NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
L. A. GEELHOED
prednesené 29. júna 2006 [1]

I — Úvod

1. V tejto veci sa návrh High Court of Justice of England and Wales na začatie konania o prejudiciálnej otázke týka zlučiteľnosti pravidiel Spojeného kráľovstva o takzvanej „podkapitalizácii" („thin cap") v znení rozličných zmien a doplnení, ktorými Spojené kráľovstvo obmedzuje odpočítateľnosť úrokov zaplatených dcérskymi spoločnosťami zo Spojeného kráľovstva materským spoločnostiam nerezidentom alebo iným spoločnostiam nerezidentom v tej istej skupine, s ustanoveniami Zmluvy týkajúcimi sa voľného pohybu.

2. Vec opätovne nastoľuje otázku zlučiteľnosti vnútroštátnych predpisov týkajúcich sa priamych daní „bojujúcich proti zneužívajúcim postupom", ako bola nastolená najmä v rozsudku vo veci Lankhorst-Hohorst z roku 2002 (týkajúcej sa nemeckých pravidiel podkapitalizácie) a v prejednávanej veci Cadbury Schweppes (týkajúcej sa pravidiel Spojeného kráľovstva o ovládaných zahraničných spoločnostiach) s ustanoveniami o voľnom pohybe. [2] Po rozsudku vo veci Lankhorst-Hohorst však neboli hranice prípustných obmedzení podkapitalizácie úplne zrejmé, čo viedlo určité členské štáty — vrátane Spojeného kráľovstva a Nemecka — k tomu, že rozšírili svoju právnu úpravu týkajúcu sa podkapitalizácie na vnútroštátne platby vnútri skupín obchodných spoločností, a to napriek skutočnosti, že v čisto vnútroštátnych situáciách nemôže vzniknúť žiadne možné riziko „zneužitia". Z tohto dôvodu, a keďže predmetné pravidlá Spojeného kráľovstva sa v podstatných ohľadoch odlišujú od nemeckej právnej úpravy napadnutej vo veci Lankhorst-Hohorst, táto vec vyžaduje čerstvý pohľad na problém.

1 — Jazyk prednesu: angličtina.

2 — Rozsudky z 12. decembra 2002, Lankhorst-Hohorst, C-324/00, Zb. s. I-11779, a Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, vec v konaní na Súdnom dvore, pozri návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Léger 2. mája 2006.

II — Právny rámec

A — *Uplatniteľné právo Spojeného kráľovstva*

1. Kontext a zmysel pravidiel o podkapitalizácii

3. Existujú dva základné spôsoby financovania obchodných spoločností: dlhové financovanie a kapitálové financovanie. Mnohé členské štáty rozlišujú medzi zaobchádzaním s týmito dvoma druhmi financovania na účely priamych daní. V prípade dlhového financovania sa spoločnostiam vo všeobecnosti povoľuje odpočítať si úroky zaplatené z úverov na účely výpočtu zdaniteľného zisku (t. j. pred zdanením) z toho dôvodu, že predstavujú bežné výdavky vynaložené na účel výkonu podnikateľskej činnosti. V prípade kapitálového financovania sa však spoločnostiam nepovoľuje odpočítať rozdeľovaný zisk vyplácaný akcionárom z ich zisku pred zdanením; dividendy sa skôr platia zo zdaneného zisku.

4. Táto odlišnosť v zaobchádzaní na daňové účely znamená, že v kontexte skupiny spoločností môže byť výhodné, aby materská spoločnosť financovala jedného z členov skupiny prostredníctvom úverov a nie vlastného imania. Daňový stimul pre takéto konanie je osobitne zrejmý vtedy, keď je dcérska spoločnosť umiestnená na území s relatívne vysokým daňovým zaťažením, zatiaľ čo materská spoločnosť (alebo aj iná spoločnosť, ktorá je členom tej istej skupiny a poskytuje úver) je umiestnená na území s nižším daňovým zaťažením. Za takých okolností môže byť to, čo je vo svojej podstate investíciou do vlastného imania prezentované v podobe dlhu na účel získania priaznivejšieho daňového zaobchádzania. Tento fenomén sa nazýva „podkapitalizácia". Materská spoločnosť si takouto manipuláciou spôsobu poskytovania kapitálu v skutočnosti môže vybrať, kde si želá mať zdanený svoj zisk.

5. Množstvo štátov považujúcich podkapitalizáciu za zneužívajúci postup zaviedlo opatrenia smerujúce k boju proti tomuto zneužívaniu. Tieto opatrenia obvykle stanovujú, že úvery, ktoré spĺňajú určité kritériá, sa na daňové účely považujú za zastreté vlastné imanie. To znamená, že platby úrokov sú preklasifikované na rozdelenie zisku, čiže dcérska spoločnosť si nemôže odpočítať zo svojho zdaniteľného zisku žiadne alebo časť zaplatených úrokov a platba úrokov podlieha všetkým uplatniteľným pravidlám o zdaňovaní dividend. [3]

3 — V rámci Spoločenstva smernica Rady 90/435/EHS z 23. júla 1990 o spoločnom systéme zdaňovania uplatňovanom v prípade materských spoločností a dcérskych spoločností v rozličných členských štátoch (Ú. v. ES L 225, s. 6; Mim. vyd. 09/001, s. 147) zakazuje zdaňovanie dividend vyplácaných dcérskou spoločnosťou jej materskej spoločnosti zrážkovou daňou.

2. Pravidlá Spojeného kráľovstva uplatniteľné do roku 1995

6. Na základe článku 209 ods. 2 písm. d) zákona z roku 1988 o daniach z príjmov fyzických a právnických osôb (Income and Corporation Taxes Act 1988, ďalej len „TA") boli úroky zaplatené spoločnosťou z úveru, ktoré predstavovali viac ako rozumný hospodársky výnos z úveru, považované za rozdelenie zisku tejto spoločnosti v rozsahu, v akom taký výnos prevyšovali. [4] Toto pravidlo sa uplatňovalo vtedy, keď sa platba uskutočňovala veriteľovi rezidentovi, alebo vtedy, keď sa uskutočňovala veriteľovi nerezidentovi. Znamenalo to, že prebytočná suma nebola odpočítateľná ako úrok pri výpočte zdaniteľného zisku spoločnosti, ale zaobchádzalo sa s ňou ako s rozdelením zisku vyplácaného zo zisku po zdanení. Skutočnosť, že úroky sa klasifikovali ako rozdelený zisk, tiež znamenala, že spoločnosť sa uskutočnením platby stala daňovníkom vopred zaplatenej dane z príjmov právnických osôb (advance corporation tax, ďalej len „ACT"). [5]

7. Na základe článku 209 ods. 2 písm. e) bodov iv) a v) TA všetky iné úroky, ako sú tie, ktoré sú už klasifikované ako rozdelenie zisku na základe článku 209 ods. 2 písm. d), zaplatené ktorémukoľvek veriteľovi nerezidentovi Spojeného kráľovstva, ktorý patrí do tej istej skupiny spoločností (v súlade s jej definíciou), sa klasifikovali ako rozdelenie zisku. Tento článok sa konkrétne uplatňoval na úvery poskytnuté spoločnosťou nerezidentom Spojeného kráľovstva spoločnosti rezidentovi Spojeného kráľovstva, ktorej 75 % základného imania vlastnila veriteľská spoločnosť, alebo vtedy, keď vlastnila 75 % základného imania oboch spoločností tretia spoločnosť nerezident Spojeného kráľovstva. V dôsledku toho podľa pravidiel Spojeného kráľovstva uplatniteľných do roku 1995 — bez zohľadnenia účinku uplatniteľných dohôd o zamedzení dvojitého zdanenia (ďalej len „DDZ"), ktorý načrtnem nižšie — úroky vyplatené spoločnosťou rezidentom Spojeného kráľovstva inému členovi skupiny nerezidentovi (v súlade s jeho definíciou) boli vždy klasifikované ako rozdelenie zisku, dokonca aj vtedy, keď úrok predstavoval rozumný hospodársky výnos z úveru.

8. Ustanovenia určitých DDZ uzatvorených Spojeným kráľovstvom vylučovali uplatnenie uvedených pravidiel stanovených v článku 209 TA a zaručovali za určitých okolností odpočítateľnosť úrokov zo zisku na daňové účely. Také úpravy sa uplatňovali bez ohľadu na ustanovenia vnútroštátnej právnej úpravy Spojeného kráľovstva. [6] Zatiaľ čo znenie ustanovení sa v týchto DDZ líši, vnútroštátny súd vo svojom návrhu na začatie prejudiciálneho konania uvádza, že ich v zásade možno zaradiť do dvoch kategórií.

4 — Zatiaľ čo znenie TA a jeho zmien a doplnení vo všeobecnosti odkazuje na poskytnutie zabezpečení úveru dlžníkom veriteľovi namiesto toho, aby používalo pojem požičanie prostredníctvom úveru, v týchto návrhoch budem v záujme jednoduchosti vyjadrovania odkazovať na poskytnutie úveru veriteľom dlžníkovi.

5 — Článok 14 TA.

6 — Článok 788 ods. 3 TA.

9. Prvá kategória ustanovení sa sústreďuje na to, či je úroková sadzba vzhľadom na výšku dlhu na trhovej úrovni. Neskúmajú, či je suma samotného dlhu na trhovej úrovni. Také ustanovenia možno nájsť napríklad v luxemburskej, japonskej, nemeckej, španielskej a rakúskej DDZ. Tak napríklad článok 11 ods. 7 DDZ uzatvorenej medzi Spojeným kráľovstvom a Luxemburskom stanovuje, že „vtedy, keď na základe osobitného vzťahu medzi platcom a príjemcom alebo medzi nimi a treťou osobou suma vyplácaných úrokov, majúc na zreteli dlh, za ktorý sa platia, prevyšuje sumu, ktorá by bola dohodnutá platcom a príjemcom pri neexistencii takého vzťahu..., prebytočná časť platieb bude naďalej zdaňovaná v súlade s právom každého zmluvného štátu s riadnym zohľadnením ostatných ustanovení tejto dohody".

10. Druhá kategória ustanovení nastoľuje všeobecnejšiu otázku, či suma úrokov z akýchkoľvek dôvodov presahuje sumu, ktorá by bola vyplatená za podmienok úplnej hospodárskej súťaže. Táto otázka zahŕňa otázku, či suma samotného úveru presahuje sumu, ktorá by bola formou úveru poskytnutá za podmienok úplnej hospodárskej súťaže. Také ustanovenia možno nájsť napríklad v DDZ uzatvorených so Spojenými štátmi, Írskom, Švajčiarskom, Holandskom, Francúzskom a Talianskom. Tak napríklad článok 11 ods. 5 DDZ uzatvorenej medzi Spojeným kráľovstvom a Spojenými štátmi stanovuje, že „vtedy, keď na základe osobitného vzťahu medzi platcom a príjemcom úrokov alebo medzi nimi a treťou osobou z akéhokoľvek dôvodu suma vyplácaných úrokov prevyšuje sumu, ktorá by bola dohodnutá platcom a príjemcom pri neexistencii takého vzťahu..., prebytočná časť platieb bude naďalej zdaňovaná v súlade s právom každého zmluvného štátu s riadnym zohľadnením ostatných ustanovení tejto dohody".

11. Širší rozsah druhej kategórie ustanovení DDZ je potvrdený článkom 808A ods. 2 TA,[7] ktorý uvádza, že pri určovaní toho, či taký „osobitný vzťah" existuje, treba zohľadniť všetky faktory vrátane toho, či by bol úver vôbec poskytnutý, aká suma by bola požičaná, ako aj úrokovej sadzby pri neexistencii takého vzťahu. Čo sa týka oboch kategórií DDZ, článok 808A ods. 3 uvádza, že ustanovenie o osobitnom vzťahu treba vykladať tak, že od daňovníka vyžaduje, aby preukázal, že neexistuje žiaden osobitný vzťah, prípadne aby preukázal sumu úrokov, ktoré by boli vyplácané pri neexistencii osobitného vzťahu. Tieto ustanovenia sa uplatňujú na úroky vyplácané po 14. máji 1992.

7 — Doplnený článkom 52 finančného zákona (č. 2) z roku 1992.

3. Zmeny a doplnenia z roku 1995

12. Článok 209 ods. 2 písm. e) body iv) a v) TA boli vypustené finančným zákonom z roku 1995 a nahradené článkom 209 ods. 2 písm. da) TA, ktorý v zásade stanovoval, že za rozdelený zisk sa považujú úroky zaplatené medzi členmi tej istej skupiny spoločností (v súlade s jej definíciou), pokiaľ presiahnu to, čo by bolo zaplatené za podmienok úplnej hospodárskej súťaže. [8] Tento článok sa uplatňuje vtedy, keď má veriteľ podiel 75 % na základnom imaní dlžníka, alebo vtedy, keď má určitá tretia osoba podiel 75 % na základnom imaní oboch spoločností.

13. Podľa článku 212 ods. 1 a 3 TA v znení zmien a doplnení sa článok 209 ods. 2 písm. da) TA neuplatňuje, ak sú tak platca, ako aj príjemca úrokov platcami dane z príjmov právnických osôb v Spojenom kráľovstve.

4. Zmeny a doplnenia z roku 1998

14. Článok 209 ods. 8B určuje kritériá, ktoré treba použiť pri určovaní toho, či treba platby úrokov klasifikovať ako rozdelenie zisku. Tie sú vymenované ako: primeraná úroveň celkovej zadlženosti dlžníka; to, či možno očakávať, že by sa dlžník a konkrétna osoba stali stranami transakcie zahŕňajúcej emisiu cenných papierov emitujúcou spoločnosťou alebo poskytnutie úveru alebo úveru v konkrétnej sume uvedenej spoločnosti; a úroková sadzba a ďalšie zmluvné podmienky, ktorých uplatnenie by bolo možné očakávať v akomkoľvek konkrétnom prípade na takú transakciu. Článok 209 ods. 8A v spojení s článkom 209 ods. 8D až ods. 8F určuje rozsah, v ktorom môžu byť spoločnosti zoskupené na účely určenia úrovní ich úverov na konsolidovanom základe. V zásade pravidlá takú konsolidáciu osobitných podskupín zo Spojeného kráľovstva, ktoré sú súčasťou širšej zahraničnej skupiny, neumožňujú: úverová kapacita každej podskupiny zo Spojeného kráľovstva sa posudzuje osobitne. [9]

15. Príloha 28AA TA zavedená finančným zákonom z roku 1998 obsahuje podrobný

8 — Článok sa uplatňuje vtedy, keď celý úver alebo jeho časť „predstavuje sumu, ktorá by nebola vyplatená druhej spoločnosti, ak by spoločnosti boli spoločnosťami, medzi ktorými neexistoval žiaden (okrem vzťahu týkajúceho sa predmetných zabezpečení) vzťah, dohody alebo iné spojenie (či už formálne alebo neformálne) okrem takej sumy rozdelenia zisku, ktorá nepredstavuje takú sumu alebo ktorá je rozdelením zisku na základe písm. d) vyššie alebo sumu predstavujúcu istinu zabezpečenú zabezpečovacími prostriedkami" [článok 209 ods. 2 písm. da) bod ii)].

9 — Článok 209 ods. 8A písm. b) stanovuje, že pri určovaní toho, či sa uplatňujú faktory uvedené v článku 209 ods. 8B pri klasifikácii ako rozdelenie zisku, by sa nemal zohľadňovať žiaden vzťah, dohody alebo spojenie (iné ako vzťah, transakcia alebo spojitosť medzi dlžníkom a veriteľom) medzi dlžníkom a akoukoľvek osobou okrem prípadu, keď uvedená osoba (i) nemá žiadnu relevantnú spojitosť (ako je definovaná v článku 209 ods. 8C) s dlžníkom a (ii) je spoločnosťou, ktorá je členom tej istej skupiny spoločností v Spojenom kráľovstve (ako je definovaná v člán-ku 209 ods. 8D) ako dlžník.

kódex pravidiel týkajúcich sa transferového oceňovania, ktoré sa tiež uplatňujú na platby úrokov. Pravidlá transferového oceňovania sa uplatňujú vtedy, keď (1) dochádza k „plneniu prostredníctvom transakcie" alebo súboru transakcií medzi dvoma spoločnosťami ovládanými rovnakou treťou osobou. Na tieto účely predstavuje ovládanie priamu alebo nepriamu účasť na riadení, ovládaní alebo základnom imaní akejkoľvek dotknutej spoločnosti; [10] (2) zmluvné podmienky plnenia sú odlišné od zmluvných podmienok, ktoré by existovali v prípade, ak by spoločnosti neboli spoločne ovládané; a (3) plnenie dáva jednej z ovplyvnených osôb potenciálnu výhodu vo vzťahu k dani v Spojenom kráľovstve. V takom prípade zisk a strata potenciálne zvýhodnenej osoby alebo zvýhodnených osôb „bude na daňové účely vypočítaná tak, ako keby bolo namiesto skutočného plnenia poskytnuté plnenie, ktoré by si vymenili osoby za podmienok úplnej hospodárskej súťaže" [11].

16. Predpokladalo sa, že plnenie neposkytuje jednej z ovplyvnených osôb potenciálnu výhodu vtedy, keď okrem iného druhá strana transakcie bola daňovníkom dane z príjmu fyzických osôb alebo dane z príjmu právnických osôb v Spojenom kráľovstve a boli splnené určité ďalšie podmienky. Tieto podmienky vyžadovali, aby (1) osoba nebola oprávnená na žiadne oslobodenie od dane z príjmov fyzických osôb alebo dane z príjmov právnických osôb, pokiaľ ide o (časť) takto zdaňovaného príjmu alebo zisku; [12] (2) vtedy, keď bola uvedená osoba daňovníkom dane z príjmu fyzických osôb, pokiaľ ide o zisk plynúci z uvedených činností, osoba bola rezidentom Spojeného kráľovstva v zdaniteľných obdobiach, v ktorých bola daňovníkom; [13] (3) osoba nebola oprávnená [14] na získanie zápočtu dane v ktoromkoľvek zdaniteľnom období pre akúkoľvek zahraničnú daň zo zisku, alebo pokiaľ ide o zisk plynúci z príslušných činností a také oprávnenie by nemala v žiadnom takom období, ak by akékoľvek takéto zisky existovali alebo ak by presiahli určitú sumu; [15] a (4) sumy zohľadnené pri výpočte zisku alebo straty osoby z príslušných činností v ktoromkoľvek zdaniteľnom období nezahŕňali žiaden príjem, ktorého výška bola znížená na základe článku 811 ods. 1 TA (odpočet dane zaplatenej v zahraničí možný pri neexistencii možnosti započítať daň).

17. Toto pravidlo bolo zmenené a doplnené finančným zákonom z roku 2004 tak, že sa uplatňuje vtedy, keď sú obaja účastníci transakcie daňovníkmi dane v Spojenom kráľovstve.

10 — Príloha 28AA ods. 1 bod 1 písm. b).

11 — Príloha 28AA ods. 1 bod 2. Na základe prílohy 28AA ods. 5 TA bola táto požiadavka v konkrétnom prípade splnená vtedy, keď by bolo účinkom poskytnutia alebo prijatia plnenia zníženie sumy zisku podliehajúceho dani v akomkoľvek zdaniteľnom období pre uvedenú osobu a/alebo zvýšenie sumy strát v ktoromkoľvek zdaniteľnom období pre uvedenú osobu.

12 — Príloha 28AA ods. 5 bod 3 písm. b) TA.

13 — Príloha 28AA ods. 5 bod 3 písm. c) TA.

14 — Na základe akejkoľvek úpravy týkajúcej sa dvojitého zdanenia alebo na základe článku 790 ods. 1 TA.

15 — Príloha 28AA ods. 5 bod 4 TA.

III — Skutkové okolnosti návrhu na začatie prejudiciálneho konania

A — *Lafarge Group: skutkové okolnosti*

18. Spor Thin Cap druhu „group litigation" sa týka návrhov na vrátenie a/alebo náhradu za daňové nevýhody a iné nepriaznivé daňové účinky utrpené v dôsledku režimu podkapitalizácie Spojeného kráľovstva načrtnutého vyššie. Tieto návrhy boli podané na High Court of Justice of England and Wales po rozsudku Súdneho dvora vo veci Lankhorst-Hohorst, ktorý určil, že vtedajšie nemecké pravidlá podkapitalizácie sú v rozpore s článkom 43 ES. [16] Na účely tohto návrhu na začatie prejudiciálneho konania boli vybraté skúšobné veci, v ktorých sa všetci účastníci zhodli na skutkových tvrdeniach, reprezentujúce rozličné štruktúry spoločností. Všetky skúšobné veci sa týkajú dcérskej spoločnosti rezidenta Spojeného kráľovstva, ktorej aspoň 75 % základného imania priamo alebo nepriamo vlastní materská spoločnosť nerezident Spojeného kráľovstva za okolností, keď buď materská spoločnosť poskytla úver dlžníkovi, alebo iná spoločnosť nerezident Spojeného kráľovstva, v ktorej má materská spoločnosť tiež priamo alebo nepriamo 75 % podielu na základnom imaní, poskytla úver dlžníkovi. V dôsledku toho sú položené prejudiciálne otázky formulované na základe skutkových okolností jednej ovplyvnenej transakcie v jednej skúšobnej veci — vo veci Lafarge Group — a spôsobu, akým sa ostatné skúšobné veci od nej relevantne odlišujú.

19. Lafarge SA, verejná akciová spoločnosť so sídlom vo Francúzsku, je materskou spoločnosťou na čele cezhraničnej skupiny spoločností vyrábajúcich stavebné materiály. Na účely tejto veci sú relevantnými členmi skupiny Lafarge: (1) Financière Lafarge SA (veriteľská spoločnosť), ktorá má sídlo vo Francúzsku, a je nepriamou 100 % dcérskou spoločnosťou materskej spoločnosti, Lafarge SA; a (2) Lafarge Building Materials Limited, rezident Spojeného kráľovstva, ktorá je holdingovou spoločnosťou na čele väčšiny dcérskych spoločností v skupine Lafarge, ktoré sú rezidentmi Spojeného kráľovstva, a ktorá je sama priamou dcérskou spoločnosťou Financière Lafarge. [17] Návrh sa tiež týka ďalších deviatich spoločností navrhovateľov v skupine Lafarge, ktoré sú všetky priamymi alebo nepriamymi dcérskymi spoločnosťami Lafarge Building Materials (ktorá vlastnila v každom z prípadov viac ako 50 % základného imania v týchto spoločnostiach) rezidentmi Spojeného kráľovstva.

20. V decembri 1997 skupina Lafarge nadobudla akcie spoločnosti rezidenta Spojeného kráľovstva Redland plc. Na financovanie tohto nadobudnutia mala Financière Lafarge k dispozícii rozličné úverové rámce — v konečnom dôsledku zaručené Lafarge

16 — Rozsudok Lankhorst-Hohorst, už citovaný v poznámke pod čiarou 2.

17 — V celom rozhodnom období vlastnil Financière Lafarge viac ako 75 % emitovaných akcií Lafarge Building Materials.

SA — poskytované externými bankami skupine Lafarge, čo jej umožňovalo poskytnúť úverové financovanie spoločnostiam v skupine, alebo od ktorých mohli oprávnené dcérske spoločnosti čerpať úvery priamo. Konkrétne, na financovanie nadobudnutia spoločnosti Redland poskytla Financière Lafarge krátkodobý úverový rámec spoločnosti Lafarge Building Materials, ktorá zas poskytla podobný úverový rámec ďalšiemu subjektu zo skupiny Lafarge, Minerals UK. Celkovo tento úverový rámec (t. j. prostredníctvom Financière Lafarge a Lafarge Building Materials) financoval približne 50 % kúpnej ceny akcií Redland s tým, že zvyšok bol financovaný priamym čerpaním úverových rámcov skupiny Lafarge poskytnutých externými bankami zo strany Mineral UK. Väčšina z týchto priamo čerpaných úverov bola splatená v roku 1998 úvermi poskytnutými Lafarge SA v prospech Minerals UK, a to po splatení externých úverových rámcov spoločnosťou Lafarge SA a Financière Lafarge prostredníctvom emisie dlhopisov na účel získania lepších podmienok financovania.

21. Na základe rady svojich daňových poradcov v Spojenom kráľovstve po ukončení nadobudnutia akcií spoločnosti Redland v tom zmysle, že daňová správa v Spojenom kráľovstve bude považovať aspoň časť z úrokov zaplatených z týchto úverov zo strany Lafarge Building Materials za rozdelenie zisku na základe článku 209 ods. 2 písm. da) TA, skupina Lafarge znížila zadlženie Lafarge Building Materials voči Financière Lafarge približne v marci 1998 tak, že premenila okolo 75 % sumy vtedy poskytnutých úverov na vlastné imanie. To bolo dosiahnuté vydaním dodatočných akcií spoločnosti Lafarge Building Materials a ich prevodom spoločnostiam v skupine Lafarge — s tým, že väčšina akcií bola prevedená na Financière Lafarge. Platby týchto spoločností za uvedené akcie boli potom započítané proti dlhu Lafarge Building Materials voči Financière Lafarge v tom istom objeme.

22. V marci 1999 začala daňová správa Spojeného kráľovstva (Inland Revenue) vyšetrovať nadobudnutie spoločnosti Redland. Daňová správa nesúhlasila so stanoviskom Lafarge, že externá banka by za obvyklých okolností poskytla obdobné úvery na základe podobných zmluvných podmienok, ako boli zmluvné podmienky medzi Financière Lafarge a Lafarge Building Materials a medzi Minerals UK a Lafarge SA, a namietala, že časť úrokov by sa mala klasifikovať ako rozdelenie zisku na základe článku 209 ods. 2 písm. da) TA. Po stretnutiach medzi daňovou správou a poradcami Lafarge bola dosiahnutá dohoda, na základe ktorej boli niektoré platby úrokov vyplatené Financière Lafarge pre Lafarge Building Materials a vyplatené Minerals UK pre Lafarge SA preklasifikované na rozdelenie zisku, a to najmä vtedy, keď stanovený pomer celkového čistého zadlženia k prevádzkovému zisku pred zdanením presiahol určité hranice.

B — *Ostatní Test Claimants: skutkové okolnosti*

23. Ostatné skúšobné veci vybrané na účely tohto konania o prejudiciálnej otázke sa týkajú nasledujúcich skupín spoločností.

24. Prvá dodatočná skúšobná vec sa týka skupiny Volvo, ktorej relevantné subjekty na účely tejto veci zahŕňajú: (1) AB Volvo, materská spoločnosť s akciami obchodovanými na burze cenných papierov, rezident Švédska; (2) Volvo Treasury AB, priama 100 % dcérska spoločnosť AB Volvo, rezident Švédska; (3) Volvo Truck and Bus Limited, spoločnosť rezident Spojeného kráľovstva a nepriama 100 % dcérska spoločnosť AB Volvo prostredníctvom spoločností rezidentov Švédska a Holandska; (4) VFS Financial Services (UK) Limited, rezident Spojeného kráľovstva a nepriama 100 % dcérska spoločnosť AB Volvo prostredníctvom spoločností rezidentov Švédska. Konkrétne sa skúšobná vec týka poskytnutia financovania zo strany Volvo Treasury v októbri 1999 na základe dohody o úvere spoločnosti Volvo Truck and Bus. Za okolností, ktoré boli podobné okolnostiam v skupine Lafarge načrtnutým vyššie, bola v decembri 1999 časť uvedeného dlhu premenená na vlastné imanie spoločnosti Volvo Truck and Bus. V roku 2000 dosiahla skupina Volvo dohodu s daňovou správou o podmienkach, za ktorých nebudú platby úrokov preklasifikované na rozdelenie zisku.

25. Druhá dodatočná skúšobná vec sa týka skupiny PepsiCo, ktorej relevantné subjekty na účely tejto veci zahŕňajú: (1) PepsiCo Inc, materská spoločnosť rezident Spojených štátov; (2) PepsiCo Finance Europe Limited, spoločnosť založená v Spojenom kráľovstve a usadená v Luxembursku, ktorá pôsobila vo Švajčiarsku prostredníctvom organizačnej zložky a bola nepriamou 100 % dcérskou spoločnosťou PepsiCo Inc prostredníctvom holdingových spoločností rezidentov Írska a iných tretích štátov; (3) PepsiCo Holdings, spoločnosť rezident Spojeného kráľovstva, ktorá bola nepriamou 100 % dcérskou spoločnosťou PepsiCo Inc prostredníctvom spoločností usadených v členských štátoch a tretích štátoch. Od roku 1999 poskytla PepsiCo Finance Europe úvery prostredníctvom svojej švajčiarskej organizačnej zložky PepsiCo Holdings, z ktorej platby úrokov podliehali DDZ uzatvorenej medzi Spojeným kráľovstvom a Luxemburskom v roku 1968.

26. Tretia a štvrtá dodatočná skúšobná vec sa týkajú skupiny Caterpillar, ktorá podala návrhy, z ktorých každý predstavoval osobitný druh skúšobnej veci.

27. Na účely tretej dodatočnej skúšobnej veci pozostávajú príslušné subjekty skupiny Caterpillar z: (1) Caterpillar Inc, materská

spoločnosť rezident Spojených štátov; (2) Caterpillar International Finance plc, spoločnosť rezident Írska a nepriamou 100 % dcérska spoločnosť Caterpillar Inc prostredníctvom holdingových spoločností rezidentov Spojeného kráľovstva alebo Spojených štátov (pričom holdingové spoločnosti zahŕňajú spoločnosť Caterpillar Financial Services Corporation, rezidenta Spojených štátov); (3) Caterpillar Financial Services (UK) Ltd, spoločnosť rezident Spojeného kráľovstva a nepriama 100 % dcérska spoločnosť Caterpillar Inc prostredníctvom holdingových spoločností rezidentov Spojeného kráľovstva alebo Spojených štátov, ktoré zahŕňajú Caterpillar Financial Services Corporation. Konkrétne, Caterpillar International Finance poskytla úver spoločnosti Caterpillar Financial Services (UK), z ktorého úrok podliehal DDZ uzatvorenej medzi Spojeným kráľovstvom a Írskom v roku 1976.

28. Na účely štvrtej dodatočnej skúšobnej veci pozostávajú príslušné subjekty skupiny Caterpillar z: (1) Caterpillar Inc; (2) Caterpillar Overseas SA, spoločnosť rezident Švajčiarska a v závislosti od predmetného časového obdobia buď priama alebo nepriama 100 % dcérska spoločnosť Caterpillar Inc. V obdobiach, keď bola spoločnosť nepriamou dcérskou spoločnosťou, boli medzičlánkami holdingové spoločnosti rezidenti Spojených štátov; (3) Caterpillar Peterlee Limited, spoločnosť rezident Spojeného kráľovstva a nepriama 100 % dcérska spoločnosť Caterpillar Inc prostredníctvom holdingových spoločností rezidentov Spojeného kráľovstva. Konkrétne, Caterpillar Overseas poskytla úver spoločnosti Caterpillar Peterlee, z ktorého úrok podliehal DDZ uzatvorenej medzi Spojeným kráľovstvom a Švajčiarskom v roku 1977.

IV — Prejudiciálne otázky a konanie pred Súdnym dvorom

29. Po dosiahnutí zhody na skutkových okolnostiach skúšobných vecí boli 21. decembra 2004 konania vo veciach samých prerušené a Súdnemu dvoru boli položené tieto prejudiciálne otázky:

„1. Je v rozpore s článkami 43 ES, 49 ES alebo 56 ES, ak členský štát (ďalej len „štát spoločnosti dlžníka") ponechá v účinnosti a uplatňuje ustanovenia, ako sú tie, ktoré sú v článkoch 209, 212 a v prílohe 28AA zákona o daniach z príjmov fyzických osôb a právnických osôb (Income and Corporation Taxes Act 1998, ďalej len „vnútroštátne ustanovenia"), ktoré obmedzujú možnosť spoločnosti rezidenta tohto členského štátu (ďalej len „spoločnosť dlžník") odpočítať na daňové účely úroky zaplatené za úver poskytnutý priamou alebo nepriamou materskou spoločnosťou rezidentom iného členského štátu, hoci by spoločnosť dlžník nepodliehala takýmto obmedzeniam v prípade, ak by materská spoločnosť bola rezidentom štátu spoločnosti dlžníka?

2. Aký rozdiel, ak vôbec existuje, spôsobujú pri odpovedi na otázku č. 1 tieto okolnosti:

a) peňažný úver neposkytne materská spoločnosť spoločnosti dlžníka ale iná spoločnosť (ďalej len „veriteľská spoločnosť"), ktorá patrí do tej istej skupiny spoločností, ktorá má priamu alebo nepriamu tú istú materskú spoločnosť ako spoločnosť dlžník, a tak táto spoločná materská spoločnosť, ako aj veriteľská spoločnosť sú rezidentmi iných členských štátov, ako je štát spoločnosti dlžníka;

b) spoločnosť veriteľ je rezidentom iného členského štátu, ako je štát spoločnosti dlžníka, ale všetky spoločné materské spoločnosti, priame alebo nepriame, spoločnosti dlžníka a aj spoločnosť veriteľa sú rezidentmi tretej krajiny;

c) všetky spoločné materské spoločnosti, priame alebo nepriame spoločnosti veriteľa a aj spoločnosť dlžníka sú rezidentmi tretej krajiny a spoločnosť veriteľ je rezidentom iného členského štátu, ako je štát spoločnosti dlžníka, ale spoločnosť veriteľ poskytne peňažný úver spoločnosti dlžníkovi prostredníctvom organizačnej zložky spoločnosti veriteľa usadenej v tretej krajine;

d) spoločnosť veriteľ a všetky spoločné materské spoločnosti, priame alebo nepriame, spoločnosti veriteľa aj spoločnosť dlžníka sú rezidentmi tretej krajiny?

3. Spôsobovalo by nejaký rozdiel v odpovediach na otázky č. 1 a 2, ak by bolo možné preukázať, že poskytnutie úverov zakladalo zneužitie práva alebo bolo súčasťou umelej konštrukcie, ktorej cieľom bolo obchádzanie daňového zákona členského štátu spoločnosti dlžníka? Ak áno, aké usmernenia považuje Súdny dvor za vhodné poskytnúť, aby bolo možné zistiť zneužitie alebo umelú konštrukciu v súvislosti s takými situáciami ako v prejednávanej veci?

4. Ak sa článok 56 ES zameriava na obmedzenie pohybu kapitálu medzi členskými štátmi a tretími krajinami uvedené v článku 56 ES, existovalo toto

obmedzenie 31. decembra 1993 na účely uplatňovania článku 57 ES?

5. V prípade, ak je ktorákoľvek zo situácií uvedených v otázkach č. 1 a 2 v rozpore s článkami 43 ES, 49 ES alebo 56 ES, potom za okolností, keď spoločnosť dlžník alebo iné spoločnosti skupiny spoločnosti veriteľa (ďalej len „žalobkyne") podajú nasledujúce žaloby:

a) žalobu o vrátenie nadmerne vyrubenej dane z príjmov právnických osôb zaplatenej spoločnosťou dlžníkom v dôsledku neuznania odpočtu úrokov zaplatených spoločnosti veriteľovi od jej zdaniteľného zisku podliehajúceho dani z príjmov právnických osôb, hoci by tieto platby úrokov boli považované za odpočítateľné od zisku spoločnosti dlžníka, ak by aj spoločnosť veriteľ bola rezidentom štátu spoločnosti dlžníka;

b) žalobu o vrátenie nadmerne vyrubenej dane z príjmov právnických osôb zaplatenej spoločnosťou dlžníkom v prípadoch, keď bola celá suma úrokov z úveru skutočne zaplatená spoločnosti veriteľovi, ale keď nárok na odpočet v súvislosti s týmito úrokmi bol znížený v dôsledku vnútroštátnych ustanovení alebo ich uplatnenia daňovým orgánom;

c) žalobu o vrátenie nadmerne vyrubenej dane z príjmov právnických osôb zaplatenej spoločnosťou dlžníkom v prípadoch, keď suma úrokov z úveru od spoločnosti veriteľa odpočítateľná od zisku spoločnosti dlžníka bola znížená z dôvodu, že upísané bolo skôr vlastné imanie než kapitál poskytnutý formou úveru, alebo preto, že vlastné imanie bolo nahradené existujúcim kapitálom poskytnutým formou úveru;

d) žalobu o vrátenie nadmerne vyrubenej dane z príjmov právnických osôb zaplatenej spoločnosťou dlžníkom v prípadoch, keď suma úrokov z úverov od spoločnosti veriteľa odpočítateľná od zisku spoločnosti dlžníka bola v dôsledku vnútroštátnych ustanovení alebo ich uplatnenia daňovým orgánom znížená z dôvodu zníženia úrokovej sadzby účtovanej za úvery (alebo preto, že išlo o bezúročný úver);

e) žalobu o uvedenie do predošlého stavu alebo náhradu škody alebo iných daňových úľav, alebo daňových úverov spoločnosti dlžníka

(alebo ktorých sa vzdali, tým že ich postúpili spoločnosti dlžníkovi, iné spoločnosti tej istej skupiny ako spoločnosť dlžník, ktoré boli rovnako rezidentmi štátu spoločnosti dlžníka), ktoré spoločnosť dlžník použila na odpočet od nadmerne vyrubených daní z príjmov právnických osôb uvedených v bodoch a), b) alebo c), hoci inak tieto straty, daňové úľavy alebo daňové úvery mali byť disponibilné na účel rôzneho použitia alebo prevedenie do budúcnosti;

f) žalobu o vrátenie nepoužitej dane z príjmov právnických osôb zaplatenej spoločnosťou dlžníkom vopred vo vyššej sume, než bola daňová povinnosť z úrokov zaplatených spoločnosti veriteľovi, ktoré boli po opätovnom posúdení charakterizované ako distribuovanie zisku;

g) žalobu o uvedenie do predošlého stavu alebo náhradu škody, pokiaľ ide o sumy zaplatené ako daň z príjmov právnických osôb zaplatenú vopred za okolností uvedených v bode f), ktoré však boli následne odpočítané od dane z príjmov právnických osôb spoločnosti dlžníka;

h) žalobu o náhradu nákladov a výdavkov, ktoré vznikli žalobkyniam tým, že sa podrobili vnútroštátnym ustanoveniam alebo ich uplatneniu daňovým orgánom;

i) žalobu o uvedenie do predošlého stavu alebo náhradu škody za straty na návratnosti kapitálu poskytnutého formou úveru a použitého ako investícia do vlastného imania (alebo premeneného na vlastné imanie) za okolností opísaných v bode c) a

j) žalobu o uvedenie do predošlého stavu alebo náhradu škody za akékoľvek daňové záväzky, ktoré vznikli spoločnosti veriteľovi v štáte sídla na základe uvádzaných alebo pripísaných príjmov z úrokov zaplatených spoločnosťou dlžníkom, ktoré boli po opätovnom posúdení charakterizované ako distribuovanie zisku podľa vnútroštátnych ustanovení uvedených v otázke č. 1,

majú byť tieto žaloby považované na účely práva Spoločenstva za:

žaloby o uvedenie do predošlého stavu alebo vrátenie súm vybraných neprávom, ktoré sa javia ako dôsledok a vedľajší produkt porušenia vyššie uvedených ustanovení Spoločenstva, alebo

žaloby o odškodnenie alebo náhradu škody, alebo

žaloby o zaplatenie sumy, ktorá predstavuje neoprávnene odmietnutú výhodu?

6. V prípade, že odpoveď na ktorúkoľvek časť otázky č. 5 bude taká, že tieto žaloby by mali byť kvalifikované ako žaloby o zaplatenie sumy predstavujúcej neoprávnene odmietnutú výhodu:

a) sú takéto žaloby dôsledkom a vedľajším produktom práva priznaného vyššie uvedenými ustanoveniami Spoločenstva alebo

b) musia byť splnené všetky alebo niektoré z podmienok uvedených v rozsudku [z 5. marca 1996, Brasserie du Pêcheur a Factortame, C-46/93 a C-48/93, Zb. s. I-1029] v oblasti náhrady škody, alebo

c) musia byť splnené nejaké iné podmienky?

7. Spôsobuje nejaký rozdiel skutočnosť, že žaloby uvedené v otázke č. 6 v rámci vnútroštátneho práva sú podané ako žaloby o uvedenie do predošlého stavu alebo sú podané alebo musia byť podané ako žaloby o náhradu škody?

8. Aké usmernenie, ak vôbec, považuje Súdny dvor za vhodné poskytnúť v prejednávaných veciach a aké okolnosti by mal vnútroštátny súd zobrať do úvahy pri určení, či došlo k dostatočne závažnému porušeniu v zmysle rozsudku (Brasserie du Pêcheur a Factortame, už citovaný), predovšetkým, pokiaľ ide o otázku, či s prihliadnutím na stav judikatúry týkajúcej sa výkladu príslušných ustanovení Spoločenstva bolo toto porušenie ospravedlniteľné?

9. Môže v zásade existovať priama príčinná súvislosť (v zmysle rozsudku Brasserie du Pêcheur a Factortame, už citovaný) medzi akýmkoľvek porušením

článkov 43 ES, 49 ES a 56 ES a stratami patriacimi do skupín uvedených v otázke 5 písm. a) až h), o ktorých tvrdia žalobkyne, že vyplývajú z tohto porušenia? Ak áno, aké usmernenie, ak vôbec, považuje Súdny dvor za vhodné poskytnúť, pokiaľ ide o okolnosti, ktoré by mal vnútroštátny súd zobrať do úvahy pri určení, či existuje takáto priama príčinná súvislosť?

Test Claimants, vládami Spojeného kráľovstva a Nemecka a Komisiou. Pojednávanie sa konalo 31. januára 2006, na ktorom uskutočnil každý z týchto účastníkov, rovnako ako aj holandská vláda, ústne prednesy.

V — Posúdenie

10. Pri určení výšky straty alebo škody, za ktorú možno poskytnúť náhradu, má možnosť vnútroštátny súd zohľadniť skutočnosť, či poškodené osoby vynaložili náležitú starostlivosť s cieľom vyhnúť sa strate alebo túto stratu zmierniť predovšetkým využitím právnych prostriedkov, ktorých prostredníctvom mohli preukázať, že vnútroštátne ustanovenia (z dôvodu uplatnenia dohovorov o zamedzení dvojitého zdanenia) nemali za následok obmedzenia uvedené v otázke č. 1? Ovplyvňuje odpoveď na túto otázku domnienka účastníkov v rozhodnom čase týkajúca sa účinku dohovoru o zamedzení dvojitého zdanenia?“

A — *Uplatniteľné ustanovenia Zmluvy*

30. V súlade s článkom 23 Štatútu Súdneho dvora boli písomné pripomienky predložené

31. Keďže vnútroštátny súd nastolil otázku zlučiteľnosti príslušnej právnej úpravy Spojeného kráľovstva s ustanoveniami Zmluvy o slobode usadiť sa, voľnom pohybe služieb a voľnom pohybe kapitálu (články 43 ES, 49 ES a 56 ES), prvou záležitosťou, ktorú treba posúdiť, je to, vo vzťahu ku ktorému z týchto ustanovení Zmluvy treba právnu úpravu posudzovať. Táto otázka je dôležitá z dvoch dôvodov. Po prvé, zatiaľ čo sa články 43 ES a 49 ES uplatňujú iba na obmedzenia výkonu slobody usadiť sa a voľného pohybu služieb medzi členskými štátmi, článok 56 ES tiež zakazuje obmedzenia pohybu kapitálu medzi členskými štátmi a tretími štátmi. Po

druhé, *ratione temporis* článku 56 ES sa líši od *ratione temporis* článkov 43 ES a 49 ES: konkrétne, článok 56 ES nadobudol účinnosť a priamy účinok 1. januára 1994 a podlieha ustanoveniu „standstill" (článok 57 ES) v prípade tretích štátov (hoci zásada voľného pohybu kapitálu bola zavedená už smernicou Rady 88/361[18]).

32. Súdny dvor v súvislosti s článkom 43 ES opakovane rozhodol, že spoločnosť usadená v jednom členskom štáte, ktorá má majetkové podiely spoločnosti založenej v inom členskom štáte, ktoré jej poskytujú „rozhodujúci vplyv na rozhodnutia spoločnosti" a umožňujú jej „určovať jej činnosti", uplatňuje svoje právo usadiť sa. [19]

33. V tejto veci sa mi zdá, že príslušná právna úprava Spojeného kráľovstva sa na základe jej znenia v každej zo zmenených a doplnených verzií predložených Súdnemu dvoru uplatňuje iba na situácie, keď má (alebo v rozhodnom čase mala) jedna spoločnosť rozhodujúci vplyv na rozhodnutia inej spoločnosti v zmysle judikatúry Súdneho dvora. Teda vo verzii právnej úpravy účinnej až do zmien z roku 1995 sa článok 209 ods. 2 písm. e) uplatňoval najmä na úvery poskytované spoločnosťou nerezidentom Spojeného kráľovstva spoločnosti rezidentovi Spojeného kráľovstva, v ktorej vlastnila veriteľská spoločnosť 75 % základného imania, alebo na situácie, keď vlastnila v oboch spoločnostiach 75 % základného imania tretia spoločnosť nerezident Spojeného kráľovstva (t. j. keď bol úver poskytnutý prostredníctvom inej dcérskej spoločnosti materskej spoločnosti). Táto podmienka uplatniteľnosti bola ponechaná aj po zmenách a doplneniach uskutočnených finančným zákonom z roku 1995. [20]

34. Situácia sa čiastočne zmenila finančným zákonom Spojeného kráľovstva z roku 1998, ktorý podrobil transakcie, na ktoré sa pôvodne vzťahovali osobitné pravidlá Spojeného kráľovstva o podkapitalizácii, všeobecným pravidlám Spojeného kráľovstva o transferovom oceňovaní. Neskôr uvedené pravidlá sa však uplatňujú iba vtedy, keď sa prostredníctvom transakcie vymieňa plnenie medzi dvoma spoločnosťami spoločne ovládanými treťou osobou, teda keď sa jedna z týchto spoločností podieľa priamo alebo nepriamo na riadení, ovládaní alebo imaní druhej strany alebo keď sa tá istá osoba podieľa priamo alebo nepriamo na riadení, ovládaní alebo imaní oboch týchto spoločností. [21] Táto podmienka podľa môjho názoru stačí na to, aby naznačovala, že kritérium „rozhodujúceho vplyvu" je na tieto účely splnené. V každom prípade sa každá zo skúšobných vecí týka dcérskej spoločnosti rezidenta Spojeného kráľovstva, v ktorej

18 — Smernica Rady 88/361/EHS z 24. júna 1988, ktorou sa vykonáva článok 67 zmluvy (Ú. v. ES L 178, s. 5; Mim. vyd. 10/001, s. 10).

19 — Rozsudok z 13. apríla 2000, Baars, C-251/98, Zb. s. I-2787, bod 22. Hoci sa táto vec týkala podielu štátneho príslušníka členského štátu a nie spoločnosti na základnom imaní, zásada sa uplatňuje rovnako na spoločnosti usadené v uvedenom členskom štáte. Pozri tiež článok 58 ods. 2 ES, ktorý stanovuje, že uplatnenie práva voľného pohybu kapitálu „nem[á] vplyv na uplatňovanie obmedzení práva usadiť sa zlučiteľných s touto zmluvou".

20 — Pozri článok 209 ods. 2 písm. da) TA.

21 — Príloha 28AA ods. 1 bod 1 písm. b) TA.

vlastní aspoň 75 % základného imania priamo alebo nepriamo materská spoločnosť nerezident Spojeného kráľovstva alebo iná spoločnosť nerezident Spojeného kráľovstva, v ktorej vlastní tiež materská spoločnosť priamo alebo nepriamo aspoň 75 % základného imania. Vskutku by sa dalo povedať, že záver, že článok 43 ES sa uplatňuje na základe výslovného znenia právnej úpravy Spojeného kráľovstva, je posilnený samotným cieľom vnútroštátnych pravidiel o podkapitalizácii a transferovom oceňovaní, ktoré, ako som poznamenal vyššie, sú založené na myšlienke, že za istých okolností môže byť pre celkové postavenie cezhraničných skupín v daňových veciach výhodné usilovať sa dohodnúť na zmluvných podmienkach transakcie alebo na povahe transakcie, ktoré sú iné ako tie, ktoré by boli dohodnuté za podmienok úplnej hospodárskej súťaže. Táto myšlienka dáva zmysel iba v situácii, keď ide o skupiny spoločností, t. j. keď má materská spoločnosť (a/alebo spoločnosti, ktoré sú členmi skupiny a sú medzičlánkami medzi materskou spoločnosťou a dcérskymi spoločnosťami) rozhodujúci vplyv na dcérske spoločnosti. [22]

35. V dôsledku toho právnu úpravu Spojeného kráľovstva, o ktorú tu ide, treba posudzovať z hľadiska jej zlučiteľnosti s pravidlami Zmluvy o slobode usadiť sa. To jasne znamená, že článok 49 ES, ktorý predpokladá nie stálu, ale dočasnú základňu v inom členskom štáte, sa neuplatňuje. [23] Je však naopak v zásade možné, aby boli ustanovenia Zmluvy o voľnom pohybe kapitálu uplatniteľné súbežne s ustanoveniami o slobode usadiť sa. [24] V tomto ohľade by som odkázal na návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Alber vo veci Baars, kde vyjadril názor, že v prípade, keď môže ísť tak o voľný pohyb kapitálu, ako aj o slobodu usadiť sa, by mal Súdny dvor zistiť, ktorá z týchto slobôd je priamo obmedzovaná príslušnými vnútroštátnymi pravidlami. Čiže keď sú priamo ovplyvnené obe slobody, vnútroštátne pravidlá by mali byť preskúmané z hľadiska ich zlučiteľnosti s článkami 43 ES a 56 ES. Naopak, keď je právo usadiť sa priamo obmedzované tak, že z toho vyplývajúca prekážka usadenia nepriamo vedie k zmenšeniu tokov kapitálu medzi členskými štátmi, uplatňujú sa iba pravidlá o práve usadiť sa. [25] S touto argumentáciou sa zhodujem.

36. Uplatňujúc uvedené kritérium na túto vec treba uviesť, že hoci výkon slobody usadiť sa materskými spoločnosťami nerezidentmi Spojeného kráľovstva prostredníctvom zria-

22 — Pozri tiež článok 4 ods. 1 Dohovoru o rozhodcovskom konaní za predpokladu, že podmienkou na uplatnenie tam uvedených pravidiel transferového oceňovania je priama alebo nepriama účasť podniku jedného členského štátu na riadení, ovládaní alebo imaní podniku v inom členskom štáte a priama alebo nepriama účasť tých istých osôb na riadení, ovládaní alebo imaní podniku jedného štátu a podniku druhého štátu. Pozri obdobne článok 9 ods. 1 vzorového dohovoru OECD o zdaňovaní príjmu a kapitálu s komentárom k článkom, OECD, Paríž, 1977, v znení zmien a doplnení.

23 — Pozri napríklad rozsudok zo 4. decembra 1986, Komisia/Nemecko, C-205/84, Zb. s. 3755.

24 — Rozsudok zo 14. novembra 1995, Svensson a Gustavsson, C-484/93, Zb. s. I-3955.

25 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 19, bod 26. Pozri tiež moje návrhy prednesené vo veci Reisch a i. (rozsudok z 5. marca 2002, C-515/99, C-519/99 až C-524/99 a C-526/99 až C-540/99, Zb. s. I-2157), bod 59.

denia dcérskej spoločnosti rezidenta Spojeného kráľovstva nevyhnutne vyžaduje pohyb kapitálu do Spojeného kráľovstva v rozsahu, v akom je to nevyhnutné na zriadenie tejto dcérskej spoločnosti, tento pohyb je podľa môjho názoru čisto nepriamym dôsledkom takého zriadenia. Z toho vyplýva, že predmetná právna úprava Spojeného kráľovstva by mala byť posudzovaná iba z hľadiska zlučiteľnosti s článkom 43 ES.

B — *Otázka č. 1*

37. Svojou prvou otázkou sa vnútroštátny súd pýta, či je v rozpore s článkami 43 ES, 49 ES alebo 56 ES, ak členský štát ponechá v účinnosti a uplatňuje ustanovenia, ako sú tie, ktoré sú v článkoch 209, 212 a v prílohe 28AA ICTA z roku 1988, ktoré obmedzujú možnosť spoločnosti rezidenta tohto členského štátu odpočítať na daňové účely úroky zaplatené za úver poskytnutý priamou alebo nepriamou materskou spoločnosťou rezidentom iného členského štátu za okolností, keď by spoločnosť dlžník nepodliehala takým obmedzeniam v prípade, ak by materská spoločnosť bola rezidentom štátu spoločnosti dlžníka.

38. Skúšobná vec relevantná pre túto otázku je vec týkajúca sa skupiny Lafarge. Z dôvodov, ktoré som práve vysvetlil, budem posudzovať zlučiteľnosť právnej úpravy len s článkom 43 ES.

39. Je nesporné, že aj keď priame dane patria v zásade do právomoci členských štátov, členské štáty musia právomoc uplatňovať v súlade s právom Spoločenstva, ktoré zahŕňa povinnosť na základe článku 43 ES zakazujúceho obmedzenia, ktoré sa týkajú zakladania obchodných zastúpení, organizačných zložiek a dcérskych spoločností štátnymi príslušníkmi jedného členského štátu na území iného členského štátu.[26] Článok 43 ods. 2 ES spresňuje, že sloboda usadiť sa zahŕňa právo založiť a viesť podniky za podmienok stanovených pre vlastných štátnych príslušníkov členského štátu.

40. Ako som poznamenal vo svojich návrhoch vo veci Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Test Claimants in the FII Group Litigation, Kerckhaert a Morres a Denkavit,[27] článok 43 ES sa uplatňuje vtedy, keď rozdielne zaobchádzanie s cezhraničnými a čisto vnútroštátnymi

26 — Pozri napríklad rozsudok z 13. decembra 2005, Marks & Spencer, C-446/05, Zb. s. I-10837, bod 29 a tam citovaná judikatúra.

27 — Pozri moje návrhy z 23. februára 2006 prednesené vo veci Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, C-374/04, vec v konaní na Súdnom dvore, bod 32 a nasl.; zo 6. apríla 2006 prednesené vo veci Test Claimants in the FII Group Litigation, C-446/04, vec v konaní na Súdnom dvore, bod 37 a nasl.; zo 6. apríla 2006 prednesené vo veci Kerckhaert a Morres, C-513/04, vec v konaní na Súdnom dvore, body 18 a 19; z 27. apríla 2006 prednesené vo veci Denkavit International a Denkavit France, C-170/05, vec v konaní na Súdnom dvore, bod 20.

situáciami nie je priamym a logickým dôsledkom skutočnosti, že za súčasného stavu vývoja práva Spoločenstva sa na subjekty môžu uplatňovať rôzne daňové povinnosti v cezhraničných situáciách v porovnaní s čisto vnútroštátnymi situáciami. [28] To najmä znamená, že znevýhodňujúce daňové zaobchádzanie by malo na to, aby spadalo pod článok 43 ES, vyplývať z priamej alebo skrytej diskriminácie vyplývajúcej z pravidiel jedného daňového systému a nie čisto z odlišností alebo rozdelenia daňovej právomoci medzi daňovými systémami dvoch alebo viacerých členských štátov alebo z koexistencie vnútroštátnych daňových správ (ktoré som nazval „kvázi obmedzenia"). [29]

41. Uplatňujúc toto kritérium na túto vec je prvou otázkou, či pravidlá Spojeného kráľovstva vyúsťujú, ako tvrdia Test Claimants, do znevýhodňujúceho daňového zaobchádzania s dcérskymi spoločnosťami rezidentmi Spojeného kráľovstva na základe umiestnenia ich priamych alebo nepriamych materských spoločností. Ak je to tak, ďalšou otázkou je, či je také znevýhodňujúce daňové zaobchádzanie čisto výsledkom kvázi obmedzenia, a teda nepatrí do rozsahu pôsobnosti článku 43 ES. Ak to tak nie je, poslednou otázkou je, či je znevýhodňujúce daňové zaobchádzanie výsledkom diskriminácie a či môže byť táto diskriminácia odôvodnená.

1. Znevýhodňujúce daňové zaobchádzanie s dcérskymi spoločnosťami rezidentmi Spojeného kráľovstva založené na umiestnení ich priamych alebo nepriamych materských spoločností?

42. Zdá sa mi jasné, že vo verziách účinných do roku 2004 predstavovali rozdiely v daňovom zaobchádzaní obsiahnuté v pravidlách Spojeného kráľovstva znevýhodňujúce daňové zaobchádzanie s dcérskymi spoločnosťami, ktoré mali materské spoločnosti nerezidentov Spojeného kráľovstva, v porovnaní s dcérskymi spoločnosťami rezidentmi Spojeného kráľovstva s materskými spoločnosťami, ktoré boli iba rezidentmi Spojeného kráľovstva.

43. Predovšetkým rozdielnosť v daňovom zaobchádzaní stanovená pravidlami Spojeného kráľovstva existovala v skutočnosti medzi dcérskymi spoločnosťami rezidentmi Spojeného kráľovstva na základe umiestnenia ich materskej spoločnosti. Teda:

— Podľa pravidiel uplatniteľných do roku 1995, zatiaľ čo v zásade akýkoľvek úrok platený spoločnosťou z úveru — či už veriteľovi rezidentovi alebo nerezidentovi — predstavujúci viac ako rozumný hospodársky výnos z úveru mal byť považovaný za rozdelenie zisku tejto spoločnosti v rozsahu, v akom taký výnos prevyšoval, [30] v prípade úrokov vyplácaných akémukoľvek veriteľovi nerezidentovi Spojeného kráľovstva, ktorý bol členom tej istej skupiny

28 — Pre rozsiahle odôvodnenie v tomto ohľade pozri body 31 až 54 mojich návrhov vo veci Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, už citované v poznámke pod čiarou 27.

29 — Tamže, bod 55; pozri tiež moje návrhy prednesené vo veci Denkavit, už citované v poznámke pod čiarou 27, bod 20.

30 — Článok 209 ods. 2 písm. d) TA.

spoločností, úrok sa vždy klasifikoval ako rozdelenie zisku. [31] Inými slovami, nebolo v žiadnom prípade možné, aby sa úrok vyplácaný veriteľovi nerezidentovi Spojeného kráľovstva naďalej klasifikoval ako úrok na daňové účely v Spojenom kráľovstve.

Predpokladalo sa však, že plnenie na základe transakcie neposkytuje jednej zo zúčastnených strán potenciálnu výhodu vtedy, keď okrem iného druhá strana transakcie bola daňovníkom dane z príjmu fyzických osôb alebo dane z príjmu právnických osôb v Spojenom kráľovstve (a boli splnené určité ďalšie podmienky). [35]

— Na základe pravidiel uplatniteľných medzi rokmi 1995 a 1998 ustanovenie, na základe ktorého úrok vyplácaný medzi členmi skupiny, ktorý presiahol to, čo by bolo zaplatené za podmienok úplnej hospodárskej súťaže, bol klasifikovaný ako rozdelenie zisku, [32] sa neuplatňovalo vtedy, keď bol tak platca, ako aj príjemca úrokov platcom dane z príjmov právnických osôb v Spojenom kráľovstve. [33] (Je zrejmé, že rozdiel v zaobchádzaní založený na tom, či je príjemca platieb daňovníkom dane z príjmov právnických osôb v Spojenom kráľovstve, bude s najväčšou pravdepodobnosťou relevantný vtedy, keď je príjemca platieb založený alebo pôsobí hlavne v inom členskom štáte, ako je Spojené kráľovstvo.)

44. Finančný zákon Spojeného kráľovstva z roku 2004 však toto rozlíšenie zmenil tak, že pravidlá Spojeného kráľovstva o transferovom oceňovaní sa tiež uplatňujú vtedy, keď sú obe strany transakcie daňovníkmi dane v Spojenom kráľovstve. Toto malo zjavne ako cieľ a účinok odstránenie rozdielu v zaobchádzaní, ktorý som opísal (hoci, ako to analyzujem nižšie, to mohlo znamenať rozšírenie uplatnenia právnej úpravy Spojeného kráľovstva tak, že sa vzťahovala na prípady patriace mimo jej *raison d'être*). V dôsledku toho právna úprava Spojeného kráľovstva od roku 2004 patrí mimo rozsahu pôsobnosti článku 43 ES: argumentácia, ktorú nižšie uvádzam, sa preto uplatňuje iba na právnu úpravu účinnú do uvedeného okamihu.

— Podľa pravidiel uplatniteľných medzi rokmi 1998 a 2004 sa platby úrokov vnútri skupiny riešili prostredníctvom všeobecných pravidiel transferového oceňovania Spojeného kráľovstva. [34]

45. Po druhé, zaobchádzanie s dcérskymi spoločnosťami so stanovenými prvkami „mimo Spojeného kráľovstva" v ich skupine predstavovalo jednoducho daňové znevýhod-

31 — Článok 209 ods. 2 písm. e) bod iv) TA.

32 — Článok 209 ods. 2 písm. da) TA.

33 — Článok 212 ods. 1 a 3 TA v znení zmien a doplnení.

34 — Príloha 28AA TA.

35 — Príloha 28AA ods. 5 bod 2 TA.

nenie. Z hľadiska dcérskej spoločnosti znamenalo preklasifikovanie (časti) platieb úrokov na rozdelenie zisku to, že také platby už nebolo možné odpočítať zo zdaniteľného zisku dcérskej spoločnosti, takže pri zachovaní ostatných parametrov bola jej daňová povinnosť v Spojenom kráľovstve väčšia, ako by bola bývala v prípade, ak by nedošlo k žiadnemu preklasifikovaniu. Ďalej v prípadoch, keď bol stále účinný systém vopred zaplatenej dane z príjmov právnických osôb (ACT) Spojeného kráľovstva — ktorý bol zrušený v roku 1999 —, preklasifikovanie znamenalo, že dcérska spoločnosť bola daňovníkom ACT pri „rozdelení zisku".

46. V tomto ohľade Spojené kráľovstvo tvrdí, že keďže kritériom na rozlišovanie nie je štátna príslušnosť dcérskej spoločnosti zo Spojeného kráľovstva ani to, kde je rezidentom, ale skôr štátna príslušnosť a miesto, kde je rezidentom jej materská spoločnosť, nepredstavuje to rozlišovanie na základe štátnej príslušnosti v zmysle článku 43 ES. Ďalej v rozsahu, v akom by sa mohlo tvrdiť, že právna úprava Spojeného kráľovstva by mohla odrádzať materské spoločnosti želajúce si zriadiť dcérske spoločnosti v Spojenom kráľovstve od takéhoto kroku, Spojené kráľovstvo namieta, že taká možnosť nie je dostatočne priamym a istým následkom jeho pravidiel na to, aby sa na ňu vzťahoval článok 43 ES, analogicky s judikatúrou Súdneho dvora vo veci Keck v oblasti voľného pohybu tovaru. Podľa názoru Spojeného kráľovstva neexistovala žiadna praktická prekážka pre materské spoločnosti nerezidentov Spojeného kráľovstva pri zakladaní ďalších prevádzkarní v Spojenom kráľovstve alebo dôkaz toho, že žalobcovia boli v skutočnosti odradení od založenia takejto prevádzkarne. Spojené kráľovstvo si naopak želalo povzbudiť také investície na svojom území. Cieľom právnej úpravy Spojeného kráľovstva bolo zabezpečiť rovnaké zaobchádzanie pre dcérske spoločnosti rezidentov Spojeného kráľovstva v tom, že sa usilovala zaplniť „medzeru" dostupnú cezhraničným skupinám, ktorá neexistovala pre skupiny pôsobiace len v Spojenom kráľovstve.

47. Žiadne z týchto tvrdení ma nepresvedčilo. Po prvé skutočnosť, že k rozdielu v zaobchádzaní dochádza nie na základe miesta, kde je rezidentom samotná dcérska spoločnosť, ale miesta, kde je rezidentom jej materská spoločnosť, neznamená, že nemôže predstavovať relevantný rozdiel v zaobchádzaní na účely článku 43 ES. Ako Súdny dvor vyslovil napríklad vo veciach Metallgesellschaft a Lankhorst-Hohorst, na právnu úpravu vytvárajúcu rozdiel v zaobchádzaní medzi dcérskymi spoločnosťami rezidentmi Spojeného kráľovstva v závislosti od toho, či ich materská spoločnosť má sídlo v Spojenom kráľovstve, na základe ktorej sa dcérskym spoločnostiam, ktoré majú materskú spoločnosť rezidenta Spojeného kráľovstva, poskytuje daňová výhoda, sa v zásade vzťahuje článok 43 ES.[36] Po druhé, čo sa týka údajného nepriameho účinku pravidiel Spojeného kráľovstva na rozhodnutia materských spoločností nerezidentov Spojeného kráľovstva zriadiť v Spojenom kráľovstve dcérsku spoločnosť, poznamenal by som, že na to, aby sa uplatnil článok 43 ES, stačí preukázať relevantný rozdiel v zaobchádzaní a daňové

36 — Pozri najmä rozsudky z 8. marca 2001, Metallgesellschaft a i., C-397/98 a C-410/98, Zb. s. I-1727, body 43 a 44, a Lankhorst-Hohorst, už citované v poznámke pod čiarou 2, body 27 až 32.

zvýhodnenie. Nie je nevyhnutné preukazovať, že konkrétne spoločnosti nerezidenti boli v skutočnosti pravidlami odradené od toho, aby uplatnili svoju slobodu usadiť sa.

48. Dodal by som, že sa mi nezdá, že judikatúru odvíjajúcu sa od rozsudku vo veci Keck vyvinutú v oblasti voľného pohybu tovaru možno bez ďalšieho uplatniť pri posudzovaní zlučiteľnosti vnútroštátnych opatrení v oblasti priamych daní s článkom 43 ES.[37] Konkrétne, ako som vysvetlil vo svojich návrhoch predniesených vo veci ACT, pojem nerozlišujúco uplatniteľných „obmedzení" slobody pohybu používaný v judikatúre Súdneho dvora týkajúcej sa všeobecne voľného pohybu nemožno zmysluplne preniesť *per se* do oblasti priamych daní. Vzhľadom na skutočnosť, že kritériá na určenie daňovej právomoci sú všeobecne založené na štátnej príslušnosti alebo na tom, kde je subjekt rezidentom, otázkou je skôr to, či vnútroštátne opatrenie v oblasti priamych daní je nepriamo alebo priamo diskriminujúce, na rozdiel od „kvázi obmedzenia", ako som opísal vyššie.[38]

49. Tým nechcem povedať, že závažnosť účinku na vykonávanie voľného pohybu nemožno zohľadniť v ktorejkoľvek fáze pri posudzovaní zlučiteľnosti s článkom 43 ES. Môže byť dôležitým hľadiskom vo fáze odôvodnenia analýzy a najmä pri posudzovaní primeranosti opatrenia.

2. Je znevýhodňujúce daňové zaobchádzanie výsledkom kvázi obmedzenia?

50. Ďalšou otázkou je, či znevýhodňujúce daňové zaobchádzanie s dcérskymi spoločnosťami v Spojenom kráľovstve, ktoré majú priamo alebo nepriamo materské spoločnosti mimo Spojeného kráľovstva, vyplýva čisto z kvázi obmedzení — teda obmedzení spôsobených rozdielmi alebo rozdelením daňových právomocí medzi daňovými systémami dvoch alebo viacerých členských štátov (čo znamená, že sa neuplatňuje článok 43 ES) a nie z diskriminácie vyplývajúcej z pravidiel jedného daňového systému.

51. V tomto ohľade Spojené kráľovstvo tvrdí, že napadnuté pravidlá sa usilovali jedine o rozdelenie daňovej právomoci medzi Spojené kráľovstvo a zmluvných partnerov ním uzatvorených dohôd o zamedzení dvojitého zdanenia („DDZ"). Podľa názoru Spojeného kráľovstva z odôvodnenia Súdneho dvora v rozsudku vo veci Gilly[39] vyplýva, že článok 43 ES sa vôbec v tejto veci neuplatňuje: tento článok sa uplatňuje iba na výkon a nie

37 — Rozsudok už citovaný v bode 46 týchto návrhov.

38 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 27, bod 32 a nasl.

39 — Rozsudok z 12. mája 1998, C-336/96, Zb. s. I-2793.

na rozdelenie vnútroštátnych daňových právomocí. Konkrétne Spojené kráľovstvo namieta, že predmetné pravidlá odrážali rozdelenie dohodnuté pri rokovaniach o uplatniteľných DDZ, keďže všetky jej DDZ uzatvorené s inými členskými štátmi obsahujú ustanovenie, ktoré umožňuje príslušným orgánom vykonávať kompenzačnú úpravu, na základe ktorej každá úprava zdaniteľných ziskov v Spojenom kráľovstve smerom nahor má svoju protihodnotu v zodpovedajúcom znížení zdaniteľných ziskov v štáte, kde je usadená spoločnosť veriteľ.

52. Toto tvrdenie ma nepresvedčilo.

53. Je pravdou, že, ako som poznamenal vo svojich návrhoch vo veci ACT, [40] za súčasného stavu práva Spoločenstva majú právo vybrať si kritériá daňovej právomoci a rozdeliť (prednosť) daňovú právomoc výlučne členské štáty (ako to upravuje medzinárodné daňové právo). Súdny dvor toto uznal pri množstve príležitostí, najmä vo veci Gilly a vo veci D [41]. V súčasnosti neexistujú žiadne alternatívne kritériá, ktoré by bolo možné nájsť v práve Spoločenstva, a žiaden základ pre stanovenie akýchkoľvek takých kritérií. Okrem toho nevyhnutnosť rozdeliť daňovú právomoc nad príjmom cezhraničných hospodárskych subjektov medzi členské štáty (rozdelenie základu dane) je nevyhnutným dôsledkom skutočnosti, že systémy priamych daní sú vnútroštátne: obmedzenia vyplývajúce z takého rozdelenia treba vskutku považovať za kvázi obmedzenia patriace mimo rozsahu pôsobnosti článku 43 ES.

54. Podľa môjho názoru však pravidlá Spojeného kráľovstva, o ktoré ide v tejto veci, idú ďalej, ako je jednoduché rozdelenie právomoci medzi Spojené kráľovstvo a zmluvné strany ním uzatvorených DDZ. Pred rokom 1998 v podstate vyžadovali preklasifikovanie úverov poskytnutých materskými spoločnosťami mimo Spojeného kráľovstva dcérskym spoločnostiam v Spojenom kráľovstve na rozdelene zisku (až do roku 1995 vo všetkých prípadoch okrem prípadu, keď stanovovala inak DDZ; po roku 1995 vtedy, keď suma zaplatených úrokov prevyšovala sumu, ktorá by bola zaplatená za podmienok úplnej hospodárskej súťaže). Zdalo by sa mi, že to predstavuje čisto jednostrannú voľbu zo strany Spojeného kráľovstva toho, ako si želá klasifikovať transakcie na daňové účely s cieľom zorganizovať jeho vlastný daňový systém a zabrániť jeho zneužitiu — inými slovami, ako si želá uplatňovať svoju daňovú právomoc. Tento základný cieľ pravidiel je jasný, či už je vyjadrený v podobe vnútroštátneho zákona, alebo ako sa to v určitých prípadoch stalo pred rokom 1995, v ustanovení DDZ. Okrem toho táto jednostranná voľba bola zase uskutočnená

40 — Vec už citovaná v poznámke pod čiarou 27, body 48 až 54.

41 — Rozsudky Gilly, už citovaný v poznámke pod čiarou 39, a z 5. júla 2005, C-376/03, Zb. s. I-5821.

v kontexte predchádzajúcej jednostrannej voľby Spojeného kráľovstva rozlišovať medzi daňovou klasifikáciou platieb úrokov (klasifikovaných v práve Spojeného kráľovstva ako odpočítateľné nezdanené položky) a rozdelením zisku (klasifikovaným v práve Spojeného kráľovstva ako neodpočítateľné zdanené platby). Obdobne, hoci od roku 1998 riešilo Spojené kráľovstvo problém podkapitalizácie prostredníctvom svojich všeobecných pravidiel transferového oceňovania a nie osobitnou právnou úpravou podkapitalizácie, tá stále predstavovala jednostrannú voľbu zo strany Spojeného kráľovstva klasifikovať určité transakcie uzatvorené za iných zmluvných podmienok, ako sú zmluvné podmienky úplnej hospodárskej súťaže tak, ako keby boli uzatvorené za zmluvných podmienok úplnej hospodárskej súťaže, v záujme zabránenia zneužitia daňového systému Spojeného kráľovstva.

55. Dodal by som, že skutočnosť, že taká prax môže byť prijatá v medzinárodnom daňovom práve, nevyhnutne neznamená, že predstavuje pravidlo rozdelenia daňových právomocí; a ani nevyhnutne neznamená, že taká prax je v súlade s článkom 43 ES. [42]

56. Na tejto analýze nič nemení ani tvrdenie Spojeného kráľovstva, že jeho DDZ s členskými štátmi obsahujú ustanovenia vyžadujúce od druhej zmluvnej strany, aby poskytla náhradu za akékoľvek preklasifikovanie vykonanú orgánmi Spojeného kráľovstva. Zdalo by sa mi, že cieľom takýchto ustanovení je zníženie, prostredníctvom dvojstranných DDZ, možného dvojitého zdanenia spôsobeného jednostrannými pravidlami Spojeného kráľovstva o preklasifikovaní (napríklad zabrániť prípadom, keď Spojené kráľovstvo preklasifikuje platbu úrokov na rozdelenie zisku, ale štát sídla materskej spoločnosti ju naďalej považuje za platbu úrokov). Nepopierajú jednostrannú povahu pôvodného vnútroštátneho pravidla, na ktorom je ustanovenie DDZ založené. Ako som však poznamenal vo svojich návrhoch predniesených vo veci ACT a Denkavit [43] a ako to analyzujem nižšie, účinok týchto ustanovení DDZ na situáciu daného daňovníka by mal byť vskutku zohľadnený pri posudzovaní toho, či je právna úprava členského štátu v skutočnosti diskriminačná — konkrétne, či v skutočnosti existuje rozdiel v zaobchádzaní medzi rezidentmi a nerezidentmi predstavujúci daňové znevýhodnenie.

57. V dôsledku toho znevýhodňujúce daňové zaobchádzanie na základe pravidiel Spojeného kráľovstva s dcérskymi spoločnosťami v Spojenom kráľovstve, ktoré majú materské spoločnosti mimo Spojeného kráľovstva, v porovnaní s dcérskymi spoločnosťami s materskými spoločnosťami zo Spoje-

42 — Pozri napríklad moje návrhy prednesené vo veci Kerckhaert a Morres, už citované v poznámke pod čiarou 27, bod 37, a vo veci Denkavit, už citované v poznámke pod čiarou 27, bod 43.

43 — Návrhy vo veciach Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, už citované v poznámke pod čiarou 27, bod 70 a nasl., a Denkavit International a Denkavit France, už citované v poznámke pod čiarou 27, bod 33 a nasl.

ného kráľovstva nemožno jednoducho považovať za kvázi obmedzenie, ale skôr za rozdiel v zaobchádzaní vyplývajúci výlučne z pravidiel jedného daňového územia.

3. Je znevýhodňujúce daňové zaobchádzane výsledkom diskriminácie?

58. Poslednou otázkou je, či možno povedať, že znevýhodňujúce daňové zaobchádzanie vyplýva z diskriminácie. Súdny dvor vyslovil, že diskriminácia spočíva v uplatňovaní rozličných pravidiel na porovnateľné situácie alebo v uplatňovaní rovnakého pravidla na rozdielne situácie, ibaže je také rozlišovanie odôvodnené. [44]

59. Ako som už uviedol, pred zmenami z roku 2004 Spojené kráľovstvo uplatňovalo odlišné pravidlá na dcérske spoločnosti v Spojenom kráľovstve s materskými spoločnosťami mimo Spojeného kráľovstva, čo vyúsťovalo do daňového znevýhodnenia týchto dcérskych spoločností. Zdá sa byť teda na prvý pohľad jasné, že to by malo byť považované za rozdielne zaobchádzanie s podnikmi v porovnateľnej situácii; Spojené kráľovstvo vskutku vo svojich vyjadreniach netvrdilo opak. Povaha a rozsah príslušnej daňovej právomoci uplatňovanej Spojeným kráľovstvom nad dcérskymi spoločnosťami v Spojenom kráľovstve s materskými spoločnosťami mimo Spojeného kráľovstva boli v zásade rovnaké ako daňová právomoc uplatňovaná nad dcérskymi spoločnosťami v Spojenom kráľovstve s materskými spoločnosťami zo Spojeného kráľovstva. Pri výkone tejto právomoci bolo preto Spojené kráľovstvo povinné na základe článku 43 ES nerozlišovať pri daňovom zaobchádzaní medzi dcérskymi spoločnosťami rezidentmi Spojeného kráľovstva výlučne na základe umiestnenia ich materskej spoločnosti. Je zrejmé, že Spojené kráľovstvo túto povinnosť nesplnilo.

60. Spojené kráľovstvo by však mohlo preukázať, že tento rozdiel v zaobchádzaní bol odôvodnený. Na tento účel musí Spojené kráľovstvo preukázať, že (1) jeho právna úprava sleduje legitímny cieľ zlučiteľný so Zmluvou a je odôvodnená naliehavými dôvodmi všeobecného záujmu; (2) uplatnenie jeho právnej úpravy je spôsobilé zabezpečiť uskutočnenie sledovaného cieľa a (3) uplatnenie jeho právnej úpravy nepresahuje to, čo je na dosiahnutie tohto cieľa potrebné. [45]

61. V tomto ohľade Spojené kráľovstvo tvrdí, že jeho pravidlá boli primeranou odpoveďou na legitímne politické ciele, ktoré možno klasifikovať rozlične ako ciele daňovej koherentnosti (ako vo veci Bachmann), [46] zabránenia daňovými únikom (ako vo veci ICI) [47]

44 — Pozri napríklad rozsudok z 29. apríla 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97, Zb. s. I-2651 a tam citovanú judikatúru.

45 — Rozsudok Marks & Spencer, už citovaný v poznámke pod čiarou 26, bod 35.

46 — Rozsudok z 28. januára 1992, C-204/90, Zb. s. I-249.

47 — Rozsudok z 16. júla 1998, C-264/96, Zb. s. I-4695.

alebo potreby zabrániť úplne umelým konštrukciám, ktorých cieľom je obchádzať daňové zákony. Tieto ciele v zásade podľa názoru Spojeného kráľovstva predstavujú oprávnený dôvod zabezpečenia spravodlivého a koherentného daňového zaobchádzania najmä tým, že hospodárska činnosť spoločnosti dlžníka bude zdaňovaná v štáte, kde sa uskutočnila. Uplatniteľnosť týchto odôvodnení postupne posúdim.

a) Odôvodnenie založené na boji proti zneužívajúcim postupom

62. Súdny dvor pri mnohých príležitostiach uznal, že v zásade môžu byť členské štáty oprávnené prijať inak diskriminujúce opatrenia v oblasti priamych daní na účel zabránenia zneužitia práva (hoci do dnešného dňa v skutočnosti ešte nezistil, že by bolo nejaké vnútroštátne opatrenie takto odôvodnené). To bolo úplne nedávno zrejmé z rozsudku vo veci Marks & Spencer, v ktorom Súdny dvor vyslovil, že v zásade by vnútroštátne pravidlo obmedzujúce odpočítanie cezhraničných strát mohlo byť odôvodnené rizikom daňových únikov a najmä rizikom, že v rámci skupiny spoločností by boli straty prevedené do spoločností usadených v členských štátoch, ktoré uplatňujú najvyššie daňové sadzby a v ktorých je preto daňová hodnota strát najvyššia. [48] Také uznanie je tiež zrejmé v rozsudkoch Súdneho dvora vo veci Lankhorst-Hohorst, X & Y a ICI, [49] rovnako ako vo veci Leur-Bloem (pokiaľ ide o smernicu o fúziách), Halifax (pokiaľ ide o nepriame zdaňovanie) a množstve rozsudkov v iných oblastiach, ako je zdaňovanie. [50]

63. Motivácia, ktorá je základom prijatia takéhoto odôvodnenia, je takáto. V zásade je úplne legitímne a z hľadiska myšlienky vnútorného trhu vlastne zásadné, že sa daňovníci usilujú zariadiť si svoje (cezhraničné) daňové záležitosti spôsobom, ktorý bude pre nich najvýhodnejší. [51] To je však prípustné len v rozsahu, v akom je konštrukcia skutočná; teda nie je úplne umelou konštrukciou smerujúcou k zneužitiu a obídeniu vnútroštátnej daňovej právnej úpravy. [52] Napríklad samotná skutočnosť, že

48 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 26, body 49 a 50.

49 — Rozsudky Lankhorst-Hohorst, už citovaný v poznámke pod čiarou 2; z 21. novembra 2002, X a Y, C-436/00, Zb. s. I-10829 a ICI, už citovaný v poznámke pod čiarou 47.

50 — Rozsudky zo 17. júla 1997, Leur-Bloem, C-28/95, Zb. s. I-4161, a z 21. februára 2006, Halifax a i., C-255/02, Zb. s. I-1609. Pozri tiež rozsudky z 12. mája 1998, Kefalas a i., C-367/96, Zb. 1998, s. I-2843, a zo 14. decembra 2000, Emsland-Stärke, C-110/99, Zb. s. I-11569.

51 — Pozri najmä rozsudok Halifax a i., už citovaný v poznámke pod čiarou 50, bod 73. Pozri tiež rozsudok z 26. októbra 1999, Eurowings Luftverkehrs, C-294/97, Zb. s. I-7447: „Akákoľvek daňová výhoda vyplývajúca pre poskytovateľov služieb z nízkeho zdanenia, ktorému podliehajú v členskom štáte, v ktorom sú usadení, nemôže byť použitá iným členským štátom na odôvodnenie menej priaznivého zaobchádzania v daňových veciach poskytnutého príjemcom služieb usadeným v neskôr uvedenom štáte... Ako Komisia správne poznamenala, také vyrovnávacie daňové konštrukcie škodia samotným základom jednotného trhu" (body 44 a 45).

52 — Pozri najmä formulácie Súdneho dvora v rozsudkoch Lankhorst-Hohorst, už citovaný v poznámke pod čiarou 2, a ICI, už citovaný v poznámke pod čiarou 47.

spoločnosť rezident zriadi ďalšiu prevádzkareň v inom členskom štáte, nemôže sama osebe vyvolať všeobecnú domnienku daňového úniku [53] dokonca ani vtedy, keď je v uvedenom členskom štáte pomerne nízka daňová sadzba (alebo dokonca režim spĺňajúci definíciu „škodlivých daňových opatrení" upravený v kódexe správania pri zdaňovaní podnikateľskej činnosti). [54]

64. Ďalšou otázkou je, či je právna úprava Spojeného kráľovstva vhodná na dosiahnutie tohto cieľa. Zjavne to tak je: ak je úmyslom Spojeného kráľovstva zabrániť tomu, aby cezhraničné skupiny zneužívajúcim spôsobom a umelo klasifikovali to, čo je v skutočnosti rozdelením zisku ako platby úrokov z úverov, preklasifikácia vyplatených úrokov na rozdelenie zisku je zjavne účinná v boji s takým zneužitím.

65. Poslednou otázkou je, či predstavuje právna úprava Spojeného kráľovstva na boj proti zneužívaniu primeranú odpoveď a či je uplatňovaná spôsobom, ktorý je primeraný tomuto cieľu.

66. V tomto ohľade som názoru, že v závislosti od jej znenia a uplatňovaní, právna úprava smerujúca k zabráneniu podkapitalizácie môže byť v zásade primeraným opatrením na boj proti zneužívajúcim postupom. Je pravdou, že myšlienka, že spoločnosti majú právo organizovať svoje záležitosti tak, ako si želajú, znamená, že v zásade by im malo byť umožnené financovať svoje dcérske spoločnosti prostredníctvom vlastného imania alebo dlhu. Táto možnosť však naráža na hranice vtedy, keď rozhodnutie spoločnosti predstavuje zneužitie práva. Zdá sa mi, že zásada úplnej hospodárskej súťaže prijímaná medzinárodným daňovým právom ako vhodný prostriedok na zabránenie umelým manipuláciám pri cezhraničných transakciách je v zásade legitímnym východiskom pre posúdenie toho, či je transakcia zneužívajúca alebo nie. Použijúc odôvodnenie Súdneho dvora formulované v oblasti nepriamych daní a iných oblastiach netýkajúcich sa daní, kritérium úplnej hospodárskej súťaže predstavuje v tomto kontexte objektívny faktor, na základe ktorého možno posúdiť, či je hlavným cieľom dotknutej transakcie získanie daňovej výhody. [55] Okrem toho je podľa môjho názoru legitímne a vskutku by sa malo podporovať, keď členské štáty stanovia určité primerané kritériá, na základe ktorých budú posudzovať súlad transakcie so zásadou úplnej hospodárskej súťaže, a keď v prípade nedodržania týchto kritérií budú predpokladať, že transakcia je zneužívajúca,

53 — Pozri návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Léger vo veci Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas, už citované v poznámke pod čiarou 2, body 53 a 56. Pozri tiež rozsudok vo veci X a Y, už citovaný v poznámke pod čiarou 49, bod 62.

54 — Pozri návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Léger vo veci Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas, už citované v poznámke pod čiarou 2, bod 54.

55 — Pozri rozsudok Halifax a i., už citovaný v poznámke pod čiarou 50, bod 86.

ak nie je preukázaný opak.[56] Stanovenie takých kritérií je v mojich očiach v záujme právnej istoty daňovníkov, rovnako ako aj praktickej použiteľnosti pre daňové orgány. Tento prístup je v protiklade napríklad s použitím jediného pevného kritériá uplatňovaného na všetky prípady — ako je napríklad kritérium pevného pomeru záväzkov k vlastnému imaniu —, ktoré neumožňuje zohľadnenie ostatných okolností.

67. Znenie a praktické uplatňovanie takého kritéria však musí tiež spĺňať požiadavku proporcionality. To podľa môjho názoru znamená, že:

— daňovník musí byť schopný preukázať, že hoci zmluvné podmienky jeho transakcie nespĺňali podmienku úplnej hospodárskej súťaže, napriek tomu existovali ozajstné iné obchodné dôvody na transakciu, ako je dosiahnutie daňovej výhody. Inými slovami, ako Súdny dvor poznamenal vo svojom rozsudku vo veci Halifax, „zákaz zneužitia už nie je viac relevantný, keď môžu mať predmetné plnenia nejaké iné vysvetlenie ako číre dosiahnutie daňových výhod“[57]. Príkladom, ktorý prichádza na myseľ, je situácia, ktorá zodpovedá skutkovým okolnostiam vo veci Lankhorst-Hohorst, kde bol účelom úveru akceptovaným Súdnym dvorom pokus o záchranu dcérskej spoločnosti prostredníctvom minimalizácie výdavkov dcérskej spoločnosti a dosiahnutia úspor na úrokoch platených bankám. Zdá sa však, že podobné situácie (t. j. keď nebola transakcia uzatvorená za zmluvných podmienok úplnej hospodárskej súťaže, ale bola napriek tomu uzatvorená spôsobom, ktorý nie je zneužívajúci a nie iba s cieľom dosiahnuť daňovú výhodu) budú pomerne výnimočné,[58]

— ak takýmito obchodnými dôvodmi argumentuje daňovník, ich opodstatnenosť treba posudzovať podľa okolností konkrétneho prípadu tak, aby sa zistilo, či treba transakcie považovať za úplne umelé a uskutočnené s jediným cieľom získať daňovú výhodu,

— informácie, ktorých poskytnutie sa od daňovníka vyžaduje na vyvrátenie tejto domnienky, by nemali byť neprimerané a ani by nemali byť také, že vyvrátenie domnienky by bolo mimoriadne ťažké alebo nemožné,

56 — Túto vec možno odlíšiť od takých vecí, ako je vec, o ktorú išlo v rozsudku Kefalas a i. (už citovaná v poznámke pod čiarou 50, bod 26 nasl.), kde Súdny dvor zistil, že uplatnenie domnienky zneužitia vtedy, keď daňovník nevykonal určitý úkon, je v rozpore s právom Spoločenstva [v uvedenej veci, uplatnenie prednostného práva na základe článku 29 ods. 1 druhej smernice Rady 77/91/EHS z 13. decembra 1976 o koordinácii ochranných opatrení, ktoré členské štáty vyžadujú od obchodných spoločností na ochranu záujmov spoločníkov a tretích osôb v zmysle druhého odseku článku 58 Zmluvy, pokiaľ ide o zakladanie akciových spoločností, udržiavanie a zmenu ich základného imania, s cieľom dosiahnuť rovnocennosť týchto opatrení (Ú. v. ES L 26, 1977, s. 1; Mim. vyd. 017/001, s. 8)]. V takých prípadoch sa nedalo povedať, že by faktor vyvolávajúci domnienku — v danom prípade rozpor s kritériom úplnej hospodárskej súťaže — bol objektívnym faktorom, na základe ktorého by sa dalo posúdiť, či bolo základným cieľom dotknutej transakcie získať daňovú výhodu.

57 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 50, body 74 a 75.

58 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 2.

— v prípadoch, keď sa zistí, že platby sú zneužívajúce (skryté rozdelenie zisku) v uvedenom zmysle, iba časť platieb prevyšujúca sumu, ktorá by bola dohodnutá za podmienok úplnej hospodárskej súťaže, by mala byť preklasifikovaná na rozdelenie zisku a zdanená v štáte, v ktorom je dcérska spoločnosť rezidentom, a

— výsledok takého preskúmavania musí podliehať súdnemu preskúmaniu. [59]

68. Nemyslím si tiež, že na účel dodržiavania článku 43 ES by mali byť členské štáty nevyhnutne povinné rozšíriť platnosť právnej úpravy týkajúcej sa podkapitalizácie na čisto vnútroštátne situácie vtedy, keď neexistuje žiadne možné riziko zneužitia. Považujem za mimoriadne poľutovaniahodné, že nedostatok jasnosti vo veci rozsahu pôsobnosti odôvodnenia článku 43 ES založeného na dôvodoch zneužitia viedol k situácii, v ktorej sa členské štáty, ktorým nie je jasný rozsah, v ktorom môžu prijať na prvý pohľad „diskriminačné" zákony na boj proti zneužívajúcim postupom, cítili zaviazané „hrať na istotu" tým, že rozšírili rozsah pôsobnosti svojich pravidiel na čisto vnútroštátne situácie, v ktorých neexistuje žiadne možné riziko zneužitia. [60] Také rozšírenie pôsobnosti právnej úpravy na situácie, ktoré patria úplne mimo dôvodov jej prijatia z čisto formálnych dôvodov a ktoré spôsobujú spoločnostiam a daňovej správe v danom štáte značnú dodatočnú administratívnu záťaž, nemá zmysel a má vskutku nepriaznivý dopad na efektívnosť. Ako také škodí vnútorného trhu.

69. Dodal by som, že súhlasím s Komisiou, že na to, aby bolo uplatnenie pravidiel o podkapitalizácii primerané vo vzťahu k ich cieľu, členský štát uplatňujúci tieto pravidlá musí prostredníctvom DDZ zabezpečiť, aby preklasifikácia transakcie v rámci jeho daňovej právomoci mala odraz v zrkadlovej preklasifikácii (t. j. preklasifikácii príjmu z platieb úrokov na príjem z vyplácaných dividend) v členskom štáte materskej spoločnosti. Nekonať tak by podľa môjho názoru znamenalo presiahnuť to, čo je nevyhnutné na dosiahnutie cieľa pravidiel o podkapitalizácii, a zaťažilo by skupinu ako celok neprimeraným bremenom (dvojitým zdanením). Už som inde poznamenal, že dopad DDZ na situáciu daňovníka treba zohľadniť pri posudzovaní zlučiteľnosti právnej úpravy členského štátu s článkom 43 ES. [61] To podlieha výhrade, že žalobe za

59 — Rozsudok Leur-Bloem, už citovaný v poznámke pod čiarou 50, bod 41.

60 — Príkladom je rozšírenie nemeckých pravidiel podkapitalizácie na úplne vnútroštátne situácie po rozsudku Lankhorst-Hohorst, už citovaný v poznámke pod čiarou 2.

61 — Pozri moje návrhy vo veciach Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, už citované v poznámke pod čiarou 27, bod 71 a nasl., Denkavit International a Denkavit France, už citované v poznámke pod čiarou 27, bod 33 a nasl.

porušenie článku 43 ES sa nemožno brániť tvrdením, že druhý zmluvný štát DDZ porušil svoje záväzky z DDZ tým, že neklasifikoval platby prijaté materskou spoločnosťou v súlade s ich preklasifikáciou zo strany Spojeného kráľovstva. [62]

70. Z uvedeného bude jasné, že znenie konkrétnej právnej úpravy týkajúcej sa podkapitalizácie a spôsob, akým sa v praxi uplatňuje, je kľúčovým na posúdenie toho, či spĺňa kritérium proporcionality.

71. Ak sa pozrieme napríklad na jedinú inú vec, v ktorej doteraz Súdny dvor posudzoval vnútroštátnu právnu úpravu o podkapitalizácii — Lankhorst-Hohorst — nemecká právna úprava napadnutá v uvedenej veci stanovovala, že platby budú preklasifikované vtedy, keď suma úveru prevyšuje trojnásobok vlastného imania akcionára (t. j. pevné kritérium), pričom táto domnienka bola vyvrátiteľná iba vtedy, keď dcérska spoločnosť „mohla získať úver od tretej osoby za inak podobných okolností alebo ak úver predstavuje pôžičku na financovanie obvyklých bankových transakcií“ [63].

To znamenalo, že, ako som poznamenal vyššie, domnienku nebolo možné vyvrátiť v prípadoch, v ktorých nedošlo k žiadnemu zneužitiu, ale úver napriek tomu nespĺňal právnou úpravou stanovené kritérium (tak, ako to bolo v uvedenej veci, v ktorej Súdny dvor vyslovil, že úver bol poskytnutý na pomoc stratovej dcérskej spoločnosti na zníženie bremena úrokových platieb vyplývajúcich z jej bankového úveru za okolností, keď strata značne prevyšovala úrok vyplácaný materskej spoločnosti). Ďalej sa zdá, že nemecká právna úprava mala ten účinok, že preklasifikovala nie len tú časť platby, ktorá prevyšovala platbu, ktorá by bola poskytnutá za obchodných podmienok, ale celú platbu dcérskej spoločnosti v prospech materskej spoločnosti. Napokon sa zo znenia rozsudku zdá, že neexistoval žiaden mechanizmus prostredníctvom uplatniteľných DDZ, ktorý by zabezpečoval, že preklasifikácia úrokov zo strany Nemecka bude „kompenzovaná“ druhými členskými štátmi, zmluvnými stranami DDZ s cieľom zabrániť spôsobeniu dvojitého zdanenia.

72. Situácia vyplývajúca z právnej úpravy Spojeného kráľovstva preskúmavanej v tejto veci bola (a je), ako Spojené kráľovstvo poznamenáva vo svojich vyjadreniach, v mnohých ohľadoch odlišná.

73. Zaoberajúc sa najskôr právnou úpravou Spojeného kráľovstva uplatniteľnou do roku 1995, akýkoľvek úrok vyplácaný spoločnosťou — či už veriteľovi rezidentovi alebo nerezidentovi — z úveru predstavujúci viac ako rozumný hospodársky výnos z úveru bolo treba považovať za rozdelenie zisku

62 — Pozri napríklad návrhy prednesené vo veci Denkavit International a Denkavit France, už citované v poznámke pod čiarou 27, bod 43.

63 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 2, bod 3.

v rozsahu, v akom taký výnos prevyšoval [článok 209 ods. 2 písm. d) TA]. Akýkoľvek úrok vyplácaný veriteľovi nerezidentovi Spojeného kráľovstva, ktorý bol členom tej istej skupiny [iný ako úrok, ktorý už bol klasifikovaný ako rozdelenie zisku na základe článku 209 ods. 2 písm. d)] bol však v každom prípade klasifikovaný ako rozdelenie zisku. [64] Toto ustanovenie bolo jasne neprimerané v tom zmysle, ktorý som opísal vyššie, a to z dvoch dôvodov. Po prvé úver poskytnutý dcérskej spoločnosti v Spojenom kráľovstve materskou spoločnosťou rezidentom iného členského štátu bol v každom prípade preklasifikovaný na rozdelenie zisku bez hodnotenia súladu s akýmkoľvek kritériom úplnej hospodárskej súťaže. Po druhé, taká dcérska spoločnosť nemala vôbec žiadnu príležitosť preukázať, že úver bol poskytnutý z legitímnych obchodných dôvodov a nie čisto zneužívajúcim spôsobom na dosiahnutie daňovej výhody. Toto paušálne pravidlo presahovalo to, čo bolo primerane nevyhnutné na dosiahnutie cieľa právnej úpravy Spojeného kráľovstva.

74. Spojené kráľovstvo však tvrdí, že účinok DDZ, ktoré uzatvorilo s inými členskými štátmi bol taký, že úrok bol v skutočnosti odpočítateľný, okrem prípadu a v rozsahu, v ktorom bola úroková sadzba príliš vysoká. Úrok bol príliš vysoký, ak v prípade starších DDZ založených na modelovej dohode z roku 1963 [65] úroková sadzba prevyšovala sadzbu, ktorá bola obchodne odôvodnená vzhľadom na výšku dlhu, alebo v prípade novších DDZ založených na neskorších modelových dohodách OECD, [66] ak suma úrokov prevyšovala z akéhokoľvek dôvodu sumu, ktorá by bola zaplatená za podmienok úplnej hospodárskej súťaže, pretože buď sadzba, alebo samotná suma úveru nebola obchodne odôvodnená. Ďalej pre druhú kategóriu DDZ bolo po roku 1992 zákonné usmernenie týkajúce sa okolností, pri ktorých suma úveru alebo jeho úroková sadzba prevyšovala to, čo by bolo dohodnuté za podmienok úplnej hospodárskej súťaže, obsiahnuté v článku 808A TA. Toto usmernenie vyžadovalo pri posudzovaní splnenia podmienok úplnej hospodárskej súťaže zohľadnenie všetkých faktorov vrátane otázky, či by bol úver pri neexistencii osobitného vzťahu (medzi veriteľom a dlžníkom) vôbec poskytnutý; sumy, v akej by bol úver pri neexistencii osobitného vzťahu poskytnutý; a úrokovej sadzby a ostatných zmluvných podmienok, ktoré by boli dohodnuté pri neexistencii vzťahu. [67]

75. V prípade každej z týchto kategórií DDZ sa mi ich znenie zdá byť v zásade primerané vo vzťahu k uvádzanému cieľu právnej úpravy Spojeného kráľovstva, ktorým je boj proti zneužívajúcim postupom. Základom posúdenia je v každej veci v podstate zásada úplnej hospodárskej súťaže. V žiadnej z vecí neexistuje absolútne pevné kritérium (ako je napríklad pevný pomer záväzkov k vlastnému imaniu) toho, čo je prípustné:

64 — Článok 209 ods. 2 písm. e) body iv) a v) TA.

65 — Napríklad luxemburské, nemecké, španielske a rakúske DDZ.

66 — Napríklad holandské, francúzske, írske a talianske DDZ.

67 — Článok 808A ods. 2 TA.

každá kategória umožňuje z hľadiska znenia použitých ustanovení zohľadnenie okolností každého konkrétneho prípadu pri určovaní toho, čo je obchodne odôvodnené. Navyše v každej z vecí sa na rozdelenie zisku preklasifikuje iba prebytočná časť cezhraničných platieb (nad sumu toho, čo by bolo vyplatené za obchodných podmienok). V zásade sa mi preto také ustanovenia zdajú byť v zmysle článku 43 ES odôvodnené. Tento záver však podlieha nasledujúcim dôležitým podmienkam, ktorých overenie je úlohou vnútroštátneho súdu.

76. Po prvé daňovník musel byť schopný bez neprimeraného bremena preukázať, že transakcia sa v skutočnosti uskutočnila z iných ozajstných obchodných dôvodov, ako je získanie daňovej výhody. Hoci, ako som poznamenal vyššie, možno si predstaviť, že okolnosti, za ktorých to možno preukázať, budú pomerne obmedzené (ako napríklad záchrana dcérskej spoločnosti materskou spoločnosťou), zo znenia príkladov DDZ predložených Súdnemu dvoru mi nie je jasné, či na základe systému Spojeného kráľovstvo možnosť existovala. To musí určiť vnútroštátny súd na základe skutkových okolností prejednávanej veci.

77. Po druhé je táto analýza založená čisto na formálnom znení DDZ predložených Súdnemu dvoru. Ak napríklad orgány Spojeného kráľovstva uplatňovali tieto ustanovenia v praxi spôsobom, ktorý predstavoval uplatňovanie úplne nepružného pravidla bez zreteľa na okolnosti konkrétnej prejednávanej veci a bez toho, aby mal daňovník reálnu príležitosť dovolať sa týchto okolností a dosiahnuť zohľadnenie týchto okolností [alebo vskutku vôbec neuplatnili ustanovenia DDZ, čo znamenalo, že sa uplatnil článok 209 ods. 2 písm. e) body iv) a v)], to by napriek tomu bolo neprimerané. V tomto ohľade, zatiaľ čo existencia „predbežného preverovacieho konania", na základe ktorého môžu daňovníci zistiť svoju situáciu pred tým, ako na nich môžu byť uplatnené ustanovenia o podkapitalizácii, pridáva daňovým režimom členských štátov vítanú transparentnosť a istotu v záujme správneho úradného postupu, nie je podľa môjho názoru rozhodujúca pre zlučiteľnosť inak primeraných vnútroštátnych pravidiel s článkom 43 ES. Poznamenávam, že v tejto veci Test Claimants namietajú efektívnosť a spoľahlivosť predbežného preverovacieho konania, o ktoré sa Spojené kráľovstvo opiera na podporu svojich tvrdení.

78. Po tretie analýza sa zjavne uplatňuje iba potiaľ, pokiaľ Spojené kráľovstvo v skutočnosti uzatvorilo DDZ s takým znením s príslušným členským štátom. Množstvo podobných DDZ uzatvorených medzi Spojeným kráľovstvom a členskými štátmi nie je z uznesenia vnútroštátneho súdu jasné.

79. Napokon, dokonca aj v prípadoch upravených takými DDZ by zlučiteľnosť pravidiel s článkom 43 ES, ako som poznamenal vyššie, závisela od recipročného uznania preklasifikácie uskutočnenej Spojeným kráľovstvom druhým členským štátom, zmluvnou stranou DDZ (najmä na účel zabezpečenia toho, aby preklasifikácia nespôsobila dvojité zdanenie). Ako som poznamenal vyššie, Spojené kráľovstvo by sa nemohlo brániť tvrdením, že druhý zmluvný štát DDZ porušoval svoje záväzky z DDZ tým, že neklasifikoval platby získané materskou spoločnosťou v súlade s ich preklasifikáciou Spojeným kráľovstvom. Zatiaľ čo poznamenávam, že v tejto veci Spojené kráľovstvo namieta, že k takejto zodpovedajúcej úprave v skutočnosti takmer vždy došlo, je úlohou vnútroštátneho súdu prešetriť, či to v ním prejednávanej veci tak skutočne bolo.

80. Dodal by som, že na rozdiel od tvrdení Test Claimants skutočnosť, že vnútroštátne „kritérium" úplnej hospodárskej súťaže pre preklasifikáciu stanovené v článku 209 ods. 2 písm. d) mohlo byť odlišné od (a širšie ako) „kritéria" v DDZ, sama osebe neznamená, že pravidlá Spojeného kráľovstva porušili článok 43 ES: ako som poznamenal vyššie, od členských štátov nemožno odôvodnene požadovať, aby na tento účel posudzovali čisto vnútroštátne úvery v rámci skupiny rovnakým spôsobom, ako cezhraničné úvery v rámci skupiny. Ďalej, rozšírenie posudzovania tak, že zahŕňa nie len preskúmanie toho, či úroková sadzba, ale tiež suma poskytnutého úveru bola za obvyklých obchodných podmienok, sa mi zdá byť úplne v súlade s cieľom právnej úpravy Spojeného kráľovstva zabrániť zneužívajúcim postupom, keďže zvýšenie sumy úveru na objem mimo obvyklých obchodných podmienok by teoreticky mohlo predstavovať rovnako účinný spôsob „presunutia" zdanenia zisku na iné územie.

81. Budem sa teraz zaoberať primeranosťou zmien a doplnení zavedených v roku 1995. Ako Spojené kráľovstvo poznamenáva, tieto zmeny a doplnenia v podstate včlenili do podoby zákona zásadu úplnej hospodárskej súťaže, ktorá bola predtým účinná prostredníctvom DDZ. Stanovili teda, že úroky vyplácané medzi členmi skupiny prevyšujúce sumu, ktorá by bola vyplatená v podmienkach úplnej hospodárskej súťaže, sa mali klasifikovať ako rozdelenie zisku.[68] Úver sa považoval za úver poskytnutý na inom základe, ako je úplná hospodárska súťaž, vtedy, keď celá suma úveru alebo jeho časť predstavovala „sumu, ktorá by nebola vyplatená druhej spoločnosti, ak by spoločnosti boli spoločnosťami, medzi ktorými neexistoval žiaden (okrem vzťahu týkajúceho sa predmetných zabezpečení) vzťah, dohoda alebo iné spojenie okrem takej sumy rozdelenia zisku, ktorá nepredstavuje takú sumu..."[69]. Ďalej právna úprava stanovila zoznam kritérií, ktoré mali byť použité pri určovaní toho, či sa mali platby úrokov

68 — Článok 209 ods. 2 písm. da) TA.

69 — Článok 209 ods. 2 písm. da) bod ii) TA.

klasifikovať ako rozdelenie zisku. Tie boli: úroveň celkovej zadlženosti dlžníka; to, či možno očakávať, že by sa dlžník a konkrétna osoba stali stranami transakcie zahŕňajúcej emisiu cenných papierov emitujúcou spoločnosťou alebo poskytnutie úveru alebo úveru v konkrétnej sume uvedenej spoločnosti; a úroková sadzba a ďalšie zmluvné podmienky, ktorých uplatnenie by bolo možné očakávať v akomkoľvek konkrétnom prípade na takú transakciu.

82. Už na prvý pohľad a z podobných dôvodov, ako sú analyzované dôvody, pokiaľ ide o zákon spred roku 1995, znenie tejto právnej úpravy sa mi zdá byť v zásade primerané jej cieľu za predpokladu splnenia štyroch dôležitých podmienok, ktoré som uviedol vyššie. Kritérium preklasifikácie je výslovne založené na zásade úplnej hospodárskej súťaže, ako je uvedené v zozname kritérií. V tejto veci účastníci konania netvrdili, že tieto kritériá a spôsob, akým je právna úprava formulovaná, správne nevyjadrujú zásadu úplnej hospodárskej súťaže. Opäť skutočnosť, že ustanovenia sa neuplatňujú vtedy, keď platca úrokov a príjemca platieb úrokov sú obaja daňovníkmi dane z príjmov právnických osôb Spojeného kráľovstva,[70] sama osebe neznamená, že sú neprimerané.

83. Presne tie isté úvahy sa vzťahujú na posudzovanie primeranosti zmien pravidiel uskutočnených v roku 1998 Spojeným kráľovstvom, ktoré sa problémom podkapitalizácie zaoberajú ako súčasťou všeobecných pravidiel Spojeného kráľovstva o transferovom oceňovaní. Opäť je použitým východiskovým bodom štandard úplnej hospodárskej súťaže vyjadrený pri tejto príležitosti ako zmluvné podmienky „odlišné od tých, ktoré by existovali, ak by spoločnosti neboli spoločne ovládané". Opäť sa uplatňujú tie isté podmienky, ktoré som uviedol vyššie.

84. Zatiaľ čo Spojené kráľovstvo zmenilo svoje pravidlá transferového oceňovania v roku 2004 tak, že sa uplatňovali tiež vtedy, keď boli obaja účastníci transakcie daňovníkmi dane v Spojenom kráľovstve, z toho, čo som už uviedol, bude jasné, že toto nie je podľa môjho názoru nevyhnutné na to, aby boli pravidlá v súlade s článkom 43 ES.

b) Odôvodnenie dôvodmi daňovej koherentnosti?

85. Subsidiárne odôvodnenie uvádzané Spojeným kráľovstvom je také, že predmetná právna úprava bola nevyhnutná na zabezpečenie koherentnosti daňového systému. Podľa tvrdenia Spojeného kráľovstva mala jeho právna úprava za cieľ zabezpečiť, aby bolo skryté rozdelenie zisku zdanené raz, a to

70 — Článok 212 ods. 1 a 3 TA.

na vhodnom daňovom území (tam, kde bol zisk vytvorený). Ďalej Spojené kráľovstvo tvrdí, že pri pohľade na daňovú koherentnosť z pohľadu celej skupiny spoločností a z pohľadu celého Spoločenstva zabezpečovalo uplatnenie jeho pravidiel podkapitalizácie koherentnosť tým, že zabezpečovalo, aby nemohol byť zisk s použitím umelej konštrukcie „vyvezený" na zdanenie na území, kde nebol vytvorený.

86. S týmto tvrdením sa možno vyrovnať rýchlo, keďže tak, ako je uplatnené v tomto kontexte, nastoľuje podľa môjho názoru presne tie isté problémy a podlieha tým istým obmedzeniam, ako sú problémy analyzované vyššie vo vzťahu k odôvodneniu z dôvodov boja proti zneužívajúcim postupom.

87. Poskytuje to však príležitosť pre niektoré všeobecnejšie pripomienky k povahe a funkcii dosť amorfnej obrany postavenej na „daňovej koherentnosti". Súdny dvor túto obranu výslovne uznal iba v jednej veci — Bachmann [71] — hoci bola od tej doby neúspešne uplatnená v množstve iných vecí. Vo veci Bachmann Súdny dvor použil koncept na vyjadrenie myšlienky, že Belgicko by mohlo oprávnene trvať na „spojení" medzi odpočítateľnosťou splátok poistného na základe zmlúv na dôchodkové a životné poistenie a následným zdanením súm vyplácaných na základe takých zmlúv belgickou daňou. Z hľadiska Belgicka bolo odôvodnené obmedziť odpočítateľnosť poistného na prípady, keď mohlo Belgicko zdaniť následne vyplatené sumy. Odvtedy Súdny dvor uviedol, že na účely odvolávania sa na uvedenú obranu musí existovať „priame spojenie" medzi priznaním daňového zvýhodnenia a vyvážením uvedeného zvýhodnenia daňovým odvodom. V takých veciach, ako je vec Verkooijen, zdôraznil, že vo veci Bachmann sa daňové zvýhodnenie a znevýhodnenie vzťahovalo na tú istú daň a toho istého daňovníka, zamietnuc na základe skutkových okolností uvedenej veci uplatnenie obrany, pretože sa týkala dvoch rozdielnych daní uložených rozdielnym daňovníkom. [72] Tento prístup bol dodržaný napríklad vo veciach Baars a Bosal. [73]

88. Obmedzenie rozsahu obrany na formálne vyjadrenie „jedna daň, jeden daňovník" kritizovali okrem iného aj generálni advokáti Kokott a Maduro vo svojich návrhoch predniesených vo veciach Manninen a Marks & Spencer [74]. Vskutku sa zdá, že Súdny dvor vo svojich rozsudkoch v týchto veciach prijal širší prístup ku konceptu. Vo veci Manninen, zatiaľ čo odmietol uplatnenie obrany za skutkových okolností uvedenej

71 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 46 (pozri tiež súbežný rozsudok z 28. januára 1992, Komisia/Belgicko, C-300/90, Zb. s. I-305, ktorý sa týka veľmi podobných otázok).

72 — Rozsudok z 6. júna 2000, C-35/98, Zb. s. I-4071, bod 58.

73 — Rozsudky Baars, už citovaný v poznámke pod čiarou 19, a z 18. septembra 2003, Bosal, C-168/01, Zb. s. I-9409.

74 — Rozsudky zo 7. septembra 2004, Manninen, C-319/02, Zb. s. I-7477, a Marks & Spencer, už citovaný v poznámke pod čiarou 26.

veci, dôvodil, že koherencia fínskeho daňového systému v uvedenej veci bola zabezpečená, pokiaľ existovala súvzťažnosť (prepojenie) medzi daňovým zvýhodnením poskytnutým v prospech akcionára (daňový úver) a daňou z príjmov právnických osôb platenou zo zisku z uvedených akcií. Skutočnosť, že taká daň z príjmu právnických osôb bola platená nie vo Fínsku, ale vo Švédsku, túto súvzťažnosť nepopierala.[75] Vo veci Marks & Spencer Súdny dvor svoje odôvodnenie formuloval trochu odlišným spôsobom, použijúc koncept „vyrovnané[ho] rozdeleni[a] daňovej právomoci medzi členskými štátmi".[76] Zatiaľ čo v zásade vnútroštátna právna úprava obmedzujúca daňové úľavy pre skupiny na dcérske spoločnosti rezidentov materskej spoločnosti rezidenta sledovala legitímny cieľ ochrany tohto vyváženého rozdelenia daňovej právomoci — keďže priznanie možnosti dcérskym spoločnostiam vybrať si zohľadnenie ich straty v štáte, v ktorom sú rezidentmi, alebo v inom štáte by ohrozilo rovnováhu —, v uvedenom prípade prostriedky použité právnou úpravou Spojeného kráľovstva na dosiahnutie tohto cieľa boli podľa úsudku Súdneho dvora neprimerané.

89. V tomto duchu možno odpustiť, ak sa niekto cíti neistý, pokiaľ ide o rozsah pôsobnosti a funkciu tejto obrany. Podľa môjho názoru však v obrovskej väčšine vecí, v ktorých Súdny dvor odmietol uplatniteľnosť obrany (ako odpoveď na konkrétne vyjadrenia účastníkov k tomuto aspektu), však v skutočnosti jednoducho vyjadroval základné zásady zákazu diskriminácie, ktoré som načrtol vo svojich návrhoch prednesených vo veci ACT, veci FII, Kerckhaert a Morres a Denkavit, konkrétne: (1) členské štáty konajúce v postavení štátu bydliska alebo sídla nesmú rozlišovať medzi príjmom zahraničného pôvodu a príjmom vnútroštátneho pôvodu v rozsahu, v akom uplatňujú daňovú právomoc nad príjmom zahraničného pôvodu; a (2) ak konajú v postavení štátu zdroja príjmu, členské štáty nesmú rozlišovať medzi príjmom nerezidentov a rezidentov v rozsahu, v akom uplatňujú daňovú právomoc nad príjmom nerezidentov.[77] Jasným príkladom sú veci Verkooijen a Manninen, kde Súdny dvor v zásade uznal povinnosť štátu bydliska alebo štátu sídla nerozlišovať, a to tým, že odmietol tvrdenia holandskej a fínskej vlády, že neexistovala žiadna dostatočná spojitosť medzi daňovým zvýhodnením (oslobodením a daňovým úverom) a zaplatenou daňou (ktorá, ako príjem zo zdroja v zahraničí, bola zaplatená v inom členskom štáte).[78] Obdobne v rozsudku vo veci Marks & Spencer Súdny dvor v podstate vyjadril hranice povinnosti (štátu bydliska alebo štátu sídla) nerozlišovať — keďže Spojené kráľovstvo nevykonávalo daňovú právomoc nad dcérskymi spoločnosťami nerezidentmi materských spoločností zo Spojeného kráľovstva, bolo v zásade logické, že neumožňovalo odpočítanie strát týchto dcérskych spoločností materskou spoločnosťou zo Spojeného kráľovstva.[79] Akékoľvek

75 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 74, bod 46.

76 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 26, bod 46.

77 — Pozri poznámku pod čiarou 27 vyššie.

78 — Rozsudky Verkooijen, už citovaný v poznámke pod čiarou 72, a Manninen, už citovaný v poznámke pod čiarou 74.

79 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 26.

„obmedzenia“ cezhraničnej činnosti vyplývajúce z takých ohraničení odpočítavania strát by neboli výsledkom diskriminácie, ale kvázi obmedzení.

90. Preto sa v takých prípadoch posudzovanie uplatniteľnosti „obrany na základe daňovej koherencie“ v skutočnosti koncepčne neodlišovalo od určovania toho, či je vnútroštátna právna úprava diskriminačná. Vo veľkej väčšine prípadov si preto skutočne bolo možné klásť otázku, či mala obrana „daňovej koherentnosti“ skutočne akúkoľvek užitočnú osobitnú funkciu.

91. V tejto veci je výsledok uplatnenia odôvodnenia založeného na daňovej koherentnosti podľa môjho názoru presne ten istý, ako výsledok, ktorý som vysvetlil vyššie vo vzťahu k odôvodneniu bojom proti zneužívajúcim postupom. Teda zatiaľ čo môže byť v zásade Spojené kráľovstvo oprávnené usilovať sa vymáhať a zabrániť zneužitiu daňových pravidiel uplatniteľných v rámci jeho daňovej právomoci (t. j. rozlišovanie v zaobchádzaní s úrokmi a rozdelením zisku na daňové účely) na základe uznávanej zásady rozdelenia za podmienok úplnej hospodárskej súťaže, môže tak konať iba primeraným spôsobom.

4. Záver otázky č. 1

92. Z týchto dôvodov by podľa môjho názoru mala byť odpoveď na prvú otázku vnútroštátneho súdu taká, že nie je v rozpore s článkom 43 ES, ak členský štát ponechá v účinnosti a uplatňuje také vnútroštátne daňové ustanovenia, ako sú ustanovenia práva Spojeného kráľovstva, o ktoré ide v tejto veci, ktoré ukladajú obmedzenia založené na kritériu úplnej hospodárskej súťaže, týkajúce sa možnosti dcérskej spoločnosti rezidenta Spojeného kráľovstva odpočítať na daňové účely úroky z úveru poskytnutého priamou alebo nepriamou materskou spoločnosťou nerezidentom vtedy, keď by dcérska spoločnosť takým obmedzeniam nepodliehala, ak by bola jej materská spoločnosť rezidentom Spojeného kráľovstva, pokiaľ (1) môže dcérska spoločnosť napriek tomu bez neprimeraného bremena preukázať, že transakcia sa v skutočnosti uskutočnila z iných ozajstných obchodných dôvodov, ako je získanie daňovej výhody; a (2) Spojené kráľovstvo zabezpečí recipročné uznanie zo strany štátu, v ktorom je materská spoločnosť rezidentom, akejkoľvek preklasifikácie úrokov platených dcérskou spoločnosťou zo strany Spojeného kráľovstva.

C — *Otázka č. 2*

93. Svojou druhou otázkou sa vnútroštátny súd v zásade pýta, či by odpoveď na jeho prvú otázku bola odlišná, ak by peňažný úver

dcérskej spoločnosti rezidentovi Spojeného kráľovstva neposkytla priamo jej materská spoločnosť, ale sprostredkovateľská veriteľská spoločnosť, ktorá je tiež súčasťou tej istej skupiny, a ak by taká veriteľská spoločnosť a/alebo materská spoločnosť boli rezidentmi nie v inom členskom štáte, ale v treťom štáte.

94. Ako som už uviedol vyššie, keďže sa právna úprava Spojeného kráľovstva, o ktorú ide v tejto veci, uplatňuje iba na situácie, v ktorých má jedna spoločnosť rozhodujúci vplyv na rozhodnutia druhej spoločnosti v zmysle judikatúry Súdneho dvora, mala by byť posudzovaná iba z hľadiska jej súladu s článkom 43 ES. Príslušným zákazom obsiahnutým v tomto článku na tieto účely je zákaz obmedzení týkajúcich sa zakladania dcérskych spoločností spoločnosťami založenými v súlade s právom členského štátu, ktoré majú svoje sídlo, ústredie alebo hlavné miesto podnikateľskej činnosti v Spoločenstve. [80]

95. To podľa môjho názoru znamená, že pokiaľ je priama alebo nepriama materská spoločnosť — ktorej právo usadiť sa je údajne obmedzované — rezidentom v členskom štáte (inom, ako je Spojené kráľovstvo), uplatňuje sa článok 43 ES (a analýza uvedená vyššie). Možnosť, že sprostredkovateľská veriteľská spoločnosť skutočne poskytujúca úver môže byť rezidentom v treťom štáte, na tomto závere nič nemení. Analýza podľa scenárov uvedených v otázke č. 2 písm. a) (tak materská, ako aj veriteľská spoločnosť rezidentom v inom členskom štáte) je teda presne rovnaká, ako je uvedená pre prvú otázku.

96. Naopak, ak je priama alebo nepriama materská spoločnosť rezidentom tretieho štátu, článok 43 ES sa v zásade neuplatňuje, dokonca ak je aj úver v skutočnosti poskytnutý prostredníctvom iného člena skupiny, ktorý je rezidentom v inom členskom štáte. V dôsledku toho sa podľa scenára uvedeného v otázke č. 2 písm. d) (tak materská spoločnosť, ako aj veriteľská spoločnosť rezidentom tretích štátov) článok 43 ES neuplatňuje (rovnako ako sa neuplatňuje žiadne iné ustanovenie Zmluvy týkajúce sa voľného pohybu).

97. Výnimkou z tohto by bolo, keby veriteľská spoločnosť sama uplatňovala rozhodujúci vplyv na rozhodnutia dcérskej spoločnosti v Spojenom kráľovstve (t. j. keď je spoločnosť v Spojenom kráľovstve v skutočnosti dcérskou spoločnosťou veriteľskej spoločnosti) a keby pravidlá Spojeného kráľovstva diskriminovali dcérsku spoločnosť v Spojenom kráľovstve na základe umiestnenia tejto veriteľskej spoločnosti. V takom prípade by k údajnému obmedzeniu dochádzalo vo vzťahu k právu usadiť sa veriteľskej spoločnosti a nie materskej spoločnosti z tretieho štátu. Podľa scenárov uvedených v otázkach

80 — Pozri článok 48 ES.

č. 2 písm. b) a c) (veriteľská spoločnosť rezidentom iného členského štátu, materská spoločnosť rezidentom tretieho štátu) sa teda analýza uvedená vyššie pre článok 43 ES uplatňuje iba vtedy, keď je dlžník zo Spojeného kráľovstva dcérskou spoločnosťou veriteľskej spoločnosti. To je rovnako bez ohľadu na odchýlku uvedenú v otázke č. 2 písm. c) (úver poskytnutý organizačnou zložkou usadenou v treťom štáte veriteľskej spoločnosti rezidenta), pokiaľ veriteľská spoločnosť samotná spĺňa podmienky uplatniteľnosti článku 43 ES, ako sú uvedené v článku 48 ES (t. j. je založená podľa zákonov členského štátu a jej sídlo, ústredie alebo hlavné miesto podnikateľskej činnosti je v Spoločenstve).

98. Z týchto dôvodov by mala byť odpoveď na druhú otázku vnútroštátneho súdu taká, že článok 43 ES a analýza uvedená v mojej odpovedi na otázku č. 1 sa uplatňujú vtedy, keď (a) je úver poskytovaný veriteľskou spoločnosťou a nie samotnou materskou spoločnosťou, ak sú obe tieto spoločnosti rezidentmi iného členského štátu, ako je Spojené kráľovstvo; alebo (b) veriteľská spoločnosť je rezidentom iného členského štátu, ako je Spojené kráľovstvo, a spoločnosť dlžník je dcérskou spoločnosťou veriteľskej spoločnosti dokonca aj vtedy, keď je ich spoločná materská spoločnosť rezidentom tretieho štátu alebo veriteľská spoločnosť poskytuje úver prostredníctvom organizačnej zložky umiestnenej v treťom štáte. Článok 43 ES sa však neuplatňuje vtedy, keď (a) je veriteľská spoločnosť rezidentom v inom členskom štáte, ako je Spojené kráľovstvo, spoločnosť dlžník nie je dcérskou spoločnosťou veriteľskej spoločnosti a ich spoločná materská spoločnosť je rezidentom tretieho štátu; alebo (b) veriteľská spoločnosť a všetky spoločné priame alebo nepriame materské spoločnosti veriteľskej spoločnosti a spoločnosť dlžník sú rezidentmi v treťom štáte.

D — *Otázka č. 3*

99. Svojou treťou otázkou sa vnútroštátny súd pýta, či by spôsobovalo nejaký rozdiel v odpovediach na otázky č. 1 a 2, ak by bolo možné preukázať, že poskytnutie úverov zakladalo zneužitie práva alebo bolo súčasťou umelej konštrukcie, ktorej cieľom bolo obchádzanie daňového zákona členského štátu spoločnosti dlžníka. Keďže na túto otázku som odpovedal v časti svojej odpovede na otázku č. 1 a najmä v časti týkajúcej sa uplatniteľnosti odôvodnenia založeného na boji proti zneužívajúcim postupom uplatneného Spojeným kráľovstvom, nebudem tu poskytovať osobitnú odpoveď.

E — *Otázka č. 4*

100. Svojou štvrtou otázkou sa vnútroštátny súd pýta, či vtedy, keď existuje obmedzenie

pohybu kapitálu medzi členskými štátmi a tretími štátmi v zmysle článku 56 ES, uvedené obmedzenie existovalo na účely článku 57 ES 31. decembra 1993. Keďže na túto otázku som odpovedal v časti V oddiele A vyššie, kde som dospel k záveru, že právna úprava Spojeného kráľovstva by mala byť posudzovaná iba z hľadiska súladu s článkom 43 ES a nie s článkami 49 ES alebo 56 ES, nebudem tu poskytovať osobitnú odpoveď.

F — *Otázky č. 5 až 10*

101. Otázky č. 5 až 10 uznesenia vnútroštátneho súdu o návrhu na začatie prejudiciálneho konania nastoľujú otázky vzťahujúce sa na povahu právnych prostriedkov, ktoré by mali mať k dispozícii dotknuté dcérske spoločnosti rezidenti Spojeného kráľovstva alebo iné spoločnosti z tej istej skupiny v prípade, že ktorákoľvek právna úprava Spojeného kráľovstva, o ktorú ide v tejto veci, porušuje ktorékoľvek z ustanovení práva Spoločenstva, na ktoré uvedené otázky odkazujú.

102. Z mojej odpovede na otázku č. 1 bude jasné, že problém právnych prostriedkov by sa mal vynoriť iba za pomerne obmedzených okolností, keďže pravidlá Spojeného kráľovstva sú podľa môjho názoru vcelku v súlade s článkom 43 ES. Otázka právnych prostriedkov sa uplatní iba v prípadoch, keď (1) môže daňovník preukázať, že platby preklasifikované Spojeným kráľovstvom v súlade s týmito pravidlami boli v skutočnosti uskutočnené z iných ozajstných obchodných dôvodov, ako je dosiahnutie daňovej výhody; (2) čo sa týka situácií upravených pravidlami uplatniteľnými do roku 1995, neexistovala žiadna uplatniteľná DDZ upravujúca kritérium úplnej hospodárskej súťaže a daňovník môže preukázať, že platby preklasifikované Spojeným kráľovstvom v súlade s týmito pravidlami by splnili kritérium úplnej hospodárskej súťaže alebo že také platby sa v skutočnosti uskutočnili z iných ozajstných obchodných dôvodov, ako je dosiahnutie daňovej výhody; alebo (3) nedošlo k žiadnemu recipročnému uznaniu preklasifikácie platby vykonanej Spojeným kráľovstvom zo strany členského štátu materskej spoločnosti, čo viedlo k dvojitému zdaneniu platby, ku ktorému by inak nedošlo.

103. Kvôli úzkemu rozsahu týchto okolností a skutočnosti, že veľmi podobnými otázkami som sa zaoberal vo svojich návrhoch predložených vo veci Test Claimants in the FII Group Litigation [81] budem vo svojich odpovediach na tieto otázky stručný.

104. Ako som poznamenal vo svojich návrhoch predložených vo veci FII, [82] Súdny dvor opakovane rozhodol, že uvedené právo získať

81 — Vec už citovaná v poznámke pod čiarou 27, bod 125 a nasl.
82 — Tamže, bod 126 a tam citované veci.

vrátenie daní vybratých v členskom štáte v rozpore s pravidlami práva Spoločenstva je následkom a súčasťou práv, ktoré vyplývajú jednotlivcom z ustanovení práva Spoločenstva, ako ich vyložil Súdny dvor. Členský štát je teda v zásade povinný vrátiť dane vybrané v rozpore s právom Spoločenstva. [83] V prípade neexistencie právnej úpravy Spoločenstva týkajúcej sa vrátenia neprávom vybraných peňažných prostriedkov je vecou vnútroštátneho právneho poriadku každého členského štátu, aby určil príslušné súdy a upravil procesné podmienky žalôb určených na zabezpečenie ochrany práv, ktoré jednotlivcom vyplývajú z práva Spoločenstva za predpokladu, že jednak takéto podmienky nie sú menej výhodné ako podmienky vzťahujúce sa na obdobné vnútroštátne žaloby (zásada ekvivalencie) a že jednak nevedú k praktickej nemožnosti alebo nadmernému sťaženiu výkonu práv priznaných právom Spoločenstva (zásada účinnosti). [84]

105. Otázka nastolená v tejto veci je presne tá istá, ako otázka nastolená vo veci FII; konkrétne, či by mali byť nároky žalobcov charakterizované ako žaloby o vrátenie, žaloby o náhradu škody alebo žaloby o zaplatenie sumy zodpovedajúcej výhode, ktorej poskytnutie bolo neprávom odmietnuté.

106. V uvedenej veci som poznamenal (odkazujúc na vec Metallgesellschaft), že je v zásade úlohou vnútroštátneho súdu rozhodnúť, ako by mali byť rozličné podané žaloby charakterizované podľa vnútroštátneho práva. To však podlieha podmienke, že charakterizácia by mala umožniť Test Claimants účinný prostriedok nápravy na získanie vrátenia alebo odškodnenia finančnej straty, ktorú utrpeli a z ktorej mali orgány dotknutého členského štátu prospech v dôsledku zaplatenia nezákonne vybranej dane. [85] Táto povinnosť od vnútroštátneho súdu vyžaduje, aby pri charakterizovaní nárokov podľa vnútroštátneho práva zohľadnil skutočnosť, že podmienky náhrady škody, ako sú uvedené v rozsudku vo veci Brasserie du Pêcheur, nemusia v danej veci existovať, a táto povinnosť vyžaduje, aby v takej situácii napriek tomu zabezpečil poskytnutie účinného prostriedku nápravy.

107. Uplatňujúc uvedené skutočnosti na túto vec sa mi zdá, že žalobné dôvody uplatňované Test Claimants by mali byť posudzované podľa zásad uvedených v judikatúre Súdneho dvora o vrátení nezákonne zaplatených súm; teda Spojené kráľovstvo by nemalo mať prospech a spoločnosti (alebo skupiny spoločností), od ktorých sa požadovalo zaplatenie nezákonnej platby, nesmú utrpieť stratu v dôsledku uloženia platby. [86] Na to, aby prostriedok nápravy poskytnutý v prospech

83 — Tamže a tam citované veci.

84 — Tamže, bod 127 a tam citovaná judikatúra.

85 — Rozsudok už citovaný v poznámke pod čiarou 36, bod 96.

86 — Pozri návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Fennelly vo veci Metallgesellschaft a i., už citované v poznámke pod čiarou 36, bod 45.

Test Claimants bol účinný pri dosiahnutí vrátenia alebo odškodnenia finančnej straty, ktorú utrpeli a z ktorej mali orgány dotknutého členského štátu prospech, toto riešenie by podľa môjho názoru malo pokrývať všetky priame dôsledky nezákonného vyberania dane. Na prvý pohľad to podľa mojej mienky zahŕňa: (1) vrátenie nezákonne vybranej dane z príjmov právnických osôb [otázka č. 5 písm. a), b), c), d)]; (2) obnovenie akejkoľvek úľavy uplatnenej na takúto nezákonne vybranú daň z príjmov právnických osôb [otázka č. 5 písm. e)]; a (3) vrátenie nevyužitej vopred zaplatenej dane z príjmov právnických osôb z nesprávne preklasifikovaného rozdelenia zisku [otázka č. 5 písm. f)]. Dodal by som však, že je úlohou vnútroštátneho súdu overiť, či požadovaný prostriedok nápravy je priamym následkom nezákonne vybranej dane.

108. Dodal by som, že vo veci FII, ktorá sa týkala daňového zaobchádzania s dividendami vyplácanými zo zahraničia zo strany Spojeného kráľovstva, som vyjadril vážne pochybnosti o tom, či podmienky uvedené v rozsudku vo veci Brasserie du Pêcheur [87] — a najmä požiadavka dostatočne závažného porušenia — boli splnené v prípade aspektov systému Spojeného kráľovstva, ktoré porušili právo Spoločenstva. V tomto ohľade mám v tejto veci ešte silnejšie pochybnosti. Uplatnenie článku 43 ES na vnútroštátnu právnu úpravu týkajúcu sa podkapitalizácie bolo potvrdené Súdnym dvorom až v roku 2002 jeho rozsudkom vo veci Lankhorst-Hohorst [88] a dokonca aj po tomto rozsudku nebol rozsah takéhoto uplatnenia úplne jasný. Okrem toho Spojené kráľovstvo svoju právnu úpravu pri mnohých príležitostiach zmenilo, čím dosiahlo väčšiu transparentnosť pri uplatňovaní jej pravidiel, a zjavne, v prípade zmien z roku 2004, malo na zreteli zlučiteľnosť s právom Spoločenstva. Nezdá sa mi, že to stačí na to, aby to predstavovalo zjavné a závažné nerešpektovanie hraníc jeho oprávnenia voľnej úvahy v zmysle judikatúry Súdneho dvora.

109. Na záver, ako odpoveď na desiatu otázku vnútroštátneho súdu týkajúcu sa vplyvu náležitej starostlivosti s cieľom vyhnúť sa strate na strane poškodených osôb, by som poznamenal, že, ako Súdny dvor vyslovil v rozsudku vo veci Metallgesellschaft a v súlade so všeobecnou zásadou vnútroštátnej procesnej autonómnosti, také žaloby, ako sú tie, o ktoré ide v spore vo veci samej, podliehajú vnútroštátnym procesným postupom, ktoré môžu od žalobcov najmä vyžadovať, aby konali s náležitou starostlivosťou, aby zabránili strate alebo škode alebo aby obmedzili ich rozsah. [89] Opäť to však podlieha zásadám, že procesné pravidlá musia byť ekvivalentné procesným pravidlám upravujúcim podobné vnútroštátne konania a nesmú spôsobovať faktickú nemožnosť alebo výrazné sťaženie výkonu práv priznaných právom Spoločenstva. V rozsudku vo veci Metallgesellschaft napríklad Súdny dvor

87 — Rozsudok už citovaný v bode 29 týchto návrhov.

88 — Poznámka pod čiarou 2 vyššie.

89 — Bod 102 rozsudku Metallgesellschaft a i., už citovaný v poznámke pod čiarou 36.

vyslovil, že táto zásada efektivity by nebola splnená vtedy, keby vnútroštátny súd zamietol alebo znížil nárok na vrátenie alebo odškodnenie utrpenej finančnej straty jednoducho preto, pretože žalobcovia sa neobrátili na správu daní na účel získania prospechu z daného daňového režimu a opierali sa priamo o svoje práva na základe práva Spoločenstva napriek skutočnosti, že „z akéhokoľvek hľadiska" im vnútroštátne právo uprelo výhodu uvedeného daňového režimu. V uvedenom zmysle by som poznamenal, že z uznesenia vnútroštátneho súdu o návrhu na začatie prejudiciálneho konania nie je jasné, či by v danej veci vnútroštátne ustanovenia, o ktoré ide, v spojení s uplatniteľnými DDZ z akéhokoľvek hľadiska viedli k záveru, že sa uplatňovali obmedzenia uvedené v otázke č. 1. Je úlohou vnútroštátneho súdu určiť, či predmetné procesné pravidlá v skutočnosti spĺňajú zásadu účinnosti a zásadu ekvivalencie.

110. Odpoveď na otázky č. 5 až 10 by preto podľa môjho názoru mala byť taká, že pri neexistencii pravidiel Spoločenstva v prípade vrátenia nezákonne zaplatených daní je úlohou vnútroštátneho právneho systému každého členského štátu určiť súdy s príslušnou právomocou a upraviť podrobné procesné podmienky žalôb určených na zabezpečenie ochrany práv, ktoré daňovníkom vyplývajú z práva Spoločenstva, vrátane charakterizácie žalôb podaných žalobcami na vnútroštátnom súde. Pri výkone takej právomoci sú však vnútroštátne súdy povinné zabezpečiť, aby mali žalobcovia k dispozícii účinný právny prostriedok nápravy na získanie vrátenia alebo odškodnenia finančnej straty, ktorú utrpeli ako priamy dôsledok dane vybranej v rozpore s právom Spoločenstva.

G — *Obmedzenie účinkov rozsudku z časového hľadiska*

111. Vo svojich ústnych pripomienkach vláda Spojeného kráľovstva požadovala, aby v prípade, že Súdny dvor zistí, že v tejto veci porušila právo Spoločenstva, Súdny dvor zvážil obmedzenie časových účinkov svojho rozsudku. Tvrdí, že potenciálne náklady negatívneho rozsudku by pre Spojené kráľovstvo mohli vzhľadom na veľké množstvo žalobcov vo veci predstavovať až 300 miliónov eur. Ďalej požaduje, aby neboli Test Claimants v tejto veci vyňatí z účinkov akéhokoľvek obmedzenia časových účinkov.

112. V tomto ohľade stačí poznamenať, že mimoriadne obmedzená povaha okolností, v ktorých pravidlá Spojeného kráľovstva porušili článok 43 ES, ako som uviedol vyššie, znamená, že sumy dotknuté roz-

sudkom budú veľmi pravdepodobne značne nižšie, ako sú odhady Spojeného kráľovstva. V každom prípade, ako som poznamenal vo svojich návrhoch prednesených vo veci FII, je úlohou Spojeného kráľovstva, aby zaistilo, aby bol pri navrhovaní obmedzenia časových účinkov Súdnemu dvoru predložený dostatok informácií, aby mu umožnili dospieť k úsudku o probléme. Z podobných dôvodov, ako sú tie, ktoré som vyslovil v uvedenej veci — v ktorej Spojené kráľovstvo tiež nastolilo problém obmedzenia účinkov z časového hľadiska výlučne v ústnej fáze konania bez toho, aby uviedlo, ako dospelo k svojmu odhadu nákladov sporu, a bez toho, aby poskytlo argumenty k navrhovanému zlomovému dňu pre účinky rozsudku —, Súdny dvor by mal návrh zamietnuť.

VI — Návrh

113. Vzhľadom na uvedené dôvody zastávam názor, že Súdny dvor by mal na prejudiciálne otázky položené High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division, odpovedať takto:

— Nie je v rozpore s článkom 43 ES, ak členský štát ponechá v účinnosti a uplatňuje také vnútroštátne daňové ustanovenia, ako sú ustanovenia práva Spojeného kráľovstva, o ktoré ide v tejto veci, ktoré ukladajú obmedzenia založené na kritériu úplnej hospodárskej súťaže týkajúce sa možnosti dcérskej spoločnosti rezidenta Spojeného kráľovstva odpočítať na daňové účely úroky z úveru poskytnutého priamou alebo nepriamou materskou spoločnosťou nerezidentom vtedy, keď by dcérska spoločnosť takým obmedzeniam nepodliehala, ak by bola jej materská spoločnosť rezidentom Spojeného kráľovstva, pokiaľ (1) môže dcérska spoločnosť napriek tomu bez neprimeraného bremena preukázať, že transakcia sa v skutočnosti uskutočnila z iných ozajstných obchodných dôvodov, ako je získanie daňovej výhody; a (2) Spojené kráľovstvo

zabezpečí recipročné uznanie zo strany štátu, v ktorom je materská spoločnosť rezidentom akejkoľvek preklasifikácie úrokov platených dcérskou spoločnosťou zo strany Spojeného kráľovstva.

— Článok 43 ES a analýza uvedená vyššie sa uplatňujú vtedy, keď (a) je úver poskytovaný veriteľskou spoločnosťou a nie samotnou materskou spoločnosťou, ak sú obe tieto spoločnosti rezidentmi iného členského štátu, ako je Spojené kráľovstvo; alebo (b) veriteľská spoločnosť je rezidentom iného členského štátu, ako je Spojené kráľovstvo, a spoločnosť dlžník je dcérskou spoločnosťou veriteľskej spoločnosti dokonca aj vtedy, keď je ich spoločná materská spoločnosť rezidentom tretieho štátu alebo veriteľská spoločnosť poskytuje úver prostredníctvom organizačnej zložky umiestnenej v treťom štáte. Článok 43 ES sa však neuplatňuje vtedy, keď (a) je veriteľská spoločnosť rezidentom v inom členskom štáte, ako je Spojené kráľovstvo, spoločnosť dlžník nie je dcérskou spoločnosťou veriteľskej spoločnosti a ich spoločná materská spoločnosť je rezidentom tretieho štátu; alebo (b) veriteľská spoločnosť a všetky spoločné priame alebo nepriame materské spoločnosti veriteľskej spoločnosti a spoločnosť dlžník sú rezidentmi v treťom štáte.

— Pri neexistencii pravidiel Spoločenstva týkajúcich sa vrátenia nezákonne zaplatených daní je úlohou vnútroštátneho právneho systému každého členského štátu určiť súdy s príslušnou právomocou a upraviť podrobné procesné podmienky žalôb určených na zabezpečenie ochrany práv, ktoré daňovníkom vyplývajú z práva Spoločenstva, vrátane charakterizácie žalôb podaných žalobcami na vnútroštátnom súde. Pri výkone takej právomoci sú však vnútroštátne súdy povinné zabezpečiť, aby mali žalobcovia k dispozícii účinný právny prostriedok nápravy na získanie vrátenia alebo odškodnenia finančnej straty, ktorú utrpeli ako priamy dôsledok dane vybranej v rozpore s právom Spoločenstva.