

Zápis z jednání Koordinačního výboru s Komorou daňových poradců ČR ze dne 26.2.2014

UZAVŘENÉ PŘÍSPĚVKY ke dni 26.2.2014

- seznam -

DPH

414/13.11.13 Služby spojené s pojištěním nebo zajištěním 2

Předkládá: JUDr. Ing. Martin Kopecký

PŘÍSPĚVEK JE UZAVŘEN S ROZPOREM

Daň z příjmů

422/26.02.14 Klasifikace příjmů z derivátů podle příslušného článku SZDZ 11

Předkládá: Zenon Folwarczny

423/26.02.14 Vymezení stejné činnosti pro účely převzetí daňových ztrát při přeměnách podle § 38na odst. 4 a 5 zákona o daních z příjmů 13

Předkládá: Ing. Zdeněk Urban

Ing. Mgr. Václav Pačesný

ODLOŽENÉ PŘÍSPĚVKY

- seznam -

Daň z příjmů

411/13.11.13 Problematika zatřídění kogeneračních jednotek pro účely daně z příjmů

Předkládá: Ing. Jana Pytelková Svobodová,
Ing. Petr Toman

415/18.12.13 Výklad některých základních ustanovení novely zákona o daních z příjmů a zákona o dani z nabytí nemovitých věcí s ohledem na daňový režim svěrenských fondů

Předkládá: Bc. René Kulínský,
Ing. Jiří Nesrovnal

Mgr. Simona Hornochová (v době předložení příspěvku daňový poradce, číslo osvědčení 2550)

421/26.02.14 Výklad pojmu svěrenský fond ve vztahu k zahraničním srovnatelným jednotkám

Předkládá: Zenon Folwarczny

UZAVŘENÉ PŘÍSPĚVKY

DPH

414/13.11.13 Služby spojené s pojištěním nebo zajištěním

Předkládá: Martin Kopecký, daňový poradce, číslo osvědčení 3826

PŘÍSPĚVEK JE UZAVŘEN S ROZPOREM

Cílem tohoto příspěvku je vyjasnění rozsahu činností, které lze ve smyslu § 55 zákona č. 235/2004 Sb., o DPH („ZDPH“), považovat za poskytování pojištění nebo za služby související s pojištěním poskytované osobami zprostředkovávajícími pojištění, a které jsou z tohoto titulu osvobozeny od DPH.

Popis problému

ZDPH neobsahuje vlastní definici pojištění ani služeb souvisejících s pojištěním poskytovaných osobami zprostředkovávajícími pojištění. Stejně tak není obsažena definice pojišťovací činnosti ani ve Směrnici¹, která v čl. 135 odst. 1 písm. a) pouze stanoví, že členské státy osvobodí od daně pojišťovací činnost včetně souvisejících služeb poskytovaných pojišťovacími makléři a pojišťovacími agenty.

Pro interpretaci ZDPH lze podpůrně použít stanovisko Generálního finančního ředitelství², které se zabývá rozsahem definice služeb souvisejících s pojištěním dle § 55 ZDPH pro účely osvobození od daně. Z tohoto stanoviska vyplývá, že k výkladu uvedené definice je nutno přistoupit ve světle judikatury SDEU, nikoliv odkazem na vnitrostátní úpravu v oblasti pojištění a jeho zprostředkování, neboť pojmy práva společenství je třeba vykládat jednotně, včetně pojmů týkajících se osvobození od DPH (viz též bod 14 rozhodnutí SDEU C-68/92 Komise vs. Francie, bod 23 rozhodnutí C-240/99 Skandia, bod 25 rozhodnutí C-472/03 Arthur Andersen).

Podle výkladu GFŘ služby související s pojištěním, na které se vztahuje osvobození od DPH, svým obsahem odpovídají činnostem spočívajícím ve zprostředkovatelské činnosti v pojišťovnictví ve smyslu zákona č. 38/2004 Sb., o pojišťovacích zprostředkovatelích a samostatných likvidátorech pojistných událostí. Podle § 3 písm. a) zákona č. 38/2004 Sb., se zprostředkovatelskou činností rozumí:

- předkládání návrhů na uzavření pojistných smluv nebo zajišťovacích smluv,
- provádění přípravných prací směřujících k uzavření pojistných nebo zajišťovacích smluv,
- uzavírání pojistných nebo zajišťovacích smluv jménem a na účet poskytovatele pojištění či zajištění,
- pomoc při správě pojištění a vyřizování nároků z pojistných či zajišťovacích smluv.

V praxi se vyskytují situace, kdy nelze jednoznačně stanovit, zda vztah k pojistné činnosti je natolik blízký, že ho lze podřadit pod činnosti dle § 3 písm. a) zákona č.

¹ Směrnice Rady 2006/112/ES o společném systému daně z přidané hodnoty

² Informace GFŘ ze dne 14.5.2013 k uplatnění DPH u pojišťovacích činností čj. 22526/13/7001-21000-011695

38/2004 Sb. Tyto situace lze obecně popsat jako činnost „organizátora pojištění“ (situace 1) nebo „analytika pojištění“ (situace 2).

Situace 1 – Organizátor pojištění

Tento případ se týká situace, kdy určitá osoba (organizátor pojištění), která sama nemá oprávnění vykonávat činnost pojišťovny ani činnost pojistného zprostředkovatele podle zákona č. 38/2004 Sb., vypracuje pojistné schéma a provádí následnou koordinaci mezi pojišťovnou, pojistnými zprostředkovateli a pojištěnými osobami jako konečnými zákazníky pojištění.

To znamená, že organizátor pojištění sám nebo na základě podnětu jiné osoby:

- a) najde určité pojistitelné riziko (např. riziko ztráty, poruchy, zničení nebo poškození vlivem přírodní pohromy),
- b) najde okruh možných pojištěných osob (pojistníkem a pojištěným mohou být odlišné osoby),
- c) najde okruh možných pojistných zprostředkovatelů (např. prodávající určitého zboží nebo služby),
- d) najde okruh možných pojišťoven pro oslovení ke vstupu do pojistného schématu,
- e) vypracuje vzorové pojistné podmínky, vč. kalkulace pojistného, způsobu plateb pojistného a pojistných výluk,
- f) na základě jednání vybere vhodnou pojišťovnu a vhodné pojistné zprostředkovatele, se kterými sjedná konečné znění pojistných podmínek pro pojišťovnu, pojistné zprostředkovatele a pojistníky,
- g) zajistí propagaci pojištění,
- h) následně koordinuje realizaci pojištění, včetně jednání o změnách podmínek pojištění pro pojišťovnu, pojistné zprostředkovatele a budoucí pojistníky.

Protože organizátor pojištění nemusí být nutně oprávněn působit jako pojišťovna nebo pojistný zprostředkovatel a nemusí mít na realizaci pojištění potřebné personální ani technické vybavení, na samotné realizaci pojištění se přímo nepodílí, tzn., že nesjednává jménem pojišťovny pojistné smlouvy s pojištěnými, nevybírá pojistné ani neprovádí likvidaci pojistných událostí vč. výplaty pojistného plnění. Nicméně jeho role pro celé pojistné schéma je zásadní a životně nezbytná, protože bez jeho činnosti by pojištění nemohlo fungovat.

Organizátorovi náleží odměna za vývoj pojistného produktu a za následnou koordinaci mezi osobami přímo zúčastněnými na pojistném vztahu. Rovněž tak organizátor průběžně analyzuje realizované pojistné schéma a provádí úpravu parametrů (např. pojistné výluky, výše pojistného, spoluúčast).

V praxi existují dvě možná schémata:

- I. Organizátor nese hlavní ekonomické riziko z pojistného produktu
- II. Organizátor nenese hlavní ekonomické riziko z pojistného produktu

Ad I.) Organizátor nese hlavní ekonomické riziko z pojistného produktu

Pokud organizátor pojištění nese hlavní obchodní riziko z celého pojistného produktu, pak vybrané pojistné snížené o (i) vyplacená pojistná plnění, (ii) provizi pojišťovně, (iii) provize za zprostředkování prodeje, a (iv) náklady na likvidaci a administraci, připadá organizátorovi pojištění. Tato situace je obvyklé zejména v případě, kdy organizátor pojištění sám inicializuje vznik pojistného schématu.

Podle názoru předkladatele lze činnost organizátora pojištění považovat za provádění přípravných prací směřujících k uzavření pojistných nebo zajišťovacích smluv, neboť činnost organizátora pojistného schématu je nezbytná pro následné uzavření prováděcích pojistných a zprostředkovatelských smluv. Pokud navíc rozdíl mezi vybraným pojistným a souvisejícími náklady nenese finálně pojišťovna, ale organizátor pojištění jako svoji ztrátu (resp. jako svůj zisk, jeli-tento rozdíl kladný), pak se fakticky ekonomické riziko pojištění z pojišťovny přesouvá na organizátora, neboť ten nese finální ekonomické riziko z pojistného produktu, a tento organizátor tak fakticky poskytuje pojištění. Navíc je role organizátora při zprostředkování pojistného vztahu mezi pojišťovnou, pojistným zprostředkovatelem a pojistníkem pro existenci pojistného vztahu nezbytná.

Podle SDEU nezbytnou náležitostí „pojištění“, tak jak je obecně chápáno, je, že pojistitel se zaváže oplátkou za předem placené pojistné poskytnout pojistné plnění v případě, že pojištěné riziko skutečně nastane, spolu s dalšími službami dle pojistné smlouvy (bod 17 rozhodnutí C-349/96 Card Protection Plan). Toto schéma se však vztahuje na „klasické“ pojištění, kdy hlavní pojistné i obchodní riziko nese pojišťovna. Pokud však má pojišťovna pouze formální postavení a v celém schématu je pouze z důvodů veřejnoprávní regulace, pak se ekonomické riziko z pojištění přesouvá na organizátora, který fakticky vykonává pojistnou činnost³.

Pro účely uplatnění osvobození od DPH není podstatné, zda organizátor pojištění je registrován u ČNB ve smyslu zákona č. 38/2004 Sb. Navíc činnost organizátora je pro samotnou existenci pojistného vztahu nezbytná a zásadní. Je zde tedy velmi jasný vztah k související existenci smluvního vztahu mezi pojišťovnou jako formálním poskytovatelem pojišťovacích služeb a osobou, jejíž rizika jsou pokryta jištěním (bod 35 rozhodnutí C 242/08 Swiss Re).

Činnost organizátora pojištění, pokud nese hlavní ekonomické riziko z pojištění, lze podle názoru předkladatele považovat za pojišťovací činnost, byť nejde o pojišťovací činnost podle zákona č. 277/2009 Sb., o pojišťovnictví, resp. směrnice Rady 73/239/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přístupu k

³ Předkladatel odkazuje též na rozhodnutí anglického Odvolacího soudu ve věci Insurancewide.com Services Ltd a Trader Media Group Ltd (případ č. A3/2009/1300). V tomto případě soud konstatoval, že pro uplatnění osvobození od DPH u služeb zprostředkování pojištění není podstatné, že se zprostředkování netýká samotné pojistné smlouvy, ale zásadní je, zda role zprostředkovatele je nezbytná v celém řetězci zprostředkování.

činnosti v přímém pojištění jiném než životním a jejího výkonu, a jeho odměna je proto osvobozena od DPH ve smyslu § 55 písm. a) ZDPH.

Ad II.) Organizátor nenese hlavní ekonomické riziko z pojistného produktu

Pojistné schéma může iniciovat i jiná osoba, např. prodejce určitého zboží chce svým zákazníkům nabízet i související pojištění. V takovém případě se prodejce (který následně bude vystupovat jako pojistný zprostředkovatel) dohodne s organizátorem, aby našel vhodnou pojišťovnu a sestavil vhodné pojistné podmínky. Organizátor v takovém případě obvykle nenese hlavní ekonomické riziko pojištění, tzn. rozdíl mezi vybraným pojistných a souvisejícími náklady vč. vyplaceného plnění náleží pojišťovně nebo prodávajícímu. I v tomto případě organizátor vykonává pojišťovací činnost, neboť jeho činnost je pro celý řetězec mezi pojišťovnou, pojistným zprostředkovatelem a pojistníkem nezbytná a zásadní.

Pokud jde o definici služeb souvisejících s pojištěním, jediným vodítkem je příslušná judikatura SDEU. SDEU vyslovil názor, že výraz „pojišťovací transakce“ je principiálně dostatečně široká, aby zahrnovala poskytnutí pojistného plnění osobou podléhající dani, která osobně není pojistitelem, ale ve smyslu blokové pojistky, zajišťuje takové krytí pro své zákazníky prostřednictvím plnění poskytovaného pojistitelem, který nese pojistné riziko (bod 22 rozhodnutí SDEU C-349/96 Card Protection Plan).

Rovněž tak SDEU konstatoval, že v zájmu zachování neutrality daně mají být stejně transakce zdaňovány stejně bez ohledu na to, zda jsou uskutečňovány osobou oprávněnou provozovat takovou činnost či nikoliv (body 30 -38 rozhodnutí SDEU C-2/95 SDC). Pro účely správného uplatnění DPH u předmětné transakce by proto nemělo být rozhodující, zda organizátor sám je oprávněn provozovat pojišťovací činnost podle § 3 zákona č. 363/1999 Sb., o pojišťovnictví, popř. činnost pojistného zprostředkovatele podle zákona č. 38/2004 Sb.

Protože činnost organizátora pojištění je činností, kterou obvykle vykonává pojišťovna sama, bylo by uplatnění DPH na činnost organizátora v rozporu s principem fiskální neutrality (rozhodnutí SDEU C-155/01 Cookies World). Podle tohoto principu má být zdanění proporcionální k ceně služby bez ohledu na počet transakcí v distribučním řetězci.

Závěr č. 1

Podle názoru předkladatele lze osvobození u pojišťovací a zajišťovací činnosti podle § 55 ZDPH uplatnit i u činnosti **plánování, organizace a koordinace pojistného plánu**, i když samotná realizace je prováděna prostřednictvím třetích osob, které jsou k tomu kvalifikovány a oprávněny. Pro účely uplatnění osvobození není podstatné, zda organizátor pojištění nese hlavní ekonomické riziko z pojišťovacího schématu a zda pojistné schéma plánuje, organizuje a koordinuje sám ze své vůle nebo jako zástupce jiné osoby.

Situace 2 – Analytik pojištění

Opakem první situace jsou vedlejší služby, které jsou poskytovány samostatně a které přímo souvisí s poskytovaným pojištěním. Výklad GŘ obsahuje pouze velmi

omezený okruh modelových případů, ze kterých nelze ani odvozeně usuzovat na režim DPH u jiných, v praxi běžných činností.

Předmětem služeb, které „analytik pojištění“ vykonává pro pojišťovnu, je analýza stávajícího pojištění a příprava návrhů pro úpravu pojistných podmínek. Obvykle jde o soubor následujících činností:

- i. Rozhodování o uzavření konkrétního pojištění jménem pojišťovny na základě zhodnocení rizika
- ii. Přiřazování jednotlivých pojistných programů k jednotlivým situacím, pojištěným osobám nebo rizikům
- iii. Vedení statistiky vybraného pojistného a souvisejících pojistných plnění podle parametrů určených pojistitelem a sledování ziskovosti s návrhy na úpravu výše pojistného, výše pojistného plnění, výše spoluúčasti, rozsahu pojistných výluk
- iv. Příprava podkladů na úpravu pojistných podmínek
- v. Správa a kontrola toho, zda pojistný zprostředkovatel, který vybírá pojistné, udržuje správnou výši fondu tvořeného z pojistného ve výši a formě dle zákona č. 38/2004 Sb.
- vi. Namátková kontrola správnosti uzavíraných pojistných smluv ve vztahu k formálním i obsahovým požadavkům (správná identifikace stran, správný pojistný program, správná výše pojistného a ostatních pojistných podmínek)
- vii. Namátková kontrola stavu pojištěných věcí před uzavřením pojištění pro zabránění pojistných podvodů
- viii. Koordinace při uplatnění pojistné události mezi pojištěným (poškozeným), pojišťovnou, likvidátorem, popř. též smluvním partnerem (lékař, servis, atd.).

Podle názoru předkladatele pokud budou všechny výše uvedené služby poskytovány jako celek, pak je lze považovat za pomoc při správě pojištění a vyřizování nároků z pojistných či zajišťovacích smluv, neboť jde o služby nezbytné k řádnému zabezpečení pojistného vztahu a objektivně tvoří jediné nerozdělitelné hospodářské plnění, jehož rozdělení by bylo umělé.

Podle judikatury SDEU platí, že pokud je plnění tvořeno souborem dílčích plnění a úkonů, je třeba vzít v úvahu všechny okolnosti, za kterých došlo k dotčenému plnění, za účelem určení toho, zda se jedná o dvě nebo několik odlišných plnění, nebo o jediné plnění (rozsudky Levob Verzekeringen a OV Bank, C-41/04, a Bog a další, C-497/09, C-499/09, C-501/09 a C-502/09).

Tyto služby jako celek představují službu související s pojištěním poskytovanou osobou zprostředkovávající pojištění a proto jde o službu osvobozenou od DPH ve smyslu § 55 písm. c) ZDPH. V praxi takováto osoba bude povinna se registrovat jako zprostředkovatel podle zákona č. 38/2004 Sb., i když tato registrace sama o sobě není důvodem pro uplatnění osvobození od DPH podle ZDPH.

Pokud by osoba povinná k dani vykonávala pouze některé z výše uvedených činností, zejména pokud by tyto činnosti měly pouze administrativní charakter bez vztahu ke konkrétní pojišťovací činnosti, pak by nešlo o pomoc při správě pojištění a osvobození od DPH by nebylo možné uplatnit.

Podle SDEU zásadním aspektem činnosti pojišťovacího agenta pro účely osvobození od DPH ve smyslu čl. 135 Směrnice (resp. čl. 13 B písm. a) Šesté směrnice o DPH) je hledání zákazníků (pojistníků) a jejich spojení s pojistitelem (bod 36 rozsudku C-

472/03 Arthur Andersen). SDEU také uvedl, které činnosti nepovažuje za činnosti související s pojištěním a které proto nejsou osvobozené od DPH (bod 33 rozsudku C-472/03 Arthur Andersen). Těmito činnostmi jsou tzv. „back office“ služby, které nemají k provádění pojistné činnosti žádný přímý vztah, a zahrnují např.:

- vyřizování žádostí o uzavření pojištění,
- hodnocení pojistného rizika,
- posouzení nezbytnosti lékařské prohlídky,
- rozhodnutí o schválení pojistného rizika, pokud se taková prohlídka nejeví jako nezbytná,
- vydávání, spravování a rušení pojistek, jakož i provádění tarifních a smluvních změn,
- inkaso pojistného, správa pojistných událostí,
- stanovení a placení provizí pojišťovacím agentům a zajištění trvalých kontaktů s nimi,
- řešení aspektů týkajících se zajištění a poskytování informací pojistníkům, jakož i pojišťovacím agentům i ostatním zúčastněným subjektům, jako jsou daňové orgány.

Charakteristikou výše uvedených služeb tzv. „back-office“ je, že jde o činnosti administrativního charakteru podle předem stanovených norem a postupů, přičemž poskytovatel těchto služeb sám nemá možnost volit způsob, jakým tyto služby bude poskytovat. Jde o činnost do velké míry „mechanickou“ a přímo závislou na zadavateli, kdy poskytovatel služby sice může formálně rozhodovat např. o schválení rizika, ale používá k tomu standardizovanou metodiku, která detailně určuje tento postup. I když to SDEU výslovně neuvedl jako jeden z důvodů pro své rozhodnutí, jeví se pro služby „back-office“ typické, že odměna je stanovena buď fixně nebo na základě počtu uzavřených či spravovaných smluv; v posuzovaném případě byla odměna vypočtena v závislosti na portfoliu pojištění a inkasu pojistného, přičemž byla stanovena minimální odměna (bod 12 rozsudku C-472/03 Arthur Andersen).

Předmětem příspěvku je však situace, kdy poskytovatel sám má dostatečně širokou samostatnou pravomoc rozhodovat jménem pojišťovny o tom, zda pojištění bude konkrétním zprostředkovatelem uzavřeno, popř. který pojistný produkt má být pojistitelovi nabídnut.

Navíc součástí služeb jsou analytické služby, týkající se návrhů na úpravu pojistných podmínek, a to jak z hlediska finančních (výše pojistného, platba pojistného výše krytí, výše spoluúčasti), tak obchodních (rozsah pojištění, druhy pojistných produktů, rozsah pojistných výluk).

Dále je u těchto služeb typické, že jejich poskytovatel nese ekonomické riziko, neboť jeho odměna není určena pevnou částkou nebo procentem z vybraného pojistného, ale jako podíl na celkovém zisku z pojištění, neboť tento zisk do jisté míry závisí i na kvalitě poskytovaných služeb. Jedná se tedy o službu s částečným rizikem ve smyslu pokynu GFR⁴.

Závěr č. 2

⁴ Uplatnění DPH u asistenčních služeb v rámci pojišťovací činnosti.

http://www.financnisprava.cz/assets/cs/prilohy/d-seznam-dani/Dotaz_asistencni_sluzby.pdf

Podle názoru předkladatele poskytování všech nebo většiny výše uvedených služeb jako jediné komplexní služby „analýzy pojištění“ v rámci jedné odměny za situace, kdy poskytovatel služby má samostatnou pravomoc rozhodovat jménem pojišťovny o podstatných záležitostech týkajících se pojištění, a kdy poskytovatel zároveň nese částečné ekonomické riziko z pojištění, představuje poskytování pojistné služby ve smyslu § 55 ZDPH. Uplatnění režimu zákona č. 38/2004 Sb. je pak podpůrným argumentem pro osvobození.

Navrhujeme přijmout výše uvedené závěry a po projednání příspěvku na Koordinačním výboru doporučujeme přijatý závěr vhodným způsobem publikovat.

Stanovisko GFŘ:

Ve vazbě na skutečnosti v příspěvku nelze tam navrhované závěry přijmout.

Z hlediska obsahu příspěvku i pro další nutno nejprve poznamenat, že pro nalezení řešení aplikace DPH u předmětné činnosti není v tomto konkrétním případě ani tak rozhodující osoba vystupující v pozici organizátora pojištění jako zejména podstata vykonávané činnosti. V tomto směru se ovšem domníváme, že činnost není v příspěvku popsána dostatečně konkrétně pro to, aby bylo možné akceptovat autorem prezentované závěry. Z popisu činnosti realizátora pojištění tak pouze dovozujeme, že tato spočívá v souboru dílčích více či méně na sebe navazujících úkonů, které jsou v příspěvku ve zkratce označeny jako vypracování pojistného schématu. K tomuto je dále blížeji uvedeno, že organizátor pojištění najde určité pojistitelné riziko, okruh možných pojištěných osob, okruh možných pojistných zprostředkovatelů, vypracuje pojistné podmínky a zajistí propagaci a následnou koordinaci pojištění. V obecném popisu poskytovaných služeb předkladatel uvádí, že ačkoliv organizátor v pojišťovacím vztahu přímo nevystupuje, náleží mu odměna za vývoj celého pojistného produktu a následnou organizaci a koordinaci mezi osobami přímo zúčastněnými na pojistném vztahu (pojistitel, pojistný zprostředkovatel, pojistitel, pojištěný, likvidátor). Rovněž tak organizátor průběžně analyzuje realizované pojistné schéma a provádí úpravu parametrů (např. pojistné výluky, výše pojistného, spoluúčast).

Takto obsahově vymezené plnění pak dle našeho názoru podrobností nelze zahrnout pod osvobozené pojišťovací činnosti.

Považujeme zde za vhodné z obecného pohledu podotknout, že ekonomické riziko nelze ztotožňovat s pojistným rizikem a brát ho za výchozí pro posouzení plnění coby poskytnutí pojištění. Ekonomické riziko, jehož podstata spočívá zjednodušeně řečeno v tom, že výsledkem dané činnosti nemusí být pouze zisk, ale i ztráta, neodpovídá vymezení pojistného rizika, které je charakteristické tím, že osoba poskytující pojištění nese riziko spojené s poskytnutím plnění v okamžiku pojistné události (nejistá budoucí událost).

Dále podrobněji ke dvěma v příspěvku popsaným dvěma schématům, která se mají v praxi nejčastěji se vyskytovat:

Ad I.) Organizátor nese hlavní ekonomické riziko z pojistného produktu, Závěr č.1

Předkladatel u těchto služeb uzavírá, že se jedná o poskytnutí pojištění. V uvedeném popisu předmětných činností nelze dle našeho názoru nalézt jednoznačnou shodu

s kritérii nadefinovanými judikaturou SDEU pro to, aby poskytované plnění bylo pojišťovací činností osvobozenou od daně. K závěrům překladatele znovu uvádíme, že zakládat vymezení pojišťovacích operací na ekonomickém riziku jako rozhodující skutečnosti nelze.

Pokud budeme i pro tuto konkrétní část příspěvku vycházet z popisu činnosti, která je v jeho úvodu, s tím, že v tomto bodě nebyl žádným způsobem rozšířen popis poskytované činnosti, nutno znova zopakovat, že popsané činnosti nelze osvobodit podle § 55 ZDPH. Tento závěr podporuje i předkladatelovo tvrzení v závěru č.1, kde se uvádí, že se jedná o „*činnosti plánování, organizace a koordinace pojistného plánu, i když samotná realizace je prováděna prostřednictvím třetích osob, které jsou k tomu kvalifikovány a oprávněny.*“ Z uvedeného je tak nadále patrné, že podstatou poskytovaného plnění je činnost, kterou nelze ve světle judikatury vyhodnotit jako pojišťovací operaci osvobozenou od daně.

Ad II.) Organizátor nenese hlavní ekonomické riziko z pojistného produktu, Závěr č.1

V této části předkladatel osvobození od daně opírá o činnosti související s pojištěním. Nicméně ani zde podle předloženého popisu nejde o činnost, v jejímž obsahovém vymezení by bylo možno nalézt shodné výchozí prvky s vymezením osvobozených služeb souvisejících s pojištěním či zajištěním. Tato plnění by měla spočívat zejména v činnosti, kdy "zprostředkovatel" předkládá návrhy pojistných smluv, zajistí uzavření předmětných smluv včetně související přípravy a dále se může podílet i na některých úkonech souvisejících se správou pojištění a vyřizování nároků z předmětných smluv, přičemž v podstatě tímto zajišťuje spojení pojistitele s pojištěným, kdy tato vazba na jednu z těchto zúčastněných osob může být v návaznosti na judikaturu přímá či nepřímá. Domníváme se, že pokud se předmětná služba posoudí jako celek na základě vyjmenovaných jednotlivých úkonů, nelze se ztotožnit s názorem, že jde o plnění osvobozené od daně podle § 55 písm. c) ZDPH, neboť poskytovaná služba neodpovídá činnostem charakteristickým pro činnost zprostředkovatelů. I v příspěvku samotném je uvedeno, že činnost organizátora pojištění je činnost, kterou obvykle vykonává pojišťovna sama. Z toho lze pak dovodit, že takováto služba nespadá do činností, které by byly charakteristické pro zprostředkovatele. Pro popsaný případ ani není možné přijmout argumentaci založenou na rozsudku SDEU C-155/01 *Cookies World*, a to už s ohledem na nutnost striktního výkladu v případě osvobozených činností, navíc když vedle toho existuje i judikatura týkající se přímo oblasti pojišťovacích činností, kterou nelze rozhodně pominout.

Situace 2, závěr č.2

V této části předkladatel popisuje služby, které označuje jako „analytik pojištění“. Z popisu činnosti analytika je patrné, že tato se také sestává z několika více či méně navazujících dílčích úkonů. Je pravdou, že v některých jednotlivých dílčích úkonech by bylo možno nalézt prvky, které mohou být součástí plnění osvobozených podle § 55 písm. c) ZDPH. Ovšem na straně druhé za předpokladu, že se jedná o jedno nedělitelné plnění, je třeba uvést, že podstatou tato činnost nepokryje služby osvobozené podle § 55 ZDPH. Ačkoliv v popsaném případě může mít analytik do určité míry v širším slova smyslu vazbu ke stranám účastným pojistného vztahu, tak ale na straně druhé již svou činností neobsáhne výše uvedenou podstatu služeb vymezených § 55 písm. c) ZDPH. Sám nepředkládá návrh smluv, nečiní sám vůči

pojištěnému potřebné kroky k uzavření pojistné smlouvy, neprovádí úkony související s vyřízením nároků z pojistných smluv apod. Pokud vyjdeme z předloženého popisu poskytované služby, domníváme se, že z hlediska celkového charakteru poskytovaného plnění u něj nelze rozhodně aplikovat osvobození podle § 55 ZDPH. I zde je třeba poznamenat, že existenci ekonomického rizika nelze brát jako hodnotící kritérium pro uplatnění osvobození podle § 55 ZDPH resp. vymezení plnění zde uvedených. I v této části příspěvku a následně i závěru č. 2 je značně nejasné, s ohledem na argumentaci ekonomického rizika a odkazem na zveřejněný dotaz GFR týkající se asistenčních služeb v rámci pojišťovacích činností, zda předkladatel v konečném důsledku podřazuje činnost analytika pod písm. c) nebo a) § 55 ZDPH. K tomuto pak doplňujeme, že činnost analytika, tak jak byla v příspěvku popsána, nespadá ani pod služby osvobozené podle písm. a) § 55 ZDPH.

Daň z příjmů

422/26.02.14 Klasifikace příjmů z derivátů podle příslušného článku SZDZ

Předkládá: Zenon Folwarczny, daňový poradce, č. osvědčení 3661

PŘÍSPĚVEK JE UZAVŘEN

V návaznosti na závěry Generálního finančního ředitelství (dále jen „**GFŘ**“) k příspěvku koordinačního výboru 370/04.04.12 - Výklad § 22 odst. 1 písm. g) bod 4, úroky a obdobné příjmy z investičních nástrojů“ (dále jen „**závěry**“) bychom si rádi objasnili navazující otázku zdaňování příjmů z finančních derivátů v mezinárodním měřítku, a to kteřé konkrétní příjmy z derivátů jsou zdaňovány podle článku 7, resp. 21 Smluv o zamezení dvojího zdanění (dále jen **SZDZ**) dle modelu OECD.

1. Popis problému

GFŘ ve svých závěrech uzavřelo, že „nelze souhlasit se závěrem, že veškeré zdanitelné příjmy z derivátů plynoucí rezidentovi státu, se kterým ČR uzavřela SZDZ dle Modelu OECD spadají obecně pod čl. 7, resp. 21. Vždy je třeba brát v úvahu znění jednotlivých článků SZDZ a jednotlivé příjmy dle jejich charakteru pod ně podřadit. Například některé příjmy z derivátů mohou spadat pod článek 11 SZDZ“.

2. Analýza

Modelová SZDZ dle OECD v článku 11 definuje úrok jako příjem z dluhových nároků jakéhokoliv druhu, ať zajištěných, či nezajištěných zástavním právem k nemovitosti a majících, či nemajících právo účasti na zisku dlužníka, a zvláště příjmy z vládních cenných papírů a příjmy z obligací nebo dluhopisů, včetně prémie a výher, které se vážou k těmto cenným papírům, obligacím nebo dluhopisům. Jak uvádí komentář OECD k 11. kapitole SZDZ (sekce II., odstavec 3, bod 21.1), tato definice se ale běžně neaplikuje na platby realizované na základě určitých druhů netradičních finančních nástrojů, které nemají dluhový základ (např. úrokové swapy).

3. Interpretace

Z podstaty definice a konstrukce derivátu, jak bylo nastíněno i v KV 370/04.04.12, derivát nemůže být považován za dluh (ani pro daňové účely), a proto ani příjem plynoucí z držby derivátu neplyne z dluhového základu (derivát vyžaduje jen malou nebo žádnou počáteční investici) a nenaplnňuje svým charakterem definici úroku dle článku 11 modelové SZDZ dle OECD. Obecně proto příjem z derivátu spadá pod článek 7 (příjmy podniku) SZDZ a v některých případech pod článek 21 modelové SZDZ dle OECD pokrývající ostatní příjmy (například platby fyzickým osobám nepodnikatelům apod.).

4. Závěr

Předkladatel na základě výše uvedeného žádá o potvrzení závěru, že příjmy z uzavřených derivátů (např. ze swapů, forwardů, futures atd.) plynoucí rezidentovi

státu, se kterým ČR uzavřela SZDZ dle modelu OECD jsou obecně zdaňovány v souladu s článkem 7, resp. 21 SZDZ dle modelu OECD.

Stanovisko GFŘ:

Souhlas s názorem předkladatele. Pokud investiční nástroj v podobě uzavřeného derivátu neobsahuje příjem, který by bylo možno charakterizovat jako úrokový, pak příjmy z těchto derivátů spadají do režimu zdanění podle čl. 7, příp. 21 SZDZ dle modelu OECD.

Daň z příjmů

423/26.02.14 Vymezení stejné činnosti pro účely převzetí daňových ztrát při přeměnách podle § 38na odst. 4 a 5 zákona o daních z příjmů

Předkládá: Ing. Zdeněk Urban, daňový poradce, č. osvědčení 320
Ing. Mgr. Václav Pačesný, daňový poradce, č. osvědčení 2987

PŘÍSPĚVEK JE UZAVŘEN

1. Úvod

Zákon o daních z příjmů umožňuje převzetí nevyužitých daňových ztrát při přeměnách společností, zároveň ale uplatnění těchto ztrát podmiňuje výkonem stejných činností. Pojem „stejná činnost“ není v zákoně nijak definován. V praxi proto mohou vznikat nejasnosti, jak široce má být určitá činnost spadající pod pojem „stejná činnost“ vymezena. V roce 2007 již byla tato otázka částečně řešena na koordinačním výboru, viz návrh řešení k odstavci 2 v příspěvku 691/17.03.04 - Problematika § 38na zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění novely č. 438/2003 Sb. S uvedeným závěrem se ztotožňujeme, nelze však bohužel použít na všechny případy obecně. Závěr z tohoto příspěvku totiž nereflektuje skutečnost, že státní regulace může v některých případech jedné činnosti stanovit přísnější regulaci pouze pro část této činnosti. Příspěvek se rovněž nezabýval vztahem k činnostem vymezeným pro statistické účely ani vazbou na předpisy EU.

2. Vymezení a rozbor problému

Ustanovení § 38na odst. 4 zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZDP) umožňuje při přeměnách společností převzít daňovou ztrátu za podmínky, že nástupnická společnost ve zdaňovacím období, ve kterém bude daňová ztráta minulých let uplatněna, nevykonává jiné činnosti, než jaké vykonávala společnost, která daňovou ztrátu vykázala (byla jí vyměřena), a to činnosti vykonávané ve zdaňovacím období, ve kterém daňová ztráta vznikla (byla vyměřena). Obdobné omezení možnosti uplatnění daňových ztrát minulých let pak pro nástupnickou společnost platí i v případě jejich vlastních daňových ztrát vykázaných (vyměřených) před přeměnou. Také jejich uplatnění po přeměně podléhá podle ustanovení § 38na odst. 5 ZDP testu výkonu stejných činností. Cílem tohoto příspěvku je přesněji vymezit pojem „stejná činnost“, který je pro správnou aplikaci výše uvedených ustanovení zákona v praxi klíčový.

Nejprve ještě citujeme výše uvedená ustanovení zákona a poté se již zaměříme pouze na vymezení „stejných činností“. Ustanovení § 38na odst. 4 a 5 ZDP zní takto:

*(4) Zaniká-li při přeměně¹³¹⁾ daňový poplatník, jemuž byla vyměřena daňová ztráta, která byla podle § 23c odst. 8 písm. b) převzata právním nástupcem, může právní nástupce převzatou daňovou ztrátu odčítat od základu daně maximálně do výše části základu daně, připadající na **stejně činnosti vykonávané poplatníkem, který zanikl**, a to v období, za které byla daňová ztráta vyměřena. V případě přeměny rozdělením, kdy rozdělovaná obchodní společnost nezaniká, může daňovou ztrátu převzatou podle § 23c odst. 8 písm. b) odčítat nástupnická společnost při rozdělení od základu daně maximálně do výše části základu daně připadající na **stejně***

činnosti vykonávané rozdělovanou společností v období, za které byla daňová ztráta vyměřena. Část základu daně podle věty první a druhé se stanoví na základě poměru tržeb za vlastní výkony a zboží zaúčtovaných do výnosů podle zvláštního právního předpisu²⁰) připadajících na **stejně činnosti vykonávané zanikající nebo rozdělovanou společností** v období, za které byla daňová ztráta vyměřena, k celkovým tržbám za vlastní výkony a zboží zaúčtovaným do výnosů podle zvláštního právního předpisu²⁰). Obdobně se postupuje v případě převzetí daňové ztráty, která vznikla poplatníkovi uvedenému v § 17 odst. 4, který nemá na území České republiky stálou provozovnu.

(5) Obchodní společnost nebo družstvo, které při přeměně sloučením nebo rozdělením nezaniká, může odčítat daňovou ztrátu, která jí byla vyměřena před přeměnou a nebyla převedena na nástupnickou společnost nebo družstvo při rozdělení, maximálně do výše části základu daně připadající na **stejně činnosti, které vykonávala** v období, za které byla daňová ztráta vyměřena. Část základu daně podle věty první se stanoví na základě poměru tržeb za vlastní výkony a zboží zaúčtovaných do výnosů podle zvláštního právního předpisu²⁰) připadajících na **stejně činnosti vykonávané poplatníkem, který nezaniká**, v období, za které byla daňová ztráta vyměřena, k celkovým tržbám za vlastní výkony a zboží zaúčtovaným do výnosů podle zvláštního právního předpisu²⁰).

V zákoně o daních z příjmů není pojem „stejná činnost“ nijak vymezen. Kromě výše uvedeného odstavce 4 a 5 je použit ještě v odstavci 2, 3, 6 a 9 stejného § 38na ZDP, a to ve velmi obdobném kontextu. Ustanovení § 38na odst. 9 ZDP uvádí, že za provozování stejní činnosti se považuje i případ, kdy jsou v daném zdaňovacím období vynaloženy toliko náklady, přičemž příjmy byly vykázány v některém z následujících období.

Jiné daňové nebo účetní předpisy se otázkou podrobnějšího vymezení pojmu stejná činnost nezabývají.

V oblasti veřejného práva je určité třídění činností obsaženo v zákoně č. 455/1991 Sb., živnostenský zákon, ve znění pozdějších předpisů. K vymezování jednotlivých činností pak dochází zejména v přílohách č. 1 až 5 tohoto zákona. Za stejnou činnost (jednu činnost) je pak možné považovat vymezení činností v přílohách živnostenského zákona takto:

- Příloha č. 1: stejná činnost = řemeslná živnost (např. řeznictví a uzenářství; hostinská činnost; holičství a kadeřnictví apod.)
- Příloha č. 2: stejná činnost = předmět podnikání (např. geologické práce; provádění staveb, jejich změna a odstraňování; provozování autoškoly apod.)
- Příloha č. 3: stejná činnost = předmět podnikání (např. výroba a zpracování paliv a maziv a distribuce pohonných hmot; silniční motorová doprava nákladní a osobní; provozování cestovní kanceláře apod.)
- Příloha č. 4: stejná činnost = obor činnosti (např. poskytování služeb pro zemědělství, zahradnictví, rybníkářství, lesnictví a myslivost; výroba a zpracování skla; fotografické služby apod.)
- Příloha č. 5: stejná činnost = živnost (např. kosmetické služby; ostraha majetku a osob apod.)

Podnikání, které je regulováno zvláštním zákonem a pod živnostenský zákon tak nespádají, je možné z pohledu vymezení stejné činnosti (jedné činnosti) rozdělit tak, že každý takový profesní zákon vymezuje jednu činnost (např. daňové poradenství; advokacie; lékařství apod.)

V tomto duchu byl také přijat závěr výše uvedeného příspěvku projednaného na koordinačním výboru 691/17.03.04 - Problematika § 38na zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění novely č. 438/2003 Sb., citujeme: *Pojem „činnost“ v zásadě odpovídá kategorii živností a dalších činností uvedených v předpisech, které upravují oprávnění k podnikání. Ve většině případů se bude jednat o činnosti zapsané u poplatníka v obchodním rejstříku jako předmět podnikání. Podmínkou je, aby poplatník v daném období činnost aktivně vykonával.* Uvádí se zde, že pojem „činnost“ **v zásadě** odpovídá kategorii živností, z čehož vyplývá, že autoři příspěvku si byly vědomi toho, že v některých případech se kategorie živností nebude s vymezením pojmu „činnost“ v ZDP shodovat.

Přestože v praxi bude výše uvedené hledisko rozdělení činností podle vymezení v živnostenském zákoně nebo v profesních zákonech dostatečné, mohou se vyskytnout některé případy, u kterých toto platit nebude, a to proto, že státní regulace prochází napříč určitou činností, kdy na část určité činnosti jsou kladeny přísnější pravidla a přísnější regulaci tak podléhají pouze určité úkony, aktivity. Příkladem může být daňové poradenství, jehož nedílnou součástí je často i právní pomoc ve věci účetních právních předpisů, případně vedení účetnictví, a to přesto, že samotná činnost účetních poradců, vedení účetnictví a vedení daňové evidence se již nachází „vně“ profesního zákona a podle živnostenského zákona se jedná o vázanou živnost. Obdobné příklady bychom jistě našli i u advokátů, notářů, lékařů, zvěrolékařů a dalších profesí. V rámci živnostenského zákona je pak případ jedné činnosti, která podléhá různým stupňům státní regulace častá zejména v maloobchodě (např. „zverimex“, kde koncesované živnosti podléhá pouze obchod se zvířaty, zatímco prodej zboží pro zvířata je v působnosti volné živnosti; obdobně i prodej zbraní a střeliv; prodej a distribuce pohonných hmot apod.). Dalším příkladem může být vzdělávání a výchova dětí a mládeže (např. přísnější podmínky u dětí do 3 let), nákladní i osobní přeprava (rozdílné nároky podle velikosti a hmotnosti používaných vozidel) nebo stavebnictví (zadání a organizace stavby, tedy tzv. developerská činnost je volnou živností, zatímco provádění staveb živností vázanou).

Závěr z tohoto příspěvku totiž nereflektuje skutečnost, že státní regulace může v některých případech jedné činnosti stanovit přísnější regulaci pouze pro část této činnosti.

Daň z přidané hodnoty v některých případech používá statistické klasifikace – viz klasifikace CZ-CPA použitá v ustanovení § 92e a v příloze č. 2 zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů. Použití statistické klasifikace pro účely daně z příjmů sice na rozdíl od DPH nemá žádnou oporu v zákoně, ale na druhou stranu je zřejmé, že vymezení činností v živnostenském zákoně je vedeno zejména potřebou státní regulace některých činností, úkonů, nakládání s nebezpečnými věcmi apod., kdežto statistické vymezení činností je vedeno snahou o vymezení jednotlivých činností jako logického uceleného souboru aktivit a úkonů. Podle našeho názoru pak tento úhel pohledu, který používá statistická klasifikace je vhodnějším východiskem i při vymezení stejné činnosti pro

účely ZDP, jehož účelem je zajistit daňovou neutralitu přeměn bez ohledu na stupeň státní regulace jednotlivých činností, úkonů, či aktivit daňového subjektu.

Při použití statistické klasifikaci činností CZ-NACE, je vhodné za vymezení stejné činnosti pro účely ZDP považovat vždy celou sekci této klasifikace (např. 01 Rostlinná a živočišná výroba, myslivost a související činnosti; 20 Výroba chemických látek a chemických přípravků; 47 Maloobchod, kromě motorových vozidel), v některých případech i více sekcí dohromady (např. Stavebnictví, které se skládá ze sekce 41 Výstavba budov, 42 Inženýrské stavitelství a 43 Specializované stavební činnosti). Statistická klasifikace je totiž velmi podrobná a to co pro své účely vymezuje jako jednotlivou činnost je spíše dílčí aktivitou, úkonem.

Pojem „stejná činnost“ je pak v prvé řadě nezbytné nahlížet optikou smyslu a účelu ustanovení § 38na odst. 4 a 5 ZDP. Tato ustanovení mají, jak již bylo výše zmíněno, především zajistit daňovou neutralitu přeměn. V daném případě tedy umožnit převzetí daňových ztrát z minulých let, avšak zároveň zabránit účelovým přeměnám, při kterých by docházelo k „obchodování“ s daňovými ztrátami. V důvodové zprávě k zákonu č. 48/2003 Sb. (novela ZDP) se v části I., A), b) uvádí: *V zájmu eliminace negativního vlivu na inkaso daně z příjmů je proto nezbytné zavést úpravu vylučující zneužívání přenosu daňové ztráty, a to tím, že tato možnost bude podmíněna přesvědčivými ekonomickými důvody.* V části důvodové zprávy II. Zvláštní část, k bodu 277 - § 38na je dále uvedeno: *Omezuje se možnost odečtu daňové ztráty výhradně na případ, kdy daňová ztráta v budoucnu snižuje zisky vztahující k činnosti, ze které byla vytvořena. Ustanovení znemožní zneužívání nevyužitých daňových ztrát oproti nesouvisejícím výnosům. ... Nepřímo budou potlačeny ekonomicky neopodstatněné strukturální změny nefungujících společností, které jsou činěny pouze z daňových důvodů, konkrétně z důvodu využití daňové ztráty avšak oproti zcela nesouvisejícím ziskům.*

V tomto kontextu se pak logicky nabízí spíše souhrnné vymezení pojmu „stejná činnost“ jako především jako ucelenou činnost, která charakterizuje danou společnost jako celek, např. stavební firma, reklamní agentura, cestovní kancelář, automobilka, maloobchodní síť apod. V kontextu ustanovení § 38na odst. 4 a 5 ZDP pak je nezbytné kromě hlavní činnosti dané společnosti zohlednit i její další činnosti, tedy činnosti vedlejší a příležitostné, nicméně vymezení širší činnosti by mělo totožné, jako u činnosti hlavní (např. stavební činnost, reklamní činnost, činnost cestovních kancelářů, výroba automobilů, maloobchod apod.).

V této souvislosti si dovoluujeme odkázat také na text důvodové zprávy zákona č. 438/2003 Sb., změna zákon o daních z příjmů, kde je mimo jiné uvedeno: *Nepřímo budou potlačeny ekonomicky neopodstatněné strukturální změny nefungujících společností, které jsou činěny pouze z daňových důvodů, konkrétně z důvodu využití daňové ztráty avšak oproti zcela nesouvisejícím ziskům.* Z toho textu je zřejmé, že cílem zákonné úpravy je eliminovat využití daňové ztráty proti **zcela nesouvisejícím** ziskům. Výklad pojmu „stejná činnost“, tak jak jsme se jej pokusili nastítnit výše, je v souladu s tímto požadavkem. Cílem zákonodárce jistě nebyl požadavek na atomizaci a detailní oddělení jednotlivých činností, nýbrž eliminace převzetí daňových ztrát u přeměn společností, které postrádají obchodní a podnikatelskou logiku a kdy jsou uměle propojeny činnosti (obory podnikání), které spolu ekonomicky nijak nesouvisí.

V neposlední řadě pak uvádíme i Směrnici Rady Evropských společenství 2009/133/ES, o společném systému zdanění při fúzích, rozděleních, převodech aktiv a výměně akcií týkajících se společností z různých členských států a při přemístění sídla evropské společnosti nebo evropské družstevní společnosti mezi členskými státy. Tato směrnice má za cíl odstranit daňové znevýhodnění příhraničních přeměn společností a vymežit daňový systém pro určité opravné položky, rezervy nebo ztráty převádějící společnosti. Zároveň je podle této směrnice nezbytné umožnit členským státům možnost odmítnout použití této směrnice v případě, kdy cílem přeměny je daňový únik nebo vyhnout se daňovým povinnostem. Článek 6 této směrnice pak požaduje, aby národní pravidla pro převzetí daňové ztráty platila ve stejné míře i pro převzetí těchto ztrát stálými provozovny.

Pro úplnost pak zmíníme i pokyn GFŘ-D-6, který v této souvislosti uvádí: *Za tržby za zboží a vlastní výkony zaúčtované do výnosů podle zvláštních předpisů se pro účely tohoto ustanovení nepovažují výnosy, které nelze přiřadit přímo k jednotlivým činnostem (např. výnosy z prodeje hmotného nebo nehmotného majetku, úroky, kursové zisky, výnosy z prodeje cenných papírů, výnosy z postoupení pohledávek, ostatní výnosy z právně zaniklých závazků, výnos vzniklý přijatou úhradou pohledávky nabyté postoupením, která převyšuje její pořizovací cenu apod.) nebo výnosy vyplývající z účetních metod. Daňovou ztrátu lze v tomto případě uplatnit i v situaci, kdy poplatník dosáhl v roce vyměření ztráty nevýznamných, ojedinělých příjmů mimo rámec předmětu podnikání.*

Je nepochybné, že pro účely § 38na odst. 4 a 5 ZDP je rozhodující činnost v daném zdaňovacím období skutečně vykonávaná činnost a nelze ji zaměňovat s pouhým oprávněním (např. platným živnostenským listem) k určité činnosti.

Pro doplnění pak uvádíme, že ustanovení § 38na odst. 4 ZDP je speciální úpravou pro uplatnění daňových ztrát v případě přeměn. Daňové ztráty, které při přeměně přechází na právního nástupce, jsou před jejich uplatněním u právního nástupce vždy testovány na splnění podmínky „stejná činnost“ ve smyslu ustanovení § 38na odst. 4 ZDP bez ohledu na skutečnost, zda došlo ke změně vlastníka, či nikoliv. Naopak lze z logiky věci dovodit, že pokud by u právního nástupce došlo k podstatné změně vlastníka, u daňových ztrát převzatých při přeměně se ustanovení § 38na odst. 1 až 3 ZDP nepoužijí, neboť tyto ztráty převzaté při přeměně jsou vždy testovány podle speciálního ustanovení pro tyto případy, kterým je § 38na odst. 4 ZDP.

Závěr

Pojem stejná činnost ve smyslu ustanovení § 38na odst. 4 a 5 ZDP je vhodné vykládat ve smyslu obecně používaného vymezení ucelené činnosti v daném oboru podnikání (např. stavební činnost, reklamní činnost, výroba automobilů apod.), přičemž se přihlíží rovněž k vedlejší činnosti, nikoliv však k ojedinělým činnostem zanedbatelného rozsahu. Vymezení živností, případně oboru činností u volné živnosti má pouze pomocný charakter, stejně tak jako statistická klasifikace činností CZ-NACE, kde se zpravidla bude vycházet z vymezených Sekcí této klasifikace. Má se za to, že podmínka stejné činnosti dle § 38na odst. 3, resp. 4 DzP je splněna, pokud se jedná o shodný oddíl, ve kterém

jsou činnosti uvedeny, převážně pak i u shodné sekce (např. sekce B – těžba a dobývání, sekce F – stavebnictví, sekce P – vzdělávání, a další.).

3. Návrh řešení

Navrhujeme přijmout výše uvedený závěr a po projednání příspěvku na Koordinačním výboru doporučujeme přijatý závěr vhodným způsobem publikovat.

Stanovisko GFŘ:

Souhlas se závěrem předkladatele s tím, že se bude skutečně jednat o "činnosti" aktivně vykonávané a které lze považovat za stejné, např. v případě nákupu a prodeje bez ohledu na případnou změnu prodávaného druhu zboží, kdy tato změna nijak nemění charakter činnosti, tedy nákup a prodej. Souhlas se závěrem, že se jedná o ucelené činnosti v daném oboru, a tedy lze připustit, že i činnosti vedlejší, které však bezprostředně souvisí s činností hlavní a bez kterých by tato hlavní činnost nemohla být vykonávána.