Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
PEDRA CRUZA VILLALÓNA
przedstawiona w dniu 8 listopada 2012 r.[1]

Sprawa C-275/11

GfBk Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH
przeciwko
Finanzamt Bayreuth

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Bundesfinanzhof (Niemcy)]

Podatki — Podatek VAT — Dyrektywa 77/388/EWG — Artykuł 13 część B lit. d) pkt 6 — Zwolnienie zarządzania specjalnymi funduszami inwestycyjnymi — Dyrektywa 85/611/EWG — Przedsiębiorstwa zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS) — Spółki zarządzające specjalnymi funduszami inwestycyjnymi — Definicja „zarządzania" — Zastosowanie zwolnienia w stosunku do osób trzecich — Działalność „specyficzna" i stanowiąca „odrębną całość ocenianą globalnie" — Opodatkowanie niezgodnej z prawem działalności gospodarczej — Zasada neutralności podatkowej

1. Czy działalność doradztwa inwestycyjnego w zakresie zbywalnych papierów wartościowych świadczona spółce zarządzającej specjalnymi funduszami inwestycyjnymi przez osobę trzecią stanowi „zarządzanie funduszami" dla celów zwolnienia zawartego w art. 13 część B dyrektywy 77/388/EWG[2] dotyczącej podatku od wartości dodanej? Takie jest, w skrócie, pytanie przedstawione przez Bundesfinanzhof w niniejszym postępowaniu prejudycjalnym.

2. W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie Trybunał Sprawiedliwości będzie miał sposobność zajęcia się utrwalonym, aczkolwiek nie bezproblemowym orzecznictwem, zgodnie z którym zwolnienia zawarte w art. 13 część B dyrektywy 77/388[3] należy zastosować do usług świadczonych przez podmiot zarządzający będący osobą trzecią, kiedy wspomniane usługi tworzą „odrębną całość i – jeśli je oceniać globalnie – są specyficzne i istotne dla zarządzania tymi funduszami". Ogólne sformułowanie tego zawartego w orzecznictwie kryterium powoduje, iż jego zastosowanie w takiej sprawie jak niniejsza wymaga dołożenia szczególnych starań przy dokonywaniu wykładni.

1 — Język oryginału: francuski.

2 — 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: ujednolicona podstawa wymiaru podatku (Dz.U. L 145, s. 1, zwana dalej „szóstą dyrektywą").

3 — Zwracam uwagę, iż aktem prawnym mającym zastosowanie w niniejszej sprawie ratione temporis jest szósta dyrektywa. Jednakże poniższe rozważania mają zastosowanie także obecnie, bowiem dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.U. L 347, s. 1), która uchyliła szóstą dyrektywę, zawiera w art. 135 ust. 1 lit. g) to samo zwolnienie, w tym samym brzmieniu.

I – Ramy prawne

A – *Prawo Unii*

3. Dyrektywa 77/388 zawiera w art. 13 część B szereg zwolnień z podatku, spośród których do celów niniejszego postępowania należy wskazać następujące:

„[…] państwa członkowskie zwalniają z podatku na warunkach, które określają w celu zapewnienia prawidłowego i prostego zastosowania takich zwolnień, jak również, aby zapobiec oszustwom podatkowym, unikaniu opodatkowania i nadużyciom:

[…]

d) następujące transakcje:

[…]

3) transakcje, łącznie z negocjacjami, dotyczące depozytu i bieżących rachunków, płatności, transferów, długów, czeków i papierów wartościowych, z wyjątkiem jednakże odzyskiwania długów i faktoringu;

[…]

5) transakcje, łącznie z negocjacjami, z wyjątkiem zarządzania i przechowywania, dotyczące akcji, udziałów w spółkach lub stowarzyszeniach, obligacji i innych rodzajów papierów wartościowych, z wyjątkiem:

— dokumentów ustanawiających własność towarów,

— praw lub papierów wartościowych, określonych w art. 5 ust. 3,

6) zarządzanie specjalnymi funduszami inwestycyjnymi, określonymi przez państwa członkowskie;

[…]”.

4. Dyrektywa 85/611/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS), w wersji obowiązującej w latach 1999–2002, w art. 1 ust. 2 i 3 definiuje wspomniane przedsiębiorstwa w następujący sposób:

„2. Do celów niniejszej dyrektywy oraz z zastrzeżeniem przepisów art. 2, za UCITS uważa się przedsiębiorstwa:

— których jedynym celem jest zbiorowe inwestowanie w papiery wartościowe kapitału pochodzącego od obywateli i które działają na zasadzie dywersyfikacji ryzyka, oraz

— których jednostki uczestnictwa są, na żądanie ich posiadaczy, odkupywane lub umarzane bezpośrednio lub pośrednio z aktywów tych przedsiębiorstw. Działania podjęte przez UCITS w celu zapewnienia, aby giełdowa wartość ich jednostek nie różniła się w znaczny sposób od ich nominalnej wartości netto, będą uważane za równoznaczne z takim odkupieniem lub umorzeniem jednostek.

3. Takie przedsiębiorstwa mogą być utworzone zgodnie z prawem – albo na podstawie prawa zobowiązań (jako wspólne fundusze zarządzane przez spółki zarządzające), albo na podstawie prawa powierniczego (jako fundusze powiernicze), albo na podstawie statutu (jako fundusze inwestycyjne)".

5. W roku 2002 przyjęto obszerną nowelizację dyrektywy 85/611, na mocy której zasadniczo zmieniono status spółek zarządzających [4]. W rezultacie tej nowelizacji załącznik II definiuje pojęcie „zarządzania" funduszami powierniczymi, funduszami wspólnymi i funduszami inwestycyjnymi, podając w tym celu szereg przykładów. Nowe brzmienie art. 5 ust. 2 dyrektywy 85/611 odsyła wprost do otwartego, zawartego w przywołanym załączniku wykazu obowiązków w następujący sposób:

„Działalność związana z zarządzaniem funduszami powierniczymi/funduszami wspólnymi i funduszami inwestycyjnymi obejmuje, do celów niniejszej dyrektywy, obowiązki wymienione w załączniku II, które nie są wyczerpujące".

6. Załącznik II ma następujące brzmienie:

„Funkcje zawarte w działaniach w ramach zarządzania zbiorowym portfelem:

— zarządzanie inwestycyjne,

— administracja:

  a) obsługa prawna i usługi w zakresie rachunkowości w zarządzaniu;

  b) zapytania klientów;

  c) wycena i wyznaczanie ceny (w tym zwroty podatkowe);

  d) monitorowanie przestrzegania uregulowań;

  e) utrzymanie rejestru posiadaczy jednostek uczestnictwa;

  f) podział dochodu;

  g) emisja i umorzenie jednostek uczestnictwa;

  h) ustalenia umowne (w tym wysłanie świadectwa);

  i) przechowywanie ksiąg;

— Wprowadzanie do obrotu [sprzedaż]".

7. W ramach nowelizacji dokonanej w 2002 r. prawodawca Unii wprowadził także do dyrektywy 85/611 przepis art. 5g, zgodnie z którym państwa członkowskie mogą zezwolić spółkom zarządzającym, o ile spełnione zostały określone warunki, na upoważnianie osób trzecich do wypełniania jednego lub kilku spośród ich obowiązków. Zgodnie z tym przepisem należy w szczególności zapewnić, aby zlecenie nie uniemożliwiało nadzoru nad spółką zarządzającą oraz aby obowiązki te były wykonywane w należyty sposób.

4 — Dyrektywa 2001/107/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 stycznia 2002 r. zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS), w celu uregulowania działalności spółek zarządzających i uproszczonych prospektów emisyjnych (Dz.U. 2002, L 41, s. 20–34) oraz dyrektywa 2001/108/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 stycznia 2002 r. zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych dotyczących przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania w zbywalne papiery wartościowe (UCITS) w odniesieniu do inwestycji UCITS (Dz.U. L 41, s. 35–42).

II – Okoliczności faktyczne

8. GfBk (Gesellschaft für Börsenkommunikation mbH) jest niemieckim przedsiębiorstwem, którego przedmiot działalności stanowi rozpowszechnianie informacji i doradztwo giełdowe oraz doradztwo w zakresie aktywów finansowych i ich sprzedaż.

9. W 1999 r. GfBk zawarła umowę o świadczenie usług na rzecz spółki zarządzającej funduszami inwestycyjnymi (zwanej dalej: „TFI"). GfBk w szczególności zobowiązała się doradzać TFI „w zarządzaniu majątkiem funduszu" oraz „prowadząc ciągły monitoring majątku funduszu, udzielać zaleceń odnośnie do kupna lub sprzedaży aktywów". GfBk zobowiązała się także „przestrzegać zasady dywersyfikacji ryzyka, ustawowych ograniczeń w zakresie inwestowania […] oraz […] warunków inwestowania […]".

10. Z akt sprawy wynika, iż wynagrodzenie GfBk stanowiła suma, będąca określonym procentem wartości funduszu inwestycyjnego.

11. W latach 1999–2002 GfBk udzielała TFI zaleceń w zakresie kupna i sprzedaży papierów wartościowych telefonicznie, faksem lub przez Internet. Sąd odsyłający wskazuje, iż GfBk nie przedstawiała szczegółowych opinii, lecz zalecenia ad hoc, które TFI wprowadzała do swojego systemu zleceń. Po ich otrzymaniu TFI badała zalecenia, aby sprawdzić, czy nie naruszają one żadnych ustawowych ograniczeń. Po zweryfikowaniu TFI realizowała, czasem w ciągu kilku minut, zalecenie.

12. W odniesieniu do lat 1999–2002 niemieckie organy podatkowe uznały, iż usługi świadczone przez GfBk nie stanowiły „zarządzania specjalnymi funduszami inwestycyjnymi" w rozumieniu art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy. GfBk nie zgadza się z tą wykładnią i odwoływała się od decyzji w tym przedmiocie dotąd, aż wyczerpała drogę sądową, dochodząc przed Bundesfinanzhof, który przedstawił niniejsze pytanie prejudycjalne.

III – Pytanie prejudycjalne i postępowanie przez Trybunałem Sprawiedliwości

13. W dniu 5 maja 2011 r. do sekretariatu Trybunału Sprawiedliwości wpłynął wniosek Bundesfinanzhof o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, przedstawiony w formie trzech możliwych, alternatywnych odpowiedzi:

„Czy usługa świadczona przez podmiot zarządzający specjalnym funduszem inwestycyjnym będący osobą trzecią jest tylko wtedy wystarczająco specyficzna i w konsekwencji zwolniona z podatku, gdy:

a) wykonuje on czynności związane z zarządzaniem, a nie tylko z doradztwem,

lub gdy

b) usługa co do swej istoty odróżnia się od innych usług ze względu na szczególną cechę kwalifikującą do zwolnienia z podatku na podstawie tego przepisu,

lub gdy

c) działa on na podstawie upoważnienia zgodnie z art. 5g zmienionej dyrektywy 85/611/EWG?".

14. Uwagi na piśmie zostały złożone przez GfBk, rządy Republiki Federalnej Niemiec, Wielkiego Księstwa Luksemburga i Republiki Greckiej oraz Komisję.

15. Na rozprawie w dniu 28 czerwca 2012 r. swoje stanowiska przedstawiły GfBk, rząd Republiki Federalnej Niemiec i Komisja.

IV – Analiza pytania prejudycjalnego

16. Wprawdzie pytanie przedstawione zostało przez Bundesfinanzhof w formie alternatywnych odpowiedzi, rozumiem niemniej, iż stanowi ono raczej trzy *zastrzeżenia*, które można wysunąć wobec zastosowania zwolnienia zawartego w art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy do świadczonych przez osobę trzecią usług doradczo-informacyjnych w zakresie inwestycji w papiery wartościowe. Istotą wniosku przedstawionego Trybunałowi Sprawiedliwości jest bowiem prośba o rozważenie każdego ze wspomnianych zastrzeżeń w celu dokonania prawidłowej wykładni przywołanego przepisu.

A – *Zastrzeżenie pierwsze: zastosowanie pojęcia „zarządzanie specjalnymi funduszami inwestycyjnymi" do usług doradczo-informacyjnych w zakresie inwestycji świadczonych przez osobę trzecią*

17. Przedstawiając swoje pierwsze zastrzeżenie, Bundesfinanzhof zastanawia się nad kwalifikacją usługi świadczonej przez GfBk, a konkretnie nad jej szczególnym charakterem, do celów uznania jej za „zarządzanie specjalnymi funduszami inwestycyjnymi", a tym samym za usługę zwolnioną na podstawie art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy.

18. Pierwszą uwagą, jaką należy poczynić, jest stwierdzenie faktu, iż kryterium stosowane przez Trybunał Sprawiedliwości przy dokonywaniu oceny, czy dana zlecana na zewnątrz działalność podlega przywołanemu zwolnieniu, jest złożone. Jak już wspomniałem na początku, w niniejszej sprawie problem leży bowiem w zastosowaniu zawartego w orzecznictwie kryterium stosowanego do sytuacji, w których występują zlecane za zewnątrz usługi, a zgodnie z którym, aby podlegać zwolnieniu z podatku od wartości dodanej, muszą one stanowić „odrębną całość i – jeśli je oceniać globalnie – [być] specyficzne i istotne dla zarządzania tymi funduszami".

19. W tej kwestii wypowiedzieli się wszyscy uczestnicy postępowania, przedstawiając odmienne stanowiska. Z jednej strony Republika Federalna Niemiec, Republika Grecka i Komisja utrzymują, iż świadczona przez GfBk usługa doradczo-informacyjna nie jest ani wystarczająco specyficzna, ani wystarczająco odrębna. Z drugiej strony GfBk i Wielkie Księstwo Luksemburga bronią specyficznego i globalnego charakteru tej usługi oraz uważają, iż podlega ona zwolnieniu. Na uzasadnienie pierwszego poglądu powołuje się przede wszystkim okoliczność, że TFI ponosi ostateczną odpowiedzialność, w tym odpowiedzialność prawną, za podjęte decyzje. Powołuje się także okoliczność, iż zalecenia kupna i sprzedaży przedstawiane przez GfBk są jedynie wskazówkami, a TFI ma swobodę, żeby ich nie uwzględnić. GfBk i Wielkie Księstwo Luksemburga powołują się ze swej strony na wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Abbey National[5], w którego sentencji dopuszczono zastosowanie zwolnienia przewidzianego w art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy do określonych usług świadczonych przez osoby trzecie.

20. W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie należy przede wszystkim przeanalizować utrwalone orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, a w szczególności przywołany wyrok w sprawie Abbey National, obszernie cytowany przez wszystkich uczestników niniejszego postępowania prejudycjalnego.

1. Wyrok w sprawie Abbey National

21. Wyrok w sprawie Abbey National był rozstrzygnięciem w przedmiocie pytania prejudycjalnego dotyczącego usług świadczonych spółce inwestycyjnej przez osobę trzecią, a polegających między innymi na obliczaniu kwoty dochodów i ceny jednostek uczestnictwa lub udziałów funduszu, wycenie aktywów, rachunkowości, przygotowywaniu deklaracji w celu podziału dochodów, dostarczaniu informacji i dokumentacji na temat rachunków okresowych i deklaracji podatkowych, statystyk

5 — Wyrok z dnia 4 maja 2006 r. w sprawie C-169/04, Zb.Orz. s. I-4027, pkt 63.

i podatku od wartości dodanej, a także opracowywaniu prognoz przychodów [6]. Co do tej grupy usług, którą Trybunał Sprawiedliwości określił zbiorczo jako „zarządzanie administracyjne i prowadzenie rachunkowości” [7], wyrok ten potwierdził „co do zasady”, iż objęta jest ona zakresem zastosowania art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy [8].

22. Do takiego wniosku Trybunał Sprawiedliwości doszedł na podstawie szeregu argumentów, mających zastosowanie także w niniejszej sprawie, co wykażę w dalszej części opinii.

23. Przede wszystkim w wyroku w sprawie Abbey National badano cel samego zwolnienia przewidzianego w art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy, którym jest właśnie „ułatwienie małym inwestorom inwestowania w papiery wartościowe za pomocą przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania” [9]. Celem zwolnienia jest zatem zapewnienie neutralności podatkowej wobec tych inwestorów, którzy zarządzają swoimi portfelami bezpośrednio, i tych, którzy korzystają z inwestowania zbiorowego za pośrednictwem spółki zarządzającej lub funduszu inwestycyjnego [10].

24. Po drugie, w przywołanym wyroku podkreśla się, iż przez „zarządzanie” funduszem inwestycyjnym w rozumieniu art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy należy rozumieć nie tylko obowiązki zarządcze sensu stricto, to jest zarządzanie portfelem, lecz także „zarządzanie [administrowanie] samymi przedsiębiorstwami zbiorowego inwestowania w papiery wartościowe” [11]. W celu określenia, które usługi „zarządzania” [„administrowania”] są wystarczająco specyficzne, aby wchodzić w zakres pojęcia „zarządzania” w rozumieniu art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy, Trybunał Sprawiedliwości posługuje się załącznikiem II do dyrektywy 85/611. Zdaniem Trybunału Sprawiedliwości załącznik ten „wskazuje” w rubryce „Administracja”, które tego rodzaju czynności są wystarczająco specyficzne dla celów zwolnienia z podatku od wartości dodanej.

25. Po trzecie, w przywołanym wyroku nie uznano za konieczne, aby „zarządzanie” prowadzone było wyłącznie przez określony podmiot. Przeciwnie, Trybunał Sprawiedliwości podkreśla wyraźnie, iż zarządzanie specjalnymi funduszami inwestycyjnymi wskazane w art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy „jest określane w zależności od rodzaju świadczonych usług, a *nie w zależności od osoby świadczącej lub odbiorcy usług*” [12]. Z tego względu oraz zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości we wcześniejszych sprawach dotyczących innych zwolnień przewidzianych w omawianym art. 13 część B lit. d) szóstej dyrektywy [13] nic nie stoi na przeszkodzie temu, by „zarządzanie” składało się szeregu różnych usług, a zatem by niektóre z nich świadczone były przez osoby trzecie [14].

6 — Ibidem, pkt 26.

7 — Ibidem, pkt 66.

8 — Ibidem, pkt 69.

9 — Ibidem, pkt 62.

10 — Ibidem.

11 — Ibidem, pkt 64.

12 — Ibidem, pkt 66 (kursywa dodana).

13 — Zobacz wyroki: z dnia 5 czerwca 1997 r. w sprawie C-2/95 SDC, Rec. s. I-3017, pkt 66 w związku z pkt 5 („transakcje […] dotyczących akcji, udziałów w spółkach lub stowarzyszeniach, obligacji i innych papierów wartościowych […]”); z dnia 13 grudnia 2001 r. w sprawie C-235/00 CSC Financial Services, Rec. s. I-10237, pkt 23; z dnia 21 czerwca 2007 r. w sprawie C-453/05 Ludwig, Zb.Orz. s. I-5083, pkt 36 w związku z pkt 1 („udzielanie oraz negocjacje w sprawach kredytu, oraz zarządzanie kredytem przez osobę udzielającą go”); z dnia 28 października 2010 r. w sprawie C-175/09 AXA UK, Zb.Orz. s. I-10701, pkt 27 w związku z pkt 3 („transakcje, łącznie z negocjacjami, dotyczące depozytu i bieżących rachunków, płatności, transferów, długów, czeków i papierów wartościowych […]”); z dnia 22 października 2009 r. w sprawie C-242/08 Swiss Re Germany Holding, Zb.Orz. s. I-10099, pkt 45 w związku z pkt 2 („negocjacje i przejęcie zobowiązań, poręczeń i innych zabezpieczeń kredytowych lub innego zabezpieczenia oraz zarządzanie zabezpieczeniami kredytowymi przez osobę udzielającą kredytu”) oraz pkt 3; z dnia 23 września 2011 r. w sprawie C-350/10 Nordea Pankki, Zb.Orz. s. I-7359, pkt 27 w związku z przywołanym już pkt 5.

14 — Wyrok w sprawie Abbey National, pkt 67.

26. Wyrok ten przywołuje wreszcie wcześniejsze orzecznictwo dotyczące art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy dla przypomnienia, iż w każdym przypadku usługi świadczone przez osobę trzecią „powinny tworzyć odrębną całość, która – jeśli ją oceniać globalnie – w konsekwencji wypełnia specyficzne i istotne funkcje usługi opisanej w owym pkt 6", to jest funkcje zarządzania specjalnymi funduszami inwestycyjnymi.

27. Kryterium to nie zostało dokładniej opisane ani w wyroku w sprawie Abbey National, ani w innych wyrokach dotyczących pozostałych zwolnień zawartych w art. 13 część B lit. d) szóstej dyrektywy. Jednakże w świetle rozstrzygnięć wydanych przez Trybunał Sprawiedliwości w każdej z tych spraw można wywieść pewne przesłanki. Przesłanki te, mogące ukazywać nieco dokładniejszą treść przywołanego kryterium oceny specyficznego i odrębnego charakteru, są następujące: usługa świadczona przez osobę trzecią powinna być nierozerwalnie związana z usługą świadczoną przez spółkę zarządzającą lub spółkę inwestycyjną, ale także posiadać istotny stopień autonomii w odniesieniu do treści świadczenia. Następnie zlecona na zewnątrz usługa powinna mieć charakter ciągły lub przynajmniej przewidywalny w czasie. Nie wydaje się natomiast istotne, by ta zlecona na zewnątrz usługa wywoływała zmianę w sytuacji prawnej lub gospodarczej usługobiorcy.

28. Zbadamy teraz, czy powyższe przesłanki, wywiedzione z dotychczasowego orzecznictwa, są spełnione w niniejszej sprawie.

2. Usługi doradztwa inwestycyjnego w świetle orzecznictwa

29. Przedstawione przez Bundesfinanzhof pytanie dotyczy w istocie konkretnie tego, czy działalność prowadzona przez GfBk może być działalnością zlecaną na zewnątrz oraz czy, nawet jeśli tak jest, może ona podlegać zwolnieniu przewidzianemu w art. 13 część B lit. d) szóstej dyrektywy. W tym celu należy przypomnieć, co właśnie ustaliliśmy w trakcie analizy wyroku w sprawie Abbey National, iż zlecone na zewnątrz usługi świadczone spółce zarządzającej funduszami podlegają zwolnieniu. Trybunał Sprawiedliwości wymaga przy tym, aby usługi te stanowiły „odrębną całość i – jeśli je oceniać globalnie – [były] specyficzne i istotne dla zarządzania tymi funduszami".

30. Jak wskazałem w pkt 27 niniejszej opinii, zastosowanie tego kryterium wymaga zwrócenia uwagi na szereg cech. Zajmę się nimi po kolei, a także omówię niektóre zarzuty podniesione przez państwa członkowskie i Komisję, aby dojść do wniosku, iż w zasadzie – z zastrzeżeniem oceny pewnych okoliczności faktycznych, należącej do sądu odsyłającego – usługi świadczone przez GfBk spełniają wymogi *testu* na specyficzny i odrębny charakter.

a) Nierozerwalny związek usługi z działalnością funduszu

31. Przesłanka specyficznego i globalnego charakteru zawarta w wyroku w sprawie Abbey National dotyczy nierozerwalnego związku pomiędzy usługą a działalnością specjalnego funduszu inwestycyjnego. Chodzi więc ostatecznie o zidentyfikowanie usług właściwych dla specjalnego funduszu inwestycyjnego, które wyróżniają go spośród innych rodzajów działalności gospodarczej. Prosty przykład mogą stanowić rachunek udziałów i akcji funduszu albo propozycja kupna lub sprzedaży aktywów, będące działalnością właściwą dla specjalnego funduszu inwestycyjnego, ale nie dla przedsiębiorstwa budowlanego. Oczywiście, nic nie zabrania przedsiębiorstwu budowlanemu prowadzenia działalności w zakresie inwestycji finansowych, lecz nie będzie to działalność *charakterystyczna* czy też właściwa, i tym samym specyficzna dla przedsiębiorstwa budowlanego.

32. Natomiast usługa wsparcia technicznego dla działów informatycznych lub nawet – jak wskazały na rozprawie niektóre państwa członkowskie i Komisja – usługa sprzątania, mogą być świadczone zarówno spółce zarządzającej funduszami, jak i przedsiębiorstwu budowlanemu, zatem nie można utrzymywać, iż chodzi o usługę specyficzną dla którejś z tych dwóch działalności. Mielibyśmy tu do czynienia z usługami, jeśli można tak powiedzieć, neutralnymi lub zastępowalnymi pod względem ich treści, w zakresie, w jakim mogą być świadczone bez żadnego rozróżnienia jednym i drugim przedsiębiorstwom.

33. W przypadku usług doradczo-informacyjnych dotyczących ściśle zarządzania funduszami lub kupna i sprzedaży aktywów wydaje się jasne, iż chodzi o specyficzną działalność specjalnego funduszu inwestycyjnego. GfBk udziela zaleceń dotyczących transakcji, których TFI następnie może dokonać, lecz działając we własnym charakterze, to jest jako podmiot odpowiedzialny za zarządzanie specjalnym funduszem inwestycyjnym. Mamy tu zatem do czynienia z usługami ewidentnie charakterystycznymi dla przedsiębiorstw zbiorowego inwestowania, których jedynym celem, zgodnie z dyrektywą 85/611, jest „zbiorowe inwestowanie w zbywalne papiery wartościowe i/lub inne płynne aktywa finansowe […] kapitału pochodzącego od obywateli” [15].

34. Z drugiej strony okoliczności faktyczne, które legły u podstaw wyroku w sprawie Abbey National, przemawiają za potwierdzeniem specyficznego charakteru usług świadczonych przez GfBk. Jeżeli bowiem Trybunał Sprawiedliwości doszedł do wniosku, iż usługi w zakresie administrowania i rachunkowości mają, dla celów zwolnienia zawartego w przywołanym art. 13, charakter specyficzny, takiej samej odpowiedzi należy udzielić w odniesieniu do usługi ściśle związanej z zasadniczą działalnością funduszu, jaką jest przetwarzanie informacji w celu dokonywania inwestycji w papiery wartościowe. Jeżeli usługi z zakresu administrowania, takie jak prowadzenie rachunkowości, obliczanie kwoty dochodów i ceny jednostek uczestnictwa lub udziałów funduszu albo wycena aktywów, stanowią usługi specyficzne i wyodrębnione, uważam, że wspomniana ocena odnosi się tym bardziej do usługi jeszcze bardziej specyficznej, jaką jest usługa doradczo-informacyjna dotycząca zarządzania funduszem oraz kupna lub sprzedaży aktywów.

35. Można by podnieść wobec tego stanowiska taki zarzut, jaki podniosła Republika Federalna Niemiec, iż usługi doradczo-informacyjne nie znajdują się w wykazie z załącznika II do dyrektywy 85/611. Jednakże argumentu tego nie da się obronić, bowiem sama dyrektywa 85/611 w art. 5 ust. 2 stwierdza, iż obowiązki wymienione we wspomnianym załączniku „nie są wyczerpujące”. Rzecznik generalna J. Kokott wyraziła to bardzo jasno w swojej opinii przedstawionej w sprawie Abbey National, stwierdzając, że „pojęcia określone w załączniku II do dyrektywy 85/611 nie [są] uznawane za definicje usług zarządzania funduszem powierniczym, lecz za typowe obowiązki spółki zarządzającej” [16]. Zatem okoliczność, iż usługi świadczone przez GfBk nie zostały wyraźnie zawarte we wspomnianym załączniku, nie uniemożliwia, z uwagi na jego w przeważającej mierze przykładowy charakter, zaliczenia ich do kategorii usług specyficznych należących do usług „zarządzania” specjalnym funduszem inwestycyjnym.

b) Autonomia usługi względem działalności funduszu

36. Interesujące nas wynikające z orzecznictwa kryterium specyficznego i odrębnego charakteru usługi odnosi się także do autonomii tej usługi, to jest do zdolności do świadczenia usług wystarczająco jasno zakreślonych, których zakres nie jest nieostry w zestawieniu z innymi usługami świadczonymi przez usługobiorcę. Przesłanka ta w pewnym stopniu odwołuje się do cech decydujących o charakterze danej usługi i dlatego Trybunał Sprawiedliwości używa czasem przymiotnika „zasadniczy” w odniesieniu do przesłanki „odrębnej całości ocenianej globalnie” [17].

15 — Artykuł 1 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy 85/611.

16 — Opinia przedstawiona w dniu 8 września 2005 r. w sprawie Abbey National, pkt 79.

17 — Ibidem.

37. W związku z tym usługa, która stanowi „odrębną całość ocenianą globalnie", nie może mylić się z innymi usługami świadczonymi już przez usługobiorcę. Na przykład jeżeli spółka zarządzająca świadczy już usługi z zakresu rachunkowości i można to stwierdzić poprzez fakt, że dysponuje ona wewnętrznym działem rachunkowości, który wykonuje całość tej usługi, z trudem można by odróżnić usługę z zakresu rachunkowości świadczoną przez osobę trzecią od takiej usługi świadczonej przez wewnętrzny dział spółki. Stwierdzenie takiego faktu potwierdza, iż usługa świadczona przez osobę trzecią traci autonomię, gdyż usługobiorca sam ją świadczy.

c) Ciągłość usługi

38. Po trzecie, specyficzny i odrębny charakter usługi powinien charakteryzować się pewną ciągłością w czasie. Innymi słowy, nie chodzi o usługę świadczoną sporadycznie i jednostkowo, bowiem w takim przypadku brak by jej było wystarczająco istotnego charakteru, by mogła być objęta zwolnieniem zawartym w art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy. Nie oznacza to, że usługa powinna być świadczona równomiernie w czasie, gdyż mogłoby to wykluczyć te wszystkie usługi, które nie są świadczone regularnie. W mojej ocenie chodzi o to, by rozpatrywane zlecenie usługi na zewnątrz było wynikiem decyzji operacyjnej spółki zarządzającej i charakteryzowało się w rezultacie pewnym stopniem stabilności.

39. Stwierdzenie, czy przesłanka ta została spełniona w niniejszej sprawie, należy do właściwości sądu odsyłającego. Powinien on zbadać, co wymaga analizy okoliczności faktycznych, czy GfBk świadczyła swoje usługi w sposób ciągły w czasie, tak by dało się stwierdzić pewien stopień przewidywalności w ciągłości tych usług. Jeżeli ustalone zostanie, iż usługi doradczo-informacyjne świadczone były wyłącznie przez GfBk lub także inne osoby trzecie oraz miały one charakter ciągły w czasie, potwierdzi się w ten sposób, iż mamy do czynienia z usługą w wystarczającym stopniu autonomiczną, aby stanowiła ona „odrębną całość ocenianą globalnie".

d) Nieistotny charakter kryterium zmiany sytuacji prawnej i finansowej

40. Należy wreszcie zbadać zarzut podniesiony przez Republikę Federalną Niemiec i Komisję, iż decyzje rodzące skutki prawne podejmowała spółka zarządzająca, a nie GfBk, co potwierdzałoby brak „zarządzania" jako usługi specyficznej i wyodrębnionej dla celów art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy.

41. Zarzutu tego nie można uwzględnić, gdyż można przyjąć, że został on w dorozumiany sposób odrzucony w wyroku w sprawie Abbey National. W ww. sprawie, jak już wskazałem, wszystkie sporne usługi stanowiła zwykła i właściwa dla administrowania spółką zarządzającą działalność, lecz nie było żadnych przeszkód, by uznać je za „zarządzanie" specyficzne i wyodrębnione w rozumieniu wielokrotnie przywoływanego art. 13. Pogląd ten jest spójny ze stanowiskiem, iż nie jest konieczne dokonanie zmiany sytuacji prawnej lub finansowej, a jedynie zlecenie na zewnątrz, w istotnym zakresie, działalności polegającej na „zarządzaniu".

42. Zresztą rzecznik generalna J. Kokott nie podzieliła w tej kwestii poglądu rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura[18], a Trybunał Sprawiedliwości przyjął jej stanowisko. W opinii przedstawionej w sprawie Abbey National rzecznik generalna J. Kokott odrzuciła zastosowanie wskazanego kryterium [stosowanego już przez Trybunał Sprawiedliwości przy innych zwolnieniach zawartych w art. 13 część B lit. d)], odnosząc się do bardziej ogólnego brzmienia pkt 6, ale także wskazując, iż „[g]dyby

18 — Zobacz opinia rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie C-8/03 BBI (wyrok z dnia 21 października 2004 r.), Zb.Orz. s. I-10157, pkt 33.

zwolnienie ograniczone było do czynności mających wpływ na skład portfela, to zwolniona od podatku byłaby jedynie szczątkowa część czynności funduszu powierniczego”[19]. Zgadzam się z tym rozumowaniem i, jak rozumiem, Trybunał Sprawiedliwości także to czyni, bowiem w rozstrzygnięciu wydanym w sprawie Abbey National nie uwzględnił kryterium zmiany sytuacji prawnej i finansowej.

e) Ścisła wykładnia zwolnienia przewidzianego w art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy

43. Nie zamierzam wreszcie pozostawić bez analizy zarzutu o szerszym charakterze, wynikającego z uwag przedstawionych zarówno przez Republikę Federalną Niemiec, jak i przez Republikę Grecką, a dotyczącego ścisłego charakteru, jaki należy nadawać wykładni zwolnienia zawartego w art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy. Jest to zarzut oparty na utrwalonym orzecznictwie, zgodnie z którym zwolnienia z podatku VAT, jako wyjątki od ogólnej zasady, należy interpretować w sposób ścisły.

44. Zarzut ten został już trafnie przeanalizowany przez rzecznik generalną J. Kokott w przywołanej opinii w sprawie Abbey National. W opinii tej rzecznik generalna podkreśliła, iż ścisła wykładnia art. 13 szóstej dyrektywy mogłaby w pewnych przypadkach stać w sprzeczności z utrwalonym w orzecznictwie stanowiskiem, zgodnie z którym zalecane jest dokonywanie wykładni tych samych pojęć zawartych w różnych aktach prawnych w sposób jednolity. Jednakże w tym konkretnym przypadku dotyczącym art. 13 szóstej dyrektywy i załącznika II do dyrektywy 85/611 rzecznik generalna, odnosząc się do pojęcia „zarządzanie”, doszła do wniosku, iż konflikt ten jest raczej iluzoryczny, niż rzeczywisty. Jej zdaniem, żaden z przepisów dyrektywy 85/611 nie ustanawia dokładnej definicji pojęcia „zarządzanie specjalnymi funduszami inwestycyjnymi”. W rezultacie, jak już wcześniej wskazałem, przywołana dyrektywa odwołuje się jedynie przykładowo do wykazu zawartego w załączniku II, pozostawiając sądom możliwość jego uzupełnienia w świetle celów i systematyki porządku prawnego Unii.

45. Propozycja odpowiedzi, jaką przedstawiam Trybunałowi Sprawiedliwości, nie stanowi zatem szerokiej wykładni pojęcia „zarządzanie specjalnymi funduszami inwestycyjnymi”. Przeciwnie, proponowana przeze mnie wykładnia ogranicza się do nadania znaczenia pojęciu „zarządzanie” w przypadku zlecenia usług na zewnątrz, a jednocześnie zapewnia spójność interpretacyjną z innymi aktami prawnymi Unii. Taki jest zresztą wniosek, do którego doszedł Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie Abbey National, w którym uznał, że dokonywanie wykładni art. 13 szóstej dyrektywy w zgodzie z dyrektywą 85/611 umacnia ówczesne rozumienie pojęcia „zarządzanie”, lecz w żadnym razie nie oznacza rozszerzającej wykładni warunków zwolnienia.

f) Podsumowanie

46. W świetle przedstawionych argumentów i po odrzuceniu stanowiska, iż proponowana wykładnia ma stanowić szeroką wykładnię zwolnienia zawartego w art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy, uważam, iż przywołany przepis należy interpretować w ten sposób, że świadczona przez osobę trzecią usługa doradczo-informacyjna związana z zarządzaniem specjalnym funduszem inwestycyjnym oraz z kupnem lub sprzedażą aktywów stanowi usługę „zarządzania” o charakterze specyficznym i odrębnym, pod warunkiem iż można wykazać, że zachowana jest autonomia i ciągłość usługi w odniesieniu do usług rzeczywiście świadczonych przez usługobiorcę, zweryfikowanie czego należy do właściwego sądu.

19 — Ibidem, pkt 66.

B – *Zastrzeżenie drugie: zgodność z domniemaną zasadą horyzontalnej neutralności podatkowej*

47. Bundesfinanzhof zwraca się w dalszej części z pytaniem, czy usługa taka, jak usługa świadczona przez GfBk, może odróżniać się od innych usług ze względu na pewną charakterystyczną cechę kwalifikującą do zwolnienia. Jednakże w postanowieniu sądu odsyłającego przy uzasadnieniu tego pytania przedstawiono ostatecznie zastrzeżenie oparte na tak zwanej zasadzie „horyzontalnej" neutralności podatkowej. Chodzi o fakt naruszenia szóstej dyrektywy z uwagi na okoliczność uprzywilejowanego pod względem podatkowym traktowania jednego podmiotu (spółki zarządzającej lub spółek inwestycyjnych, które korzystają z usług doradczych) w porównaniu z innymi podmiotami (inwestorami, którzy dokonują inwestycji bezpośrednio, nawet jeżeli korzystają także z usług doradczych). Uważam zatem, iż Bundesfinanzhof, odnosząc się w tym pytaniu do „cech charakterystycznych" usługi, zmierza w istocie do przedstawienia w tym przypadku Trybunałowi Sprawiedliwości kwestii domniemanego dyskryminacyjnego traktowania.

48. Jeżeli drugą część pytania prejudycjalnego rozumieć w ten sposób, uważam, iż nie mamy w tym przypadku do czynienia z naruszeniem zasady neutralności podatkowej. Jednym z celów zwolnienia zawartego w art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy jest bowiem właśnie ułatwienie małym inwestorom lokowania kapitału w funduszach inwestycyjnych. Zwolnienie to wynika z kolei z konieczności zapewnienia neutralności podatkowej, gdyż w przeciwnym razie osoby korzystające z tych form zbiorowego inwestowania (podatnicy podatku VAT) byliby pokrzywdzeni, co działałoby na korzyść inwestorów bezpośrednich (którzy sami wykonują te usługi). Biorąc pod uwagę, iż skutkiem zbiorowego inwestowania jest ułatwianie inwestycji małym inwestorom lub inwestorom nieposiadającym wyspecjalizowanej wiedzy co do określonego rynku, należy stwierdzić, że zwolnienie stanowi zachętę dla tych grup, zasługujących zdaniem prawodawcy na wsparcie [20].

49. W każdym jednak razie twierdzenie, iż zastosowanie zwolnienia wobec GfBk prowadziłoby do mniej korzystnego traktowania tych inwestorów prywatnych, którzy bezpośrednio korzystają z jej usług, na korzyść spółek zarządzających, prowadziłoby do nieskończonego łańcucha dyskryminacji. Jak wyjaśniła ostatnio w sprawie Deutsche Bank rzecznik generalna E. Sharpston, „gdyby wszystkie formy działalności pozostające ze sobą częściowo w stosunku konkurencji miały być objęte tym samym traktowaniem dla potrzeb podatku VAT, rezultat końcowy polegałby – biorąc pod uwagę, że praktycznie każda forma działalności pokrywa się w pewnym stopniu z jakąś inną – na całkowitej eliminacji wszelkich różnic w traktowaniu dla potrzeb podatku VAT. Jak można przypuszczać, doprowadziłby do likwidacji wszelkich zwolnień, gdyż system podatku VAT istnieje tylko po to, by nakładać podatek od czynności" [21].

50. Trybunał Sprawiedliwości w wyroku wydanym w przywołanej sprawie oparł się w tej kwestii na opinii rzecznik generalnej, dodając ponadto, iż neutralność podatkowa „nie jest bowiem normą prawa pierwotnego, od której może zależeć ważność zwolnienia, lecz wskazówką interpretacyjną, którą należy stosować łącznie z zasadą ścisłej wykładni wyjątków" [22].

51. Uznanie zatem, iż GfBk podlega zwolnieniu zawartemu w art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy, nie stanowi moim zdaniem rozstrzygnięcia sprzecznego z wymogami zasady neutralności podatkowej, którą należy rozumieć jako zakaz dyskryminacji podatników znajdujących się w porównywalnej sytuacji.

20 — Ibidem, pkt 27, 28.

21 — Opinia rzecznik generalnej E. Sharpston z dnia 8 maja 2012 r. w sprawie C-44/11 (wyrok z dnia 19 lipca 2012 r.), pkt 60.

22 — Wyrok wymieniony w poprzednim przypisie, pkt 45.

C – Zastrzeżenie trzecie: skutki prawne udzielenia upoważnienia w braku zezwolenia w rozumieniu dyrektywy 85/611

52. Bundesfinanzhof zwraca się wreszcie z pytaniem w przedmiocie wpływu, jaki ma działalność niezgodna z prawem na interpretację zwolnienia. Jak wynika z akt sprawy, w chwili gdy świadczono rozpatrywane usługi, TFI nie uzyskała jeszcze wymaganego przepisami zezwolenia, które umożliwiłoby jej udzielenie upoważnienia GfBk. Sąd odsyłający uważa ten przypadek za sprzeczny z dyrektywą 85/611 w jej brzmieniu obowiązującym w chwili świadczenia usługi. W tej sytuacji zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości o wyjaśnienie, czy okoliczność ta ma jakikolwiek wpływ na wykładnię art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy.

53. W kwestii tej wypowiedziały się wyraźnie jedynie Republika Grecka i Komisja. Podczas gdy pierwsza z nich ogranicza się do obrony braku obowiązywania zwolnienia, w przypadku kiedy naruszone zostały wymogi nadzorcze przewidziane w dyrektywie 85/611, druga odwołuje się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego opodatkowania podatkiem VAT niezgodnej z prawem działalności. W oparciu o to orzecznictwo Komisja dochodzi do wniosku, iż kwalifikacja prawna działalności jako zgodnej lub niezgodnej z prawem nie powinna mieć żadnego wpływu na wykładnię art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy.

54. Zgadzam się z odpowiedzią przedstawioną przez Komisję, lecz ze względów, które wyjaśnię w dalszej części opinii, uważam za zbędne szczegółowe badanie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego opodatkowania podatkiem VAT działalności niezgodnej z prawem [23].

55. W celu zbadania tego ostatniego zastrzeżenia należy wskazać, iż upoważnienie zawsze wiąże się z przeniesieniem władztwa decyzyjnego pomiędzy podmiotami, powodując powstanie stosunku prawnego pomiędzy mocodawcą a pełnomocnikiem. Upoważnienie z definicji zawiera w sobie zdolność pełnomocnika do dokonywania, nawet bez zgody mocodawcy, zmian w zastanych sytuacjach prawnych lub tworzenia nowych sytuacji prawnych. Wyjaśnia to więc powód, dla którego, kiedy spółka zarządzająca deleguje własne obowiązki i przenosi zdolność do podejmowania decyzji na inny podmiot, nadając w ten sposób pełnomocnikowi władztwo do dokonywania zmiany sytuacji prawnej, dyrektywa wymaga, by właściwe organy wydały na to zezwolenie, zanim upoważnienie zostanie udzielone.

56. Sytuacja GfBk jest jednak inna. Nigdy nie upoważniono jej do wykonywania istotnych obowiązków podlegających warunkom pełnomocnictwa. Jej działalność polega bowiem na „zarządzaniu" specjalnym funduszem inwestycyjnym, lecz „zarządzanie" to, jak rozumie je art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy, jest w oczywisty sposób pojęciem szerszym, które niekoniecznie musi pociągać za sobą przeniesienie zdolności do podejmowania decyzji i w rezultacie do dokonywania zmian sytuacji prawnej. Przedstawiłem już tę cechę definiującą usługę „zarządzania" w pkt 41 i 42 niniejszej opinii i odsyłam do zawartej tam argumentacji.

57. W zakresie zatem, w jakim pojęcie „zarządzanie", o którym mowa w art. 13 część B lit. d) pkt 6 szóstej dyrektywy, obejmuje usługi, które nie wiążą się ze zmianą sytuacji prawnej, uważam, iż brak zezwolenia na udzielenie upoważnienia GfBk nie wpływa na zastosowanie zwolnienia przewidzianego w przywołanym przepisie.

23 — Zobacz m.in. wyroki: z dnia 2 sierpnia 1993 r. w sprawie C-111/92 Lange, Rec. s. I-4677, pkt 12; z dnia 11 czerwca 1998 r. w sprawie C-283/95 Fischer, Rec. s. I-3388, pkt 21.

V – Wnioski

58. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał Sprawiedliwości udzielił następującej odpowiedzi na pytania przedstawione przez Bundesfinanzhof:

Artykuł 13 część B lit. d) pkt 6 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 należy interpretować w ten sposób, iż świadczona przez osobę trzecią usługa doradczo-informacyjna związana z zarządzaniem specjalnym funduszem inwestycyjnym oraz kupnem lub sprzedażą aktywów stanowi usługę „zarządzania" o charakterze specyficznym i odrębnym, pod warunkiem iż zostanie wykazane, że zachowana jest autonomia i ciągłość usługi względem usług rzeczywiście świadczonych przez usługobiorcę, czego zweryfikowanie należy do właściwego sądu.

Na proponowaną wykładnię art. 13 część B lit. d) pkt 6 dyrektywy 77/388 nie ma wpływu wzięcie pod uwagę wymogów horyzontalnej neutralności podatkowej.

Artykuł 13 część B lit. d) pkt 6 dyrektywy 77/388 należy interpretować w ten sposób, iż w zakresie, w jakim pojęcie „zarządzanie" obejmuje usługi, które nie wiążą się ze zmianą sytuacji prawnej, brak zezwolenia pozwalającego na udzielenie upoważnienia GfBk nie warunkuje zastosowania zwolnienia przewidzianego w przywołanym przepisie.