

## OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

F.G. JACOBSA

przedstawiona w dniu 24 lutego 2005 r.<sup>1</sup>

1. W niniejszym wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym austriacki Unabhängiger Finanzsenat (niezależny trybunał skarbowy) oddział w Linz przedstawił pytanie: i) czy spółka emitująca nowe akcje i wchodząca w tym celu na giełdę, winna być uważana za dokonującą dostawy w rozumieniu podatku VAT oraz ii) czy — w zależności od odpowiedzi na to pytanie — podatek VAT zapłacony od usług uzyskanych w związku z wprowadzeniem spółki na giełdę i emisją akcji może podlegać odliczeniu.

**Stosowne uregulowania wspólnotowe w przedmiocie podatku VAT**

2. Zgodnie z art. 2 ust. 1 szóstej dyrektywy VAT<sup>2</sup> transakcje podlegające opodatkowaniu podatkiem VAT obejmują „dostaw[ę] towarów lub usług świadczona [lub świadczenie usług dokonywane] odpłatnie na terytorium kraju przez podatnika, który jako taki występuje [który działa w takim charakterze]” oraz import towarów.

3. Zgodnie z art. 4 ust. 1 podatnikiem jest osoba prowadząca działalność gospodarczą, bez względu na jej cel lub efekt. Działalnością gospodarczą jest według art. 4 ust. 2 „wszelka działalność producentów, handlowców i osób świadczących usługi” włącznie z „wykorzystywanie[m], w sposób ciągły, własności dóbr materialnych lub niematerialnych do celów zarobkowych [wykorzystywaniem własności dóbr materialnych lub niematerialnych celem osiągnięcia stałego zysku]”.

4. W art. 5 ust. 1 zawarta jest generalna definicja dostawy towarów, za którą uznaje się „przeniesienie prawa do rozporządzania dobrami materialnymi jako [jak] właściciel”, natomiast świadczenie usług zdefiniowano w art. 6 ust. 1 jako „każdą transakcję niestanowiącą dostawy towarów”. Dalej przepisy stanowią, że świadczenie usług może obejmować między innymi „przeniesienie dobra niematerialnego niezależnie od tego, czy jest ono przedmiotem dokumentu stwierdzającego istnienia prawa”.

5. Jednak niektóre rodzaje czynności, które na podstawie tych przepisów podlegałyby podatkowi VAT, zgodnie z art. 13 są zwolnione.

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Szósta dyrektywa Rady 77/388/EWG z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych — wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku (Dz.U. L 145, str. 1; zwana dalej „szóstą dyrektywą”).

6. W szczególności art. 13 część B lit. d) pkt 5 zwalnia „transakcje, łącznie z negocjacjami [łącznie z pośrednictwem], z wyjątkiem zarządzania i przechowywania, dotyczące akcji, udziałów w spółkach lub stowarzyszeniach, obligacji i innych rodzajów papierów wartościowych”, z wyjątkiem dokumentów ustanawiających własność towarów i praw lub papierów wartościowych związanych z nieruchomościami.

7. Integralnym elementem systemu podatku VAT, służącym uniknięciu nakładania podatku kumulatywnie na kolejne czynności w obrocie gospodarczym, co powodowałoby zróżnicowanie i potencjalnie znaczne obciążenie w zależności od liczby transakcji w danym szeregu, jest uprawnienie podatnika rozliczającego podatek VAT z urzędem skarbowym do pomniejszenia podatku należnego od transakcji opodatkowanych o kwotę podatku naliczonego w związku z poniesionymi wydatkami. Przesłanki prawa do odliczenia określa art. 17 szóstej dyrektywy.

8. Zgodnie z art. 17 ust. 2 „[o] ile towary i usługi są używane do celów zawieranych transakcji podlegających opodatkowaniu, podatnik jest uprawniony do odliczenia od podatku, który zobowiązany jest zapłacić, następujących kwot: a) należnego [podlegającego zapłacie] lub zapłaconego podatku od wartości dodanej od towarów lub usług dostarczonych lub, które mają być podatnikowi dostarczone przez innego podatnika [...]”. Zgodnie z art. 17 ust. 1 prawo do odliczenia powstaje z chwilą powstania obowiązku podatkowego.

9. Ponieważ prawo do odliczenia przysługuje jedynie w zakresie dostaw wykorzystywanych dla celów czynności opodatkowanych, prawo to nie przysługuje, jeżeli są one wykorzystywane wyłącznie dla celów innych rodzajów sprzedaży, takich jak czynności zwolnione, których wykaz znajduje się w art. 13, lub dostaw, które nie są objęte zakresem przedmiotowym podatku VAT z tego na przykład względu, że nie są one dokonywane odpłatnie lub nie są dokonywane przez podatnika, który działa w takim charakterze w kontekście działalności gospodarczej w rozumieniu art. 4.

10. Artykuł 17 ust. 5 szóstej dyrektywy odnosi się do sytuacji, kiedy towary lub usługi są wykorzystywane przez podatnika zarówno dla celów czynności, w których zakresie podatek VAT podlega odliczeniu, jak i tych, w których zakresie podatek odliczeniu nie podlega. W takich przypadkach „odliczenie będzie dotyczyło tylko takiej części podatku od wartości dodanej, jaka przypada na kwotę tych pierwszych transakcji”.

### **Postępowanie przed sądem krajowym i wnioszek o wydanie orzeczenia prejudycjalnego**

11. Kretztechnik AG (zwana dalej „Kretztechnik”) jest austriacką spółką akcyjną notowaną na giełdzie, której przedmiotem działalności jest produkcja i dystrybucja elektrycznych urządzeń medycznych,

w szczególności ultrasonografów do zastosowań medycznych i technicznych oraz innego sprzętu medycznego. Sprzedaż wyrobów firmy podlega podatkowi VAT, w związku z czym firma może odliczyć podatek naliczony od zakupów towarów lub usług dokonywanych w celu zrealizowania tej sprzedaży.

12. W styczniu 2000 r. Kretztechnik podjęła decyzję o podwyższeniu swojego kapitału akcyjnego o 25% poprzez emisję 2 500 000 akcji na okaziciela po cenie emisyjnej 1,00 euro za akcję. W tym celu od dnia 23 marca 2000 r. spółka została dopuszczona do obrotu na giełdzie papierów wartościowych Neues Markt we Frankfurcie w Niemczech. Wejście na giełdę wiązało się z koniecznością zapłacenia za pewne usługi, obciążone podatkiem VAT.

13. W decyzji określającej wysokość podatku VAT za ten rok urząd skarbowy odmówił Kretztechnik prawa do odliczenia podatku naliczonego z tytułu wydatków związanych z dopuszczeniem spółki do obrotu giełdowego w Niemczech, uzasadniając to tym, że emisja akcji, w związku z którą poniesione zostały te nakłady, była zwolniona od podatku VAT.

14. Kretztechnik zaskarżyła tę decyzję do Unabhängiger Finanzsenat, (niezależnego trybunału orzekającego w sprawach podatkowych i celnych).

15. W swojej skardze Kretztechnik powołuje się na art. 17 ust. 2 szóstej dyrektywy, podnosząc, że podatek naliczony mógł być odliczony, o ile usługi obciążone tym podatkiem zostały ostatecznie wykorzystane do celów wykonywanych przez spółkę czynności podlegających opodatkowaniu.

16. Jak podnosi Kretztechnik, według orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, aby usługi rozdziły prawo do odliczenia, nie muszą zostać wykorzystane bezpośrednio do celów transakcji opodatkowanych, a sporne w niniejszej sprawie wydatki stanowią jeden z elementów działalności gospodarczej spółki jako całości<sup>3</sup>. Spółka wskazuje także, iż zastosowanie znajduje wyrok w sprawie Kap-Hag Renditefonds (zwany dalej „wyrokiem w sprawie KapHag”)<sup>4</sup>, zgodnie z którym przyjęcie wspólnika do spółki cywilnej w zamian za wkład pieniężny nie jest objęte zakresem przedmiotowym podatku VAT; niniejsza sprawa dotyczy nie przeniesienia akcji — zwolnionej na podstawie art. 13 część B lit. d) pkt 5 szóstej dyrektywy — ale ich utworzenia, a pod tym względem spółka kapitałowa winna być traktowana w ten sam sposób co spółka osobowa.

17. Finanzsenat zajmuje stanowisko, że usługi w związku z którymi naliczony został sporny podatek, dotyczą w oczywisty sposób wyłącznie przygotowania, wsparcia

3 — Wyrok z dnia 5 maja 1982 r. w sprawie C-15/81 Schul, Rec. str. I-1409 oraz wyrok z dnia 22 lutego 2001 r. w sprawie C-408/98 Abbey National, Rec. str. I-1361.

4 — Wyrok z dnia 26 czerwca 2003 r. w sprawie C-442/01, Rec. str. I-6851.

i zrealizowania dopuszczenia do obrotu na giełdzie, nie można ich natomiast zaliczyć do ogólnie rozpatrywanej działalności gospodarczej spółki.

przeznaczonych dla nowych akcjonariuszy za zapłatą ceny emisyjnej, spółka akcyjna dokonuje odpłatnego świadczenia w rozumieniu art. 2 pkt 1 szóstej dyrektywy [...]?

18. Jeżeli emisja akcji na rzecz (przyszłych) akcjonariuszy spółki stanowi dostawę usług objętą zakresem podatku VAT — argumentuje dalej Finanzsenat — jest to dostawa zwolniona i naliczony podatek nie może być odliczony od usług nabytych dla celów tej dostawy.

2) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: czy wykładni art. 2 pkt 1 oraz art. 17 szóstej dyrektywy [...] należy dokonywać w ten sposób, że usługi związane z wprowadzeniem spółki na giełdę winny być traktowane w całości jako transakcje zwolnione od podatku, z tego powodu nie dają prawa do odliczenia zapłaconego podatku naliczonego?

19. Gdyby jednak, przez analogię do wyroku w sprawie KapHag, należało uznać, że czynność ta nie należy do zakresu definicji działalności gospodarczej, zawartej w art. 4 ust. 2 szóstej dyrektywy, Finanzsenat nie ma pewności, czy powstaje prawo do odliczenia. Wyrok Trybunału w tamtej sprawie nie rozstrzyga tej kwestii, jednak rzecznik generalny Ruiz-Jarabo<sup>5</sup> wyraził opinię, iż nie ma wtedy prawa do odliczenia.

3) W razie udzielenia na pytanie pierwsze odpowiedzi negatywnej: czy art. 17 ust. 1 i 2 szóstej dyrektywy przyznaje prawo do odliczenia podatku naliczonego na tej podstawie, że inne świadczenia (reklama, koszty adwokackie, doradztwo techniczne i prawne), uważane za rodzące prawo do odliczenia, są wykorzystywane do celów dokonywanych przez przedsiębiorstwo czynności podlegających opodatkowaniu?"

20. W tym stanie rzeczy Unabhängiger Finanzsenat wystąpił do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy dokonując wprowadzenia na giełdę oraz związanej z nim emisji akcji

21. Pisemne uwagi przedstawił organ skarbowy którego decyzję zaskarżono, rządu austriacki, duński, niemiecki, włoski

5 — Punkt 50 opinii.

i Zjednoczonego Królestwa, jak również Komisja. W czasie rozprawy Kretztechnik, rząd niemiecki oraz rząd Zjednoczonego Królestwa, jak również Komisja przedstawiły swoje stanowiska w formie ustnej.

24. Brak jest zatem wątpliwości co do dopuszczalności odesłania.

### *Przedstawione pytania*

#### **Ocena**

#### *Dopuszczalność zapytania*

22. We wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Unabhängiger Finanzsenat przekonywająco argumentuje, że jest sądem państwa członkowskiego uprawnionym do przedstawienia zapytania na podstawie art. 234 WE.

23. Co więcej, po złożeniu wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym Trybunał bez zastrzeżeń udzielił odpowiedzi na pytania w innej sprawie wniesionej przed ten sam organ<sup>6</sup> — w odróżnieniu od wcześniejszego odesłania<sup>7</sup> pochodzącego od Berufungssenat der Finanzlandesdirektion (izby apelacyjnej regionalnego urzędu finansowego), poprzednika Unabhängiger Finanzsenat, który jednak funkcjonalnie i organizacyjnie powiązany był z organem podatkowym, którego decyzje weryfikował.

25. Kretztechnik chce odliczyć podatek VAT naliczony od szeregu usług zakupionych w związku z dopuszczeniem spółki do obrotu na frankfurckiej giełdzie papierów wartościowych oraz emisją nowych akcji, które miały być notowane na tej giełdzie. Sąd odsyłający stwierdził, że usługi te były związane wyłącznie z tymi działaniami.

26. Aby istniała możliwość odliczenia podatku VAT, stosowne czynności zakupu muszą być bezpośrednio i ściśle związane z czynnościami powodującymi naliczenie podatku<sup>8</sup>.

27. Jednak Trybunał stwierdził, że koszty ogólne są co do zasady składnikami kosztowymi całokształtu działalności gospodarczej wykonywanej przez podatnika i w związku z tym pozostają w bezpośrednim i ścisłym związku z nim. Podatek VAT naliczony od tych kosztów ogólnych może być zatem odliczony, o ile sprzedaż jest opodatkowana<sup>9</sup>.

6 — Wyrok z dnia 24 czerwca 2004 r. w sprawie C-278/02 Herbert Handlbauer, Zb.Orz. str. I-6171, pkt 23 oraz opinia rzecznika generalnego Tizzana, pkt 24-37.

7 — Wyrok z dnia 30 maja 2002 r. w sprawie C-516/99 Schmid, Rec. str. I-4573.

8 — Zobacz wyrok z dnia 27 września 2001 r. w sprawie C-16/00 Cibo Participations, Rec. str. I-6663, pkt 26 oraz orzecznictwo tam przywołane.

9 — Zobacz wyrok z dnia 6 kwietnia 1995 r. w sprawie C-4/94 BLP Group, Rec. str. I-983, w szczególności pkt 25 oraz ww. w przypisie 3 wyrok w sprawie Abbey National, w szczególności pkt 35, 36 i 40.

28. Strony są zgodne co do tego, że emisja akcji nie jest podlegającą opodatkowaniu dostawą.

towarami, kwestią jest, czy jest ono świadczeniem usług. Jasne jest też, że fakt wejścia na giełdę nie może sam w sobie stanowić świadczenia usług, a jeśli w ogóle, to ewentualnie ich przyjęcie.

29. Jeśli jest to dostawa zwolniona, nie może być mowy o prawie do odliczenia podatku VAT zapłaconego od usług bezpośrednio i ściśle związanych z tą dostawą.

32. Pierwsze pytanie dotyczy zatem tego, czy emitując nowe akcje, spółka dokonuje odpłatnego świadczenia usług.

30. Jednak Kretztechnik podniosła, iż emisja akcji nie stanowi w ogóle dostawy ze strony emitenta i że w związku z tym należy przeprowadzić inną analizę. W ocenie spółki emisja akcji jest po prostu podwyższeniem kapitału, a koszty związane z tym podwyższeniem stanowią element kosztów ogólnych spółki, zatem mają związek z całokształtem prowadzonej działalności gospodarczej.

33. Jasne jest, że transakcje dotyczące akcji lub udziałów w spółkach bądź stowarzyszeniach mogą stanowić czynności należące do zakresu przedmiotowego podatku VAT, ponieważ gdyby tak nie było, nie mogłyby one podlegać zwolnieniu na podstawie art. 13 część B lit. d) pkt 5, a w każdym razie z pewnością mieszczą się w pojęciu „przeniesienia dobra niematerialnego” z art. 6 ust. 1. Do czynności zwolnionych zalicza się zbywanie akcji, lecz nie samo nimi zarządzanie lub ich dzierżenie.

#### *Pytanie pierwsze*

#### Szósta dyrektywa

31. Sąd krajowy zwrócił się z pytaniem, czy wprowadzenie na giełdę oraz emisja akcji przeznaczonych dla nowych akcjonariuszy stanowi dostawę w rozumieniu art. 2 pkt 1 szóstej dyrektywy. Jako że nie ma tu obrotu

34. Zgodnie z tym przepisem oraz z definicją zawartą w art. 4 ust. 2, która do działalności gospodarczej włącza „wykorzystywanie” dóbr materialnych lub niematerialnych celem osiągnięcia stałego zysku, Trybunał konsekwentnie przyjmował, że samo nabycie, posiadanie i zbycie akcji nie może stanowić działalności gospodarczej w rozumieniu

szóstej dyrektywy. Z kolei czynności dokonywane w ramach działalności obrotu papierami wartościowymi mogą należeć do zakresu przedmiotowego podatku VAT<sup>10</sup>.

35. Tak więc przeniesienie istniejących akcji może stanowić świadczenie podlegające opodatkowaniu podatkiem VAT w rozumieniu art. 2 pkt 1 szóstej dyrektywy, jeśli jest realizowane w ramach działalności obrotu akcjami. W takim przypadku będzie to transakcja zwolniona na podstawie art. 13 część B lit. d) pkt 5. Jednak sprzedaż akcji, która nie została zrealizowana w ten sposób, nie mieści się w zakresie podatku VAT.

36. Do tej pory jednak Trybunał rozważał w tym kontekście jedynie zbycie przez podatnika akcji innej spółki. Kiedy jednak spółka sama emituje akcje, konieczne stać się może przeprowadzenie innej analizy. Na przykład, jak wskazała Kretztechnik, kiedy jedna spółka posiada akcje innej, akcje te stanowią składnik majątku pierwszej spółki, jednak własne akcje tej spółki są traktowane jako zobowiązania w stosunku do akcjonariuszy.

37. Mimo że Trybunał do tej pory nie rozważał statusu emisji nowych akcji przez spółkę kapitałową, w sprawie KapHag<sup>11</sup> orzekł, iż przyjęcie nowego wspólnika w zamian za wkład pieniężny do spółki cywilnej nie stanowi działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów szóstej dyrektywy ani odpłatnego świadczenia usług na rzecz wspólnika.

38. Istotne argumenty Trybunału w sprawie KapHag, przedstawione głównie w pkt 36–42 wyroku można podsumować w sposób następujący<sup>12</sup>. Mimo że „wykorzystywanie własności dóbr materialnych lub niematerialnych” jest szerokim pojęciem, nie obejmuje samego nabycia i posiadania udziałów, ponieważ dywidenda związana z posiadaniem takich udziałów wynika z samego prawa własności. W związku z tym nowy wspólnik przystępujący do spółki w zamian za wkład gotówkowy nie wykonuje działalności gospodarczej w rozumieniu szóstej dyrektywy. Jeżeli objęcie udziału samo w sobie nie stanowi takiej działalności gospodarczej, to to samo musi dotyczyć przeniesienia tego udziału. Przyjęcie nowego wspólnika do spółki nie stanowi zatem świadczenia usług na jego rzecz.

10 — Zobacz w ostatnim czasie wyrok z dnia 21 października 2004 r. w sprawie C-8/03 Banque Bruxelles Lambert, Zb.Orz. str. I-10157, pkt 36–41 oraz orzecznictwo tam przywołane.

11 — Wyżej wymieniona w przypisie 4.

12 — Zobacz także pkt 24–36 opinii rzecznika generalnego Ruizarabara Colomera.

39. Rozumowanie to oparte jest na wcześniejszym orzecznictwie Trybunału<sup>13</sup>, którego jest ono — jak wskazał rząd duński — logicznym rozszerzeniem. Ostatnio zostało ono potwierdzone w sprawie BBL<sup>14</sup>.

40. Kretztechnik, rządy duński i włoski, jak również Komisja w zasadzie uważają, że rozstrzygnięcie w sprawie KapHag można stosować do sytuacji spółki kapitałowej emitującej nowe akcje w celu podniesienia kapitału.

41. Pomiędzy obiema sytuacjami występują wyraźne analogie.

42. Natomiast organ skarbowy, którego decyzję zaskarżono, oraz rządy austriacki, niemiecki i Zjednoczonego Królestwa są zdania, że te dwie sytuacje należy od siebie odróżnić i że emisja akcji stanowi odpłatne świadczenie dla celów podatku VAT (jednak zwolnione na podstawie art. 13 część B lit. d) pkt 5).

43. Organ skarbowy oraz rząd austriacki stoją na stanowisku, iż istnieje zasadnicza różnica między charakterem spółki osobowej i spółki kapitałowej. Na przykład w odróżnieniu od spółki kapitałowej spółka osobowa może nie posiadać osobowości prawnej.

44. Nie zgadzam się z twierdzeniem, iż różnice prawne w charakterze spółek mają tu istotne znaczenie. Jak zauważył rząd Zjednoczonego Królestwa w czasie rozprawy, istnieją znaczne różnice pomiędzy charakterystyką spółek w różnych państwach członkowskich. Jednak zarówno udział w spółce osobowej, jak i akcja w spółce kapitałowej wiążą się z własnością części danego podmiotu — w zakresie, w jakim podmiot ten jest uznawany za taki w systemie prawnym, któremu podlega — a w związku z tym pośrednio z własnością jego majątku. Emisja nowych akcji w zamian za gotówkę, która zwiększa kapitał spółki, jest w znacznym stopniu porównywalna w kategoriach ekonomicznych z przyjęciem nowego wspólnika w zamian za wkład pieniężny wniesiony do spółki osobowej.

45. Ponadto organ skarbowy twierdzi, że dopuszczenie nowego wspólnika wiąże się z zawarciem umowy pomiędzy istniejącymi wspólnikami i nowym wspólnikiem, podczas gdy emisja nowych akcji nie wiąże w taki sposób istniejących akcjonariuszy.

13 — Trybunał cytował w szczególności wyroki: z dnia 20 czerwca 1991 r. w sprawie C-60/90 Polysar Investments Netherlands, Rec. str. I-3111, pkt 12, z dnia 20 czerwca 1996 r. w sprawie C-155/94 Wellcome Trust, Rec. str. I-3013, pkt 33 oraz z dnia 6 lutego 1997 r. w sprawie C-80/95 Harnas & Helm, Rec. str. I-745, pkt 13-15..

14 — Wyżej wymieniona w przypisie 10.



46. Jednak, jak wskazał Trybunał w sprawie KapHag<sup>15</sup>, jeżeli przyjęcie nowego wspólnika nie stanowi odpłatnego świadczenia, nie jest istotne, czy powinno być ono uważane za akt spółki, czy istniejących wspólników.

47. Nie uważam także, by miała znaczenie okoliczność podniesiona w szczególności przez rządy austriacki i Zjednoczonego Królestwa, że spółka dokonująca emisji nowych akcji na giełdzie nie wie — w odróżnieniu od spółki osobowej przyjmującej nowego wspólnika — komu akcje zostaną sprzedane oraz że część lub wszyscy nabywcy mogą być handlowcami działającymi jako podatnicy w ramach prowadzonej działalności gospodarczej.

48. Niewątpliwie kwalifikacji transakcji dla celów podatku VAT można dokonywać wyłącznie przy uwzględnieniu charakteru, w jakim działa dostawca, a nie klient. Gdyby było inaczej, dostawa końcowa do prywatnego klienta nie byłaby czynnością opodatkowaną, co tym samym przeczyłoby charakterowi podatku VAT jako „ogólnego podatku konsumpcyjnego [...], który stosuje się aż do etapu sprzedaży detalicznej, łącznie z tym etapem”<sup>16</sup>.

49. Charakter, w jakim działa klient, jest istotny jedynie z punktu widzenia jego późniejszego prawa do odliczenia podatku VAT naliczonego od transakcji<sup>17</sup>. To, czy VAT zostanie naliczony, zależy od tego, czy dostawca jest „podatnikiem, który działa w takim charakterze”, a jeśli tak, czy transakcja jest opodatkowana, czy zwolniona.

50. Argument ten jest jednak w każdym wypadku oparty na założeniu, że emisja akcji może stanowić świadczenie na rzecz nowego akcjonariusza.

51. Istotnym elementem orzeczenia w sprawie KapHag jest jednak stwierdzenie, że nie dochodzi do dostawy na rzecz nowego wspólnika, czy to ze strony istniejących wspólników, czy spółki, zaś istotnym zagadnieniem w niniejszej sprawie jest, czy emisja akcji winna być w ogóle uznana za dostawę ze strony spółki. W tym zakresie wielce przekonywająca wydaje mi się analiza zaproponowana przez rząd włoski oraz w znacznym stopniu przez Komisję, ale w najpełniejszy sposób przez Kretztechnik.

52. Mimo że art. 6 ust. 1 szóstej dyrektywy definiuje świadczenie usług jako każdą czynność, która nie stanowi dostawy towarów,

15 — Wyżej wymieniona w przypisie 4, pkt 42.

16 — Zobacz art. 2 pierwszej dyrektywy Rady 67/227/EWG z dnia 11 kwietnia 1967 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących podatków obrotowych (Dz.U. 71, str. 1301).

17 — Zobacz wyrok z dnia 11 lipca 1991 r. w sprawie C-97/90 Lennartz, Rec. str. I-3795, pkt 8.

definicji tej niewątpliwie nie można interpretować w sposób skrajnie dosłowny. Zapewne rozsądniej byłoby interpretować, że jej celem jest określenie usługi jako wszystkiego, co jest przedmiotem czynności, a nie jest towarem.

W sposób oczywisty podmiot nie świadczy usług ani nie dokonuje dostawy, kiedy nabywa towary lub usługi.

53. Podatek VAT jest podatkiem obrotowym i konsumpcyjnym<sup>18</sup>. Opodatkowaniu podatkiem mogą podlegać jedynie czynności, które stanowią element obrotu podatnika i są etapami w łańcuchu, zwykle kończącym się konsumpcją przez ostatecznego konsumenta.

56. W przypadku emisji akcji, co jest świadczeniem usług lub dostawą, a co nabyciem?

54. Nie można przyjąć, że emisja akcji stanowi element obrotu spółki. Nie jest ona również świadczeniem, które zostaje konsumowane przez nowego akcjonariusza; nie jest on bowiem konsumentem lecz właścicielem części spółki.

57. Własność akcji spółki kapitałowej wiąże się z (potencjalną) własnością (pozostałego po likwidacji) ułamka aktywów spółki, która zwykle uprawnia akcjonariusza do ułamkowego udziału w zysku oraz pozostałej wartości majątku spółki w przypadku jej rozwiązania.

55. Ponadto należy pamiętać, iż czynność pomiędzy dwiema stronami ma dwa aspekty: jest ona z jednej strony świadczeniem usług lub dostawą, a z drugiej nabyciem<sup>19</sup>. Mimo to jedynie świadczenie lub dostawa, a nie nabycie, może stanowić czynność — opodatkowaną lub zwolnioną — należącą do zakresu przedmiotowego podatku VAT.

58. Sprzedaż udziałów przez udziałowca w rozumieniu art. 6 ust. 1 szóstej dyrektywy jest bez wątpienia świadczeniem usług, polegającym na przeniesieniu istniejących dóbr niematerialnych. Zakup nie stanowi inwestycji w spółkę w sensie wniesienia kapitału, ale raczej nabycie pewnych praw do kapitału, który już został wniesiony. Taki typ transakcji był przedmiotem wcześniejszego orzecznictwa Trybunału dotyczącego kwalifikacji dla celów podatku VAT czynności dotyczących udziałów.

59. Natomiast w przypadku emisji nowych akcji przez spółkę nie dochodzi do sprzedaży istniejących dóbr niematerialnych lub praw do części jej aktywów. Spółka dokonuje

18 — Zobacz tytuły wszystkich dyrektyw w sprawie VAT oraz art. 2 dyrektywy 67/227.

19 — W przypadku transakcji barterowych mamy oczywiście do czynienia z dwoma dostawami i dwoma nabyciami.

zwiększenia posiadanych aktywów, pozyskując kapitał oraz uznaje prawo własności nowych akcjonariuszy do pozostałej po likwidacji części wcześniej nieistniejącego ułamka powiększonych aktywów, wniesionego przez nich w formie kapitału.

60. Ten krok uniemożliwia zakwalifikowanie tego zdarzenia jako świadczenia usług przez spółkę. Z punktu widzenia spółki następuje nabycie kapitału, a nie dostawa i dlatego nie ma tu miejsca czynność, która mogłaby być opodatkowana podatkiem VAT lub od niego zwolniona. Z punktu widzenia akcjonariusza jest to inwestycja lub lokata kapitału, a nie jego nabycie<sup>20</sup>.

Dyrektywa w sprawie podatków pośrednich od gromadzenia kapitału

61. O ile emisja nowych akcji przez spółkę kapitałową nie stanowi dostawy objętej podatkiem VAT, o tyle może jednak podlegać innej formie opodatkowania, zharmonizowanej na poziomie wspólnotowym przepisami dyrektywy w sprawie podatków pośrednich od gromadzenia kapitału<sup>21</sup>.

20 — Zobacz także pkt 32 i 33 opinii rzecznika generalnego Ruiz-Jaraba w ww. w przypisie 4 sprawie KapHag.

21 — Dyrektywa Rady 69/335/EWG z dnia 17 lipca 1969 r. w sprawie podatków pośrednich od gromadzenia kapitału (Dz.U. L 249, str. 25).

62. Prawdą jest — jak zauważa rząd włoski — że art. 12 ust. 1 lit. f) tej dyrektywy stanowi, iż państwa członkowskie mogą pobrać podatek VAT od czynności, których wykaz przedstawiono w art. 10 i 11, wśród których widnieje również emisja akcji.

63. Niemniej jednak żaden z przepisów dyrektywy w sprawie podatków pośrednich od gromadzenia kapitału nie może skutkować opodatkowaniem podatkiem VAT czynności, która nie podlega temu podatkowi na mocy dyrektyw w sprawie podatku VAT. Artykuł 12 ust. 1 lit. f) może zatem odnosić się tylko do pozostałych czynności, o których mowa w art. 10 i 11, a które mogą podlegać podatkowi VAT na podstawie szóstej dyrektywy, takich jak np. zawodowy obrót akcjami.

64. Ponadto porównanie między dyrektywą w sprawie podatków pośrednich od gromadzenia kapitału oraz dyrektywami w sprawie podatku VAT sugeruje, że transakcje kapitałowe nie należą w ogóle do zakresu przedmiotowego podatku VAT, bez względu na to, czy zostaną uznane za czynności powodujące naliczenie podatku, czy czynności objęte podatkiem należnym.

65. Pierwsze dwa akapity preambuły pierwszej dyrektywy w sprawie podatku VAT<sup>22</sup> stanowią:

„głównym celem traktatu jest ustanowienie, w ramach unii gospodarczej, wspólnego

22 — Wyżej wymieniony w przypisie 16.

rynku, na którym istnieje zdrowa konkurencja i którego cechy są podobne do rynku krajowego;

osiągnięcie tego celu zakłada wcześniejsze wprowadzenie w państwach członkowskich ustawodawstwa dotyczącego podatków obrotowych, zapobiegającego naruszaniu zasad konkurencji i nieutrudniającego swobodnego przepływu towarów i usług wewnątrz wspólnego rynku”.

66. Natomiast pierwszy akapit preambuły dyrektywy w sprawie podatków pośrednich od gromadzenia kapitału stanowi:

„celem tego traktatu jest stworzenie unii gospodarczej o cechach podobnych do cech rynku krajowego, a jednym z istotnych warunków do osiągnięcia tego celu jest wspieranie swobodnego przepływu kapitału”.

67. Przywołane fragmenty zdają się potwierdzać pogląd, że owe dwie dyrektywy (łącznie) — i dwa obciążenia podatkowe — dotyczą różnych kategorii czynności. Oba podatki mają zapewnić wyrównane szanse na rynku wewnętrznym, jednak podatek VAT dotyczy swobodnego przepływu towarów i usług,

podatek kapitałowy dotyczy swobodnego przepływu kapitału. Tak jak podatek kapitałowy nie może być nakładany na dostawy towarów lub świadczenie usług, tak można przyjąć, że podatek VAT — jako podatek od obrotu i konsumpcji — nie może mieć zastosowania do podwyższania kapitału.

Wniosek w przedmiocie pytania pierwszego

68. Można zatem podsumować, że emisja nowych akcji przez spółkę w ogóle nie stanowi ani dostawy, ani świadczenia usług ze strony tego podmiotu, bądź też że jest to taki rodzaj czynności, którego podatek VAT w ogóle nie dotyczy. W każdym razie bezprzedmiotowe są różnorakie argumenty przedstawione w zakresie klasyfikacji tej czynności, oparte na założeniu, że jest ona świadczeniem objętym zakresem przedmiotowym podatku VAT.

69. Na pytanie pierwsze sądu krajowego należy zatem odpowiedzieć przecząco, w związku z czym drugie pytanie nie wymaga odpowiedzi.

*Pytanie trzecie*

70. Jeżeli emisja akcji nie może być uznana za dostawę realizowaną przez Kretztechnik

i będącą przedmiotem opodatkowania lub zwolnienia w ramach podatku VAT, wówczas należy w tym świetle rozważyć ustalenia sądu odsyłającego, według którego koszty spornych usług są związane wyłącznie z dopuszczeniem do obrotu na giełdzie w celu dokonania emisji.

w których dobra te są wykorzystywane lub do których są włączone. Prawo do odliczenia będzie uzależnione od tego, czy ta dostawa jest opodatkowana czy też nie.

71. Określenie prawa do odliczenia regulowane art. 17 szóstej dyrektywy opiera się na przypisaniu wydatków powodujących naliczenie podatku do czynności sprzedaży.

72. Wszelkie związki, jakie mogą występować pomiędzy tymi wydatkami a innymi zdarzeniami, takimi jak inne wydatki, czysto wewnętrzne czynności w przedsiębiorstwie podatnika, lub innymi niż dostawy zdarzeniami, niemieszczącymi się w ogóle w zakresie przedmiotowym podatku VAT, są pod tym względem po prostu bez znaczenia.

73. Dla przykładu, jeżeli nabywając jakieś dobro, handlowiec korzysta z usług brokera lub rzeczoznawcy, można powiedzieć, że koszt tych usług jest bezpośrednio, ściśle i w sposób wyłączny związany z nabyciem. Nie to jednak decyduje o tym, czy podatek VAT od tych usług podlega odliczeniu. Prawo do odliczenia musi być weryfikowane w oparciu o kwalifikację sprzedaży, na której potrzeby usługi są wykorzystywane. Czynności te zwykle obejmują dalszą dostawę dóbr lub towarów lub świadczenie usług,

74. Tak więc jeśli transakcja, z którą wydatek jest najściślej związany, nie należy do zakresu przedmiotowego podatku VAT, ponieważ w żadnym razie nie stanowi dostawy towarów lub świadczenia usług, nie ma ona znaczenia dla określenia prawa do odliczenia. Znaczenie ma tu ewentualny związek ze sprzedażą oraz okoliczność, czy są jest ona opodatkowana<sup>23</sup>.

75. Dlatego też w sprawie Kretztechnik należy rozważyć kwestię, czy kapitał pozyskany w efekcie emisji akcji został wykorzystany dla celów jednej lub kilku czynności opodatkowanych.

76. Wydaje się prawdopodobne, że użycie kapitału oraz usługi związane z pozyskaniem tego kapitału nie mogą być powiązane z żadnymi konkretnymi czynnościami opodatkowanymi, ale raczej powinny być przypisane do całokształtu działalności gospodarczej spółki. Nie powinno budzić żadnych wątpliwości, iż spółka handlowa, która podwyższa kapitał czyni to dla celów prowadzonej działalności gospodarczej.

<sup>23</sup> — Zobacz także ww. w przypisie 3 moja opinia w sprawie Abbey National, w szczególności pkt 35 i 46.

77. Strony wydają się być zgodne co do tego, że Kretztechnik dokonuje tylko sprzedaży opodatkowanej, zatem pozyskała kapitał działając w charakterze podatnika. W tej sytuacji podatek VAT naliczony od wydatków, które można uznać za koszty ogólne całokształtu działalności gospodarczej,

będzie podlegał odliczeniu w całości, zgodnie z orzecznictwem zreferowanym w pkt 27 niniejszej opinii. Jeśliby jednak spółka dokonywała także innego rodzaju sprzedaży, odliczeniu podlegałaby tylko jego część, obliczona zgodnie z art. 17 ust. 5 szóstej dyrektywy.

## Wnioski

78. Jestem zatem zdania, iż Trybunał powinien udzielić następujących odpowiedzi na pytania prejudycjalne postawione przez Unabhängiger Finanzsenat:

- „1) W razie wejścia na giełdę i związanej z tym emisji akcji na rzecz nowych akcjonariuszy za zapłatą ceny emisyjnej, spółka akcyjna nie dokonuje ani odpłatnej dostawy, ani odpłatnego świadczenia usług w rozumieniu art. 2 pkt 1 szóstej dyrektywy Rady 77/388/EWG z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych — wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku.
- 2) Podatek naliczony od usług nabytych dla celów takiej emisji akcji może zostać odliczony w zakresie, w jakim dokonywana przez spółkę sprzedaż jest opodatkowana podatkiem VAT, zgodnie z art. 17 ust 1, 2 i 5 szóstej dyrektywy”.