné přezkoumávat, zda spolu s přidruženými osobami není kritérium naplněno.

U české ovládající osoby je poměrná část základu daně související se zahrnovanými pasivními příjmy ovládané zahraniční osoby zdaněna, pokud tato nevykonává podstatnou hospodářskou činnost a její efektivní zdanění v zahraničí je menší než polovina daně, která by byla vypočtena dle tuzemských předpisů. Případné dvojí zdanění je řešeno v tuzemsku na základě prostého zápočtu. Smyslem podmínky podstatné hospodářské činnosti je omezit toto pravidlo na schránkové společnosti v daňově výhodných jurisdikcích s aktivy generujícími pasivní příjmy s cílem získat tak daňové zvýhodnění.³⁷¹ Lze argumentovat, že podstatná hospodářská

³⁶⁸ Zde práce vychází z KAPPEL, J. Několik poznámek ke zdanění ovládaných zahraničních společností. *Daňová a hospodářská kartotéka*, 2021, č. 5.

³⁶⁹ Za takové zahrnované příjmy patří výpůjční příjmy, příjmy z licenčních poplatků, z podílů na zisku, z pozbytí podílu, z finančního leasingu, z pojišťovacích, bankovních a finančních činností a z (pře)prodeje zboží nebo služeb s malou přidanou hodnotou spojeným osobám a zřejmě také příjmy z operací, které nejsou skutečné, a jejich hlavním účelem bylo získání daňové výhody dle zástupce ministerstva KOUBA, S. CFC pravidla. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2017, č. 4.

³⁷⁰ U stálých provozoven je podmínka nevykonávání podstatné hospodářské činnosti spíše formální, neboť pokud by takovou činnost nevykonávala, tak by ve zpravidla vůbec nevznikla, viz KAPOUN, V. Změny ve zdaňování v návaznosti na implementaci ATAD – exit tax a CFC pravidla. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2019, č. 2.

³⁷¹ Viz s. 183 důvodové zprávy k vl. n. zákona č. 80/2019 Sb.

činnost je ve své podstatě neurčitým právním pojmem, který může vést k aplikačním sporům.³⁷² Současně je nutné upozornit, že podmínka efektivního zdanění se vztahuje na všechny příjmy, nikoli pouze na zahrnované.³⁷³

S účinností od 1. ledna 2021 bylo ustanovení rozšířeno o pravidlo vztahující se na ovládané zahraniční společnosti, které jsou rezidenty nespolupracujících jurisdikcí dle unijního seznamu, s tím, že na tyto entity se nevztahují podmínky nevykonávání podstatné hospodářské činnosti ani efektivního zdanění, ale jejich příslušná poměrná část základu daně je rovnou zahrnuta do základu daně české ovládající společnosti.

2.6.2 Problematické aspekty transpozice pravidla a jeho vyhodnocení

V návaznosti na výše zavedenou metodiku lze konstatovat, že pravidlo pro ovládané zahraniční společnosti bylo v minulosti SDEU intenzivně řešeno, když bylo identifikováno 35 rozhodnutí, která s touto problematikou aspoň okrajově souvisela.³⁷⁴ Lze tak nalézt osm rozhodnutí před rokem 2004, devět rozhodnutí v letech 2004 až 2010, dalších šest v letech 2011 až 2017 a dvanáct od roku 2018 do roku 2021.

Pro účely této práce je klíčové zejména rozhodnutí *Cadbury Schweppes*,³⁷⁵ které se jako jedno z prvních zabývalo intrakomunitárním zdaněním ovládaných zahraničních společností a zakotvilo kritérium čistě vykonstruovaných transakcí a skutečné hospodářské činnosti, jejichž optikou soud posuzoval, zda jsou tato pravidla omezující základní svobody odůvodněná nebo nikoli. Příslušná ustanovení směrnice ATAD a česká transpozice přitom s kritériem skutečné hospodářské činnosti nepracují, místo toho využívají kritérium podstatné hospodářské činnosti.³⁷⁶

Na rozhodnutí v této věci navázal SDEU v rozhodnutí *X GmbH*, které se zabývalo aplikací pravidla ve vztahu ke třetím zemím na základě svobody pohybu kapitálu, a ve kterém SDEU

³⁷²BUREŠ, Martin. Základní podstata pravidla zdaňování zahraničních dceřiných společností („CFC rules“) aneb Zabrání Holanďani přelévání „zisků“ do tzv. daňových rájů? *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 9.

³⁷³ Lze argumentovat, že tato podmínka zvýrazní soutěž mezi členskými státy stran efektivního zdanění mateřských holdingových společností, viz např. VAN HULLE, G. Current Challenges for EU Controlled Foreign Company Rules. *Bulletin for International Taxation*, 2017, č. 12.

³⁷⁴ Na webu curia.europa.eu, byly v daných oblastech pro účely tohoto pravidla vyhledávány rozsudky SDEU obsahující fulltextové pojmy "tax" a "controlled foreign companies".

³⁷⁵ Rozhodnutí SDEU ze dne 12. září 2006, sp. zn. C-196/04 ve věci *Cadbury Schweppes*.

³⁷⁶ SCHONFELD BONN, J. CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive. *EC Tax Review*, 2017, č. 3

připustil jeho aplikaci, pokud ovládaná společnost podléhala nižšímu zdanění a jurisdikce její rezidence neměla žádný mezinárodně smluvní závazek poskytnout členskému státu rezidence ovládající osoby informace, kterými by mohlo být ověřeno, že vztah ovládající a ovládané společnosti neplyne z vykonstruovaného uspořádání. V případě třetích zemí přitom lze pod tuto kategorii podřadit uspořádání „*jehož hlavním nebo jedním z hlavních cílů je vykonstruovaný převod zisků plynoucích z činností vykonávaných na území některého členského státu do třetích zemí s nízkou úrovní zdanění.*“ Byť soud připustil, že v tomto případě německá pravidla konstruovala jinak nepřipustnou nevyvratitelnou domněnku vyhýbání se daňovým povinnostem, její aplikaci připustil, a to v případě, že stát ovládající společnosti neměl možnost na základě efektivní výměny informací ověřit, zda nejde o vykonstruované opatření.³⁷⁷

V odborné literatuře je přitom diskutováno, zda v kontextu výše uvedených rozhodnutí a znění ATAD nedochází k posunu od skutečné k podstatné hospodářské činnosti, což je zjevně mírnější kritérium, ke kterému (nebo za něj) na základě důvodové zprávy zřejmě směřuje i český zákonodárce.³⁷⁸ Na druhou stranu, pokud česká transpozice tuto podmínku obsahuje, musí být interpretována v souladu s unijním právem, nikoli přísněji.³⁷⁹ Současně toto kritérium může být v praxi obtížně aplikovatelné ve vztahu k moderním dematerializovaným činnostem nebo finančním aktivitám, které nevyžadují významnou substanci v podobě prostor, majetku nebo zaměstnanců.³⁸⁰ Proto by toto kritérium mělo být aplikováno uměřeně.

V návaznosti na výše uvedenou judikaturu lze naopak jednoznačně pozitivně hodnotit, že podmínka nevykonávání podstatné hospodářské činnosti byla transponována i ve vztahu ke (spolupracujícím) třetím zemím, protože její absence (byť ji ATAD připouští) by zřejmě byla v rozporu s judikaturou SDEU a základními svobodami, zejména pohybu kapitálu.³⁸¹

³⁷⁷Rozhodnutí SDEU ze dne 26. února 2019, sp. zn. C-135/17 ve věci *X GmbH*, body 84 až 96.

³⁷⁸ TOMANOVÁ, T. Zamyšlení nad vybranými aspekty CFC pravidel v kontextu implementace směrnice ATAD. *e-Bulletin KDP*, 2019, č. e7-8.

³⁷⁹ DE GROOT, I.M., LARKING, B. Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164). *European Taxation*, 2019, č. 6.

³⁸⁰ BIZIOLI, G., op. cit., 2017.

³⁸¹ Na druhou stranu, v návaznosti na rozhodnutí ve věcech *N Luxembourg a T Danmark* lze argumentovat, že se nelze zneužívajícím způsobem dovolávat základních svobod a v případě zneužití by tak bez ohledu na zahrnutí této podmínky mohla být pravidla o zdanění ovládaných zahraničních společností přípustná, bez ohledu na jinak podstatnou hospodářskou činnost, viz NYSTROM, W. Saving the ATAD CFC Regime Through Abuse of Law or the Rule of Reason. *Intertax*, 2021, č. 3.

V případě nespolutracujících jurisdikcí je situace pro absenci podmínky nevykonávání podstatné ekonomické činnosti nebo efektivního zdanění složitější, neboť je zde konstruována v zásadě nevyvratitelná a jinak nepřipustná domněnka vyhýbání se daňovým povinnostem. Na základě rozhodnutí ve věci *X GmbH*, které je sice progresivní, ale z praktického pohledu vcelku racionální, lze přitom argumentovat, že u těchto jurisdikcí nelze ověřit, zda o vykonstruované nebo zneužívající transakce nejde. Pokud by šlo o zneužívající transakce, tak by jim navíc na základě rozhodnutí ve věcech *N Luxembourg* a *T Danmark* ochrana základních svobod, zejména kapitálu, zřejmě nemohla být ani tak poskytnuta. V nezneužívajících případech lze poté argumentovat, že případný konflikt české transpozice v případě nespolutracujících jurisdikcí se svobodou volného pohybu kapitálu zpravidla nenastane, protože české pravidlo se vztahuje na většinové ovládání, byť společně s přidruženými společnostmi, zatímco svoboda kapitálu se vztahuje na portfoliové investice.³⁸²

S ohledem na výše uvedené tak lze konstatovat, že pravděpodobnost nesouladu české transpozice s unijními zásadami přiměřenosti a nezbytnosti je relativně nízká. Stejně tak lze argumentovat, že tato pravidla mohou přispívat k rovnosti mezi daňovými subjekty a rozdělují daňové zatížení dle jejich, aspoň potenciální platební schopnosti. Současně je nezbytné konstatovat, že s ohledem na jejich komplexní povahu a zkušenosti ze zahraničí jsou jak pravidla v ATAD, tak i v české transpozici, která je opět minimalistická, potenciálně skutečně efektivní k zabránění vyhýbání se daňovým povinnostem. Na druhou stranu, právě jejich komplexita může způsobovat případné rozpory se zásadou právní jistoty, když zejména kritérium podstatné hospodářské činnosti představuje posun oproti historické judikatuře SDEU, v našem prostředí není projudikováno, a lze jej tak považovat za výkladovou výzvu, která bude muset být vyjasněna praxí a soudním výkladem.³⁸³ Na druhou stranu nelze předpokládat, že případné výkladové nejasnosti by mohly vést k úspěšnému zpochybnění české transpozice před českými soudy na základě zásad zákonnosti nebo právní jistoty, neboť u pravidel proti

³⁸² Pravděpodobnost rozporu se základními svobodami je tak v zásadě marginální. Obdobně viz k mnohem restriktivnější polské transpozici KUZNIACKI, B. Implementing the ATAD's CFC Rules by Poland Contrary to EU Primary Law: A Solitary Example or the Beginning of Infamous Trend? *EC Tax Review*, 2018, č. 3.

³⁸³ BROKELIND, C., VAN THIEL, S., op. cit., 2021, kap. 12.4.2.3.

vyhýbání se daňovým povinností je nezbytné nějakou míru nejistoty a flexibility připustit.³⁸⁴

2.7 Hybridní nesoulady v ATAD I a ATAD II

Posledním pravidlem, které bylo v návaznosti na ATAD transponováno do českého právního řádu je pravidlo proti tzv. hybridním nesouladům, které lze nalézt v § 23h ZDP jako pravidlo řešení důsledků rozdílné právní kvalifikace. Toto pravidlo reaguje na uspořádání využívající k získání daňových výhod rozdíly v právní kvalifikaci mezi dvěma právními řády.

V původní směrnici ATAD I bylo přitom toto pravidlo z politických důvodů obsaženo pouze v minimalistické podobě ve dvou větech v čl. 9 a věnovalo se pouze problémům tzv. dvojího započtení a zápočtu bez zahrnutí, a to pouze v čistě unijních situacích. Původní úprava se tedy vůbec nevztahovala na situace ve vztahu ke třetím zemím a v této souvislosti byla následně úprava podstatně rozšířena směrnicí ATAD II, která kromě komplexní úpravy v čl. 9 přidala i čl. 9a a 9b.³⁸⁵ S ohledem na to, že jde o pravidlo v českém prostředí zcela nové, bude nejdříve stručně představeno, než bude věnována pozornost jeho účinnosti a souladu se základními zásadami.³⁸⁶

2.7.1 Transpozice úpravy hybridních nesouladů do českého práva

Do českého práva pronikla tato pravidla s účinností pro zdaňovací období od 1. ledna 2020 a i v návaznosti na novelizace k 1. lednu 2021 zůstává úprava v § 23h ZDP spíše minimalistická, byť obsahuje i úpravu ATAD II. Úvodem je třeba podotknout, že úprava se vztahuje na poplatníky daně z příjmů právnických osob, stejně ve vztahu k členským i nečlenským státům unie a současně se aplikuje pouze na uspořádání mezi přidruženými osobami, tj. v návaznosti na ovládání aspoň 50 % kapitálu, hlasovacích práv nebo zisku, a to i společně s dal-

³⁸⁴ Viz Kamínková a Kostohryz In: KOFLER, G. et al. *Controlled foreign company legislation*. Amsterdam: IBFD, 2020. kap. 13.6.

³⁸⁵ K vývoji ustanovení a legislativnímu procesu na úrovni unie viz BALCO, T. ATAD 2: Anti-Tax Avoidance Directive. *European Taxation*, 2017, č. 4.

³⁸⁶ Pro další informace k původu nesouladů a možnostem jejich řešení viz HRDLIČKA, L. Úvod do hybridních nesouladů. *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 10. a pro praktické ukázky aplikace pravidla včetně příkladů viz BUŠOVSKÁ, M. Hybridní nesoulady v kontextu zákona o daních z příjmů. *Bulletin KDP*, 2020, č. 4.

šími osobami jednajícími společně. Pravidlo hybridních nesouladů řeší v zásadě tři problematické situace, a to dvojí započtení, započtení bez zahrnutí a importované hybridní nesouladů.

V situaci dvojího započtení je typicky přítomna netransparentní přidružená zahraniční hybridní entita a současně je v zahraničí používáno zdanění na skupinové bázi.³⁸⁷ V této situaci je položka snižující základ daně v transakci mezi přidruženými osobami uplatněna vícekrát a současně není vyrovnána navazující zvyšující položkou, a proto se zvyšuje základ daně o částku odpovídající snížení, případně jeho části. V rámci primárního pravidla se v tuzemsku zvyšuje základ daně, pokud Česká republika není státem zdroje. Pokud státem zdroje Česká republika je, zvyšuje se český základ daně pouze v rámci defenzivního pravidla, tj. pokud zahraniční jurisdikce základ daně již nevyšila.

Druhá standardní situace, tj. započtení a současné nezahrnutí do základu daně nastává typicky v případě závazků z hybridního finančního nástroje, jehož náklad je ve státě zdroje považován za uznatelný úrok, ale ve státě rezidence je příjem považován za osvobozenou nebo nedaněnou dividendu. V tomto případě se tuzemsku v rámci primárního pravidla proporcčně zvyšuje základ daně, pokud je Česká republika státem zdroje. Defenzivní pravidlo se uplatní v případě, že Česká republika není státem zdroje, ale tento stát základ daně nezvýšil.

V případech importovaného hybridního nesouladu je situace komplexnější, když nesoulad vzniká mezi dvěma jurisdikcemi a následně je přenesen do třetí jurisdikce, která nemá ochranu proti hybridním nesouladům. Na základě české transpozice se v tuzemsku zvýší základ daně, pokud došlo k situaci dvojího započtení nebo započtení bez zahrnutí a příslušné zahraniční státy základ daně na základě obdobného pravidla nezvýšily.³⁸⁸

³⁸⁷ V České republice skupinové zdanění není zavedeno, ale například u plateb do přidružených společností z USA, které skupinové zdanění zavedeno mají a současně mohou být pro naše účely hybridní entity, může být toto pravidlo aplikováno.

³⁸⁸ V detailech viz komentář k § 23h od HRDLIČKA In DRÁB, O. et al. *Zákon o daních z příjmů: Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2021.

2.7.2 Posouzení české transpozice pravidla hybridních nesouladů

V případě pravidla hybridních nesouladů je analýza jejich účinnosti nebo souladu se základními zásadami poněkud ztížena tím, že na základě zavedené metodiky³⁸⁹ nebyla identifikována žádná rozhodnutí SDEU, která by mohla přinést kvalitativní poznatky o jejich účinnosti a současně nejsou dostupné kvantitativní důkazy o existenci, rozsahu a případnému zhojení hybridních nesouladů na základě transponovaných pravidel.³⁹⁰

Z tohoto důvodu je tak nezbytné účinnost transponovaných pravidel hodnotit spíše na základě praxe, s tím, že v České republice se v rámci mezinárodních poradenských společností toto téma objevuje sporadicky, a to zejména v souvislosti s českými rezidenty, kteří přímo náleží k americkým nadnárodním skupinám. Zahraniční profesní praxe pak nalézá svůj odraz v odborných zdrojích, ze kterých je zřejmé, že hybridní soulady byly v zahraničí využívány nadnárodními společnostmi a *private equity* fondy a současná pravidla z ATAD dokážou této optimalizační technice, která způsobovala relativně materiální snižování základu daně, zabránit, resp. odrazovat nejagresivnější techniky, a tak posilovat rovnost mezi daňovými subjekty.³⁹¹ S ohledem na to, že česká transpozice je v zásadě obecnou adaptací ATAD pravidel lze z výše uvedeného dovodit, že může být potenciálně stejně účinná.

Na druhou stranu lze argumentovat, že byt' jsou pravidla proti hybridním nesouladům schopná eliminovat mezery mezi daňovými systémy, řeší pouze symptomy, ale nikoli příčiny různé právní kvalifikace, a vhodnější (byť politicky složitější) přístup spočívá ve sjednocování kvalifikace, přinejmenším v rámci unie.³⁹²

Z perspektivy souladu se základními zásadami unijního práva jsou na druhou stranu pravidla proti hybridním nesouladům plošně kritizována jako narušující základní svobodu volného

³⁸⁹ Na webu curia.europa.eu, kde byly pro účely tohoto pravidla v daných oblastech vyhledávány rozsudky SDEU obsahující fulltextové pojmy "hybrid" "mismatch".

³⁹⁰ MARTINEZ LAGUNA, F. D. *Hybrid financial instruments, double non-taxation and linking rules*. Zuidpooslingel: Kluwer Law International, 2019. str. 268.

³⁹¹ BROKELIND, C., VAN THIEL, S., op. cit., 2021, kap. 12.4.2.4.

³⁹² Viz FIBBE, G.K., STEVENS, T. Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II. *EC Tax Review*, 2017, č. 3.

pohybu osob, případně kapitálu,³⁹³ neboť zvyšováním základu daně (resp. odmítáním odpočtu) přeshraniční situace činí méně výhodnými oproti čistě vnitrostátním.³⁹⁴ Současně lze mít za to, že toto omezení nelze přesvědčivě odůvodnit veřejným zájmem bránění vyhýbání se daňovým povinnostem, pokud samotné výhody plynoucí z rozdílné kvalifikace nejsou samy o sobě zneužívající a pravidla netestují ani kritéria zneužití nebo skutečných ekonomických důvodů, resp. ani nedávají daňovým subjektům možnost se z následků pravidel vyvázat prokázáním řádných ekonomických důvodů jejich uspořádání. Z tohoto pohledu lze mít za to, že pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem by byla v rozporu s tradičním pojetím odůvodněnosti omezení základních svobod ve smyslu judikatury SDEU, neboť jdou za rámec nezbytného a lze je považovat za nepřiměřená.³⁹⁵ Současně lze argumentovat, že případné omezení uznatelnosti jde proti principu zdanění příjmů na netto principu, který je součástí principu platební schopnosti, které může v individuálních případech nabýt takové intenzity, že by mohlo být úspěšně napadáno.³⁹⁶

Z relativní obecnosti pravidel proti hybridním nesouladům, které přispívají k jejich funkčnosti a adaptabilitě vůči budoucnosti současně vyplývá také argument, že tato pravidla jsou ze stejného důvodu v rozporu s unijní i vnitrostátní zásadou právní jistoty. K té navíc nepřispívá ani skutečnost, že aplikace defenzivního pravidla spočívá ve znalosti zahraniční právní úpravy a v zahraničí aplikovaného zdanění.³⁹⁷

V návaznosti na výše uvedené lze konstatovat, že přes relativně omezené zdroje lze pravidla proti hybridním nesouladům považovat za aspoň potenciálně účinná ve vztahu k širokému okruhu uspořádání, která v současnosti sice nemusí být v našem prostředí využívána, ale tato

³⁹³ Byť lze argumentovat, že pravidla v ATAD i české transpozici dopady na svobodu volného pohybu kapitálu omezují prostřednictvím definice přidružených osob s podílem vyšším než 50 %, přičemž od této hranice převažuje svoboda usazování osob, viz TOMAZELA SANTOS, R. The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations. *Bulletin for International Taxation*, 2018, č. 8.

³⁹⁴ SCHERLEITNER, M. The Imported Mismatch Rule in Light of the Fundamental Freedoms. *Intertax*, 2021, č. 5., BIZIOLI, G., op. cit., 2017, str. 174 – 175 nebo GINEVRA, G., op. cit., 2017, str. 136.

³⁹⁵ Viz GOVIND, S., VAN WEST, J.-P. *Hybrid Entities in Tax Treaty Law*. Vienna: Linde Verlag, 2020. str. 601 an. nebo PEETERS, B., VANNESTE, L. The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD. *Intertax*, 2020, č. 1.

³⁹⁶ TOMAZELA SANTOS, R., op. cit., 2018.

³⁹⁷ PARADA, L. *Double non-taxation and the use of hybrid entities: An alternative approach in the New Era of BEPS*. Zuidpoolingel: Kluwer Law International, 2018. str. 173 an.

pravidla díky své obecnosti plní také preventivní funkci do budoucna. Na druhou stranu z těchto vlastností české transpozice plyne také případný rozpor se zásadou právní jistoty, ke které přistupují také relevantní argumenty stran nezbytnosti a přiměřenosti těchto pravidel a jejich dopadu do platební schopnosti daňových subjektů. Obecně tak lze shrnout, že vhodnějším řešením by bylo spíše sblížení daňových pravidel a kvalifikace než pouhé řešení symptomů.

2.8 Regulace schránkových společností aneb ATAD III

Na unijní úrovni aktivita proti mezinárodnímu vyhýbání se daňovým povinnostem pokračovala v květnu 2021, kdy Komise zveřejnila své sdělení ke zdanění podniků pro 21. století,³⁹⁸ v rámci kterého mj. zveřejnila svůj záměr představit regulaci tzv. schránkových společností. Za schránkové společnosti lze v kontextu mezinárodního zdanění považovat společnosti s omezenou substancí, tj. podstatou, které sice mohou existovat z racionálních ekonomických důvodů, ale v rámci mezinárodních daňových optimalizací se vyskytují také extrémní případy schránkových entit, které nemají jiné než daňové opodstatnění, a nemají ani jinou ekonomickou činnost než držbu aktiv, zpravidla generujících pasivní příjmy nebo umožňující optimalizační uspořádání.³⁹⁹ V návaznosti na své sdělení tak Komise dne 22. prosince 2021 zveřejnila návrh směrnice upravující pravidla proti zneužívání schránkových entit pro daňové účely,⁴⁰⁰ který bude na následujících stránkách stručně představen, než bude posouzen z hlediska jeho účinnosti a souladu se základními zásadami.

2.8.1 Návrh směrnice proti schránkovým společnostem

V souladu s návrhem směrnice je za rizikovou společnost považována unijní entita,⁴⁰¹ u které za předcházející dvě zdaňovací období více než 75 % výnosů tvořily tzv. rozhodné pasivní

³⁹⁸ Sdělení Komise Evropskému parlamentu a Radě: Zdanění podniků pro 21. století ze dne 18. května 2021, COM(2021) 251 final.

³⁹⁹ K tomu viz např. kapitolu 10 v COTRUT, M. *International Tax Structures in the BEPS Era: An analysis of anti-abuse measures*. Amsterdam: IBFD, 2015.

⁴⁰⁰ Proposal for a Council Directive laying down rules to prevent the misuse of shell entities for tax purposes and amending Directive 2011/16/EU ze dne 22. prosince 2021, COM(2021) 565 final, dále návrh.

⁴⁰¹ V této souvislosti je nutné upozornit, že návrh se vztahuje pouze na entity bez ohledu na právní formu, které jsou rezidenty ve členských státech unie a mohou obdržet certifikát daňového rezidence. Návrh tak vůbec neřeší schránkové společnosti ve třetích zemích.

příjmy, současně je více než 60 % rozhodných příjmů entity získáno z přeshraničních transakcí nebo se více než 60 % účetní hodnoty jejich aktiv nacházelo mimo členský stát rezidence, a zároveň byla outsourcována její běžná správa a rozhodovací funkce. Za rizikové nejsou výslovně považovány regulované finanční instituce, které jsou subjektem transparentnostní regulace, a fakticky bezrizikové holdingy ze stejného státu jako jejich skuteční vlastníci nebo společníci, nebo holdingy s aspoň pěti zaměstnanci vykonávajících činnosti, ze kterých plynou rozhodné příjmy.

V návaznosti na zjištění své rizikovosti bude mít entita oznamovací povinnost, tj. bude muset ve svém daňovém přiznání uvést a dokumentací prokázat, zda naplňuje tři kumulativní indikátory minimální substance, tj. zda má ve svém členském státě vlastní prostory, vlastní aktivní bankovní účet v unii, a buď kvalifikované členy statutárního orgánu nebo zaměstnance schopné vykonávat činnosti a rozhodovací funkci. V případě nesplnění oznamovací povinnosti se entita vystaví sankci v minimální výši 5 % obrátu v daném zdaňovacím období, která ale může být v rámci transpozice zvýšena.

Pokud entita neprokáže naplnění indikátorů minimální substance bude moci následně na základě dalších důkazů vyvrátit domněnku, že je schránkovou společností, pokud vykonávala ekonomické činnosti ve vztahu k rozhodným příjmům nebo aktivům a nesla související funkce a rizika. Současně mohou rizikové entity s oznamovací povinností požádat o výjimku, pokud prokáží, že existence entity nesnižuje celkovou daňovou povinnost jejich skutečných vlastníků nebo její skupiny. Správce daně bude moci vyvrácení domněnky nebo výjimku prodloužit až na dalších následujících pět zdaňovacích období.

Pokud nicméně entita bude na základě domněnky považována za společnost bez minimální substance, bude jí v zásadě odejmut status daňového rezidenta, resp. jí nebude vydán certifikát umožňující zvýhodnění dle PSD, IRD nebo smluv o zamezení dvojího zdanění. Ostatní členské státy (a bez certifikátu zřejmě také třetí země) nebudou směrnice nebo smlouvy aplikovat, považovat entitu za v zásadě transparentní, a tak danit rozhodné příjmy jako by šlo o příjmy společníků, se započtením daně na úrovni entity.

Kromě zavedení výše uvedených pravidel návrh obsahuje také novelizaci směrnici o správní spolupráci při správě daní, dle které budou získaná data, domněnky, jejich vyvrácení a výjimky automaticky do 30 dní vyměňovány do jiných členských států a bude možné také požádat daňovou kontrolu stran substance u jiného členského státu.

Vzhledem k tomu, že návrh předpokládá transpozici do 30. června 2023 s účinností od 1. ledna 2024, jsou skutečnosti v aktuálním zdaňovacím období relevantní pro posouzení rizikovitosti.

2.8.2 Posouzení pravidel proti schránkovým společnostem

Pro účely této práce je relativně problematické posoudit účinnost navržených pravidel, když průvodní dokumenty k návrhu neobsahují, ostatně ani jako návrhy ATAD I a II, kvantitativní analýzu dopadů nebo odkazy na relevantní judikaturu, která by umožnila účinnost pravidel a jejich soulad se základními zásadami posoudit.

Samotná judikatura SDEU se dle analýzy na základě zde zavedené metodiky přímo schránkovým společnostem, tj. *shell companies*, věnuje pouze sporadicky. Identifikováno bylo v zásadě pouze rozhodnutí ve věci *EV*,⁴⁰² v rámci kterého SDEU z perspektivy volného pohybu kapitálu označil za nepřipustné německé pravidlo, které pro daňové účely podrobovalo odečtení dividend přijatých ze zahraničí přísnějším podmínkám než u tuzemských dividend. Byť se německá vláda pokusila ospravedlnit toto pravidlo bojem proti zneužívajícím uspořádáním s tím, že jsou odnímány odečty dividend přijatých od schránkových společností, SDEU této argumentaci nepřisvědčil s tím, že pravidlo stanovuje v zásadě nepřipustnou nevyvratitelnou domněnku zneužití. Pro účely této práce je relevantní, že tyto přísnější podmínky byly relativně podobné některým parametrům směrnice proti schránkovým společnostem, zejména jde o přísnější kritéria držby (i ve vztahu k tzv. vnukovským společnostem) a navázání příjmů zahraniční dceřiné společnosti na tzv. aktivní činnosti.⁴⁰³ Z této perspektivy by

⁴⁰² Na webu curia.europa.eu byly pro účely tohoto pravidla v daných oblastech vyhledávány rozsudky SDEU obsahující fulltextové pojmy "shell" "companies", následně byl s ohledem na omezený počet výsledků proveden ruční výběr.

⁴⁰³ Rozhodnutí SDEU ze dne 20. září 2018, sp. zn. C-685/16 ve věci *EV*.

tak bylo možné argumentovat, že pravidla o schránkových společnostech založená na obdobných domněnkách mohou být problematická z pohledu základních svobod a zásad unijního práva.

Z důvodu relativní obecnosti průvodních dokumentů byly současně analyzovány také kvantitativní studie, které na základě nepřímých kritérií odhadovaly rozšíření a dopady pravidel o schránkových společnostech. Na základě těchto studií lze konstatovat, že Česká republika zřejmě není typickým státem rezidence pro schránkové společnosti využívané k mezinárodnímu vyhýbání se daňovým povinnostem.^{404,405} Z tohoto důvodu lze předpokládat, že v tuzemsku by byla pravidla návrhu aplikována na relativně omezené množství společností. České daňové subjekty by spíše vystupovaly v pozici plátců rozhodných příjmů, kteří pod svojí majetkovou odpovědností budou muset srazit a odvést správnou výši srážkové daně, případně aplikovat výhody, ve vztahu ke skutečným vlastníkům schránkových společností z jiných členských států, které bude nutné prohlédnout. S ohledem na to, že navržená pravidla navazují na stávající podmínku daňové rezidence, lze předpokládat, že pravidla budou relativně účinná a v zásadě snadno aplikovatelná, byť pro zjištění, že příjemcem platby je schránková společnost, bude nezbytné dožádat certifikát daňové rezidence a prohlášení skutečného vlastníka, případně další dokumenty od společníků schránkové společnosti.

Z výše uvedených důvodů lze také předpokládat, že navržená pravidla nejsou v zásadním rozporu se zásadami rovnosti, zákonnosti nebo právní jistoty a předvídatelnosti. Na druhou stranu lze argumentovat, že navržená unijní úprava není nezbytná a může být ve svých důsledcích nepřiměřená.

Argument stran pochybností o nezbytnosti plyne zejména z možnosti využít stávající pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem, zejména pravidlo skutečného vlastnictví, která

⁴⁰⁴ Na základě kritéria přímých zahraničních investic, a to přes relativně vysoký podíl 8,9 % společností vlastněných ze zahraničí. Obdobně na základě kritéria obratu na zaměstnance lze dovodit, že společnosti s omezenou personální podstatou se nachází spíše v jurisdikcích jako je Lucembursko, Malta, Kypr, Nizozemí, Německo a Irsko. Viz DE WISPELAERE, F., SCHUSTER, E., MOREL, S., et al. *Letterbox companies: overview of the phenomenon and existing measures*, Brusel: European union, 2021, str. 11, 41 a 211.

⁴⁰⁵ Obdobně na základě analýzy přímých zahraničních investic k HDP, počtu společností se zahraničními společníky a rozdílů v ziskovosti ve srovnání s čistě vnitrostátními společnostmi viz KRÍŠTO, I. K., THIRION, E. *An overview of shell companies in the European Union*, Brusel: European union, 2018, str. 38.

jsou ve výše uvedené aktuální judikatuře SDEU a NSS vykládána ve smyslu širokého ekonomického pojetí. Na druhou stranu, pravidlo skutečného vlastnictví se nevztahuje na všechny rozhodné příjmy dle návrhu, nicméně v těchto případech by se správce daně zřejmě mohl opřít o pravidlo zákazu zneužití práva. Z této perspektivy tak lze rozumně argumentovat, že navrhovaná právní úprava může být sice účinná, ale nemusí být nutně nezbytná, neboť správce daně má v současnosti k dispozici nástroje umožňující mu podobná uspořádání rozporovat.⁴⁰⁶

Současně je v tomto ohledu nezbytné posoudit, nakolik je návrh, resp. jeho důsledky přiměřené ve smyslu unijního práva. Z této perspektivy se zdá být problematická zejména domněnka absence minimální substance, a to s ohledem na účel navrhované úpravy bránit vyhýbání se daňovým povinnostem. V případě zejména holdingových společností lze totiž argumentovat, že jejich relativně omezená substance je přiměřená činnostem, které skutečně vykonávají, a nelze je považovat samy o sobě za zneužívající.⁴⁰⁷ Obdobně lze také argumentovat u finančních nebo moderních dematerializovaných aktivit, viz výše. V souladu s již zmíněným rozhodnutím *Euro Park Service* je přitom na základě principu striktní přiměřenosti předpoklad zneužití na základě předem definovaného kritéria zásadně obecně nepřipustný v situacích, kdy správce daně není povinen předložit, byť neúplný nebo nepřímý důkaz o absenci řádných ekonomických důvodů nebo přítomnosti vyhýbání se daňovým povinnostem. Na základě této judikatury bude nezbytné posoudit, nakolik je takový předpoklad v návrhu a související daňové břemeno daňového subjektu zhojeno možností prokazovat vyvrácení domněnky, resp. žádat o výjimku. V této souvislosti by zřejmě bylo možné, poněkud progresivně, argumentovat, že samotné naplnění indikací schránkové entity zakládá předběžný důkaz, který přenáší důkazní břemeno na daňový subjekt.⁴⁰⁸ Ostatně SDEU ve věci *Cadbury Schweppes* za čistě vykonstruované uspořádání považoval fiktivně usazenou dceřinou

⁴⁰⁶ V tomto smyslu viz např. CFE Tax Advisers Europe. *Opinion Statement FC 5/2021 on the European Commission Public Consultation on Fighting the Use of Shell Entities for Tax Purposes*. Brusel: CFE Tax Advisers Europe, 2022.

⁴⁰⁷ K tomu viz MELKONYAN, S., SCHADE, F. Flow-Through Holding Companies in Light of the Parent-Subsidiary Directive: The Thin Line between Tax Planning and Tax Abuse. *Intertax*, 2019, č. 6 a 7 nebo POTGENS, F. P. G., STRAATHOF, M. J. E. Establishment and Substance of Intermediate and Other Holding Companies from an EU Law Perspective. *Intertax*, 2016, č. 8 a 9.

⁴⁰⁸ PISTONE, P. et al. Abuse through the Use of Shell Companies and Arrangements for Tax Purposes in the European Union: Feedback on the EU Consultation by the IBFD Task Force on EU Law. *International Tax Studies*, 2021, č. 7, str. 13 a 32.

společnost, která „*nevykonává na území hostitelského členského státu žádnou skutečnou hospodářskou činnost, s ohledem zejména na stupeň fyzické existence uvedené společnosti z hlediska prostor, zaměstnanců a vybavení,*“ což je v zásadě podstata jednotlivých kritérií návrhu, byť jsou tato více formalizovaná. Ve vztahu k přiměřenosti navržené směrnice tak nelze učinit jednoznačný závěr, ale zřejmě není pravděpodobné, že by SDEU nebo vnitrostátní soudy potenciálně transponovaná pravidla z této pozice napadaly.

2.9 Shrnutí k unijním pravidlům, jejich účinnosti a vztahu k základním zásadám

V návaznosti na výše uvedené je evidentní, že unijní pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem prošla v nedávné době zcela zásadním vývojem. V případě pre-BEPS unijních pravidel je přitom zdrojem tohoto vývoje zejména jejich vnitrostátní transpozice a navazující interpretace SDEU, do jisté míry ale také judikatura vnitrostátní. V kontextu unijních pre-BEPS pravidel byly zkoumány zejména podmínky skutečného vlastnictví, *subject-to-tax* a pravidla v oblasti přeměn.

Ve vztahu k pravidlu skutečného vlastnictví lze konstatovat, že jeho konstrukce je adekvátní vzhledem k jeho účelu, tj. postihovat uspořádání založená na prostřednicích, resp. některých průtokových entitách. V českých podmínkách se přitom toto pravidlo aplikuje také v předběžné fázi rozhodování o osvobození a důkazní břemeno spočívá na plátcích daně, který také nese negativní následky v případě jeho *ex post* neunesení. Ve světle výše uvedené a recentní judikatury SDEU i NSS, zejména několika klíčových rozhodnutí jako *N Luxembourg* nebo *ČKD Foundry*, je jeho výklad rozšířen nad rámec právního pojetí. Lze tak mít za to, že pravidlo skutečného vlastnictví je ve svém aktuálním výkladu skutečně účinné, resp. takový potenciál má. Současně je možné ale argumentovat, že tento ekonomický výklad zašel příliš daleko a může v důsledku narušovat vnitrostátní i unijní zásady legality, právní jistoty, předvídatelnosti práva a přiměřenosti.

Obdobně i v případě podmínky *subject-to-tax* byly identifikovány pouze jednotky relevantních soudních rozhodnutí, přičemž za zásadní lze považovat také rozsudek *N Luxembourg*. Na základě tohoto rozhodnutí je zřejmé, že podmínku *subject-to-tax* lze interpretovat objektivním

způsobem ve vztahu ke zdanění individuálních příjmů, a mechanicky a zcela neefektivně např. na základě registrace příjemce ke korporátní dani. Obdobně jako u skutečného vlastnictví je přitom rozložení důkazního břemene evidentně ve prospěch finanční správy, a navíc určení zdanění u příjemce není problematické. V důsledku tak má podmínka *subject-to-tax* ve vztahu ke svému účelu, tj. neposkytnout osvobození, pokud nebude příjem u věřitele zdaněn, potenciál být účinným pravidlem proti vyhýbání se daňovým povinnostem. Nicméně, obdobně jako u skutečného vlastnictví tato podmínka může být v individuálních případech v rozporu se zásadami právní jistoty, legitimním očekáváním a proporcionality, přičemž není zřejmé, k jakému výkladu se česká finanční správa v budoucnu přikloní.

V případech SAARs zaměřených na přeměny lze zejména pozitivně hodnotit, že možná účinný, ale současně problematický redukováný test zneužití práva, byl nahrazen kritériem skutečného výkonu činnosti po dobu delší než 12 měsíců předcházejících přeměně, které je doplněno o možnost prokázat řádné ekonomické důvody přeměny. Byť má toto kritérium pouze omezenou účinnost, je otázkou, nakolik je v souladu se základními zásadami. V této souvislosti lze poukázat sice na více soudních rozhodnutí než u podmínek skutečného vlastnictví nebo *subject-to-tax*, ale za zásadní lze považovat zejména rozsudek SDEU ve věci *Euro Park Service*. V tomto rozhodnutí totiž SDEU označil za nepřiměřenou aplikaci vyvratitelné podmínky, pokud správce daně nemusí předložit ani *prima facie* důkaz o přítomnosti zneužití. Je otázkou, nakolik je kritérium skutečné činnosti v souladu se závěry tohoto rozhodnutí, zda je toto pravidlo v souladu se zásadami právní jistoty a předvídatelnosti a jestli není v kontextu obecného pravidla proti zneužití práva v zásadě přežitě.

Ve světle výše uvedeného tak lze mít za to, že pre-BEPS pravidla pocházející z unijního práva reagovala, i s ohledem na pouze částečnou harmonizaci, na pouze některé vybrané problémy. Výjimkou v tomto směru představuje obecné pravidlo proti zneužití práva, které sice členské státy měly minimálně v kontextu PSD povinnost implementovat, ale v našem prostředí byl tento požadavek před transpozicí ATAD naplněn pouze s odkazem na zásadu zákazu zneužití práva. Nicméně zmíněná úzce zaměřená pravidla jsou konstruována takovým způsobem, že měla aspoň potenciál fungovat jako skutečně účinné nástroje proti některým technikám vyhýbání se daňovým povinnostem. V návaznosti na aktuální judikaturu se přitom zdá, že se tento potenciál začíná v poslední době materializovat. Z tohoto důvodu lze předpokládat, že

tato pravidla mohou být častěji využívána finanční správou ve světle aktuální judikatury a v důsledku tak bude vznikat množství sporů stran jejich obsahu a souladu se základními zásadami, zejména zásadami právní jistoty, předvídatelnosti a přiměřenosti.

Období	Skutečný vlastník	Subject-to-tax	Pravidla pro přeměny	Unijní GAAR
Pre 2004	-	-	1	37
2004–2010	-	-	4	19
2011–2017	1	1	6	27
2018–2021	4	1	-	23

Současně je zcela zásadním zdrojem vývoje v oblasti unijních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem iniciativa BEPS a na ni navazující směrnice ATAD I, ATAD II a návrh ATADu III.

Období	Omezení uznatelnosti	Exit tax	CFC	Hybridy	Schránkové společnosti
Pre 2004	-	-	8	-	-
2004–2010	-	3	9	-	-
2011–2017	-	8	6	-	-
2018–2021	-	2	12	-	1

Byť se pravidla implementovaná v rámci ATAD směrnic nestihla s ohledem na svoji hmotněprávní povahu projevit v judikatuře unijních nebo českých soudů, z výše uvedeného přehledu je zřejmé, že z těchto pravidel bylo předmětem daňových sporů u SDEU⁴⁰⁹ zdaleka nejčastěji unijní pravidlo nebo zásada zákazu zneužití práva. Tento závěr lze nicméně považovat za logický, a to i proto, že obdobná zásada nebo pravidlo je obsaženo nejen v unijním právu, ale také zpravidla v právních řádech členských států. U tohoto pravidla lze současně pozorovat v současnosti tendenci nárůstu počtu soudních rozhodnutí, a tedy zřejmě i sporů.

V souvislosti s obecným pravidlem proti zneužití lze pozitivně hodnotit, že byla konečně zvolena transpozice kodifikovaným pravidlem, které reflektuje obsah stávající české obecné právní zásady a vztahuje se na celou oblast daňového práva. Tímto postupem zákonodárce zabránil případným sporům o obsah tohoto pravidla a jeho dopad mimo rozsah ATADu. Ve smyslu zásad zákonnosti právní jistoty a předvídatelnosti lze tedy považovat kodifikaci za

⁴⁰⁹ Rozhodnutí českých soudů jsou u zásady zákazu zneužití daňového práva vypořádána v rámci první kapitoly.

vhodnou. V souvislosti s těmito zásadami je ale zajímavé, že zákonodárce použil subjektivní test převažujícího účelu oproti ATAD standardu jednoho z hlavních účelů, ale naopak do českého pravidla nezahrnul podmínku umělosti transakce nebo uspořádání. Zatímco první z těchto parametrů právní jistotu ani zásadu přiměřenosti nenarušuje, u druhého z nich je otázkou, nakolik mohou být tímto pravidlem zasaženy skutečné transakce. Současně tyto odchylky mohou vyvolat otázky stran toho, zda je dodržen minimální standard ochrany ATAD, který je současně nastaven na přiměřenou úroveň dle judikatury SDEU. V důsledku tak není zcela jasné, k jakým aplikačním výsledkům česká transpozice povede, což naopak k zákonnosti, právní jistotě a předvídatelnosti nevede. Pokud ale tyto nejasnosti budou odstraněny výkladem, lze mít za to, že česká kodifikace unijního GAARu může představovat vysoce účinný a flexibilní nástroj, kterým bude možné postihovat i jednání, které dle SAARs nepostihují.

Ve vztahu ke specifickým ATAD pravidlům lze mít obecně za to, že vzhledem k jejich relativní nezvyklosti v našem prostředí budou nepochybně z počátku spojena s přirozenou právní nejistotou. Současně tato pravidla byla převážně implementována v zásadě doslovně dle minimálního ATAD standardu, který reflektuje požadavky judikatury SDEU, zřejmě tak nebudou zpravidla nepřipustně omezovat základní svobody. V této souvislosti tak bude zásadní zejména identifikaci případných odchylek od minimálního standardu a soulad těchto pravidel se základními zásadami.

V případě pravidla omezení uznatelnosti nadměrných úrokových výdajů tak s ohledem na jeho v podstatě doslovnou transpozici nelze očekávat rozpor se základními svobodami. Zároveň s ohledem na jeho kvantitativní kritéria zřejmě nebudou zásady právní jistoty a předvídatelnosti excesivně narušeny. V kontextu základních zásad ale bude vznikat problém zřejmě na úrovni principu platební schopnosti a přiměřenosti tohoto pravidla. V tomto smyslu se totiž v zásadě mění systematika zdanění z netto principu na základě implicitní presumpce, že subjekty, u kterých představují čisté úrokové výdaje nadlimitní část daňové EBITDA se dopouštějí vyhýbání se daňovým povinnostem. Tyto subjekty přitom nebudou mít příležitost prokázat legitimnost svých úrokových výdajů a tyto zřejmě v řadě případů nebudou moci být uplatněny později nebo na úrovni věřitele, což v důsledku povede ke dvojímu ekonomickému zdanění. Současně ale toto pravidlo má evidentně potenciál efektivně bránit snižování

daňového základu, česká benevolentní transpozice ale tohoto potenciálu nevyužívá. Z této perspektivy by tak možná bylo na místě jednotlivé parametry zpřísnit, a to do doby, než bude přijato systematické řešení preference dluhového financování.

V souvislosti se zdaněním při odchodu lze s ohledem na minimalistickou transpozici očekávat pouze minimální rozpory se základními svobodami, a to ve vztahu k třetím zemím a svobodě pohybu kapitálu. Současně byla identifikována některá dílčí narušení obecných zásad unijního nebo vnitrostátního práva, a to v případě nepřiměřeného ukončení rozložení, a to i v případě drobného pochybení bez možnosti nápravy a nedokonalého přebírání vstupních cen. V těchto aspektech lze zřejmě předpokládat, že česká transpozice může být v některých případech v rozporu se zásadami nezbytnosti, přiměřenosti a platební schopnosti. Z perspektivy účinnosti lze dopady tohoto pravidla pouze odhadovat, není totiž zřejmé, zda české subjekty v pre-BEPS éře využívaly přemístění majetku bez změny vlastnictví do méně zdaněných jurisdikcí, u kterých se aplikuje metoda vynětí, ostatně těchto není mnoho. V každém případě po implementaci tohoto pravidla je tato, byť teoretická, mezera zaplněna.

I v případě zdanění ovládaných zahraničních společností je zřejmé, že s ohledem na minimalistickou transpozici není nutné se obávat zásadního rozporu se základními svobodami. Se zřetelem ke komplexní povaze tohoto pravidla a zkušenostmi se zahraničními pravidly jej přesto lze považovat za efektivní nástroj proti vyhýbání se daňovým povinnostem pomocí zahraničních společností s omezenou substancí. V tomto ohledu tak toto pravidlo dokonce může přispět k rovnosti mezi daňovými subjekty ve smyslu jejich platební schopnosti. Z pohledu základních zásad lze s ohledem na jejich složitost očekávat jisté pnutí se zásadou právní jistoty. V souvislosti s kritériem podstatné hospodářské činnosti si lze sice pokládat otázky stran jeho souladu se zásadami právní jistoty, přiměřenosti nebo nezbytnosti ve srovnání se skutečnou hospodářskou činností, tyto ale budou muset postupně výkladem zodpovědět především soudy. V praxi je nicméně relativně pravděpodobné, že rozdíl mezi skutečnou hospodářskou činností, na které byla založena předcházející judikatura, a podstatnou hospodářskou činností nemusí být zásadní.

Za v našem prostředí zcela nová, a to i ve smyslu v zásadě neexistující unijní judikatury, lze považovat pravidla o hybridních nesouladech. Vzhledem k tomu, že česká transpozice je spíše obecnější adaptací příslušných ATAD ustanovení, budou mít zřejmě širokou účinnost,

a i přes potenciální narušení základních svobod nebudou pravidla z této perspektivy pravděpodobně napadnutelná u SDEU. Z perspektivy účinnosti ale není zřejmé, nakolik zahraniční skupiny nebo private equity fondy optimalizace pomocí hybridů v našem prostředí využívaly. Z pohledu základních zásad lze nicméně kritizovat, že tato pravidla neumožňují daňovým subjektům se z jejich následků vyvázat prokázáním řádných ekonomických důvodů jejich uspořádání. Z tohoto důvodu tak lze mít zřejmě za to, že tato pravidla mohou být v rozporu se zásadami nezbytnosti a přiměřenosti. Současně lze také zřejmě argumentovat, že aplikace těchto pravidel na základě zahraničního nezdanění může být v rozporu se zásadou právní jistoty a předvídatelnosti a co do jejich důsledků nemusí tato pravidla reflektovat zdanění příjmů na netto principu, které je součástí principu platební schopnosti.

Konečně, v souvislosti s pravidly proti schránkovým společnostem lze argumentovat, že v tomto návrhu byl dovršen přesun od testování zneužití práva a umělosti činností k řadě převážně kvantitativních kritérií, která presumují vyhýbání se daňovým povinnostem a daňovým subjektům toliko umožňují se vyvinut. V tomto ohledu lze mít za to, že takto koncipovaná pravidla jsou nepřiměřená a nikoli nezbytná, když v řadě oblastí mohou být aplikována stávající GAARs nebo SAARs. Současně ale nelze předpokládat, že navržená pravidla by měla být v zásadním rozporu se zásadami rovnosti, zákonnosti nebo právní jistoty a předvídatelnosti. Z perspektivy účinnosti je třeba konstatovat, že Česká republika není typickým státem rezidence pro schránkové společnosti využívané k mezinárodnímu vyhýbání se daňovým povinnostem. Samotná pravidla ale relativně efektivně využívají stávající podmínku daňové rezidence, kterou jsou schopná následně odnímat.

V návaznosti na výše uvedené lze pozorovat zásadní posun od testování zneužití a umělosti transakcí k presumpcím a kvantitativním podmínkám, které navíc nemusí být možné vždy vyvrátit. Na základě tohoto kvantitativního i kvalitativního posunu lze sice souhlasit, že český soubor GAARs a SAARs bude komplexnější, lépe zacílený, méně nákladný na správu, a tudíž účinnější, ale řada pravidel může být ve významnějším rozporu zvláště se zásadami nezbytnosti a přiměřenosti. V důsledku tak lze mít za to, že normotvůrce při své činnosti postupně upřednostňuje účinnost pravidel před jejich absolutním souladem se základními zásadami.

3 GAARs a SAARs v daňových smlouvách

Kromě vnitrostátních a unijních pravidel jsou k vyhýbání se daňovým povinnostem využívány také smlouvy o zamezení dvojího zdanění, zjednodušeně daňové smlouvy, případně specifická pravidla v nich obsažená. Vzhledem k tomu, že tyto smlouvy náleží do systému mezinárodního práva, mělo by být v jejich kontextu nelegitimním praktikám bráněno primárně prostřednictvím mezinárodního práva. Přístupy k omezení vyhýbání se daňovým povinnostem v souvislosti s daňovými smlouvami se přitom v průběhu času měnily a zcela zásadně je také ovlivnila iniciativa BEPS, z tohoto důvodu je také následující část rozdělena na přístup ke zneužívání před a po implementaci iniciativy BEPS. Současně je nezbytné tyto přístupy zkoumat nejen izolovaně v rámci systému mezinárodního práva, ale také v návaznosti na zásady a pravidla unijního a vnitrostátního práva, se kterými interagují.⁴¹⁰

Z perspektivy mezinárodního práva jsou daňové smlouvy ve smyslu čl. 2 odst. 1 písm. a) Vídeňské úmluvy mezinárodními smlouvami, které se řídí mezinárodním právem a jeho zásadami. V tomto ohledu je zejména problematická absence explicitního vyjádření zásad mezinárodního práva. Do jisté míry je nicméně kodifikuje Vídeňská úmluva, a to zejména princip *pacta sunt servanda* obsažený v jejím čl. 26 a zákaz porušování smluv s odkazem na své vnitrostátní právo ve smyslu jejího čl. 27, které dohromady odrážejí vztah umírněné nadřazenosti mezinárodních smluv oproti vnitrostátnímu právu.⁴¹¹ Kromě těchto principů mezi obecné zásady mezinárodního práva relevantní pro daňovou oblast lze zařadit také tzv. zásadu *estoppel*, která spočívá v zákazu protirečit si a jednat v rozporu se svým dřívějším jednáním,⁴¹² kolizní zásady *ex posterior derogate lex inferior* a *lex specialis derogat lex generalis*, zásadu prekluze práva stanovit daň nebo (což je poněkud sporné) zásadu zákazu zneužití práva.⁴¹³

⁴¹⁰ V této části práce částečně vychází ze závěrečných prací autora, viz KAPPEL, Jiří. *Mezinárodní daňová optimalizace korporátní daně*. Diplomová práce. Brno, 2017 a KAPPEL, Jiří. *GAARs a SAARs v českých daňových smlouvách a dopad iniciativy BEPS*. Diplomová práce. Brno, 2019.

⁴¹¹ MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: obecná část a poměr ke jiným právním systémům*. Brno: Doplněk, 2014. str. 376 a násl.

⁴¹² V této souvislosti lze spatřovat podobnost této zásady s vnitrostátními zásadami právní jistoty, předvídatelnosti a legitimního očekávání.

⁴¹³ HONGLER, P. *Justice in International Tax Law*. Amsterdam: IBFD, 2019. kap. 4.3.3.

Z perspektivy českého ústavního práva jsou daňové smlouvy dle čl. 63 odst. 1 písm. b) Ústavy, resp. jejich sjednávání a jejich ratifikace pravomocí prezidenta republiky, který přitom výkon sjednávání přenáší na ministra financí.⁴¹⁴ K ratifikaci přitom dává souhlas parlament. V návaznosti na ratifikaci je Česká republika daňovou smlouvou vázána v souladu s principem *pacta sunt servanda*, který je obsažen v čl. 1 odst. 2 Ústavy. S ohledem na to, že ustanovení daňových smluv jsou převážně přímo použitelná, stávají se vyhlášením součástí vnitrostátního právního řádu a v případě rozporu s vnitrostátními pravidly musejí být ustanovení smlouvy vnitrostátními orgány přednostně aplikovatelná v souladu čl. 10 a 95 odst. 1 Ústavy. Přitom nelze ignorovat, že princip aplikační přednosti daňových smluv nemůže v kontextu českého ústavního práva zasáhnout do materiální jádra Ústavy, kam spadají náležitosti demokratického právního státu, přičemž pro účely této práce je relevantní, že do této kategorie spadá ochrana základních práv a svobod včetně například zásad zákonnosti nebo rovnosti, a panství práva včetně právní jistoty, předvídatelnosti a zákazu libovůle.⁴¹⁵ Z tohoto důvodu je nezbytné posuzovat pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem obsažená v daňových smlouvách také optikou těchto zásad.

Ve vztahu k unijnímu právu je třeba upozornit, že daňové smlouvy jsou uzavírány v rámci suverenity členských států a jejich pravomoci uvalovat daně, přičemž ale ani v této oblasti nelze tuto pravomoc vykonávat v rozporu s unijním právem.⁴¹⁶ S ohledem na zásadu povinnosti loajality jsou totiž členské státy totiž povinny aplikovat svá vnitrostátní pravidla i mezinárodní smlouvy v souladu s unijním právem. Z tohoto důvodu tak nemohou uzavírat nové smlouvy v rozporu s unijním právem ani nemohou takto aplikovat smlouvy uzavřené s jinými členskými státy před vstupem do EU. Naopak, v případě daňových smluv uzavřených se třetími státy před vstupem do EU se princip přednosti unijního práva nepoužije a tyto tak mohou být aplikovány i v rozporu s unijním právem, což ale členské státy nezabavuje tyto smlouvy renegociovat a uvést do souladu.⁴¹⁷ Přestože se případný konflikt mezinárodního

⁴¹⁴ BAKEŠ, M. et. al., op. cit., 2012. str. 283.

⁴¹⁵ MOLEK, P. *Materiální obnisko ústavy : věčný limit evropské integrace?* Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2014. str. 89 an.

⁴¹⁶ PISTONE, P., WEBER, D. eds. *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*. Amsterdam: IBFD, 2018. kap. 8.3.1.

⁴¹⁷ BREDERODE, R. F. V., KREVER, R. *Legal Interpretation of Tax Law*. 2nd ed. Zuidpooslingel: Kluwer Law International, 2017. str. 179 an. a HELMINEN, M. 2020, op. cit., kap. 1.5.

a unijního práva SDEU pokouší zpravidla opatrně řešit prostřednictvím výkladu, případně kvalifikováním jako čistě unijního problému, přímé konflikty stále mohou vznikat a členské státy tak musejí posuzovat, nakolik je jejich implementace BEPS do daňových smluv v souladu s unijním právem, tedy i jeho obecnými zásadami, které jsou součástí primárního práva.

3.1 Pre-BEPS přístupy k vyhýbání se daňovým povinnostem

S ohledem na to, že moderní systém mezinárodního daňového práva je založen na modelových daňových smlouvách OECD a OSN, vyvíjely se současně s modelovými smlouvami a jejich komentáři také přístupy k zabraňování zneužívání daňových smluv. Vzhledem k tomu, že modelové smlouvy až do implementace opatření BEPS neobsahovaly explicitní harmonizovaná pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem, snad s výjimkou některých specifických pravidel, byly v minulosti aspoň teoreticky zvažovány různé přístupy bránící nelegitímním praktikám. Mezi tyto přístupy spadala poněkud sporná mezinárodní zásada zákazu zneužití daňového práva, aplikace vnitrostátních pravidel, sjednávání smluvních pravidel proti zneužívání v jednotlivých smlouvách nebo interpretace daňových smluv v případě absence takových pravidel. Za účelem posouzení souladu se základními zásadami a účinnosti pravidel implementovaných v českých smlouvách v návaznosti na iniciativu BEPS, je relevantní zkoumat aspoň stručně předcházející přístupy.

3.1.1 Ne/existence mezinárodní zásady zákazu zneužití práva

Přestože lze mít v současnosti na základě výše uvedené judikatury i akademických zdrojů za zřejmé, že zákaz zneužití (daňového) práva lze považovat za vnitrostátní i unijní obecnou právní zásadu, v případě mezinárodního práva však situace není jednoznačná.

V odborné literatuře je existence takové právní zásady a její povahy v oblasti mezinárodního daňového práva předmětem debat již několik desítek let, a to zejména v důsledku historické absence výslovných pravidel proti zneužití v daňových smlouvách. Do těchto debat se promítá kromě náhledu vnitrostátní právní doktríny jednotlivých autorů také perspektiva přirozenoprávní nebo pozitivistická.

Z přirozenoprávní pozice lze argumentovat, že mezinárodní zásada zákazu zneužití práva vychází z obecně uznávané mezinárodní zásady dobré víry formulované mj. v čl. 26 a 31 Vídeňské úmluvy, která se současně odvolává k širším obyčejovým konceptům spravedlnosti.⁴¹⁸ Naopak z pozic pozitivistických lze mít za to, že tato zásada ze své povahy nemůže být považována za obecnou mezinárodní zásadu ve smyslu čl. 38 odst. 1 písm. c) Statutu Mezinárodního soudního dvora, když není, resp. nebyla, široce uznávána civilizovanými národy, s tím že obsah této zásady není v jednotlivých jurisdikcích ani zdaleka homogenní a není zřejmé co by mělo být oním společným minimálním standardem.⁴¹⁹

Zejména v kontextu v minulosti uzavřených daňových smluv se autor spíše ztotožňuje s většinou pozitivistickou perspektivou, která mj. akcentuje také fakt, že zásada zákazu zneužití daňového práva se i ve vnitrostátním a unijním kontextu stále vyvíjí a v minulosti neexistoval její minimální rozsah, který by byl široce akceptován mezi civilizovanými národy. V této souvislosti lze rozumně argumentovat, že kdyby taková široce akceptovaná zásada existovala, nemusely by jednotlivé komentáře k modelové smlouvě OECD problematice zneužívání věnovat takovou pozornost, přičemž zde obsažené přístupy procházely dynamickým vývojem. V návaznosti na výše uvedené lze mít za to, že zejména v případě daňových smluv je aplikace mezinárodní zásady zákazu zneužití práva kontroverzní a zejména z perspektivy zásad *pacta sunt servanda*, právní jistoty a předvídatelnosti relativně nežádoucí. Současně lze z důvodu absence konsenzu na minimálním uznávaném rozsahu této zásady mít za to, že její aplikace nemusí být účinná, když rozdílné posouzení transakce regulované daňovou smlouvou může vést naopak ke dvojímu zdanění, což je přímo v rozporu s primárním cílem těchto smluv.

Na druhou stranu nelze vyloučit, že v budoucnu se situace bude postupně měnit, a to v návaznosti na aktivitu mezinárodních organizací a rozšiřování harmonizovaných pravidel proti zneužívání daňového práva.⁴²⁰ Na druhou stranu tento pozitivní proces může být narušován

⁴¹⁸ V minulosti zejména Vogel, Wand nebo aktuálně již zmiňovaný HONGLER, op. cit, 2021, kap. 4.3.3.3.2.2.

⁴¹⁹ V tomto smyslu dříve Lang, de Broe nebo Chand, viz CHAND, V. The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules. *Intertax*, 2018, č. 2. str. 115 an.

⁴²⁰ Z této perspektivy např. ROLIM, J. D. The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation. *Intertax*, 2016, č. 11. str. 819 a 822.

skutečností, že některé významné jurisdikce, např. Spojené státy americké, nebudou implementovat minimální standard obsažený v MLI prostřednictvím obecného pravidla proti zneužití.

3.1.2 Geneze přístupů ke zneužívání daňových smluv dle komentářů OECD

S ohledem na relativně problematickou existenci mezinárodní zásady zákazu zneužití daňového práva je nezbytné zkoumat, jak se přístup k prevenci zneužívání daňových smluv měnil v návaznosti na smluvní praxi a verze modelových smluv a komentářů OECD.

Preference smluvních pravidel proti zneužívání v pre-2003 komentářích

V této souvislosti lze upozornit, že zatímco komentář k modelové smlouvě z roku 1963 se problematice zneužívání vůbec nevěnoval, komentář k verzi z roku 1977 již explicitně uváděl, že státy, které si přejí zabránit vyhýbání se daňovým povinnostem v situacích upravených daňovými smlouvami prostřednictvím vnitrostátních pravidel, by měly do svých smluv začlenit ustanovení, které aplikaci vnitrostátních pravidel proti vyhýbání umožňují. Kromě ponechání textu, který státům pro aplikaci vnitrostátních pravidel fakticky ukládal povinnost implementovat zvláštní smluvní ustanovení, komentář k verzi modelové smlouvy z roku 1992 výslovně upozorňuje na rozdílné přístupy členských států OECD stran použitelnosti vnitrostátních pravidel na vyhýbání se v kontextu daňových smluv.⁴²¹

Na základě výše uvedeného lze rozumně argumentovat, že komentáře OECD až do roku 2003 tak v zásadě uznávaly, že daňové smlouvy neobsahují implicitní pravidlo proti vyhýbání se daňovým povinnostem,⁴²² ale případné zneužívání v jejich kontextu by mělo být řešeno buď přímo smluvním pravidlem proti zneužívání nebo prostřednictvím smluvního pravidla umožňujícího aplikaci vnitrostátních pravidel.

Posun k faktickému a interpretativnímu přístupu od roku 2003 a *guiding principle*

⁴²¹ BLUM, D., SEILER, M. *Preventing Treaty Abuse*. Vienna: Linde Verlag, 2016. str. 539 an.

⁴²² DE BROE, L. *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Amsterdam: IBFD, 2008. str. 377.

Přístup reflektovaný v komentářích do roku 2003 preferující smluvní pravidla proti zneužívání nebo smluvní zmocňovací pravidla se přitom diametrálně změnil v komentáři OECD k modelové smlouvě z roku 2003. Oproti předchozím verzím tento komentář explicitně uvádí, že jedním z účelů daňových smluv je bránit daňovým únikům a vyhýbání se daňovým povinnostem a následně připouští dva odlišné přístupy k zamezení zneužívání daňových smluv. Prvním z nich je tzv. faktický přístup, který připouští aplikaci vnitrostátních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem na základě premisy, že daňové smlouvy toliko omezují daňové povinnosti založené vnitrostátním daňovým právem a zneužití daňové smlouvy je tak současně zneužití vnitrostátního ustanovení, které daňovou povinnost upravuje. Z tohoto důvodu lze dle faktického přístupu zneužívání daňových smluv čelit prostřednictvím vnitrostátních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem, a to bez nutnosti zmocňovacího smluvního ustanovení. Alternativně dle komentáře státy aplikují tzv. interpretativní přístup, kdy je zneužití chápáno jako zneužití samotných daňových smluv, a kterému je možné čelit prostřednictvím teleologického výkladu. Současně komentář z roku 2003 obsahuje tzv. *guiding principle*, na základě kterého by výhody ze smlouvy neměly být poskytnuty v případě, že hlavním důvodem transakce nebo uspořádání je získání daňového zvýhodnění, které by v daných okolnostech bylo v rozporu se smyslem a účelem daných ustanovení.⁴²³ Výše zmíněné znění komentáře OECD přitom zůstalo v zásadě identické od verze 2003 až do verze komentáře 2017, který implementoval výstupy iniciativy BEPS.⁴²⁴

Kritika a relevance faktického a interpretativního přístupu a *guiding principle*

Z výše uvedeného je zřejmý relativně významný posun od preference smluvních pravidel proti zneužívání nebo smluvních ustanovení umožňujících aplikaci vnitrostátních pravidel k odmítání zneužití na základě přímé aplikace vnitrostátních pravidel nebo teleologického výkladu daňových smluv. Zejména přímá aplikace vnitrostátních pravidel ve smyslu faktického přístupu byla přitom, dle názoru autora oprávněně, kritizována s tím, že vnitrostátní pravidla proti zneužívání v širším smyslu je nezbytné rozdělit na dvě kategorie. Zatímco první

⁴²³ Bod 7 an. k čl. 1 modelové smlouvy v OECD. *Model tax convention on income and on capital*. Paris: OECD Publishing, 2003. str. 52 an. K těmto závěrům komentáře připojily výhrady např. Irsko, Lucemburk, Nizozemí, Portugalsko nebo Švýcarsko.

⁴²⁴ Viz OECD. *Model tax convention on income and on capital*. Paris: OECD Publishing, 2014. str. 61 an.

kategorie pravidel, typicky *substance-over-form* pravidla, pouze identifikuje skutečné daňově relevantní fakta, tak druhá kategorie, do které spadají doktríny zneužití práva, daňově relevantní fakta v zásadě recharakterizuje na fiktivní skutečnosti odůvodněné nelegitimitou daňově motivovaného jednání. Vzhledem k tomu, že ustanovení daňových smluv je nezbytné vykládat autonomně a aplikovat je na (skutečné) daňově relevantní skutečnosti, může být vnitrostátní recharakterizace těchto skutečností v rozporu se smluvním posouzením a případná preference vnitrostátních pravidel v rozporu se zásadou *pacta sunt servanda*.⁴²⁵

Na druhou stranu nelze pominout také nevýhody interpretativního přístupu, který zřejmě může narážet na ohraničení gramatickým výkladem, který je v kontextu čl. 31 odst. 1 Vídeňské úmluvy primární metodou výkladu, s tím, že ke smyslu a účelu daných ustanovení se toliko přihlíží. Z této perspektivy je relativně sporné, nakolik lze výhody ze smlouvy odmítnout v případě, že běžný význam ustanovení smlouvy je jednoznačný. Obdobně v tomto kontextu nebyl příliš nápomocný ani *guiding principle*, který až do implementace iniciativy BEPS v praxi nebyl schopen fungovat jako obecné pravidlo proti zneužívání smluv, a to zejména z důvodu nekoordinovaného přístupu jednotlivých jurisdikcí a nejistotě ve věci vztahu smluvních a vnitrostátních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem.⁴²⁶

Vzhledem k výše uvedenému je nicméně otázkou, nakolik je pro aplikaci pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem pomocí daňových smluv vůbec relevantní komentář OECD, a případně nakolik jsou významné rozdíly mezi jeho jednotlivými verzemi. Samotný komentář je totiž pouze nezávazným dokumentem, který OECD vydává ve formě doporučení.⁴²⁷ Na druhou stranu nelze ignorovat, že znění komentáře musí být přijato jednomyslně

⁴²⁵ MAISTO, G. (eds.). *Tax treaties and domestic law*. Amsterdam: IBFD, 2006. str. 100 a BLUM, D., SEILER, M., op. cit., 2016, str. 542.

⁴²⁶ DOURADO, A. et al. *International and EU Tax Multilateralism: Challenges Raised by the MLI*. Amsterdam: IBFD, 2020). kap. 9.

⁴²⁷ Ve smyslu dle čl. 5 písm. b) a čl. 18 Konvence OECD, viz Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 266/1998 Sb., o přístupu České republiky ke Konvenci o Organizaci pro ekonomickou spolupráci a rozvoj a Dodatkovým protokolům č. 1 a č. 2.

členskými státy OECD, na jeho znění se podílejí také spolupracující nečlenské státy a dle modelové smlouvy je v současnosti uzavírána absolutní většina daňových smluv.⁴²⁸ Pro interpretaci takových daňových smluv jsou potom názory obsažené v komentáři relevantní, byť je v odborné literatuře diskutováno, zda pro účely primárního výkladu dle čl. 31 odst. 1 Vídeňské úmluvy nebo až sekundárně jako doplňkový prostředek výkladu.⁴²⁹ Stejně tak není zcela jednoznačné, nakolik lze smlouvy uzavřené před přijetím pozdějšího komentáře interpretovat v jeho světle. Zatímco komentář OECD sám uvádí, že by i dříve uzavřené smlouvy měly být vykládány dynamicky ve světle aktuálního komentáře,⁴³⁰ lze argumentovat, že pro účely výkladu jsou přímo relevantní toliko komentáře dostupné v okamžiku uzavírání daňové smlouvy. Ani ve světle druhého jmenovaného, tj. statického, přístupu přitom pozdější komentáře OECD nejsou zcela irelevantní, ale spíše jsou chápány jako zachycení existující praxe, odborných názorů, nebo možné vyjasnění interpretace v případě společenského nebo ekonomického (ale nikoli legislativního) vývoje.⁴³¹

Lze tak rozumně argumentovat, že pokud se přístup komentáře k zabraňování zneužití daňových smluv před a po roce 2003 zásadně odlišuje, měly by u dřívějších smluv spíše převážet statické argumenty a preference explicitních smluvních pravidel.

3.1.3 Pravidla proti zneužívání smluv v české smluvní a soudní praxi

V návaznosti na výše uvedené je otázkou, jakým způsobem se Česká republika stavěla ke zneužívání daňových smluv před implementací BEPS opatření. V této souvislosti je zejména problematická absence relevantních odborných zdrojů, které by se tímto tématem detailně zabývaly, a tak lze pouze dovozovat, že by se měla aplikovat výše uvedená teoretická východiska stran relativně problematické povahy mezinárodní zásady zákazu zneužití práva, fak-

⁴²⁸ NIEMINEN, M. Dual Role of the OECD Commentaries – Part 1. *Intertax*, 2015, č. 11. str. 638-639.

⁴²⁹ Viz např. LANG, M., BRUGGER, F. The role of the OECD Commentary in tax treaty interpretation. *AUSTRALIAN TAX FORUM*, 2008, č. 23. str. 98-99 a contra DE BROE, op. cit., 2008, str. 292 an., který má za to, že komentář nelze pod metody Vídeňské úmluvy podřadit, ale přesto je pro interpretaci daňových smluv relevantní.

⁴³⁰ Bod 33 an. úvodního komentáře k modelové smlouvě v OECD. *Model tax convention on income and on capital*. Paris: OECD Publishing, 2017. str. 19 an.

⁴³¹ LANG, Michael. *Introduction to the law of double taxation conventions*. Vídeň: Linde Verlag, 2021, str. 19 an.

tického a interpretativního přístupu nebo *guiding principle* aplikovat i v českém kontextu. S ohledem na absenci odborných zdrojů je tak možné posuzovat český pre-BEPS přístup ke zneužívání daňových smluv, jeho účinnost a případně souladnost se základními zásadami pouze na základě smluvní praxe a relativně limitované judikatury, která se tomuto tématu věnuje.

Obecná pravidla proti zneužívání a zmocňující ustanovení v českých smlouvách

Z perspektivy smluvní praxe lze na základě analýzy daňových smluv uzavřených Českou republikou konstatovat, že až do přelomu tisíciletí do smluv nebyla systematicky vkládána ustanovení nad rámec modelových smluv, která by řešila zneužívání daňových smluv nebo obdobné nelegitimní praktiky.

Smluvní pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem se v českých daňových smlouvách začínají pravidelně objevovat až v novém miléniu, a to dokonce již před zveřejněním komentáře OECD k modelové smlouvě ve verzi 2003. Současně ani s přijetím tohoto komentáře se tento přístup nezměnil, a až do implementace BEPS opatření v komentáři z roku 2017 a prostřednictvím MLI, byla obecná pravidla proti zneužívání do českých smluv systematicky vkládána. Tato pravidla lze přitom rozdělit do několika kategorií, ať už jde o plnohodnotná GAARs se širokým rozsahem,⁴³² nebo stále obecná pravidla, která jsou ale zaměřena na tzv. *treaty shopping*,⁴³³ nebo pravidla, která sice sama o sobě nezabraňují zneužití daňových

⁴³² Taková pravidla bylo možné před implementací PPT nalézt v čl. 27 odst. 1 smlouvy s Arménií, v čl. 26 smlouvy s Bahrajnem, v čl. 27 odst. 4 smlouvy s Barbadosem, v čl. 21 odst. 3 smlouvy s Čínou, v čl. 27 odst. 2 smlouvy s Etiopií, v čl. 25 smlouvy s Izraelem, v čl. 25 odst. 3 smlouvy s Kolumbií, v čl. 2 protokolu ke smlouvě s Kypru, v čl. 28 smlouvy s Lichtenštejnem, v čl. 27 smlouvy s Lucemburskem, v čl. 27 smlouvy s Pákistánem, v čl. 26 odst. 2 smlouvy s Panamou, v čl. 11 písm. b) protokolu ke smlouvě se Singapurem, v čl. 7 odst. 8 protokolu ke smlouvě se Švýcarskem, v čl. 28 odst. 1 smlouvy s Turkmenistánem, v čl. 15 písm. c) protokolu ke smlouvě s Ukrajinou, čl. 26 smlouvy s Uzbekistánem a také v novějších smlouvách jako čl. 26 odst. 2 smlouvy s Botswanou, čl. 27 odst. 1 smlouvy s Bangladéší, čl. 26 odst. 1 smlouvy s Ghanou nebo čl. 26 odst. 1 smlouvy s Koreou.

⁴³³ Za *treaty shopping* lze považovat snahy daňových subjektů se uměle kvalifikovat pro přístup ke smluvním výhodám pomocí prostředníka usazeného ve smluvním státě, viz např. LANG, M. *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Amsterdam: IBFD, 2010, str. 76. Za taková bylo možné dle názoru autora před implementací PPT považovat pravidla v čl. 4 protokolu ke smlouvě s Ázerbájdžánem, čl. 21 odst. 1 smlouvy s Čínou, čl. 2 protokolu ke smlouvě s Filipínami, čl. 28 odst. 4 smlouvy s Chile, čl. 27 odst. 2 smlouvy s Jordánskem, čl. 25 odst. 1 smlouvy s Kolumbií, čl. 27 odst. 4 smlouvy s Kuvajtem, čl. 27 odst. 2 smlouvy se Saúdskou Arábií, čl. 27 odst. 1 smlouvy se Sýrií a čl. 15 písm. a) protokolu ke smlouvě s Ukrajinou.

smluv, ale zmocňují smluvní státy k aplikaci vnitrostátních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem.⁴³⁴

Vzhledem k tomu, že počet států, které systematicky vkládaly před implementací opatření BEPS do svých daňových smluv obecná pravidla proti zneužívání, byl relativně omezený,⁴³⁵ lze považovat za nepravděpodobné, že by výše uvedená pravidla byla vkládána do českých smluv z iniciativy smluvních partnerů. Z této skutečnosti je tak dle názoru autora možné dovodit, že Česká republika, resp. její exekutivní a legislativní složky preferovaly explicitní smluvní pravidla. Současně lze považovat za relevantní, že tento přístup se nezměnil ani v návaznosti na komentář OECD z roku 2003, který aspoň teoreticky dával státům alternativní možnosti, jak zneužívání daňových smluv čelit.

Zahrnování smluvních pravidel lze považovat za přístup jak účinný, tak souladný jak se zásadou *pacta sunt servanda*, tak i se zásadami právní jistoty a předvídatelnosti, neboť explicitní pravidla nepochybně poskytují uživatelům smluv (a zejména smluvním stranám) vyšší úroveň právní jistoty stran toho, jak bude jejich jednání posuzováno, a to v rámci instrumentu, jehož ustanovení by v případě konfliktu měla převážet nad vnitrostátními ustanoveními. Na druhou stranu, v kontextu smluv, které tato pravidla neobsahují, může tento přístup způsobovat aplikační nejistotu, a to na základě argumentu *a contrario*.⁴³⁶ V tomto smyslu lze totiž argumentovat, že pokud má členský stát za to, že zneužívání je nezbytné zpravidla čelit explicitním smluvním ustanovením, jeho nezahrnutí do smlouvy naopak demonstruje jeho vůli agresivnějším optimalizačním technikám v případě daného smlouvy nebránit. Z perspektivy autora je tato argumentace nepřesvědčivá, neboť u starších smluv, tj. před počátkem systematického zahrnování explicitních smluvních pravidel, nelze zřejmě dovodit vůli České republiky jako

⁴³⁴ Taková pravidla lze nalézt v čl. 5 protokolu ke smlouvě s Ázerbájdžánem, čl. 27 odst. 2 smlouvy s Arménií, čl. 27 odst. 5 smlouvy s Barbadosem, čl. 21 odst. 2 smlouvy s Čínou, čl. 27 odst. 1 smlouvy s Etiopií, čl. 25 odst. 2 smlouvy s Hongkongem, čl. 1 protokolu ke smlouvě s Íránem, čl. 27 odst. 3 smlouvy s Jordánskem, čl. 14 protokolu ke smlouvě s Kazachstánem, čl. 25 odst. 2 smlouvy s Kolumbií, čl. 25 smlouvy s Novým Zélandem, čl. 26 odst. 4 smlouvy s Panamou, čl. 27 odst. 1 smlouvy se Saúdskou Arábií, čl. 11 písm. a) protokolu ke smlouvě se Singapurem, čl. 27 odst. 2 smlouvy se Sýrií, čl. 28 odst. 2 smlouvy s Turkmenistánem, čl. 15 písm. b) protokolu ke smlouvě s Ukrajinou, a také v novějších smlouvách jako čl. 26 odst. 2 smlouvy s Botswanou, čl. 27 odst. 3 smlouvy s Bangladéší, čl. 26 odst. 3 smlouvy s Ghanou nebo čl. 26 odst. 2 smlouvy s Koreou.

⁴³⁵ ROSENBLATT, P., TRON, E. M. General report. In: *Anti-avoidance Measures of General Nature and Scope - GAAR and Other Rules*. The Hague: Sdu, 2018. str. 46.

⁴³⁶ BLUM, SEILER, op. cit., 2016, str. 16 a 17.

smluvní strany nezabraňovat zneužívání daňových smluv. Spíše lze předpokládat, že tento jev nebyl považován za natolik relevantní, aby na něj bylo nutné reagovat. Nicméně tato relativně problematičtá argumentace je v současnosti převážně pouze hypotetičtá, snad s výjimkou starších zdaňovacích období, a to v návaznosti na implementaci BEPS opatření.

Česká judikatura vztahující se ke zneužívání daňových smluv

Z perspektivy soudní praxe se problematikou zneužívání daňových smluv zabývá v zásadě pouze jedno historické rozhodnutí NSS ve věci *CAPITAL*, které přitom řešilo pouze aplikaci českého vnitrostátního obecného pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem ve smluvní situaci a lze je navíc považovat z níže uvedených důvodů za relativně problematičtá.

Skutkový stav tohoto případu spočíval v situaci, kdy česká fyzická osoba zřejmě osvobozeně prodala kyperské společnosti podíl na české právnické osobě vstupující do likvidace, která následně vyplatila nerozdělený zisk kyperské společnosti podléhající srážkové dani snížené dle daňové smlouvy na 10 %, zatímco při výplatě přímo české fyzické osobě by se aplikovala sazba 25 %. Po přijetí výplaty nerozděleného zisku kyperská společnost splatila české fyzické osobě kupní cenu podílu a sama si ponechala pouze marginální část výplaty. NSS tento případ v souladu s názorem finanční správy posoudil jako zastírání, když skutečným stavem měla být výplata zisku přímo původnímu českému společníkovi, která by ale podléhala o 15 % vyšší srážkové dani. Závěry NSS následně aproboval také Ústavní soud.⁴³⁷

Z perspektivy mezinárodního daňového práva lze dle názoru autora rozhodnutí NSS v tomto případě hodnotit kriticky a optikou období, ve kterém byl případ posuzován. Z dnešního pohledu totiž lze skutkový stav v tomto případně relativně jednoznačně subsumovat pod zásadu zákazu zneužití práva, jak také namítal daňový subjekt, neboť zúčastněné osoby uskutečnily napadené transakce v souladu se svojí skutečnou vůlí právě pro jejich výhodnější daňové důsledky. S ohledem na jednotlivé aspekty skutkového stavu je přitom

⁴³⁷ Rozhodnutí NSS ze dne 30. listopadu 2006, sp. zn. 5 Afs 42/2005 a sp. zn. 5 Afs 94/2005 a následně usnesení Ústavního soudu ze dne 6. srpna 2008, sp. zn. IV.ÚS 855/07.

zjevné, že jde v podstatě o obdobný případ jako relativně nedávná vnitrostátní (byť s unijními aspekty) věc *ZexxZ*, která byla diskutována výše, a kterou správce daně i NSS posuzovali na základě zneužití práva. V tomto ohledu je nicméně nezbytné doplnit, že diskutované historické rozhodnutí ve věci *CAPITAL* bylo zřejmě založeno na chápání dissimulace dle teorie typové smlouvy, a to před tím, než tato byla rozšířeným senátem odmítnuta ve prospěch teorie vůle, přičemž rozšířený senát později také vyjasnil vztah dissimulace a zneužití práva.

Současně lze kritizovat, že v případě *CAPITAL* se NSS vůbec nezabýval vztahem vnitrostátních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem a aplikační přednosti smlouvy o zamezení dvojího zdanění, ale situaci rovnou nešťastně posoudil jako dissimulaci. Tato rozhodnutí přitom byla v odborné literatuře právě z důvodu rozporu s předcházející i pozdější judikaturou a souvisejícím narušením právní jistoty a předvídatelnosti práva zcela oprávněně kritizována.⁴³⁸ V tomto kontextu je nezbytné doplnit, že v daném období měla být aplikována daňová smlouva s Kyprzem z roku 1980, která neobsahovala žádná pravidla proti zneužívání.

Ne/aplikace faktického a interpretativního přístupu v českém kontextu

S ohledem na systematickou preferenci explicitních smluvních pravidel a zásadní nedostatky rozsudků *CAPITAL* má autor za to, že v českém kontextu není možné přesvědčivě dovodit možnost plošné aplikace vnitrostátních pravidel na smluvní situace na základě faktického přístupu. Na druhou stranu, tuto možnost lze s ohledem na výše uvedené zahraniční zdroje aspoň teoreticky připustit v případě dissimulace, nikoli však u vnitrostátní zásady zneužití daňového práva nebo obcházení zákona, které pracují s recharakterizací daňově relevantních skutečností. Případnou aplikaci takových vnitrostátních pravidel v rozporu s ustanoveními příslušné daňové smlouvy lze v českém kontextu považovat za zcela nežádoucí, a to z důvodu porušování nejen smluvních závazků plynoucích z této smlouvy, ale také pro případný rozpor se zásadou *pacta sunt servanda* a principem aplikační přednosti mezinárodních smluv, které plynou nejen z čl. 1 odst. 2 a čl. 10 Ústavy, ale také z čl. 26 a čl. 27 Vídeňské úmluvy,

⁴³⁸ K tomu viz již zmiňovaná HRACHOVINOVÁ, URBÁŠEK, op. cit., 2018.

kteří navíc explicitně zapovídají odůvodňování porušování mezinárodních závazků ustanoveními vnitrostátního práva.⁴³⁹

Současně ani v souvislosti se změnou přístupu komentáře OECD v roce 2003, interpretativním přístupem, *guiding principle*, nebo obecně využitím pozdějších komentářů v kontextu bránění zneužívání daňových smluv se nelze v českém kontextu opřít o relevantní českou judikaturu nebo odborné zdroje, které by se těmito problémy podrobně zabývaly.⁴⁴⁰

Snad pouze ve věci použití pozdějších komentářů (byť ne v souvislosti se zneužíváním daňových smluv) lze odkázat k poněkud nekonzistentní judikatuře NSS, která v poslední době spíše obecně připouští podmíněný dynamický výklad daňových smluv pomocí komentáře OECD jako doplňkového prostředku výkladu. V tomto smyslu lze využít komentáře, pokud primární výklad neposkytuje přesvědčivý výkladový výsledek a současně v předmětném ustanovení smlouvy nedošlo k relevantním změnám.⁴⁴¹

Na druhou stranu lze z české perspektivy rozumně argumentovat, že pokud byla daňová smlouva uzavřena exekutivou a ratifikována zákonodárcem v době, kdy Česká republika i komentář OECD preferovaly smluvní pravidla, nelze na základě obratu v roce 2003 v dobré víře a v souladu se zásadou *pacta sunt servanda* přebírat bez dalšího pozdější diametrálně odlišnou pozici, tj. faktický nebo interpretativní přístup, a to zejména u smluv se státy, které k těmto změnám komentáře uplatnily výhrady.

Z perspektivy autora této práce je možné s ohledem na výše uvedené považovat případnou aplikaci faktického (s výjimkou dissimulace) nebo interpretativního přístupu v českém kon-

⁴³⁹ V oblasti mezinárodního daňového práva se taková praxe smluvních států označuje za *treaty override* a byť ji zejména státy s dualistickým přístupem připouštějí, je mezinárodní komunitou obecně vnímána jako kontroverzní, k tomu viz SCHOUERI, L. E. *Tax Treaty Override: A Jurisdictional Approach*. *Intertax*, 2014, č. 11, str. 683, MAISTO, G. *Tax treaties and domestic law*. Amsterdam: IBFD, 2006, str. 115-116 a 82, SACHIN, S. *Tax Treaty Overrides: A Comparative Study of the Monist and the Dualist Approaches*. *Intertax*, 2013, č. 4, str. 180 an.

⁴⁴⁰ Pouze okrajově ve prospěch interpretativního přístupu ZÍKA, V. Stav mezinárodních smluv o zamezení dvojímu zdanění v České republice. *Finanční, účetní a daňový bulletin*. 2016, č. 1.

⁴⁴¹ Např. rozhodnutí NSS ze dne 27. května 2015, sp. zn. 6 Afs 52/2015 nebo ze dne 27. září 2018, sp. zn. 2 Afs 40/2018.

textu za relativně nevhodnou, a to zejména pro případný rozpor se zásadami *pacta sunt servanda* a právní jistoty. Nicméně s implementací BEPS opatření lze výše uvedenou diskuzi považovat za relevantní pouze v případě smluv, které neobsahovaly explicitní smluvní pravidla, a to za období před účinností MLI. S ohledem na to, že frekvence sporů v oblasti zneužívání daňových smluv je v českém kontextu mírně řečeno nízká, lze nicméně tento problém z dnešní perspektivy považovat za relativně marginální.

3.1.4 Pravidlo skutečného vlastnictví jako dominantní smluvní SAAR

S ohledem na výše popsanou problematickou aplikaci vnitrostátních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem ve smluvních situacích, a to včetně pravidel specifických, vkládají některé státy tato specifická pravidla přímo do svých daňových smluv. V návaznosti na smluvní praxi se tak některá z těchto pravidel postupně propsala i do modelových smluv, a lze je tak považovat za standardní součást mezinárodního daňového práva. K takovým pravidlům lze řadit především podmínění aplikace snížené sazby u dividend držbou určité výše podílu po specifikované dobu, omezení výhod u nemovitostních společností, tzv. *artiste companies*, ustanovení umožňující zdaňovat své rezidenty, pravidla k triangulárním případům nebo pravidla zabývající se zvláštním vztahem mezi plátcem a příjemcem úroků.

Přestože jsou tato pravidla obsažena i v českých smlouvách, nejsou pro účely této práce zásadní, neboť v praxi jejich aplikace nepředstavuje zásadní problém, a to zejména s ohledem na to, že jsou založena na přesných kvantitativních kritériích.⁴⁴² Za skutečně relevantní pravidlo, které je také v praxi předmětem výkladových diskuzí a soudních sporů tak lze považovat v zásadě pouze pravidlo skutečného vlastnictví, kterému již byla věnována pozornost výše v unijním kontextu. Z tohoto důvodu tak bude níže věnována pozornost právě smluvnímu ustanovení skutečného vlastnictví jako dominantnímu SAAR, které je obsaženo v českých daňových smlouvách.

⁴⁴² V tomto smyslu se prakticky odlišuje pravidlo zvláštního vztahu u úroků, které bylo předmětem již zmíněného rozhodnutí NSS ze dne 28. března 2013, sp. zn. 2 Afs 71/2012. V tomto případě se finanční správa nesprávně pokusila smluvní pojem zvláštního vztahu vyložit pomocí vnitrostátního pravidla nízké kapitalizace.

Původ pravidla skutečného vlastnictví a jeho přítomnost v českých smlouvách

V návaznosti na praktické zkušenosti s využíváním smluv dle modelové smlouvy OECD z roku 1963, která takové pravidlo neobsahovala, bylo na základě návrhu zástupců Velké Británie do znění modelové smlouvy a komentáře z roku 1977 zahrnuto pravidlo skutečného vlastnictví. Tento návrh přitom zřejmě pramenil z vnitrostátní úpravy správců svěřenských fondů, tzv. *trustees*, a nezdanění jejich příjmů.⁴⁴³ Od roku 1977 je pravidlo skutečného vlastnictví obsaženo ve všech modelových smlouvách OECD, resp. jejich čl. 10, 11 a 12, a funguje v zásadě jako dodatečná podmínka pro snížení srážkové daně ve státě zdroje u plateb dividend, úroků a licenčních poplatků.

V této souvislosti je nezbytné zmínit, že pravidlo skutečného vlastnictví tak není obsaženo v nejstarších smlouvách, které byly dojednávány a uzavřeny dle modelové smlouvy z roku 1963. Zejména tento SAAR chybí ve stále platných a účinných smlouvách ze 70. let, tj. s Japonskem, Nizozemím a Srí Lankou a také z části 80. let, tj. se Švédskem, Německem a Španělskem. Ve všech pozdějších smlouvách již je formulace o skutečném vlastníku, resp. skutečném příjemci obsažena. Výše uvedené smlouvy přitom nebyly změněny protokolem, případně v protokolech není pravidlo skutečného vlastnictví zmíněno, což by mohlo indikovat, že příjemci dividend, úroků a licenčních poplatků, kteří přitom nejsou jejich skutečnými vlastníky, mohou požívat výhod z těchto smluv.

Výše uvedený předpoklad nicméně není v souladu s konstantní správní praxí finanční správy, která již ve svém sdělení k problematice pojmů „místo vedení“ a „skutečný vlastník“ z roku 2001 uváděla, že i když pravidlo skutečného vlastnictví ve starších smlouvách není používáno, automaticky se předpokládalo, že takto má být vykládán zde obsažený pojem příjemce.⁴⁴⁴ V tomto sdělení finanční správa současně uvádí, že takto byly smlouvy vždy interpretovány a pozdější vkládání pravidla skutečného vlastnictví není faktickou změnou, ale

⁴⁴³ LANG, M. et al. *Beneficial Ownership: recent trends*. Amsterdam: IBDF, 2013. str. 306 an.

⁴⁴⁴ Ve prospěch implicitně obsaženého pravidla skutečného vlastnictví také viz SAURABH, J. *Effectiveness of the Beneficial Ownership Test in Conduit Company Cases*. Amsterdam: IBFD, 2013. Kapitola 7.8.

pouze přesnější formulací.⁴⁴⁵ Současně je na stejném závěru zřejmě založen i pokyn D-286, který uvádí, že pro poskytnutí výhod ze smlouvy nebo ze zákona nepostačuje skutečnost, že je rezident příjemcem (pasivních příjmů), ale je nezbytné, aby byl také jejich skutečným vlastníkem.⁴⁴⁶

V souvislosti s daňovou smlouvou, která pravidlo skutečného vlastnictví explicitně neobsahovala, se tímto pravidlem zabýval NSS v rozsudku *Elektrárny Opatovice*. V tomto rozhodnutí soud řešil situaci, kdy finanční správa argumentovala, že skutečným vlastníkem dividend placených českým daňovým subjektem není jeho nizozemská mateřská holdingová společnost, ale až za ní stojící britská společnost. Správce daně přitom svůj závěr o tom, že nizozemská entita sloužila pouze k formálnímu přijetí dividend, založil pouze na skutečnosti, že dividendy byly placeny českým daňovým subjektem přímo na bankovní účet britské společnosti. Byť NSS tento případ rozhodl v zásadě na základě procesních pochybení finanční správy a neunesení důkazního břemene, poněkud nekonzistentně se vyjádřil také ke skutečnému vlastnictví. Soud se totiž bez detailnější argumentace ztotožnil s již zmíněným přístupem obsaženým ve sdělení finanční správy, tj. že pravidlo skutečného vlastnictví je implicitně obsaženo i ve smlouvách, které používají pouze pojem příjemce, a současně do situace vnesl také úvahy o možnosti neaplikovat smlouvu v případě vyhýbání se daňovým povinnostem.⁴⁴⁷

Bez ohledu na výše uvedenou argumentaci autora stran zdrženlivosti v případech postihování vyhýbání se daňovým povinnostem ve smluvních situacích a preferenci explicitních smluvních pravidel lze rozhodnutí NSS ve věci *Elektrárny Opatovice* kritizovat přinejmenším pro jeho nedostatečné odůvodnění. Problematika pravidla skutečného vlastnictví, zvláště v případech jeho explicitní absence v daňových smlouvách, je totiž natolik složitá, že je dle autora nezbytné ji vypořádat na základě komplexní argumentace, a nikoli pouze relativně

⁴⁴⁵ Viz čl. 2 Sdělení MF k problematice pojmů "místo vedení" a "skutečný vlastník", č.j. 251/122 867/2000.

⁴⁴⁶ Čl. 1 pokynu D-286 ke zdaňování příjmů daňových nerezidentů plynoucích ze zdrojů na území ČR, č.j. 49/85 663/2005 - 493.

⁴⁴⁷ Rozhodnutí NSS ze dne 10. června 2011, sp. zn. 2 Afs 86/2010.

stručným odkazem.⁴⁴⁸ I s přihlédnutím k právní ne/jistotě se přitom NSS mohl, pokud chtěl výkladem dovodit implicitní pravidlo, inspirovat zahraniční judikaturou, která takový výklad dříve připustila,⁴⁴⁹ a odůvodnit, z jakých důvodů tento přístup zvolil, což je zásadní také pro posouzení samotného obsahu pojmu skutečného vlastnictví. Přestože tak NSS neučinil a pouze aproboval přístup finanční správy, je zřejmě nezbytné považovat s ohledem na toto rozhodnutí a praxi finanční správy za evidentní, že i v případech starších smluv, ve kterých explicitní pravidlo absentuje, musí být příjemce pasivních příjmů nahlížen prizmatem skutečného vlastnictví.

Podstata skutečného vlastnictví v komentářích OECD

S ohledem na to, že modely ani daňové smlouvy definici skutečného vlastníka neobsahují, je výklad tohoto pojmu desítky let předmětem intenzivních diskuzí v daňové praxi, judikatuře i odborných kruzích, přičemž v rámci této debaty jsou detailně analyzovány také komentáře OECD, které se tímto pravidlem zabývají, a které se v průběhu času dynamicky vyvíjely.

V souvislosti s účelem pravidla skutečného vlastnictví se přitom mezinárodní akademická obec ani neshodne na tom, zda ze subjektivně-historické perspektivy mělo toto ustanovení sloužit jako specifické pravidlo proti vyhýbání se daňovým povinnostem, nebo jako dílčí alokační pravidlo, resp. podmínka, zda toto pravidlo z objektivně-recentní perspektivy chápat spíše v užším právním smyslu nebo naopak v širším ekonomickém smyslu, natož jaké parametry v kontextu tohoto posuzování skutečného vlastnictví příjmů aplikovat.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ Nebýt absence detailního odůvodnění, bylo by tak z některých formulací tohoto rozhodnutí hypoteticky možné dovodit, jak NSS chápe obsah pojmu skutečného vlastnictví – zda v ekonomickém, nebo v právním smyslu, případně jak posuzovat navazující platby.

⁴⁴⁹ Konečně jde o autonomní pojem mezinárodního daňového práva, v tomto ohledu lze odkázat na americký případ *Aiken* nebo francouzské případy *Diebold* a *Bank of Scotland*, k tomu viz kapitolu 4 v LANG, M. et al. *Tax Treaty Entitlement*. Amsterdam: IBFD, 2019. Naopak *contra* viz konzervativní rozhodnutí slovenského Najvyššieho súdu ze dne 15. dubna 2015, sp. zn. 2Sžf/76/2014.

⁴⁵⁰ V této souvislosti lze odkázat na studii MEINDL-RINGER, A. *Beneficial Ownership in International Tax Law*. Zuidpooslingel: Kluwer Law International, 2016, která zejména od str. 322 analyzuje interpretační přístupy ke skutečnému vlastnictví, které zastávají autority mezinárodního daňového práva. V této souvislosti například Vogel toto pravidlo chápal z ekonomické perspektivy, De Broe považuje za zásadní užitek z příjmu a možnost o něm rozhodovat v kontextu smluvních a právních závazků, a Danon s Baumgartnerem jsou progresivnější, když připouštějí aplikaci tohoto pravidla i na navazující faktické závazky. V návaznosti na vyhodnocení všech

Z historické perspektivy totiž není zcela zřejmé, zda relativně stručný komentář OECD z roku 1977 zamýšlel toto pravidlo jako SAAR bránící zneužívání daňových smluv nebo jako dodatečnou právní podmínku přístupu ke smluvním výhodám řešícím problematiku prostředníků, když obsahuje pasáže, ze kterých by bylo možné dovodit oba závěry. V návaznosti na zprávu OECD k průtokovým společnostem z roku 1986 byl nicméně text komentáře OECD v roce 2003 změněn, když v něm bylo uvedeno, že toto pravidlo nelze chápat restriktivně v úzce technickém smyslu, ale s ohledem na jeden z účelů daňových smluv, tj. bránit vyhýbání se daňovým povinnostem a daňovým únikům, a to zejména v kontextu průtokových společností. Zmíněné širší pojetí skutečného vlastnictví, které po roce 2003 začalo být v řadě jurisdikcí aplikováno, bylo přitom vyjasněno dále v komentáři z roku 2014.⁴⁵¹ Pro účely této práce lze nicméně široké ekonomické pojetí skutečného vlastnictví poněkud zjednodušit na otázku, kdo má z příslušné platby v podstatě ekonomický prospěch - zda o příjemce, nebo naopak nějaká třetí osoba.

V komentáři z roku 2014 přitom v pojetí skutečného vlastnictví došlo ke kvalitativnímu posunu, nad rámec předcházejícího textu byla totiž přidána spíše právní interpretace, tj. že skutečné vlastnictví je odvozeno od toho, zda má příjemce právo užívat a požívat příslušný pasivní příjem neomezený smluvním nebo právním závazkem platbu přeposlat další osobě. Současně v této verzi komentáře ale do jisté míry přetrvával ekonomický přístup, tj. že existence zmíněného závazku sice zpravidla vychází z právních dokumentů, ale může být zjištěna také na základě skutečností a okolností prokazujících, že ve své podstatě příjemce zjevně nemá neomezené právo užívat a požívat platbu. S ohledem na to, že v komentáři z roku 2014, jehož znění ve vztahu ke skutečnému vlastníkovu nebylo až dosud změněno, se primárně vychází z právního pojetí, na které nicméně navazuje subsidiárně ekonomická analýza, lze považovat zde obsažené pojetí skutečného vlastnictví za hybridní.⁴⁵²

přístupů Meindl-Ringer v rámci své studie dochází k závěru, že skutečné vlastnictví by mělo být v zásadě vykládáno restriktivně z právního pohledu jako alokační pravidlo zasahující prostředníky.

⁴⁵¹ Pro detailnější popis geneze tohoto pravidla a souvisejících komentářů viz např. LANG, M. et al. *The OECD-Model-Convention and Its Update 2014*. Vienna: Linde Verlag, 2015. str. 25 an.

⁴⁵² WARDZYŃSKI, A. The 2014 Update to the OECD Commentary: A Targeted Hybrid Approach to Beneficial Ownership. *Intertax*, 2015, č. 2. str. 189 an.

Lze mít za to, že hybridní pojetí skutečného vlastnictví obsažené v aktuální verzi komentářů OECD relativně rozumně vyvažuje potřebu právní jistoty, když je primárně založeno na právních vztazích, současně ale umožňuje v druhé rovině zohlednit zřejmé faktické nesoulady s právním stavem. Současně je ale s tímto pojetím spojeno hned několik aplikačních problémů. Obdobně jako u bránění zneužívání daňových smluv je podstatné, nakolik jsou pro výklad pojmu skutečného vlastnictví relevantní komentáře OECD a jejich temporální účinky ve světle geneze od právních pojmů v roce 1977, přes široké ekonomické pojetí v roce 2003 až po hybridní přístup od roku 2014. V této souvislosti je třeba zmínit, že pravidlo obsažené v daňových smlouvách se v průběhu času nezměnilo, a proměňoval se, resp. byl doplňován pouze text komentáře OECD. Současně komentář neposkytuje nad rámec užítka podrobnější kritéria, na základě kterých by bylo možné skutečné vlastnictví posuzovat, ať už jde o vlastnictví příjmu nebo aktiv, kritéria kontroly, rizika nebo použití. Stejně tak není jednoznačné, nakolik jsou v kontextu skutečného vlastnictví relevantní kritéria substance nebo zneužití.⁴⁵³ Samotné kritérium užítka z příslušného příjmu v praxi přitom vyvolává poměrně zásadní interpretační nejistotu zejména stran právní a faktické povinnosti platby přeposílat v případech legitimních obchodních modelů jako jsou investiční, finanční nebo licenční struktury s několika úrovněmi. V těchto modelech totiž standardně mezi jednotlivými úrovněmi probíhají platby pasivních příjmů, které nespočívají v přeposílání, ale v úhradě na sobě nezávislých plateb, které ale mohou mít podobnou formu nebo parametry.⁴⁵⁴

V této souvislosti tak lze předpokládat, že na základě komentáře z roku 2014 nelze pravidlo skutečného vlastnictví interpretovat v tak širokém ekonomickém smyslu, aby bylo nutné zkoumat ultimátní osoby, ke kterým příjem jinak standardními transakcemi proteče,⁴⁵⁵ ale spíše je vhodné je aplikovat na, byť nedeklarované a faktické, prostředníky a přeposílatele.

⁴⁵³ Ve prospěch aplikace těchto kritérií argumentují např. HORNOCHOVÁ, S., NOVOTNÝ, R., op. cit., 2020, str. 57 an. Naopak ve prospěch právního pojetí skutečného vlastnictví a upřednostnění obecných konceptů v případech průtokových společností viz CHAND, V., op. cit., 2018, č. 2.; 115 an.

⁴⁵⁴ Například u sublicenční struktury ve věci *Avon Cosmetics* totiž byl příjemce sublicenčních poplatků zodpovědný za řadu funkcí a nesl související rizika, mj. spočívající v tom, že i kdyby sublicenční poplatky nevybral, musel by sám uhradit licenční poplatky za teritoriální licenci.

⁴⁵⁵ V tomto světle by se testování skutečného vlastnictví začalo do určité míry podobat *base erosion* testu, který je obsažen ustanovení LOB navrženém v rámci BEPS, a které je také obsaženo v MLI.

Smluvní pravidlo skutečného vlastnictví v české a unijní judikatuře

Některé výše popsané problematické aspekty konceptu skutečného vlastnictví lze vysledovat i v české a unijní judikatuře. Z perspektivy frekvence využívání tohoto pravidla v judikatuře NSS lze na základě obdobných parametrů jako u ostatních pravidel⁴⁵⁶ konstatovat, že spory o aplikaci tohoto pravidla se dostaly k NSS až v období 2011 až 2017, a to v celkem 3 případech, a od roku 2018 do konce roku 2021 tento soud řešil další 4 případy. V této souvislosti je nicméně relevantní upozornit, že tyto případy se týkají pouze smluvního pravidla skutečného vlastnictví, přičemž tři z těchto rozsudků se skutečnému vlastnictví věnují pouze okrajově.

Ještě před již rozebraným případem ve věci *Elektrárny Opatovice* NSS řešil případ *VENTEN*, v rámci kterého posuzoval postoupení práva na výplatu podílu na zisku českým akcionářem kyperskému daňovému rezidentu. Bez ohledu na relativně specifické okolnosti případu NSS tento případ rozhodl na základě skutečnosti, že právo podílet se na zisku společnosti svědčí akcionáři, a tak je pro režim zdanění rozhodující skutečný vlastník majetkového podílu, bez ohledu na daňovou rezidenci příjemce platby.⁴⁵⁷

V souvislosti s tímto případem je nicméně dle názoru autora nezbytné rozlišit, jaké podkladové aktivum je v daném případě relevantní. V případě sublicenčních nebo stupňových úvěrových uspořádání totiž nelze za určující považovat vlastnictví původního práva duševního vlastnictví nebo původních finančních prostředků, ale spíše licenci nebo finanční nástroj, ze kterého plynou posuzované (sub)licenční poplatky nebo úroky.

S ohledem na břemeno tvrzení a břemeno důkazní jsou pro otázku skutečného vlastnictví relevantní také rozhodnutí ve věcech *ALL SPORTS* a *YOLT*. Zatímco v prvním z těchto rozhodnutí bylo postaveno na jisto, že plátce má mít k okamžiku srážky povědomí o tom, kdo je skutečným vlastníkem a tuto skutečnost také tvrdit, současně ale může své tvrzení

⁴⁵⁶ Pro účely tohoto pravidla bylo fulltextové vyhledávání upraveno na řetězec „skutečný vlastník“ AND „zamezení“, soud NSS a oblast daně.

⁴⁵⁷ Rozhodnutí NSS ze dne 27. května 2010, sp. zn. 5 Afs 106/2009.

v návaznosti na později zjištěné informace změnit.⁴⁵⁸ V druhém z rozhodnutí se NSS zabýval také důkazním břemenem, když uvedl, že primární důkazní břemeno stran správného režimu srážkové daně a tedy i skutečného vlastnictví spočívá na plátcích, nikoli na správci daně, který až sekundárně prokazuje své pochybnosti.⁴⁵⁹

V aktuálním rozsudku ve věci *PROFI CREDIT* se NSS zabýval úroky fakticky plynoucími od českého plátce tichým společníkům v daňovém ráji, přičemž soud kromě závěru, že jednání plátce obcházelo smlouvu o zamezení dvojího zdanění, dospěl také k tomu, že skutečným vlastníkem úrokových příjmů byli prokazatelně právě tišší společníci a současně aproboval výklad finanční správy v již citovaném sdělení a pokynu.⁴⁶⁰

Současně lze pro účely smluvního pravidla skutečného vlastnictví zřejmě považovat za relevantní také rozhodnutí ve věci *SCB Foundry*. Přestože NSS tento případ posuzoval (nesprávně) na základě transponovaného unijního pravidla, v podstatě šlo o spor s mezinárodním, nikoli unijním prvkem, když ČKD přijaté sublicenční poplatky použila k osvobozené úhradě licenčních poplatků na základě daňové smlouvy s Ruskou federací. Lze si tak představit, že obdobnou logiku a relativně široké pojetí skutečného vlastnictví soud může aplikovat i v dalších případech s mezinárodním prvkem.

Poněkud překvapivě může mít na výklad smluvního pravidla skutečného vlastnictví dopad také rozhodnutí SDEU v již zmíněné věci *N Luxembourg*. V tomto rozhodnutí SDEU nejen připustil, že pro výklad unijního pojmu skutečného vlastnictví jsou relevantní prameny OECD, ale zejména unijní pojem vyložil relativně široce v ekonomickém smyslu. Vzhledem k tomu, že na základě tohoto rozsudku by bylo možné argumentovat, že unijní pojem skutečného vlastnictví má širší (ekonomický) rozsah než smluvní pojem ve světle komentářů 2014 a 2017,⁴⁶¹ je otázkou, nakolik je možné tento rozpor mezi mezinárodním a unijním

⁴⁵⁸ Rozhodnutí NSS ze dne 23. května 2013, sp. zn. 9 Afs 38/2012.

⁴⁵⁹ Rozhodnutí NSS ze dne 15. února 2021, sp. zn. 1 Afs 73/2019.

⁴⁶⁰ Rozhodnutí NSS ze dne 27. srpna 2021, sp. zn. 3 Afs 40/2018.

⁴⁶¹ Současně lze nicméně argumentovat, že unijní a smluvní pojmy skutečného vlastnictví se postupně sblíží, jak tvrdí např. HAMRA, C., KORVING, J. J. A. M. Beneficial Ownership Interpreted, To What Extent Are the OECD and the EU on the Same Wavelength? *Intertax*, 2021, č. 3. str 259 an.

právem vyřešit kolizními pravidly,⁴⁶² případně které z pojetí převáží. V tomto smyslu lze zřejmě předpokládat, že zejména u daňových smluv uzavřených mezi členskými státy unie bude třeba upřednostnit výklad, který je v souladu s unijním výkladem tohoto pravidla, a to i ve smyslu širšího ekonomického pojetí obsaženého v rozhodnutích SDEU.⁴⁶³

K účinnosti smluvního pravidla skutečného vlastnictví a základním zásadám

V návaznosti na výše uvedené je evidentní, že smluvní pravidlo skutečného vlastnictví je i v posledních letech stále předmětem odborných diskuzí a soudních sporů. Lze očekávat, že finanční správa bude toto pravidlo aplikovat pravidelně i v budoucnosti a nelze předpokládat jeho vymizení v návaznosti na implementaci BEPS opatření nebo globální iniciativy, které jsou předmětem diskuzí na unijní nebo mezinárodní úrovni. Pravidlo skutečného vlastnictví je totiž v případě pasivních příjmů aplikováno ještě před obecnými koncepty jako jsou pravidla proti zneužívání práva nebo proti *treaty shoppingu*. Na rozdíl od těchto pravidel se u něj také není nutné zabývat objektivním ani subjektivním kritériem, ale pouze tím, zda má příjemce v zásadě neomezený užitek z příjmu, se kterým volně disponuje. Konečně, aplikace tohoto pravidla je pro finanční správu příznivější také proto, že důkazní břemeno stran naplnění této podmínky spočívá primárně na plátcí daného příjmu.

Současně je ale účinnost tohoto pravidla také přímo závislá na zvoleném interpretačním přístupu. Již na základě restriktivního právního výkladu je smluvní pravidlo skutečného vlastnictví způsobilé odejmout smluvní výhody zprostředkovatelům, zástupcům nebo zmocněncům. V návaznosti na vývoj výkladu tohoto pravidla v komentářích OECD lze zřejmě rovněž dovodit, že na primární právní posouzení by mělo podpůrně navazovat posouzení faktické, tj. zda má příjemce z platby fakticky prospěch, který není omezen souvisejícím právním nebo smluvním závazkem platbu přeposlat. Předmětem interpretačních sporů v budoucnu ale zřejmě bude otázka, zda převáží nastíněné hybridní pojetí nebo zda se interpretace tohoto

⁴⁶² Naopak k řešení tohoto nesouladu přístupem právního pluralismu viz DE PIETRO, C. Beneficial Ownership, Tax Abuse and Legal Pluralism: An Analysis in Light of the CJEU's Judgment Concerning the Danish Cases on Interest. *Intertax*, 2020, č. 12.

⁴⁶³ Lze se totiž ztotožnit s argumentací Luca De Broe, která je založena na čl. 31 odst. 3 písm. c) Vídeňské úmluvy o smluvním právu, viz MAISTO, G. et al. *Current tax treaty issues*. Amsterdam: IBFD, 2020. kap. 16.

pravidla bude dále vyvíjet směrem k extenzivnímu ekonomickému pojetí, které bude zkoumat i nesouvisějící závazky. Přestože se k ekonomickému pojetí zřejmě v některých svých rozhodnutích přiklání jak SDEU, tak české správní soudy, autor má za to, že pravidlo skutečného vlastnictví by mělo být v souladu s komentáři OECD, ale zejména zásadami *pacta sunt servanda*, právní jistoty a předvídatelnosti spíše aplikováno ve svém právním smyslu, byť s možností podpůrného ekonomického korektivu, který umožní postihovat případy, kdy jsou platby evidentně fakticky přeposílány. Právě v zájmu právní jistoty by ve složitějších případech, kdy závěr o zjevném přeposílání není možné učinit, měla být upřednostněna aplikace obecných konceptů jako zákaz zneužití práva před extenzivním výkladem pravidla skutečného vlastnictví. Extenzivní výklad tohoto pravidla totiž v některých případech, ať už jde např. o kauzy *Yolt* nebo *Avon Cosmetics*, může zasáhnout zcela standardní ekonomická uspořádání, a to proto, že pravidlo skutečného vlastnictví na rozdíl od (unijního) pravidla zneužití práva totiž neobsahuje korektiv, formulovaný např. jako *non-genuiness*, racionální ekonomické důvody, skutečná nebo podstatná ekonomická činnost.⁴⁶⁴

3.1.5 Účinnost českého pre-BEPS přístupu a jeho vztah k základním zásadám

Na základě výše uvedeného lze posoudit, nakolik je možné český pre-BEPS přístup k vyhýbání se daňovým povinnostem v mezinárodních situacích považovat za účinný a nakolik je v souladu se základními zásadami vnitrostátního, unijního a mezinárodního práva.

V této souvislosti je třeba zejména pozitivně hodnotit, že do českých daňových smluv byla po roce 2000 systematicky vkládána buď přímo pravidla proti jejich zneužívání nebo pravidla, která připouštěla použití vnitrostátních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem. V naprosté většině případů přístup vkládání zmocňovacích pravidel řeší dle autora problém tzv. *treaty override* ve smyslu používání vnitrostátních pravidel bez zmocnění a v rozporu s mezinárodní smlouvou, což je v přímém rozporu s vnitrostátní i mezinárodní zásadou právní jistoty, *pacta sunt servanda*, nadto jde o přístup explicitně zapovězený čl. 27 Vídeňské

⁴⁶⁴ Tyto korektivy jsou v judikatuře i v pravidlech proti vyhýbání se daňovým povinnostem obsaženy právě proto, aby byla postihována v zásadě pouze umělá uspořádání či transakce, nikoli transakce, které mají sice i daňový motiv, ale existují také z racionálních ekonomických důvodů.

úmluvy o smluvním právu. V případě zmocňovacích pravidel lze navíc převzít závěry předcházejících kapitol o účinnosti vnitrostátních, resp. unijních pravidel a souladu se základními zásadami, která jsou následně využívána.

V případě absence smluvních pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem a současně odmítnutím *treaty override*, je totiž hypoteticky možné nelegitimním praktikám čelit buď na základě mezinárodní zásady zákazu zneužití práva nebo pomocí výkladu existujících ustanovení smlouvy, přičemž obě tyto alternativy jsou samy o sobě problematické.

Zatímco u zákazu zneužití práva (resp. daňové smlouvy) panují zásadní pochybnosti o tom, zda jde skutečně o mezinárodní zásadu, která je široce akceptovaná a může dopadat i na daňové subjekty, výklad ustanovení smlouvy k zabraňování jejího zneužívání je spojen hned s několika problémy.

V případě výkladu se nelze vyhnout problému relevance komentáře OECD nebo otázky, zda daňové smlouvy vykládat staticky nebo dynamicky. I kdyby totiž byla akceptována kompromisní pozice podmíněného dynamického výkladu, bylo by nezbytné se vypořádat se zásadní změnou ve vnímání ne/legitimnosti daňových optimalizací, a to nejen na globální, ale i unijní úrovni, kterou tento přístup z podstaty nepřipouští.⁴⁶⁵ Současně je v případě interpretativního přístupu nezbytné zohlednit očekávání smluvních stran v okamžiku uzavření příslušné daňové smlouvy a související zásadu *pacta sunt servanda* formulovanou v čl. 26 Vídeňské úmluvy o smluvním právu. V tomto pramenu, resp. čl. 31 an., je také vymezena metodologie výkladu mezinárodních smluv, která je přitom založena na obvyklém významu v nich obsažených pojmů, v jejich souvislosti, s tím, že k předmětu a účelu smlouvy se toliko přihlíží. Lze argumentovat, že i v případě daňových smluv by výkladový výsledek neměl být v rozporu s gramatickým vymezením pojmu. V případě, kdy by toto vymezení bylo při nalézání práva překročeno, bylo by zřejmě namístě hovořit spíše o dotváření než výkladu. V případě

⁴⁶⁵ Přístup podmíněného dynamického výkladu by dle autora měl být totiž založen na tom, že ve významu pojmů nedochází v průběhu času k zásadním změnám, ale jde toliko o vyjasnění stávajícího významu. V případě ne/legitimnosti daňových optimalizací k takové změně evidentně v průběhu času došlo, když daňová soutěž a atrakce kapitálu prostřednictvím holdingových struktur a ústředí začala být postupně vnímána jako společensky nežádoucí a neudržitelná.

mezinárodních smluv je nicméně *ex post* dotváření výkonnou nebo soudní mocí spojeno nejen s rozporem s mezinárodními zásadami, ale lze jej považovat za nesouladné z ústavní perspektivy zákonnosti, právní jistoty a zásahu do kompetencí zákonodárné moci, která u daňových smluv uděluje souhlas k ratifikaci. Výše uvedené nicméně neznámá, že není možné v žádném případě vyhýbání se daňovým povinnostem, resp. zneužívání daňových smluv, bránit výkladem, ale pouze to, že tak nelze postupovat plošně *en bloc*, ale nanejvýš uvážlivě, v souladu s očekáváním smluvních stran a v rámci výkladu, který ustanovení smlouvy umožňují bez toho, aby byla překročena hranice směrem k dotváření práva. Lze tak shrnout, že v případě daňových smluv je otázka výkladu a toho, zda směřovat k subjektivně historickému nebo objektivně recentnímu cíli podstatně komplexnější než v případě vnitrostátního práva.

S ohledem na výše uvedené je zřejmé, že aplikace poněkud kontroverzní mezinárodní zásady zákazu zneužití práva, interpretativní přístup, natož *treaty override* nejsou vhodné jako systematický přístup k bránění vyhýbání se daňovým povinnostem. Z této perspektivy je pozitivní, že české daňové smlouvy uzavírané po roce 2000, kterých je asi polovina, obsahují explicitní pravidla nebo zmocnění používat pravidla vnitrostátní. Současně je ale třeba zdůraznit, že s ohledem na variabilitu jejich znění, tj. různá obecná pravidla a pravidla proti *treaty shoppingu*, jsou spojena s podstatně větší právní nejistotou než ustálený unijní nebo vnitrostátní koncept zákazu zneužití práva. V tomto smyslu je také nezbytné individuálně hodnotit účinnost těchto pravidel, když pravidla proti *treaty shoppingu* mají z podstaty věci užší rozsah než pravidla obecná.

V případě smluvního pravidla skutečného vlastnictví je situace odlišná, neboť je v zásadě obsaženo ve všech smlouvách, s tím, že v nejstarších smlouvách je poněkud nekonzistentně dovozováno výkladem. Problematickým aspektem skutečného vlastnictví je tak spíše jeho výklad, a to zda má převážít právní, ekonomické nebo hybridní pojetí. Zatímco široké ekonomické pojetí je z podstaty věci nejúčinnější, tak evidentně zasahuje i ekonomicky racionální uspořádání, naopak čistě právní pojetí je spíše méně účinné, ale naopak je díky relativně přesné formulaci právních pojmů spojeno s vyšší právní jistotou. Z tohoto důvodu je tak dle autora vhodné kompromisní hybridní pojetí, tj. primární právní posouzení se subsidiárním faktickým korektivem, který ale nebude nepřiměřený a nebude zasahovat nenavazující a ne-

související závazky. V kontextu implementovaných BEPS opatření, zejména PPT, je ale otázkou, nakolik je i faktický korektiv v současnosti nezbytný, když případy zneužívání dokáže zachytit k tomu přímo určený instrument.

S ohledem na výše uvedené lze za slabinu českého pre-BEPS přístupu považovat starší smlouvy, které neobsahovaly žádná pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem, a u kterých dle názoru autora není možné systematicky aplikovat alternativní přístupy. Z praktického pohledu ale prozatím nelze dohledat v této oblasti spory, které by se dostaly před NSS, lze tak předpokládat, že jde o nedostatek spíše teoretický, byť je otázkou, nakolik způsobený absencí agresivního mezinárodního daňového plánování, nedostatkem vhodných pravidel proti těmto praktikám, nebo pravděpodobněji jde o detekční a další nedostatky na straně správce daně.

3.2 Iniciativa BEPS a dopad na české daňové smlouvy

V návaznosti na technické nedostatky českého pre-BEPS přístupu je zřejmé, že implementace doporučení v rámci iniciativy BEPS měla potenciál *status quo* zásadním způsobem změnit. Nicméně je otázkou, která doporučení byla pro české daňové smlouvy relevantní, a zda Česká republika zvolila z nabízených alternativ optimální přístup. Pro účely českých daňových smluv lze přitom v kontextu bránění vyhýbání se daňovým povinnostem považovat za relevantní zejména doporučení obsažená ve dvou akčních bodech iniciativy BEPS.

Prvním z těchto bodů je akční bod 6, který se zabýval zabraňováním poskytování smluvních výhod za nevhodných či nepatřičných okolností. V závěrečné zprávě k tomuto bodu jsou poměrně podrobně rozebrány jak specifické způsoby nežádoucích mezinárodních daňových optimalizací, tak zároveň diskutována pravidla, kterými by těmto optimalizacím a souvisejícímu snížení daňových výnosů mohlo být zabráněno. Výstupem tohoto akčního bodu je tak kromě úprav komentáře k modelové smlouvě OECD zejména návrh minimálního standardu, který by měl být do daňových smluv implementován, aby bylo možné bránit jejich zneužívání a *treaty shoppingu*. Tento minimální standard spočívá ve vložení prohlášení do daňových smluv, že smluvní státy daňové smlouvy zamýšlejí vyhnout se vytváření příležitostí

pro nezdanění nebo nižší zdanění prostřednictvím daňových úniků nebo vyhýbání se daňovým povinnostem, včetně *treaty shoppingu*, a implementací jedné ze tří alternativních kombinací pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem do daňových smluv. První alternativou je implementace pravidla *principal-purpose-test* (také PPT), tj. testu jednoho z primárních účelů, v kombinaci s pravidlem *limitation-on-benefits*, tj. pravidlem omezení výhod (také LOB). Druhou alternativou je přijetí pouze samotného pravidla PPT a třetí alternativou přijetí detailní verze pravidla LOB v kombinaci s pravidlem, které umožňuje postihovat průtoková uspořádání.⁴⁶⁶

Druhým bodem iniciativy BEPS, který je relevantní pro tuto část práce, tj. podkapitulu pokrývající mezinárodní perspektivu ve smyslu daňových smluv, je bod 15. V rámci tohoto bodu byla zejména řešena problematika implementace doporučení formulovaných na základě iniciativy BEPS do daňových smluv, a to včetně minimálního standardu plynoucího z bodu 6 BEPS. Běžně by totiž bylo k implementaci těchto doporučení, zejména nových ustanovení, nezbytné renegotiovat každou daňovou smlouvu, kterých je přes tři tisíce, a podrobovat ji standardním exekutivním a legislativním procesům v příslušných smluvních státech. Tento proces by přitom byl administrativně a časově nepředstavitelně náročný, a to s ohledem na délku vyjednávání a administrativní složitost uzavírání nových smluv nebo přijímání jejich změn, množství států zapojených do iniciativy BEPS a jejich daňových smluv. Z těchto důvodů byla v rámci bodu 15 navržena Mnohostranná úmluva o implementaci opatření k boji proti snižování daňového základu a přesouvání zisků ve vztahu k daňovým smlouvám, která proces změn daňových smluv podstatně zjednodušuje. Se zřetelem k tomu, že MLI je otevřenou mezinárodní úmluvou, smluvní státy si mohou vybrat, které daňové smlouvy MLI podřídí a které články MLI budou implementovat, jde oproti bilaterálnímu vyjednávání o podstatně efektivnější nástroj. V případě, že mezi dvěma smluvními státy MLI dojde na základě uložených písemností ke shodě jak jejich vzájemnou daňovou smlouvu

⁴⁶⁶ OECD. *Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances: Action 6 - 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015. str. 9 an.

modifikovat, dojde k této změně na základě MLI, a to bez nutnosti zdlouhavých bilaterálních jednání.⁴⁶⁷

Pro účely této práce je stěžejní, že Česká republika se stala signatářem MLI již v roce 2017, na podzim 2019 byl parlamentem udělen souhlas s ratifikací, příslušné ratifikační dokumenty byly uloženy u OECD v květnu 2020, s tím že MLI byla vyhlášena ve sbírce sdělením č. 32/2020 Sb. m. s. a stala se tak účinnou v září 2020. V kontextu pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem je zajímavé, že Česká republika neuplatnila výhrady toliko k čl. 6, 7 a 16 MLI. Zatímco čl. 16, který se zabývá procedurou pro řešení sporů, není pro účely této práce příliš relevantní, čl. 6 upravující preambuli a čl. 7 implementující minimální standard pravidel proti zneužívání smluv relevantní jsou.⁴⁶⁸ V tomto ohledu je podstatné, že Česká republika se rozhodla implementovat pomocí MLI do svých daňových smluv pouze pravidlo PPT a nikoli LOB. Pro účely této práce bude zvolený přístup a jeho alternativy níže vyhodnocen, a to jak z pohledu jeho účinnosti, tak jejich souladu se základními zásadami, zároveň i z perspektivy předcházejícího českého přístupu k vyhýbání se daňovým povinnostem v kontextu daňových smluv.

3.2.1 Změny v názvu a preambuli daňových smluv a jejich potenciál

S ohledem na to, že smyslem a účelem daňových smluv bylo původně bránit dvojímu zdanění, součástí práce na bodu 6 iniciativy byla také formulace návrhu jasného vyjádření, že daňové smlouvy by naopak neměly sloužit ke dvojímu nezdanění. Z tohoto důvodu se součástí minimálního standardu stala také úprava preambule, která je obsažena v čl. 6 MLI a která nově staví na jisto, že daňovou smlouvou nemají být vytvářeny příležitosti ke sníženému zdanění nebo nezdanění pomocí daňových úniků nebo vyhýbání se daňové povinnosti, a to včetně *treaty shoppingu*. Závěrečná zpráva k bodu 6 přímo uvádí, že úprava preambule

⁴⁶⁷ OECD. *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 - 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015.

⁴⁶⁸ V této souvislosti je vhodné doplnit, že MLI obsahuje také řadu dílčích méně významných pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem (např. ve vztahu k dividendám, převodům nemovitostních společností, práva danit své vlastní rezidenty nebo stálých provozoven), které ale nejsou součástí minimálního standardu a Česká republika se rozhodla je do svých smluv nezahrnout. Z těchto důvodů nebude těmto pravidlům dále věnována pozornost.

bude relevantní pro výklad daňových smluv ve smyslu Vídeňské úmluvy o smluvním právu, resp. jejího čl. 31 odst. 2, s tím, že preambule tvoří součást celkových souvislostí dané mezinárodní smlouvy.⁴⁶⁹

V tomto smyslu lze sice souhlasit, že prostřednictvím kontextu a úpravou deklarovaného smyslu a účelu daňové smlouvy v preambuli je sice možné ovlivnit teleologický a systematický výklad ustanovení dané smlouvy, je nicméně sporné, zda lze tímto způsobem u mezinárodních smluv překročit hranice dané gramatickým výkladem, na kterém je čl. 31 odst. 1 Vídeňské úmluvy především založen. Lze tedy argumentovat, že pokud takový nový smysl a účel nebude materializován v konkrétních smluvních ustanoveních proti vyhýbání se daňovým povinnostem, bude relativně problematické odmítnout (byť možná nelegitimní) výhody dané jednoznačným zněním hmotněprávních ustanovení daňové smlouvy.⁴⁷⁰ V zásadě tak lze v tomto kontextu aplikovat stejnou argumentaci jako u interpretativního přístupu. Z tohoto důvodu nebudou daňové orgány oprávněny odmítnout daňové výhody pouze s odkazem na zákaz vyhýbání se daňovým povinnostem obsažený v preambuli. Přes omezený a pouze nepřímý význam této deklarace v preambuli lze nicméně tuto změnu vnímat jako pozitivní signál, že nelegitimním uspořádáním nebudou danou daňovou smlouvou poskytnuty výhody, a to zejména v kombinaci s dalšími pravidly proti vyhýbání se daňovým povinnostem.⁴⁷¹

V českém kontextu je relevantní, že všechny smlouvy pokryté MLI, tedy dle sdělení č. 32/2020 Sb. celkem 52 smluv, byly předmětem doplnění preambule ve smyslu minimálního standardu. Prozatím Česká republika ale MLI nepodřídila některé smlouvy, které minimální standard nesplňují a druhý smluvní stát je již MLI podřídil.⁴⁷² Důvodem pro prvotní nezahrnutí těchto smluv z české strany je zřejmě časový nesoulad mezi indikacemi, zda má

⁴⁶⁹ OECD. *Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances: Action 6 - 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015. str. 91 an.

⁴⁷⁰ DE BROE, L. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax*. 2015, č. 2. s. 125.

⁴⁷¹ LANG, M. et al. *Tax Treaty Entitlement*. Amsterdam: IBFD, 2019. kap. 1.

⁴⁷² Mezi tyto patří Albánie, Bahrajn, Barbados, Bosna a Hercegovina, Estonsko, Indonésie, Jordánsko, Kazachstán, Malajsie, Maroko, Severní Makedonie, Panama, Saudská Arábie, Tunisko, Ukrajina, Spojené Arabské Emiráty a Vietnam. K tomu viz OECD. *Prevention of Tax Treaty Abuse – Fourth Peer Review Report on Treaty Shopping: Inclusive Framework on BEPS: Action 6*. Paris: OECD Publishing, 2022. kap. Czech Republic.

i druhá smluvní strana zájem smlouvu modifikovat a ukládáním ratifikačních instrumentů. Z této perspektivy by tak Česká republika měla nyní tyto smlouvy přejednat nebo podřídit MLI za účelem zajištění minimálního standardu, a to nikoli proto, že by úprava preambule sama o sobě k prevenci nelegitimních uspořádání postačovala, ale z důvodu právní jistoty a nastavení jednotného standardu ne/akceptovatelného jednání.

3.2.2 Odmítnutí implementace *Limitation-On-Benefits* a jeho důvody

Součástí již diskutovaného minimálního standardu plynoucího z bodu 6 iniciativy BEPS je kromě úpravy preambule také implementace pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem. Jak již bylo uvedeno výše, závěrečná zpráva k bodu 6 v tomto smyslu předpokládá naplnění tohoto standardu buď i. implementací samotného PPT pravidla, ii. PPT pravidla doplněného o zjednodušené LOB pravidlo, nebo iii. detailního LOB pravidla doplněného o opatření proti průtokovým uspořádáním. MLI nicméně evidentně obsahuje jiný přístup, když v čl. 7 evidentně preferuje naplnění minimálního standardu prostřednictvím pravidla PPT (možnosti i.), které sice může být doplněno zjednodušeným LOB pravidlem (možnost ii.), ale naplnění minimálního standardu prostřednictvím detailního LOB pravidla (možnost iii.) formulovaná v závěrečné zprávě k bodu 6 může být naplněna pouze na základě bilaterálního přejednání daných daňových smluv, MLI totiž tuto alternativu neobsahuje.

Zjednodušené LOB pravidlo obsažené v čl. 7 odst. 8 až 14 MLI v zásadě omezuje poskytnutí výhod ze smlouvy (s několika výjimkami) na základě kombinace objektivních a subjektivních testů. Obecně jsou tak výhody přiznány jen kvalifikovaným osobám nebo osobám, které naplní některou z výjimek. Pro účely této práce je zásadní aspoň zjednodušeně popsat mechanismus fungování LOB pravidla, které není s výjimkou několika málo daňových smluv⁴⁷³ českému daňovému právu vlastní.

Ve smyslu LOB ustanovení se mezi kvalifikované osoby zařadí rezidenti smluvního státu příslušné daňové smlouvy, kteří jsou fyzickými osobami, státem nebo jeho složkou, veřejně

⁴⁷³ Např. čl. 26 odst. 1 smlouvy s Panamou, v čl. 27 smlouvy s Barbadosem a v čl. 17 smlouvy se Spojenými státy americkými.

obchodovanou entitou, diplomaticky odsouhlasenou neziskovou organizací, subjektem důchodového pojištění nebo subjektem investujícím jeho prostředky, nebo osobou splňující test vlastnictví (tzv. *ownership test*), tj. která alespoň polovinu dní dvanáctiměsíčního období vlastní přímo nebo nepřímo z min. 50 % jinak kvalifikované osoby.

Kromě kvalifikovaných osob jsou k výhodám dle tohoto ustanovení oprávněny bez dalšího subjekty naplňující jednu ze tří výjimek. První výjimka se vztahuje na subjekt, který ve svém státě rezidence aktivně vykonává činnosti (tzv. *active business test*), a příjem ze státu zdroje z této činnosti vyplývá nebo je k ní vedlejší. Aktivně vykonávaná činnost přitom nezahrnuje podstatné činnosti holdingu, skupinového dozoru nebo správy, skupinového financování a investování (s výjimkou některých finančních institucí). Podstatnost činností přitom má být posuzována na základě všech okolností a skutečností. Druhá výjimka se vztahuje na situace, kdy daný subjekt vlastní aspoň polovinu dní dvanáctiměsíčního období přímo nebo nepřímo z min. 75 % osoby, které by jinak byly oprávněny k min. stejné výhodě. Třetí a poslední výjimka se vztahuje na situace, kdy stát zdroje může po konzultaci se státem rezidence k žádosti subjektu výhodu poskytnout s přihlédnutím k účelu a cíli smlouvy, pokud ovšem subjekt prokáže že jeho existence ani činnost nemá za jeden z hlavních cílů získávání výhod.

Již na základě výše uvedených kritérií je zřejmé, že zjednodušené LOB pravidlo obsažené v MLI má hned několik slabin. Zejména zařazení veřejně obchodovaných společností mezi kvalifikované osoby bez dalších podmínek se zdá být zcela nepřiměřené, zvláště v kontextu veřejně obchodovaných společností, které byly v posledních letech obviněny z nelegitimních daňových optimalizací.⁴⁷⁴ Současně tento přístup diskriminuje srovnatelné soukromě vlastněné společnosti, a to pouze na základě evidentně nesprávného předpokladu, že veřejně obchodované společnosti se nelegitimních optimalizací díky širším oznamovacím povinnostem nedopouštějí. Obdobně tak lze argumentovat, že *ownership test* je s ohledem na jeho parametry relativně snadné obejít pomocí daňově uznatelných plateb nebo různých tříd akcií s různými

⁴⁷⁴ Namátkou lze jmenovat Alphabet, Meta, Starbucks, Apple a další veřejně obchodované společnosti.

právy, např. na vyšší podíl na zisku, a bylo by tudíž vhodné jej doplnit právě testem založeným na zkoumání destinace peněžních toků, jako je tomu u *base erosion testu* známého z detailní verze LOB pravidla.⁴⁷⁵

Další okruh relevantních námitek směřuje k *active business testu*, který je i přes doplňující definici formulován pomocí právních pojmů, které jsou natolik neurčité a přinejmenším v našem prostředí neprojudikované, že jinak relativně jasné a technicky založené LOB pravidlo zatěžují významnou právní nejistotou. V tomto smyslu je přitom možné kritizovat také možná až příliš široké diskreční pravomoci správce daně výhody poskytnout i v případě nesplnění dalších testů.⁴⁷⁶ V obou těchto směrech je tak zjevně oslabena právní jistota daňových subjektů, které by se při aplikaci tohoto pravidla musely potýkat s nejistotou stran jeho dopadu v jejich specifických případech.

Současně v odborné literatuře bylo v zásadě relativně často namítáno, že LOB pravidla nejsou vzhledem ke své povaze kompatibilní s unijním právem. A to zejména se základními svobodami, když tato pravidla nezasahují pouze zcela umělá uspořádání,⁴⁷⁷ což byl již výše zmíněný standard přiměřenosti pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem formulovaný SDEU.⁴⁷⁸ Zároveň ale SDEU rozhodoval v kontextu LOB pravidla v zásadě pouze v případě *Class IV Act*, který se ale tímto pravidlem věcně nezabýval a rozhodnutí založil na otázce srovnatelnosti a souladu LOB pravidla se základními svobodami jako takovými tak zůstal nevyřešen.⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ Tyto argumenty vznášejí také LANG, M. et al. *Tax Treaty Entitlement*. Amsterdam: IBFD, 2019. kap. 3 a KUZNIACKI, B. The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 1. *Intertax*, 2018, č. 1. str. 68 an.

⁴⁷⁶ Např. BLUM, D., SEILER, M. op. cit., 2016. str. 270 a 348. a KUZNIACKI, B. The Limitation on Benefits Provision in BEPS Action 6/Multilateral Instrument: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2. *Intertax*, 2018, č. 2. 124 an.

⁴⁷⁷ VEGA BORREGO, F. A. *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. Zuidpooslingel: Kluwer Law International, 2017. str. 276 an.

⁴⁷⁸ ENGLISH, J. *New Challenges to and from Constitutional and Legal Pluralism*. Amsterdam: IBFD, 2016. kap. 8. a MITHE, A. Critical Analysis of the Principal Purpose Test and the Limitation on Benefits Rule: A World Divided but It Takes Two to Tango. *World Tax Journal*, 2020, č. 12. kap. 4.2.1. Contra např. SCORNOS, et al. LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS? *EC Tax Review*, 2015, č. 3. str. 141.

⁴⁷⁹ BLUM, D., SEILER, M., 2016, op. cit., str. 277.

Na druhou stranu lze dle autora argumentovat, že jednotlivé testy obsažené v LOB pravidlu jsou zcela v souladu se současnými trendy v oblasti pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem, která připouštějí i postihování uspořádání s částečnou ekonomickou substancí a až nápadně se jim podobá konstrukce aktuálních pravidel proti schránkovým společnostem.

V souhrnu lze nicméně pozitivně hodnotit, že Česká republika se rozhodla LOB pravidlo prostřednictvím MLI neimplementovat do svých daňových smluv, byť primárně z důvodu technické a administrativní složitosti tohoto pravidla a skutečnosti, že brání pouze *treaty shopping* optimalizacím.⁴⁸⁰

3.2.3 *Principle-Purpose-Test* a dopady jeho implementace

S ohledem na to, že Česká republika se rozhodla neimplementovat zjednodušené LOB pravidlo, plní minimální standard MLI pouze prostřednictvím tzv. PPT pravidla. Toto pravidlo lze charakterizovat jako smluvní GAAR, které je relativně široké a obsahuje jak objektivní, tak subjektivní prvky obdobné unijnímu GAARu nebo vnitrostátní zásadě zneužití práva. Ve smyslu čl. 7 odst. 1 MLI pravidlo PPT odnímá výhodu ze smlouvy, pokud lze s ohledem na analýzu objektivních okolností rozumně usoudit, že zisk výhody byl jedním z hlavních cílů opatření nebo transakce, a není prokázáno, že poskytnutí této výhody by bylo v souladu s účelem a cílem ustanovení smlouvy. Obdobně jako u LOB i v souvislosti s PPT je v čl. 7 odst. 4 MLI obsaženo ustanovení umožňující správci daně po konzultaci na základě žádosti daňového subjektu výhodu přesto poskytnout, pokud by výhoda byla poskytnuta bez zneužívajícího uspořádání.

S ohledem na ustanovení MLI je také zřejmé, že PPT přímo nahradí, resp. učiní do budoucna zbytná, dosavadní smluvní obecná pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem, a to jak přímo GAARs, tak zřejmě také pravidla proti *treaty shoppingu*. Na druhou stranu vztah PPT k ostatním nástrojům proti vyhýbání se daňovým povinnostem MLI výslovně neřeší,

⁴⁸⁰ ZÍKA, Václav. Stav mezinárodních smluv o zamezení dvojímu zdanění v České republice. *Finanční, účetní a daňový bulletin*. 2016, č. 1.

nicméně na základě mezinárodní zásady *lex specialis* je evidentní, že PPT bude využíváno namísto nepsaných pravidel proti zneužití, na druhou stranu speciální (smluvní) pravidla jako je pravidlo skutečného vlastnictví budou aplikována přednostně před PPT.⁴⁸¹ Lze tedy mít za to, že po implementaci PPT bude odstraněna právní nejistota spojená s tím, nakolik je možné bránit vyhýbání se daňovým povinnostem prostřednictvím inherentního pravidla proti zneužití, obecné zásady zneužití nebo interpretativního přístupu, pokud by bylo možné dovodit jejich existenci a efektivitu.

Implementace PPT do českých daňových smluv a její mezery

Česká republika podřídila režimu MLI celkem svých 52 daňových smluv, přičemž u 12 z těchto smluv mělo Ministerstvo financí za to, že GAAR ekvivalentní PPT již obsahují.⁴⁸² Autor v této souvislosti již dříve poukázal na to, že z těchto smluv přinejmenším pravidla ve smlouvách s Kuvajtem a Chile ekvivalentní nejsou, když v prvním případě jde o spíše *treaty shoppingové* pravidlo a v druhém případě je rozsah GAARu omezen pouze na pasivní příjmy. Současně byla mezi nezahrnutými smlouvami autorem identifikována pravidla, která by zřejmě mohla být považována za GAARs ekvivalentní PPT.⁴⁸³ V důsledku toho tak účinností MLI k celkem 18 smlouvám obsahujícím relativně široké GAAR přibylo dalších 40 smluv,⁴⁸⁴ do kterých bylo takové pravidlo vloženo nově ve formě PPT. Současně bylo obdobné pravidlo vloženo i do 5 aktuálně uzavřených smluv.⁴⁸⁵ V současnosti tak lze mít za to, že více než dvě třetiny, tj. 63 z celkem 93, českých daňových smluv obsahují ekvivalentní GAAR, který by měl naplňovat minimální standard MLI.

⁴⁸¹ CHAND, V. The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules. *Intertax*, 2018, č. 2. str. 115 an.

⁴⁸² Daňové smlouvy nebo protokoly s Arménií, Chile, Čínou, Kolumbií, Kyprem, Izraelem, Kuvajtem, Lichtenštejnskem, Lucemburskem, Pákistánem, Singapurem a Švýcarskem.

⁴⁸³ Daňové smlouvy s Bahrajnem, Barbadosem, Etiopií, Panamou, Turkmenistánem, Ukrajinou a Uzbekistánem. K tomu viz KAPPEL, 2019, op. cit.

⁴⁸⁴ V zásadě lze tyto smlouvy identifikovat jako seznam pokrytých smluv v rámci oznámení k čl. 2 MLI očištěný o oněch 12 smlouvách obsahujících ekvivalentní pravidla.

⁴⁸⁵ Čl. 26 odst. 1 smlouvy s Koreou, čl. 26 odst. 1 smlouvy s Botswanou (byť zde ustanovení používá odlišnou formulaci, kvůli které bude smlouva zřejmě přejednána), čl. 26 s Kyrgyzstánem, čl. 27 odst. 1 smlouvy s Bangladéšem nebo čl. 26 odst. 2 smlouvy s Ghanou.

V aktuální revizi implementace BEPS opatření v rámci MLI⁴⁸⁶ přitom Česká republika uvedla, že ve vztahu ke třem dalším smlouvám již podniká bilaterální kroky k implementaci PPT. Současně dalších 22 smluv s jurisdikcemi, které mají za to, že příslušné smlouvy minimální standard nenaplnují, bude zřejmě do dvou let pokryto MLI, přičemž 5 z těchto smluv je zmíněno výše a bude přejednáno zřejmě z důvodu právní jistoty.⁴⁸⁷ V důsledku čehož tak v horizontu asi dvou let zůstane zřejmě jen 11 daňových smluv, které nebudou formálně naplňovat minimální standard, což ale neznamená, že neobsahují žádná smluvní pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem.⁴⁸⁸ S ohledem na vhodnost nastavení jednotného minimálního standardu ochrany a právní jistoty daňových subjektů stran jeho interpretace je nicméně žádoucí tyto smlouvy upravit na bilaterální bázi.

V návaznosti na to, že Česká republika k naplnění minimálního standardu implementuje PPT pravidlo téměř do všech svých daňových smluv, bude mít jeho účinnost a soulad se základními zásadami zcela zásadní dopad na české daňové prostředí a jeho subjekty. Z důvodu jeho relevance a kvalitativního posunu oproti dosavadním smluvním pravidlům je tak nezbytné PPT pravidlo a jeho dílčí prvky podrobit detailní analýze, na základě které bude možné posoudit jeho účinnost, soulad se základními zásadami a predikovat jeho případné dopady do české daňové praxe.

Kritická analýza aspektů PPT pravidla

⁴⁸⁶ OECD. *Prevention of Tax Treaty Abuse – Fourth Peer Review Report on Treaty Shopping: Inclusive Framework on BEPS: Action 6, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, 2022. kap. Czech Republic.

⁴⁸⁷ Smlouvy s Bahrajnem, Barbadosem, Botswanou, Panamou a Ukrajinou.

⁴⁸⁸ Kromě zmíněných problematických smluv s Chile a Kuvajtem jde o smlouvy s Ázerbájdžánem, Etiopií, Filipínami, Íránem, KLDŘ, Libanem, Moldávií, Sýrií, Tádžikistánem, Turkmenistánem, Uzbekistánem a Venezuelou. Zvláštním případem je smlouva se San Marinem, která je platná od července 2022, ale dosud nebyla zveřejněna ve Sbírce m. s., ale na základě popsaných trendů lze předpokládat, že ekvivalentní pravidlo obsahuje. Na základě předchozí analýzy autora, smlouvy s Etiopií, Turkmenistánem a Uzbekistánem již obecné pravidlo zřejmě obsahují a smlouvy s Chile, Kuvajtem, Ázerbájdžánem, Sýrií, Filipínami a Íránem obsahují smluvní pravidla s menším rozsahem. V důsledku tak zbývá asi pět daňových smluv, které nejsou chráněny obecným smluvním pravidlem, tj. smlouvy s KLDŘ, Libanem, Moldávií, Tádžikistánem a Venezuelou. Pokud by tyto státy v budoucnu nebyly schopny nebo ochotny smlouvy přejednat, Česká republika je má samozřejmě možnost vypovědět. S ohledem na relativně zanedbatelný mezinárodní obchod s těmito státy tato skutečnost ale nepředstavuje v současnosti zásadní problém.

Vzhledem k tomu, že PPT pravidlo obsahuje v rámci své hypotézy dvě kumulativní podmínky, resp. testy, bude pozornost zaměřena nejdříve na tu, která je v pravidlu uvedena jako první, tj. na subjektivní test. Subjektivní test je v anglickém jazyce formulován takto „...*if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit...*“⁴⁸⁹ Na základě výše uvedeného znění lze subjektivní test rozložit na dvě části.

V první části je obsažena formulace, která v zásadě vymezuje důkazní standard subjektivního testu, tj. na základě všech relevantních skutečností a okolností lze rozumně usuzovat. Přestože je tento důkazní standard založen na analýze objektivních faktů, správce daně musí na jejím základě učinit toliko rozumný závěr o naplnění subjektivního testu. Právě rozumnost závěru o daňovém motivu byla kritizována jako relativně nízký důkazní standard, a to ve srovnání s unijními nebo vnitrostátními pravidly, která obvykle vyžadují, aby závěr o daňové motivaci byl přesvědčivý, nikoli pouze racionálně představitelný.⁴⁹⁰ Lze mít také za to, že tento aspekt PPT byl od počátku navržen tak, aby změnil rozložení důkazního břemene mezi daňovým subjektem a správcem daně, zejména ve srovnání s prokazováním objektivní části testu.⁴⁹¹ Současně je nezbytné upozornit, že přeshraniční transakce jsou zpravidla relativně komplexní a jejich jinak legitimní aspekty mohou být (nesprávně) používány správcem daně k učinění závěru o pravděpodobném zneužití.⁴⁹² Z této perspektivy je zřejmé, že byla spíše upřednostněna efektivita pravidla. Je tak otázkou, nakolik je tento důkazní standard a obtížná předvídatelnost jeho důsledků v souladu se zásadami zákonnosti a právní jistoty, a to nejen na mezinárodní, ale také unijní a vnitrostátní úrovni. Ve vztahu k unijní zásadě právní jistoty totiž lze totiž argumentovat, že standard rozumnosti může být v rozporu s judikaturními závěry obsaženými v rozhodnutí SDEU ve věci *Itelcar*, tj. že pravidla musí být jasná, přesná a

⁴⁸⁹ Vzhledem k tomu, že český překlad není zcela přesný a anglický jazyk lze v oblasti mezinárodního daňového práva považovat za *lingua franca*, bude analýza vycházet z anglického znění, a to i proto že z této verze vycházejí i relevantní odborné zdroje.

⁴⁹⁰ CHAND, 2018, op. cit., str. 41.

⁴⁹¹ DOURADO, A. et al. *International and EU Tax Multilateralism: Challenges Raised by the MLJ*. Amsterdam: IBFD, 2020). kap. 9.

⁴⁹² KOFLER, G. et al. *Tax treaties and procedural law*. Amsterdam: IBDF, 2020. kap. 11.6.

předvídatelná co do jejich důsledků. V opačném případě je totiž nelze považovat za přiměřená.⁴⁹³ V případě konfliktu s unijní zásadou právní jistoty by navíc eventuální rozhodnutí SDEU mohlo motivovat také soudy členských států k rušení této části pravidla na základě vnitrostátních zásad zákonnosti a právní jistoty.⁴⁹⁴ Obdobné důsledky by přitom mohlo mít i rozhodnutí ESLP, v jehož ustálené judikatuře je právní jistota a požadavek na přesnost a předvídatelnost právních norem co do jejich důsledků také formulována. V případě tohoto důkazního standardu by přitom mohlo být argumentováno, že jeho více možných výkladů a potenciál k arbitrární aplikaci finanční správou může založit strukturální nejednoznačnost v rozporu s touto zásadou.⁴⁹⁵

V souvislosti s druhou částí subjektivní části testu jsou kritizovány zejména dva aspekty. Prvním z nich je absence výjimky, že test nebude naplněn, pokud zdrojové jednání odráží skutečnou ekonomickou aktivitu. S ohledem na to, že zahrnutí této výjimky explicitně doporučila členským státům Evropská komise, aby bylo pravidlo PPT v souladu s judikaturou SDEU,⁴⁹⁶ lze považovat za nešťastné, že MLI byla nakonec přijata s PPT pravidlem v původním znění. Současně standard, že získání daňové výhody bylo jedním z hlavních účelů uspořádání nebo transakce, lze z perspektivy gramatického výkladu považovat za (pro daňové subjekty) přísnější než standard převažujícího účelu, který byl obsažen v pravidlech (např. v české transpozici ATAD GAARu nebo v *guiding principle*) a v judikatuře v pre-BEPS éře (českých soudů i SDEU). V důsledku kombinace těchto dvou aspektů lze mít za oprávněné obavy převážné části odborné veřejnosti, že subjektivní část PPT testu může zasáhnout

⁴⁹³ LANG, M. et al. *Base erosion and profit shifting (BEPS)*. 1. vydání. Vienna: Linde Verlag, 2016. str. 292 an. PALMITESSA, E. A. Interplay Between the Principal Purpose Test in the Multilateral BEPS Convention and the Beneficial Ownership Clause as Treaty Anti-Avoidance Tool Targeting Holding Structures. *Intertax*, 2018, č. 1. str. 59 an. Contra např. WEBER, D. The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law. *Erasmus Law Review*, 2017, č. 1. str. 59, který argumentuje že důkazní standardy PPT a unijní zásady se neodlišují natolik, aby SDEU rozhodl o rozporu tohoto standardu s některou z unijních zásad.

⁴⁹⁴ K tomu viz např. PINETZ, E. Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse. *Bulletin for International Taxation*, 2016, č. 1-2. kap. 2.2.5.

⁴⁹⁵ TARAMOUNTAS, K. The PPT: The Introduction of a Uniform Standard with an Uncertain Application. *Intertax*, 2019, č. 11. str. 5 an.

⁴⁹⁶ Viz bod 7 preambule a čl. 2 Doporučení Komise (EU) 2016/136 ze dne 28. ledna 2016 k implementaci opatření proti zneužívání daňových smluv, které znění PPT ustanovení posouvá směrem k jeho chápání SDEU, v tomto smyslu také PISTONE, P., WEBER, D. *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*. Amsterdam: IBFD, 2018. kap. 1.

i v ekonomické realitě existující uspořádání nebo transakce, které byly sice částečně daňově motivované, ale lze u nich identifikovat i jiné (hlavní) racionální účely. V důsledku může být subjektivní část testu PPT inkompatibilní s unijním právem, resp. jeho základními zásadami, ve smyslu judikatury SDEU ke zneužití práva⁴⁹⁷ a požadavku, aby pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem nešla dále, než je nezbytné a nezasahovala legitimní transakce.

S ohledem na výše uvedené má tak autor za to, že k interpretaci subjektivní části testu by mělo být přistoupeno nejen na základě gramatického výkladu, ale zejména s ohledem na jeho účel a kontext. Pokud má totiž PPT pravidlo sloužit k zabránění zneužívání daňových smluv, resp. jejich dílčích ustanovení, tak by *a contrario* nemělo postihovat uspořádání nebo transakce, které mají i relevantní nedaňové účely. V tomto smyslu proto lze argumentovat, že výjimka skutečné ekonomické aktivity je v tomto ustanovení obsažena implicitně.⁴⁹⁸ V obdobném smyslu je subjektivní test vykládán i v komentáři k modelové smlouvě z roku 2017 a v praxi by tak aplikace PPT pravidla neměla vést k zásadně odlišným výsledkům od kritéria skutečné ekonomické aktivity.⁴⁹⁹ Nad rámec výkladu v komentáři je nezbytné subjektivní test přitom vnímat také v kontextu reformy pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem, kterou iniciativa BEPS přináší, a která souběžně probíhá i v rámci unijního práva. V tomto smyslu lze argumentovat rovněž tím, že unijní standard zneužití se v judikatuře SDEU postupně vyvíjel od jediného cíle, přes převažující cíl až po jeden z hlavních cílů. Z aktuální unijní judikatury, zejména z již rozebraných dánských rozhodnutí, současně vyplývá, že eko-

⁴⁹⁷ V tomto smyslu např. MORENO, A. B. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, 2017, č. 6. str. 435; PINETZ, E., op. cit., 2016, kap. 2.2.5; MAISTO, G. et al. *Current tax treaty issues*. Amsterdam: IBFD, 2020. kap. 8.6.; LANG, M. et al. *Base erosion and profit shifting (BEPS)*. Vienna: Linde Verlag, 2016. str. 292 an.; KORIAK, O. The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law? *European Taxation*, 2016, č. 12. str. 36. nebo CHAND, V., op. cit., 2018, str. 21 an.

⁴⁹⁸ V tomto smyslu např. BLUM, D., SEILER, M. op. cit., 2016. str. 310 an.

⁴⁹⁹ Na tuto skutečnost na základě zkoumání příkladů v komentáři poukazuje DANON, R. J. Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups. *Bulletin for International Taxation*, 2018, č. 1. kap. 4.

nomickou skutečnou aktivitu je nezbytné posuzovat nejen ve vztahu k participujícím subjektům,⁵⁰⁰ ale také ve vztahu ke konkrétní posuzované transakci a jejímu kontextu.⁵⁰¹ I když se tedy může z čistě gramatické perspektivy zdát, že subjektivní stránka PPT pravidla jde nad rámec unijního konceptu zneužití práva, lze na základě komplexního výkladu uzavřít, že diskutovaný standard je v zásadě obdobný.

Současně i v souvislosti s objektivní částí PPT pravidla, v anglickém jazyce formulovaného jako „...*unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions...*“; vznikají dva aplikační problémy, a to stran důkazního břemene a samotného hledání účelu a smyslu smluvních ustanovení.

Zejména objektivní část je formulována jako výjimka, a proto to bude v praxi zpravidla daňový subjekt, který se bude domáhat její aplikace a prokazovat, že jeho uspořádání je v souladu se smyslem a účelem daných ustanovení daňové smlouvy. Byť tedy formálně v našem prostředí spočívá důkazní břemeno u všech částí testu zneužití práva na správci daně, u objektivní části PPT se důkazní břemeno může efektivně obracet. V návaznosti na to vzniká otázka samotného důkazního standardu. Zatímco subjektivní část pracuje s *reasonability* standardem, tj. něco je rozumně, resp. pravděpodobně prokázáno, objektivní část používá pojmy „*it is established*“, tedy je postaveno na jisto, resp. prokázáno s jistotou. Lze tedy argumentovat, že tento důkazní standard, který navíc v praxi bude prokazovat zejména daňový subjekt, je navíc přísnější a v důsledku toho je rozložení důkazního břemene nepřiměřeně vychýleno na stranu daňového subjektu.⁵⁰²

Zároveň může aplikační problém způsobit samotné hledání smyslu a účelu. V tomto ohledu je zřejmé, že správce daně se nebude moci bez dalšího spolehnout na účel smlouvy spočívající

⁵⁰⁰ Přítomnost významných funkcí a substance této entity sice bude jedním ze zásadních důkazů o hlavním účelu transakce, ale jejich absence by neměla vést automaticky k odmítnutí výhod, k tomu viz DANON, R. The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It Is a GAAR but Just a GAAR! *Bulletin for International Taxation*, 2020, č. 4-5. str. 257.

⁵⁰¹ CUOCO, A. The Principal Purpose Test as Introduced by the OECD MLI: Is It Time for a Compromise with EU Tax Law? *Intertax*, 2019, č. 10. str. 880 an.

⁵⁰² K tomu např. viz KOFLER, G. et al., op. cit., 2018, kap. 11.6.; LANG, M. et al., op. cit., 2019, kap. 2 nebo BLUM, D., SEILER, M., op. cit., 2016, str. 325 an.

v zákazu jejího zneužití, který je i v návaznosti na BEPS často deklarován v jejím titulu a preambuli.⁵⁰³ Právě naopak, formulace objektivní části ustanovení přímo odkazuje ke zkoumání smyslu a účelu specifických ustanovení smlouvy, pokud je mají.⁵⁰⁴ Při aplikaci objektivní části testu tak bude třeba nejdříve vyložit smysl a účel konkrétních ne/zneužívaných ustanovení, byť i systematicky v souvislostech daňové smlouvy jako celku,⁵⁰⁵ a následně zkoumat, do jaké míry jsou uspořádání nebo transakce daňového subjektu v souladu se smyslem a účelem příslušných ustanovení.⁵⁰⁶ V této souvislosti bude zajímavé, nakolik se při aplikační praxi projeví výklad pomocí komentáře OECD nebo argumenty formální logiky. V tomto ohledu lze například argumentovat, že smluvní státy nezahrnutím standardních SAARs (jako je minimální doba držby podílů, omezení úrokových nákladů nebo pravidla k nemovitostním společnostem) do svých smluv implicitně akceptují, že daňové subjekty budou související výhody čerpat a neměli by je jako zneužívající napadat, pokud nejsou zcela umělé. V tomto smyslu lze očekávat, že i v našem prostředí budou vznikat spory stran preference úvěrového financování a daňového štítu nebo nezdanění převodu obchodních podílů, s tím že náhled na tyto fenomény je primárně otázkou daňové politiky, nikoli smyslu a účelu distributivních pravidel daňových smluv.⁵⁰⁷

V případě, že je naplněna jak subjektivní, tak i (negativní) objektivní podmínka, nebude dle znění PPT ustanovení výhoda dle smlouvy ve vztahu ke konkrétnímu příjmu nebo majetku poskytnuta. Z této perspektivy je tak možné PPT považovat za pravidlo s omezenými důsledky, které zřejmě neumožňuje uspořádání nebo transakci očistit o zneužívající aspekty, recharakterizovat je do jejich původní podoby a aplikovat režim dle smlouvy. V tomto ohledu lze nicméně argumentovat, že zmíněný přístup recharakterizace vyplývající z judikatury

⁵⁰³ Naopak, primárním účelem smlouvy je usnadnit mezinárodní obchod a investice, což může sloužit jako *prima facie* ospravedlnění uspořádání nebo transakce, jak argumentuje MAISTO, G. et al., op. cit., 2020, kap. 8.7.

⁵⁰⁴ DANON, R. op. cit., 2020, str. 257.

⁵⁰⁵ ZAHRA, I. The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of Its Substantive and Procedural Aspects – Part 1. *Bulletin for International Taxation*, 2019, č. 11. str. 614.

⁵⁰⁶ CHAND, V., op. cit., 2018, str. 41.

⁵⁰⁷ KOK, R. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax*, 2016, č. 5. str. 408 an.

SDEU je vhodnější.⁵⁰⁸ Z této perspektivy je přitom možné pochybovat, nakolik je PPT pravidlo v souladu se zásadou přiměřenosti, která se v recharakterizaci projevuje.⁵⁰⁹

Shrnutí k účinnosti PPT pravidla a jeho souladu se základními zásadami

V návaznosti na výše uvedené je zřejmé, že ve srovnání s jinými obecnými koncepty proti vyhýbání se daňovým povinnostem byla u PPT pravidla upřednostněna účinnost a flexibilita před některými základními zásadami.

Příliš extenzivní aplikace PPT pravidla totiž může být v rozporu nejen se zásadou právní jistoty ve smyslu nepředvídatelnosti jeho důsledků v konkrétních případech, ale také se zásadou přiměřenosti v souvislosti s rozložením důkazního břemene, standardu subjektivního testu nebo automatickým *en bloc* odmítnutím výhod plynoucích i z legitimních částí transakcí nebo uspořádání, tedy bez recharakterizace.⁵¹⁰ Ve vztahu k absenci recharakterizace lze navíc argumentovat, že zneužívající daňové subjekty budou zpravidla ve shodné, ne-li horší platební pozici než srovnatelné daňové subjekty, které realizují obdobné transakce. Tento argument je ale založen na předpokladu, že obecné koncepty proti vyhýbání se daňovým povinnostem samy o sobě nejsou sankcí, ale restitucí legitimního stavu. Z tohoto důvodu lze mít také za to, že kromě nepřiměřenosti může být tato část pravidla také v rozporu s již zmiňovaným principem platební schopnosti, resp. zásadou rovnosti.⁵¹¹

Vzhledem k tomu, že PPT pravidlo je moderním post-BEPS GAARem založeným na širokém rozsahu, neurčitých právních pojmech a přenosu pravomocí na finanční správu, není

⁵⁰⁸ DOURADO, A. et al. *International and EU Tax Multilateralism: Challenges Raised by the MLI*. Amsterdam: IBFD, 2020. kap. 9.

⁵⁰⁹ Tento závěr přitom dle autora nelze zcela vyvrátit ani diskreční pravomocí příslušného orgánu po konzultaci s druhou stranou přesto poskytnout výhody, které by bez přítomnosti zneužití měly být poskytnuty dle čl. 7 odst. 4 MLI. Autor má zejména za to, že tento postup by měl být prováděn z moci úřední, nikoli na žádost a neměl by být formulován jako možnost, ale povinnost finanční správy. Lze totiž pochybovat, nakolik důsledně bude přiměřenost PPT pravidla zachována, když recharakterizaci dosud zcela neadoptoval ani NSS např. u korunových dluhopisů založených na refinancování.

⁵¹⁰ Obdobně viz DE PIETRO, C. Tax Abuse and Legal Pluralism: Towards Concrete Solutions Leading to Coordination Between International Tax Treaty Law and EU Tax Law. *EC Tax Review*, 2020, č. 2. str. 90 an.

⁵¹¹ V tomto smyslu např. MORENO, A. B. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, 2017, č. 6. str. 444.

výše uvedená argumentace překvapivá.⁵¹² Současně ale také tyto vlastnosti PPT zakládají výkladové problémy, které by bylo vhodné v našem prostředí aspoň částečně zmírnit prostřednictvím pokynů, metodických informací nebo komentářů finanční správy v rámci koordinačních výborů.⁵¹³ V důsledku to ale budou zejména správní soudy, které budou za několik let interpretaci tohoto pravidla sjednocovat a současně jej zřejmě sblížovat s vnitrostátním a unijním pojetí zneužití práva a dalšími pravidly proti vyhýbání se daňovým povinností.⁵¹⁴

3.3 Shrnutí k mezinárodním pravidlům, jejich účinnosti a vztahu k základním zásadám

V návaznosti na analýzu českých daňových smluv a pravidel v nich obsažených je zřejmé, že v souvislosti s iniciativou BEPS a zejména implementací minimálního standardu MLI došlo ke skutečně zásadní změně.

V pre-BEPS éře existovaly vcelku (akademicky) racionální pochybnosti o tom, nakolik lze bránit vyhýbání se daňovým povinností pomocí smluv o zamezení dvojího zdanění, které neobsahovaly explicitní GAARs nebo SAARs. Dle autora je zejména nepřipustná aplikace vnitrostátních pravidel k odepření výhod poskytovaných daňovými smlouvami bez explicitního smluvního zmocnění, jak ostatně opakovaně ukázal NSS ve výše rozebrané judikatuře k nízké kapitalizaci.

Samotná pre-BEPS smluvní pravidla proti vyhýbání se daňovým povinností lze přitom kritizovat podobně jako odpovídající unijní nebo vnitrostátní pravidla, a to zejména pro jejich zásah do právní jistoty, předvídatelnosti, přiměřenosti nebo dopadů na platební schopnost.

⁵¹² GOMES, M. L. The DNA of the Principal Purpose Test in the Multilateral Instrument. *Intertax*, 2019, č. 1. str. 89.

⁵¹³ V této souvislosti bude například vhodné vyjasnit, jak se česká finanční správa bude stavět k aplikaci PPT pravidla ve státě zdroje a případnému dvojímu zdanění příjmů, které bez úpravy na české straně může nastat. Tuto situaci lze připodobnit k nezbytnosti úprav na základě jednostranné úpravy zisků spřízněných společností, které bývají řešeny prostřednictvím mechanismu řešení sporů dohodou, jak uvádí PALAO TABOADA, C. OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule. *Bulletin for International Taxation*, 2015, č. 10. str. 31 an. V této souvislosti je ale nutné doplnit, že aplikace PPT není podmíněna dohodou s druhým členským státem a standardní mechanismus řešení sporů dohodou může být relativně dlouhý a neefektivní.

⁵¹⁴ GOMES, M. L. Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention. *Intertax*, 2018, č. 1. str. 52 an.

U pravidla skutečného vlastnictví tak lze opět namítat, že není zřejmé, zda jej vykládat restriktivně z právního pohledu nebo extenzivně z ekonomického pohledu. U obecných pravidel proti zneužití lze zase argumentovat, že za určitých okolností bývají aplikovány automaticky a arbitrárně bez detailní úvahy nad smyslem a účelem příslušných ustanovení. Praktickým problémem v pre-BEPS éře byla také rozmanitost GAARs, která se pohybovala od pravidel relativně úzce zaměřených na pasivní příjmy, *treaty shopping* pravidel až po relativně standardní obecná pravidla proti zneužití. Z důvodu různého stáří daňových smluv přitom nebyla tato obecná pravidla, nebo aspoň nějaké z nich, obsažena ve všech smlouvách. Obdobný problém lze přitom pozorovat i u pravidel umožňujících aplikaci vnitrostátních GAARs a SAARs nebo jinak standardního pravidla skutečného vlastnictví, které není v nejstarších smlouvách obsaženo a NSS jej musel dovodit relativně kontroverzním výkladem.

Současně je nutné podotknout, že v pre-BEPS éře nebyla frekvence soudních sporů o vyhýbání se daňovým povinnostem při aplikaci daňových smluv, lapidárně řečeno, příliš vysoká. Identifikovány tak byly pouze jednotky mezinárodního vyhýbání se daňovým povinnostem, a v zásadě ve všech případech bylo předmětem sporu pravidlo skutečného vlastnictví. Lze polemizovat o tom, zda byla nízká frekvence způsobena nedostatečnou detekční schopností finanční správy, která se v posledních letech zvyšuje, nedostatečnou prioritizací, anebo nedostatečnými prostředky k postihování těchto jevů.

Výše uvedený stav zcela pochopitelně vedl k právní nejistotě stran důsledků aplikace českých daňových smluv. V praxi pak daňové subjekty musely svá uspořádání ve světle smluvních pravidel s ohledem na přirozenou materialitu mezinárodních transakcí relativně nákladně analyzovat, a to často bez jasného výsledku.

V současnosti je situace v návaznosti na implementaci BEPS standardu odlišná. Většina daňových smluv už obsahuje standardní obecné pravidlo proti zneužití, byť některé aspekty PPT lze oprávněně kritizovat. Současně lze mít za to, že implementace minimálního standardu MLI prostřednictvím tohoto pravidla je vhodnější, než kdyby byla využita kombinace LOB pravidla. V našem prostředí je totiž LOB pravidlo stále relativně neznámé a jeho zjednodušená verze obsažená v MLI může být považována za zcela nedostatečnou. V návaznosti na přijetí PPT pravidla a v blízké budoucnosti jeho rozšíření do téměř všech daňových smluv

je nicméně zřejmé, že aplikační problémy s nejednotnými nebo chybějícími pravidly v pre-BEPS éře budou zásadně zmírněny.

Z pohledu frekvence sporů vznikajících v budoucnu lze také předpokládat, že stávající pravidlo skutečného vlastnictví bude v budoucnu v praxi částečně nahrazeno PPT pravidlem. V tomto ohledu lze doufat, že v návaznosti na tento vývoj bude pravidlo skutečného vlastnictví dále vykládáno spíše restriktivně v právním než v širokém ekonomickém smyslu, který se naneštěstí v nedávné době manifestuje ve výše zmíněné judikatuře jak SDEU, tak českých soudů. V budoucnu bude k postihování nelegitimních mezinárodních daňových optimalizací totiž zřejmě více využíváno PPT pravidlo, protože má výrazně širší rozsah, relativně nízký důkazní standard a rozložení důkazního břemene efektivně straní finanční správě. Současně je ale třeba toto pravidlo podrobit kritickému posouzení. Zcela evidentně totiž byla při návrhu jeho znění preferována jeho účinnost oproti základním zásadám vnitrostátního, unijního i mezinárodního práva, jako je právní jistota, předvídatelnost, přiměřenost nebo rovnost. Bude tak na správních soudech, aby PPT pravidlo vykládaly ve světle těchto zásad, a v praxi je ideálně přiblížily k vnitrostátnímu a unijnímu konceptu zneužití, a to i prostřednictvím implicitního zahrnutí kritéria skutečné ekonomické aktivity.

S ohledem na právní jistotu by ale finanční správa neměla čekat na vznik sporů a vydání soudní rozhodnutí, ale prostřednictvím svých pokynů, metodických informací nebo závěrů ke koordinačním výborům praktickou aplikaci tohoto pravidla demonstrovat na standardních mezinárodních uspořádáních.

Závěr

V návaznosti na poznatky obsažené výše je zcela evidentní, že pro české daňové právo představuje implementace doporučení iniciativy BEPS naprosto zásadní reformu pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem. Z tohoto důvodu jsou výsledky tohoto výzkumu shrnuty níže ve vztahu k pre-BEPS stavu a následně po BEPS reformě. Současně ale nelze mít za to, že v kontextu boje proti vyhýbání se daňovým povinnostem BEPS představuje konec, protože v současnosti jsou na mezinárodní i unijní úrovni diskutovány další iniciativy, které jsou níže také stručně rozebrány.

Pre-BEPS pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem

V pre-BEPS éře byl v unijním i vnitrostátním právu obsažen omezený počet pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem, jejichž výklad a vzájemný vztah byl relativně ustálen na základě odborného výkladu, aplikační praxe, ale zejména judikatury unijních i vnitrostátních soudů.

Z těchto pravidel je přitom na základě analýzy judikatury, i v rámci praktických zkušeností autora zcela dominantní zásada, dnes již pravidlo, zákazu zneužití daňového práva. Tento institut a jeho interpretace se ale v posledních letech v rámci soudní i aplikační praxe dynamicky posouvá a přiklání se spíše k účinnosti tohoto pravidla, resp. zásadě spravedlnosti, na úkor zásad právní jistoty, předvídatelnosti a přiměřenosti a obecně svobody podnikání. Autor sice má za to, že tento posun je v některých rozhodnutích realizován bez ohledu na tyto zásady a potřebu je vyvažovat, ale je zřejmé, že náhled nejen odborné veřejnosti je v posledních letech také progresivnější, ve smyslu preference účinnosti pravidel. Obdobným způsobem se přitom rozšiřuje i interpretace pravidla skutečného vlastnictví nebo podmínky *subject-to-tax*, u kterých lze ale argumentovat, že v našem prostředí není jejich potenciál naplno využíván, což zvláště platí pro druhé jmenované. Současně lze argumentovat, že není naplno využíván ani potenciál specifického pravidla pro přeměny, které by přitom mohlo aspoň části optimalizací v této oblasti bránit. Za zcela ustálené lze naopak považovat pravidlo nízké kapitalizace, které sice nemá vysokou účinnost, ale je relativně snadno aplikovatelné a narušuje

v zásadě pouze princip platební schopnosti. Další obecná vnitrostátní pravidla nebo koncepty jako dissimulace, krácení daně jiným způsobem nebo obcházení zákona v současnosti v podstatě vyšla z užívání, což je sice z právně teoretického pohledu škoda, ale v praxi jsou, byť možná nesprávně, nahrazována zejména zneužitím práva. V souhrnu tak lze mít za to, že české vnitrostátní pre-BEPS právo sice nedisponovalo velkým množstvím pravidel, ale řada z nich měla přitom potenciál být ve vztahu ke svému zaměření skutečně účinná.

Výše uvedená pravidla ale současně nejsou způsobilá pokrýt všechny způsoby vyhýbání se daňovým povinnostem, a to zejména v oblasti mezinárodního zdanění. Na základě analýzy výše je totiž zřejmé, že v našich podmínkách tato pravidla zásadně nejsou dostatečná k odmítnutí výhod plynoucích z daňových smluv. V tomto smyslu je tak nezbytné dle autora disponovat také pravidly proti vyhýbání se daňovým povinnostem, která jsou obsažena v daňových smlouvách. A právě v této oblasti v období před implementací doporučení BEPS do jisté míry panoval chaos. V českých smlouvách se tak nekonzistentně vyskytovala roztržštěné GAARs a SAARs, které nejenže nepokrývaly všechny oblasti, ale nebyly obsažena ani v minimálním rozsahu ve všech smlouvách. Z tohoto důvodu nelze hodnotit instrumenty obsažené v daňových smlouvách jako dostatečně účinné k zabránění vyhýbání se daňovým povinnostem v této oblasti. Finanční správa, OECD a někdy i soudy se tomuto nedostatku pokoušely čelit různými způsoby, od problematické argumentace mezinárodní zásadou zákazu zneužití práva, aplikace vnitrostátních pravidel bez smluvního zmocnění, dotváření pravidla skutečného vlastnictví ve smlouvách, které jej neobsahovaly až po interpretativní přístup. Zmíněné přístupy ale dle autora zcela zásadně narušovaly zásady právní jistoty a předvídatelnosti, ale také byly zcela v rozporu se zásadami zákonnosti, podmíněné aplikační předností mezinárodního práva, zásady *pacta sunt servanda* a explicitními ustanoveními Vídeňské úmluvy.

V souhrnu tak není možné potvrdit, že pre-BEPS pravidla byla v českém prostředí dostatečná k boji proti vyhýbání se daňovým povinnostem, a to přesto, že ve vnitrostátním právu byla k dispozici obecná zásada zákazu zneužití daňového práva, která měla široké zaměření a potenciálně mohla být dostatečně účinná v naprosté většině nelegitimních případů. K tomu závěru přitom autor dospěl na základě skutečnosti, že toto pravidlo a ani další vnitrostátní SAARs a GAARs není možné využít v případě daňových smluv, které ale vlastní dostatečná

pravidla neobsahují. V důsledku toho tak není možné v souvislosti s pre-BEPS pravidly potvrdit hypotézu I. Současně ale lze mít za to, že pre-BEPS pravidla, jsou-li abstrahována od nepřípadných pokusů v oblasti mezinárodních smluv, nenarušují excesivně základní zásady vnitrostátního, unijního nebo mezinárodního práva a hypotéza II. by pravděpodobně byla potvrzena. Konečně, v oblasti pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem jde totiž o hledání rovnováhy mezi účinností a základními zásadami, zejména těmi, které chrání daňové subjekty.

Reforma pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem

Na základě analýzy výše je zřejmé, že změny navazující na iniciativu BEPS nejsou pouze kvantitativní změnou v oblasti vyhýbání se daňovým povinnostem, ale také změnou kvalitativní. Zkoumaná reforma pravidel proti vyhýbání se daňovým povinnostem se odehrála v zásadě ve dvou rovinách, v první rovině jsou do vnitrostátního práva transponována pravidla obsažená ve směrnících ATAD, ATAD II a ATAD III a v druhé rovině jsou české daňové smlouvy modifikovány MLI, případně bilaterálně přejednávány.

V první, vnitrostátní rovině se tak kromě kodifikace zásady zákazu zneužití daňového práva, kterou lze považovat za zdařilou, snad kromě absence kritéria umělosti, do českého daňového práva dostala zcela nová SAARs. Mezi tyto nové nástroje patří pravidlo omezující uznatelnost nadměrných výpůjčních nákladů, pravidlo zdanění při odchodu, pravidlo zdanění ovládaných zahraničních společností, pravidla proti hybridním nesouladům a návrh pravidel proti schránkovým společnostem. Všechna tato pravidla přitom mají svůj původ v právních rádech jiných členských států, jsou odzkoušená a v převážné většině zřejmě potenciálně účinná ve vztahu k příslušným specifickým situacím. Lze samozřejmě argumentovat, že u některých pravidel budou v našem prostředí praktické dopady minimální, zejména jde o pravidlo omezení uznatelnosti, u kterého byly zvoleny příliš benevolentní parametry. Současně je také poměrně komplikované odhadnout, nakolik byly v našem prostředí využívány optimalizace prostřednictvím hybridů nebo přesunů bez změny vlastnictví.

Z perspektivy souladu se základními zásadami je zásadní, že Česká republika zvolila převážně minimalistickou transpozici ATAD pravidel. Z judikatury SDEU se totiž zdá, že právní akty

unie nebývají posuzovány perspektivou základních svobod a stejnému režimu podléhají také transpozice, které ale nejdou nad rámec takových aktů, typicky směrnic. V několika případech, kdy vnitrostátní transpozice jde nad rámec směrnice, zejména v kontextu třetích států a pohybu kapitálu, nebude zřejmě omezení základních svobod natolik zásadní, aby SDEU mohl českou transpozici označit za v rozporu s unijním právem.

V této souvislosti je ale otázkou, nakolik jsou transponovaná pravidla v souladu se zásadami přiměřenosti a nezbytnosti, když jejich konstrukce představuje zásadní posun od předcházející judikatury SDEU. Rozhodnutí SDEU totiž byla založena na tom, že vnitrostátní pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem mají postihovat umělé a zneužívající transakce. V tomto smyslu byly obecně odmítány automatické domněnky zneužití na základě kvantitativních kritérií, u kterých správce daně nemusel poskytnout ani *prima facie* důkazy o umělosti nebo zneužití. SAARs transponovaná v návaznosti na ATAD jsou na těchto kritériích převážně založena, byť některá z nich umožňují daňovým subjektům se vyvinout, pokud prokážou výkon podstatné hospodářské činnosti nebo obdobné kritérium. V této souvislosti je nezbytné podotknout, že tato kritéria z gramatické perspektivy neodráží přesně předcházející rozhodnutí SDEU, která používala např. kritérium umělosti a skutečných ekonomických činností. V důsledku jsou tato kvalitativní kritéria natolik neurčitá, že mohou být v rozporu se zásadou právní jistoty a předvídatelnosti. Současně některá z transponovaných pravidel, zejména pravidlo omezení uznatelnosti, mohou založit také rozpor s principem platební schopnosti nebo založit dvojí zdanění, které není eliminováno.

Ve světle výše uvedeného je zřejmé, že trendem u vnitrostátních pravidel implementovaných v návaznosti na ATAD je rozšiřování instrumentů založených na kvantitativních kritériích a preference účinnosti před zásadami právní jistoty, předvídatelnosti, přiměřenosti, nezbytnosti a principu platební schopnosti. V této souvislosti lze zřejmě argumentovat, že v individuálních případech může být narušení těchto zásad podstatné.

V souvislosti s mezinárodním právem je situace odlišná, když v návaznosti na BEPS a MLI je postupně napravován předcházející nekonzistentní stav pravidel v českých daňových smlouvách. V tomto smyslu snad bude v blízké budoucnosti ve všech českých smlouvách obsaženo pravidlo PPT, které je rozhodně účinnější a vhodnější než zjednodušené pravidlo

LOB, které bylo možné alternativně implementovat. Současně lze ale PPT kritizovat stran právní nejistoty a nepřiměřenosti jeho parametrů, rozložení důkazního břemene a jeho následků. Lze ale předpokládat, že případné nejasnosti budou průběžně odstraněny výkladem praxe i správní soudů. Rozhodně lze tedy změnu na úrovni mezinárodního práva hodnotit pozitivně oproti předcházejí roztržité úpravě, která neposkytovala dostatečnou úroveň ochrany.

Vzhledem k tomu, že pravidla plynoucí z BEPS byla koncipována v zásadě současně, a s ohledem na standardní stávající pravidla, nelze předpokládat, že by mezi nimi měly vznikat zásadní konflikty. Nicméně i v případě, že by takové negativní jevy byly identifikovány, lze na ně použít standardní metodologii kolizních pravidel.

Na základě výše uvedeného má autor za to, že v návaznosti na BEPS byly částečně napraveny dosavadní nejasnosti, překlenuty mezery, a to relativně konzistentním způsobem aspoň v rámci EU prostřednictvím ATADů, a částečně také globálně na základě MLI. Zároveň je zřejmé, že u pravidel vycházejících z této iniciativy byla preferována účinnost před základními zásadami, zejména právní jistoty, předvídatelnosti, přiměřenosti a nezbytnosti. Současně je otázkou, nakolik budou schopné unijní i české soudy tento kvantitativní a kvalitativní posun reflektovat a nakolik budou schopny s těmito pravidly dále interpretačně pracovat, aby byly v aplikační praxi účinné, ale i přiměřené. Vzhledem k výše uvedenému tak lze považovat po reformě hypotézu I. za potvrzenou, pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem lze nyní z exegetického pohledu obecně považovat za účinná, resp. mají potenciál účinnými být. Navazujícím problémem je samozřejmě otázka detekce závadového jednání a schopnost finanční správy toto jednání postihovat. Je evidentní, že aplikace pravidel a jejich prokazování bude jednodušší u úzce zaměřených SAARs založených na kvantitativních kritériích, a naopak obtížnější u obecných konceptů, které jsou naopak účinné v souvislosti každým zneužitím, resp. vyhýbání se daňovým povinnostem. Nicméně vzhledem k tomu, že množství a kvalita informačních zdrojů finanční správy se stále zvyšuje, lze předpokládat, že správci daně budou schopni efektivně využívat i tato obecnější pravidla. V souvislosti s hypotézou II. bylo identifikováno několik potenciálních narušení některých základních zásad, přičemž v návaznosti na reformu jsou některá narušení částečně zhojena a část se zdá být naopak prohloubena. Dle autora ale nelze předpokládat, že by unijní nebo české soudy mohly tato narušení

základních zásad považovat za natolik excesivní, aby přistoupily k rušení pravidel. Spíše lze očekávat, že některé problematické aspekty se soudy pokusí překlenuout výkladem. Z tohoto důvodu lze mít hypotézu II. za nepotvrzenou. V návaznosti na výše uvedené tak lze doufat, že aplikační praxe a soudní výklad zejména odstraní zásadní nejasnosti, jako obsah podstatné hospodářské činnosti, a přiměřeně rozloží důkazní břemeno mezi daňové subjekty a správce daně.

BEPS 1.0 není konec dějin, přichází BEPS 2.0

V souvislosti s bojem proti vyhýbání se daňovým povinnostem ale není implementace doporučení BEPS poslední bitvou. V návaznosti na problematiku výzev v oblasti zdanění digitalizace totiž OECD publikovala již v roce 2020 dvě zprávy k takzvanému Pilíři 1 a Pilíři 2,⁵¹⁵ které jsou dohromady označovány také jako iniciativa BEPS 2.0. Zjednodušeně se Pilíř 1 soustředí na alokaci části zisku největších nadnárodních skupin do jurisdikcí, ve kterých se jejich zboží nebo služby skutečně spotřebovávají. V rámci Pilíře 2 bude v podstatě zavedena globální minimální daň, s tím že členové nadnárodních korporací budou podrobeni vyrovnávacímu zdanění, pokud její úroveň nedosáhnou.

Na unijní úrovni bude Pilíř 1 zřejmě věcně diskutován na ECOFINu před koncem roku 2022. U Pilíře 2 byl předběžný návrh směrnice o minimální dani zveřejněn již na konci roku 2021, prozatím členské státy ale nenašli shodu. Stejně tak byl na jaře 2022 zveřejněn návrh DEBRA směrnice, která má vyrovnat preferenci dluhového financování odpočtem odvozeným ze zvýšení vlastního kapitálu a současně dále limitovat uznatelnost úroků. I tento návrh by měl být na Radě EU diskutován před koncem roku. Současně na unijní úrovni probíhají přípravné práce ke směrnici, která by měla velké společnosti přimět zveřejňovat svoji efektivní daňovou sazbu a práce v souvislosti s regulací činností zprostředkovatelů schránkových společností ve třetích zemích. V dlouhodobějším horizontu je pak připravována

⁵¹⁵ OECD. Tax and digital: OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS invites public input on the Pillar One and Pillar Two Blueprints [online]. OECD. [cit. 01. 9. 2022]. Dostupné z: <https://www.oecd.org/tax/beps/oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-invites-public-input-on-the-reports-on-pillar-one-and-pillar-two-blueprints.htm>

tzv. iniciativa BEFIT, která má nahradit návrh na společný konsolidovaný základ daně z příjmů právnických osob (tzv. CCCTB), a která má na základě BEPS 2.0 a Pilířů sjednotit pravidla určující základy daně a alokaci zisků mezi členskými státy.⁵¹⁶

Výše uvedené návrhy a iniciativy obsahují v zásadě dva typy opatření. Převážně reagují na nežádoucí snižování základu daně a přesouvání zisků u nadnárodních skupin specifickými pravidly, která zvyšují transparentci, spravedlivěji alokují zisk nebo vyrovnávají úroveň zdanění dluhu a skupin. Od těchto opatření se kvalitativně odlišuje BEFIT, který směřuje k prevenci vyhýbání se daňovým povinnostem eliminací rozdílů v zásadních parametrech daňové úpravy a lze jej tak považovat za kvalitativně mnohem progresivnější iniciativu.

V návaznosti výše uvedené iniciativy si tak lze položit otázku, zda nebudou pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem v relativně blízké budoucnosti nadbytečná. Autor má za to, že bohužel nikoli. Většina opatření je totiž zaměřena na velké skupiny a v českém kontextu tak zřejmě zasáhnou pouze menší část subjektů, pro které je vyhýbání se daňovým povinnostem ekonomicky výhodné. Současně není zřejmé kdy a zda vůbec budou popsána opatření přijata a v návaznosti na to kdy začnou být účinná ve vztahu k daňovým subjektům. V této souvislosti je nutné si připomenout, že návrhy nebo iniciativy jako CCCTB byly již několikrát pro nedostatek shody opuštěny. Závěrem tak nelze než konstatovat, že i přes komplexní reformu pravidel v rámci BEPS 1.0 úsilí na poli boje proti vyhýbání se daňovým povinnostem nekončí, a evidentně neskončí ani BEPSem 2.0 a dalšími iniciativami. Dokud tedy nebudou daňová pravidla sjednocena a zisk spravedlivě alokován, bude boj proti vyhýbání se daňovým povinnostem zřejmě i nadále připomínat spíše sisyfovskou práci, naštěstí si i Sisyfa lze ale představit šťastného.

⁵¹⁶ KPMG. European Commission agenda for business taxation in the EU -one year later [online]. KPMG. [cit. 01. 9. 2022]. Dostupné z: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2021/08/beeps-2-0-and-beyond.pdf>

Použité zdroje

1. ARGINELLI, P. The Subject-to-Tax Requirement in the EU Parent-Subsidiary Directive (2011/96). *European Taxation*, 2017, č. 8.
2. BABČÁK, V. et al. I. SLOVENSKO - ČESKÉ DNI DAŇOVÉHO PRÁVA: *Daňové úniky a vybybanie sa daňovým povinnostiam*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2017.
3. BABČÁK, V. et al. II. SLOVENSKO - ČESKÉ DNI DAŇOVÉHO PRÁVA: *Daňové raje a zneužívanie daňového systému*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2018.
4. BABČÁK, V., ROMÁNOVÁ, A. VOJNÍKOVÁ, I. *Daňové právo vs. daňové podvody a daňové úniky: nekonferenčný zborník vedeckých prác I. diel*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, 2015
5. BÆRENTZEN, S. Danish Cases on the Use of Holding Companies for Cross-Border Dividends and Interest: A New Test to Disentangle Abuse from Real Economic Activity? *World Tax Journal*. 2020, č. 12.
6. BAKEŠ, M. et. al. *Finanční právo*. Praha: C.H. Beck, 2012.
7. BALCO, T. ATAD 2: Anti-Tax Avoidance Directive. *European Taxation*, 2017, č. 4.
8. BALCO, T. Bod 6 Akčného plánu BEPS: Prevence zneužívání smluv o zamezení dvojího zdanění. *e-Bulletin KDP*, 2014, č. e6.
9. BARDINI, CH. The Ability to Pay in the European Market: An Impossible Sudoku for the ECJ. *Intertax*, 2010, č. 1.
10. BAXA, Josef et. al. *Daňový řád: komentář*. Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011.
11. BECKERS, D. The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice's Case Law on Abuse of EU Law. *EC Tax Review*, 2017, č. 3.
12. BIZIOLI, G. Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market? *EC Tax Review*. 2017, č. 3.
13. BIZIOLI, G., GRANDINETTI, M., PARADA, L., VANZ, G., RONCHETTI, A. V. *Corporate taxation, group debt funding and base erosion: New perspectives on the EU anti-tax avoidance directive*. Zuidpool: Kluwer Law International, 2020.
14. BLUM, D. W., SEILER, M. *Preventing treaty abuse*. Vienna: Linde Verlag, 2016.

15. BOHÁČ, Radim et al. *Legislativní proces: (teorie a praxe)*. Praha: Tiskárna Ministerstva vnitra, 2011.
16. BOULOGNE, G.F. Debt Push-Downs in Times of BEPS Action 4 and the ATAD. *Intertax*, 2019, č. 5.
17. BRAK. Stanovisko č. 23 z června 2022 k řízení sp. zn. 2 BvL 1/16.
18. BREDERODE, R. F. V., KREVER, R. *Legal Interpretation of Tax Law*. 2nd ed. Zuidpooslingel: Kluwer Law International, 2017.
19. BROKELIND, C. *Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law*. Amsterdam: IBFD, 2014.
20. BROKELIND, C., VAN THIEL, S. *Tax sustainability in an EU and international context*. Amsterdam: IBFD, 2021.
21. BRYCHTA, I. Nová pravidla proti vyhýbání se daňovým povinnostem. *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 5.
22. BURDA, Z. Zneužití práva v procesní oblasti. *Daně a právo v praxi*, 2016, č. 5.
23. BUREŠ, M. Test omezení daňové účinnosti nadměrných výpůjčních nákladů. *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 3.
24. BUREŠ, M. Základní podstata pravidla zdaňování zahraničních dceřiných společností („CFC rules“) aneb Zabrání Holanďani přelévání „zisků“ do tzv. daňových rájů? *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 9.
25. BUREŠ, M. Zdanění při odchodu („exit tax“) aneb Jak to může dopadnout, když Evropská unie poslouchá Francii. *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 6.
26. BUŠOVSKÁ, M. Hybridní nesoulady v kontextu zákona o daních z příjmů. *Bulletin KDP*, 2020, č. 4.
27. CACHIA, F. Aggressive Tax Planning: An Analysis from an EU Perspective. *EC Tax Review*, 2017, č. 5.
28. CARMONA LOBITA, J. The ATAD's Interest Limitation Rule – A Step Backwards? *European Taxation*, 2019, č. 2/3.
29. CAZIERO, M., LAZAROV, I. The substantive scope of the Anti-Tax-Avoidance Directive: The remaining leeway for national tax sovereignty. *Common Market Law Review*, 2021, č. 6.
30. CFE Tax Advisers Europe. Opinion Statement FC 5/2021 on the European Commission Public Consultation on Fighting the Use of Shell Entities for Tax Purposes. Brusel: CFE Tax Advisers Europe, 2022.
31. CFE, Opinion Statement ECJ-TF 2/2019 on the CJEU decisions of 26 Feb. 2019 in Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and 299/16, N Luxembourg I et al, and Cases C-116/16 and 117/17 T Denmark et al, concerning the ‘beneficial

- ownership' requirement and the anti-abuse principle in the company tax directives. Brusel: CFE Tax Advisers Europe, 2019.
32. CID, J. M. A., FERRERAS GUTIERREZ, J., HERNANDEZ GONZALES-BARREDA, P. A. (Eds.). *Combating tax avoidance in the EU: Harmonization and cooperation in direct taxation*. Zuidpooslingel: Kluwer Law International, 2018.
 33. COTRUT, M. *International Tax Structures in the BEPS Era: An analysis of anti-abuse measures*. Amsterdam: IBFD, 2015.
 34. CUOCO, A. The Principal Purpose Test as Introduced by the OECD MLI: Is It Time for a Compromise with EU Tax Law? *Intertax*, 2019, č. 10.
 35. ČAPEK, J. Daňové plánování ve spárech ducha zákona, 1. část. *Daňový expert*, 2008, č. 6.
 36. ČAPEK, J. Daňové plánování ve spárech ducha zákona, 2. část. *Daňový expert*, 2009, č. 1.
 37. DANON, R. J. Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups. *Bulletin for International Taxation*, 2018, č. 1.
 38. DANON, R. The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It Is a GAAR but Just a GAAR! *Bulletin for International Taxation*, 2020, č. 4-5.
 39. DE BROE, L. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax*. 2015, č. 2.
 40. DE BROE, L. *International Tax Planning and Prevention of Abuse*. Amsterdam: IBFD, 2008.
 41. DE BROE, L., BECKERS, D. The General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Analysis Against the Wider Perspective of the European Court of Justice's Case Law on Abuse of EU Law. *EC Tax Review*, 2017, č. 3.
 42. DE BROE, L., S. GOMMERS. Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases. *EC Tax Review*. 2019, č. 6.
 43. DE GRAAF, A., VISSER, K. J. ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects. *EC Tax Review*, 2016, č. 4.
 44. DE GROOT, I.M., LARKING, B. Implementation of Controlled Foreign Company Rules under the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164). *European Taxation*, 2019, č. 6.
 45. DE CHARETTE, D. The Anti-Tax Avoidance Directive General Anti-Abuse Rule: A Legal Basis for a Duty on Member States to Fight Tax Abuse in EU Corporate Direct Tax Law. *EC Tax Review*, 2019, č. 4.
 46. DE PIETRO, C. Beneficial Ownership, Tax Abuse and Legal Pluralism: An Analysis in Light of the CJEU's Judgment Concerning the Danish Cases on Interest. *Intertax*, 2020, č. 12.

47. DE PIETRO, C. Tax Abuse and Legal Pluralism: Towards Concrete Solutions Leading to Coordination Between International Tax Treaty Law and EU Tax Law. *EC Tax Review*, 2020, č. 2.
48. DE WISPELAERE, F., SCHUSTER, E., MOREL, S., et al. *Letterbox companies: overview of the phenomenon and existing measures*, Brusel: European union, 2021.
49. DOCLO, C. The European Union's Ambition to Harmonize Rules to Counter the Abuse of Member States' Disparate Tax Legislations. *Bulletin for International Taxation*, 2017, č. 7.
50. DOURADO, A. et al. *International and EU Tax Multilateralism: Challenges Raised by the MLI*. Amsterdam: IBFD, 2020.
51. DOURADO, A. et al. *Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context*. Amsterdam: IBFD, 2017.
52. DOURADO, A. P. The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS? *Intertax*, 2016, č. 6.
53. DOURADO, A. P. The Interest Limitation Rule in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Net Taxation Principle. *EC Tax Review*, 2017, č. 3.
54. DOVER, R. et al. *Bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union, Part I Assessment of the magnitude of aggressive corporate tax planning, study for the European Parliamentary Research Service*. Brussels: European Union, 2015.
55. DRÁB, O. et al. *Zákon o daních z příjmů: Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2021.
56. ELIÁŠ, K. Porušení zákona oklikou: fraus legis facta v civilním právu. *Právník*, 2018, č. 11.
57. ENGLISH, J. *New Challenges to and from Constitutional and Legal Pluralism*. Amsterdam: IBFD, 2016.
58. FIBBE, G.K., STEVENS, T. Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II. *EC Tax Review*, 2017, č. 3.
59. GARIBAY, M. S., JANSSEN, J. J. M. What Should Be the Scope of the Beneficial Owner Concept? *Intertax*, 2020, č. 12.
60. GERINGER, S. Criteria for the Application of Anti-Abuse Provisions to Holding Companies under ECJ Case Law: Their Significance in Interpreting and Applying ATAD Provisions. *European Taxation*, 2020, č. 10.
61. GINEVRA, G. The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level. *Intertax*, 2017, č. 2.
62. GOMES, M. L. Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention. *Intertax*, 2018, č. 1.

63. GOMES, M. L. The DNA of the Principal Purpose Test in the Multilateral Instrument. *Intertax*, 2019, č. 1.
64. GONZÁLEZ-BARREDA, P. A. Hernández. Holding Companies and Leveraged Buy-Outs in the European Union Following BEPS: Beneficial Ownership, Abuse of Law and the Single Taxation Principle. *European Taxation*, 2019, č. 9.
65. GOVID, S., VAN WEST, J.-P. *Hybrid Entities in Tax Treaty Law*. Vídeň: Linde Verlag GmbH, 2020.
66. GOVIND, S., LAZAROV, I. Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law. *Intertax*, 2019, č. 10.
67. HAMRA, C., KORVING, J. J. A. M. Beneficial Ownership Interpreted, To What Extent Are the OECD and the EU on the Same Wavelength? *Intertax*, 2021, č. 3.
68. HANSEN, H. S. The great hypocrisy – the “beneficial owner” cases. *Danish Journal for Taxes and Duties*. 2011.
69. HANYCH, M., ŠTANCL, M. Zneužití práva v souvislosti s přijetím směrnice ATAD – nová zbraň v rukách finanční správy. *e-Bulletin Komory daňových poradců ČR*, 2018, č. 6.
70. HASLEHNER, W. et al. *A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020.
71. HELMINEN, M. *EU Tax Law – Direct Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2020.
72. HILLMANN, L., HOEHL, R. Interest Limitation Rules: At a Crossroads between National Sovereignty and Harmonization. *European Taxation*, 2018, č. 4..
73. HLOUCH, L. *Teorie a realita právní interpretace*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2011.
74. HONGLER, P. *Justice in International Tax Law*. Amsterdam: IBFD, 2019..
75. HORNOCHOVÁ, S.; NOVOTNÝ, R. Skutečný vlastník příjmů – víme, o čem přesně se bavíme? *Bulletin KDP*, 2020, č. 2.
76. HRDLIČKA, L. BOHÁČ, R. Transpozice směrnice ATAD do právního řádu České republiky. *DAUC.CZ - expertní příspěvky*, 2018, č. 1.
77. HRDLIČKA, L. Omezení uznatelnosti nadměrných výpůjčních výdajů v daňovém balíčku 2019. *Daně a právo v praxi*, 2018, č. 4.
78. HRDLIČKA, L. ŠMIRAUŠOVÁ, P. Zákaz zneužití práva v daňovém řádu - poznámky k budoucí aplikaci. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2018, č. 4.
79. HRDLIČKA, L. ŠMIRAUŠOVÁ, P. Zneužití práva v daňovém řádu z pohledu transpozice směrnice ATAD. *Daně a právo v praxi*, 2018, č. 7.
80. HRDLIČKA, L. Úvod do hybridních nesouladů. *Daně a právo v praxi*, 2019, č. 10.
81. CHAND, V. The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules. *Intertax*, 2018, č. 2.

82. CHAND, V. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis. *Intertax*, 2018, č. 1.
83. IMF. *SPILOVERS IN INTERNATIONAL CORPORATE TAXATION*. IMF, 2014.
84. JÁNSKÝ, Petr. Estimating the costs of international corporate tax avoidance: the case of the Czech Republic. *Post-Communist Economies*. 2018, č. 30.
85. KAMÍNKOVA, P. *Zneužití práva jako hranice daňového plánování*. Vydání I. Praha: Ivana Hexnerová - BOVA POLYGON, 2018.
86. KANANOJA, V. Implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164) Exit Tax Measures in Finland. *European Taxation*, 2020, č. 2/3.
87. KAPOUN, V. Změny ve zdaňování v návaznosti na implementaci ATAD – exit tax a CFC pravidla. *Finanční, daňový a účetní bulletin* 2019, č. 2.
88. KAPPEL, J. Implementation of Exit Taxation in the Czech Republic. *Analyses and Studies CASP*, 2021, č. 12.
89. KAPPEL, J. A few remarks on Czech interest limitation rules in the context of pandemic. *Annual Center Review*, 2019-2020, č. 12-13.
90. KAPPEL, J. Aplikace zásady zákazu zneužití unijního práva v oblasti přímých daní. *e-Bulletin Komory daňových poradců ČR*, 2020, č. 4.
91. KAPPEL, J. Několik poznámek ke zdanění ovládaných zahraničních společností. *Daňová a hospodářská kartotéka*. 2021, č. 5.
92. KAPPEL, J. Vybrané aspekty skutečného vlastnictví ve světle aktuální judikatury. *e-Bulletin KDP*, 2020, č. e6.
93. KAPPEL, Jiří. *GAARs a SAARs v českých daňových smlouvách a dopad iniciativy BEPS*. Diplomová práce. Brno, 2019.
94. KAPPEL, Jiří. *Mezinárodní daňová optimalizace korporátní daně*. Diplomová práce. Brno, 2017.
95. KAPPEL, Jiří. Několik poznámek k podmínce subject-to-tax ve světle aktuální judikatury. *Daně a právo v praxi*, 2021, č. 3.
96. KARAIANOV, K. The ATAD 2 Anti-Hybrid Rules versus EU Member State Tax Treaties with Third States: Is Override Possible? *European Taxation*, 2019, č. 2/3.
97. KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1995.
98. KNAPP, Viktor. *Vědecká propedeutika pro právníky*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003..
99. KOFLER, G. et al. *Controlled foreign company legislation*. Amsterdam: IBFD, 2020.
100. KOFLER, G. et al. *Tax treaties and procedural law*. Amsterdam: IBFD, 2020.
101. KOHAJDA, M. Daně a zákaz zneužití práva. *daucEXP*, 2017, č. 6.

-
102. KOK, R. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax*, 2016, č. 5.
 103. KORIAK, O. The Principal Purpose Test under BEPS Action 6: Is the OECD Proposal Compliant with EU Law? *European Taxation*, 2016, č. 12.
 104. KOUBA, S. CFC pravidla. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2017, č. 4.
 105. KOUBA, S. Připravovaná novela zákona o daních z příjmů vyvolaná implementací směrnice ATAD. *Auditor*, 2018, č. 5.
 106. KOUBA, S. Směrnice o zamezení vyhýbaní se daňovým povinnostem. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2018, č. 4.
 107. KPMG. European Commission agenda for business taxation in the EU -one year later. 2022. Dostupné z:
<https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2021/08/beeps-2-0-and-beyond.pdf>
 108. KRČMOVÁ, M. CFC pravidla v české legislativě – Zdaňování příjmů zahraničních společností ovládaných českým daňovým rezidentem. *Daně a právo v praxi*, 2020, č. 11.
 109. KRČMOVÁ, M. CFC pravidla v české legislativě – Zdaňování příjmů zahraničních společností ovládaných českým daňovým rezidentem – 2. část. *Daně a právo v praxi*, 2021, č. 1.
 110. KRIŠTO, I. K., THIRION, E. *An overview of shell companies in the European Union*, Brusel: European union, 2018.
 111. KUZNIACKI, B. Implementing the ATAD's CFC Rules by Poland Contrary to EU Primary Law: A Solitary Example or the Beginning of Infamous Trend? *EC Tax Review*, 2018, č. 3.
 112. KUZNIACKI, B. Poland's Implementation of EU GAAR Compromises Constitutional and EU Principles. *Intertax*, 2021, č. 3.
 113. KUZNIACKI, B. The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 1. *Intertax*, 2018, č. 1.
 114. KUZNIACKI, B. The Limitation on Benefits Provision in BEPS Action 6/Multilateral Instrument: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity – Part 2. *Intertax*, 2018, č. 2.
 115. KUZNIACKI, B. The Need to Avoid Double Economic Taxation Triggered by CFC Rules under Tax Treaties, and the Way to Achieve It. *Intertax*, 2015, č. 12.
 116. LAMPERT, S., MEICKMANN, T., REINERT, M. Article 4 of the EU Anti Tax Avoidance Directive in Light of the Questionable Constitutionality of the German "Interest Barrier" Rule. *European Taxation*, 2016, č. 3.

117. LANDGRÁF, R. Obecné pravidlo proti zneužívání daňového režimu: jak jej chápat, aplikovat a co přinese nového? *e-Bulletin Komory daňových poradců ČR*, 2018, č. 7–8.
118. LANG, M. et al. *Base erosion and profit shifting (BEPS)*. Vienna: Linde Verlag, 2016.
119. LANG, M. et al. *Beneficial Ownership: recent trends*. Amsterdam: IBDF, 2013
120. LANG, M. et al. *Implementing Key BEPS Actions: Where Do We Stand?* Amsterdam: IBFD, 2019.
121. LANG, M. et al. *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*. Vienna, Linde Verlag GmbH, 2020.
122. LANG, M. et al. *Tax Treaty Entitlement*. Amsterdam: IBFD, 2019.
123. LANG, M. et al. *The OECD-Model-Convention and Its Update 2014*. Vienna: Linde Verlag, 2015.
124. LANG, M. et al. *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Amsterdam: IBFD, 2010.
125. LANG, M., BRUGGER, F. The role of the OECD Commentary in tax treaty interpretation. *AUSTRALIAN TAX FORUM*, 2008, č. 23.
126. LANG, Michael et al. *GAARs, a key element of tax systems in the post-BEPS tax world*. 1. Amsterdam: IBFD, 2016.
127. LANG, Michael. *Introduction to the law of double taxation conventions*. Vídeň: Linde Verlag, 2021.
128. LAVICKÝ, P. et al. *Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654)*. Praha: C. H. Beck, 2014.
129. LEONARD, P. ATAD v Česku: Optimalizací proti optimalizaci? *Právní rádce*, 2018, č. 2.
130. LETIZIA, G. The Recent Restrictive ECJ Approach to Exit Tax and the ATAD Implementation. *EC Tax Review*, 2020, č. 1.
131. LIŠKA, M. Limity zneužití práva a svévole v rámci dobré finanční správy. *Daně a finance*, 2015, č. 1.
132. LUTS, J. BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse. *Intertax*, 2015, č. 2.
133. MAISTO, G. et al. *Current tax treaty issues*. Amsterdam: IBFD, 2020.
134. MAISTO, G. *Tax treaties and domestic law*. Amsterdam: IBFD, 2006.
135. MAISTO, G. *Taxation of Intercompany Dividends Under Tax Treaties and EU Law*. Amsterdam: IBFD, 2012..
136. MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné: obecná část a poměr k jiným právním systémům*. Brno: Doplněk, 2014.

-
137. MARRES, O. C. R., WEBER, D. M. *Tax treatment of interest for corporations*. Amsterdam: IBFD, 2013.
138. MARTINEZ LAGUNA, F. D. *Hybrid financial instruments, double non-taxation and linking rules*. Zuidpoolsingel: Kluwer Law International, 2019.
139. MARTINHO FERNANDEZ, S. *International Double Taxation of Interest – Assessing Recent Developments in Thin Capitalization Regimes*. Amsterdam: IBFD, 2019.
140. MATĚJEC, M. *Zneužití práva Evropské unie*. 2021, dizertační práce, Karlova univerzita, Právnická fakulta.
141. MEDEK, J. Konec s nezdaňováním korunových dluhopisů. *Bulletin KDP ČR*, 2020, č. 2.
142. MEINDL-RINGER, A. *Beneficial Ownership in International Tax Law*. Zuidpoolsingel: Kluwer Law International, 2016.
143. MELKONYAN, S., SCHADE, F. Flow-Through Holding Companies in Light of the Parent-Subsidiary Directive: The Thin Line between Tax Planning and Tax Abuse. *Intertax*, 2019, č. 6 a 7.
144. MELZER, F. *Metodologie nalézáni práva: úvod do právní argumentace*. 2. vyd. Praha: C.H. Beck, 2011.
145. MERKS, P. Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning. *Intertax*, 2006, č. 5.
146. MILADINOVIC, A., BRAVO, N. *Concept and Implementation of CFC Legislation*. Vienna: Linde Verlag, 2021.
147. Ministerstvo finanční ČR. *Implementace směrnice EU proti vyhýbání se daňovým povinnostem do českého právního řádu podklad pro veřejnou konzultaci, verze k 27. únoru 2017*. Dostupné z: <https://www.mfcr.cz/cs/o-ministerstvu/verejne-diskuze/2017/verejna-konzultace-implementace-smernice-28011>
148. MITHE, A. Critical Analysis of the Principal Purpose Test and the Limitation on Benefits Rule: A World Divided but It Takes Two to Tango. *World Tax Journal*, 2020, č. 12.
149. MOLEK, P. *Materiální obnisko ústavy : věčný limit evropské integrace?* Brno: Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2014.
150. MORAVEC, L., ROHAN, J., HINKE, J. Estimation of international tax planning impact on corporate tax gap in the Czech Republic. *E+M Ekonomie a Management*. 2018.
151. MORÁVEK, Z. Zneužití práva. *Účetnictví v praxi*, 2015, č. 7.
152. MORENO, A. B. A pan-European GAAR? Some (un)expected consequences of the proposed EU Tax Avoidance Directive combined with the Dzodzi line of cases. *British Tax Review*, 2016, č. 2.

153. MORENO, A. B. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, 2017, č. 6.
154. MRKÝVKA, P., PAŘÍZKOVÁ, I., VALDHANS, J. *DNY PRÁVA 2014 – DAYS OF LAW 2014: Část VIII. Zneužití práva a svévole při veřejné finanční činnosti*. Brno: Masarykova univerzita, 2015.
155. MULLEROVÁ, L. ŠINDELÁŘ. M. Nová pravidla regulace daňové uznatelnosti nákladových úroků. *DAUC.CZ - expertní příspěvky*, 2018, č. 6.
156. Nález Ústavního soudu ze dne 26. 11. 2008, sp. zn. Pl. Ús 19/08.
157. Nález Ústavního soudu ze dne 10. srpna 2017, sp. zn. Pl. Pl. ÚS 9/15.
158. Nález Ústavního soudu ze dne 15. prosince 2003, sp. zn. IV. ÚS 666/02.
159. Nález Ústavního soudu ze dne 15. prosince 2003, sp. zn. IV. ÚS 666/02.
160. Nález Ústavního soudu ze dne 8. března 2006, sp. zn. Pl.ÚS 50/04.
161. NAVARRO, A., PARADA, L. The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts. *EC Tax Review*, 2016, č. 3.
162. NERUDOVÁ, D. Daňová politika v Evropské unii. Praha: Wolters Kluwer, 2017.
163. NERUDOVÁ, D., PAVEL, J. *Profit Shifting and Tax Base Erosion*, 1. vyd., Oxford: Springer, 2021.
164. NIEMINEN, M. Dual Role of the OECD Commentaries – Part 1. *Intertax*, 2015, č. 11.
165. NOVÁKOVÁ, P., LICHNOVSKÝ, O. Obcházení zákona ve věcech daňových. *Právní rozhledy*, 2008, č. 4.
166. NYSTROM, W. Saving the ATAD CFC Regime Through Abuse of Law or the Rule of Reason. *Intertax*, 2021, č. 3.
167. OECD. BEPS Actions. 2015 Dostupné z: <http://https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>
168. OECD. *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 - 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015.
169. OECD. *Measuring and Monitoring BEPS: Action 11 - 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015.
170. OECD. *Model tax convention on income and on capital*. Paris: OECD Publishing, 2003.
171. OECD. *Model tax convention on income and on capital*. Paris: OECD Publishing, 2014.
172. OECD. *Model tax convention on income and on capital*. Paris: OECD Publishing, 2017.
173. OECD. *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*. 2018. Dostupné z: <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>

-
174. OECD. *Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances: Action 6 - 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015.
175. OECD. *Prevention of Tax Treaty Abuse – Fourth Peer Review Report on Treaty Shopping : Inclusive Framework on BEPS: Action 6*. Paris: OECD Publishing, 2022..
176. OECD. *Tax and digital: OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS invites public input on the Pillar One and Pillar Two Blueprints*. 2021. Dostupné z: <https://www.oecd.org/tax/beps/oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-invites-public-input-on-the-reports-on-pillar-one-and-pillar-two-blueprints.htm>
177. ONER, C. Comparative Analysis of the General Anti-Abuse Rule of the Anti-Tax Avoidance Directive: An Effective Tool to Tackle Tax Avoidance? *EC Tax Review*, 2020, č. 1.
178. PALAO TABOADA, C. OECD Base Erosion and Profit Shifting Action 6: The General Anti-Abuse Rule. *Bulletin for International Taxation*, 2015, č. 10.
179. PALMITESSA, E. A. Interplay Between the Principal Purpose Test in the Multilateral BEPS Convention and the Beneficial Ownership Clause as Treaty Anti-Avoidance Tool Targeting Holding Structures. *Intertax*, 2018, č. 1.
180. PARADA, L. *Double non-taxation and the use of hybrid entities: An alternative approach in the New Era of BEPS*. Zuidpoolingel: Kluwer Law International, 2018.
181. PEETERS, B., VANNESTE, L. The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD. *Intertax*, 2020, č. 1.
182. PEETERS, S. Exit Taxation: From an Internal Market Barrier to a Tax Avoidance Prevention Tool. *EC Tax Review*, 2017, č. 3.
183. PECHÁČEK, R. Implementace evropské směrnice proti vyhýbání se daňovým povinnostem. *Daňová a hospodářská kartotéka*, 2017, č. 10.
184. PELC, V. *Daně z příjmů: zákon s poznámkami a judikaturou*. Praha: C.H. Beck, 2021.
185. PETUTCHNIG, M. et al. Assessment of the Interest Barrier Rule of Article 4 of the EU Anti-Tax Avoidance Directive for a Sample of European Firms. *World Tax Journal*, 2019, č. 11.
186. PFEILEROVÁ, J. Daňová účinnost úrokových nákladů – test nízké kapitalizace. *Účetnictví*, 2017, č.10.
187. PINETZ, E. Final Report on Action 6 of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative: Prevention of Treaty Abuse. *Bulletin for International Taxation*, 2016, č. 1-2.
188. PINETZ, E., SCHAFFER, E. Exit Taxation in Third-Country Situations. *European Taxation*, 2014, č. 10.

189. PISTONE, P. et al. Abuse through the Use of Shell Companies and Arrangements for Tax Purposes in the European Union: Feedback on the EU Consultation by the IBFD Task Force on EU Law. *International Tax Studies*, 2021, č. 7.
190. PISTONE, P., WEBER, D. eds. *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*. Amsterdam: IBFD, 2018.
191. POTGENS, F. P. G., STRAATHOF, M. J. E. Establishment and Substance of Intermediate and Other Holding Companies from an EU Law Perspective. *Intertax*, 2016, č. 8 a 9.
192. POTGENS, F. P.G., et al. The Compatibility of Exit Tax Legislation Applicable to Corporate Taxpayers in France, Germany, Italy, The Netherlands, Portugal, Spain and The United Kingdom with the EU Freedom of Establishment. *Intertax*, 2016, č. 3.
193. RIGAUT, A. Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons. *European Taxation*, 2016, č. 11.
194. RODRIGUEZ, J. L. Some Thoughts to Understand the Court of Justice Recent Case-Law in the Danmark Cases on Tax Abuse. *EC Tax Review*, 2020, č. 2.
195. ROCHA, S. A., CHRISTIANS, A. *Tax sovereignty in the BEPS era*. Zuidpoolsingel: Kluwer Law International, 2017.
196. ROLIM, J. D. The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation. *Intertax*, 2016, č. 11.
197. ROSENBLATT, P., TRON, M. E. *International Fiscal Association Congress. Anti-avoidance measures of general nature and scope GAAR and other rules*. Hague: Sdu Uitgevers, 2018.
198. ROZEHNAL, T. Kam směřuje institut zneužití práva? *Daně a právo v praxi*, 2016, č. 9.
199. Rozhodnutí dánského Východního vrchního soudu ze dne 25. listopadu 2021, č. B-2942-12 a B-171-13.
200. Rozhodnutí dánského Východního vrchního soudu ze dne 3. května 2021, č. B-1980-12 a B-2173-12.
201. Rozhodnutí italského Nejvyššího soudu ze dne 10. července 2020, sp. zn. 14756.
202. Rozhodnutí italského Nejvyššího soudu ze dne 10. října 2019, č. 25490.
203. Rozhodnutí italského Nejvyššího soudu ze dne 13. prosince 2018, č. 32255.
204. Rozhodnutí italského Nejvyššího soudu ze dne 19. prosince 2018, sp. zn. 32840.
205. Rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 14. března 2018, sp. zn. 50 Af 13/2017.
206. Rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 12. října 2021, sp. zn. 63 Af 4/2020.

-
207. Rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 23. června 2021, sp. zn. 61 Af 6/2020.
 208. Rozhodnutí Krajského soudu v Českých Budějovicích ze dne 9. června 2021, sp. zn. 63 Af 1/2020.
 209. Rozhodnutí Městského soudu v Praze ze dne 8. února 2021, sp. zn. 6 Af 36/2020.
 210. Rozhodnutí NSS dne 18. července 2007, č. j. 1 As 24/2006.
 211. Rozhodnutí NSS ze dne 10. června 2011, sp. zn. 2 Afs 86/2010.
 212. Rozhodnutí NSS ze dne 10. května 2006, sp. zn. 1 Afs 69/2005.
 213. Rozhodnutí NSS ze dne 10. listopadu 2015, sp. zn. 1 Afs 61/2015.
 214. Rozhodnutí NSS ze dne 10. února 2005, sp. zn. 2 Afs 108/2004.
 215. Rozhodnutí NSS ze dne 12. června 2020, č. j. 5 Afs 114/2019 - 28.
 216. Rozhodnutí NSS ze dne 12. listopadu 2019, sp. zn. 10 Afs 140/2018.
 217. Rozhodnutí NSS ze dne 12. prosince 2012, č. j. 5 Afs 75/2011-57.
 218. Rozhodnutí NSS ze dne 13. března 2013, č. j. 1 Afs 88/2012-57.
 219. Rozhodnutí NSS ze dne 13. července 2005, sp. zn. 1 Afs 125/2004.
 220. Rozhodnutí NSS ze dne 13. května 2010, sp. zn. 1 Afs 11/2010.
 221. Rozhodnutí NSS ze dne 14. července 2005, sp. zn. 2 Afs 24/2005.
 222. Rozhodnutí NSS ze dne 14. listopadu 2019, sp. zn. 6 Afs 376/2018.
 223. Rozhodnutí NSS ze dne 15. srpna 2012, sp. zn. 1 Afs 33/2012.
 224. Rozhodnutí NSS ze dne 15. února 2021, sp. zn. 1 Afs 73/2019.
 225. Rozhodnutí NSS ze dne 16. srpna 2022, sp. zn. 7 Afs 49/2022
 226. Rozhodnutí NSS ze dne 16. března 2005, sp. zn. 5 Afs 23/2003.
 227. Rozhodnutí NSS ze dne 16. března 2005, sp. zn. 5 Afs 26/2003.
 228. Rozhodnutí NSS ze dne 16. října 2008, sp. zn. 7 Afs 55/2006.
 229. Rozhodnutí NSS ze dne 18. července 2007, sp. zn. 1 Afs 73/2004.
 230. Rozhodnutí NSS ze dne 19. července 2007, sp. zn. 2 Afs 7/2007.
 231. Rozhodnutí NSS ze dne 19. ledna 2006, sp. zn. 7 Afs 115/2004.
 232. Rozhodnutí NSS ze dne 2. března 2017, sp. zn. 1 Afs 250/2016.
 233. Rozhodnutí NSS ze dne 2. února 2012, č. j. 5 Afs 58/2011-85.
 234. Rozhodnutí NSS ze dne 21. října 2015, sp. zn. 2 Afs 169/2015.
 235. Rozhodnutí NSS ze dne 23. května 2013, sp. zn. 9 Afs 38/2012.
 236. Rozhodnutí NSS ze dne 23. srpna 2006, sp. zn. 2 Afs 178/2005.
 237. Rozhodnutí NSS ze dne 25. března 2010, sp. zn. 5 Afs 25/2009.
 238. Rozhodnutí NSS ze dne 25. února 2010, sp. zn. 4 Ads 120/2009.

- 239. Rozhodnutí NSS ze dne 26. dubna 2022, sp. zn. 10 Afs 289/2021.
- 240. Rozhodnutí NSS ze dne 27. května 2010, sp. zn. 5 Afs 106/2009.
- 241. Rozhodnutí NSS ze dne 27. května 2015, sp. zn. 6 Afs 52/2015.
- 242. Rozhodnutí NSS ze dne 27. srpna 2021, sp. zn. 3 Afs 40/2018.
- 243. Rozhodnutí NSS ze dne 27. září 2018, sp. zn. 2 Afs 40/2018.
- 244. Rozhodnutí NSS ze dne 28. července 2005, sp. zn. 5 Afs 151/2004.
- 245. Rozhodnutí NSS ze dne 28. května 2010, sp. zn. 8 Afs 64/2009.
- 246. Rozhodnutí NSS ze dne 28. listopadu 2008, sp. zn. 5 Afs 49/2007.
- 247. Rozhodnutí NSS ze dne 28. listopadu 2008, sp. zn. 5 Afs 58/2007.
- 248. Rozhodnutí NSS ze dne 29. června 2005, sp. zn. 1 Afs 124/2004.
- 249. Rozhodnutí NSS ze dne 29. října 2015, sp. zn. 9 Afs 58/2015.
- 250. Rozhodnutí NSS ze dne 30. března 2005, sp. zn. 1 Afs 4/2004.
- 251. Rozhodnutí NSS ze dne 30. dubna 2004, sp. zn. 4 Afs 18/2003.
- 252. Rozhodnutí NSS ze dne 30. dubna 2009, sp. zn. 2 Afs 42/2008.
- 253. Rozhodnutí NSS ze dne 30. listopadu 2006, sp. zn. 5 Afs 42/2005.
- 254. Rozhodnutí NSS ze dne 30. listopadu 2006, sp. zn. 5 Afs 94/2005.
- 255. Rozhodnutí NSS ze dne 30. listopadu 2016, sp. zn. 4 Afs 137/2016.
- 256. Rozhodnutí NSS ze dne 31. března 2004, sp. zn. 5 Afs 22/2003.
- 257.** Rozhodnutí NSS ze dne 31. května 2022, sp. zn. 4 Afs 376/2021.
- 258. Rozhodnutí NSS ze dne 4. května 2011, č. j. 7 Afs 4/2011-72.
- 259. Rozhodnutí NSS ze dne 4. května 2011, sp. zn. 7 Afs 4/2011.
- 260. Rozhodnutí NSS ze dne 7. března 2007, sp. zn. 8 Afs 33/2005.
- 261. Rozhodnutí NSS ze dne 8. března 2021, sp. zn. 5 Afs 316/2019.
- 262. Rozhodnutí NSS ze dne 8. června 2009, sp. zn. 2 Afs 83/2008.
- 263. Rozhodnutí NSS ze dne 28. března 2013, sp. zn. 2 Afs 71/2012.
- 264. Rozhodnutí NSS ze dne 10. listopadu 2005, sp. zn. 1 Afs 107/2004.
- 265. Rozhodnutí SDEU ze dne 10. dubna 1984, sp. zn. C-14/83.
- 266. Rozhodnutí SDEU ze dne 10. listopadu 2011, sp. zn. C-126/10.
- 267. Rozhodnutí SDEU ze dne 11. prosince 2008, sp. zn. C-285/07.
- 268. Rozhodnutí SDEU ze dne 12. prosince 2002, sp. zn. C-324/00.
- 269. Rozhodnutí SDEU ze dne 12. září 2006, sp. zn. C-196/04.
- 270. Rozhodnutí SDEU ze dne 13. března 2007, sp. zn. C-524/04.
- 271. Rozhodnutí SDEU ze dne 14. prosince 2000, sp. zn. C-110/99.
- 272. Rozhodnutí SDEU ze dne 17. července 1995, sp. zn. C-28/95.

-
273. Rozhodnutí SDEU ze dne 18. června 2009, sp. zn. C-303/07.
274. Rozhodnutí SDEU ze dne 20. ledna 2021, sp. zn. C-484/19.
275. Rozhodnutí SDEU ze dne 20. září 2018, sp. zn. C-685/16.
276. Rozhodnutí SDEU ze dne 21. července 2011, sp. zn. C-397/09.
277. Rozhodnutí SDEU ze dne 21. října 2006, sp. zn. C-255/02.
278. Rozhodnutí SDEU ze dne 26. února 2019, sp. zn. C-135/17.
279. Rozhodnutí SDEU ze dne 26. února 2019, sp. zn. C-115/16, C-118/16, C 119/16, C-299/16.
280. Rozhodnutí SDEU ze dne 5. července 2007, sp. zn. C-321/05.
281. Rozhodnutí SDEU ze dne 8. března 2017, sp. zn. C-14/16.
282. Rozhodnutí SDEU ze dne 8. března 2017, sp. zn. C-448/15.
283. Rozhodnutí slovenského Najvyššieho súdu ze dne 15. dubna 2015, sp. zn. 2Sžf/76/2014.
284. Rozhodnutí Spolkového daňového soudu ze dne 14. října 2015, sp. zn. I R 20/15.
285. Rozhodnutí španělského Ústředního daňového soudu ze dne 8. října 2019, č. 185/2017.
286. Rozhodnutí španělského Ústředního daňového soudu ze dne 8. října 2019, č. 2188/2017.
287. SACHIN, S. Tax Treaty Overrides: A Comparative Study of the Monist and the Dualist Approaches. *Intertax*, 2013, č. 4.
288. SAURABH, J. *Effectiveness of the Beneficial Ownership Test in Conduit Company Cases*. Amsterdam: IBFD, 2013.
289. SCORNOS, et al. LOB Clauses and EU-Law Compatibility: A Debate Revived by BEPS? *EC Tax Review*, 2015, č. 3.
290. SCHERLEITNER, M. The Imported Mismatch Rule in Light of the Fundamental Freedoms. *Intertax*, 2021, č. 5.
291. SCHONFELD, J. CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive. *EC Tax Review*, 2017, č. 3.
292. SCHOUERI, L. E. Tax Treaty Override: A Jurisdictional Approach. *Intertax*, 2014, č. 11.
293. SILVESTRI, A. Holding Companies in the BEPS Era. *Intertax*, 2017, č. 6.
294. SIMANDER, K., TITZ, E. (Eds.). *Limits to tax planning*. Vienna: Linde Verlag, 2013.
295. SKALICKÁ, H.; SKALICKÝ, P. Vybrané problémy z mezinárodního zdanění – skutečný vlastník. *Bulletin KDP*, 2010, č. 1.

296. SOBOTKOVÁ, V. Tak trochu jinak o pravidlech nízké kapitalizace. *Daně a právo v praxi*, 2012, č. 11.
297. SOOM, A. Double Taxation Resulting from the ATAD: Is There Relief? *Intertax*, 2020, č. 3.
298. SPINDLER-SIMANDER, K., WOHRER, V. Implementation of the EU Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164) in Austria. *European Taxation*, 2018, č. 7.
299. STEVENS, S. Evaluation of the Earnings Stripping Rules. *EC Tax Review*, 2020, č. 4.
300. SZUDOCZKY, R. *The Sources of EU Law and Their Relationships: Lessons for the Field of Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2014.
301. ŠKOP, M. et al. *Tvorba práva - empirické studie*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2019.
302. ŠKOPEK, J. Institut zneužití práva v ČR a EU. *Právní rozhledy*, 2017, č. 7.
303. ŠMIRAUŠOVÁ, P. Daňová jurisdikce z pohledu CFC pravidel. *Daně a finance*, 2020, č. 1.
304. ŠMIRAUŠOVÁ, P., BOHÁČ, R. Výslovné zakotvení principu zákazu zneužití práva v daňovém řádu. *Daně a právo v praxi*, 2018, č. 7.
305. TARAMOUNTAS, K. The PPT: The Introduction of a Uniform Standard with an Uncertain Application. *Intertax*, 2019, č. 11.
306. TELL, M. Interest Limitation Rules in the Post-BEPS Era. *Intertax*, 2017, č. 11.
307. TICHÝ, L., MASLOWSKI, S., TROUP, T. *Zneužití práva*. Praha: Centrum právní komparatistiky Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze, 2016.
308. TOMANOVÁ, T. Zamyšlení nad vybranými aspekty CFC pravidel v kontextu implementace směrnice ATAD. *e-Bulletin KDP*, 2019, č. e7-8.
309. TOMAZELA SANTOS, R. The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations. *Bulletin for International Taxation*, 2018, č. 8.
310. TREZZIOVÁ, D. Balíček opatření proti vyhýbání se daňovým povinnostem. *Daně a právo v praxi*, 2016, č. 9.
311. Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 10. května 2016, č. j. 8 As 79/2014-108.
312. Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 16. října 2008, sp. zn. 7 Afs 54/2006.
313. Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 27. května 2010, sp. zn. 1 As 70/2008.
314. Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 29. srpna 2017, č. j. 5 As 154/2016-64.
315. Usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 3. dubna 2007, sp. zn. 1 Afs 73/2004
316. Usnesení Ústavního soudu ze dne 31. října 2007, sp. zn. III.ÚS 374/06.
317. Usnesení Ústavního soudu ze dne 6. srpna 2008, sp. zn. IV.ÚS 855/07.

-
318. VACÍK, L. Českou verzi ATAD bude třeba vysvětlit. *Právní rádce*, 2019, č. 4.
319. VAN HULLE, G. Current Challenges for EU Controlled Foreign Company Rules. *Bulletin for International Taxation*, 2017, č. 12.
320. VAN HULTEN, L. C., KORVING, J. J. A. M. Svig og Misbrug: The Danish Anti-Abuse Cases. *Intertax*. 2019, č. 8/9.
321. VAN OS, P. Interest Limitation under the Adopted Anti-Tax Avoidance Directive and Proportionality. *EC Tax Review*, 2016, č. 4.
322. VAN WEEGHEL, S., DE BROE, L. *Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*. Hague: Sdu Uitgevers, 2010..
323. VANĚČKOVÁ, P. Omezení uznatelnosti nadměrných výpůjčních nákladů. *e-Bulletin KDP*, 2021, č. e5.
324. VEGA BORREGO, F. A. *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*. Zuidpooslingel: Kluwer Law International, 2017.
325. VELFLOVÁ, M. Implementace směrnice ATAD v České republice - 1. část. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2019, č. 3.
326. Vláda ČR. *Obecné zásady pro hodnocení regulace (RLA), účinná od 3. února 2016*. Dostupné z: https://www.vlada.cz/assets/ppov/lrv/ria/aktualne/OZ_RIA_-novela_2016_uplne-zneni-FINAL.pdf
327. WARDZYNKSI, A. The 2014 Update to the OECD Commentary: A Targeted Hybrid Approach to Beneficial Ownership. *Intertax*, 2015, č. 2.
328. WATKIN, T. G. *An historical introduction to modern civil law*. London: Routledge, 2017.
329. WEBER, D. EU Beneficial Ownership Further Developed: A View from a Different Angle. *World Tax Journal*, 2022, č. 1.
330. WEBER, D. The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law. *Erasmus Law Review*, 2017, č. 1.
331. WINTR, J. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013.
332. ZAHRA, I. The Principal Purpose Test: A Critical Analysis of Its Substantive and Procedural Aspects – Part 1. *Bulletin for International Taxation*, 2019, č. 11.
333. ZALASIŃSKI, A. The ECJ's Decisions in the Danish "Beneficial Ownership" Cases: Impact on the Reaction to Tax Avoidance in the European Union. *International Tax Studies*. 2019, č. 4
334. ZELINKOVÁ, R. Nová pravidla pro daňovou uznatelnost úrokových nákladů a jejich dopad na obchodní společnosti. *e-Bulletin KDP*, 2018, č. e12.
335. ZEMAN, Jiří. *Přistoupení k EU a nutnost provádění ústavních změn*. Brno: Masarykova univerzita, 2009.
336. ZÍKA, V. Mnohostranná daňová úmluva. *Finanční, daňový a účetní bulletin*, 2017, č. 3.

337. ZÍKA, V. Projekt BEPS a mezinárodní smlouvy o zamezení dvojímu zdanění. *DAUC.CZ - expertní příspěvky*, 2016.
338. ZÍKA, Václav. Stav mezinárodních smluv o zamezení dvojímu zdanění v České republice. *Finanční, účetní a daňový bulletin*. 2016, č. 1.