

Wydanie tymczasowe

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

JULIANE KOKOTT

z dnia 6 września 2018 r.(1)

Sprawa C-502/17

C&D Foods Acquisition ApS

przeciwko

Skatteministeriet

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Vestre Landsret (sąd apelacyjny regionu zachodniego, Dania)]

Postępowanie prejudycjalne – Wspólny system podatku od wartości dodanej – Spółka holdingowa – Prawo do odliczenia – Wydatki na usługi, z których skorzystano w związku z planowanym zbyciem udziałów w spółce zależnej

I. Wprowadzenie

1. Trybunał zajmować się już w ramach kilku postępowań prawem spółki holdingowej do dochodzenia odliczenia VAT w związku z nabyciem udziałów w spółce(2). Niniejsza sprawa dotyczy odwrotnej, dotychczas nie tak często rozpatrywanej konstelacji zbycia przez spółkę holdingową udziałów w spółce(3).
2. Trybunał ma więc w tym postępowaniu okazję do sprecyzowania swego orzecznictwa odnośnie do prawa spółek holdingowych do odliczenia VAT. W szczególności chodzi o bieżące te o skonkretyzowanie wymogów, przy spełnieniu których należy zakładać istnienie koniecznego do odliczenia VAT bezpośredniego i ściśłego związku z transakcją objętą podatkiem należnym.

II. Ramy prawne

3. Ramy prawa Unii odnoszące się do niniejszej sprawy wyznaczone są przez przepisy dyrektywy 2006/112/WE (zwanej dalej „dyrektywą VAT”)(4).
4. Artykuł 9 ust. 1 dyrektywy VAT stanowi:

„»Podatnikiem« jest każda osoba prowadząca samodzielnie w dowolnym miejscu jakkolwiek działalność gospodarczą, bez względu na cel czy też rezultaty takiej działalności.

»Działno?? gospodarcza« obejmuje wszelk? działno?? producentów, handlowców lub usługodawców, w??cznie z górnictwem, działno?ci? rolnicz? i wykonywaniem wolnych zawodów lub uznanych za takie. Za działno?? gospodarcz? uznaje si? w szczególno?ci wykorzystywanie, w sposób ci?gły, majątku rzeczowego lub warto?ci niematerialnych w celu uzyskania z tego tytu?u dochodu [...]».

5. Artyku? 135 dyrektywy VAT stanowi mi?dzy innymi:

„1. Pa?stwa cz?onkowskie zwalniaj? nast?puj?ce transakcje: [...]

f) transakcje, ??cznie z po?rednictwem, jednak?e z wy??czeniem przechowywania i zarządzania, których przedmiotem s? akcje, udzia?y w spółkach lub zwi?zkach, obligacje i inne papiery warto?ciowe, z wy??czeniem dokumentów ustanawiaj?cych tytu? prawny do towarów oraz praw lub papierów warto?ciowych, o których mowa w art. 15 ust. 2 [...]».

6. Zgodnie z art. 167 dyrektywy VAT prawo do odliczenia powstaje w momencie, gdy podatek, który podlega odliczeniu, staje si? wymagalny. Zgodnie z art. 168 tej?e dyrektywy:

„Je?eli towary i usługi wykorzystywane s? na potrzeby opodatkowanych transakcji podatnika, podatnik jest uprawniony, w pa?stwie cz?onkowskim, w którym dokonuje tych transakcji, do odliczenia nast?puj?cych kwot od kwoty VAT, któr? jest zobowi?zany zap?aci?:

a) VAT nale?nego lub zap?aconego w tym pa?stwie cz?onkowskim od towarów i usług, które zosta?y mu dostarczone lub które mają być mu dostarczone przez innego podatnika [...]».

7. Na p?aszczy?nie prawa krajowego nale?y odnie?? si? do Lovbekendtgørelse nr. 966 (ustawy o VAT) z dnia 14 pa?dziernika 2005 r., która miała zastosowanie w spornym okresie.

III. Okoliczno?ci faktyczne sprawy i post?powanie g?ówne

8. Spółka du?ska C&D Foods jest cz??ci? mi?dzynarodowej grupy Arovit. W stanowiącym przedmiot sporu w post?powaniu g?ównym okresie C&D Foods by?a w?a?cicielem 100% udzia?ów Arovit Holding, która z kolei miała na w?asno?? wszystkie udzia?y Arovit Petfood. Ta ostatnia ma udzia?y w nale??cych do grupy 13 dalszych spółkach w ró?nych pa?stwach europejskich.

9. C&D Foods ?wiadczy?a od 2007 r. wobec swojej spółki po?rednio zale?nej Arovit Petfood na podstawie umowy w sprawie zarządzania ró?nego rodzaju usług zarz?dzania i IT podlegaj?ce opodatkowaniu VAT, mi?dzy innymi w zakresie ksi?gowo?ci, kontrolingu i sporz?dzania bud?etu. Jako wynagrodzenie otrzymywa?a od Arovit Petfood kwot? odpowiadaj?c? wydatkom z tytu?u wynagrodze? pracowników, powi?kszon? o „mar??” w wysoko?ci 10% i du?ski podatek VAT w wysoko?ci 25%. Na tle innych spółek grupy rola C&D Foods ogranicza?a si? do posiadania udzia?ów w tych spółkach.

10. W roku 2009 islandzka instytucja finansowa Kaupthing Bank kupi?a borykaj?c? si? z trudno?ciami gospodarczymi grup? Arovit. Kaupthing Bank zleci? ró?nym spółkom audytorskim i kancelarii adwokackiej Holst Advokater analiz? mo?liwo?ci restrukturyzacyjnych w ramach grupy Arovit. W tym celu zawarte zosta?y umowy o doradztwo z okre?lonymi bieg?ymi rewidentami, a C&D Foods zap?aci?a ich honoraria, wraz z VAT.

11. W ramach tych analiz tak?e Holst Advokater sporz?dzi? co najmniej jedn? umow? dla C&D Foods, której przedmiot stanowi?o zbycie udzia?ów C&D Foods w Arovit Holding i w Arovit Petfood na rzecz nieokre?lonego jeszcze nabywcy. Za te usługi doradcze Holst Advokater

wystawi? C&D Foods faktur?, w której naliczy? odpowiednie honorarium wraz z VAT. Jednak jesieni? 2009 r. zaniechano dzia?a? zmierzaj?cych do realizacji transakcji sprzeda?y, poniewa? znalezienie kupuj?cego okaza?o si? niemo?liwe.

12. C&D Foods skorzysta?a z prawa do odliczenia VAT, który naliczy?a przy p?aceniu honorariów dla Holst Advokater i spółek audytorskich. Jednak zarówno SKAT (du?ski urz?d celny i podatkowy), jak równie?, po wniesieniu stosownego sprzeciwu, Landsskatteretten (najwy?szy organ administracyjny w sprawach podatkowych w Danii) odmówi?y prawa do odliczenia VAT przez C&D Foods, uzasadniaj?c, ?e us?ugi doradcze nie by?y ?wiadczone na rzecz C&D Foods oraz ?e wydatki te nie spe?nia?y wymogu odpowiedniego powi?zania z transakcjami C&D Foods podlegaj?cymi opodatkowaniu obj?tymi podatkiem nale?nym.

13. C&D Foods wnios?a przeciwko tym decyzjom skarg?, któr? ze wzgl?du na jej zasadnicze znaczenie skierowano w pierwszej instancji do Vestre Landsret (s?du apelacyjnego regionu zachodniego, Dania). Na mocy postanowienia z dnia 15 sierpnia 2017 r., które wp?yn??o do Trybuna?u w dniu 18 sierpnia 2017 r., Vestre Landsret (s?d apelacyjny regionu zachodniego) zawiesi? post?powanie i na podstawie art. 267 TFUE przed?o?y? Trybuna?owi nast?puj?ce pytania celem wydania przeze? orzeczenia w trybie prejudycjalnym:

„1) Czy art. 168 dyrektywy 2006/112 nale?y interpretowa? w ten sposób, ?e spółka holdingowa, w okoliczno?ciach takich jak te w post?powaniu g?ównym, jest uprawniona do ca?kowitego odliczenia VAT z tytu?u ?wiadcze? powoduj?cych naliczenie podatku zwi?zanych z badaniami due diligence przed przewidywan?, ale niesfinalizowan? transakcj? sprzeda?y akcji w spółce zale?nej, na rzecz której spółka holdingowa ?wiadczy us?ugi w zakresie zarz?dzania i IT podlegaj?ce opodatkowaniu VAT?

2) Czy dla odpowiedzi na pytanie pierwsze ma znaczenie okoliczno??, ?e cena za podlegaj?ce opodatkowaniu VAT us?ugi w zakresie zarz?dzania i IT, które spółka holdingowa ?wiadczy dla celów swojej dzia?alno?ci gospodarczej, ma posta? sta?ej kwoty odpowiadaj?cej wydatkom spółki holdingowej z tytu?u wynagrodze? pracowników, powi?kszonej o »mar??« w wysoko?ci 10%?

3) Niezale?nie od odpowiedzi na powy?sze pytania – czy prawo do odliczenia istnieje, w przypadku gdy koszty doradztwa b?d?ce przedmiotem sporu w post?powaniu g?ównym uznaje si? za koszty ogólne, a je?eli tak, to na jakich warunkach?”.

14. W post?powaniu przed Trybuna?em stanowiska na pi?mie zosta?y przedstawione przez Dani? i Komisj? Europejsk?.

IV. Ocena prawna

15. Zadaj?c te trzy pytania s?d odsy?aj?cy zasadniczo chce si? dowiedzie?, czy spółka holdingowa prowadz?ca dzia?alno?? gospodarcz? ma prawo do odliczenia VAT w odniesieniu do wydatków na us?ugi, z których skorzystano w zwi?zku z planowanym zbyciem udzia?ów. Celem dzia?alno?ci gospodarczej spółki holdingowej jest bowiem w?a?nie uczestniczenie w zarz?dzaniu spółk? po?rednio zale?n?(5), której udzia?y maj? by? zbyte wraz z udzia?ami w spółce zale?nej.

A. W przedmiocie dopuszczalno?ci pyta? prejudycjalnych

16. Zgodnie z art. 168 dyrektywy VAT prawo do odliczenia powstaje w takim zakresie, w jakim podatnik wykorzystuje towary i us?ugi na potrzeby swoich opodatkowanych transakcji. W tej sytuacji niezb?dne jest jednak, aby podatnik by? odbiorc? danych towarów lub us?ug(6). W zwi?zku z powy?szym C&D Foods przys?uguje prawo do odliczenia tylko tych kwot VAT, które

zostały naliczone w związku z usługami doradczymi, których ona sama była odbiorcą. Natomiast z góry wykluczone jest prawo C&D Foods do odliczenia VAT naliczonego w związku z usługami, których odbiorcą był Kaupthing Bank.

17. Sąd odsyłający zwraca wprawdzie uwagę na fakt, iż jego wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie dotyczy pytania, kto powinien być poniesiciel wydatków z tytułu podlegających opodatkowaniu VAT kosztów doradztwa, jednak należy zauważyć, że Trybunał nie jest właściwy do udzielania odpowiedzi na pytania prejudycjalne o charakterze hipotetycznym⁽⁷⁾. Dlatego poniższe wywody dotyczą tylko prawa do odliczenia VAT zapłaconego Holst Advokater, gdy tylko odnośnie do tego przypadku z odesłania prejudycjalnego jednoznacznie wynika, iż C&D Foods była odbiorcą usług doradczych.

B. W przedmiocie odpowiedzi na pytania prejudycjalne

18. Pierwsze pytanie prejudycjalne odnosi się w ogólnym sensie do prawa C&D Foods do dochodzenia odliczenia VAT, którym opodatkowane były usługi doradcze Holst Advokater, z których skorzystano w związku z planowanym zbyciem udziałów w Arovit Petfood.

19. Pytania drugie i trzecie dotyczą w szczególności „bezporedniego i ścisłego związku” pomiędzy spornymi wydatkami a konkretnymi względnie planowanymi transakcjami objętymi podatkiem należnym, tzn. transakcjami wynikającymi z zawartej z Arovit Petfood umowy w sprawie zarządzania względnie z planowanego zbycia udziałów.

20. Z uwagi na fakt, że istnienie związku z działalnością gospodarczą stanowi przesłankę prawa do odliczenia VAT z pytania pierwszego, należy udzielić łącznej odpowiedzi na wszystkie trzy pytania prejudycjalne.

21. Wątpliwość sąd odsyłający co do prawa C&D Foods do odliczenia VAT opiera się w dużym stopniu na dwóch aspektach.

22. W pierwszej kolejności nasuwa się pytanie, czy planowane zbycie udziałów może w ogóle zostać uznane za działalność gospodarczą i tym samym objęte jest zakresem zastosowania dyrektywy VAT (w tej kwestii zobacz poniżej pkt 1). Ponadto trzeba zadać sobie pytanie, czy i ewentualnie w jakich okolicznościach można potwierdzić istnienie bezporedniego i ścisłego związku pomiędzy transakcjami powodującymi naliczenie podatku a działalnością podlegającą opodatkowaniu. W sytuacji bowiem, gdy transakcje powodujące naliczenie podatku są bezpośrednio i ściśle powiązane z transakcją zwolnioną z podatku, nie przysuguje również prawo do odliczenia VAT (w tej kwestii zobacz poniżej pkt 2).

23. Wreszcie, pomocniczo, zbadam również, w jakich okolicznościach można by potwierdzić istnienie związku z całą działalnością gospodarczą C&D Foods (w tej kwestii zobacz poniżej pkt 3).

1. Zbycie udziałów w Arovit Petfood jako działalność gospodarcza

24. Chociaż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału zwykłe nabywanie i posiadanie udziałów w spółce nie stanowi wprawdzie działalności gospodarczej w rozumieniu art. 9 ust. 1 dyrektywy VAT⁽⁸⁾, to sytuacja ma się inaczej, gdy nabywanie względnie posiadanie udziałów w spółce są ujęte pośrednio lub bezpośrednio ingerencji w zarządzanie spółką⁽⁹⁾. Zgodnie z orzecznictwem typowym przykładem takiej ingerencji w zarządzanie spółką jest świadczenie usług administracyjnych, finansowych lub handlowych (tzw. usług w zakresie zarządzania)⁽¹⁰⁾.

25. W takiej konstelacji jak w postępowaniu głównym, gdzie występuje także tzw. holding

pośredni, świadczenie usług w zakresie zarządzania również należy uważać za działalność gospodarczą w rozumieniu dyrektywy VAT, bowiem decydujący dla zakwalifikowania jej jako działalności gospodarczej jest fakt realizowania przez C&D Foods transakcji podlegających opodatkowaniu. Wskazuje na to wyrażenie niedawny wyrok Trybunału w sprawie Marle Participations(11).

26. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału przedstawione zasady należy odnieść również do transakcji zbycia udziałów, które chociaż podlegające opodatkowaniu ingerencje w zarządzanie spółką zależną(12).

27. Co prawda zbycie udziałów w spółce samo w sobie również nie stanowi działalności gospodarczej, jednak zgodnie z orzecznictwem z uwagi na zasadę neutralności podatkowej zakazanie i rozpoczęcie działalności gospodarczej muszą być traktowane równorzędnie(13). Tak jak nabycie udziałów może w pewnych okolicznościach stanowić czynność przygotowawczą do działalności gospodarczej podlegającej opodatkowaniu VAT, tak musi to także obowiązywać w odniesieniu do zbycia udziałów powodującego zakazanie działalności gospodarczej. W przeciwnym razie miałyby miejsce rozróżnianie w sposób arbitralny pomiędzy tymi dwoma scenariuszami(14). Także Komisja podkreśla ten aspekt w swym stanowisku na piśmie.

28. Szczególnie w odniesieniu do zbycia udziałów w spółce Trybunał w sprawie SKF potwierdził działalność gospodarczą spółki holdingowej, która zbywa całość akcji posiadanych w spółce zależnej, zakazując udziału w tej spółce(15). Tym samym zakazując również działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług w zakresie zarządzania tą spółką zależną(16).

29. Podobna sytuacja leży u podstaw postępowania głównego. C&D Foods zamierza bowiem poprzez zbycie udziałów w Arovit Holding z udziałami w Arovit Petfood zakazać swą działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu dla Arovit Petfood podlegających opodatkowaniu usług w zakresie zarządzania.

30. Wniosku tego nie podważa także fakt, że wpływy ze zbycia udziałów miałyby być wykorzystane w celu spłaty długów wobec Kaupthing Bank jako nowego właściciela grupy, podczas gdy w sprawie SKF miała nastąpić restrukturyzacja grupy. Tym samym w postępowaniu głównym, w przeciwieństwie do sprawy SKF, nie planowano już żadnych przyszłych transakcji podlegających opodatkowaniu. Jednak z wymienionych poniżej trzech powodów nie jest to problematyczne.

31. Po pierwsze, Trybunał wyjaśnił, że prawo do odliczenia przysuguje nawet wtedy, gdy podatnik po skorzystaniu ze świadczonych usług nie wykonuje już transakcji ze względu na definitywną likwidację swojej działalności gospodarczej(17). W przypadku gdy podatnik przeznacza wynagrodzenie za swoje transakcje prowadzące do zakazania działalności gospodarczej na spłatę długów, nie może obowiązywać nic innego.

32. Po drugie, pojęcie działalności gospodarczej – tak jak inne pojęcia definiujące transakcje podlegające opodatkowaniu na podstawie dyrektywy VAT – ma charakter obiektywny(18) i dlatego bez znaczenia jest ostateczny cel czynności podejmowanych przez podatnika(19). Tym samym motywacja ekonomiczna podatnika, stanowiła podstawę do podjęcia określonych czynności, nie może być decydująca.

33. Po trzecie, także z wyroku w sprawie BLP Group nie da się wywieść, iż w przypadku transakcji wykorzystywanych do spłaty długów prawo do odliczenia ma być w ogóle wykluczone.

34. W tej ostatniej sprawie spółka holdingowa zbyła udziały w spółce zależnej, wobec której

nie dokonywa?a ?adnych transakcji podlegaj?cych opodatkowaniu. BLP Group argumentowa?a, ?e istnieje zwi?zek z jej innymi czynno?ciami podlegaj?cymi opodatkowaniu, polegaj?cy na tym, i? przeznacza ona zysk ze zbycia udzia?ów na sp?at? d?ugów i tym samym po?rednio wspiera swój pozosta?? dzia?alno?? gospodarcz?. Trybuna? nie uzna? jednak tego argumentu. Ostatecznie odmówi? on prawa do odliczenia nie ze wzgl?du na fakt, ?e zysk przeznaczany by? na sp?at? d?ugów, lecz dlatego, ?e nie pozostawa? on w bezpo?rednim i ?cis?ym zwi?zku z dzia?alno?ci? podlegaj?c? opodatkowaniu(20).

35. Z ca?o?ci powy?ej przedstawionych rozwa?a? wynika, ?e planowane zbycie udzia?ów w okoliczno?ciach takich jak w post?powaniu g?ównym – a mianowicie w celu zako?czenia dzia?alno?ci podlegaj?cej opodatkowaniu – nale?y traktowa? jak dzia?alno?? gospodarcz?, a tym samym obj?te jest ono zakresem zastosowania dyrektywy VAT.

2. Bezpo?redni i ?cis?y zwi?zek z dzia?alno?ci? podlegaj?c? opodatkowaniu?

36. Prawo do odliczenia przys?uguje jednak wy?zcznie w przypadku tych wydatków, które pozostaj? w bezpo?rednim i ?cis?ym zwi?zku(21) z transakcjami obj?tymi podatkiem nale?nym. Zgodnie z orzecznictwem Trybuna?u dane wydatki pozostaj? w bezpo?rednim i ?cis?ym zwi?zku z okre?lonymi transakcjami obj?tymi podatkiem nale?nym, je?eli stanowi? element cenotwórczy tych transakcji(22). Ponadto mo?na dokona? odliczenia w odniesieniu do ogólnych kosztów przedsi?biorstwa, które nale?? do elementów cenotwórczych wszystkich produktów przedsi?biorstwa(23).

37. Jednak?e w sytuacji, gdy istnieje bezpo?redni i ?cis?y zwi?zek z dzia?alno?ci? zwolnionej od podatku, prawo do odliczenia z regu?y(24) nie przys?uguje(25).

38. Tymczasem zgodnie z art. 135 ust. 1 lit. f) dyrektywy VAT „transakcje [...], których przedmiotem s? akcje, udzia?y w spółkach lub zwi?zkach, obligacje i inne papiery warto?ciowe” maj? by? zwolnione przez pa?stwa cz?onkowskie z VAT. Przepis ten zosta? implementowany do prawa krajowego przez § 13 ust. 1 pkt 11 du?skiej ustawy o VAT.

39. Zgodnie z orzecznictwem Trybuna?u zakresem zastosowania tego przepisu prawa Unii obj?te s? transakcje mog?ce stworzy?, zmieni? lub spowodowa? wyga?ni?cie praw i obowi?zków z tytu?u papierów warto?ciowych, jednak wykraczaj?ce poza (jednorazowe) nabycie i zbycie papierów warto?ciowych, które z pewno?ci? nie stanowi dzia?alno?ci gospodarczej(26). Jak opisano powy?ej, jest tak w przypadku planowanego w post?powaniu g?ównym zbycia udzia?ów w Arovit Petfood(27).

40. Tym samym planowana transakcja zgodnie z art. 135 ust. 1 lit. f) dyrektywy VAT by?aby zwolniona z VAT.

41. W zwi?zku z tym nale?y zbada?, czy sporne us?ugi doradcze pozostaj? w bezpo?rednim i ?cis?ym zwi?zku z planowan? zwolnion? z opodatkowania transakcj?.

42. Nie zawsze mo?liwe jest wyodr?bnienie konkretnej transakcji obj?tej podatkiem nale?nym spo?ród wszystkich transakcji stanowi?cych ca?o?? dzia?alno?ci gospodarczej podatnika. Je?eli ma to jednak miejsce, to na wst?pie nale?y zbada? istnienie bezpo?redniego i ?cis?ego zwi?zku z t? konkretn? transakcj?(28). Dopiero pó?niej nale?y ustali?, czy dane wydatki jako sk?adniki kosztów wszystkich us?ug pozostaj? w bezpo?rednim i ?cis?ym zwi?zku z ca?o?ci? dzia?alno?ci gospodarczej (tzw. koszty ogólne).

43. W przypadku zbywania udzia?ów Trybuna? przy ustalaniu istnienia bezpo?redniego i ?cis?ego zwi?zku pomi?dzy ?wiadczeniami powoduj?cymi naliczenie podatku a t? transakcj?

kieruje się tym, czy poczynione wydatki są wliczone w cenę akcji lub udziałów(29).

44. W tym kontekście sąd odsyłający wydaje się stać na stanowisku, że nie jest możliwe wykazanie bezpośredniego i ścisłego związku z planowanym zbyciem udziałów, ponieważ koszty doradztwa nie mogły mieć wpływu na cenę udziałów. Z tego względu w drugim i trzecim pytaniu chce się on konkretnie dowiedzieć o okoliczności, w jakich wydatki na usługi doradcze mogły być dochodzone jako koszty ogólne.

45. Jednak należy podkreślić, że sformułowanie Trybunału, zgodnie z którym poczynione wydatki muszą być wliczone w cenę akcji lub udziałów, nie oznacza, że konieczna jest faktyczna podwyżka cen, np. w taki sposób, iż cena sprzedaży będzie podwyższona o określony kwot.

46. Jest to szczególnie widoczne na przykładzie spółek akcyjnych notowanych na giełdzie papierów wartościowych. Cena akcji jest tam bowiem z reguły określana na podstawie aktualnego kursu akcji, a nie w wyniku negocjacji między sprzedającym i kupującym. W związku z tym sformułowanie Trybunału należy interpretować w ten sposób, że wydatki muszą bezpośrednio skutkować zmniejszeniem zysku z określonej transakcji dotyczącej udziałów lub akcji, a nie tylko zmniejszeniem całkowitego zysku przedsiębiorstwa. Dlatego transakcje powodujące naliczenie podatku muszą być tak ściśle powiązane ze zbyciem udziałów, żeby z gospodarczego punktu widzenia stanowiły bezpośrednio element kosztów planowanej transakcji.

47. Ponadto – inaczej niż zakłada C&D Foods – nie można wykluczyć istnienia związku ze zwolnionym od podatku zbyciem udziałów tylko na tej podstawie, że ostatecznie zbycie nie doszło do skutku. W takich przypadkach, analogicznie do uznania środków o charakterze przygotowawczym za działalność gospodarczą, w ramach prawa do odliczenia VAT decydujące jest także istnienie związku z planowanymi transakcjami objętymi podatkiem należnym(30).

48. Taki związek pomiędzy świadczonymi przez Holst Advokater usługami doradczymi a zamierzonym zbyciem udziałów w Arovit Petfood wydaje się – co podkreśla także Komisja w swoim stanowisku na piśmie – być jak najbardziej realny, bowiem przedmiot doradztwa stanowił właśnie projekt umowy zbycia udziałów. Tym samym wydatki związane z tym doradztwem wydają się być w bardzo bezpośredni sposób powiązane z zamierzoną transakcją zwolnioną od podatku.

49. Posuwanie się takim kryterium nie jest także w sprzeczności z wyrokiem w sprawie Iberdrola, w którym w odniesieniu do bezpośredniości związku zastosowano bardzo elastyczne kryterium. Trybunał w tej konstelacji nie zdecydował jednak o przyporządkowaniu określonej transakcji objętej podatkiem należnym. Jego orzeczenie dotyczyło wyłącznie istnienia związku z całkowitą działalnością gospodarczą podatnika(31).

50. To do sądu odsyłającego należy stwierdzenie(32), przy uwzględnieniu tych rozważań, czy istniał bezpośredni i ścisły związek pomiędzy przedmiotowymi usługami doradczymi a zwolnionym na podstawie art. 135 ust. 1 lit. f) dyrektywy VAT z podatku zbyciem udziałów w Arovit Petfood. W takiej sytuacji C&D Foods nie przysługiwało prawo do odliczenia.

3. Związek z całkowitą działalnością gospodarczą

51. Tylko w sytuacji, co podkreśla również Komisja w swoim stanowisku na piśmie, gdyby sąd odsyłający nie stwierdził istnienia ścisłego i bezpośredniego związku z niepodlegającymi opodatkowaniu transakcjami dotyczącymi planowanego zbycia akcji, należałoby zbadać istnienie związku z całkowitą działalnością gospodarczą(33).

52. Zasadniczo w takim przypadku obowiązuje te same zasady. O ile Trybunał w odniesieniu do możliwości odliczenia kosztów ogólnych wymaga bowiem, aby koszty świadczeń powodujących naliczenie podatku były wliczone w ceny poszczególnych towarów lub usług, dostarczanych względnie świadczonych przez podatnika(34), o tyle nie oznacza to jednak ustanowienia wymogu doliczania narzutu do cen. Chodzi raczej o wyrażenie w ten sposób niezbędnego gospodarczego powiązania między świadczeniami powodującymi naliczenie podatku a świadczeniami objętymi podatkiem należnym(35).

53. Istnienie takiego powiązania nie wymaga jednak faktycznych podwyżek cen, lecz jedynie aby określone wydatki stanowiły elementy cenowe odnoszące się do całości towarów lub usług podatnika. Podkreśla to również Komisja w swoim stanowisku na piśmie. Istotne jest więc tylko to, aby świadczenia powodujące naliczenie podatku były w sposób gospodarczy i obiektywny związane z opodatkowaną działalnością(36), przykładowo w ten sposób, że mają one wpływ na wysokość zysku.

54. Inne rozwiązanie prowadziłoby do sytuacji, w której podatnikowi, który przy wzroście kosztów nie może lub nie chce podnieść cen, odmówiono by prawa do odliczenia. Stanowiłoby to oczywiste naruszenie zasady neutralności.

55. W związku z powyższym także w przypadku szczególnej konstelacji stałej marży, opisanej w drugim pytaniu prejudycjalnym, nie obowiązuje nic innego. W takim przypadku jest wprawdzie wykluczone – i na ten aspekt wydaje się być wadażnie skierowane pytanie sądu odsyłającego – aby wydatki związane z usługami doradztwa miały faktyczne odzwierciedlenie w cenach naliczanych przez C&D Foods za usługi w zakresie zarządzania, bowiem rozliczenie następuje po cenie odpowiadającej wydatkom z tytułu wynagrodzeń pracowników, powiększonej o „marżę” w wysokości 10%. Nie prowadzi to jednak jeszcze do wykluczenia w każdym przypadku istnienia związku z takimi transakcjami, bowiem niezależnie od faktycznej podwyżki cen niektóre wydatki stanowią elementy kosztów towarów lub usług dostarczanych względnie świadczonych przez podatnika.

56. Za odmówieniem pełnego prawa do odliczenia jako kosztów ogólnych mogłoby jednak przemawiać to, że doradztwo dotyczyło być może także zbycia udziałów w bezpośredniej spółce zależnej (Arovit Holding), w odniesieniu do której C&D Foods działa wyjątkowo w charakterze holdingu(37). Dlatego być może konieczny jest podział prawa do odliczenia na działalność gospodarczą i działalność niemającą charakteru gospodarczego. Ten aspekt nie został jednak poruszony w pytaniach prejudycjalnych, a postanowienie odsyłające nie zawiera wystarczających wskazówek umożliwiających sformułowanie użytecznej odpowiedzi.

57. Należy jednak jeszcze raz przypomnieć, że jeżeli możliwe jest jednoznaczne przyporządkowanie do określonej transakcji objętej podatkiem należnym, która nie podlega opodatkowaniu, to fakt istnienia związku z całością działalności gospodarczej i tak nie odgrywa roli. W takiej sytuacji nie ma już możliwości uwzględnienia jako kosztów ogólnych.

V. Wnioski

58. Wobec powyższego proponuję na pytania prejudycjalne Vestre Landsret (sądu apelacyjnego regionu zachodniego, Dania) udzielić następujących odpowiedzi:

1) Artykuł 9 ust. 1 dyrektywy 2006/112/WE należy interpretować w ten sposób, że działalność gospodarczą w rozumieniu tego przepisu oprócz środków o charakterze przygotowawczym w celu rozpoczęcia takiej działalności należy także uważać za czynności prowadzące do zaprzestania jej prowadzenia. Z tego względu zbycie udziałów w spółce

pośrednio zależnej, powodującej zaprzestanie prowadzenia dotychczasowej działalności podlegającej opodatkowaniu, a w szczególności ingerencja w zarządzanie tą spółką w celu realizacji transakcji podlegających opodatkowaniu, stanowi działalność gospodarczą w rozumieniu art. 9 ust. 1 dyrektywy 2006/112/WE.

2) Artykuł 168 dyrektywy 2006/112/WE należy interpretować w ten sposób, że spółka holdingowa nie może dochodzić prawa do odliczenia w przypadku usług doradczych podlegających VAT, z których skorzystano przed planowanym zbyciem udziałów w spółce pośrednio zależnej, jeżeli istnieje bezpośredni i ścisły związek pomiędzy tymi usługami doradczymi a zamierzonymi transakcjami zbycia udziałów, które zgodnie z art. 135 ust. 1 lit. f) dyrektywy 2006/112 są zwolnione z podatku. Na sędzie krajowym spoczywa obowiązek dokonania stosownych ustaleń.

1 Język oryginału: niemiecki.

2 Zobacz wyroki: z dnia 20 czerwca 1991 r., Polysar Investments Netherlands (C-60/90, EU:C:1991:268); z dnia 14 listopada 2000 r., Floridienne i Berginvest (C-142/99, EU:C:2000:623); z dnia 27 września 2001 r., Cibo Participations (C-16/00, EU:C:2001:495); z dnia 6 września 2012 r., Portugal Telecom (C-496/11, EU:C:2012:557); z dnia 16 lipca 2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schiffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496); a także moja niedawna opinia w sprawie Ryanair (C-249/17, EU:C:2018:301).

3 Zobacz odnośnie do tej sprawy w szczególności wyrok z dnia 29 października 2009 r., AB SKF (C-29/08, EU:C:2009:665).

4 Dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.U. 2006, L 347, s. 1).

5 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem stanowi to działalność gospodarczą; zob. wyroki: z dnia 27 września 2001 r., Cibo Participations (C-16/00, EU:C:2001:495, pkt 21); z dnia 29 października 2009 r., SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, 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).

6 W tym duchu wyrok z dnia 22 lutego 2001 r., Abbey National (C-408/98, EU:C:2001:110, pkt 32).

7 Wyroki: z dnia 16 lipca 1992 r., Meilicke (C-83/91, EU:C:1992:332, pkt 23); z dnia 22 listopada 2005 r., Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, pkt 34, 37); z dnia 21 grudnia 2016 r., Tele2 Sverige i Watson i in. (C-203/15 i C-698/15, EU:C:2016:970, pkt 130).

8 Wyroki: z dnia 20 czerwca 1991 r., Polysar Investments Netherlands (C-60/90, EU:C:1991:268, pkt 17); z dnia 14 listopada 2000 r., Floridienne i Berginvest (C-142/99, EU:C:2000:623, pkt 17); z dnia 16 lipca 2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schiffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, pkt 20).

9 Wyroki: z dnia 20 czerwca 1991 r., Polysar Investments Netherlands (C-60/90, EU:C:1991:268, pkt 14); z dnia 14 listopada 2000 r., Floridienne und Berginvest (C-142/99, EU:C:2000:623, pkt 17); z dnia 27 września 2001 r., Cibo Participations (C-16/00, EU:C:2001:495, pkt 19); z dnia 16 lipca 2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schiffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, pkt 20).

10 Wyroki: z dnia 27 września 2001 r., Cibo Participations (C-16/00, EU:C:2001:495, pkt 21); z dnia 6 września 2012 r., Portugal Telecom (C-496/11, EU:C:2012:557, pkt 34); z dnia 16 lipca

2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schifffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, pkt 21).

11 Wyrok z dnia 5 lipca 2018 r., Marle Participations (C-320/17, EU:C:2018:537, pkt 35) – w tym kontekście można mieć jednak wątpliwość, czy wynajem nieruchomości rzeczywiście należy traktować jako „uczestnictwo w zarządzaniu” spółki?

12 Wyrok z dnia 29 października 2009 r., SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, pkt 34).

13 Wyroki: z dnia 20 czerwca 1996 r., Wellcome Trust (C-155/94, EU:C:1996:243, pkt 33); z dnia 3 marca 2005 r., Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, pkt 22–24); z dnia 26 maja 2005 r., Kretztechnik (C-465/03, EU:C:2005:320, pkt 19); z dnia 29 października 2009 r., SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, pkt 34).

14 W tym duchu wyroki: z dnia 22 lutego 2001 r., Abbey National (C-408/98, EU:C:2001:110, pkt 35); z dnia 29 kwietnia 2004 r., Faxworld (C-137/02, EU:C:2004:267, pkt 39); z dnia 3 marca 2005 r., Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, pkt 23, 24).

15 Wyrok z dnia 29 października 2009 r., SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, pkt 33).

16 Wyrok z dnia 29 października 2009 r., SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, pkt 32).

17 Wyroki: z dnia 22 lutego 2001 r., Abbey National (C-408/98, EU:C:2001:110, pkt 35); z dnia 29 kwietnia 2004 r., Faxworld (C-137/02, EU:C:2004:267, pkt 39); z dnia 3 marca 2005 r., Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, pkt 23, 24).

18 Zobacz wyroki: 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 lipca 2006 r., Kittel i Recolta Recycling (C-439/04 i C-440/04, EU:C:2006:446, pkt 41); z dnia 16 grudnia 2010 r., Euro Tyre Holding (C-430/09, EU:C:2010:786, pkt 28).

19 Wyroki: z dnia 6 kwietnia 1995 r., BLP Group (C-4/94, EU:C:1995:107, pkt 24); z dnia 8 czerwca 2000 r., Midland Bank (C-98/98, EU:C:2000:300, pkt 20); z dnia 6 września 2012 r., Portugal Telecom (C-496/11, EU:C:2012:557, pkt 38); z dnia 22 lutego 2001 r., Abbey National (C-408/98, EU:C:2001:110, pkt 25).

20 Wyrok z dnia 6 kwietnia 1995 r., BLP Group (C-4/94, EU:C:1995:107, pkt 27). W dalszej części będzie jeszcze wymagało zbadania, czy istnieje „bezpośredni i ścisły związek”; zob. pkt 36 i nast. niniejszej opinii.

21 Wyroki: z dnia 6 kwietnia 1995 r., BLP Group (C-4/94, EU:C:1995:107, pkt 18, 19); z dnia 8 czerwca 2000 r., Midland Bank (C-98/98, EU:C:2000:300, pkt 20); z dnia 29 października 2009 r., SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, pkt 57).

22 Wyroki: z dnia 27 września 2001 r., Cibo Participations (C-16/00, EU:C:2001:495, pkt 31); z dnia 26 maja 2005 r., Kretztechnik (C-465/03, EU:C:2005:320, pkt 35); z dnia 29 października 2009 r., SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, pkt 57); z dnia 14 września 2017 r., Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:683, pkt 28).

23 Wyroki: z dnia 27 września 2001 r., Cibo Participations (C-16/00, EU:C:2001:495, pkt 33); z dnia 26 maja 2005 r., Kretztechnik (C-465/03, EU:C:2005:320, pkt 37); z dnia 6 września 2012 r., Portugal Telecom (C-496/11, EU:C:2012:557, pkt 37); z dnia 14 września 2017 r., Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:683, pkt 29).

24 Niektóre wyjątki uregulowane są np. w art. 169 dyrektywy VAT.

25 Wyroki: z dnia 6 kwietnia 1995 r., BLP Group (C-4/94, EU:C:1995:107, pkt 28); z dnia 14 września 2006 r., Wollny (C-72/05, EU:C:2006:573, pkt 20); z dnia 12 lutego 2009 r., Vereniging Noordelijke Land- en Tuinbouw Organisatie (C-515/07, EU:C:2009:88, pkt 28); z dnia 13 marca 2008 r., Securenta (C-437/06, EU:C:2008:166, pkt 30); z dnia 29 października 2009 r., SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, pkt 59); a także moja opinia w sprawie Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:283, pkt 37).

26 Wyroki: z dnia 13 grudnia 2001 r., CSC Financial Services (C-235/00, EU:C:2001:696, pkt 33); z dnia 29 października 2009 r., SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, pkt 48).

27 Zobacz pkt 26 niniejszej opinii.

28 Zobacz moja wcześniejsza opinia w sprawie Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:283, pkt 36, 37).

29 Wyroki: z dnia 29 października 2009 r., SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, pkt 62); z dnia 30 maja 2013 r., X (C-651/11, EU:C:2013:346, pkt 56).

30 Zobacz wyroki: z dnia 29 listopada 2012 r., Gran Via Moinești (C-257/11, EU:C:2012:759, pkt 27); z dnia 22 października 2015 r., Sveda (C-126/14, EU:C:2015:712, pkt 20).

31 Zobacz wyrok z dnia 14 września 2017 r., Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:683, pkt 29).

32 Wyrok z dnia 29 października 2009 r., SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, pkt 63, 73).

33 Zobacz w tym kontekście moja wcześniejsza opinia w sprawie Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:283, pkt 36, 37).

34 Wyrok z dnia 29 października 2009 r., SKF (C-29/08, EU:C:2009:665, pkt 60).

35 Zobacz w tym kontekście szczegółowo moja wcześniejsza opinia w sprawie Iberdrola Inmobiliaria Real Estate Investments (C-132/16, EU:C:2017:283, pkt 25–31).

36 Wyrok z dnia 22 października 2015 r., Sveda (C-126/14, EU:C:2015:712, pkt 29).

37 Zgodnie z orzecznictwem holdingów wyłączenie finansowych nie należy traktować jako podatników w rozumieniu art. 9 ust. 1 dyrektywy VAT; zob. wyroki: z dnia 20 czerwca 1991 r., Polysar Investments Netherlands (C-60/90, EU:C:1991:268, pkt 17); z dnia 14 listopada 2000 r., Floridienne i Berginvest (C-142/99, EU:C:2000:623, pkt 17); z dnia 16 lipca 2015 r., Larentia + Minerva i Marenave Schiffahrt (C-108/14 i C-109/14, EU:C:2015:496, pkt 20); a także pkt 24 niniejszej opinii.