



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIK GENERALNEJ
JULIANE KOKOTT
przedstawiona w dniu 14 maja 2020 r.¹

Sprawa C-42/19

Sonaecom SGPS SA
przeciwko
Autoridade Tributária e Aduaneira

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Supremo Tribunal Administrativo (najwyższy sąd administracyjny, Portugalia)]

Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym – Wspólny system podatku od wartości dodanej – Dyrektywa 77/388/EWG – Pojęcie podatnika – Spółka holdingowa – Holding mieszany – Odliczenie podatku naliczonego – Wydatki na usługi doradcze oraz na emisję obligacji korporacyjnych w celu nabycia innej spółki – Zmiana w planowanych transakcjach objętych podatkiem należnym

I. Wprowadzenie

1. Prawo spółek holdingowych do odliczenia VAT było już wielokrotnie przedmiotem rozważań Trybunału². Niemniej jednak w praktyce kwestia ta nadal powoduje problemy. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy holding zarządza jedynie niektórymi udziałami w spółkach, natomiast świadczy usługi podlegające opodatkowaniu na rzecz innych posiadanych przez siebie spółek (tzw. holding mieszany).

2. W niniejszej sprawie, Sonaecom SGPS, S.A. (zwana dalej „Sonaecom”) chciała nabyć udziały w przedsiębiorstwie, a następnie świadczyć na rzecz tego przedsiębiorstwa usługi podlegające opodatkowaniu. W ramach przygotowań do transakcji spółka ta skorzystała z usług doradczych i usług związanych z emisją obligacji korporacyjnych. Sonaecom dokonał odpowiedniego odliczenia VAT. Jednakże portugalska administracja podatkowa zakwestionowała to odliczenie. Przyczyną tego był w szczególności brak możliwości realizacji inwestycji przez Sonaecom, który zamiast tego udostępnił zgromadzony w tym celu kapitał spółce dominującej grupy w formie zwolnionej z opodatkowania pożyczki.

3. W szczególności Trybunał będzie musiał wyjaśnić w tej sprawie, jaki wpływ na prawo do odliczenia ma ta zamiana czynności planowanej na faktycznie przeprowadzoną.

¹ Język oryginału: niemiecki.

² Zobacz chociażby wyroki: z dnia 8 listopada 2018 r., C&D Foods Acquisition (C-502/17, EU:C:2018:888); z dnia 17 października 2018 r., Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:834); z dnia 5 lipca 2018 r., Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537); z dnia 16 lipca 2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schiffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496); z dnia 13 marca 2008 r., Securenta (C-437/06, EU:C:2008:166); z dnia 6 września 2012 r., Portugal Telecom (C-496/11, EU:C:2012:557).

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

4. Ramy prawa Unii, w które wpisuje się wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, wyznacza dyrektywa 77/388/EWG (zwana dalej „szóstą dyrektywą”)³, która w międzyczasie została uchylona przez dyrektywę 2006/112/WE (zwaną dalej „dyrektywą VAT”)⁴. Odpowiednie przepisy obu dyrektyw są zasadniczo identyczne pod względem treści.

5. Zgodnie z art. 2 akapit pierwszy pkt 1 szóstej dyrektywy [obecnie art. 2 ust. 1 lit. a)–c) dyrektywy VAT] opodatkowaniu VAT podlega dostawa towarów lub usług świadczona odpłatnie na terytorium kraju przez podatnika, który jako taki występuje.

6. Artykuł 4 ust. 1 szóstej dyrektywy (obecnie art. 9 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy VAT) definiuje pojęcie „podatnika”:

„»Podatnikiem« jest każda osoba wykonująca samodzielnie i niezależnie od miejsca zamieszkania działalność gospodarczą, określoną w ust. 2, bez względu na cel czy też rezultaty takiej działalności”.

7. Artykuł 13 część B lit. d) pkt 1 szóstej dyrektywy [obecnie art. 135 ust. 1 lit. b) dyrektywy VAT] przewiduje zwolnienia na terytorium kraju:

„Nie naruszając innych przepisów Wspólnoty, państwa członkowskie zwalniają na warunkach, które ustalają w celu zapewnienia właściwego i prostego zastosowania zwolnień od podatku i zapobieżenia oszustwom podatkowym, unikaniu opodatkowania lub nadużyciom:

d) następujące transakcje:

1. udzielanie oraz negocjacje w sprawach kredytu, oraz zarządzanie kredytem przez osobę udzielającą go”.

8. Artykuł 17 ust. 1 i 2 lit. a) szóstej dyrektywy [obecnie art. 167 i 168 lit. a) dyrektywy VAT] reguluje powstanie i zakres prawa do odliczenia:

„1. Prawo do odliczenia powstaje w momencie, w którym odliczany podatek staje się wymagalny.

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 lub zapłaconego podatku od wartości dodanej od towarów lub usług dostarczonych lub, które mają być podatnikowi dostarczone przez innego podatnika”.

3 Szósta dyrektywa Rady z dnia 17 maja 1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednoliconą podstawą wymiaru podatku (77/388/EWG) (Dz.U. 1977, L 145, s. 1) w brzmieniu zmienionym dyrektywą Rady 2004/66/WE z dnia 26 kwietnia 2004 r. (Dz.U. 2004, L 168, s. 35).

4 Dyrektywa Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.U. 2006, L 347, s. 1) w brzmieniu zmienionym dyrektywą Rady (UE) 2019/475 z dnia 18 lutego 2019 r. (Dz.U. 2019, L 83, s. 42).

B. Prawo portugalskie

9. Artykuł 9 ust. 28 lit. a) Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado (portugalskiego kodeksu podatku od wartości dodanej) stanowił w okresie będącym przedmiotem sporu:

„Z podatku są zwolnione:

28 [n]astępujące transakcje:

- a) udzielanie kredytów i pośrednictwo kredytowe w dowolnej postaci, łącznie z transakcjami dyskontowania i redyskontowania, oraz administrowanie i zarządzanie kredytami przez podmiot, który ich udzielił”.

III. Stan faktyczny i postępowanie główne

10. Sonaecom jest spółką holdingową, która nabywa i posiada udziały w spółkach, zarządza nimi i pobiera wynikające stąd dochody. Ponadto zarządza ona przedsiębiorstwami, które działają w branży telekomunikacyjnej, mediów, oprogramowania i integracji systemów, oraz koordynuje strategicznie te przedsiębiorstwa. Sonaecom twierdzi, że otrzymał odpowiednie świadczenia wzajemne za usługi zarządzania i koordynacji strategicznej, które to usługi były w całości opodatkowane.

11. W 2005 r. Sonaecom zamierzał zainwestować w nowy obszar działalności „Triple Play”, który obejmuje rozrywkę audiowizualną, telefonię i Internet. W tym celu Sonaecom skorzystał, po pierwsze, z usług doradczych świadczonych przez dwa przedsiębiorstwa, które prowadziły badanie rynku w odniesieniu do ewentualnego nabycia przez Sonaecom udziałów operatora telekomunikacyjnego Cabovisão. Od usług tych należny był VAT w wysokości 212 627,56 EUR.

12. Po drugie, Sonaecom zapłacił bankowi inwestycyjnemu podlegającą opodatkowaniu prowizję za zorganizowanie, opracowanie struktury i zabezpieczenie prywatnej emisji obligacji zwanych „Obligacje Sonaecom SGPS 2005” o wartości 150 000 000 EUR. Od tej kwoty należny był VAT w wysokości 769 500,00 EUR. Według informacji przedstawionych przez Sonaecom planował on za pomocą tak uzyskanego kapitału nabyć udziały w Cabovisão, a następnie świadczyć na rzecz tej spółki podlegające VAT usługi pomocy technicznej i zarządzania.

13. Jednakże do nabycia udziałów w Cabovisão nie doszło. Sonaecom udostępnił zatem kapitał uzyskany dzięki emisji obligacji spółce dominującej grupy, Sonae SGPS S.A., jako pożyczkę.

14. Za rok 2005 Sonaecom dokonał odliczenia podatku naliczonego z tytułu usług doradczych (w deklaracji z grudnia 2005 r.) i prowizji (w deklaracji z czerwca 2005 r.) na łączną kwotę 982 127,56 EUR.

15. Autoridade Tributária e Adunaeira (organ podatkowy i celny, Portugalia) dokonał – w następstwie kontroli – korekty zobowiązania podatkowego w 2008 r. i zażądał zapłaty wynikających z deklaracji podatków wraz z odsetkami w wysokości 106 548,20 EUR, czyli łącznie 1 088 675,77 EUR. W uzasadnieniu organ stwierdził z jednej strony, że nabywanie udziałów nie wchodzi w zakres stosowania VAT, a z drugiej, że udzielanie kredytów jest zwolnione z podatku na podstawie art. 13 części B lit. d) pkt 1 szóstej dyrektywy.

16. Skarga wniesiona w październiku 2008 r. przeciwko ustaleniu tych należności podatkowych została oddalona w 2016 r. przez Tribunal Administrativo e Fiscal de Porto (sąd administracyjny i podatkowy w Porto, Portugalia). W jego opinii VAT naliczony od usług doradztwa nie podlega odliczeniu, ponieważ planowane nabycie udziałów w spółkach i zarządzanie nimi nie stanowią działalności

gospodarczej. VAT od prowizji za emisję obligacji nie podlega odliczeniu, ponieważ kapitał został w całości przeniesiony na spółkę dominującą grupy, a Sonaecom ani nie wykazał, że spółki, w których ma udziały, odniosły z tego kapitału korzyści, ani że kapitał ten został wykorzystany w ramach transakcji objętej podatkiem należnym, dającej prawo do odliczenia.

17. Sonaecom wniósł odwołanie od powyższego wyroku. Sonaecom uważa, że rozpatrywane transakcje nabycia, ze względu na sam ich charakter, stanowią co najmniej część kosztów, które musi ponieść, aby móc należycie wykonywać usługi zwykle przez niego świadczone na rzecz spółek, w których posiada udziały. Zdaniem Sonaecom bierze on udział – wielokrotnie i w istotnym stopniu – w zarządzaniu tymi spółkami, między innymi poprzez współpracę w określaniu ich strategii i w świadczeniu odpłatnych usług, a zatem często musi sam nabywać rozmaite towary i usługi.

IV. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym i postępowanie przed Trybunałem

18. Postanowieniem z dnia 5 grudnia 2018 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 24 stycznia 2019 r., Supremo Tribunal Administrativo (najwyższy sąd administracyjny, Portugalia) postanowił zwrócić się do Trybunału na podstawie art. 267 TFUE z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1. Czy odliczenie przez wnoszącą odwołanie Sonaecom SGPS podatku naliczonego za usługi doradztwa w zakresie badania rynku w perspektywie nabycia udziałów w kapitale spółek, jeżeli przedmiotowe nabycie nie doszło do skutku, jest zgodne z przepisami dotyczącymi odliczeń VAT ustanowionymi w szóstej dyrektywie VAT, a konkretnie w art. 4 ust. 1 i 2 oraz art. 17 ust. 1, 2 i 5?
2. Czy odliczenie przez wnoszącą odwołanie Sonaecom SGPS podatku naliczonego od zapłaty BCP prowizji za zorganizowanie i opracowanie struktury pożyczki obligacyjnej, której zaciągnięcie planowano w celu włączenia się do struktury finansowania spółek, w których wnosząca odwołanie posiada udziały, który to podatek, gdy rozpatrywane inwestycje nie doszły do skutku, obciążył w całości Sonaecom, SGPS, spółkę dominującą grupy, jest zgodne z przepisami dotyczącymi odliczeń VAT ustanowionymi w szóstej dyrektywie VAT, a konkretnie w art. 4 ust. 1 i 2 oraz art. 17 ust. 1, 2 i 5?

19. Sonaecom, Republika Portugalska i Komisja Europejska przedstawiły na piśmie i ustnie podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 12 lutego 2020 r. swoje uwagi w przedmiocie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

V. Ocena prawna

A. W przedmiocie odliczenia podatku naliczonego od kosztów usług doradztwa (pierwsze pytanie prejudycjalne)

20. W pierwszym pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy odliczenie dokonane przez Sonaecom jest zgodne z szóstą dyrektywą. Sąd ten stawia zatem ostatecznie pytanie o zgodność z prawem Unii zadeklarowanego przez Sonaecom odliczenia VAT. Tymczasem z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wynika, że sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy art. 17 i 4 szóstej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że spółka holdingowa, znajdująca się w sytuacji takiej jak Sonaecom, ma prawo do odliczenia VAT zapłaconego od niektórych usług.

21. Ponadto sąd odsyłający pomija okoliczność, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału samo nabywanie udziałów w przedsiębiorstwach przez holding nie stanowi działalności gospodarczej w rozumieniu prawa dotyczącego VAT⁵. Inaczej jest tylko wtedy, gdy holding bierze udział w zarządzaniu spółką nabywaną⁶. Sąd odsyłający nie stwierdził jednak, że Sonaecom planował świadczyć podlegające opodatkowaniu usługi na rzecz Cabovisão, w której chciał nabyć udziały.

22. Sonaecom podniósł jednak, że po nabyciu udziałów w Cabovisão zamierzał świadczyć na rzecz tej spółki podlegające opodatkowaniu usługi. Po zakończeniu tego postępowania sąd odsyłający może jeszcze stwierdzić, czy istniały obiektywne przesłanki wskazujące na taki zamiar.

23. Należy zatem przeformułować pierwsze pytanie prejudycjalne w taki sposób, aby ustalić, czy holding mieszany ma prawo do odliczenia, zgodnie z art. 17 i 4 szóstej dyrektywy, podatku naliczonego od usług doradczych związanych z badaniem rynku w celu nabycia udziałów w spółkach. Pytanie to nasuwa się w szczególności dlatego, że holding zamierzał świadczyć podlegające opodatkowaniu usługi na rzecz spółki, którą planował nabyć, lecz wobec braku nabycia nie doszło do tego.

24. Z orzecznictwa Trybunału można wywieść odpowiedź na powyższe pytanie. Oprócz tego, czy holdingi mieszane mogą mieć status podatnika (w tej kwestii zob. poniżej pkt 1), Trybunał w sprawie Rynair⁷ ostatnio ponownie potwierdził w szczególności możliwość odliczenia kosztów powstałych w ramach przygotowywania się do działalności, której podatnik później nie wykonuje (w tej kwestii zob. poniżej pkt 2). Przy tej okazji Trybunał wypowiedział się również w przedmiocie bezpośredniego i ścisłego związku pomiędzy transakcjami powodującymi naliczenie podatku a transakcjami objętymi podatkiem należnym (w tej kwestii zob. poniżej pkt 3). Występująca regularnie w tych przypadkach dysproporcja pomiędzy kwotą odliczenia podatku naliczonego a kwotą zobowiązania podatkowego holdingu ze względu na jego planowane usługi zarządzania jest bez znaczenia (w tej kwestii zob. poniżej pkt 4).

1. W przedmiocie posiadania przez holding mieszany statusu podatnika

25. Zgodnie z art. 17 ust. 2 szóstej dyrektywy jedynie podatnik w rozumieniu art. 4 jest uprawniony do odliczenia. Kwestia, czy i w jakim zakresie spółka holdingowa jest podatnikiem, była wielokrotnie przedmiotem orzecznictwa Trybunału.

26. Konkretnie w kwestii prawa spółki holdingowej do odliczenia Trybunał rozstrzygnął, że nie jest ona podatnikiem VAT w rozumieniu art. 4 szóstej dyrektywy (obecnie art. 9 dyrektywy VAT), a zatem nie jest uprawniona do odliczenia na podstawie art. 17 szóstej dyrektywy (obecnie art. 167 i 168 dyrektywy VAT), gdy jej jedynym celem jest nabywanie udziałów w innych przedsiębiorstwach bez uczestniczenia – bez uszczerbku dla przysługujących jej praw jako akcjonariuszowi lub współnikowi – bezpośrednio lub pośrednio w zarządzaniu tymi przedsiębiorstwami⁸ (tzw. holding finansowy).

5 Wyroki: z dnia 8 listopada 2018 r., C&D Foods Acquisition (C-502/17, EU:C:2018:888, pkt 30); z dnia 17 października 2018 r., Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:834, pkt 16); z dnia 5 lipca 2018 r., Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, pkt 28).

6 Wyroki: z dnia 8 listopada 2018 r., C&D Foods Acquisition (C-502/17, EU:C:2018:888, pkt 32); z dnia 17 października 2018 r., Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:834, pkt 17); z dnia 5 lipca 2018 r., Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, pkt 29).

7 Wyrok z dnia 17 października 2018 r. (C-249/17, EU:C:2018:834), a także moja opinia w tej sprawie (EU:C:2018:301).

8 Wyroki: z dnia 5 lipca 2018 r., Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, pkt 27); z dnia 16 lipca 2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schiffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, pkt 18).

27. Samo nabywanie i posiadanie udziałów nie powinno być uznawane, w rozumieniu dyrektywy VAT, za działalność gospodarczą przyznającą nabywcy lub posiadaczowi status podatnika. W rzeczywistości bowiem samo nabycie udziałów kapitałowych w innych przedsiębiorstwach nie stanowi korzystania z rzeczy mającego na celu osiągnięcie stałych dochodów, ponieważ otrzymanie ewentualnej dywidendy będącej owocem tego udziału wynika z samej własności rzeczy⁹.

28. Jednakże inaczej jest w przypadku tzw. holdingów zarządzających lub inwestycyjnych. Jak podkreśla Trybunał w swoim utrwalonym orzecznictwie, holdingi te mają status podatnika, jeżeli bezpośrednio lub pośrednio biorą udział w zarządzaniu spółką, w której udział został nabyty. Ma to zastosowanie, o ile dzięki temu udziałowi w zarządzaniu holding dokonuje transakcji, które podlegają opodatkowaniu VAT¹⁰. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem niewyczerpujące przykłady tego¹¹ stanowi świadczenie usług administracyjnych, księgowych, finansowych, handlowych, informatycznych i technicznych przez holding na rzecz jego spółek zależnych¹².

29. Podobnie jest w przypadku, gdy spółka holdingowa prowadzi inną działalność gospodarczą, taką jak wynajem gruntów i budynków osobom trzecim lub swoim spółkom zależnym¹³. Bezpośrednie, trwałe i konieczne przedłużenie opodatkowanej już działalności holdingu jest również objęte zakresem stosowania VAT¹⁴.

30. Dotyczy to również holdingu mieszanego. Holding mieszany jest spółką, która obok swojej niemającej charakteru gospodarczego działalności holdingowej, polegającej na posiadaniu udziałów w innych spółkach i niepodlegającej opodatkowaniu VAT, prowadzi również działalność gospodarczą¹⁵. Z orzecznictwa wynika, że także i holding mieszany, który nie tylko posiada udziały w spółkach, lecz również świadczy niektórym z tych spółek odpłatne i podlegające opodatkowaniu usługi, jest w tym ostatnim zakresie podatnikiem¹⁶, któremu odliczenie podatku naliczonego przysługuje jednakże tylko częściowo.

31. Sonaecom, który zamierzał świadczyć odpłatnie usługi techniczne i zarządzania spółce, w której planował nabyć udziały, jest takim holdingiem mieszanym, a zatem co do zasady jest podatnikiem w rozumieniu art. 4 szóstej dyrektywy (obecnie art. 9 dyrektywy VAT).

2. W przedmiocie odliczenia podatku z tytułu planowanej działalności gospodarczej

32. Prawo Sonaecom do odliczenia podatku naliczonego od usług doradczych powstało co do zasady niezależnie od faktu, że ostatecznie spółka ta nie nabyła udziałów w Cabovisão.

9 Wyroki: z dnia 5 lipca 2018 r., Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, pkt 28); z dnia 16 lipca 2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schiffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, pkt 19).

10 Wyroki: z dnia 8 listopada 2018 r., C&D Foods Acquisition (C-502/17, EU:C:2018:888, pkt 32); z dnia 17 października 2018 r., Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:834, pkt 17); z dnia 5 lipca 2018 r., Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, pkt 29); z dnia 16 lipca 2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schiffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, pkt 20).

11 Tak wyraźnie wyrok z dnia 5 lipca 2018 r., Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, pkt 31).

12 Wyroki: z dnia 8 listopada 2018 r., C&D Foods Acquisition (C-502/17, EU:C:2018:888, pkt 32); z dnia 5 lipca 2018 r., Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, pkt 30, 31); z dnia 16 lipca 2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schiffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, pkt 21).

13 Zobacz w tym ostatnim względzie wyrok z dnia 5 lipca 2018 r., Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, pkt 32). Jednakże kwestia, czy wynajem nieruchomości może i powinien być rzeczywiście rozumiany jako „uczestnictwo holdingu w zarządzaniu jego spółką zależną”, jest raczej wątpliwa.

14 Wyroki: z dnia 8 listopada 2018 r., C&D Foods Acquisition (C-502/17, EU:C:2018:888, pkt 33); z dnia 29 października 2009 r., AB SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, pkt 31); z dnia 29 kwietnia 2004 r., EDM (C-77/01, EU:C:2004:243, pkt 70).

15 Moja opinia w sprawie Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:301, pkt 31, przypis 21); opinia rzecznika generalnego P. Légera w sprawie EDM (C-77/01, EU:C:2002:483, pkt 2, przypis 3); opinia rzecznik generalnej C. Stix-Hackl w sprawie Cibo Participations (C-16/00, EU:C:2001:131, pkt 16).

16 Wyroki: z dnia 13 marca 2008 r., Securita (C-437/06, EU:C:2008:166, pkt 31); z dnia 29 kwietnia 2004 r., EDM (C-77/01, EU:C:2004:243, pkt 80); z dnia 27 września 2001 r., Cibo Participations (C-16/00, EU:C:2001:495, pkt 22).

33. Zgodnie bowiem z orzecznictwem Trybunału prawo do odliczenia przysługuje także w przypadku inwestycji, które nie doszły do skutku. W odniesieniu do kosztów, które zostały poniesione na etapie przygotowania działalności gospodarczej, można dokonać odliczenia także wówczas, gdy nie dochodzi do podjęcia działalności gospodarczej ani do planowanych transakcji podlegających opodatkowaniu¹⁷. Wynika to z neutralności systemu VAT. Zgodnie z tą zasadą już czynności przygotowawcze przedsiębiorstwa powinny być zwolnione z ewentualnego obciążenia VAT.

34. Dlatego też w sprawie Ryanair Trybunał orzekł, że spółkę, która ma zamiar nabyć akcje innej spółki i która dokonuje czynności przygotowawczych z zamiarem prowadzenia działalności gospodarczej polegającej na uczestniczeniu w zarządzaniu tą spółką poprzez świadczenie na jej rzecz usług w zakresie zarządzania opodatkowanych VAT, należy uważać za podatnika w rozumieniu szóstej dyrektywy¹⁸.

35. W niniejszej sprawie nic innego nie ma co do zasady zastosowania do Sonaecom, który zamierzał świadczyć podlegające opodatkowaniu usługi na rzecz Cabovisão, którą planował nabyć.

3. W przedmiocie bezpośredniego i ścisłego związku pomiędzy usługami doradztwa a planowanymi usługami

36. Pozostaje zatem jedynie rozważenie kwestii bezpośredniego i ścisłego związku między kosztami usług doradztwa, które powstały w powiązaniu z planowanym nabyciem udziałów, a usługami, które Sonaecom zamierzał świadczyć na rzecz Cabovisão.

37. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału dane wydatki pozostają w bezpośrednim i ścisłym związku z określonymi transakcjami objętymi podatkiem należnym, jeżeli stanowią element składowy ceny tych transakcji¹⁹. Ponadto przedsiębiorstwo może skorzystać z odliczenia podatku naliczonego w odniesieniu do kosztów ogólnych, które stanowią elementy składowe ceny wszystkich jego produktów²⁰.

38. Zatem spółka, która ma zamiar nabyć wszystkie akcje innej spółki w celu świadczenia na rzecz tej ostatniej usług w zakresie zarządzania opodatkowanych VAT, może dokonać pełnego odliczenia podatku naliczonego w związku z wydatkami dotyczącymi usług doradczych, poniesionymi w ramach formalnej oferty nabycia²¹.

39. Można to zastosować do holdingów mieszanych. Jest tak w każdym razie w zakresie, w jakim holding ponosi koszty związane z nabyciem udziałów w spółkach zależnych, na rzecz których świadczy lub zamierza świadczyć usługi podlegające opodatkowaniu. W tym zakresie wykonuje on działalność gospodarczą²² i jest uprawniony do odliczenia.

17 Wyroki: z dnia 17 października 2018 r., Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:834, pkt 18); z dnia 22 października 2015 r., Sveda (C-126/14, EU:C:2015:712, pkt 20); z dnia 14 marca 2013 r., Ablesio, (C-527/11, EU:C:2013:168, pkt 25); z dnia 29 lutego 1996 r., Inzo (C-110/94, EU:C:1996:67, pkt 17); z dnia 14 lutego 1985 r., Rompelman (268/83, EU:C:1985:74, pkt 23, 24); a także moja opinia w sprawie Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:301, pkt 16, 26).

18 Wyrok z dnia 17 października 2018 r., Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:834, pkt 19 i sentencja).

19 Wyroki: z dnia 3 lipca 2019 r., The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge (C-316/18, EU:C:2019:559, pkt 25); z dnia 17 października 2018 r., Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:834, pkt 26); z dnia 14 września 2017 r., Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:683, pkt 28); z dnia 16 lipca 2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schifffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, pkt 23).

20 Wyroki: z dnia 3 lipca 2019 r., The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge (C-316/18, EU:C:2019:559, pkt 26); z dnia 17 października 2018 r., Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:834, pkt 27); z dnia 14 września 2017 r., Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:683, pkt 29); z dnia 16 lipca 2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schifffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, pkt 24).

21 Wyrok z dnia 17 października 2018 r., Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:834, pkt 32 i sentencja).

22 Wyroki: z dnia 5 lipca 2018 r., Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, pkt 36); z dnia 16 lipca 2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schifffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, pkt 25); z dnia 13 marca 2008 r., Securenta (C-437/06, EU:C:2008:166, pkt 28).

40. W niniejszym przypadku Sonaecom korzystał z usług doradczych w celu nabycia udziałów w Cabovisão, a następnie świadczenia na rzecz tej spółki usług podlegających opodatkowaniu. Wydatki te mają bezpośredni i ścisły związek z planowanym świadczeniem usług podlegających opodatkowaniu. W tym względzie Sonaecom jest co do zasady uprawniony do pełnego odliczenia VAT.

4. W przedmiocie zakresu prawa do odliczenia

41. Nawet jeśli sąd odsyłający nie wskazał, jaka byłaby kwota wynagrodzenia za planowane usługi podlegające opodatkowaniu, należy przyjąć, że VAT wynikający z tych czynności jest znacznie niższy od kwoty dokonanego odliczenia.

42. W niniejszej sprawie dokonano odliczenia w wysokości około 210 000 EUR, do czego należy jeszcze dodać kwotę około 770 000 EUR wynikającą z organizacji emisji obligacji. Ta dysproporcja pomiędzy zakresem odliczenia podatku naliczonego a własnym zobowiązaniem podatkowym występuje w większości przypadków dotyczących holdingów. Na pierwszy rzut oka budzi ona pewne wątpliwości i rodzi pytanie, czy w takich przypadkach nie należy ograniczyć zakresu odliczenia.

43. Jednak wątpliwości te znikają przy dokładniejszym rozważeniu tej kwestii. Po pierwsze, dysproporcja ta pojawia się jedynie w przypadku analizy selektywnej, która nie uwzględnia faktu, że podlegające opodatkowaniu usługi są świadczone przez wiele lat. Po drugie, prawo dotyczące VAT nie przewiduje, że musi istnieć związek pomiędzy kwotą odliczenia podatku naliczonego a kwotą zobowiązania podatkowego²³.

44. Ryczałtowe obniżenie odliczenia podatku naliczonego z tytułu niepodlegającej opodatkowaniu działalności holdingowej jest również wykluczone, jeżeli koszty usług powodujących naliczenie podatku mogą zostać bezpośrednio przypisane do określonych usług podlegających opodatkowaniu podatkiem należnym. Dla uzasadnienia obniżenia proporcjonalnego nie można również powoływać się na wyrok *Larentia + Minerva i Marenave Schiffahrt*²⁴. Wprawdzie w wyroku tym rozważano proporcjonalne odliczenie podatku naliczonego, dotyczyło to jednak wyłącznie sytuacji, w której koszty powodujące powstanie podatku naliczonego mogłyby zostać przypisane również innym spółkom zależnym, w zarządzaniu którymi, jako usługodawcy podlegającej opodatkowaniu, holding nie uczestniczył. Taka sytuacja nie zachodzi w niniejszym przypadku.

45. Ponadto taka dysproporcja jest ostatecznie konsekwencją orzecznictwa Trybunału, zgodnie z którym spółki holdingowe mają prawo do odliczenia VAT tylko wtedy, gdy świadczą odpłatne usługi na rzecz spółek, w których mają udziały (zob. pkt 26 i nast.). Gdyby co do zasady przyznać kontrolującym holdingom – działającym pod względem gospodarczym poprzez kontrolowane przez nie spółki, w których holdingi posiadają udziały – prawo do odliczenia podatku naliczonego od kosztów ponoszonych przez holding, holdingi te nie byłyby zmuszone do posługiwania się sztucznymi konstrukcjami usług podlegających opodatkowaniu²⁵ w celu uniknięcia ostatecznego obciążenia VAT w ramach grupy.

²³ Zobacz wyroki: z dnia 17 października 2018 r., *Ryanair* (C-249/17, EU:C:2018:834, pkt 23); z dnia 22 października 2015 r., *Sveda* (C-126/14, EU:C:2015:712, pkt 17); z dnia 14 marca 2013 r., *Ablesio* (C-527/11, EU:C:2013:168, pkt 23); z dnia 14 lutego 1985 r., *Rompelman* (268/83, EU:C:1985:74, pkt 19): Wspólny system VAT gwarantuje neutralność jakiegokolwiek działalności gospodarczej w zakresie obciążeń podatkowych, bez względu na jej cel i rezultaty, pod warunkiem że sama ta działalność podlega co do zasady opodatkowaniu VAT.

²⁴ Wyrok z dnia 16 lipca 2015 r. (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, pkt 29).

²⁵ Na problem ten zwróciłam już uwagę w mojej opinii w sprawie *Ryanair* (C-249/17, EU:C:2018:301, pkt 28).

46. Zasada neutralności formy prawnej – którą podkreśla także Trybunał w dziedzinie prawa dotyczącego VAT²⁶ – przemawia raczej za pełnym odliczeniem podatku naliczonego przez kontrolujący holding. Całkowicie trafne jest stwierdzenie, że posiadanie akcji nie czyni z akcjonariusza podatnika wykonującego działalność gospodarczą (zob. pkt 27 powyżej). Jednakże to, czy akcjonariusz kontrolujący spółkę w 100% nie prowadzi działalności gospodarczej za pośrednictwem „swojej” spółki kontrolowanej w takim samym stopniu jak jednoosobowy przedsiębiorca, a zatem czy tak jak ten ostatni nie powinien on być zwolniony z VAT naliczonego w związku z tą działalnością, jest inną kwestią, co do której Trybunał nigdy wyraźnie nie udzielił odpowiedzi przeczącej.

47. Zasada neutralności formy prawnej przemawia za tym, że w obu przypadkach koszty zarządzania przedsiębiorstwem powinny być zwolnione z VAT, gdy przedsiębiorstwo samo dokonuje transakcji dających prawo do odliczenia: Jednoosobowy przedsiębiorca prowadzi bezpośrednio działalność gospodarczą, wspólnik kontrolujący pośrednio – poprzez spółkę kontrolowaną. Żaden z tych dwóch podmiotów (jednoosobowy przedsiębiorca ani wspólnik kontrolujący) nie powinien zatem być zmuszony do zawierania odpłatnych umów o świadczenie usług ze „swoim” przedsiębiorstwem, aby zostać uznanym za podatnika.

5. Wnioski

48. Wynika z tego, że holding mieszany, taki jak Sonaecom, ma prawo do pełnego odliczenia podatku naliczonego zgodnie z art. 17 i 4 szóstej dyrektywy z tytułu kosztów nabycia udziałów w spółce, na rzecz której zamierzał on świadczyć usługi podlegające opodatkowaniu. Do sądu odsyłającego należy ustalenie tego ostatniego elementu stanu faktycznego. Prawo do odliczenia powstaje także wtedy, gdy ostatecznie nie dokonano tego nabycia, i ma ono zastosowanie niezależnie od kwoty VAT, jaka byłaby należna z tytułu planowanych usług.

B. W przedmiocie odliczenia podatku naliczonego z tytułu kosztów emisji obligacji (drugie pytanie prejudycjalne)

49. Należy również przeformułować drugie pytanie prejudycjalne²⁷. Sąd odsyłający dąży zasadniczo do ustalenia, czy holding mieszany ma na podstawie art. 17 i 4 szóstej dyrektywy prawo do odliczenia podatku naliczonego od kosztów organizacji i opracowania struktury pożyczki obligacyjnej, która została zrealizowana w celu nabycia udziałów w przedsiębiorstwie, na rzecz którego holding zamierzał świadczyć odpłatne usługi. W szczególności sąd odsyłający stawia pytanie, jakie są skutki, jeżeli nie doszło do nabycia udziałów w przedsiębiorstwie, a zamiast tego holding udostępnił uzyskany kapitał spółce dominującej grupy bez opodatkowania jako pożyczkę.

50. W tym celu należy zbadać, czy dla odliczenia podatku naliczonego przez Sonaecom decydujące jest planowane, podlegające opodatkowaniu wykorzystanie zgromadzonego kapitału lub zwolnione z opodatkowania wykorzystanie tego kapitału, które miało faktycznie miejsce (w tej kwestii zob. poniżej pkt 1). Następnie należy rozpatrzyć podniesioną przez Sonaecom kwestię, czy „wykorzystanie” kapitału na rzecz spółek operacyjnych, które miało miejsce później, w innym okresie podatkowym, ma jakiegokolwiek skutki (w tej kwestii zob. poniżej pkt 2).

²⁶ Zobacz w zakresie zwolnień wyroki: z dnia 28 czerwca 2007 r., JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust i The Association of Investment Trust Companies (C-363/05, EU:C:2007:391, pkt 26); z dnia 4 maja 2006 r., Abbey National (C-169/04, EU:C:2006:289, pkt 53); z dnia 3 kwietnia 2003 r., Hoffmann (C-144/00, EU:C:2003:192, pkt 24); z dnia 10 września 2002 r., Kügler (C-141/00, EU:C:2002:473, pkt 30); z dnia 7 września 1999 r., Gregg (C-216/97, EU:C:1999:390, pkt 20).

²⁷ Zobacz pkt 20 i nast. niniejszej opinii.

1. W przedmiocie ustalenia odliczenia podatku naliczonego na podstawie faktycznego wykorzystania

51. Zakres prawa do odliczenia jest uregulowany w art. 17 ust. 2 lit. a) szóstej dyrektywy (obecnie art. 168 dyrektywy VAT). Zgodnie z tym przepisem podatnik jest uprawniony do odliczenia VAT, o ile towary i usługi wykorzystywane są na potrzeby opodatkowanych transakcji podatnika.

52. W niniejszym przypadku Sonaecom zamierzał wykorzystać kapitał zgromadzony w drodze emisji obligacji do nabycia udziałów w Cabovisão. Tym samym koszty emisji obligacji pozostają w bezpośrednim i ścisłym związku z nabyciem udziałów. Jak już wskazano powyżej²⁸, niedokonanie planowanych transakcji jest bez znaczenia.

53. Jeśli jednak podatnik faktycznie prowadzi w tym samym okresie podatkowym działalność zwolnioną z podatku zamiast pierwotnie planowanej działalności podlegającej opodatkowaniu, powstaje pytanie, czy nie ma to wpływu na już dokonane odliczenie. Ostatecznie pytanie to dotyczy stosunku pomiędzy planowaną a faktycznie wykonywaną działalnością w odniesieniu do odliczenia VAT. Moim zdaniem faktyczne wykorzystanie powinno być decydujące, jeżeli daną transakcję, od której naliczony jest podatek, można powiązać z określoną, faktycznie dokonaną transakcją objętą podatkiem należnym.

54. Wynika to przede wszystkim z samego art. 17 ust. 2 szóstej dyrektywy (obecnie art. 168 dyrektywy VAT). Zgodnie z tym przepisem podatnik może dokonać odliczenia podatku naliczonego tylko w takim zakresie, w jakim towary i usługi są *wykorzystywane* na potrzeby opodatkowanych transakcji podatnika. Prawo do odliczenia VAT opiera się zatem na podejściu odnoszącym się do transakcji, dla którego decydujące znaczenie ma faktyczne wykorzystanie.

55. Ponadto, jeśli chodzi o podział podatku naliczonego w odniesieniu do towarów o mieszanym przeznaczeniu, Trybunał orzekł, że państwa członkowskie mogą przewidzieć inne metody obliczania niż formuły oparte na wielkości obrotu i przewidziane w szóstej dyrektywie względnie w dyrektywie VAT, pod warunkiem że przyjęta metoda gwarantuje dokładniejszy wynik²⁹. Podział w zależności od faktycznego wykorzystania jest najbardziej precyzyjną możliwością ustalenia odliczenia VAT zgodnie z rzeczywistością i w związku z tym ma pierwszeństwo przed samym tylko uwzględnieniem przewidywanego – a zatem jeszcze niepewnego – wykorzystania przez podatnika. Ponadto zasady dotyczące korekty odliczenia (art. 20 szóstej dyrektywy czy też obecnie art. 184 i 185 dyrektywy VAT) wskazują, że pierwotne odliczenie jest ostatecznie dostosowane w sposób możliwie najdokładniejszy do faktycznego wykorzystania, aby uniknąć „nieuzasadnionych korzyści lub strat” (zob. art. 20 ust. 6 szóstej dyrektywy względnie art. 192 dyrektywy VAT).

56. Wreszcie ocena art. 17 szóstej dyrektywy (obecnie art. 168 i 169 dyrektywy VAT) oraz zasada neutralności przemawiają również za uwzględnieniem przede wszystkim faktycznego wykorzystania, gdy takie wykorzystanie ma miejsce. Artykuł 17 ust. 2 i 3 szóstej dyrektywy względnie art. 168 i 169 dyrektywy VAT mają na celu jedynie uwolnienie podatnika za pomocą odliczenia od ciężaru VAT należnego, który jest (zazwyczaj³⁰) związany z transakcjami objętymi podatkiem należnym. Jednakże w sytuacji gdy istnieje bezpośredni i ścisły związek z działalnością zwolnioną od podatku, prawo do odliczenia z reguły nie przysługuje³¹.

28 Punkt 32 i nast. niniejszej opinii.

29 Wyroki: z dnia 9 czerwca 2016 r., Wolfgang und Dr. Wilfried Rey Grundstücksgemeinschaft (C-332/14, EU:C:2016:417, pkt 33); z dnia 8 listopada 2012 r., BLC Baumarkt (C-511/10, EU:C:2012:689, pkt 23 i nast., sentencja), dotyczące kryterium podziału według powierzchni na podstawie niemieckiego prawa dotyczącego podatku obrotowego.

30 Niektóre wyjątki są uregulowane na przykład w art. 169 dyrektywy VAT.

31 Wyroki: z dnia 14 września 2017 r., Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:683, pkt 30); z dnia 29 października 2009 r., AB SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, pkt 59); z dnia 13 marca 2008 r., Securita (C-437/06, EU:C:2008:166, pkt 30); a także moja opinia w sprawie C&D Foods Acquisition (C-502/17, EU:C:2018:676, pkt 37).

57. W niniejszej sprawie Sonaecom udzielił pożyczki spółce dominującej grupy. Udzielanie kredytów jest zwolnione z VAT na podstawie art. 13 część B lit. d) pkt 1 szóstej dyrektywy. W związku z tym odliczenie podatku naliczonego w rozumieniu art. 17 szóstej dyrektywy (obecnie art. 167 i nast. dyrektywy VAT) jest wykluczone.

58. Aby uniknąć zakłóceń konkurencji, zasada neutralności podatkowej zakazuje ponadto, by podmioty gospodarcze, które faktycznie dokonują tego samego rodzaju transakcji, były traktowane odmiennie w zakresie poboru VAT³². Jeżeli jednak w tym samym okresie podatkowym dwaj podatnicy wykonują ostatecznie jedynie transakcje zwolnione, to obaj nie mają prawa do odliczenia podatku naliczonego. Prawo do odliczenia, które przysługiwałoby wyłącznie z powodu istniejącego wcześniej zamiaru dokonania przez przedsiębiorstwo transakcji podlegających opodatkowaniu, dawałoby temu przedsiębiorstwu przewagę konkurencyjną. Poza problemem dostatecznej weryfikacji tego zamiaru rezultat taki byłby również sprzeczny z podejściem Trybunału, zgodnie z którym w celu dokonania oceny transakcji podlegającej opodatkowaniu należy oprzeć się na obiektywnym charakterze transakcji, a nie na subiektywnych zamiarach³³.

59. Wyroki Sveda i Iberdrola³⁴ nie stoją na przeszkodzie pierwszeństwu faktycznego wykorzystania przed tym planowanym. Pozwalają one na odliczenie podatku naliczonego w bardzo szerokim zakresie, mimo że odpowiednie koszty były ściśle związane z bezpłatnymi usługami na rzecz infrastruktury komunalnej (ścieżka rekreacyjna promująca turystykę lub przebudowa punktu kanalizacyjno-przepompowego w celu przyłączenia budynków, które mają zostać zbudowane).

60. W owych przypadkach Trybunał nie wypowiedział się bowiem w przedmiocie pierwszeństwa faktycznego, zwolnionego od podatku wykorzystania przed planowanym, podlegającym opodatkowaniu wykorzystaniem: orzeczenia te dotyczyły wyłącznie związku pomiędzy transakcjami powodującymi naliczenie podatku a całością działalności gospodarczej podatnika, która nie byłaby możliwa w braku świadczenia nieodpłatnego³⁵. W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z takim przypadkiem.

61. W konsekwencji faktyczne wykorzystanie w okresie rozliczeniowym, w którym powstało prawo do odliczenia, ma pierwszeństwo przed pierwotnym zamiarem.

62. W niniejszym przypadku zostało ustalone, że Sonaecom nie wykorzystał kapitału zgromadzonego w drodze emisji obligacji do pierwotnie planowanego nabycia. Zamiast tego w przedmiotowym roku 2005 Sonaecom przekazał ten kapitał spółce dominującej grupy bez opodatkowania jako pożyczkę. Podkreśla to również Portugalia.

63. W zakresie, w jakim Sonaecom twierdzi, że koszty emisji obligacji podlegają odliczeniu jako koszty ogólne przedsiębiorstwa, argumentacja ta nie może zostać przyjęta. Sonaecom uważa w tym względzie, że emisja obligacji miała służyć kontynuacji działalności gospodarczej grupy. Jego zdaniem kapitał pozyskany poprzez emisję obligacji został przez niego tylko „zaparkowany” w spółce dominującej grupy. Kapitał ten zostanie później przekazany z powrotem Sonaecom, aby mógł on nabyć udziały w innych przedsiębiorstwach.

32 Wyroki: z dnia 3 kwietnia 2003 r., Hoffmann (C-144/00, EU:C:2003:192, pkt 24); z dnia 10 września 2002 r., Kügler (C-141/00, EU:C:2002:473, pkt 30); z dnia 7 września 1999 r., Gregg (C-216/97, EU:C:1999:390, pkt 20).

33 Wyroki: z dnia 27 września 2007 r., Teleos i in. (C-409/04, EU:C:2007:548, pkt 39); z dnia 6 lipca 2006 r., Kittel i Recolta Recycling (C-439/04 i C-440/04, EU:C:2006:446, pkt 42); z dnia 12 stycznia 2006 r., Optigen i in. (C-354/03, C-355/03 i C-484/03, EU:C:2006:16, pkt 44); z dnia 6 kwietnia 1995 r., BLP Group, (C-4/94, EU:C:1995:107, pkt 24).

34 Wyroki: z dnia 14 września 2017 r., Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:683, pkt 33, 34); z dnia 22 października 2015 r., Sveda (C-126/14, EU:C:2015:712, pkt 22).

35 Wyroki: z dnia 14 września 2017 r., Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:683, pkt 29); z dnia 22 października 2015 r., Sveda (C-126/14, EU:C:2015:712, pkt 28); a także moja opinia w sprawie C&D Foods Acquisition (C-502/17, EU:C:2018:676, pkt 49).

64. Jednakże ogólne wydatki poniesione przez podatnika można uwzględnić jedynie wtedy, gdy nie istnieje bezpośredni i ścisły związek pomiędzy konkretną transakcją powodującą naliczenie podatku a transakcjami objętymi podatkiem należnym, które uprawniają do odliczenia³⁶. Tylko w sytuacji gdy transakcja powodująca naliczenie podatku nie może zostać przypisana żadnej transakcji objętej podatkiem należnym, pomocniczo należałoby zbadać istnienie związku transakcji powodującej naliczenie podatku z całością działalności gospodarczej przedsiębiorstwa³⁷. Tymczasem w niniejszej sprawie istnieje bezpośredni i ścisły związek z udzieleniem zwolnionej z opodatkowania pożyczki, która nie uprawniała do odliczenia.

65. W konsekwencji faktyczne, zwolnione z opodatkowania przekazanie kapitału zgromadzonego przez holding mieszany na rzecz spółki dominującej grupy wyklucza przewidziane w art. 17 szóstej dyrektywy (obecnie art. 168 i 169 dyrektywy VAT) odliczenie podatku naliczonego z tytułu kosztów nabycia kapitału. Bezpośredni związek z tą faktycznie udzieloną, zwolnioną z opodatkowania pożyczką ma pierwszeństwo przed pierwotnym zamiarem świadczenia spółce zależnej, która miała być nabyta przy pomocy tego kapitału, usług podlegających opodatkowaniu.

2. W przedmiocie późniejszego faktycznego wykorzystania kapitału

66. Sonaecom podnosi, że jedynie „zaparkował” kapitał w spółce dominującej grupy i że chciał wykorzystać ten kapitał w późniejszym okresie podatkowym zgodnie z pierwotnym zamiarem na nabycie udziałów w spółkach. W przypadku gdyby Sonaecom faktycznie wykorzystał pozyskany kapitał w późniejszym okresie do świadczenia usług podlegających opodatkowaniu, można by ewentualnie rozważyć korektę odliczenia podatku naliczonego zgodnie z art. 20 szóstej dyrektywy (obecnie art. 184 i nast. dyrektywy VAT).

67. Jednakże, po pierwsze, nie zmienia to w żaden sposób odliczenia podatku naliczonego w okresie podatkowym rozpatrywanym w niniejszej sprawie. Ewentualne konsekwencje pojawiłyby się dopiero w okresie podatkowym, w którym nastąpiła zmiana sposobu wykorzystania.

68. Po drugie, art. 20 szóstej dyrektywy (obecnie art. 184 i nast. dyrektywy VAT) przewiduje, że wstępne odliczenie podlega korekcie jedynie w pewnych okolicznościach. Jest tak w szczególności w przypadku, gdy kwota odliczenia jest niższa od tej, do której odliczenia podatnik był uprawniony. W kontekście zasady neutralności celem jest całkowite zwolnienie podatnika z obciążenia podatkiem naliczonym od aktywów, które mogą być wykorzystane w dłuższej perspektywie czasowej³⁸. W tym zakresie w szóstej dyrektywie względnie w dyrektywie VAT używa się pojęcia dóbr inwestycyjnych.

69. Niemniej jednak wydaje się wątpliwe, czy usługi związane z emisją obligacji można uznać za dobra inwestycyjne w rozumieniu art. 20 ust. 2 szóstej dyrektywy (obecnie art. 187 dyrektywy VAT). Zgodnie z orzecznictwem Trybunału pojęcie dóbr inwestycyjnych obejmuje dobra, które są wykorzystywane do celów działalności gospodarczej, wyróżniają się trwałym charakterem i wartością oraz których koszty nabycia nie są księgowane zazwyczaj jako wydatki bieżące, lecz podlegają amortyzacji w ciągu kilku lat obrotowych³⁹. Od tego należy odróżnić usługi natychmiast konsumowane, w odniesieniu do których niemożliwe jest dokonanie późniejszej korekty odliczenia podatku naliczonego. Tak jest zwykle w przypadku usług.

36 Punkt 37 niniejszej opinii oraz moja opinia w sprawie Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:283, pkt 35).

37 Moje opinie w sprawach C&D Foods Acquisition (C-502/17, EU:C:2018:676, pkt 51); Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:283, pkt 36, 37).

38 Wyrok z dnia 25 lipca 2018 r., Gmina Ryjewo (C-140/17, EU:C:2018:595, pkt 55) oraz moja opinia w tej sprawie (C-140/17, EU:C:2018:273, pkt 40).

39 Wyrok z dnia 16 lutego 2012 r., Eon Aset Menidjunt (C-118/11, EU:C:2012:97, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo).

70. Sonaecom skorzystał jednak z usług w celu emisji obligacji. Usługi te zostały w całości skonsumowane w momencie pozyskania kapitału, tak że zmiana sposobu wykorzystania zgromadzonego kapitału w kolejnych latach nie ma wpływu na odliczenie podatku naliczonego w związku z tymi usługami.

VI. Wnioski

71. W świetle powyższych rozważań proponuję, by Trybunał odpowiedział następująco na pytania prejudycjalne:

1. Artykuły 17 i 4 dyrektywy 77/388/EWG należy interpretować w ten sposób, że tak zwana mieszana spółka holdingowa, taka jak Sonaecom, ma prawo do pełnego odliczenia podatku naliczonego z tytułu kosztów nabycia udziałów w spółce, na rzecz której zamierzała świadczyć usługi podlegające opodatkowaniu. Do sądu odsyłającego należy ustalenie tego ostatniego elementu stanu faktycznego. Prawo do odliczenia powstaje także wtedy, gdy ostatecznie nie dokonano tego nabycia, i ma ono zastosowanie niezależnie od kwoty VAT, jaka byłaby należna z tytułu planowanych usług.
2. Faktyczne, zwolnione z opodatkowania przekazanie kapitału zgromadzonego przez holding mieszany na rzecz spółki dominującej grupy wyklucza odliczenie podatku naliczonego. Bezpośredni związek z tą faktycznie wykonaną, zwolnioną z opodatkowania usługą ma pierwszeństwo przed pierwotnym zamiarem świadczenia spółce zależnej, która miała być nabyta przy pomocy tego kapitału, usług podlegających opodatkowaniu.