

**UNIVERZITA KARLOVA**

**Právnická fakulta**

**Dominika Bazalová**

**Hybridní nesoulady v kontextu českého  
daňového práva**

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Petr Kotáb, Ph.D.

Katedra finančního práva a finanční vědy

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 1.8.2023

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracovala samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 121 619 znaků včetně mezer.

Dominika Bazalová

V Praze dne 1.8.2023

## **Poděkování**

Ráda bych poděkovala JUDr. Petrovi Kotábovi, Ph.D. za cenné rady a připomínky během vedení mé diplomové práce. Dále bych ráda poděkovala své rodině za podporu během psaní této práce, ale i po celou dobu studia.

# OBSAH

ÚVOD .....	1
1. NESOULADY DAŇOVÝCH PRAVIDEL VE SVĚTĚ .....	3
2.1 Snahy o harmonizaci přímého zdanění uvnitř Evropské unie .....	4
2. AGRESIVNÍ DAŇOVÉ PLÁNOVÁNÍ .....	7
3.1 Metody boje proti agresivnímu daňovému plánování .....	9
3.1.1 Zákaz zneužití práva .....	10
3.1.2 General Anti-Avoidance Rules (GAAR).....	10
3.1.3 Specifická pravidla boje proti agresivnímu daňovému plánování.....	11
3.2 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.....	13
3. HYBRIDNÍ NESOULADY .....	17
4.1 Hybridní nesoulady podle OECD BEPS .....	18
4.1.1 Obecné podmínky pro aplikaci pravidel .....	21
4.1.2 Hybridní finanční nástroje .....	22
4.1.3 Hybridní entity .....	26
4.1.4 Importované hybridní nesoulady .....	31
4.1.5 Mezinárodní kritika pravidel OECD .....	32
4.1.6 Závěr .....	36
4.2 Hybridní nesoulady podle Směrnice ATAD .....	37
4.3 Česká transpozice ustanovení o hybridních nesouladech.....	40
4.3.1 Řešení důsledků rozdílné právní kvalifikace (§ 23h ZDP).....	44
4.3.2 Dopady regulace hybridních nesouladů v České republice .....	45
ZÁVĚR .....	50
SEZNAM POUŽITÝCH ZDROJŮ .....	52
Abstrakt .....	59
Abstract .....	61

# ÚVOD

Přeshraniční obchodní transakce jsou stále častější a společně s nimi vyvstává množství otázek, které vyžadují mezinárodní kooperaci. Jednou z těchto oblastí je i problematika přímého zdanění právnických osob. Ke stabilnímu prostředí pro výkon podnikatelské činnosti je třeba docílit určité úrovně právní jistoty, o níž v této oblasti jsou však důvodné pochybnosti.

Jde zejména o nesjednocený postoj států v otázkách přímého zdanění. S tím, jak příležitostí pro výkon podnikatelské činnosti v nadnárodním prostředí přibývá, se mění i důraz na problémy, které s sebou přeshraniční podnikání přináší. Od odstraňování překážek mezinárodního trhu (spočívajících především ve dvojím zdanění) se v posledních desetiletích přesunula pozornost ke zneužívání nejednotnosti jednotlivých daňových režimů ku prospěchu daňových subjektů. Agresivní daňové plánování je celosvětový problém a ukazuje se, že zřejmě není možné jej omezovat výlučně obvyklým uzavíráním vyjasňujících bilaterálních smluv. Z tohoto důvodu se v posledních letech ujala myšlenka koordinovaného postupu proti agresivnímu daňovému plánování pod záštitou některé mezinárodní organizace.

Touto organizací se stala Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD), která po několikaletém výzkumu dokončila v roce 2015 balíček patnácti akčních bodů zaměřujících se na regulaci některých daňových oblastí, v nichž se dlouhodobě ukazuje, že poskytují největší prostor pro vyhýbání se daňovým povinnostem.

Jednou z těchto oblastí je problematika hybridních nesouladů, jejichž zkoumáním se bude zabývat tato práce. Hybridní nesoulady označují situaci, kdy je z důvodu nejednotnosti výkladu právní skutečnosti určitá transakce posouzena odlišně ve dvou nebo více daňových jurisdikcích. Subjekt tak může získat neoprávněnou daňovou výhodu, k níž by neměl přístup, existoval-li by souladný přístup k dané skutečnosti mezi konkrétními dvěma jurisdikcemi.

Po uvedení do obecného kontextu se tato práce bude zabývat vymezením pravidel, která v rámci své činnosti doporučila státům implementovat OECD. Dále bude uvedeno, jaký přístup k implementaci zaujala Evropská unie a na základě toho i Česká republika, která byla

povinna implementovat do svého právního řádu směrnici, do níž byla pravidla zakotvena. Ke každému úseku je připojen oddíl zabývající se kritikou pravidel na jednotlivých úrovních, která se za dobu téměř osmi let od jejich vzniku nakumulovala.

Tato práce se záměrně nezabývá jedním z primárních pramenů mezinárodního daňového práva, kterým jsou jednotlivé smlouvy o zamezení dvojího zdanění. Jak bylo uvedeno výše, ukazuje se, že bilaterální smlouvy nejsou k boji proti agresivnímu daňovému plánování prostředkem dostatečným. To však neznamená, že by jich nebylo nadále třeba. Je nutné postupovat tak, aby i uzavírání těchto smluv odpovídalo mezinárodnímu závazku agresivní daňové plánování omezovat. Nakonec i doporučení OECD pro oblast hybridních nesouladů obsahuje část, která se zabývá úpravou modelové smlouvy OECD o zamezení dvojího zdanění. OECD tak dává najevo, že je třeba postupovat paralelně jak prosazováním nových vnitrostátních pravidel, tak i cestou úpravy v bilaterálních smlouvách. Problematika smluv o zamezení dvojího zdanění je však natolik obsáhlá, že přesahuje možnosti této práce. K tématu smluv o zamezení dvojího zdanění je navíc vzhledem k letitým zkušenostem s touto problematikou již k dispozici obsáhlá odborná literatura. Naproti tomu ohledně doporučení k vnitrostátní implementaci, především pak hybridních nesouladů, se zatím odborná literatura tolik nevyvinula.

# 1. NESOULADY DAŇOVÝCH PRAVIDEL VE SVĚTĚ

Různorodost daňových předpisů vyplývá z mnoha faktorů, ať už je to geografická blízkost mezi státy, historické souvislosti nebo hodnotový řád. Významnou roli v ovlivnění daňových pravidel hrají faktory politické. Ty ovlivňují strukturu samotných pravidel, jejich zaměření na přímé nebo nepřímé zdanění, daňovou progresivitu, ale i různé daňové úlevy a pobídky. Zároveň ovlivňují i jejich efektivitu, tedy jak vysoké příjmy z daní státy skutečně získají. Velkou roli v souvislosti s ochotou subjektů podrobit se určitým daňovým pravidlům hraje i důvěra ve stabilitu a funkčnost systému, což jednoznačně souvisí s celkovou politickou situací v daném státě.<sup>1</sup> Z ekonomického hlediska je povaha daňového režimu založená na úrovni vyspělosti daného státu a jeho institucí. Obecně platí, že vyspělé státy budou mít pravidla komplexnější, připravenější na zátěžové situace. Komplexita daňových pravidel však nemusí být přímo úměrná jejich efektivitě, a naopak může vést k příliš vysokým nákladům na jejich dodržování, což se může projevit jak dalšími problémy při realizaci zdanění, tak neochotou subjektů uskutečňovat na území státu činnost a tím i odlivem zahraničních investic.<sup>2</sup>

Právní regulace v oblasti daní je stále podle mezinárodního konsensu výlučnou pravomocí národních zákonodárců. Pouze na úrovni států jsou činěna rozhodnutí o povaze konkrétních daňových předpisů, ale i o tom, jaké styky bude mít tento stát se zahraničím a v jakých mezinárodních projektech bude aktivně účasten. Různorodost daňových pravidel se tak neváže pouze k vnitrostátním předpisům, ale i k uzavřeným bilaterálním smlouvám a členství v mezinárodních organizacích.

Mezi daňovými pravidly různých států vznikají nesoulady. Ty nelze zcela vyřešit změnami vnitrostátního práva a ustálilo se, že primárním prostředkem jejich odstraňování jsou bilaterální smlouvy o zamezení dvojímu zdanění. Historicky sahají první smlouvy do 19. století.<sup>3</sup> Nejméně od roku 1921 pak probíhala dlouholetá mezivládní spolupráce na modelové dohodě o zamezení dvojímu zdanění, která, ačkoliv v mnoha aspektech nedokonalá,

---

<sup>1</sup> KISER, E., KARCESKI, S. M., *Political Economy of Taxation*. 2017. Str. 83.

<sup>2</sup> OLIVER, T., BARTLEY, S. *Tax system complexity and compliance costs — some theoretical considerations*. 2005.

<sup>3</sup> Jako příklad může sloužit dohoda mezi Velkou Británií a Švýcarskem z roku 1872. Blíže viz JOGARAJAN, S. *The Conclusion and Termination of the "First" Double Taxation Treaty*. 2012.

obsahovala některé myšlenky, na nichž daňové právo stojí dodnes.<sup>4</sup> Problematiku později převzala Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD), jejíž pravidelně připravované modelové dohody o zamezení dvojího zdanění jsou dnes základem pro běžné bilaterální smlouvy.

Smlouvy o zamezení dvojího zdanění se zabývají vyjasňováním klasifikačních konfliktů. Nejsou tedy zaměřeny pouze na odstranění znevýhodnění subjektů podléhajících dvojímu zdanění, ale spíše na zajištění oboustranně spravedlivého zacházení. Toho se snaží docílit vyjasňováním některých základních otázek, jako v kontextu právnických osob například určení zdroje jejich příjmu nebo zacházení s nimi vzhledem k nejednotnému pojetí jejich daňového rezidentství. Smlouvy o zamezení dvojímu zdanění však nevedou k vyjasnění všech mezi státy sporných pravidel, pouze tvoří určitý rámec, za nějž se mají uplatňovat národní zákony.<sup>5</sup> Při přeshraničních aktivitách subjektů tak stále existuje velké množství nevyřešených problémů - nesouladů. V některých případech přitom vznikající nesoulady nelze vyřešit ani následným výkladem a tvoří určité nevyplnitelné mezery, které mohou pro subjekty znamenat snížení jejich daňové povinnosti dokonce i bez toho, aby si toho byly vůbec vědomy. Tento problém je poté zdrojem unikajících příjmů státních rozpočtů, a to tím spíše, když se jich určitý subjekt při realizaci daňového plánování ujme a cílí na jejich zneužití.

## **2.1 Snahy o harmonizaci přímého zdanění uvnitř Evropské unie**

Příslušné orgány Evropské unie si dlouhodobě uvědomují, že systém přímého zdanění v členských státech je nedokonalý a pro vnitřní trh potenciálně škodlivý. Nezávisle na sobě zde existuje 27 právních režimů, které se neshodují v množství podstatných otázek týkajících se konstrukce základu daně a daňové sazby.

V souvislosti s těmito rozdíly vznikají problémy jak pro členské státy, tak pro podnikatele. Na podnikatele, který vykonává činnost v prostředí několika národních daňových režimů, jsou kladeny vysoké nároky na jejich znalost, z čehož mu vznikají náklady na personální a jiné pokrytí monitoringu právních předpisů a jejich častých změn. Státy zase

---

<sup>4</sup> OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)*. 2017. Str. I-1.

<sup>5</sup> Modelová dohoda OECD má 32 článků. Jakkoliv zpracovaná, je jasné, že podrobností zacházení s určitým subjektem se dohoda nemusí vůbec dotknout. OECD. 2017. Viz cit. pozn. 4.



podléhají při neexistenci sjednocené daňové sazby ostré daňové konkurenci. Efektivní sazba daně, kterou stát na svém území stanovují, je klíčovým kritériem především pro příliv zahraničních investic, což následně zásadně ovlivňuje jejich ekonomické ukazatele. Neexistence sjednocených pravidel dále pro státy znamená nemalou finanční ztrátu, která pramení z úsilí společností hledat způsoby, jak se skrze mezery přeshraniční právní úpravy vyhnout placení daní. V prostředí Evropské unie je problematika rozdílných daňových systémů velmi citlivá, protože Evropská unie staví na principech volného pohybu osob, zboží, služeb a kapitálu a přeshraničnímu podnikání tak nejsou stavěny téměř žádné bariéry.

Harmonizace přímého zdanění na úrovni Evropských společenství vyvolává diskuzi již od 70. let 20. století.<sup>6</sup> Snahy o plnou harmonizaci se však ukázaly jako nenaplnitelné, protože dokonce i v rámci Evropské unie státy své pravomoci v daňové oblasti vnímají jako národní privilegium. Z institucionálního pohledu se postup regulace v oblasti přímého zdanění řídí článkem 115 Smlouvy o fungování Evropské unie. K přijetí právního aktu v této oblasti je zapotřebí jednomyslného přijetí Radou zvláštním legislativním postupem po konzultaci s Evropským parlamentem a Hospodářským a sociálním výborem. Právě pro toto ustanovení je fakticky nemožné, aby došlo k plné harmonizaci daňových pravidel v členských státech. Dosažení jednomyslnosti v této otázce se i do budoucna jeví jako velmi nepravděpodobné.

Sjednocování přímého zdanění se proto zatím na úrovni Evropské unie děje působením čtyř mechanismů. V první řadě ovlivňuje pravidla zdanění snaha o optimalizaci daňových předpisů a zároveň přirozená daňová soutěž. Z dostupných zdrojů vyplývá, že jak nominální, tak efektivní sazba daně se od devadesátých let 20. století mění v členských státech poměrně často a sleduje zpravidla dolů směřující trend.<sup>7</sup> V druhé řadě jsou pravidla zdanění příjmů právnických osob ovlivňována judikaturou Soudního dvora EU. Třetím způsobem sblížování předpisů je daňová koordinace. Na jejím základě dochází k formulaci společných cílů a vytváření pravidel, které však svou povahou nejsou právně závazná pro národní právní řády. Prostřednictvím tohoto mechanismu například již od roku 1998 působí Skupina pro kodex

---

<sup>6</sup> EU. Evropský parlament. *Přímé zdanění: Zdanění fyzických a právnických osob*. 2021.

<sup>7</sup> SPENGLER, Ch., SCHMIDT, F., HECKEMEYER, J., NICOLAY, K., et al. *Effective Tax Levels Using the Devereux/Griffith Methodology, Project for the EU Commission TAXUD/2020/DE/308*. 2020. Str. A-1 – A-5.

chování zdanění podniků, která mimo jiné spolupracuje s Radou EU na vedení unijního seznamu nespolupracujících jurisdikcí.<sup>8</sup>

V neposlední řadě je v Evropské unii v daňových otázkách možné nalézt i prvky harmonizace daně z příjmů právnických osob. Skrze sekundární právní akty, zpravidla směrnice, se Evropská unie soustředí na regulaci oblastí, které z hlediska fungování vnitřního trhu považuje za zásadní. Jedná se o striktně vymezené otázky, které nezasahují do obecných pravidel konstrukce základu daně a výše nominální daňové sazby, jejichž určení nechává v působnosti členských států. Je na místě tvrdit, že směrnic týkajících se přímého zdanění je velmi málo. Jedna z oblastí, v níž se Evropská unie rozhodla přistoupit k harmonizaci, je však boj proti agresivnímu daňovému plánování.

---

<sup>8</sup> EU. Rada Evropské unie. *Výsledek jednání: Kritéria a postup pro sestavení unijního seznamu jurisdikcí nespolupracujících v daňové oblasti – závěry Rady (8. listopadu 2016)*. 2016. Str. 3, bod 10.

## 2. AGRESIVNÍ DAŇOVÉ PLÁNOVÁNÍ

Subjekty se za všech okolností snaží chovat maximálně ekonomicky a za tohoto předpokladu snižovat svoji daňovou povinnost všemi dostupnými prostředky. Hranicí dosažení určité minimální úrovně zdanění by však vždy měla být zakazující ustanovení příslušných daňových předpisů. Je-li tato hranice překročena, nejedná se o minimalizaci daňové zátěže, ale o daňový únik, o jehož ekonomičnosti by se však vzhledem k možným následkům pro subjekt dalo pochybovat.

Za použití legálních prostředků je běžným způsobem chování subjektu využívání daňové optimalizace. Subjekt se správně nastavenými vnitřními procesy by měl za daných okolností využívat všech dostupných optimalizačních metod, na jejichž základě je zajištěno, že odvede pouze takovou daň, která odpovídá povaze a rozsahu jeho činnosti. Většina těchto postupů přitom vyplývá přímo z daňových předpisů, některé z nich lze nalézt téměř ve všech světových právních rádech, některé jsou komplikovanější a jejich uplatňování může v přeshraničním styku působit problémy.

Na pomezí daňové optimalizace a daňových úniků stojí agresivní daňové plánování (nebo také vyhýbání se daňovým povinnostem). To spočívá ve snižování daňové povinnosti způsobem, který není ani zakázán, ale ani povolen, ani všeobecně uznáván. Tento společenský jev je přitom obtížné definovat. Může k němu docházet v různé intenzitě, v rámci jednoho či více právních ráků, neexistuje ani jednoznačná závislost na velikosti nebo předmětu činnosti subjektu, který jej potenciálně může praktikovat, byť je jasné, že těmi nejproblematictějšími budou ty ekonomicky nejsilnější společnosti. Vzhledem k tomu, že praktiky agresivního daňového plánování těží z nedostatků zákonné úpravy, nelze je jednotlivě vyjmenovat, protože se budou přizpůsobovat jednotlivým daňovým režimům a rozvíjet se budou kreativním způsobem, který není možné vždy přesně zachytit.

Lze tedy pouze říci, že agresivní daňové plánování je takové aktivní jednání za účelem snížení daňové povinnosti, které přímo neodporuje žádnému ustanovení právních předpisů, avšak je označováno za nespravedlivé a neetické, na čemž panuje dnes již rozšířená shoda.<sup>9</sup> Jediným prvkem, který spojuje jednotlivé praktiky vyhýbání se daňovým povinnostem, je

---

<sup>9</sup> INSTITUTE OF BUSINESS ETHICS. *Tax Avoidance as an Ethical Issue for Business*. 2013.

právě pohyb na hranici zákona a investice do zkoumání jeho nedostatků, prostřednictvím nichž daňový subjekt získá neoprávněnou daňovou výhodu.

I v případě, že agresivní daňové plánování figuruje výlučně v rámci jedné daňové jurisdikce, může přinášet státu značné škody, jejichž výše bude závislá na tom, jak důsledné, celistvé a účinně vymahatelné je místní národní právo. Mezinárodní prostředí však poskytuje mnohem větší prostor pro kreativitu, což nekalým praktikám prospívá. Přenos informací mezi správci daně je pomalejší, struktura subjektů je sama o sobě spleťtější a subjekty mají silnější tržní postavení. V posledních desetiletích, především pak na přelomu tisíciletí, se proto přeshraniční agresivní daňové plánování stalo pro podnikatele extrémně atraktivním. Přispěl k tomu technický pokrok, neustále se zjednodušující přístup k podnikatelské činnosti, otevírání světového trhu a mnoho dalších faktorů. Mezery mezi daňovými systémy lze snadno zneužít, což dnes vede ke škodám až 240 miliard amerických dolarů ročně.<sup>10</sup>

Zda je agresivní daňové plánování legitimním způsobem chování, je přitom složitá otázka. Veřejnoprávní povaha daňového práva by totiž obecně měla způsobit, že rozhodne-li se zákonodárce určitý způsob jednání soukromého subjektu neupravit, existuje jeho právo jednat podle vlastního uvážení. Je věcí každého státu, jakým způsobem bude vykládat svůj právní řád, zda bude jednání směřující k vyhýbání se daňovým povinnostem považováno za neetické a za jakých okolností bude stát proti takovým praktikám zasahovat.

Mezinárodní boj proti agresivnímu daňovému plánování je proto podstatně mladší než ochrana subjektů před dvojitým zdaněním. Ojedinelé pokusy zabránit mu se objevují již desítky let, snaha některých států se stupňovala přibližně od 80. let, kdy byla například v Austrálii zakotvena první pravidla GAAR.<sup>11</sup> Účinnost sporadických pravidel je ale spíše pochybná. Důvodem, proč nemohly být snahy o sjednocení daňových pravidel úspěšné, jsou dlouhodobě se projevující protichůdné zájmy některých daňových jurisdikcí, které mají na subjektech využívajících agresivních praktik užitek jakožto daňové ráje. Možná i více než samotné státy

---

<sup>10</sup> Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting. *Key Figures*.

<sup>11</sup> TRETOLA, J., *Comparing the New Zealand and Australian GAAR*. 2017.

však měly na blokaci mezinárodního dialogu vliv lobbystické skupiny hájící zájmy soukromých společností.<sup>12</sup>

Postoj státních orgánů je ovlivňován těmito zájmovými skupinami, ale rovněž vědeckou činností. V prostředí narůstající globalizace a digitalizace, v níž došlo k výraznému urychlení přenosu informací, se však především značně zjednodušuje schopnost veřejnosti účastnit se společenské diskuze. Tlak na prosazování spravedlivého zacházení nehledě na diskriminační faktory, jako jsou tržní síla a bohatství, se proto neustále stupňuje. Veřejnost je informována o mezinárodních skandálech, jako je trojice kauz Panama Papers, Paradise Papers a Pandora Papers, v poslední jmenované se mimo jiné objevuje jméno Andreje Babiše<sup>13</sup> nebo zpěvačky Shakiry, která dnes čelí obvinění z daňových úniků ve Španělsku.<sup>14</sup> V posledních letech je rovněž diskutována problematika velkých společností, které využitím svého nadnárodního charakteru neodvádějí adekvátní daň především ve státech méně pokročilých ekonomik. Podobné chování, byť většinou zcela legální, je hlasitě odsuzováno, protože má nezanedbatelné dopady na místní hospodářskou situaci.<sup>15</sup>

Veřejné mínění, dlouholetý tlak na rozšiřující se spolupráci ze strany mezinárodních organizací, a především extrémní výše škod, která z agresivního daňového plánování státům plyne, tak vyústily v situaci, v níž je dnes o nemravnosti agresivního daňového plánování diskuze v podstatě ukončena.

### **3.1 Metody boje proti agresivnímu daňovému plánování**

Existuje mnoho způsobů, jak praktikám agresivního daňového plánování zabránit, otázkou zůstává, jak efektivní budou v praxi. Efektivita právní úpravy bude mimo jiné závislá na charakteru konkrétního právního systému, jehož je součástí.

---

<sup>12</sup> Viz např. MEINZER, M., *Countering cross-border tax evasion and avoidance. An assessment of OECD policy design from 2008 to 2018*. 2019. Str. 119. Zde je popsán jeden z příkladů události, kdy se lobbystické skupiny postavily proti mezinárodní kooperaci v oblasti účetního výkaznictví a transparentnosti nadnárodních korporací.

<sup>13</sup> ČT24. *Pandora Papers viní Babiše i další osobnosti ze zneužívání offshorů. Premiér to odmítá*. 2021.

<sup>14</sup> CHENG, A. *Shakira faces over 8 years in prison if convicted of tax fraud in Spain*. 2022.

<sup>15</sup> BBC NEWS. *Facebook, Google and Microsoft 'avoiding \$3bn in tax in poorer nations*. 2020.

### 3.1.1 Zákaz zneužití práva

Jedním z možných řešení je uplatňování generálních klauzulí obecného zákazu zneužití práva. Tento princip je společný mnoha zemím, je však problematické, že se často jedná o princip soukromého práva (ostatně tak je tomu i v České republice) a jeho použitelnost je proto závislá na tom, zda konkrétní stát jeho použitelnost pro právo veřejné umožňuje.<sup>16</sup> Problematické pro praxi rovněž může být, že princip zákazu zneužití práva je pouze obecný a jeho použití tak je limitováno vysokou mírou uvážení, což nakonec nemusí danou situaci vyřešit.

Princip zákazu zneužití práva se objevuje i v právu mezinárodním, ačkoliv nepanuje shoda na jeho přesném obsahu či jeho zdroji.<sup>17</sup> Snad pro jeho neurčitost je ale jeho existence opakovaně zpochybňována.<sup>18</sup> Použitelnost mezinárodněprávního principu zákazu zneužití práva by mohla přicházet v úvahu i v daňové problematice, i když je otázkou, v jakém rozsahu by napomohla proti jednání daňových subjektů přímo. Problematika agresivního daňového plánování však nezahrnuje jednání pouze daňových subjektů, naopak k vyhýbání se daňovým povinnostem přispívají některé státy tím, že vytváří právní systém pro daňové subjekty atraktivní, nehledíce při tom na škodu, kterou tím způsobí státům, jejímž pravidlům by tyto daňové subjekty podléhaly. Důsledné uplatňování principu zákazu zneužití práva v mezinárodním právním prostředí by tak mohlo být nástrojem například proti daňovým rájům.

### 3.1.2 General Anti-Avoidance Rules (GAAR)

Mnoho států se v boji proti agresivnímu daňovému plánování uchýlilo k zavedení GAAR (General Anti-Avoidance Rule).<sup>19</sup> Oproti výše zmíněné generální klauzuli zákazu zneužití práva jsou pravidla GAAR založena již na těsném spojení s problematikou vyhýbání se daňovým povinnostem a jako taková by měla být použitelnější a účinnější pro konkrétní situace. Pojetí pravidel GAAR se ve státech liší, mohou být vytvořena na základě zásady

---

<sup>16</sup> UNITED NATIONS. *Protecting the Tax Base of Developing Countries through the use of General Anti-avoidance Rules*. 2019. Str. 12.

<sup>17</sup> PETER HONGLER. *International Law of Taxation*. 2021. Str. 126-128

<sup>18</sup> Tamtéž.

<sup>19</sup> To je také od roku 2017 zakotveno do OECD pravidelně připravované Model Tax Convention on Income and on Capital. Jedná se o nový článek 29 Dohody. Viz OECD. 2017. cit. pozn. 4. Str. 21.

přednosti obsahu před formou nebo být odvozena přímo od obecné zásady zákazu zneužití práva.<sup>20</sup>

Jako první se pravidla GAAR objevila v 80. letech 20. století v Austrálii, Kanadě a některých dalších zemích.<sup>21</sup> V nedávné době se počet států, které se rozhodly uvést do právního řádu pravidla GAAR, rapidně zvýšil. K jejich obsahu je možné nalézt mnoho publikací, problematikou se rovněž zabývala Organizace spojených národů v rámci „The Platform for Collaboration on Tax“, v níž detailně popisuje podmínky, za nichž pravidla GAAR mohou fungovat a blíže se zabývá jejich obsahem. Portfolio rovněž nabízí několik variant, jak by pravidla GAAR mohla vypadat.<sup>22</sup>

Hlavní podmínkou použitelnosti GAAR je naplnění účelového testu – GAAR se uplatní na ty transakce, jejichž účelem nebo jedním z hlavních účelů je vyhnout se daňové povinnosti.<sup>23</sup> Jejich použitelnost poté přichází v úvahu tam, kam specifická daňová pravidla nedosahují, protože daňový subjekt všechna dodržuje.<sup>24</sup> Právě za tímto účelem jsou GAAR navržena – k řešení situací, k nimž nedosáhnou pravidla vztahující se na konkrétní praktiky agresivního daňového plánování. Vzhledem k tomu, že se z podstaty jedná spíše o poslední možnost při neexistenci konkrétního zákazu, je nepravděpodobné, že by pravidla GAAR mohla figurovat v právních řádech samostatně. I v případě, že je pravidlo GAAR vyjádřeno obsáhle, vždy bude dosahovat vysoké míry obecnosti, což bude v praxi působit problémy týkající se jeho použitelnosti. A to nikoliv pouze ve spojení s otázkou naplnění účelového testu. Lze se rovněž domnívat, že efektivita pravidel GAAR bude závislá na soudní praxi, celkové povaze místního práva a jeho výkladových pravidlech.

### **3.1.3 Specifická pravidla boje proti agresivnímu daňovému plánování**

Středobodem omezování agresivního daňového plánování je vytváření pravidel namířených přímo proti jednotlivým škodlivým praktikám. Bez těchto pravidel by boj proti agresivnímu daňovému plánování neměl šanci na úspěch. Přes neurčitá ustanovení apelující na dodržování právních principů lze pouze korigovat nedostatky právního řádu, nikoliv je

---

<sup>20</sup> Tamtéž, s. 108

<sup>21</sup> TRETOLA, J., 2017. Viz cit. pozn. 11.

<sup>22</sup> UNITED NATIONS. 2017 Viz cit. pozn. 16. Str. 124 – 140.

<sup>23</sup> Tamtéž, Str. 90.

<sup>24</sup> Tamtéž, Str. 93.

považovat za primární zdroj. Je proto nutné, aby zákonodárci neustále v jednotlivých státech vynakládali patřičné úsilí a průběžně identifikovali mezery, z nichž daňové subjekty těží.

Na druhou stranu se však objevují názory, že tento postup má své limity. Za stávající situace si právní řády jednotlivých států jsou natolik různé, že je nikdy nebude možné důsledně propojit a odstranit všechny mezery, které lze zneužít k vyhýbání se daňovým povinnostem. V odborné literatuře je zmiňováno, že vyřešení jednoho problematického aspektu mnohdy otevře cestu k novým nekalým praktikám, jejichž identifikace trvá další roky a vede k dalším daňovým škodám.<sup>25</sup> Je nutné dát za pravdu tvrzením, že nejefektivnějším postupem k zabránění agresivnímu daňovému plánování by byla plná unifikace daňových systémů ve světě. Tato myšlenka je však natolik utopická, že nelze než se smířit s tím, že boj proti daňovým machinacím je nekonečný a lze jej vést jen trpělivým odstraňováním těch praktik, které se podařilo odhalit.

Jak již bylo uvedeno výše, kategorizovat přesně praktiky agresivního daňového plánování není možné. Budou se lišit podle dotčeného právního prostředí a v praxi se navíc často budou prolínat. Je však možné nalézt některá schémata, která jsou využívána často. Jedná se například o:

1. Zneužívání převodních cen za účelem přesouvání výnosů z jednoho státu do druhého;
2. Přeměnu výnosů na příjem z kapitálového majetku;
3. Vyhýbání se daňovým povinnostem skrze koncerny;
4. Přesouvání výnosů do daňových rájů;
5. Úprava povahy transakcí za účelem získání daňové výhody;
6. Transakce za účelem vyhnout se srážkové dani;

---

<sup>25</sup> Viz např. BEPS MONITORING GROUP. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*. 2014. Str. 68 – 69.



7. Přeshraniční přemístění sídla;
8. Využívání hybridních entit a hybridních finančních nástrojů.<sup>26</sup>

Hlavním článkem mezinárodní spolupráce v oblasti boje proti agresivnímu daňovému plánování zůstává již deset let projekt Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) fungující pod záštitou Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD). Od roku 2013, kdy byl založen na základě akčního plánu, vytvořeného na pokyn skupiny G20, sjednotil projekt více než 135 států, které postupně implementují navržená pravidla. Do projektu je zapojena i Evropská unie, která na základě doporučení projektu BEPS prosadila směrnici ATAD a projekt BEPS má tak nepřímý vliv rovněž na daňové právo v České republice.

Pravidla, která projekt BEPS navrhuje, jsou rozdělena do patnácti akčních bodů a dokumentace vztahující se k účelu, smyslu, způsobu a možným dopadům aplikace každého z nich je velmi obsáhlá, což bezpochyby státům mnohé usnadňuje. Na druhé straně, projekt BEPS se zaměřuje na problematiku přibližování různorodých daňových systémů a nevybírám proto z žádného z nich jeho specifika. Kvůli neutralitě navrhovaných pravidel tak přichází v úvahu dvě možnosti. V první řadě státy mohou považovat za nutné obsah pravidel přizpůsobovat svému právnímu řádu, čímž může dojít ke vzniku rozporu s jejich původním účelem. Na druhé straně mohou státy považovat za nutné pravidla implementovat beze změn, přičemž se vystaví nebezpečí, že nebudou vyhovovat konkrétnímu právnímu prostředí.

### **3.2 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**

Agenda proti agresivnímu daňovému plánování je úzce napojena na snahu Evropské unie sjednotit základ daně a daňovou sazbu. Státy Evropské unie jsou si ekonomicky bližší než jakékoliv jiné mezinárodní seskupení, a proto se o sjednocování daňových pravidel vedou

---

<sup>26</sup> UNITED NATIONS. 2017. Viz cit. pozn. 16. Str. 12.

vzrušené diskuze již desítky let.<sup>27</sup> Nejméně od roku 2001<sup>28</sup> je pak v různých podobách připravován návrh Common Consolidated Corporate Tax Base, který však do dnešního dne nebyl přijat. V případě, kdy by se podařilo prosadit sjednocení konstrukce základu daně, případně dokonce jednotnou sazbu daně, odpadla by drtivá většina nedostatků, které alespoň na evropském trhu k vyhýbání se daňovým povinnostem subjekty lákají a z toho důvodu působí veškeré materiály o průběhu regulace zdanění právnických osob dojmem, že agresivní daňové plánování bylo nejméně od roku 2001 spíše doprovodným problémem a většina zájmu směřovala k dokončení harmonizace základu daně.

Nutnost hledání kompromisů, které by dovolily prosadit harmonizaci základu daně, však vedla k tomu, že CCCTB se postupně stal systémem založeným na dobrovolnosti. Původní záměr, který by svou povahou byl schopen zabránit i agresivnímu daňovému plánování, se tak ukázal být nereálným, a naopak odborníci dobrovolné zapojení do programu CCCTB začali považovat za problematictější než akceptovat stávající situaci.<sup>29</sup> V mezidobí, pět let poté co došlo k prvnímu pokusu o prosazení CCCTB, byl ustaven projekt BEPS, jehož práci Evropská unie podporuje od počátku. V roce 2016 se tak Evropská unie rozhodla jednat v rámci iniciativy známé jako balíček opatření proti vyhýbání se daňovým povinnostem, čímž bylo možné v unii dosáhnout alespoň minimální úrovně ochrany proti agresivnímu daňovému plánování. Ještě téhož roku poté došlo k druhému neúspěšnému pokusu k přijetí CCCTB.

Prosazení směrnice ATAD přitom nebyl jediný program balíčku. Došlo mimo jiné také ke změně směrnice 2011/16/EU o správní spolupráci v oblasti daní. Novela zavedla do systému automatické výměny informací povinnost podávat zúčastněným členským státům informace týkající se působení nadnárodních skupin podniků.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Zmínky o agresivním daňovém plánování lze nalézt už v 60. letech. Viz INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION. *The Report of The Fiscal and Financial Committee and The Reports of The Sub-Groups A, B and C. An Unofficial Translation prepared by Dr. H. Thurston*. 1963. Str. 104.

<sup>28</sup> EU. Commission of the European Communities. *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, Towards an Internal Market without tax obstacles, A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU – wide activities*. 2001.

<sup>29</sup> NERUDOVÁ, D. *Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie*. 2014. Str. 87.

<sup>30</sup> EU. *Směrnice Rady 2011/16/EU ze dne 15. února 2011 o správní spolupráci v oblasti daní a o zrušení směrnice 77/799/EHS, 32011L0016*. Příloha III oddíl II odst. 1

ve spojení s

ČR. *Zák. č. 164/2013 Sb. ze dne 2. května 2013, o mezinárodní spolupráci při správě daní a o změně dalších souvisejících zákonů o mezinárodní pomoci při vymáhání některých finančních pohledávek*. § 13zl.

Směrnice ATAD následuje projekt BEPS, ale upozorňuje na skutečnost, že v nynějším stavu nelze dosáhnout plné harmonizace, protože daňové systémy států jsou příliš rozdílné. Směrnice se proto zaměřuje pouze na oblasti, které Evropská unie považuje za stěžejní pro zajištění spravedlivého daňového prostředí na vnitřním trhu a zároveň nechává státům prostor přizpůsobit pravidla národnímu právnímu řádu.<sup>31</sup>

Směrnice se postupně zabývá následujícími oblastmi:

- *Pravidlo pro omezení odčitatelnosti úroků*
- *Zdanění při odchodu*
- *Obecné pravidlo proti zneužívání daňového režimu*
- *Pravidlo pro ovládané zahraniční společnosti*
- *Hybridní nesoulady*

Hybridní nesoulady, které jsou hlavním tématem této práce, budou popsány v dalších kapitolách. Stručně je však nutné se pozastavit nad třetím pravidlem, které vyjadřuje mezinárodního konsensus zakotvit do daňových režimů GAAR. Pravidlo, které stanoví, že při vyměřování daňové povinnosti nelze přihlížet k operacím, které nemají ekonomický účel a slouží pouze k získání neoprávněné daňové výhody, je formulováno obecně, a obdobně, jako bylo popsáno v předchozí kapitole, je hlavním kritériem jeho užití naplnění účelového testu. Ustanovení Směrnice neobsahuje ani demonstrativní výčet, co by bylo možno považovat za operace směřující k získání daňové výhody, přičemž nechává posouzení konkrétních skutkových okolností jednotlivých případů na členských státech. Formulace pravidla je tak dokonce obecnější, než pravidlo GAAR z povahy věci předpokládá.

V České republice bylo ustanovení GAAR implementováno do daňového řádu. Důvodová zpráva k zák. č. 80/2019 Sb., kterým došlo k transpozici ATAD do českého právního řádu k tomuto uvádí, že podobný přístup k implementaci zaujalo mnoho dalších

---

<sup>31</sup> EU. *Směrnice Rady 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*, bod (3) Preambule.

členských států.<sup>32</sup> Systematicky je zásada zařazena do ust. § 8 odst. 4 DŘ, následuje zásadu materiální pravdy vyjádřenou v odstavci 3 téhož ustanovení. Ačkoliv implementace tohoto ustanovení Směrnice byla v souladu s komunitárním právem vyžadována, lze říci, že toto ustanovení nepřináší do praxe správy daní nic nového. Jak uvádí důvodová zpráva k zákonu, kterým bylo pravidlo GAAR implementováno do daňového řádu, je toto již dlouhodobě součástí českého právního řádu jako obecný právní princip a objevuje se dlouhodobě jak v judikatuře, tak činnosti správce daně. Implementací tak došlo pouze k jeho explicitnímu vyjádření.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> ČR. Vláda: *Důvodová zpráva k zákonu č. 80/2019 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti daní a některé další zákony*, č. 80/2019 Dz. bod 2.6.1.

<sup>33</sup> Tamtéž.

### 3. HYBRIDNÍ NESOULADY

Pojem hybridní nesoulad obecně charakterizuje situaci, kdy jeden nebo více subjektů získává daňovou výhodu využitím odlišného právního režimu, na jehož základě je v různých státech jejich činnost předmětem daně.

Zformulovat definici pojmu hybridní nesoulad není jednoduché a nelze se domnívat, že by vůbec jednotná definice existovala.<sup>34</sup> To souvisí i s tím, že hlavní platformou, která se na tuto problematiku zaměřila, je projekt OECD Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting, z jehož pohledu se hybridní nesoulady zaměřují pouze na předem vymezené situace. Vzhledem k jejich povaze však existovaly hybridní nesoulady mnohem dříve, než se jimi vůbec začala jakákoliv organizace zabývat a existují přibližně stejně dlouho, jako přeshraniční formy podnikání. Nelze se ani domnívat, že by jim bylo zabraňováno až od doby, co se do věci vložila OECD.<sup>35</sup> Ať už je rozsah pojmu hybridní nesoulad jakkoliv široký, ustálilo se jeho vnímání v souladu s definicí OECD popsanou v závěrečné zprávě „*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*“, která uvádí následující: „*Hybrid mismatch arrangements are used in aggressive tax planning to exploit differences in the tax treatment of an entity or instrument under the laws of two or more tax jurisdictions to achieve double non-taxation, including long-term taxation deferral.*“<sup>36</sup>

Na úrovni Evropské unie je pojem hybridní nesoulad abstraktně definován v preambuli směrnice ATAD, která je na doporučení OECD vystavěna: „*Hybridní nesoulady jsou důsledkem rozdílů v právní kvalifikaci plateb (finančních nástrojů) nebo subjektů; tyto rozdíly se projevují v situaci, kdy se spolu setkávají právní systémy dvou jurisdikcí. Výsledkem takových nesouladů je často dvojitý odpočet (tj. odpočet v obou státech) nebo odpočet příjmů v jednom státě, aniž jsou zahrnuty do základu daně druhého státu.*“<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> K nejednotnosti pojetí definice hybridní nesoulad blíže viz. HRDLIČKA, L. *Hybrid Mismatches After the ATAD, Theoretical Aspects of International Cooperation in Tax Matters*. 2020. Str. 52 – 54.

<sup>35</sup> Tak například v Dánsku byla pravidla neutralizující některé nesoulady součástí platného práva už od roku 1996: viz BUNDGAARD, J. *Coordination Rules as a Weapon in the War against Cross-Border Tax Arbitrage – The Case of Hybrid Entities and Hybrid Financial Instruments*. 2013.

<sup>36</sup> OECD. *Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting. Action 2 Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements. What is the issue?*

<sup>37</sup> EU. *Směrnice Rady 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*. Bod (13) Preambule.

V českém prostředí, na základě zprávy Generálního finančního ředitelství lze hybridní nesoulady definovat následovně: „Hybridní nesoulady jsou zvláštními druhy nesouladů mezi právními řádami, které vznikají v důsledku existence hybridního prvku. V důsledku existence tohoto hybridního prvku dojde k odlišnému posouzení určité právní skutečnosti dvěma nebo více právními řádami, přičemž v důsledku tohoto rozdílného posouzení dojde tzv. k dvojímu odpočtu nebo k tzv. odpočtu bez zahrnutí.“<sup>38</sup>

## 4.1 Hybridní nesoulady podle OECD BEPS

Hybridní nesoulady se jako jeden z hlavních cílů regulace objevují už od počátku fungování projektu BEPS. První celistvé doporučení pro spolupracující státy vydal projekt BEPS v roce 2015 v rámci zprávy *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*.<sup>39</sup> Zde je navržen systém pravidel, jak jim předcházet. V různých kapitolách se zpráva soustředí na hybridní finanční nástroje a hybridní entity. V roce 2017 poté přibyla samostatná kapitola stálých provozoven.<sup>40</sup>

Ačkoliv poslední jmenovaná skupina spadá do téhož balíčku projektu BEPS, její zařazení se velmi vymyká ostatním tématům, která jsou zde upravena. V prvé řadě už z názvu plyne, že problematika stálých provozoven není hybridní.<sup>41</sup> Především však pravidla pro hybridní nesoulady, jak budou popsány níže, se drží určení právní povahy finančního nástroje nebo entity, přičemž právě z nejednotnosti tohoto určení v rámci více daňových režimů plyne některému ze subjektů daňová výhoda. V případě problematiky stálých provozoven však není sporná ani povaha entity (tou je z každého pohledu stálá provozovna), ani povaha transakce (protože z hlediska obchodněprávního je každá platba směřující stálé provozovně majetkem jejího vlastníka). Z toho důvodu jsou nesoulady spojené se stálou

---

<sup>38</sup> ČR. Generální finanční ředitelství. *INFORMACE GENERÁLNÍHO FINANČNÍHO ŘEDITELSTVÍ k aplikaci zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů, ve vztahu k problematice ATAD.*

<sup>39</sup> Zpráva však nevznikla z ničeho a navazuje na delší snahu OECD tento problém adresovat. Její počátek lze vystopovat nejméně do roku 2010, kdy OECD vydala zprávu *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*. Je přitom nepochybné, že se jedná především o reakci na probíhající ekonomickou krizi, v níž vystupňovaly obavy z rozšiřování praktik agresivního daňového plánování: Viz. OECD. *Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting. Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*. Str. 3.

<sup>40</sup> Viz OECD/G20 BEPS PROJECT. *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements. Action 2: Inclusive Framework on BEPS*. 2017.

<sup>41</sup> Slovo hybridní ani není v kontextu stálých provozoven ve zprávě (2017) užito jinak, než jedná-li se o připodobnění následků určitého nesouladu stálé provozovny k následkům jednoho z pravidel hybridních nesouladů z roku 2015.

provozovnou striktně spojené pouze s oblastí daňového účetnictví.<sup>42</sup> Pokud přitom tyto skutečnosti vztáhneme na definici hybridních nesouladů, pak je jasné, že ani té problematika stálých provozoven nevyhovuje. Ačkoliv tedy například směrnice ATAD obsahuje pravidla pro nerozpoznanou stálou provozovnu a označuje je za součást pravidel pro hybridní nesoulady, je třeba o stálé provozovně přemýšlet spíše odděleně. Z téhož důvodu také nebude problematika stálých provozoven předmětem zkoumání této práce.

System blokace hybridních nesouladů podle BEPS je založen na tzv. obranných pravidlech („linking rules“).<sup>43</sup> Ty spočívají na posouzení právní povahy určité transakce na základě daňových pravidel obou jurisdikcí a porovnání následků, které z daňového hlediska transakce ponese. Následně, je-li odhalen nesoulad spočívající v tom, že alespoň jedna ze stran této transakce dosahuje určité daňové výhody, která by nevznikla, uskutečnila-li by se transakce pouze v rámci jedné daňové jurisdikce, předpokládají pravidla uplatnění určitého korigujícího opatření.

Nežádoucí následky rozdílnosti dvou daňových režimů popisuje zpráva dvojí. V první řadě se jedná o odpočet bez zahrnutí, který nastane v případě transakce s hybridním finančním nástrojem, prostřednictvím hybridního plátce (v některých případech) nebo reverzní hybridní entity. V takovém případě navrhuje OECD, aby přednostně jurisdikce plátce odepřela odpočet platby z uskutečněné transakce, kterou by za normálních okolností považovala za daňově uznatelný výdaj (typicky platba úroku). Nezareaguje-li správce daně plátce na vznik hybridního nesouladu, měl by správce daně příjemce vyměřit daň za přijatou platbu, která by za normálních okolností v této daňové jurisdikci dani nepodléhala (typicky výnos z účasti od daně osvobozený).<sup>44</sup>

Druhou skupinou nežádoucích následků je dvojí odpočet, k němuž dochází při uskutečnění transakce skrze hybridní entitu nebo následkem duálního rezidentství subjektu. Primární reakce na tuto situaci by měla být ze strany daňové jurisdikce investora subjektu a teprve pokud tato nezareaguje, měla by odpočet odepřít jurisdikce plátce.<sup>45</sup> V případě

---

<sup>42</sup> OECD/G20 BEPS PROJECT. *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements. Action 2: Inclusive Framework on BEPS*. 2017. Str. 13, bod 1.

<sup>43</sup> OECD/G20 BEPS PROJECT. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, ACTION 2: 2015 Final Report*. 2015. Str. 11.

<sup>44</sup> Tamtéž, str. 17, bod 7.

<sup>45</sup> Tamtéž, str. 17, bod 8.

duálního rezidentství by pak měly reagovat obě jurisdikce v tom rozsahu, dokud nebude hybridní nesoulad odstraněn.<sup>46</sup>

Podstatou doporučení ke změnám vnitrostátních pravidel tedy je pouze eliminovat následky vzniku hybridního nesouladu, a nikoliv zásah do průběhu transakcí mezi soukromými subjekty, ani posun ke sblížení různorodých daňových pravidel. Ačkoliv zpráva počítá s tím, že bude třeba se zabývat v kontextu národních daňových režimů některými právními otázkami týkajícími se přímo poměrů, z nichž hybridní nesoulady mohou vzniknout,<sup>47</sup> nedává zpráva téměř žádné indicie k tomu, jak by jednotlivé státy tyto otázky měly vyřešit. Tím se stává legitimní obava, zda výsledkem takové úpravy nemůže být další oddalování daňových pravidel nebo snad i chaos spočívající v náhlé nutnosti upravit určitým závazným způsobem problematiku, v níž nemají státy žádnou praxi a nejsou tak schopni plně vyhodnotit její důsledky.<sup>48</sup> Na druhou stranu je svým způsobem postup OECD pochopitelný. Právní úprava hybridních nesouladů míří totiž z povahy věci velmi hluboko a musí se vyrovnat s otázkami, v nichž jednotlivé státy cítí svoji výlučnou pravomoc. Přílišné zásahy do těchto choulostivých oblastí by tak mohly způsobit neochotu států výsledná pravidla implementovat.

Je nutné poznamenat, že pravidla pro hybridní nesoulady nejsou v žádném případě namířena výlučně proti agresivnímu daňovému plánování. Naopak, nikde ve zprávě se neobjevuje zmínka o tom, že by podmínkou pro uplatnění pravidel vůbec byla aktivní činnost subjektu vedoucí k vytvoření hybridního nesouladu. Taková domněnka by byla navíc v rozporu s definicí strukturovaného uspořádání. Zde jediné se výslovně předpokládá, že subjekty figurující v určité transakci o hybridním nesouladu věděly nebo jej přímo zamýšlely.<sup>49</sup> Důsledkem existence strukturovaného uspořádání přitom bude pouze to, že dojde k rozšíření použitelnosti pravidel na subjekty nespádající do téže skupiny.<sup>50</sup> Existuje tedy široká škála pravidel v rámci úpravy, kde není vůbec nutné, aby si subjekty byly vůbec vědomy, byť jen rizika, že by k hybridnímu nesouladu mohlo dojít. Z historie projektu BEPS

---

<sup>46</sup> Tamtéž, doporučení č. 7 odst. 1 písm. a).

<sup>47</sup> Tak například problematika definice finančního nástroje (OECD. 2015. Viz. cit. pozn. 43, str. 36, bod 65), postup stanovení, co znamená dvojí zahrnutí (OECD. 2015. Viz. cit. pozn. 43, str. 50, bod 117), otázka naplnění souvislosti mezi hybridním odpočtem a importovaným hybridním nesouladem (OECD. 2015. Viz. cit. pozn. 43, str. 86, bod 245), apod.

<sup>48</sup> V kontextu posuzování hybridních nesouladů ostatně neměla žádnou zkušenost ani Česká republika.

<sup>49</sup> OECD. 2015. Viz. cit. pozn. 43, doporučení č. 10 odst. 1.

<sup>50</sup> Předpokladem uplatnění každého z pravidel (mimo pravidla pro duální rezidentství, u nějž to není smysluplné) je existence transakce mezi subjekty z téže skupiny nebo existence strukturovaného uspořádání. OECD. 2015. Viz. cit. pozn. 43.



i samotného kontextu zprávy však jednoznačně vyplývá, že hlavním účelem, proč byla pravidla vytvořena, je zamezit právě agresivnímu daňovému plánování.<sup>51</sup>

#### 4.1.1 Obecné podmínky pro aplikaci pravidel

Všechny druhy hybridních nesouladů tak, jak je vnímá OECD, mohou vzniknout pouze tam, kde existují spřízněné osoby nebo skupina<sup>52</sup> nebo strukturované uspořádání.

Zpráva se při vymezení spojení osob neomezuje na hlasovací práva. Pro zajištění nejširší možné použitelnosti se počítá v účasti ve všech možných typech uskupení, včetně svěřenských fondů, spolupráce na bázi joint venture apod.<sup>53</sup> Tímto způsobem počítá zpráva s možností (samozřejmě se zohledněním konkrétních vnitrostátních pravidel), že se za spřízněnou osobu bude považovat například správce svěřenského fondu, který ačkoliv není v terminologii obchodních korporací osobou s hlasovacími právy, může mít stoprocentní rozhodovací pravomoc na aktivitách fondu, i když není schopen ovlivnit povahu fondu jako takového.<sup>54</sup> Naopak mimo předpoklady se nachází takové typy účasti, k nimž nenáleží žádný podíl na rozhodování. Vlastníci účastnických cenných papírů, z nichž plyne právo podílet se na zisku společnosti ale nikoliv na rozhodování, budou tak z definice vyloučeni.<sup>55</sup>

Posouzení otázky, zda existuje strukturované uspořádání má objektivní charakter a nemělo by být omezeno zkoumáním toho, co bylo skutečným úmyslem jejích stran, přičemž posouzení by se mělo vztahovat na dohodu jakožto celek, a nikoliv pouze na tu transakci, při níž přímo vznikl nesoulad. K posouzení ujednání stran se přistupuje z objektivní pozice nezávislého třetího a následky se nevztahují na ty účastníky transakce, kteří z ujednání nemají

---

<sup>51</sup> To vyplývá již z úvodu zprávy: „*The role played by hybrid mismatch arrangements in aggressive tax planning has been discussed in a number of OECD reports.*“ (...) „*Apart from impacting on tax revenues, the Hybrids Report also concluded that hybrid mismatch arrangements have a negative impact on competition, efficiency, transparency and fairness.*“ OECD. 2015. Viz. cit. Pozn. 43, str. 15.

<sup>52</sup> Jak vyplývá z doporučení č. 11: Spřízněnými osobami se ve smyslu zprávy rozumí osoby patřící do téže skupiny nebo takový vztah, v němž jedna osoba má alespoň 25 % podíl nebo existuje třetí osoba, která drží alespoň 25 % podíl v obou z nich. Skupinou se pro účely zprávy rozumí konsolidované skupiny pro účely vedení účetnictví, uskupení, v němž jedna osoba má podíl, který jí zajišťuje efektivní kontrolu nad druhou osobou nebo existuje třetí osoba, která takovou kontrolu má nad oběma osobami, uskupení, v němž jedna osoba drží alespoň 50 % podíl v druhé osobě nebo existuje třetí osoba, která takový podíl drží v obou osobách nebo uskupení podle čl. 9 modelové dohody OECD o zamezení dvojího zdanění. OECD. 2015. Viz. cit. pozn. 43.

<sup>53</sup> Tamtéž, str. 114, bod 355.

<sup>54</sup> Tamtéž, str. 115 bod 356.

<sup>55</sup> Tamtéž, str. 115 bod 360.

žádný prospěch nebo si jej nemohli být vědomi.<sup>56</sup> Strukturované uspořádání předpokládá určitý krok, který způsobí, že transakce nebude podléhat pravidlům hybridních nesouladů. Typickým příkladem takové situace bude případ, kdy za účelem dosažení nesouladu bude do transakce mezi spřízněnými osobami zatažen třetí subjekt, jehož postavení jako prostředníka zamezí použitelnosti pravidel.<sup>57</sup>

#### 4.1.2 Hybridní finanční nástroje

První oblastí, jíž zpráva upravuje, jsou pravidla pro neutralizaci nesouladu z použití hybridního finančního nástroje. Jedná se o situace, kdy v důsledku operace mezi spřízněnými podnikatelskými subjekty týkající se finančního nástroje dojde k odpočtu bez zahrnutí („D/NI outcome“), a to z důvodu, že v různých státech, z nichž subjekty pochází, není jednotně definován použitý finanční nástroj. Přitom drtivá většina případů, v nichž k takovému důsledku dojde (a na jejichž úpravu zpráva jednoznačně míří), bude spojena s tím, že jedna z dotčených daňových jurisdikcí bude finanční nástroj považovat za účastnický cenný papír, z něž plyne poplatníkovi dividenda osvobozená od zdanění či z níž plyne poplatníkovi jiné daňové zvýhodnění. K odpočtu bez zahrnutí dojde tehdy, když tomuto důsledku nebude zabráněno předem pravidly, která poplatníka zbavují těchto výhod.<sup>58</sup>

Pojem finanční nástroj ve zprávě ale není definován, OECD totiž uznává, že hlavní slovo v tomto smyslu mají jednotlivé daňové jurisdikce. Na druhou stranu takové konstatování může být z hlediska funkčnosti pravidel proti hybridním nesouladům palčivé. Na co nejširším vymezení finančního nástroje totiž celá úprava stojí a OECD tak alespoň dává najevo svoji plnou podporu tomu, aby státy svoje existující definice v co nejvyšší možné míře rozšířily.<sup>59</sup> Zpráva v tomto ohledu tedy pouze udává, že finančním nástrojem se rozumí takové dohody, na něž je z daňového hlediska nahlíženo jako na dluh, účastnický cenný papír nebo finanční derivát.<sup>60</sup> V rámci zachování co nejširší možné použitelnosti doporučení zde není ani upřesněno, jaké konkrétní typy finančních nástrojů mohou potenciálně vést k hybridnímu nesouladu.

---

<sup>56</sup> Tamtéž, str. 108 bod 319, 320.

<sup>57</sup> Zpráva obsahuje příklady, které se zabývají možnou podobou strukturovaného uspořádání, jedním z nich je Příklad 10.2. Tamtéž, str. 435.

<sup>58</sup> Doporučení č. 2 se zabývá tím, že státy by měly uplatnit pravidla prevence, která zajistí, že k existenci hybridního finančního nástroje vůbec nedojde.

<sup>59</sup> OECD. 2015. Viz. cit. pozn. 43, str. 25, bod 19.

<sup>60</sup> Tamtéž, doporučení č. 1 odst. 2 písm. a).

Je tedy otázka, jaký dosah by úprava hybridních finančních nástrojů měla mít. V některých případech se bude týkat takových transakcí, jejichž podkladovým aktivem bude finanční nástroj v podobě, jak je z definice vnímán celosvětově. Ostatně nejtypičtějším příkladem hybridního nesouladu vůbec je situace, v níž je určitý finanční nástroj považován za akcii v jedné jurisdikci a za dluhový cenný papír v druhé jurisdikci, přičemž z obou stran nemůže být pochyb o tom, že se o finanční nástroj jedná. Z toho vyplývá hybridní nesoulad spočívající v posouzení pozdějších důsledků platby z jedné strany jako dividendy, z druhé strany jako úroku. Z hlediska rozšířených pravidel proti zamezení vícenásobnému zdanění dividend přitom v takové situaci vznikne jedné straně nárok na daňový odpočet, přičemž příjemce nebude povinen zahrnout platbu do svého běžného příjmu.

K takové situaci může přitom dojít mnoha způsoby, čímž se zabývají jednotlivé příklady v závěru zprávy. Jednou z možností je zvláštnost podmínek, za nichž mateřská společnost poskytne finanční prostředky dceři. Je-li totiž dluhový finanční nástroj nastaven jako podřízený ostatním dluhům, z nichž je dceřiná společnost povinna, případně existují další podmínky, při nichž například dceřiná společnost není povinna splácet dluh za předpokladu naplnění určitých kritérií, může dojít k tomu, že vstup prostředků do dceřiné společnosti bude vnímán jako zvýšení účasti, přičemž z transakce plynoucí úroky budou tím považovány za dividendu.<sup>61</sup>

Hybridní nesoulad z hybridního finančního nástroje však nemusí vždy vzniknout z nejednotného výkladu finančního nástroje samotného. Například OECD dochází k názoru, že hybridního nesouladu v tomto smyslu lze docílit i v případě, kdy není pochyb o povaze finančního nástroje, který vyjadřuje účast v zahraniční právnické osobě a platby z něj plynoucí mají tedy jasnou povahu dividendy. Může totiž dojít k situaci, kdy je transakcí spuštěn mechanismus existující pro zabránění daňové nevýhody ve smyslu dvojího zdanění dividendy simultánně v obou státech. Podle zprávy totiž některé jurisdikce umožňují svým poplatníkům uplatnit slevu na dani, odpovídající alespoň části dividendy vyplacené do cizího státu. Je-li však v daňové jurisdikci příjemce regulována typická výjimka, z níž plyne právo přijatou dividendu nezahrnout do běžného příjmu, vznikne spojeným osobám daňová výhoda.<sup>62</sup> Další příklad uvádí problematiku konvertibilního dluhopisu, který je mezi dvěma

---

<sup>61</sup> Tamtéž, str. 175 - Příklad 1.1.

<sup>62</sup> Tamtéž, str. 205 - Příklad 1.11.

státy posuzován odlišně nikoliv jako celek, ale vzhledem k ceně za opci.<sup>63</sup> Další z možností je odpustitelný úrok, který je-li nezaplacen, považuje se za příspěvek do vlastního kapitálu. Ze strany splácející osoby je považován vždy za odečitatelný úrok, ať je zaplacen nebo nikoliv.<sup>64</sup> Všechny tyto příklady, které vedou k hybridnímu nesouladu, přitom vykazují společný znak spočívající v tom, že nezpochybňují ani v jedné daňové jurisdikci, že transakce se týká určitého finančního nástroje, byť některé otázky týkající se jeho vnitřní povahy nejsou jednotné.

V některých případech však posouzení povahy transakce tak snadné nebude, jelikož dvě jurisdikce se nebudou shodovat ani na otázce, zda v této transakci vůbec došlo za použití finančního nástroje. Zpráva v odůvodnění výslovně některé typy transakcí vylučuje, a to i přes skutečnost, že sama podporuje co nejširší užití pojmu finanční nástroj. Jedná se například o vynětí závazků vzniklých z nájmu, pojištění a podobných transakcí, tedy takových, které z povahy věci nezahrnují nesoulad spočívající v nesrovnalosti mezi účastí v určité entitě a dluhem.<sup>65</sup>

Pravidla pro hybridní finanční nástroje tedy budou dopadat pouze na předem vymezené situace - přes obecné podmínky, kterými je transakce mezi spřízněnými osobami nebo pod záštitou strukturovaného uspořádání, až po specifické podmínky zahrnující existenci finančního nástroje, který reprezentuje financování nebo účast na určité entitě. I v případě, že však všechny tyto podmínky splněny nejsou, může být transakce považována za podléhající pravidlům pro hybridní finanční nástroje v určitých případech převodů aktiv.

Hybridní převod (*Hybrid transfer*) je druhým případem transakce, za níž platí pravidla pro hybridní finanční nástroje. Podle zprávy se jedná o situaci, v níž dojde k určitému převodu majetku a každá daňová jurisdikce vnímá svého poplatníka jako vlastníka podkladového aktiva a práv z něj plynoucích. Jedná-li se totiž o transakce s finančním nástrojem, je nutné rozlišit finanční nástroj a z něj plynoucí práva a povinnosti jako celek a transakci v užším slova smyslu, to znamená převod finančního nástroje a okolnosti, za nichž je s finančním nástrojem nakládáno. Ačkoliv mají pravidla hybridních finančních nástrojů své jasně vymezené podmínky, je hybridní převod určitým rozšířením na situace, kam by za

---

<sup>63</sup> Tamtéž, str. 221 - Příklad 1.16.

<sup>64</sup> Tamtéž, str. 230 - Příklad 1.21.

<sup>65</sup> Tamtéž, str. 35, bod 64.

normálních okolností pravidla pro hybridní finanční nástroje nedosahovala, jelikož transakce alespoň z pohledu jedné jurisdikce nebude považována za přímý důsledek existence finančního nástroje. V takovém případě se bude jednat o konflikt daňových pravidel v souvislosti s určitým typem převodu aktiv z jednoho subjektu na druhý a z jedné strany se tak vnitřní práva a povinnosti budou považovat za související přímo s učiněným převodem. V jedné daňové jurisdikci tak dojde k odpočtu platby, která zde bude vnímána jako výnos podkladového aktiva. Z druhé strany bude přitom tato platba považována za součást převodu neboli součást ceny transakce, a tedy nebude tvořit zdanitelný zisk.

Ačkoliv se nemusí jednat výlučně o tyto situace, zpráva uvádí, že pravidla hybridních převodů jsou především cílena na repo-operace a půjčky cenných papírů.<sup>66</sup> Modelovým příkladem repo-operace je situace, v níž společnost A chce získat financování od samostatné společnosti B, přičemž transakce má být zajištěna převodem akcií, které vlastní společnost A, na společnost B. Je sjednáno, že po uplynutí určité doby budou akcie převedeny zpět na společnost A za předem dohodnutou cenu. Společnost B přitom v rámci transakce má nárok na úrok v určité výši, přičemž částečná nebo celá hodnota úrokového výnosu je však společnosti B poskytnuta tím, že společnost B obdrží výplatu dividendy. Dividenda tedy náleží společnosti B přímo a v případě této transakce se nepřevádí společnosti A. K hybridnímu nesouladu dojde tehdy, pokud právní řády států, v nichž je společnost A a společnost B daňovými poplatníky, se neshodnou na otázce, zda bude tato transakce posuzována podle své formy nebo obsahu, pokud se týká určení, kdo je skutečným vlastníkem účastnických cenných papírů.<sup>67</sup> Podobným způsobem je možné vymezit příklad půjčky akcií, rozdíl však bude spočívat v tom, že platby pramenící z držby akcií společnosti B nebudou náležet společnosti B, ale tato je bude muset společnost A po jejím uskutečnění nahradit.<sup>68</sup>

Pravidla hybridního převodu jsou tedy ve své podstatě uvolněním některých striktních podmínek, za nichž pouze mohou pravidla pro hybridní finanční nástroje fungovat. Ačkoliv je možné nalézt některé situace, v nichž i pravidla hybridních finančních nástrojů v užším slova smyslu vyvstanou v souvislosti s platbou, která v jedné z daňových jurisdikcí není kvalifikována jako finanční nástroj, bude se jednat o situace spíše sporadické. Navíc

---

<sup>66</sup> Tamtéž, str. 38, bod 73.

<sup>67</sup> Tamtéž, str. 256 - Příklad 1.31.

<sup>68</sup> Tamtéž, str. 261 - Příklad 1.32.

skutečnost, že jedna z daňových jurisdikcí nekvalifikuje vůbec transakci za použití finančního nástroje, se odrazí v rozsahu použitelnosti pravidel, v nichž nebude možné nutit daňovou jurisdikci, aby považovala za finanční nástroj transakci, která podle jejích pravidel vůbec není finančním nástrojem, což může vést k tomu, že i druhá daňová jurisdikce bude omezena v rozsahu úprav, které může provést.<sup>69</sup> Hybridní převod naopak předpokládá, že jedna daňová jurisdikce nebude kvalifikovat transakci jako finanční nástroj. Jak vyplývá z výše uvedeného příkladu, je v případě hybridních převodů uvolněna i podmínka spřízněnosti zúčastněných entit.

Úprava pravidel hybridních finančních nástrojů je doplněna o pravidla pro náhradní platby (*substitute payment rules*), které mají zabránit tomu, aby platby související s finančními nástroji byly zastírány, čímž by mohlo dojít k obcházení pravidel hybridních finančních nástrojů. Jedná se o další prolomení podmínek, za nichž jsou definována pravidla pro hybridní finanční nástroje, když nebude podstatné, za jakých okolností došlo k odpočtu bez zahrnutí a není proto třeba, aby hybridní nesoulad vznikl v kontextu podmínek přímo souvisejících s finančním nástrojem.<sup>70</sup> Lze-li tedy dojít k závěru, že došlo k odpočtu bez zahrnutí, aniž by tato daňová výhoda byla přičitatelná podmínkám finančního nástroje, existuje pravidlo pro náhradní platby vždy jako možnost, že pravidla pro hybridní finanční nástroje stále lze uplatnit. Podstatné je, zda by určitá transakce byla považována za hybridní finanční nástroj, došlo-li by k uskutečnění transakce způsobem, který odpovídá jejímu ekonomickému účelu.

### 4.1.3 Hybridní entity

Pravidla pro hybridní entity je druhou kategorií pravidel, na něž se OECD rozhodla zaměřit. Obecně vzato se jedná o takové útvary, jejichž právní povaha není jednoznačná z pohledu dvou států pro účely stanovení daňové povinnosti. Hybridní entitou je takový subjekt, který v jurisdikci jednoho správce daně je běžným poplatníkem daně z příjmu právnických osob, zatímco jinde nikoliv. Jinak řečeno zde existuje rozpor mezi tím, zda je subjekt transparentní entitou a v jakém rozsahu.

---

<sup>69</sup> Viz OECD. 2015, cit. pozn. 43, str. 242 - Příklad 1.25. Stát B, který vnímá transakci jako finanční nástroj, je povinen uplatnit subsidiární pravidlo zahrnutí, nicméně pouze na tu část příjmu, která je výnosem. Vzhledem k tomu, že ten je už ve státě B zdaněn podle obvyklých daňových pravidel, není zde co upravit.

<sup>70</sup> Tamtéž, str. 26, bod 26.

Nežádoucím výsledkem, který budou pravidla neutralizovat, zde může být jak odpočet bez zahrnutí, tak dvojitý odpočet. Podstatou pravidel není sledovat povahu určité transakce (jak tomu bylo v případě hybridního finančního nástroje), ale hodnotit právní status jednotlivých stran transakce a otázku, zda je určitý subjekt skutečně oprávněn určitou platbu odečíst od zdanitelného příjmu.<sup>71</sup> Tím se situace do značné míry komplikuje, protože právní povaha podnikatelských subjektů je založena na komplexním pojetí tohoto subjektu z hlediska určitého právního řádu a ve složitých strukturách navíc málokdy bude figurovat problematický subjekt pouze jediný. Identifikace hybridního nesouladu pramenícího z jednání hybridního plátce tak bude velmi náročná, na což upozorňuje i zpráva, která propaguje, aby státy zavedly pravidla co nejtransparentnější, snižující jak administrativní náklady států, tak nezbytné náklady subjektů na zajištění souladu s právním řádem.<sup>72</sup>

V minulé kapitole probíraná pravidla pro hybridní finanční nástroje jistě obsahují některé aspekty, které budou v konkrétní transakci velmi těžko definovatelné. Rozhodně se nedá říct, že by bylo možné je aplikovat bez vynaložení značného úsilí správce daně, který nemusí jen být schopen transakci správně definovat na základě více daňových režimů, ale především musí být schopen příslušnou transakci s hybridním finančním nástrojem identifikovat, což se v praxi ukáže jako mnohem složitější. Stále však pravidla pro hybridní finanční nástroje stojí na poměrně jasně vymezených předpokladech použitelnosti a zpráva v mnoha případech dává důrazně najevo, na jaké transakce přesně je to či ono pravidlo zaměřeno.<sup>73</sup> Naproti tomu se pravidla pro hybridní entity rozpadají do více kategorií a jejich vysvětlení v rámci zprávy je jednotlivě stručnější, s neporovnatelně menším počtem praktických příkladů. Jedná se tak ve výsledku o mnohem obecnější úpravu, která předpokládá větší úvahu zákonodárce, pokud se týká jejího optimálního způsobu implementace do právního řádu konkrétního státu.<sup>74</sup>

Za evidentně nejproblematictější aspekt považuje zpráva otázku hodnocení dvojího zahrnutí a jeho promítnutí do pravidel. Jedná se o výjimku, která je zakotvena přímo v pravidlech a znamená, že korekci podle pravidel lze užít pouze na částku převyšující příjem, který byl zahrnut do příjmu dotčených subjektů vícekrát, čímž se dvojitý odpočet

---

<sup>71</sup> Tamtéž, str. 51, bod 122.

<sup>72</sup> Viz např. OECD. 2015, cit. pozn. 43, str. 50, bod 117 nebo str. 68, bod. 184.

<sup>73</sup> Tak například pravidlo pro hybridní převody, které jsou zaměřeny především na repo-operace.

<sup>74</sup> Tomu svědčí zpráva i explicitně, když v mnoha případech předpokládá jak potřebu, aby některá pravidla státy upravily podle vlastních potřeb, tak aby zároveň upravily některá svá existující pravidla.

neutralizuje sám.<sup>75</sup> Zároveň je však kladen důraz na to, aby byla zachována pravidla zamezení dvojímu zdanění a podle zprávy je tak jako dvojí zahrnutí nutné vnímat i situace, kdy nedojde ke zdanění určitého příjmu pouze z důvodu uplatnění speciálních pravidel k zamezení dvojímu zdanění.<sup>76</sup> Posouzení dvojího zahrnutí bude tedy možné pouze za zhodnocení jednotlivých plateb a zacházení s nimi, což je velmi zdlouhavé a hlavní roli ve stanovení jasných pravidel zde proto musí hrát vnitrostátní legislativa.

### ***Hybridní subjekt***

Hybridním subjektem (*hybrid payer*) je takový subjekt, který je vnímán jako řádný daňový poplatník z pohledu vlastní daňové jurisdikce, ale nikoliv z pohledu jurisdikce svého investora.<sup>77</sup> Pravidla se pak vztahují na jednotlivé hybridní platby, a to ve dvou skupinách podle toho, zda učiněná platba směřuje od hybridního subjektu k jeho investorovi, čímž vznikne následek odpočtu bez zahrnutí,<sup>78</sup> nebo směrem ven, čímž vznikne dvojí odpočet.<sup>79</sup>

### ***Nerozpoznaná hybridní platba***

Jedná se o první z uvedených případů. Ačkoliv zpráva poukazuje na některé metody, jak lze dojít hybridního nesouladu podle této části,<sup>80</sup> uvádí, že není vůbec podstatné, jakým způsobem k nesouladu došlo.<sup>81</sup> Hlavní podmínkou užití pravidla je pouze existence odpočtu určité platby od zdanitelného příjmu na straně plátce. Přitom v interakci s pravidly pro hybridní finanční nástroje je třeba v první řadě uvažovat o tom, zda nelze uplatnit toto pravidlo, které bude v případech, kdy je to možné, vždy uplatnitelné přednostně.<sup>82</sup> Lze se tedy domnívat, že pravidla nezohledněných plateb budou figurovat tehdy, kdy nebudou naplněny podmínky pravidel pro hybridní finanční nástroje, a to především dvěma způsoby:

- a) Povaha daňové výhody nebude pramenit přímo z vnitřních poměrů finančního nástroje, nebo

---

<sup>75</sup> OECD. 2015. Viz cit. pozn. 43, doporučení č. 3 odst. 1. písm. c) a d).

<sup>76</sup> Tamtéž, str. 52, bod 126.

<sup>77</sup> Tamtéž, doporučení č. 3 odst. 2 písm. b).

<sup>78</sup> Tamtéž, str. 50, bod 115.

<sup>79</sup> Tamtéž, str. 68, bod 181.

<sup>80</sup> Tamtéž, str. 54, bod 136.

<sup>81</sup> Tamtéž, str. 54, bod 137.

<sup>82</sup> Tamtéž, str. 51, bod 123.



- b) Za využití většího množství prostředníku nejednotně kvalifikovaných v rámci několika právních řádů zde dojde k zahrnutí platby do příjmu jednoho ze subjektů. Ačkoliv tedy konečný příjemce platby tuto nezahrne, dojde k zahrnutí v některém mezikroku, čímž se zneutralizuje použitelnost pravidla pro hybridní finanční nástroje.

### ***Odečitatelná hybridní platba***

Zatímco předpokladem k uplatnění předchozího pravidla byla transakce mířící od jednoho subjektu k druhému v rámci skupiny, bude v tomto případě platba směřovat ven. Při téže povaze subjektů – to znamená jedním hybridním subjektem a jeho investorem, tak v tomto případě dojde ke dvojímu odpočtu určité platby. Uskuteční-li tento subjekt určitou platbu, bude tedy v jeho domácím daňovém režimu oprávněn tuto platbu odečíst od zdanitelného příjmu. Tentýž postup nicméně uplatní jeho investor podle vlastních daňových pravidel. Pravidlo přitom bude účinné pouze v případech, kdy platba zohledněná ve výpočtu zdanitelného příjmu obou subjektů nebude podléhat dvojímu zahrnutí.<sup>83</sup>

Je třeba poukázat na skutečnost, že kapitola týkající se odečitatelných hybridních plateb se jako první podle zprávy nemá vztahovat pouze na platby v jejich pravém slova smyslu, ale zaměřuje se mimo typické transakce na jakékoliv odečitatelné výdaje, které entita pro daňové účely eviduje, typicky na uplatňování daňových odpisů.<sup>84</sup> Ve výsledku se tak pravidlo, které souvisí z pohledu charakterizace hybridního subjektu s pravidlem předcházejícím, značně rozšiřuje. Uplatnění pravidla by přitom neměly bránit ani případné odlišnosti ve způsobu vedení účetnictví nebo jakýchkoliv za účelem zdanění požadovaných záznamů. I v případě, že hybridní entita a její investor dojdou k odlišné charakterizaci určité platby, bude stále pravidlo uplatnitelné za předpokladu, že tato platba skutečně vedla ke dvojímu odpočtu.<sup>85</sup>

Zpráva dále obsahuje doporučení 7 namířené na hybridní nesoulady vzniklé z duálního rezidentství. Tato pravidla, byť se ve svém jádru zaměřují na situace, které budou velmi odlišné od okolností, za nichž vznikají odečitatelné hybridní platby, jsou popsány téměř totožně. Postup, za jakého dojde k získání daňové výhody je totiž stejný bez ohledu na to, že v jednom případě si odpočet platby nárokují dva samostatné subjekty, zatímco v druhém případě v obou jurisdikcích tentýž subjekt.

---

<sup>83</sup> Tamtéž, str. 68, bod 181.

<sup>84</sup> Tamtéž, str. 70, bod 192.

<sup>85</sup> Tamtéž, str. 70, bod 194.

## ***Reverzní hybridní nesoulad***

Za reverzního hybrida je považován subjekt, který je daňově transparentní z pohledu jurisdikce, v níž se nachází, ale zároveň za samostatný subjekt z pohledu jurisdikce jeho investora.<sup>86</sup> Jak napovídá název, jedná se tedy o přesný protiklad toho, co bylo vymezeno v rámci definice hybridního subjektu. Podstatou této problematiky je přitom právě skutečnost, že se jedná o subjekt, který je transparentní z pohledu své daňové jurisdikce. Není totiž ani zdaleka neobvyklé, že ačkoliv určitá entita obecně nepodléhá dani v její domovské jurisdikci, bude i tak při naplnění stanovených kritérií povinna zde alespoň část daně odvést. Vzhledem ke konkrétní platbě tak k hybridnímu nesouladu v některých případech nemusí vůbec dojít, ačkoliv se na ní bude účastnit reverzní hybrid.<sup>87</sup> Určité platby tak bude domovská jurisdikce reverzního hybrida považovat za zdanitelné, určité nikoliv, určité pouze zčásti a nastává tedy otázka, jakým způsobem se s jednotlivými platbami státy vyrovnají. Komplexnosti této úpravy nasvědčuje mimo jiné i skutečnost, že se k ní vztahují i doporučení mimo oblast hybridních nesouladů vůbec.

Vymezení subjektu, který bude z hlediska určité jurisdikce transparentní, bude záležet na konkrétním pojetí onoho právního řádu, přičemž za typický příklad považuje zpráva například trust.<sup>88</sup> Přitom je však nutné zmínit, že transparentnost určité entity je třeba hodnotit vždy vzhledem ke konkrétní provedené platbě<sup>89</sup> a podstatou úpravy (a rovněž podmínkou jejího uplatnění) je otázka, jak by byla z daňového hlediska posouzena určitá transakce v situaci, kdy by zde nefiguroval subjekt – reverzní hybrid.<sup>90</sup> Tato otázka je přitom z pohledu pravidla v podstatě nejvýznamnější nikoliv pouze proto, že nebyl-li by do transakce vtažen tento subjekt, podléhala by platba plnému zdanění, ale i v rámci problematiky užití pravidla hybridních finančních nástrojů. Zpráva totiž poukazuje na to, že právě reverzní hybridní nesoulady jsou efektivním prostředkem, jak se pravidlu pro hybridní finanční nástroje vyhnout.<sup>91</sup>

---

<sup>86</sup> Tamtéž, doporučení č. 4 odst. 2.

<sup>87</sup> Tamtéž, str. 58, bod 153.

<sup>88</sup> Tamtéž, str. 59, bod 161.

<sup>89</sup> Tamtéž, str. 60, bod 165.

<sup>90</sup> Tamtéž, str. 56, bod 141 a str. 61, bod 166.

<sup>91</sup> Tamtéž, str. 61, bod 167.

#### 4.1.4 Importované hybridní nesoulady

Pro zachování celistvosti pravidel je třeba zajistit v co nejvyšší možné míře, že nebudou obcházena dalšími cestami, respektive snížit motivaci podnikatelů, aby vstupovali do hybridních transakcí.<sup>92</sup> Je totiž stále nutné počítat s tím, že nikoliv všechny daňové jurisdikce přistoupí k implementaci pravidel hybridních nesouladů, případně některé státy budou k implementaci potřebovat příliš mnoho času, což by mohlo způsobit další škody.

Importované hybridní nesoulady nebudou nastávat, pokud je určitá transakce v dosahu běžných pravidel hybridních nesouladů. Pravidla začnou platit až tehdy, když bude existovat transakce objektivně definovatelná jako hybridní nesoulad, ale ani jedna z dotčených daňových jurisdikcí nebude disponovat úpravou, která by tento výsledek zneutralizovala. Zároveň však mezi subjekty, které se na transakci tvořící hybridní nesoulad přímo podílely a jejich dalšími spřízněnými osobami probíhá určitý typ financování, které přesouvá prostředky na další úroveň seskupení. Přitom alespoň jeden z těchto spřízněných subjektů podléhá daňové jurisdikci, která pravidla pro hybridní nesoulady zavedena má. Na tuto situaci se uplatní pravidla pro importované hybridní nesoulady, které nepřímo zablokují původní hybridní nesoulad na jiné úrovni seskupení.

Pravidlo má však svá omezení. Hlavním je, že musí existovat souvislosti mezi přímým hybridním odpočtem subjektu, který nepodléhá pravidlům hybridních nesouladů a importovaným hybridním nesouladem. Pravidlo tedy nefunguje jako ultimátní blokáce jakéhokoliv platby učiněné subjektem v rámci skupiny, ale působí pouze tam, kde je možné určitou konkrétní platbu vystopovat jako financování postoupené směrem k dalším subjektům.<sup>93</sup> Jakým způsobem toto lze řešit, se liší podle konkrétní skupiny nesouladů, kdy například při existenci strukturovaného uspořádání se souvislost předpokládá.<sup>94</sup> U ostatních skupin však zpráva předpokládá iniciativu jednotlivých daňových jurisdikcí, které samy stanoví pravidla, jak tuto souvislost analyzovat.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Tamtéž, str. 83, bod 234.

<sup>93</sup> Tamtéž, str. 85, bod 241.

<sup>94</sup> Tamtéž, str. 86, bod 246.

<sup>95</sup> Tamtéž, str. 86, bod 244 – 245.

Pravidlo pro importované hybridní nesoulady se dělí na tři skupiny, jejichž použití je navzájem subsidiární. Prvním případem, v němž je možné pravidla použít prakticky neomezeně, je situace, v níž existuje přímé strukturální propojení mezi všemi platbami – strukturované uspořádání o financování. Pak nezáleží na tom, přes kolik společností nebo daňových jurisdikcí jednotlivé platby směřují a pravidlo bude mít vždy přímý dopad, protože při existenci strukturovaného uspořádání je celý průběh financování považován za jednu transakci.<sup>96</sup> Pravidlo se vždy použije jako první, a to i z důvodu, že se vztahuje na nejširší okruh subjektů včetně subjektů mimo skupinu.<sup>97</sup>

Druhým pravidlem je přímý importovaný nesoulad, jehož podstatou je skutečnost, že příslušný hybridní odpočet mezi dvěma subjekty v jurisdikcích nepodléhajících pravidlům je sice od jiných transakcí oddělen, ale subjekt, který pravidlům podléhá, se stane plátcem přímo vůči jednomu z nich, neexistuje zde tedy žádný prostředník. Vztah mezi subjekty na sebe tedy přímo navazuje, i z jednotlivých transakcí, jejichž účelem bude převážně financování, je propojení jednoduché. Následek pro plátce importované hybridní platby bude spočívat v poměrném odepření takové části odpočtu, která odpovídá podílu tohoto subjektu na původním nesouladu.<sup>98</sup>

Třetí skupinu tvoří nepřímé importované nesoulady, které pokrývají vše, co původní dvě skupiny nezachytily buď z důvodu, že předchozí dvě pravidla na transakci vůbec nedosahují, nebo byla neutralizovaná pouze část hybridního odpočtu. K úpravě dojde tak, že místo původního hybridního odpočtu se bude odepřený nepřímý importovaný nesoulad započítávat proti výši přímého importovaného nesouladu.<sup>99</sup> Ačkoliv tak stále nemusí dojít k plné neutralizaci původního hybridního odpočtu, skutečnost, že existuje pravidlo pro nepřímé importované nesoulady alespoň zajistí, že se možnost reagovat na vzniklý hybridní nesoulad rozšíří do většího množství jurisdikcí, které budou moci zasáhnout.

#### **4.1.5 Mezinárodní kritika pravidel OECD**

Kritika pravidel hybridních nesouladů navržených OECD je namířena na více úrovní. V první řadě se objevují hlasy, které kritizují projekt BEPS jako celek a zpochybňují jeho

---

<sup>96</sup> Tamtéž, str. 86, bod 246.

<sup>97</sup> Tamtéž, str. 87, bod 248.

<sup>98</sup> Tamtéž, str. 84, bod 237.

<sup>99</sup> Neutralising str.

legitimitu upravovat otázky, na něž jsou jednotlivá pravidla namířena.<sup>100</sup> Suverenita států v daňových otázkách je citlivé téma, a ačkoliv je v posledních letech vidět výrazný posun směrem k daňové koordinaci, stále není jasné, jakým způsobem bude mezinárodní vývoj v této oblasti pokračovat. Proti pravidlům se při jejich počátcích zvedla vlna politické kritiky, některé státy se rozhodly raději než uplatňovat pravidla OECD vytvářet pravidla vlastní, což naopak kritizovala OECD.<sup>101</sup>

Problematické byly zřejmě i okolnosti, za nichž pravidla vznikala. Je evidentní, že největší slovo na tom, jak budou pravidla vypadat, měla skupina G20, která projekt podporovala. Nejsilnější státy přitom měly prostor prosazovat množství změn na úkor původních návrhů,<sup>102</sup> jejichž podstata tím byla ve výsledku oslabena, nebo vůbec nedošlo k jejich přijetí.<sup>103</sup> To především státy méně pokročilých ekonomik může výrazně znevýhodňovat.<sup>104</sup> Veřejná debata, která měla probíhat okolo tvorby pravidel, také ve výsledku nebyla uspokojivě zvládnuta a některé její části, jako například podrobnější důvody k odmítnutí některých návrhů, dokonce ani nelze vyhledat.<sup>105</sup> Je také třeba zmínit, že jednání neprobíhala pouze mezi zástupci jednotlivých států a jejich daňovými experty, ale i mezi akademiky, kteří však byli převálcováni daňovými poradci a zástupci soukromých společností.<sup>106</sup>

Pravidla hybridních nesouladů jsou jasně zaměřena na předem vymezené typy situací, za nichž je lze aplikovat a už tento samotný fakt je sám způsobit ohrozit jejich širší

---

<sup>100</sup> Jednotlivé aspekty nedostatku legitimacy OECD k úpravě mezinárodního zdanění jsou nejlépe popsány zde FUNG, S. *The Questionable Legitimacy of the OECD/G20 BEPS Project*. 2017.

Objevují se i výzvy k tomu, aby se hlavní platformou k řešení problémů eroze základu daně a přesouvání zisků přesunula z OECD na OSN, v níž mají zastoupení i slabší státy. Viz. AVI-YONAH, R., XU, H. *Evaluating BEPS*. 2017.

<sup>101</sup> FUNG, S. 2017. Viz. cit. pozn. 100.

<sup>102</sup> Jedním z významných příkladů tohoto prosazování vlastních zájmů velkými státy je neochota USA vzdát se fungování pravidel check-the-box. Viz SHEPPARD, L. A. *Anticipating EU Tax Haven Hybrid Rules*. 2019.

<sup>103</sup> THE BEPS MONITORING GROUP. *Overall Evaluation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project*. 2015. Str. 3.

<sup>104</sup> Studie z roku 2017 ukázala, že státy méně pokročilých ekonomik na zavedení účinných pravidel připraveny nejsou a predikované výsledky jejich uplatňování jsou spíše neuspokojivé. Viz KUZNIACKI, B., WEST, C. *Preventing Tax Arbitrage via Hybrid Mismatches: BEPS Action 2 and Developing Countries*. 2017. Skutečnost, že by měla být dán větší prostor ekonomicky nejslabším státům rovněž THE BEPS MONITORING GROUP. 2015. Viz. cit. pozn. 103, str. 11.

<sup>105</sup> AVI-YONAH, R., XU, H. 2017. Viz. cit. pozn. 100, str. 9.

<sup>106</sup> THE BEPS MONITORING GROUP. 2015. Viz. cit. pozn. 103, str. 1. Skutečnost, že se nezávislých expertů k pravidlům oproti zástupcům společností nevyjadřovalo mnoho vyplývá mimo jiné i z komentářů veřejnosti k navrhovaným pravidlům: Viz. Comments received on Public Discussion drafts BEPS ACTION 2: NEUTRALISE THE EFFECTS OF HYBRID MISMATCH ARRANGEMENTS. 2014.

použitelnost. Jejich cílem je však stát se jednou pravidly implementovanými po celém světě, a právě kvůli tomu je jejich legitimita a propracovanost při respektu ke specifickým co největšího množství daňových režimů, klíčová. Je tak otázka, do jaké míry jsou tato kritéria naplněna. Šedesát států, které se na tvorbě pravidel podílely (navíc různou měrou),<sup>107</sup> je méně než jedna třetina států světa.

Další kritika směřuje přímo na výsledek pravidel. V první řadě je mnoho expertů toho názoru, že obranná pravidla nejsou pro úpravu hybridních nesouladů ideální, protože se neohlíží na obsah transakce, ale pouze odstraňují její nežádoucí důsledky. Jsou tedy svou povahou jednorázová, jejich opakované použití je administrativně náročné a zakládají nové mezery k obcházení daňových pravidel. Odborníci dlouhodobě diskutují o alternativních formách úpravy k obranným pravidlům, z nichž nejvýraznější jsou tzv. koordinační pravidla („coordination rules“), která předcházejí nutnosti řešit důsledek hybridní transakce tím, že (jsou-li splněny podmínky, které dávají možnost vzniknout hybridnímu nesouladu) předpokládají určité zacházení se subjektem nebo finančním nástrojem bez toho, aby bylo nutně vázáno na konkrétní transakci.<sup>108</sup> Určitou formu koordinačního pravidla obsahují i pravidla podle OECD (a následně s ohledem na to i pravidla vymezená v rámci směrnice ATAD), avšak velmi okrajově a pouze ve spojení s jednou dílčí problematikou, kterou jsou reverzní hybridní subjekty.<sup>109</sup> Autoři, kteří se zabývají možnými podobami koordinačních pravidel, jsou přesvědčeni, že jejich implementací by bylo cílů úpravy hybridních nesouladů dosaženo lépe a snáze. Navíc by byly dobrou alternativou k těm řešením, která se zdají být ideálnější, ale kvůli neochotě států nechat si zasahovat do daňové suverenity jsou prakticky neprůchodná.<sup>110</sup>

---

<sup>107</sup> AVI-YONAH, R., XU, H. 2017. Viz cit. pozn. 100.

<sup>108</sup> „Coordination rules nejsou konceptem, který by byl vytvořen s návazností na projekt BEPS, ale jedná se o dlouhodobé úvahy autorů, které dokonce na úrovni některých států částečně figurují jako daňová pravidla. O jejich systematické a různých alternativních formách podrobně viz. HRDLIČKA, L. 2020. Viz cit. pozn. 34, str. 143 – 147. PARADA, L. *Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination*. 2019. THURONYI, V. *Coordination Rules as a Solution to Tax Arbitrage*. 2010. Victor Thuronyi se vůči „linking rules“ vymezil dokonce v rámci probíhající debaty před finalizací pravidel. Viz Comments received on Public Discussion drafts BEPS ACTION 2: NEUTRALISE THE EFFECTS OF HYBRID MISMATCH ARRANGEMENTS. 2014. Str. 453.

<sup>109</sup> Páté doporučení předpokládá, že reverzní hybridní subjekt by měl být považován za daňového rezidenta, pokud jeho příjem není předmětem daně v jeho vlastní daňové jurisdikci a příjem nabytý z jeho činnosti jeho investorem není předmětem daně v daňové jurisdikci tohoto investora. Viz OECD. 2015. Cit. pozn. 43. doporučení č. 5 odst. 2.

<sup>110</sup> HRDLIČKA, L., 2020. Viz. cit. pozn. 34. Str. 142 – 143.

Jak vyplývá z odborné literatury, problémů kolem výsledných pravidel je mnoho. Především však, jak již bylo naznačeno výše, jsou pravidla nepřímá nastavená tak, aby fungovala v daňových jurisdikcích pokročilých ekonomik, které mají dlouholetou zkušenost s bojem proti agresivnímu daňovému plánování, právní řád na velmi vysoké a sofistikované úrovni a schopný, dobře financovaný administrativní aparát. Států, které byly v době, kdy pravidla vznikla, na jejich důsledné uplatňování dobře připraveny, tedy není mnoho a nelze se domnívat, že by se situace od roku 2015 příliš změnila. Rizika vyplývající z nezkušené implementace mohou podle některých kritiků pro některé státy znamenat i větší škody, než nebyla-li by pravidla implementována vůbec.<sup>111</sup> Přitom je obecně známo, že největší škody z agresivního daňového plánování vznikají často právě v rozvojových zemích, kde jsou celkové podmínky pro podnikání mírnější a kontrolní systém je méně důsledný.<sup>112</sup>

Výše popsané problémy s sebou nesou i nejistotu ohledně časové linie implementace. Pravidla jsou na sebe mezinárodně navázána, a ačkoliv každé z nich obsahuje kontrolní opatření, aby bylo možné nesoulad neutralizovat z obou daňových jurisdikcí, jsou postavena na předpokladu, že by měla být přijata co největším počtem států.<sup>113</sup> Nepřipravenost států v tuto chvíli vytvořit, a především efektivně vymáhat kvalitní pravidla však může působit opačným směrem, než daňová koordinace předpokládá. Je tomu téměř osm let, co byla dokončena finální doporučení. Spojené státy americké dokončily svoji úpravu v roce 2020<sup>114</sup>, Kanada v roce 2022<sup>115</sup>. Například Austrálie<sup>116</sup> a především Japonsko<sup>117</sup> byly v úpravě o něco rychlejší. Naopak Čína podle dostupných informací doposud pravidla podle OECD nepřijala.<sup>118</sup> Ani někteří největší členové v rámci G20 tedy na úpravu nijak zvláště nespěchají. Lze proto očekávat, že proces implementace bude trvat velmi dlouho, čímž se zvyšuje riziko, že výsledná pravidla se budou v jednotlivých zemích výrazně lišit.<sup>119</sup> Zároveň je nepochybné, že praktiky agresivního daňového plánování se vyvíjí velmi rychle a

---

<sup>111</sup> AVI-YONAH, R., XU, H. 2017. Viz cit. pozn. 100. Str. 9.

<sup>112</sup> Na téma méně pokročilých ekonomik a pravidel pro hybridní nesoulady byla v roce 2017 vypracována studie. Předmětem výzkumu bylo určit, zda čtyři státy – Uruguay, Kolumbie, Brazílie a Jihoafrická republika jsou připraveny reagovat na projekt BEPS. Studie uzavřela, že tyto státy na pravidla připravena nejsou a jejich implementaci nelze vůbec doporučit. KUZNIACKI, B., WEST, C. 2017. Viz. cit. pozn. 104, str. 44.

<sup>113</sup> Přitom ale ani v případě, že by byla pravidla implementována celosvětově, není jisté, zda by fungovala ideálním způsobem a technika jejich administrace není prozatím řádně vyjasněna.

<sup>114</sup> PWC. Preliminary highlights from the final anti-hybrid regulations and related proposed regulations. 2020.

<sup>115</sup> PWC. *Tax Insights: Canada introduces first package of hybrid mismatch rules*. 2022.

<sup>116</sup> AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Hybrid mismatch rules*. 2022.

<sup>117</sup> O'BRIEN, T., TANNER, L., THOMAS, G., *Japan's Approach to BEPS Issues*.

<sup>118</sup> LU, L., *China updates guidance on hybrid mismatch arrangements and convertible bonds*. 2021.

<sup>119</sup> DOMINGO, M. S., *Hybrid Mismatch.com: Neutralizing the Tax Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*. 2019. Str. 19.

organicky, čímž hrozí i to, že než stihnou být pravidla řádně a efektivně implementována, stanou se z praktického hlediska nepoužitelnými.

Ani v případě, že pravidla implementuje ideální daňová jurisdikce, nemusí fungovat stoprocentně. Kvůli jejich komplikovanosti mohou některé transakce i tak zůstat neodhaleny. V této souvislosti je třeba řešit otázku, zda zisky ze zadržovaných nesouladných transakcí mohou vynahradit státům náklady na obtíže spojené s vynutitelností pravidel.

Jak již bylo uvedeno výše, je velká část pravidel poměrně konkrétně zaměřena.<sup>120</sup> Pravidla také počítají pouze se dvěma nežádoucími důsledky – odpočet bez zahrnutí a dvojí odpočet, přičemž není jasné, proč například následek dvojího nezahrnutí nemůže vyvolávat následky obdobně nežádoucí.<sup>121</sup> V neposlední řadě vedou obranná pravidla k formálnímu zdanění a nezabývají se tím, v jaké výši bude výsledná daň subjektu vyměřena. To znamená, že i pokud by pravidla byla implementována a důsledně vynuocována, zůstává stále velké množství způsobů, jak alespoň plánovat nesoulady tam, kde bude výsledná daň nejnižší.<sup>122</sup> K tomu je však třeba dodat, že problematika přesouvání zisků do zemí s nižším daňovým zatížením není tak docela předmětem zkoumání hybridních nesouladů.

#### 4.1.6 Závěr

Pravidla pro hybridní nesoulady navržená OECD jsou komplexní a provázanou úpravou, která je rozhodně způsobilá k tomu, aby byla implementována na úrovni vyspělých národních právních řádů. I přesto kolem ní vyvstávají otázky. Ty jsou zaměřené jednak na legitimitu projektu, v jehož rámci nebyl dán dostatečný prostor slabším a méně rozvinutým státům, které dost možná mají největší zájem na tom, aby byl boj proti agresivnímu daňovému plánování úspěšný. V druhé řadě je kritika namířena na efektivitu pravidel, která jsou obtížně vynutitelná, vyžadují dlouhý časový horizont k usazení, nevyplňují dostatečně některé mezery a vedou pouze k formálnímu zdanění.

---

<sup>120</sup> Viz např. hybridní převod a jeho zamýšlené použití na repo-operace.

<sup>121</sup> NAVARRO, A., PARADA, L., SCHWARZ, P., *The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts*. 2016. Str. 24.

<sup>122</sup> HRDLIČKA, L. 2020. Viz. cit. pozn. 34. Str. 128.



## 4.2 Hybridní nesoulady podle Směrnice ATAD

První směrnice ATAD byla přijata v roce 2016, tedy méně než rok po publikaci závěrečných zpráv k akčním plánům BEPS,<sup>123</sup> po až neuvěřitelně krátkém období méně než 6 měsíců od jejího navržení Komisí.<sup>124</sup> Její konečná úprava hybridních nesouladů po novelizaci v roce 2017 vychází přímo z doporučení OECD a příliš se od nich neliší. Prvotní návrh Komise z 28.1.2016 však předpokládal odlišný přístup k hybridním nesouladům, který se zakládal na koordinačních pravidlech. Ubíral se tedy směrem, který mnozí odborníci považují za lepší, než doporučila OECD.<sup>125</sup> Navržený článek 10 Směrnice uváděl, že pokud dva členské státy přiznají témuž poplatníkovi odlišnou právní kvalifikaci, čímž dojde ke dvojímu odpočtu nebo odpočtu bez zahrnutí, je každý členský stát povinen kvalifikovat tento subjekt podle práva toho státu, kde má zdroj příslušná platba, vznikly výdaje nebo byly utrpeny ztráty.<sup>126</sup> Jedná-li se o hybridní finanční nástroj, jehož použití vede k odpočtu bez zahrnutí, bylo podle návrhu nutné respektovat právní kvalifikaci finančního nástroje podle toho členského státu, kde má platba svůj zdroj.<sup>127</sup>

Úprava hybridních nesouladů ve Směrnici byla v počátcích velmi obecná. Návrh Komise například neobsahoval ani definice hybridních nesouladů, které byly popsány pouze v rámci jednoho bodu preambule. Komise přitom v rámci důvodové zprávy narozdíl od ostatních pravidel výslovně označuje pravidla pro hybridní nesoulady za rámcová.<sup>128</sup>

Výsledná podoba první ATAD upustila od koordinačních pravidel a vrátila se zpět ke konceptu navrženému OECD. Byly doplněny některé základní definice, jako hybridní

<sup>123</sup> Téměř všechny závěrečné zprávy byly dokončeny v říjnu 2015, viz seznam zpráv podle akčních bodů dostupný na: OECD. BEPS 2015 Final Reports: [BEPS 2015 Final Reports - OECD](#).

<sup>124</sup> EU. Procedure 2016/0011/CNS. 2016. Dostupné z [EUR-Lex - 32016L1164 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

<sup>125</sup> Komisi však tento přístup byl vytýkán. Viz například: „As explained in detail below, the draft Directive contains measures which, if implemented as they currently stand, will impose fundamental changes to the tax systems of each single member state. The CFE believes that any political decision to adopt the Directive should specifically include careful consideration of the correct approach to subsidiarity, separately from more practical political issues such as the consequences of introducing the Directive for the investment climate of the member states.“ CFE FISCAL COMMITTEE. *Opinion Statement FC 3/2016 on the European Commission's proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive*. 2016. Str. 1. K Hybridním nesouladům dále: „The CFE notes however that the approach proposed by the Commission deviates substantially from the OECD Recommendations, resulting in discoordination with third states that legislate in accordance with the OECD, with adverse consequences for European businesses that also operate outside of the EU“ Tamtéž, str. 14.

<sup>126</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market*. 2016. Čl. 10 odstavec první.

<sup>127</sup> Tamtéž, čl. 10 odstavec druhý.

<sup>128</sup> EU. EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market. Explanatory memorandum*. 2016.

nesoulad, dvojí odpočet a odpočet bez zahrnutí. Výsledná pravidla v čl. 9 Směrnice pouze uváděla: *V rozsahu, v jakém vede hybridní nesoulad ke dvojímu odpočtu, proběhne odpočet pouze v členském státě, v němž má daná platba svůj zdroj. V rozsahu, v jakém vede hybridní nesoulad k odpočtu bez zahrnutí, členský stát plátce odpočet takové platby odepře.*<sup>129</sup>

Již v době, kdy bylo dosaženo kompromisu na prvním znění ATAD, probíhala debata o tom, že je třeba pravidla hybridních nesouladů rozšířit a Komisi byl udělen pokyn do konce téhož roku připravit úpravu, která by se efektivitou vyrovnávala doporučením OECD.<sup>130</sup> Mimo skutečnost, že přímo závěrečná zpráva OECD obsahuje některá pravidla, která Směrnice neupravovala vůbec (především nesoulady z duálního rezidentství a korekce prostřednictvím importovaných nesouladů), postrádala Směrnice množství definic a bylo třeba rozpracovat některé otázky, bez nichž hrozilo, že se nedosáhne dostatečně kompatibilní implementace v členských státech. Nevyřešená navíc zůstávala problematika stálých provozoven, o níž se dlouhodobě diskutovalo<sup>131</sup> a bylo dosaženo závěru, že je třeba ji rovněž do Směrnice zařadit. Nejvýznamnější změnou, kterou bylo třeba ve směrnici udělat, bylo však její rozšíření na státy mimo Evropskou unii, protože v opačném případě by úprava zůstala vůči velkému množství transakcí slepá, což by zcela znehodnotilo účel, za nímž pravidla tvořila OECD.

Finální úprava je věrným obrazem pravidel navržených OECD a až na některé státem umožněné výjimky nepřináší oproti pravidlům OECD žádné výraznější změny. Ačkoliv v rámci přijetí druhé verze Směrnice došlo k rozsáhlému zpřesnění, a i k některým změnám pravidel, objevují se upozornění, že úprava stále není dostatečně vyčerpávající. Námitky směřují například k tomu, že nedošlo k uspokojivému vyjasnění významu některých pojmů, jako třeba zcela základní a opakovaně používaný termín platba.<sup>132</sup>

Předmětem úpravy celé Směrnice jsou témata komplikovaná, rozsáhlá, pokrývající v rámci činnosti OECD stovky stran praktických příkladů a vodítek k jejich aplikaci. To platí

---

<sup>129</sup> EU. 2016. Viz. cit. pozn. 31. Čl. 9.

<sup>130</sup> EU. EUROPEAN COMMISSION. *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Accompanying the document Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries.* 2016. Str. 2 – 3.

<sup>131</sup> V tomto případě však obsáhla závěrečná zpráva OECD - Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2 ještě nebyla dokončena. K tomu došlo až 27.7.2017, tedy téměř dva měsíce po přijetí novely ATAD.

<sup>132</sup> PARADA, L., Hybrid Financial Instruments and Anti-hybrid Rules in the EU ATAD. 2021. Str. 26 – 30.

tím spíše pro hybridní nesoulady. I přes nastavený standard minimální úrovně ochrany<sup>133</sup> totiž není členský stát, který by nemusel v otázce hybridních nesouladů alespoň částečně zasáhnout do svého právního řádu<sup>134</sup> a pro mnoho z členských států jsou pravidla absolutně nová.<sup>135</sup> Výrazný posun ke konkrétnosti pravidel hybridních nesouladů v rámci ATAD II je tak jednoznačně pozitivní, avšak v momentálním stavu nemusí být pro praxi dostačující, protože obdobně obsáhlé metodické pomůcky, jaké poskytla OECD, v kontextu Evropské unie neexistují. Proto je také úpravě vytýkáno, že příliš spoléhá na rozpracované komentáře OECD, což je problematické, protože zpráva OECD není zacílena na Evropskou unii, její potřeby ani specifika.<sup>136</sup>

Členskými státy je ponechána velká diskrece k tomu, aby si určily vlastní pravidla za předpokladu, že budou splňovat minimální požadavky dané Směrnicí. Co je vyšší úroveň ochrany však nemusí být v tomto případě jasné, protože pravidla v podobné problematice nemohou být nikdy plně konkrétní, a i mírné odlišnosti mohou mít nepředvídatelné následky. Státy Evropské unie, ačkoliv nejsou ochotny dosáhnout jednomyslné shody na unifikaci, a často ani harmonizaci daňových otázek, sdílejí mnoho podobností v principech přímého zdanění. To je způsobeno vlivem kontinentálního právního systému, který ovlivňuje finanční právo a právo obchodních korporací, množstvím společných právních zásad, ale i velmi těsnou daňovou konkurencí mezi členskými státy. Hybridní nesoulady jsou tak obecně spíše otázkou transakcí mezi státy Evropské unie a třetími zeměmi, předpokládá se například jejich spojení s americkým principem „check the box“<sup>137</sup> a jemu podobným. V roce 2014, tedy dříve, než ATAD vůbec vznikla, navíc došlo k novelizaci čl. 4 odst. 1 písm. a) Směrnice o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států (PSD),<sup>138</sup> kterou bylo zakotveno pravidlo pro neutralizaci hybridního prvku v situacích, kdy vznikne při rozdělování zisku mezi mateřskou a dceřinou společností. Ačkoliv je pravidlo v porovnání s úpravou ATAD velmi úzké, zabraňuje jednomu z typických případů

---

<sup>133</sup> EU. 2016. Viz cit. pozn. 31. Čl. 3.

<sup>134</sup> HASLEHNER, W., PANTAZATOU, K. *Assessment of recent anti-tax avoidance and evasion measures*. 2022. Str. 23: „In the case of the ATAD's anti-hybrid rules, which are both the newest and most complex type of anti-avoidance rules included in the Directive, all Member States had to introduce new provisions to comply“.

<sup>135</sup> Jako například v České republice, která jako mnoho dalších států nemá pravidly zabraňujícími hybridním nesouladům žádnou zkušenost.

<sup>136</sup> HASLEHNER, W., PANTAZATOU, K. 2022. Viz cit. pozn. 134. Str. 22.

<sup>137</sup> SHEPPARD, L. A. 2019. Viz cit. pozn. 102.

<sup>138</sup> EU. *Směrnice Rady 2014/86/EU ze dne 8. července 2014, kterou se mění směrnice 2011/96/EU o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států*. 2014. Čl. 1 odst. 1.

hybridního finančního nástroje a mezi členskými státy, na něž výhradně se pravidlo v PSD vztahuje, tak odpadla významná část příležitostí ke vzniku nesouladů již v roce 2014.

Je tedy otázka, zda čistě v rámci Evropské unie bude mít úprava hybridních nesouladů vůbec kdy širší dopady. To tím spíše, když právní řády států Evropské unie se postupně jeden druhému stále více přibližují a rozdílnosti se postupně překlenují soukromoprávní i správní praxí. Nejednotnost v pojetí pravidel hybridních nesouladů mezi členskými státy tak, budou-li brány příliš vážně, mohou vést spíše k dalším nesouladům. Nebudou-li pravidla dostatečně kompatibilní, může se navíc zvyšovat riziko dvojího zdanění subjektů, protože pravidla různých členských států na sebe nebudou plynule navazovat například v otázce časového zohlednění některých plateb.<sup>139</sup> Celá úprava tak může ve výsledku spíše než bojovat s agresivním daňovým plánováním pouze přesouvat příliš mnoho požadavků na monitoring daňových předpisů na poplatníky, a to často i požadavků, kterým nejsou schopni vyhovět, protože potřebné informace k dispozici nemusí mít.<sup>140</sup>

### 4.3 Česká transpozice ustanovení o hybridních nesouladech

Pravidla pro hybridní nesoulady byla v České republice zařazena do ust. § 23h ZDP.<sup>141</sup> Česká republika se rozhodla upravit problematiku podle vzoru ATAD, ačkoliv podle důvodové zprávy nebylo nutné, aby byla převzata pravidla kompletní, protože část byla již součástí daňových předpisů nebo funguje i bez výslovné úpravy na základě principů, na nichž dlouhodobě české daňové právo stojí.

Konkrétně podle důvodové zprávy nebylo třeba se zabývat hybridními převody, protože *„platby plynoucí z finančních nástrojů jsou vždy testovány hlediskem skutečného vlastníka této platby (dividendy, úroku apod.)“* Koncept skutečného vlastníka pochází zejména z definice v čl. 1 odst. 4 Směrnice 2003/49/ES<sup>142</sup> o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků mezi přidruženými společnostmi z různých členských států a v České republice z ust. § 19 odst. 6 ZDP.<sup>143</sup> Ve výsledku však tyto definice nejsou jediné, z nichž

---

<sup>139</sup> HASLEHNER, W., PANTAZATOU, K. 2022. Viz. cit. pozn. 134. Str. 26.

<sup>140</sup> Tamtéž, str. 22.

<sup>141</sup> ČR. Zák. č. 586/1992 Sb. ze dne 20. listopadu 1992, o daních z příjmů. § 23h.

<sup>142</sup> EU. 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. 2003. Čl. 1 odst. 4.

<sup>143</sup> ČR. Viz cit. pozn. 141. § 19 odst. 6.

pojem vyplývá,<sup>144</sup> a ačkoliv se při zjišťování skutečného vlastníka jedná o otázku právní, bude se její posouzení zakládat na složitých skutkových okolnostech spojených se zjišťováním zacházení s platbou v komplexních strukturách v mezinárodním měřítku. Z toho důvodu není jasné, proč bylo dosaženo závěru, že riziko je zcela eliminováno, tím spíše ve vztahu ke státům mimo Evropskou unii, jejichž vnímání skutečného vlastníka platby může být potenciálně zcela nekompatibilní.

Do české úpravy dále nebyla převzata pravidla pro reverzní hybridní subjekty, protože „vzhledem k tomu, že současná koncepce daní z příjmů v České republice je postavena na tom, že se přebírá právní kvalifikace v zahraničí, nemělo by docházet k tomu, aby se právní kvalifikace určité entity z pohledu právního řádu České republiky a jiného právního řádu lišila.“<sup>145</sup> Z pohledu entity vzniklé podle právních předpisů cizího státu důvodová zpráva zjevně míří na ust. § 17 odst. 1 písm. g) ZDP.<sup>146</sup> Zde je uvedeno, že poplatníkem daně z příjmů právnických osob je jednotka, která je podle právního řádu státu, podle kterého je založena nebo zřízena, poplatníkem. Obecněji vzato, posouzení skutečnosti, že je určitá entita právnickou osobou, a tudíž i daňovým poplatníkem v souladu s ZDP se rovněž ve vazbě na ust. § 30 zákona č. č. 91/2012 Sb. o mezinárodním právu soukromém (ZMPS)<sup>147</sup> váže na právní řád, podle nějž entita vznikla. Doposud je tedy argumentace v důvodové zprávě dostatečná. Pojem reverzního hybridního subjektu podle OECD je však vykládán tak, že se jedná o subjekt transparentní podle práva státu, v němž byl založen („*establishment jurisdiction*“) a zároveň je považován za daňového poplatníka státu jeho investorů.<sup>148</sup> Směrnice z tohoto konceptu nevybočuje a je tak otázka, zda vysvětlení v důvodové zprávě, proč není třeba, aby článek 9a Směrnice byl implementován, je dostatečné. Není totiž jasné, jakým způsobem je ze strany České republiky možné zabránit škodlivosti reverzního hybridního subjektu, který byl založen podle práva České republiky a v souladu s tím má rovněž status transparentní entity nebo nikoliv. V tomto případě se ust. § 30 ZMPS ani § 17 odst. 1 písm. g) ZDP nepoužije a neutralizace reverzních hybridních subjektů tak spíše bude podle českých předpisů muset probíhat pouze na základě obecných obranných pravidel v ust. § 23h odst. 1 a 2 ZDP.

---

<sup>144</sup> HRDLIČKA, L., 2020. Viz. cit. pozn. 34. Str. 150.

<sup>145</sup> ČR. Ministerstvo financí. *Důvodová zpráva k zák. č. 80/2019 Sb.*

<sup>146</sup> ČR. Viz cit. pozn. 141. § 17 odst. 1 písm. g).

<sup>147</sup> ČR. *Zák. č. 91/2012 Sb. ze dne 25. ledna 2012 o mezinárodním právu soukromém.* § 30.

<sup>148</sup> OECD. 2015. Viz cit. pozn. 43. Doporučení č. 4 odst. 2.

Rovněž úpravu hybridních nesouladů z duálního rezidentství důvodová zpráva nepovažuje za nutnou, protože „(...) není možné, aby v České republice došlo k tomu, aby na příjem, který je osvobozen od daně, byl zároveň uplatněn výdaj s tímto příjmem související.“<sup>149</sup> Boháč a Hrdlička naopak tvrdí, že případ problematického dvojího daňového rezidentství není v České republice nereálný. Odkazují však na skutečnost, že příklady popsané ve zprávě OECD míří na daňovou konsolidaci, která v České republice není možná.<sup>150</sup> Rozhodně je však znovu třeba poukázat na fakt, že by bylo třeba se blíže zabývat důvody, proč nebyla úprava převzata. Vazba na příklady uvedené v doporučení OECD ani na daňovou konsolidaci není v důvodové zprávě vytýkána.<sup>151</sup>

Zcela bez vysvětlení zůstala skutečnost, že česká úprava nepřebírá předpoklad vzniku hybridního nesouladu i pro strukturované uspořádání. Již směrnice ATAD I však zakotvila Obecné pravidlo proti zneužívání daňového režimu (GAAR), na jehož základě nelze přihlížet k operacím, jejichž účelem je pouze získání daňové výhody v rozporu se smyslem příslušných daňových ustanovení. Česká republika toto pravidlo před implementací ATAD explicitně zakotveno neměla a bylo proto pro vyhovění požadavkům Směrnice přistoupeno k jeho uvedení do daňového řádu mezi ostatní obecné zásady správy daní, konkrétně do ust. § 8 odst. 4.<sup>152</sup> Nutno však poznamenat, že ačkoliv se před rokem 2019 nejednalo o psané pravidlo, uplatňovalo se jako obecný právní princip a existuje tak dlouhodobá a zavedená praxe jeho použití. Vzhledem k tomu, že zkoumání existence strukturovaného uspořádání se příliš neliší od zkoumání skutečného účelu transakce při použití GAAR, spíše se nejví absence úpravy strukturovaného uspořádání jako problematická.

Pravidla určená zákonem o daních z příjmů nepřevzala obsáhlé definice ze Směrnice, a to ani definici hybridního nesouladu jako takového. Pojmy jako hybridní finanční nástroj, hybridní subjekt apod. tak nejsou zákonem vůbec použity a namísto nich je důvodem pro vznik škodlivého výsledku „rozdílná právní kvalifikace právní skutečnosti“.<sup>153</sup> Tato formulace je rozhodně ulehčující, protože se neváže na rozvětvené definice a je tak možné,

<sup>149</sup> ČR. Ministerstvo financí. Viz cit. pozn. 145.

<sup>150</sup> BOHÁČ, R., HRDLIČKA, L. *Transpozice směrnice ATAD do právního řádu České republiky*. 2018.

<sup>151</sup> Je pravda, že ve zprávě OECD je uváděn pouze příklad 7.1 týkající duálního rezidentství a ten daňovou konsolidaci předpokládá. Naopak odůvodnění pravidel pro duální rezidentství výslovně uvádí, že daňová konsolidace je i v tomto případě pouze jedním z způsobů dosažení výhody s tím, že další praktiky mohou být též jako v případě doporučení pro odečitatelné hybridní platby. OECD. 2015. Viz. cit. pozn. 43. Str. 81, bod 233.

<sup>152</sup> ČR. *Zák. č. 280/2009 Sb. Ze dne 22. července 2009, daňový řád*. § 8 odst. 4.

<sup>153</sup> ČR. Viz cit. pozn. 141. Úvod ust. § 23h odst. 1 a odst. 2

aby díky ní zůstalo ustanovení poměrně stručné a snadno pochopitelné, aniž by (alespoň v případě tří kategorií nesouladů, které byly implementovány) došlo k nějak významnému poškození jeho použitelnosti. Veškeré české dokumenty, které se ustanovením zabývají, přitom uznávají těsnou vazbu na evropskou úpravu, potažmo doporučení OECD a obsahu ustanovení tak je i přes rozdílnou terminologii přikládán též význam, jaký má v mezinárodním kontextu.

Na druhou stranu například Generální finanční ředitelství k věci uvedlo, že „*Přesto nelze vyloučit, že se v praxi objeví i jiné typy hybridních nesouladů, na které se uplatní ustanovení § 23h ZDP.*“<sup>154</sup> Z toho vyplývá, že je možné uvažovat i o tom, zda nedošlo k rozšíření pravidel nad rámec požadavku minimální harmonizace. To může být důvodem klást si otázku, zda obecná úprava nemůže potenciálně vyvolat obtíže, bude-li použita i tam, kde aplikaci pravidel mezinárodní standard nepředpokládá. Bez toho, aby se v oblasti hybridních nesouladů vyvinula rozsáhlejší praxe, však zřejmě v tuto chvíli nelze tento problém hodnotit.

Transpozice Směrnice ATAD II v České republice byla provedena včas, o správnosti a úplnosti jejího obsahu však existují pochybnosti. Vzhledem k obecnosti pravidel, která implementována byla, je možné, že česká úprava je dokonce širěji použitelná, než předpokládá cílování určené úpravou OECD a EU. Na druhou stranu může nepřevzetí některých specifických částí úpravy způsobit, že některé případy hybridních nesouladů zůstanou z působnosti ust. § 23h ZDP vyňaty, případně nebude úprava efektivně použitelná právě pro její široký a nekonkretizovaný záběr.

Výše popsané skutečnosti by potenciálně mohly vést k tomu, že se na Českou republiku obrátí Evropská komise, která nebude mít českou transpozici ATAD II za dostatečnou. Z dostupných zdrojů však nevyplývá, že by se tak do dnešního dne stalo.<sup>155</sup>

---

<sup>154</sup> ČR. Viz cit. pozn. 38. Str. 17.

<sup>155</sup> V databázi řízení vedených Komisí je pouze zmínka o tom, že Česká republika byla upomenuta za nedostatečné oznámení přijatých opatření k implementaci ATAD II. Případ byl však uzavřen dne 29.9.2022 a další zmínky o porušení Českou republikou databáze neobsahuje. Odsud také vyplývá, že pokud se týká hybridních nesouladů, nejsou vedena žádná řízení u Komise i ve spojení s implementací ostatních států EU. Evropská Komise. *Evropská komise při práci* (databáze probíhajících šetření). Dostupná na [Řízení pro nesplnění povinností \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/eu-justice/justice-portal/).

### 4.3.1 Řešení důsledků rozdílné právní kvalifikace (§ 23h ZDP)

Do českých předpisů se tedy promítla pouze část Směrnice, a to úprava řešení:

- dvojího („vícenásobného“) odpočtu (ust. § 23h odst. 1 ZDP);<sup>156</sup>
- odpočtu bez zahrnutí (ust. § 23h odst. 2 ZDP);<sup>157</sup>
- pravidel pro importované nesoulady (ust. 23h odst. 4 ZDP).<sup>158</sup>

Odstavec první ustanovení § 23h ZDP se zaměřuje na vícenásobný odpočet. Aby bylo možné uplatnit obranné pravidlo, je zdůrazněno, že k vícenásobnému snížení základu daně mezi přidruženými osobami musí dojít, aniž by bylo uplatněno vůči vícenásobnému zahrnutí odpovídajícího příjmu do základu daně těchto přidružených osob. Neutralizace poté předpokládá, že je třeba zachovat vazbu na stát, v němž má odečitatelná položka svůj zdroj. Proto k neutralizaci v České republice dochází tehdy, když zde položka zdroj nemá. Pokud se zdroj položky v České republice nachází, dojde k úpravě pouze tehdy, když příslušná daňová jurisdikce nezasáhne.

Odstavec druhý § 23h ZDP upravuje odpočet bez zahrnutí. V ustanovení byly v roce 2020 provedeny technické změny, došlo především k nahrazení pojmu platba pojmem závazek. Důvodová zpráva k tomu uvádí, že platba je termínem pro české právo zavádějícím, „protože odkazuje na zaplacení peněžních prostředků, nikoli na vznik dané položky podle daňových nebo účetních předpisů, o který má správně jít.“<sup>159</sup> Důsledkem odpočtu bez zahrnutí by mělo v první řadě být zvýšení výsledku hospodaření nebo rozdílu mezi příjmy a výdaji o částku, o níž byl snížen sledovaným odpočtem v České republice, je-li tato státem zdroje. Došlo-li k tomuto snížení v jiném státě, v němž nedošlo k neutralizaci, užije se sekundárního pravidla a výsledek hospodaření nebo rozdíl mezi příjmy a výdaji bude zvýšen o částku, která nebyla do základu daně zahrnuta.

Importované nesoulady v odstavci čtvrtém § 23h ZDP vycházejí z čl. 9 odst. 3 Směrnice a spojují určitou položku snižující výsledek hospodaření v České republice

---

<sup>156</sup> ČR. Viz cit. pozn. 141. § 23h odst. 1.

<sup>157</sup> Tamtéž. § 23h odst. 2.

<sup>158</sup> Tamtéž. § 23h odst. 4.

<sup>159</sup> ČR. Ministerstvo financí. *Důvodová zpráva k zákonu č. 609/2020 Sb.*



s hybridním nesouladem v zahraničí, byla-li tato položka jeho zdrojem. Je-li taková položka identifikována, musí o ní podle ZDP v České republice dojít ke zvýšení výsledku hospodaření.

#### 4.3.2 Dopady regulace hybridních nesouladů v České republice

V České republice hybridní nesoulady podle výkladu OECD zřejmě běžně vznikají nebudou. To souvisí s tím, že aby mohly existovat, je třeba dosáhnout určité úrovně komplexnosti transakce nebo seskupení, a především operovat mezi daňovými jurisdikcemi, jejichž pravidla jsou k tomu dostatečně nekompatibilní. Tím budou poměrně bezpečné čistě vnitroeurospécké transakce, které jsou zároveň v praxi nejběžnější. Není však možné říci, že by existence hybridních nesouladů v rámci transakcí mezi členskými státy byla zcela vyloučena. Typickým příkladem země, jejíž přístup alespoň v minulosti byl v otázkách zdanění pro podnikatele účelově příznivější, a to i ve vztahu k umožnění existence hybridních nesouladů, je Lucembursko.<sup>160</sup> Vzhledem k tomu, že členské státy EU jsou si ekonomicky i právně v porovnání se třetími zeměmi poměrně blízké, a i přesto není vyloučeno nesoulady nalézt, se tak lze domnívat, že tím spíše existuje možnost přenesení hybridního prvku ze třetích zemí. Ačkoliv tedy hybridní nesoulady nejsou z hlediska četnosti nejnebezpečnější formou agresivního daňového plánování, je třeba, aby pro naplnění určitého mezinárodního konsensu jejich efektivní úpravu i český právní řád obsahoval.

Určité riziko i pro Českou republiku v souvislosti s využíváním hybridních nesouladů daňovými poplatníky tedy nelze vyloučit. Je však evidentní, že jejich regulace nebyla pro Českou republiku prioritou. Obecná úprava a její stručné odůvodnění nasvědčuje tomu, že nijak důsledná analýza problematiky před implementací ustanovení § 23h ZDP prováděna

---

<sup>160</sup> K daňovému zacházení v Lucembursku mezi lety 2002 – 2010 zjištění v kauze LuxLeaks. Shrnutí závěrů mimo jiné uvádí: „Corporations that have established toeholds in Luxembourg have made use of financial instruments that shift money around the map to play one country's tax rules against another. This might be, for instance, a hybrid debt instrument that allows profits to move out of a high-tax EU country to a Luxembourg entity. The profits are treated as interest payments in Luxembourg, where they can be deducted from taxes. In the parent company's country, they can be treated as dividends and eligible for a tax exemption..“ Viz INTERNATIONAL CONSORTIUM OF INVESTIGATIVE JOURNALISTS. *Leaked Documents Expose Global Companies' Secret Tax Deals in Luxembourg*. 2014.

Skutečnost, že docházelo v praxi ke konfliktu daňových pravidel přímo mezi Lucemburskem a Českou republikou ve vztahu k existenci hybridních nesouladů, potvrdil i Ing. Radek Novotný, ředitel sekce metodiky daní Generálního finančního ředitelství ČR. Ing. Novotný si z období, kdy vykonával činnost daňového poradce, vzpomíná na škálu případů, kdy tento problém ve vztahu k Lucembursku vyvstal, konkrétně zmínil vazbu na právní formu „société en commandite spéciale“ (SCSp), která je z pohledu lucemburského práva transparentní entitou.

nebyla.<sup>161</sup> Ostatně dopady transpozice celé směrnice ATAD na veřejné rozpočty byly při předložení návrhu novely ZDP posouzeny jako velmi malé, ve výši maximálně 0,2 mld. Kč a v případě pravidel pro hybridní nesoulady minimální, ačkoliv určit je přesně nebylo možné.<sup>162</sup> Nelze se proto divit, že transpozice a její okolnosti působí spíše jako nutnost pro splnění požadavků primárních předpisů evropského práva, než jako nepostradatelný prostředek ochrany českých daňových pravidel.

Výsledkem nicméně je, že ani čtyři roky po plné transpozici nejasnosti okolo úpravy nebyly vyřešeny. Zdrojů pojednávajících o praktickém použití pravidel je extrémní nedostatek, což je určitě zčásti ovlivněno i tím, že ani v jiných státech se prozatím pravidla příliš neuchytila.<sup>163</sup> Hodnotit jejich efektivitu tak stále spíše není namístě. Je však alespoň částečně možné uvažovat o tom, zda mohou vůbec být pravidla uchopitelná, a to jak pro daňový subjekt, tak pro správce daně. V praxi totiž jednoznačně nebude nejtěžším krokem neutralizace hybridního nesouladu, ale již jeho identifikace.<sup>164</sup>

Povinnost prověřovat existenci hybridních nesouladů v první řadě spočívá na poplatníkovi, který na základě ust. § 92 odst. 3 daňového řádu nese důkazní břemeno ohledně všech skutečností, které je povinen uvádět v daňovém tvrzení a dalších podáních.<sup>165</sup> Na jakém základě je poplatník schopen si být hybridního nesouladu vědom, záleží na konkrétních okolnostech. Situace bude jednoduchá v případě, že (v terminologii OECD) existuje strukturované uspořádání neboli lze vyhodnotit, že skutečným smyslem a účelem transakce bylo získat daňovou výhodu. V případě strukturovaného uspořádání se o těch subjektech, které z transakce získaly určitý prospěch, předpokládá, že je jejich vědomost

---

<sup>161</sup> Tuto skutečnost uvádí i Hrdlička, přičemž ji spojuje i s tím, že ministerstvo financí je dlouhodobě personálně poddimenzované. HRDLIČKA, L. Viz cit. pozn. 34. Str. 151.

<sup>162</sup> ČR. Viz cit. pozn. 141.

<sup>163</sup> Z dostupných zdrojů vyplývá, že se v poslední době dějí změny týkající se regulace nesouladů v mnoha zemích. Jak bylo uvedeno výše, i některé největší členské státy OECD implementovaly pravidla teprve nedávno. Naopak například Spojené království, které hybridní nesoulady upravovalo dlouhodobě, od některých jejich původních požadavků v poslední době ustupuje: Viz. SULLIVAN, J., MORTIMER, M., Hybrid instrument update. 2023.

Obsah pojmu reverzní hybridní subjekt byl teprve letos vyjasněn ve zmiňovaném Lucembursku: Viz. JOY, A., ABEL, D., ROSSHANDLER, O. *Important Change to Luxembourg's Reverse Hybrid Rule*. 2023.

V neposlední řadě teprve tento rok vypršela platnost čl. 9 odst. 4 písm. b) Směrnice, což s sebou také může přinést mnohé změny, ačkoliv v České republice nikoliv, protože výjimky z důvodu jejich krátké lhůty použitelnosti neimplementovala.

<sup>164</sup> BOHÁČ, R., HRDLIČKA, L. Viz cit. pozn. 150. Str. 12.

<sup>165</sup> Takto se nepostupuje například v Itálii, kde neutralizace spočívá na daňové správě, subjekt je o použití pravidel uvědoměn a důkazní břemeno se poté obrací. Viz SHEPPARD, L. A. Viz cit. pozn. 102.

dána, protože hybridní prvek je přímo vtělen do povahy transakce.<sup>166</sup> Za platných předpisů blokujících hybridní nesoulad by tak taková transakce neměla být vůbec realizována. Pokud k ní i přesto dojde, přesouvá se problém identifikace nesouladu na správce daně, ale bude-li úspěšný, existence strukturovaného uspořádání bude potenciálně vést k jednoduššímu prokázání úmyslu subjektu vedoucímu v závažnějších případech až ke spáchání trestného činu zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby.<sup>167</sup>

Opačným a nejvzdálenějším případem, kdy lze mít důvodné pochybnosti o tom, zda subjekt může být se situací obeznámen, jsou importované hybridní nesoulady. Základem pro to, aby mohl být subjektem správně aplikován tento obranný mechanismus, je znalost právních a účetních podrobností o subjektu, který ačkoliv je členem téže skupiny, může být od subjektů provádějících hybridní transakci neomezeně vzdálen. Ve vztahu ke spřízněným osobám se jediný relevantní požadavek znalosti účetních dat ve větším rozsahu váže k provádění účetní konsolidace. Konsolidující účetní jednotkou je přitom obecně mateřská společnost,<sup>168</sup> přičemž dceřiná společnost má pouze povinnost se konsolidaci podrobit.<sup>169</sup> Je proto problematické předpokládat, že by o existenci nesouladu měly a mohly za každých okolností vědět všechny subjekty ze skupiny. Žádné speciální povinnosti podrobně prověřovat obsah jednotlivých účetních záznamů ovládající osoby navíc nevyplývají ani z předpisů zabraňujících legalizaci výnosů z trestné činnosti,<sup>170</sup> ani ve vztahu k reportingu pro plnění požadavků z předpisů pro mezinárodní spolupráci v daňové oblasti.<sup>171</sup>

---

<sup>166</sup> OECD. 2015. Viz cit. pozn. 43. Doporučení č. 10 odst. 1: „*Structured arrangement is any arrangement where the hybrid mismatch is priced into the terms of the arrangement or the facts and circumstances (including the terms) of the arrangement indicate that it has been designed to produce a hybrid mismatch.*“

<sup>167</sup> „*K dokonání trestného činu zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby dojde buď tím, že příslušná povinná platba není v zákonem stanoveném termínu na základě zkracujícího jednání úmyslně vůbec zaplacená či není zaplacená v předepsané (vyměřené) výši (R 28/1979-I.), nebo tím, že je **na základě předstírání neexistující skutečnosti úmyslně inkasována pachatelem vylákaná platba (výhoda)**, přičemž se tak v obou případech (zkrácení i vylákání výhody) musí stát ve větším rozsahu anebo musí být větší rozsah způsoben součtem částek zkrácení povinné platby a vylákání výhody na povinné platbě, jde-li o jeden skutek.*“ Viz. ŠÁMAL, P., PÚRY, F. Trestní zákoník, 3. vydání. 2023. § 240.

<sup>168</sup> ČR. Zák. č. 563/1991 Sb. ze dne 12. prosince 1991, o účetnictví. § 22 odst. 2.

<sup>169</sup> Tamtéž, § 22 odst. 3.

<sup>170</sup> Přestože v této oblasti došlo v posledních letech k významným změnám, povinnost mít hlubší informace o fungování ovládající ani ostatních spřízněných osob se v předpisech nevyskytuje.

<sup>171</sup> I zprávy podle zemí povinné sestavované od roku 2017 v souladu s ust. § 13zi zák. č. 164/2013 Sb., o mezinárodní spolupráci při správě daní předpokládají na základě přílohy č. 1 bod I. odst. 4 vyhl. č. 306/2017 Sb., o vzoru zprávy podle zemí a pokynech k jejímu vyplnění pro účely automatické výměny informací s jiným státem v rámci mezinárodní spolupráce při správě daní předpokládají, že zdrojem údajů budou primárně účetní závěrky a jiné dokumenty, za jejichž sestavení jsou zodpovědné ovládající osoby. Na základě ust. § 13zl výše citovaného zákona je navíc primárně za sestavování zprávy podle zemí rovněž zodpovědná mateřská společnost.

Vědomost o sporné transakci tak alespoň z pohledu hierarchicky níže postavených společností omezena a spíše se bude muset vázat ke konkrétním okolnostem struktury a vztahům mezi subjekty.<sup>172</sup> Důkazní břemeno, které je na některé subjekty skrze pravidlo uvaleno, tak nemusí být únosné. S tím souvisí i skutečnost, že v rámci uplatnění pravidel pro importované hybridní nesoulady je třeba se vždy zabývat otázkou, do jaké míry je uplatněný odpočet přičitatelný jakožto zdroj vzniku nesouladu. Není přitom jasné, podle jakých pravidel je tato souvislost zjišťována.<sup>173</sup> Tím i v případě, kdy určitý subjekt o nesouladné transakci je informován, je postaven do pozice, v níž musí být schopen tuto otázku posoudit. To klade další nároky na subjekt, a navíc vyvolává riziko, že subjekt z opatrnosti sám sebe vystaví většímu daňovému zatížení, než jakému by za normálních okolností podléhal.

Pokud se objeví situace, v níž dotčený subjekt nesoulad sám neidentifikuje, je třeba, aby zasáhla daňová správa, která na to musí být dostatečně připravena. Prakticky pak bude muset být neutralizace nesouladů založena na kooperaci daňových jurisdikcí. V tom případě není třeba pouze vyhodnotit daňovou pozici subjektu v obou státech, ale také provést důkladnou analýzu všech dotčených právních systémů, která se vztahuje k posouzení právní povahy transakce, statusu subjektu a zacházení s ním. Kooperace států tak pravděpodobně bude muset být aktivní a rozsah automatické výměny informací nebude dostačující. Efektivita systému tedy tím spíše nebude spočívat pouze na schopnosti České republiky, ale i dalších dotčených států plnit požadavky mezinárodní spolupráce v oblasti daní.<sup>174</sup> Především při transakcích, v nichž jsou dotčeny státy mimo oblast Evropské unie tak stále existuje i riziko simultánního uplatňování primárních a sekundárních pravidel vedoucí k daňovému znevýhodnění subjektu a nepřehlednosti, kdy v extrémních případech přestane být zřejmé, jaké korekce byly kterou jurisdikcí uplatněny.<sup>175</sup>

---

<sup>172</sup> Vědomost může být dána například tehdy, pokud existuje spojení mezi fyzickými osobami, které v subjektu působí. Posuzování však bude zřejmě muset spočívat na do značné míry individuálních skutkových okolnostech.

<sup>173</sup> Přičemž i pravidla OECD předpokládají, že podrobnosti zjišťování tohoto propojení by měly státy upravit. Viz OECD. 2015. Cit. pozn. 43. Str. 86, bod 245.

<sup>174</sup> Sdílení informací o daňových subjektech je v důsledku jedním z neklíčovějších aspektů boje proti agresivnímu daňovému plánování. Proto je také projekt BEPS zaměřen v některých akčních bodech i na tuto problematiku, přičemž některé z bodů považuje za minimální standard, k němuž by mělo být státy přistoupeno (viz například CBC reporting jako akční bod č. 13 balíčku). Některá, byť velmi obecná doporučení přímo ve spojení s úpravou hybridních nesouladů obsahuje i zpráva *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*: Např. OECD. 2015. Viz cit. pozn. 43. Doporučení č. 5 odst. 3.

<sup>175</sup> PARADA, L., 2021. Viz cit. pozn. 132. Str. 34 – 35.

Z dostupných zdrojů vyplývá, že pochybnosti o funkčnosti pravidel měli i jejich samotní tvůrci. Správci daně nemají kapacitu na to, aby prověřovali specifika daňových režimů a pravidla tak budou ve výsledku muset být prosazována samotnými subjekty.<sup>176</sup> Je však otázka, jak lze udržovat veřejnoprávní pravidla, jejichž účinnost je závislá pouze na úsilí soukromých osob.

---

<sup>176</sup> SHEPPARD, L.A. Viz cit. pozn. 102.

## ZÁVĚR

Tato práce se zabývala problematikou hybridních nesouladů. V první řadě byl věnován prostor původním doporučením OECD, která dlouhodobě usiluje prostřednictvím platformy Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting o mezinárodní koordinaci boje proti agresivnímu daňovému plánování. Ačkoliv pojem hybridní nesoulad by bylo možné vykládat velmi široce, bylo zjištěno, že pravidla podle OECD jsou zaměřena na specifické situace, a to takové, kdy za použití hybridního finančního nástroje nebo skrze hybridní entitu subjektu realizujícímu nesoulad vzniká nárok na odpočet bez zahrnutí nebo dvojnásobný odpočet. V primární úpravě OECD byly identifikovány některé nedostatky. Především samotný způsob, jak se s existencí hybridních nesouladů vypořádat, zřejmě není ideální, protože se zakládá na jednorázových neutralizacích vzniklého následku, aniž by docházelo k obecněji aplikovatelné změně vnímání určitého finančního nástroje nebo entity. Vznikla tak pravidla, o jejichž efektivitě jsou určité pochybnosti, protože není jisté, jaké budou jejich praktické dopady, a to tím spíše v méně rozvinutých zemích, které na jejich prosazování nejsou administrativně připraveny.

Evropská unie se v rámci změny směrnice ATAD v roce 2017 s pravidly vyrovnala velmi konzistentně ve vztahu k původním doporučením. Přes původní návrh Komise, který předpokládal jiný přístup k hybridním nesouladům, se ustálilo řešení téměř totožné s návrhem OECD, avšak za principu minimální úrovně ochrany, tedy s předpokladem, že členské státy se mohou rozhodnout zavést úpravu tvrdší.

V České republice proběhla implementace pravidel do ust. § 24h ZDP, přičemž nebyla převzata všechna pravidla, jejichž implementaci směrnice ATAD předpokládá. Vysvětlení k tomu uvedená v důvodové zprávě jsou stručná a není jisté, zda tím ve výsledku došlo k oslabení pravidel, nebo naopak k rozšíření jejich použitelnosti, protože se jejich stručnost zjevně přičítá terminologii původních pravidel OECD. Vzhledem k tomu, že ani na úrovni jiných států však prozatím nedošlo k dostatečnému usazení pravidel pro hybridní nesoulady, je zřejmě hodnocení jejich efektivity předčasné. Existují nicméně pochybnosti o tom, zda bude mít úprava kdy širší dopady, protože již samotná identifikace existujícího hybridního nesouladu je náročná jak pro daňovou správu, která pravděpodobně bude muset aktivně spolupracovat s dotčenými zahraničními daňovými správami, tak v některých případech

rovněž pro samotné daňové subjekty, kteří nemají dostatečné informace a nemusejí být schopni zhodnotit některé rozhodující otázky, na nichž je neutralizace hybridního nesouladu závislá.

# SEZNAM POUŽITÝCH ZDROJŮ

## Seznam použité literatury

KISER, E., KARCESKI, S. M., *Political Economy of Taxation*. Annual Review of Political Science. Volume 20, 2017. S. 75 – 92. Dostupné z <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev-polisci-052615-025442>.

JOGARAJAN, S. *The Conclusion and Termination of the “First” Double Taxation Treaty*. British Tax Review. Volume 3, 2012. U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 604. Dostupné z [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2154760](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2154760).

JOHN TRETOLA. *Comparing the New Zealand and Australian GAAR*. [online]. Revenue Law Journal Volume 25, Issue 1, Article 3. 11.5.2017. Dostupné z <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/RevenueLawJl/2015/3.pdf>.

PETER HONGLER. *International Law of Taxation*. Oxford University Press. 2021. ISBN 978-0-19-289871-5.

NERUDOVÁ, D. *Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie*. 4. aktualizované a doplněné vydání. Praha: Wolters Kluwer, 2014. ISBN 978-80-7478-626-6.

HRDLIČKA, L. *Hybrid Mismatches After the ATAD, Theoretical Aspects of International Cooperation in Tax Matters*. Univerzita Karlova. 2020. Dostupné z <https://dspace.cuni.cz/bitstream/handle/20.500.11956/125862/150052828.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

BUNDGAARD, J. *Coordination Rules as a Weapon in the War against Cross-Border Tax Arbitrage – The Case of Hybrid Entities and Hybrid Financial Instruments*. Bulletin for International Taxation. 2013. Dostupné z <https://www.corit-advisory.com/wp-content/uploads/OLD/2011/12/Coordination-Rules-as-a-Weapon-in-the-War-against-Cross-Border-Tax-Arbitrage-The-Case-of-Hybrid-Entities-and-Hybrid-Financial-Instruments.pdf> (corit-advisory.com).

AVI-YONAH, R., XU, H. *Evaluating BEPS*. Erasmus L. Rev. 10, no. 1. 2017. Dostupné z <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2859&context=articles>.

THE BEPS MONITORING GROUP. *Overall Evaluation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Project*. 2015. Dostupné z <https://bepsmonitoringgroup.files.wordpress.com/2015/10/general-evaluation.pdf>.



KUZNIACKI, B., WEST, C. *Preventing Tax Arbitrage via Hybrid Mismatches: BEPS Action 2 and Developing Countries*. WU International Taxation Research Paper Series No. 2017 – 03. 2017. Dostupné z [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2941617](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2941617).

PARADA, L. *Hybrid Entity Mismatches: Exploring Three Alternatives for Coordination*. INTERTAX, Volume 47, Issue 1. 2019. Dostupné z [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3384567](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3384567).

THURONYI, V. *Coordination Rules as a Solution to Tax Arbitrage*. 2010. Tax notes international. Vol. 57 (2010) no. 12. S. 1053-1060.

DOMINGO, M. S., *Hybrid Mismatch.com: Neutralizing the Tax Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*. North East Journal of Legal Studies: Vol. 38, Article 1. 2019. Dostupné z <https://digitalcommons.fairfield.edu/nealsb/vol38/iss1/1/>.

NAVARRO, A., PARADA, L., SCHWARZ, P., *The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts*. EC Tax Review Vol. 25. 2016. Dostupné z [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2816624](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2816624).

CFE FISCAL COMMITTEE. *Opinion Statement FC 3/2016 on the European Commission's proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive*. 2016. [https://taxadviserseurope.org/new\\_agency/wp-content/uploads/2018/05/CFE-Opinion-Statement-FC-3-2016-on-the-Anti-Tax-Avoidance-Directive.pdf](https://taxadviserseurope.org/new_agency/wp-content/uploads/2018/05/CFE-Opinion-Statement-FC-3-2016-on-the-Anti-Tax-Avoidance-Directive.pdf).

PARADA, L., *Hybrid Financial Instruments and Anti-hybrid Rules in the EU ATAD*. W. Haslehner, K. Pantazatou, G. Kofler and A. Rust, A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive. 2021. Dostupné z [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3978020](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3978020).

SHEPPARD, L. A. *Anticipating EU Tax Haven Hybrid Rules*. Tax Notes. 2019. <https://www.taxnotes.com/tax-notes-today-international/base-erosion-and-profit-shifting-beeps/anticipating-eu-tax-haven-hybrid-rules/2019/09/23/29yvtv..>

## Seznam použitých internetových zdrojů

OLIVER, T., BARTLEY, S. *Tax system complexity and compliance costs — some theoretical considerations*. [online]. Australian Government, The Treasury. 1.9.2005. [cit. 27.7.2023]. Dostupné z [https://treasury.gov.au/publication/economic-roundup-winter-2005/tax-system-complexity-and-compliance-costs-some-theoretical-considerations#P8\\_152](https://treasury.gov.au/publication/economic-roundup-winter-2005/tax-system-complexity-and-compliance-costs-some-theoretical-considerations#P8_152).

INSTITUTE OF BUSINESS ETHICS. *Tax Avoidance as an Ethical Issue for Business*. [online]. Institute of Business Ethics. 17.4.2013. [cit. 15.7.2023]. Dostupné z <https://www.ibe.org.uk/resource/tax-avoidance-as-an-ethical-issue-for-business.html>.

ČT24. *Pandora Papers viní Babiše i další osobnosti ze zneužívání offshorů. Premiér to odmítá*. [online]. © Česká televize: 3.10.2021. [cit. 12.6.2023]. Dostupné z

<https://ct24.ceskatelevize.cz/domaci/3380286-pandora-papers-tvrdi-ze-babis-si-poslal-400-milionu-korun-pres-offshorove-firmy>.

AMY CHENG. *Shakira faces over 8 years in prison if convicted of tax fraud in Spain*. [online]. The Washington Post. 30.7.2022. [cit. 20.6.2023]. Dostupné z <https://www.washingtonpost.com/world/2022/07/30/shakira-prison-tax-evasion-spain/>.

BBC NEWS. *Facebook, Google and Microsoft 'avoiding \$3bn in tax in poorer nations*. [online]. BBC. 26.10.2020. [cit. 20.6.2023]. Dostupné z <https://www.bbc.com/news/business-54691572>.

FUNG, S. *The Questionable Legitimacy of the OECD/G20 BEPS Project*. 2017. Erasmus Law Review, 2. [cit. 30.6.2023]. Dostupné z [https://www.elevenjournals.com/tijdschrift/ELR/2017/2/ELR\\_2017\\_010\\_002](https://www.elevenjournals.com/tijdschrift/ELR/2017/2/ELR_2017_010_002).

PWC. *Preliminary highlights from the final anti-hybrid regulations and related proposed regulations*. [online]. PWC: Tax Insights from Global Structuring. 2020. [cit. 30.6.2023]. Dostupné z <https://thesuite.pwc.com/media/11117/pwc-prelim-highlights-from-the-final-antihybrid-regs-and-related-regs.pdf>.

PWC. *Tax Insights: Canada introduces first package of hybrid mismatch rules*. [online]. PWC: Issue 2022-18. 2022. [cit. 2.7.2023]. Dostupné z <https://www.pwc.com/ca/en/services/tax/publications/tax-insights/canada-introduces-first-package-hybrid-mismatch-rules-2022.html>.

O'BRIEN, T., TANNER, L., THOMAS, G., *Japan's Approach to BEPS Issues*. [online]. ASIA PACIFIC THOUGHT LEADERSHIP, Deloitte. [cit. 13.7.2023]. Dostupné z <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tw/Documents/tax/beps/tw-tp-board4-jp.pdf>.

LU, L., *China updates guidance on hybrid mismatch arrangements and convertible bonds*. [online]. International Tax Review. 2021. [cit. 13.7.2023]. Dostupné z <https://www.internationaltaxreview.com/article/2a6a9d8lm8s67f76fq1a8/china-updates-guidance-on-hybrid-mismatch-arrangements-and-convertible-bonds>.

OECD. BEPS 2015 Final Reports. [online]. Organisation for Economic Co-operation and Development. [cit. 25.7.2023]. Dostupné z <https://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>.

EU. *COM (2016) 26: Návrh SMĚRNICE RADY, kterou se stanoví pravidla proti praktikám vyhýbání se daňovým povinnostem, které přímo ovlivňují fungování vnitřního trhu*. [online]. Procedure 2016/0011/CNS. 2016. [cit. 20.7.2023]. Dostupné z <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/HIS/?uri=CELEX:32016L1164>.

BOHÁČ, R., HRDLIČKA, L. *Transpozice směrnice ATAD do právního řádu České republiky*. [online]. Wolters Kluwer. 2018. [cit. 14.7.2023]. dostupné z

<https://www.dauc.cz/clanky/8001/transpozice-smernice-atad-do-pravniho-radu-ceske-republiky>.

INTERNATIONAL CONSORTIUM OF INVESTIGATIVE JOURNALISTS. *Leaked Documents Expose Global Companies' Secret Tax Deals in Luxembourg*. [online]. ICIJ. 2014. [cit. 22.7.2023]. Dostupné z <https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/leaked-documents-expose-global-companies-secret-tax-deals-luxembourg/>.

SULLIVAN, J., MORTIMER, M., *Hybrid instrument update*. [online]. International Bar Association. 2023. [cit. 25.7.2023]. Dostupné z <https://www.ibanet.org/Hybrid-instrument-update-2023>.

JOY, A., ABEL, D., ROSSHANDLER, O. *Important Change to Luxembourg's Reverse Hybrid Rule*. [online]. Weil Tax Blog. 2023. [cit. 25.7.2023]. Dostupné z <https://tax.weil.com/insights/important-change-to-luxembourgs-reverse-hybrid-rule/>.

## Seznam použitých úředních zdrojů

OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)*. OECD Publishing, Paris. 18.12.2017. Dostupné z [https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version\\_g2g972ee-en#page15](https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page15).

EU. Evropský parlament. *Přímé zdanění: Zdanění fyzických a právnických osob*. [online]. EP: 4.2023. [cit. 12.7.2023]. Dostupné z <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/cs/sheet/80/prime-zdaneni-zdaneni-fyzickych-a-pravnickych-osob>.

SPENGLER, Ch., SCHMIDT, F., HECKEMEYER, J., NICOLAY, K., et al. *Effective Tax Levels Using the Devereux/Griffith Methodology, Project for the EU Commission TAXUD/2020/DE/308*. Mannheim: Leibniz Centre for European Economic Research. 10.2020. Dostupné z [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/system/files/2021-02/final\\_report\\_2020\\_effective\\_tax\\_levels\\_revised\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/system/files/2021-02/final_report_2020_effective_tax_levels_revised_en.pdf).

EU. Rada Evropské unie. *Výsledek jednání: Kritéria a postup pro sestavení unijního seznamu jurisdikcí nespolupracujících v daňové oblasti – závěry Rady (8. listopadu 2016)*. [online]. Rada EU: 8.11.2016. s. 3, bod 10. [cit. 12.7.2023]. Dostupné z <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14166-2016-INIT/cs/pdf>.

Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting. *Key Figures*. [online]. OECD. [cit. 18.7.2023]. Dostupné z <https://www.oecd.org/tax/beps/>.

MEINZER, M., *Countering cross-border tax evasion and avoidance. An assessment of OECD policy design from 2008 to 2018*. Utrecht University, School of Economics. 2019. Dostupné z <https://ec.europa.eu/research/participants/documents/downloadPublic?documentIds=080166e5c8d02a7f&appId=PPGMS>.

UNITED NATIONS. *Protecting the Tax Base of Developing Countries through the use of General Anti-avoidance Rules*. United Nations, New York: 2019. Dostupné z <https://financing.desa.un.org/document/united-nations-practical-portfolio-protecting-tax-base-developing-countries-through-use>.

Comments received on Public Discussion drafts BEPS ACTION 2: NEUTRALISE THE EFFECTS OF HYBRID MISMATCH ARRANGEMENTS. 2014. Dostupné z <https://www.oecd.org/ctp/aggressive/comments-action-2-hybrid-mismatch-arrangements.pdf>.

INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION. *The Report of The Fiscal and Financial Committee and The Reports of The Sub-Groups A, B and C. An Unofficial Translation prepared by Dr. H. Thurston*. Amsterdam, 1963. Dostupné z <https://koflerge.files.wordpress.com/2019/01/neumark.pdf>.

EU. Commission of the European Communities. *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, Towards an Internal Market without tax obstacles, A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU – wide activities*. COM(2001)582 final. EU. 2001. Dostupné z <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0582:FIN:en:PDF>.

ČR. Ministerstvo financí. *Důvodová zpráva k zákonu č. 80/2019 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti daní a některé další zákony, č. 80/2019 Dz*.

Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting. *Action 2 Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements. What is the issue?* [online]. OECD. [cit. 29.6.2023]. Dostupné z <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action2/>.

ČR. Generální finanční ředitelství. *Informace Generálního finančního ředitelství k aplikaci zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů, ve vztahu k problematice ATAD*. Č.j. 54816/20/7100-40113-207118 ze dne 19.1.2021. Dostupné z [https://www.financnisprava.cz/assets/cs/prilohy/d-seznam-dani/Informace-GFR-problematika-ATAD-54816\\_20.pdf](https://www.financnisprava.cz/assets/cs/prilohy/d-seznam-dani/Informace-GFR-problematika-ATAD-54816_20.pdf).

OECD. Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting. *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*. 2010. ISBN 978-92-64-08868-9.

OECD/G20 BEPS PROJECT. *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements. Action 2: Inclusive Framework on BEPS*. OECD, 2017. ISBN 978-92-64-27879-0.

OECD/G20 BEPS PROJECT. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, ACTION 2: 2015 Final Report*. 2015. ISBN 978-92-64-24113-8.

AUSTRALIAN GOVERNMENT. *Hybrid mismatch rules*. [online]. Australian Government, Australian Taxation Office. 2022. [cit. 15.7.2023]. Dostupné z

<https://www.ato.gov.au/Business/Private-owned-and-wealthy-groups/What-attracts-our-attention/Business-structure/International-transactions/Hybrid-mismatch-rules/>.

EU. EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market.* COM(2016) 26 final 2016/0011(CNS). 2016. Dostupné z <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2016%3A26%3AFIN>.

EU. EUROPEAN COMMISSION. *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT Accompanying the document Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries.* 2016. Dostupné z [https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2016-10/swd\\_2016\\_345\\_en.pdf](https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2016-10/swd_2016_345_en.pdf).

HASLEHNER, W., PANTAZATOU, K. *Assessment of recent anti-tax avoidance and evasion measures.* European Parliament, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies. 2022. Dostupné z [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703353/IPOL\\_STU\(2022\)703353\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703353/IPOL_STU(2022)703353_EN.pdf).

EU. Evropská Komise. *Evropská komise při práci* (databáze probíhajících šetření). Dostupné z [https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement\\_decisions/screen/home?lang\\_code=cs](https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/screen/home?lang_code=cs).

ČR. Ministerstvo financí. *Důvodová zpráva k zák. č. 609/2020 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti daní a některé další zákony.*

## **Seznam použitých právních předpisů**

EU. *Směrnice Rady 2011/16/EU ze dne 15. února 2011 o správní spolupráci v oblasti daní a o zrušení směrnice 77/799/EHS, 32011L0016.* In: Official Journal of the European Union 11.3.2011. ISSN 1725-2555.

ČR. *Zák. č. 164/2013 Sb. ze dne 2. května 2013, o mezinárodní spolupráci při správě daní a o změně dalších souvisejících zákonů o mezinárodní pomoci při vymáhání některých finančních pohledávek.*

EU. *Směrnice Rady 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.* 32016L1164. In: Official Journal of the European Union 19.7.2016. ISSN 1977-0677.

EU. *Směrnice Rady 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.* 32016L1164. In: Official Journal of the European Union 19.7.2016. ISSN 1977-0677.

EU. *Směrnice Rady 2014/86/EU ze dne 8. července 2014, kterou se mění směrnice 2011/96/EU o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států.* 32014L0086. In: Official Journal of the European Union 25.7.2014. ISSN 1977-0626.

EU. *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.* 32003L0049. In: Official Journal of the European Union 26.6.2003. ISSN 1725-2555.

ČR. *Zák. č. 586/1992 Sb. ze dne 20. listopadu 1992, o daních z příjmů.*

ČR. *Zák. č. 91/2012 Sb. ze dne 25. ledna 2012 o mezinárodním právu soukromém.*

ČR. *Zák. č. 280/2009 Sb. Ze dne 22. července 2009, daňový řád.*

ČR. *Zák. č. 563/1991 Sb. ze dne 12. prosince 1991, o účetnictví.*

*zák. č. 164/2013 Sb., o mezinárodní spolupráci při správě daní.*

ČR. *Vyhláška č. 306/2017 Sb., o vzoru zprávy podle zemí a pokynech k jejímu vyplnění pro účely automatické výměny informací s jiným státem v rámci mezinárodní spolupráce při správě daní.*

## **Seznam ostatních zdrojů**

ŠÁMAL, P., PÚRY, F. *Trestní zákoník, 3. vydání.* § 240. 2023. Dostupné z <https://www-beck-online-cz.ezproxy.is.cuni.cz/bo/document-view.seam?documentId=nnptembsgnpwk5tlgiys443c14zdambzl42dax3qmyzdima>

NOVOTNÝ, R., Ředitel sekce metodiky daní Generálního finančního ředitelství ČR [telefonický rozhovor]. Praha, 21.7.2023.

## Abstrakt

Tato diplomová práce se zabývá pravidly pro hybridní nesoulady, která vznikla jako součást iniciativy OECD *Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting* a jejich implementací do právního řádu České republiky.

V prvé řadě je věnována pozornost mezinárodnímu kontextu boje proti agresivnímu daňovému plánování a jsou popsány jednotlivé způsoby jeho omezování. Zároveň jsou vymezeny některé jejich nedostatky.

Pravidla pro hybridní nesoulady jsou nejdříve popsána v podobě, jak byla navržena v rámci konečné zprávy OECD *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements* z roku 2015. Detailně je věnován prostor obecným podmínkám uplatnění pravidel, a poté kategoriím hybridních finančních nástrojů a hybridních entit. V závěru této kapitoly je formulována kritika pravidel vztahující se jednak ke zvolenému konceptu *linking rules*, která mnoho autorů nepovažuje za ideální řešení, a jednak k procesu tvorby doporučení, v němž byly identifikovány některé nedostatky, především ve vztahu k účasti slabších států.

Další kapitola je věnována implementaci pravidel na úrovni Evropské unie, která proběhla v rámci přijetí nové *Směrnice Rady č. 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 (ATAD)* a její novelizace z roku 2017. Tato pasáž se soustředí především na proces tvorby ATAD, kdy převzetí pravidel pro hybridní nesoulady probíhalo ve více fázích, v jejichž rámci byly jednotlivé návrhy pravidel velmi rozdílné. Vzhledem k tomu, že výsledná pravidla pro hybridní nesoulady se velmi podobají původnímu návrhu OECD, nejsou v této práci samostatně popisována.

Poslední kapitola se zaměřuje na českou transpozici pravidel do ust. § 23h zákona o daních z příjmů. Zaměřuje se na přístup, jaký k implementaci zaujala Česká republika, a to především za analýzy důvodové zprávy k *zák. č. 80/2019 Sb., kterým se mění některé zákony v oblasti daní a některé další zákony*, jehož prostřednictvím byla pravidla pro hybridní nesoulady zakotvena. Dále jsou rozebrána jednotlivá pravidla řešení důsledků rozdílné právní kvalifikace dle ust. § 23h ZDP a je zkoumán jejich obsah ve spojení s původním smyslem

doporučení OECD. Závěr této části práce je věnován teoretickým dopadům právní úpravy na daňové subjekty i na daňovou správu.

**Klíčová slova:**

**hybridní nesoulady, ATAD, řešení důsledků rozdílné právní kvalifikace, BEPS, agresivní daňové plánování**



## Abstract

This thesis deals with the rules for hybrid mismatches, which were developed as part of the OECD *Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting* and their implementation into the Czech legal system.

First of all, attention is paid to the international context of the fight against aggressive tax planning and the various ways to deal with it. At the same time, some of the shortcomings of these methods are identified.

The rules for hybrid mismatches are first described as they were proposed by the final OECD report *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements* completed in 2015. Individually addressed are the general conditions of application of the rules, and then the categories of hybrid financial instruments and hybrid entities. The last section is devoted to a critique of the rules relating both to the chosen concept of linking rules, which many authors consider to be less than ideal, and to the process of developing the recommendations, in which some shortcomings have been identified, particularly in relation to the participation of less developed states.

The next chapter is devoted to the implementation of the rules at the European Union level, which took place within the framework of the adoption of the new *Council Directive 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market* (ATAD) and its 2017 amendment. This chapter focuses mainly on the ATAD drafting process, where the adoption of the hybrid mismatch rules took place in several phases, with very different proposals. As the resulting hybrid mismatch rules are very similar to the original OECD proposal, they are not described separately in this thesis.

The last chapter focuses on the Czech transposition of the rules into Section 23h of the Czech Income Tax Act. Here, the Czech Republic's approach to implementation is described, primarily by analysing the explanatory memorandum to *Act No. 80/2019 Coll. amending certain tax acts and certain other acts*, through which the rules for hybrid mismatches were introduced. Then, the individual rules for dealing with the *consequences of different legal*

*qualification* under Section 23h of the ITA are presented and their content is examined in connection with the original meaning of the OECD Recommendation. The last section is devoted to the theoretical implications of the legislation for taxpayers and the tax administration.

**Keywords:**

**Hybrid mismatches, ATAD, consequences of different legal qualification, BEPS, aggressive tax planning**