

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA

NIILA JÄÄSKINENA

přednesené dne 16. prosince 2010¹

1. Tato žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká zařazení služeb spočívajících v poskytování záruk za upsání emise pro účely DPH.

2. Služby spočívající v poskytování záruk za upsání emise akcií se obecně týkají situace, kdy ručitel za upsání emise poskytne za určitý poplatek záruku, že koupí nebo upíše (v případě nové emise akcií) část akcií, které nebude možné prodat nebo upsat na trhu. Cílem těchto služeb je tedy zajistit, aby byla emise akcií upsána či prodej uskutečněn a aby emitent získal určitou výši základního kapitálu.

3. V projednávaném případě několik akciových společností využilo služeb spočívajících v poskytování záruk za upsání emise akcií s tímto cílem. Ručitelka za upsání emise [Skandinaviska Enskilda Banken („SEB“)] se zavázala, že za provizi koupí akcie, které nebudou upsány ve lhůtě určené k jejich upsání.

4. Hlavní otázkou je, zda vůbec – a pokud ano, pod jaké ustanovení článku 13 části B šesté směrnice o DPH² – má být zařazena služba spočívající v poskytování uvedené záruky za upsání emise. Zvláštní význam mají v této souvislosti tři ustanovení článku 13 části B uvedené směrnice: pojišťovací operace stanovené v čl. 13 části B písm. a); poskytnutí úvěru a úvěrových záruk v čl. 13 části B písm. d) bodech 1 a 2 a operace s akciemi a jinými cennými papíry uvedené v čl. 13 části B písm. d) bodu 5.

5. Zařazení služeb spočívajících v poskytování záruk za upsání emise představuje poněkud

1 — Původní jazyk: angličtina.

2 — Šestá směrnice Rady ze dne 77/388/EHS ze dne 17. května 1977 o harmonizaci právních předpisů členských států týkajících se daní z obrátu – Společný systém daně z přidané hodnoty: jednotný základ daně („šestá směrnice o DPH“) (Úř. věst. 1977 L 145, s. 1; Zvl. vyd. 09/01, s. 23). Článek 13 část B šesté směrnice o DPH je nyní článkem 135 odst. 1 směrnice Rady 2006/112/ES ze dne 28. listopadu 2006 o společném systému daně z přidané hodnoty (Úř. věst. 2006, L 347, s. 1) („směrnice o DPH“), která s účinností od 1. ledna 2007 nahrazuje šestou směrnici o DPH (viz srovnávací tabulku uvedenou v příloze XII ke směrnici o DPH). Cílem směrnice o DPH je uspořádat použitelná ustanovení jasným a racionálním způsobem v souladu se zásadou zdokonalení právní úpravy (bod 3 odůvodnění).

obtížný úkol vzhledem ke skutečnosti, že ekonomická realita služeb týkajících se korporátního financování nabízených na finančních trzích, které jsou ze své povahy dynamické, nezapadá snadno do statických předem upravených ustanovení právních předpisů.

d) 1. poskytnutí a sjednání úvěru a správa úvěru osobou, která jej poskytlá.

2. sjednání nebo převzetí závazků, ručení a jiných jistot a záruk, jakož i správa úvěrových záruk osobou, která úvěr poskytuje,

I – Právní rámec

Šestá směrnice o DPH

[...]

6. Článek 2 odst. 1 šesté směrnice o DPH upravuje její oblast působnosti. Stanoví, že předmětem DPH jsou „dodání zboží nebo poskytování služeb za protiplnění uskutečněné v tuzemsku osobou povinnou k dani, která jedná jako taková“.

5. operace včetně sjednání a vyjma řízení a správy v oblasti akcií, podílů na společnostech nebo sdruženích, dlužních úpisů a jiných cenných papírů, kromě:

7. Článek 13 část B šesté směrnice o DPH upravuje osvobození od DPH. V rozsahu, v němž je relevantní pro účely tohoto případu, uvedený článek stanoví, že od DPH jsou osvobozena následující plnění:

– dokladů zakládajících právní nárok na zboží,

„a) pojišťovací a zajišťovací operace včetně souvisejících služeb poskytovaných pojišťovacími makléři a pojišťovacími agenty;

– práv nebo cenných papírů uvedených v čl. 5 odst. 3.³⁴

[...]

3 — Článek 5 šesté směrnice o DPH se týká práv nakládat s hmotným majetkem jako vlastník a čl. 5 odst. 3 vyjmenovává, co se má považovat za hmotný majetek, a zahrnuje do něj akcie nebo podíly rovnocenné akciím, které držitelé poskytují právní nebo fakticky vlastnické právo nebo právo držby nemovitosti či její části.

8. Podle kapitoly 1 článku 1 mervärdesskattelagen (zákon o DPH) (1994:200) (dále jen „ML“) se DPH odvádí z dodání zboží nebo poskytování služeb v tuzemsku, které podléhají dani a k nimž dochází v rámci podnikatelské činnosti. Ustanovení má provádět čl. 2 odst. 1 šesté směrnice o DPH a čl. 2 odst. 1 směrnice o DPH.

9. Podle kapitoly 3 článku 9 ML je od daně osvobozeno poskytování bankovních a finančních služeb a operace zahrnující cenné papíry. Operacemi zahrnujícími cenné papíry se rozumí mimo jiné prodej akcií, jiných podílů nebo pohledávek. Podle článku 10 je od daně osvobozeno poskytování pojišťovacích a zajišťovacích služeb. Ustanovení mají provádět mimo jiné čl. 13 část B písm. a) a d) body 1, 2 a 5 šesté směrnice o DPH a čl. 135 odst. 1 písm. a) až c) a f) směrnice o DPH.

10. Věc se týká skupiny DPH s názvem SEB AB Momsgrupp („SEB Momsgrupp“), jež je řízena bankou SEB. V rozhodné době poskytovala SEB a další společnost ve skupině SEB Momsgrupp služby akciovým společnostem, které zamýšlely vydat nové akcie. Služba, kterou poskytovala SEB, spočívala v poskytnutí záruky za úpis emise.

11. SEB Momsgrupp byla toho názoru, že služby spočívající v poskytování záruk za upsání emise jsou osvobozeny od daně, a proto z nich neukládala ani neúčtovala DPH. Poté provedl Skatteverket (švédský daňový orgán) v uvedené skupině daňovou kontrolu a vyměřil za dotyčné období dodatečnou DPH na výstupu. SEB Momsgrupp podala proti uvedenému rozhodnutí odvolání u Länsrätten i Stockholms län (okresního správního soudu ve Stockholmu) a Kammarrätten i Stockholm (odvolacího správního soudu ve Stockholmu), avšak neúspěšně.

12. Spor u Regeringsrätten se týká především otázky, zda mohou být záruky za upsání emise osvobozeny od daně. Podle uvedeného soudu lze takové záruky poskytovat buď

samostatně, nebo společně se službami souvisejícími s emisemi akcií.

13. Za těchto okolností předložil Regering-srätten Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

„Je třeba čl. 13 část B šesté směrnice o DPH (čl. 135 odst. 1 [směrnice o DPH]) vykládat v tom smyslu, že případy osvobození od daně uvedené v tomto článku zahrnují rovněž služby (tzv. underwriting), kdy úvěrová instituce poskytuje za protiplnění záruku společnosti, která hodlá vydat akcie, s tím, že tato záruka zahrnuje závazek úvěrové instituce koupit veškeré akcie, které nejsou ve stanovené lhůtě upsány?“

III – Analýza

A – Povaha služby spočívající v poskytování záruk za upsání emise

14. Služby spočívající v upsání emise jsou na základě řady ustanovení práva EU řazeny mezi finanční služby. Směrnice 2004/39/

ES o trzích finančních nástrojů kvalifikuje upsání emise jako investiční služby pro účely uvedené směrnice⁴. Dále, směrnice 2006/49 vyžaduje, aby úvěrová instituce měla určitou výši kapitálu týkající se rizik souvisejících s převzetím nových emisí.⁵ Zařazení určité činnosti jakožto finanční služby podle právních předpisů v oblasti vnitřního trhu však neurčuje, jak bude s odpovídajícími operacemi zacházeno z hlediska zdanění DPH.

15. Při jednání proběhla diskuze o povaze služby spočívající v poskytnutí záruky za upsání emise a o otázce, zda s ní má být zacházeno jako se součástí či s doplňkem

4 — Příloha I, oddíl A, bod 6 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/39/ES ze dne 21. dubna 2004 o trzích finančních nástrojů, o změně směrnice Rady 85/611/EHS a 93/6/EHS a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2000/12/ES a o zrušení směrnice Rady 93/22/EHS (Úř. věst. 2004 L 145, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 263) (dále jen „směrnice 2004/39“). Podotýkám, že různé jazykové verze této směrnice používají výrazy, které mají význam poněkud odlišný od slova „underwriting“ v angličtině. Jazykové obtíže v této oblasti práva byly zaznamenány v První zprávě, v níž bylo uvedeno, že „vzhledem k tomu, že směrnice Rady jsou závazné v jazycích členských států, jimž jsou určeny, musí nutně usilovat o to, aby se vždy, kdy je to možné, vyhnuly užívání právních institutů či pojmů, které mají různý význam v různých zemích. Toto pravidlo bohužel nelze vždy dodržet. Jeho slepé dodržování by každopádně mohlo vést ke znění, jež by také mohlo způsobovat výkladové rozdíly“. (Viz První zpráva Komise Radě o provádění společného systému daně z přidané hodnoty, předložená v souladu s článkem 34 šesté směrnice Rady (77/388/EHS) ze dne 17. května 1977 (KOM (83) 426 v konečném znění).

5 — Příloha I bod 41 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/49/ES ze dne 14. června 2006 o kapitálové přiměřenosti investičních podniků a úvěrových institucí (přepřacované znění) (Úř. věst. 2006, L 177, s. 201) („směrnice 2006/49“). V případě této směrnice existuje tentýž jazykový problém jako v případě směrnice 2004/39 (viz poznámka pod čarou 4).

obecné emise akcií, a má s ní tedy být pro daňové účely zacházeno stejně jako s emisí, či zda se jedná o nezávislou službu.

B – Výklad článku 13 části B šesté směrnice o DPH

16. Z diskuze vyplynulo, že rozsah služeb spočívajících v poskytování záruk za upsání emise je v členských státech chápán různě. Některé státy, jako například Irsko, považují za upsání emise balík služeb zahrnující poradenství ohledně emise akcií, propagaci a distribuci akcií, jakož i záruku, že v případě potřeby uvedená finanční instituce také akcie upíše. Ve Švédsku se však služby spočívající v poskytování záruk za upsání emise mohou vyskytovat, a skutečně i vyskytují, nezávisle na ostatních službách souvisejících s emisemi akcií.

17. SEB, Švédsko a Skatteverket souhlasně tvrdí, že záruka za úpis emisí může být poskytována samostatně. Předkládající soud to v tomto smyslu také uvedl v předkládacím rozhodnutí. SEB navíc při jednání potvrdila, že v projednávaném případě poskytla záruku za úpis emise, avšak emisí akcií provedl jiný podnik.

18. Je proto jasné, že je třeba službu spočívající v poskytování záruk za upsání emise považovat v projednávaném případě za samostatnou službu, a nikoli za službu doplňující ostatní služby poskytované při emisí akcií.

19. Před analýzou všech tří relevantních ustanovení je nutno učinit několik obecných poznámek.

20. Zprvč dotyčné pojmy jsou autonomní pojmy práva EU, a proto by měly být vykládány jednotně, aby nedocházelo k rozdílnému používání systému DPH mezi jednotlivými členskými státy⁶. Tyto pojmy musí být také zasazeny do obecného kontextu společného systému DPH.⁷

21. Zadruhé podle judikatury Soudního dvora musí být osvobození od daně uvedená v článku 13 části B šesté směrnice o DPH vykládána restriktivně, jelikož jsou výjimkami z obecného pravidla, že DPH se ukládá z veškerého dodání zboží a poskytování služeb⁸.

22. Zatřetí není jasné, jaký je důvod pro osvobození finančních operací od daně, jelikož se *travaux préparatoires* tímto nezabývají. Podle judikatury Soudního dvora byly tyto operace

6 — Rozsudky ze dne 5. června 1997, SDC, C-2/95, Recueil, s. I-3017, bod 21; ze dne 3. března 2005, Arthur Andersen, C-472/03, Sb. rozh. s. I-1719, bod 25, a ze dne 8. března 2001, Skandia, C-240/99 Skandia, Recueil, s. I- 1951, bod 23.

7 — Bod 11 odůvodnění šesté směrnice o DPH. Viz také rozsudek ze dne 13. prosince 2001, CSC Financial Services, C-235/00, Recueil, s. I-10237, bod 22, a rozsudek ze dne 22. října 2009, Swiss Re Germany Holding, C-242/08, Sb. rozh. s. I-10099, bod 33.

8 — Rozsudky ve věci Skandia, citované v poznámce pod čarou 6, bod 32; ve věci Arthur Andersen, citované v poznámce pod čarou 6 a ve věci SDC citované v poznámce pod čarou 6, bod 20 a v něm uvedený případ.

osvobozeny od daně proto, aby se zmírnily potíže při stanovování základu daně a výše odpočitatelné DPH a aby se zabránilo zvýšení ceny spotřebních úvěrů⁹.

definoval uvedený výraz poprvé ve věci „CPP“¹¹, ve kterém měl za to, že podstatou pojišťovací operace je, že se pojistitel na základě předchozí úhrady pojistného zavazuje zajistit pojištěnému v případě, že dojde k pokrytému riziku, plnění dohodnuté při uzavření smlouvy¹².

1. Pojišťovací operace

23. Pojišťovací operace jsou osvobozeny od daně na základě čl. 13 části B písm. a) šesté směrnice o DPH. Uvedený článek stanoví, že „členské státy osvobodí od daně [...] pojišťovací a zajišťovací operace včetně souvisejících služeb poskytovaných pojišťovacími makléři a agenty“.

24. „Pojišťovací operace“ nejsou definovány ani v šesté směrnici o DPH, ani ve směrnících upravujících pojištění¹⁰. Soudní dvůr

25. Definice „pojišťovací operace“ je tedy dostatečně široká k tomu, aby zahrнула plnění poskytované osobou povinnou k dani, která sama není pojistitelem, *kteřá však využila služeb pojistitele*, který nesl pojistné riziko¹³.

26. Z výše uvedeného můžeme učinit závěr, že je nutno se zaměřit na povahu operace, a nikoli na osobu poskytující uvedenou operaci, což znamená, že osoba, která není pojišťovnou, může poskytovat pojišťovací služby.

27. SEB tvrdí, že tyto skutečnosti jsou v projednávané věci splněny a že uvedené operace by měly být považovány za osvobozené od daně podle čl. 13 části B písm. a) šesté směrnice o DPH.

9 — Rozsudek ze dne 19. dubna 2007, Velvet & Steel Immobilien, C-455/05, Sb. rozh. s. I-3225, bod 24, a usnesení ze dne 14. května 2008 ve spojených věcech C-231/07 a C-232/07, Tiercé Ladbroke, bod 24.

10 — Viz např. směrnice Rady 84/641/EHS ze dne 10. prosince 1984, kterou se mění první směrnice (73/239/EHS) o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přístupu k činnosti v přímém pojištění jiném než životním a jejího výkonu, a to zejména ve vztahu k asistenčním službám pro turisty (Úř. věst. 1984, L 339, s. 21; Zvl. vyd. 06/01, s. 109).

11 — Rozsudek ze dne 25. února 1999, CPP, C-349/96, Recueil, s. I-973.

12 — Rozsudek věci CPP, citovaný v poznámce pod čarou 11, bod 17. Poskytování služeb silniční pomoci, které se organizace zavazuje poskytnout svým účastníkům na základě zaplacení pevného ročního příspěvku bylo tedy považováno za pojišťovací operaci ve smyslu čl. 13 části B písm. a) šesté směrnice o DPH. Viz rozsudek ze dne 7. prosince 2006, Komise v. Řecko, C-13/06, Sb. rozh. 2006, s. I-11563.

13 — Rozsudek ve věci CPP, citovaný v poznámce pod čarou 12, bod 22.

28. Na druhé straně Skatteverket má za to, že pojišťovací operace vyžaduje prvek náhrady za ztrátu. Skatteverket se domnívá, že jelikož není v projednávaném případě poskytnuta náhrada za ztrátu, nemohou být dotyčné služby osvobozeny od daně na základě čl. 13 části B písm. a) šesté směrnice o DPH.

29. Prvek „ztráty“ byl zahrnut do definice pojišťovací operace podané generálním advokátem Fennelym ve věci CPP, avšak Soudní dvůr jej do rozsudku vydaného v uvedené věci nepřevzal¹⁴.

30. Podle mého názoru spočívá rozhodující rozdíl mezi pojišťovací operací a projednávaným případem v situaci nastalé poté, co se riziko uskuteční.

31. Pokud se riziko uskuteční, je jediným, co se v rámci pojišťovací operace vyžaduje, zaplacení dohodnuté částky nebo poskytnutí zvláštního plnění, jako je asistence pojištěné

osobě¹⁵ k ekonomické újmě pojistitele. Tím pojistitel nic nového nezíská¹⁶. K zisku dochází ve fázi před vznikem rizika.

32. Pokud se však v projednávaném případě riziko uskuteční, získá banka nárok na akcie za sjednanou cenu. To zahrnuje riziko poklesu hodnoty akcií a vznik finančních nákladů na nabytí. Takové situaci však nelze *a priori* připsat konečnou ztrátu. Tento rozdíl znamená, že se situace v projednávaném případě nepodobá pojišťovací operaci.

33. V důsledku toho nelze služby spočívající v poskytování záruk za upsání emise v projednávaném případě považovat za pojišťovací operaci ve smyslu čl. 13 části B písm. a) šesté směrnice o DPH.

14 — Stanovisko generálního advokáta Fennelyho ve věci CPP, citované v poznámce pod čarou 6, bod 34.

15 — Pokud jde o zvláštní plnění, viz například věc C-13/06, Komise v. Recko, citovaná v poznámce pod čarou 13.

16 — Poznámám, že u některých forem pojistných smluv může mít pojistitel právo na odkup poškozeného zboží, které je smlouvou pojištěno. Pojišťovna může například upřednostnit přijetí odepsaného vozidla a poskytnout pojištěné osobě náhradu jeho hodnoty, pokud je oprava poškozeného vozidla příliš nákladná. Podle mého názoru je takový postup směřující k omezení ztráty ze své povahy nejistý a je jako takový právně odlišný od závazku ručitele za upisování emisí koupit neupsané akcie za předem stanovenou cenu.

2. Poskytnutí úvěru a úvěrové záruky

34. Článek 13 část B písm. d) bod 1 a 2 šesté směrnice o DPH osvobozuje od daně „poskytnutí úvěru“ a „převzetí závazků“ ohledně ručení [úvěrových záruk] nebo jiných jistot a záruk.

35. SEB uvádí, že služby spočívající v zárukách za upsání emise, které poskytuje, mají být osvobozeny od daně podle těchto ustanovení, protože mají stejný cíl, jaký má záruka, a to získat určitou částku požadovaného kapitálu, a jelikož jsou s nimi spojena stejná rizika z hlediska věřitele nebo ručitele jako u poskytnutí úvěru.

36. Skatteverket je toho názoru, že situace v projednávaném případě nespadá pod uvedená ustanovení vzhledem k tomu, že je svou povahou odlišná. Podle jeho názoru se čl. 13 část B písm. d) bod 1 šesté směrnice o DPH obvykle vztahuje na půjčku nebo platbu, jejichž protiplnění tvoří úroky. Článek 13 část B písm. d) bod 2 šesté směrnice o DPH se podle něj týká pouze finančních závazků, které Skatteverket vykládá v tom smyslu, že se jedná o závazek zaplatit určitou částku peněz, jako je například vrácení peněz věřiteli. Skatteverket má za to, že v projednávaném případě jde o víc než pouhý závazek zaplatit určitou částku peněz, a nejedná se proto o finanční závazek ve smyslu šesté směrnice o DPH.

37. Pokud jde o čl. 13 část B písm. d) bod 1 šesté směrnice o DPH, Soudní dvůr výslovně rozhodl, že uvedený článek není omezen na půjčky nebo úvěry poskytované bankovními a finančními institucemi¹⁷. Dále uvedl, že uvedená definice je natolik široká, že se vztahuje i na úvěr poskytnutý dodavatelem zboží ve formě odkladu platby¹⁸.

38. Podle mého názoru není situace v projednávané věci případem poskytnutí úvěru, protože povaha dané operace je rozdílná.

39. Je-li úvěr poskytnut, očekává poskytovatel vrácení peněz, které půjčil, spolu s úroky z peněžní částky. V situaci, která je předmětem projednávané věci, neposkytuje banka dané společnosti žádné peněžní prostředky, jestliže se riziko neuskuteční. V případě, že se riziko uskuteční, jistě nevyžaduje vrácení peněz, které poskytla, nebo úroky. Pouze uhradí platbu za akcie, které získá a jež pak sama prodá, aby získala zpět vynaložené peněžní prostředky¹⁹. Právě tato vzájemná výměna akcií za peníze způsobuje podstatný rozdíl v povaze dané služby ve srovnání s poskytnutím úvěru.

17 — Rozsudek ve věci SDC, citovaný v poznámce pod čarou 6, bod 34.

18 — Rozsudek ve věci SDC, citovaný v poznámce pod čarou 6, bod 34.

19 — Při jednání SEB uvedla, že právně je ručitel za upisování emisí povinen prodat akcie nabyté v rámci poskytnutí služby spočívající v záruce za upsání co nejdříve, třebaže bez ztráty.

40. Pokud jde o čl. 13 část B písm. d) bod 2 šesté směrnice o DPH, existují mezi jednotlivými jazykovými verzemi uvedeného ustanovení určité odlišnosti. Anglická verze šesté směrnice o DPH uvádí „*credit guarantees*“, zatímco francouzské znění je pojato širě a odkazuje pouze na záruky²⁰. V důsledku toho je třeba se pro bližší určení významu zabývat kontextem, v němž se tento výraz vyskytuje, přičemž je nutné zohlednit systematiku šesté směrnice o DPH²¹.

41. *Travaux préparatoires* neosvětlují nijak otázku, která z jazykových verzí lépe naplňuje cíl uvedeného ustanovení. Návrh šesté směrnice o DPH pouze uvádí, že ostatní výjimky stanovené v části B se týkají specifických oblastí, jako je pojištění, poskytnutí úvěru a obchody s měnami a na burze, pokud jsou odůvodněny obecnou politikou společnou všem členským státům²². Článek 13 část B písm. d) bod 2 byl do šesté směrnice o DPH přijat, aniž byl zmíněn v návrhu nebo v jakémkoli pozměňovacím návrhu.

42. Navzdory tomu nevidím důvod, proč omezovat čl. 13 část B písm. d) bod 2 šesté směrnice o DPH pouze na úvěrové záruky. Článek 13 část B písm. d) šesté směrnice o DPH se vztahuje na bankovní a finanční služby a osvobozuje od daně téměř všechny činnosti institucí, které takové služby poskytují. Jelikož tyto instituce mohou poskytovat jak úvěrové záruky, tak i záruky v širším smyslu, měl by být čl. 13 část B písm. d) bod 2 šesté směrnice o DPH vykládán širě. Úvěrové záruky uvedené v anglickém znění jsou pouhým příkladem nebo typem všeobecnějšího pojmu „jiné jistoty a záruky“, který je v tomto článku také uveden²³. Uvedený závěr se nezmění jen proto, že dotyčné ustanovení upravuje osvobození od daně, a musí být proto vykládáno striktně, jelikož striktně neznamená nutně restriktivně²⁴.

43. Případná široká povaha takového výkladu naráží na meze, které uvedenému ustanovení vymezila judikatura Soudního dvora. Podle uvedené judikatury platí, že k tomu, aby byla poskytovaná služba kvalifikována jako operace osvobozená od daně, musí tvořit samostatnou skupinu posuzovanou jako celek, jejímž účelem je plnění specifických a podstatných funkcí služby popsané v uvedeném ustanovení²⁵.

20 — Švédská, finská, slovinšská a estonská verze vychází z anglického znění, zatímco španělská, německá, portugalská a dánská verze vychází ze znění francouzského.

21 — Viz obdobně rozsudek ve věci SDC, citovaný v poznámce pod čarou 6, bod 22 a judikatura v něm uvedená.

22 — Návrh Šesté směrnice Rady o harmonizaci právních předpisů členských států týkajících se daní z obratu, Společný systém daně z přidané hodnoty: jednotný základ daně (předložený Radě Komisí dne 29. června 1973), Bulletin Evropských společenství, doplněk 11/73, s. 15.

23 — Viz Terra, B. a Kajus, J., *A guide to the European VAT directives* (Cd Rom) (Průvodce k evropským směrnicím o DPH), IBFD, 2004, 9.3.2.2. „Credit Guarantees or any other security for money“ (Úvěrové záruky nebo jiné jistoty a záruky).

24 — Generální advokát Jacobs ve svém stanovisku ze dne 13. prosince 2001 k věci C-267/00, *Zoological Society of London*, Recueil, s. I-3353, bod 19.

25 — Viz rozsudek ve věci *Swiss Re Germany Holding*, citovaný v poznámce pod čarou 7, bod 45 a v něm citované případy.

To znamená, že tato služba musí jako celek spadat do oblasti finančních operací²⁶.

44. Vystává proto otázka, zda přijetí závazku k upsání neprodaných akcií, které jsou poprvé emitovány, spadá jako celek do oblasti finančních operací.

45. Soudní dvůr dosud neposkytl vodítko ohledně toho, co přesně představuje finanční operace. V rozsudku *Velvet & Steel* rozhodl, že přijetí závazku opravení budovy nepředstavuje svojí povahou finanční operaci. V rozsudku *Tiercé Ladbroke and Derby* měl za to, že přijímání sázek na účet mandanta, jenž vykonává činnost související s přijímáním sázek, není finanční operací. Konečně v rozsudku *Swiss Re* nebylo finanční operací shledáno postoupení souboru smluv o životním zajištění²⁷.

46. Vymezení toho, co představuje finanční operaci, by mělo být posuzováno z hlediska ekonomického kontextu operace. Zatímco ve

věci *Velvet & Steel* operace do oblasti finančních trhů nespádala, poskytování služeb spočívajících v záruce za upsání emise v projednávaném případě do této oblasti jasně spadá. Tento názor lze podpořit směrnicí 2004/39/ES o trzích finančních nástrojů, která upsání emise definuje jako investiční službu pro účely uvedené směrnice²⁸. Podle mého názoru musí být operace prováděné finanční institucí související s korporátním financováním považovány za operace, které spadají do oblasti finančních operací, s možnou výjimkou doplňkových služeb, jež mohou být poskytovány také subjekty mimo finanční sféru, jako je propagace či právní poradenství. Služba spočívající v poskytování záruk za upsání emise spadá jako taková do oblasti finančních operací.

47. Dále je nutno posoudit, zda služba spočívající v poskytování záruk za upsání emise splňuje podmínky záruky. Uvedený pojem není ve směrnici definován a nezabýval se jím dosud ani Soudní dvůr ve své judikatuře.

48. Podle mého názoru je záruka hlavně zajištěním toho, že v případě nesplnění závazku jiným poskytne osoba v postavení ručitele nezbytné plnění, obvykle úhradu peněžní částky, kterou účastník, jenž závazek nesplnil, neprovedl. Záruky mohou být také samostatné,

26 — Rozsudky *Velvet & Steel Immobilien*, citovaný v poznámce pod čarou 9, bod 22; *Tiercé Ladbroke*, citovaný v poznámce pod čarou 9, bod 17, a v nich citovaná judikatura.

27 — Rozsudek ve věci *Swiss Re Germany Holding*, citovaný v poznámce pod čarou 7, bod 48.

28 — Příloha I, oddíl A, bod 6 směrnice 2004/39..

tedy nezávislé na plnění druhého účastníka, jako například záruky za ekonomický výsledek projektu („záruky, že nedojde ke ztrátě“). Takové záruky jsou však na okraji významu, jaký uvedený pojem má.

3. Operace s akciemi

49. V projednávaném případě není žádný konkrétní „druhý účastník“, který by mohl být identifikován jako subjekt, za který se zaručila SEB, i když se záruka zjevně vztahuje na situace, kdy původní slib upsat akcie žádný investor nedodržel. Tím, kdo závazek neplní, je trh jako takový. Podle mého názoru nemůže být pojem „záruka“ uvedený v čl. 13 části B písm. d) bodu 2 šesté směrnice o DPH rozšířen tak, aby takové situace zahrnoval.

50. Domnívám se tedy, že služby spočívající v poskytnutí záruky za upsání emise popsané v tomto případě nespádají pod čl. 13 část B písm. d) body 1 a 2 šesté směrnice o DPH a nelze je na základě tohoto ustanovení osvobodit od daně.

51. Konečně, podle čl. 13 části B písm. d) bodu 5 šesté směrnice o DPH osvobodí členské státy od daně operace s akciemi. Význam „operace s akciemi“ byl dosud vyložen ve třech případech²⁹, z nichž je nejasné, jaký test je konkrétně nutno provést k rozlišení, zda určitá operace spadá pod pojem „operace s akciemi“. Zprv, v rozsudku SDC Soudní dvůr uvedl ohledně operací s cennými papíry, že úkony by měly měnit právní a finanční postavení mezi účastníky právního vztahu³⁰. Následně rozhodl Soudní dvůr ve věci CSC Financial Services ohledně operací s akciemi, kde záměrně aplikoval obdobně test uvedený v rozsudku SDC, že operace musí *být s to působit* vznik, změnu či zánik práv a povinností účastníků právního vztahu ve vztahu k cenným papírům³¹. Konečně ve věci AB SKF

29 — Rozsudky ze dne 29. října 2009, AB SKF, C-29/08, Sb. rozh. I-10413; ze dne 13. prosince 2001, CSC Financial Services, C-235/00, Recueil, s. I-10237, a rozsudek SDC, citovaný v poznámce pod čarou 6.

30 — V rozsudku SDC Soudní dvůr analyzoval operace, týkající se převodů ve smyslu čl. 13 části B písm. d) bodu 5 šesté směrnice o DPH, a rozhodl, že operace s akciemi zahrnují operace na trhu s obchodovatelnými cennými papíry, a že obchod s cennými papíry zahrnuje úkony, které mění právní a finanční postavení mezi účastníky právního vztahu. Viz rozsudek ve věci SDC, body 72 až 73.

31 — Viz věc CSC Financial Services, citovaná v poznámce pod čarou 29, bod 33. Generální advokát Colomer v této věci vyjasnil (a to v bodě 29 svého stanoviska), že k tomu dojde tehdy, když má operace přímý vliv na právní vztah vtělený do cenného papíru, a může mít dopad na jeho obsah. Jako příklady uvedl emisi, převod, indosament, platbu a splacení cenných papírů.

odkázal Soudní dvůr na obě tyto věci a uvedl, že prodej akcií mění právní a finanční postavení účastníků operace, a mohlo se na něj proto vztahovat osvobození od daně uvedené v čl. 13 části B písm. d) bodu 5 šesté směrnice o DPH³².

52. Podle mého názoru je test uvedený v rozsudku CSC Financial Services lépe přizpůsoben k vyjádření komerční a ekonomické reality operací s akcemi, protože operace na primárním trhu jsou vždy potenciální v tom smyslu, že akcie legálně vzniknou až na konci emise.

53. Podle testu uvedeného v rozsudku CSC Financial Services nemusí změna skutečně nastat, ale operace musí *být s to působit* změnu právního vztahu. Proto je skutečnost, že by SEB *mohla být* vyzvána, aby akcie nabyla, pokud nebudou upsány, k projití testem postačující, a spadá tedy pod osvobození od daně ve smyslu čl. 13 části B písm. d) bodu 5 šesté směrnice o DPH.

54. Jestliže se Soudní dvůr rozhodne nepoužít test uvedený v rozsudku CSC Financial Services a bude mít za to, že operace musí měnit finanční a právní vztah mezi účastníky, stane se hlavní otázkou to, zda lze tvrdit, že k takové změně došlo, i kdyby mohlo dojít k situaci, že by banka nemusela akcie skutečně nabýt.

55. Podle mého názoru k takové změně dochází, protože změna právní a finanční situace musí být chápána široce, tak aby zahrnovala operace, které představují zdroje závazků v právu³³.

56. V projednávaném případě je právní závazek uložen SEB v okamžiku, kdy poskytuje službu spočívající v záruce za upsání emise, což je okamžik slibu akcie zakoupit. Tento závazek mění právní postavení mezi účastníky, jelikož v případě, že daná situace nastane a SEB odmítne akcie koupit, bude mít společnost vydávající akcie vůči ní platný nárok. To také pozměňuje finanční situaci mezi účastníky, protože SEB musí zajistit, aby měla dostatek finančních prostředků k nákupu akcií,

32 — Rozsudek citovaný v poznámce pod čarou 29, bod 50.

33 — V tomto ohledu souhlasím s definicí uvedenou generálním advokátem Colomerem ve věci CSC Financial Services, uvedeně v poznámce pod čarou 29, bod 23.

pokud by měla daná situace nastat³⁴. Postavení SEB tedy v důsledku toho, že společnosti vydávající akcie poskytuje služby spočívající v záruce za upsání emise, doznalo nepochybně změn.

57. Dále je nutno uvést, že z hlediska daňové neutrality je vhodné nahlížet na služby spočívající v záruce za upsání emise jako na operace s akciemi, tak jak to podle všeho činí většina členských států. Stejného výsledku, tedy osvobození od DPH, může být dosaženo různými prostředky. Společnost může získat kapitál prostřednictvím akcií dvěma způsoby: i) emisí akcií zaměřenou na banku, přičemž se její provize zohlední v dohodnuté ceně za upsání, nebo ii) (jako je tomu v projednávaném případě) emisí akcií na trhu, přičemž banka poskytne záruku, že nakoupí veškeré akcie, které nebudou prodány či upsány. První z těchto případů nebude podléhat DPH, neboť nebude spadat do působnosti šesté směrnice o DPH³⁵. Pokud by se s oběma těmito situacemi zacházelo odlišně, bylo by to v rozporu se zásadou daňové neutrality, jejíž ochrana je účelem šesté směrnice o DPH. Toto je tedy dalším důvodem, proč by měly být služby spočívající v poskytování záruk za upsání emise považovány za osvobozené od daně podle čl. 13 části B písm. d) bodu 5) šesté směrnice o DPH.

58. SEB tvrdila, že se projednávaný případ podobá prodeji prodejních opcí na sekundárním trhu. Podle mého názoru tomu tak však není, neboť čl. 3 odst. 1 nařízení č. 1777/2005³⁶ stanoví, že

„[p]rodej opce, jde-li o plnění v rámci působnosti čl. 13 části B písm. d) bodu 5 směrnice 77/388/EHS, je poskytováním služeb ve smyslu čl. 6 odst. 1 uvedené směrnice. Toto poskytování služeb je oddělené od základních plnění, se kterými tyto služby souvisí.“

Osvobození záruk za upsání emise od daně se tedy nemůže zakládat na jejich podobě s prodejními opcemi na akcie, protože prodej prodejních opcí spadá do působnosti šesté směrnice o DPH, zatímco prodeje akcií nikoli.

59. V důsledku toho představuje poskytnutí záruky za upsání emise operaci s akciemi, a je proto osvobozeno od DPH podle čl. 13 části B písm. d) bodu 5 šesté směrnice o DPH.

34 — Viz příloha I, bod 41 směrnice 2006/49, uvedená v poznámce pod čarou 5.

35 — Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 26. května 2005, Kretztechnik AG, C-465/03, Sb. rozh. 2005, s. I-4357. Jak správně uvedlo Irsko, řada, ne-li většina, operací uvedených v čl. 13 části B šesté směrnice o DPH nespadá do její působnosti, jelikož nesplňují požadavky čl. 2 odst. 1 šesté směrnice o DPH. Skutečnost, že jsou zmíněny v čl. 13 části B šesté směrnice o DPH, tedy nemá na tyto operace žádný vliv.

36 — Nařízení Rady (ES) č. 1777/2005 ze dne 17. října 2005, kterým se stanoví prováděcí opatření ke směrnici 77/388/EHS o společném systému daně z přidané hodnoty (Úř. věst. 2005, L 288, s. 1). Toto nařízení se z důvodu časové působnosti v tomto případě samozřejmě nepoužije.

IV – Závěry

60. Na základě těchto důvodů navrhuji, aby Soudní dvůr odpověděl takto:

„Osvobození od daně, upravené v čl. 13 části B písm. d) bodu 5 Šesté směrnice Rady 77/388/EHS ze dne 17. května 1977 o harmonizaci právních předpisů členských států týkajících se daní z obratu – Společný systém daně z přidané hodnoty: jednotný základ daně, je třeba vykládat v tom smyslu, že zahrnuje služby spočívající v poskytování záruk za upsání emise (tzv. underwriting), kdy úvěrová instituce poskytuje za protiplnění záruku společnosti, která hodlá vydat akcie, s tím, že tato záruka zahrnuje závazek úvěrové instituce koupit veškeré akcie, které nejsou ve stanovené lhůtě upsány.“