OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO NIILA JÄÄSKINENA przedstawiona w dniu 16 grudnia 2010 r.[1]

1. Pytanie prejudycjalne w niniejszej sprawie dotyczy zaklasyfikowania usług gwarancji emisji papierów wartościowych („underwriting") dla celów VAT.

2. Usługi gwarancji emisji papierów wartościowych dotyczą co do zasady sytuacji, w których gwarant zobowiązuje się, za wynagrodzeniem, do nabycia lub subskrypcji (w przypadku nowej emisji) akcji, które nie znajdą nabywcy lub subskrybenta na rynku. Celem tych usług jest więc zapewnienie, że wyemitowane lub sprzedawane akcje zostaną w całości objęte lub sprzedane, a emitent uzyska kapitał w określonej wysokości.

3. W niniejszej sprawie kilka spółek zamierzało skorzystać z usług gwarancji emisji w takim właśnie celu. Gwarant emisji [bank Skandinaviska Enskilda Banken (zwany dalej „SEB")] zobowiązał się do nabycia akcji nieobjętych w okresie subskrypcji w zamian za wypłatę prowizji.

4. Podstawowym zagadnieniem jest to, czy, i jeżeli tak, to na podstawie którego z przepisów art. 13 część B szóstej dyrektywy VAT [2], ta gwarancja emisji papierów wartościowych powinna być zaklasyfikowana. Trzy przepisy art. 13 część B tej dyrektywy posiadają szczególne znaczenie: transakcje ubezpieczeniowe w art. 13 część B lit. a), udzielanie kredytu oraz gwarancji kredytowych w art. 13 część B lit. d) pkt 1 i 2 oraz transakcje dotyczące akcji i innych papierów wartościowych w art. 13 część B lit. d) pkt 5.

5. Zaklasyfikowanie usług gwarancji emisji to dość trudne zadanie, zważywszy że

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Szósta dyrektywa 77/388/EWG 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 (zwana dalej „szóstą dyrektywą VAT") (Dz.U. L 145, s. 1). Artykuł 13 część B szóstej dyrektywy VAT stanowi obecnie art. 135 ust. 1 dyrektywy 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.U. L 347, s. 1) (zwanej dalej „dyrektywą VAT"), która zastąpiła szóstą dyrektywę VAT z dniem 1 stycznia 2007 r. (zob. tabela korelacji w załączniku XII do dyrektywy VAT). Celem dyrektywy VAT jest przedstawienie znajdujących zastosowanie przepisów w sposób jasny i racjonalny, spójny z zasadą lepszego stanowienia prawa (motyw 3 dyrektywy).

rzeczywistość ekonomiczna usług odnoszących się do finansów osób prawnych oferowanych na rynkach finansowych, dynamiczna z natury, nie wpasowuje się łatwo w statyczne, określone z góry postanowienia prawa.

I — Ramy prawne

Szósta dyrektywa VAT

6. Artykuł 2 ust. 1 szóstej dyrektywy VAT dotyczy zakresu zastosowania dyrektywy. Stanowi on, że opodatkowaniu podatkiem od wartości dodanej podlega „dostawa towarów lub [świadczenie] usług [dokonywane] odpłatnie na terytorium kraju przez podatnika, który jako taki występuje [działającego w takim charakterze]".

7. Artykuł 13 cześć B szóstej dyrektywy VAT dotyczy zwolnień od podatku. W zakresie, w jakim artykuł ten znajduje zastosowanie do niniejszej sprawy, stanowi on, że od podatku VAT zwolnione są:

„a) transakcje ubezpieczeniowe i reasekuracyjne, wraz z usługami pokrewnymi, świadczonymi przez maklerów i ich przedstawicieli [brokerów i pośredników ubezpieczeniowych];

[…]

d) 1. udzielanie oraz negocjacje [pośrednictwo] w sprawach kredytu oraz zarządzanie kredytem przez osobę udzielającą go;

2. negocjacje [pośrednictwo] i przejęcie zobowiązań, poręczeń i innych zabezpieczeń kredytowych lub innego zabezpieczenia oraz zarządzanie zabezpieczeniami kredytowymi przez osobę udzielającą kredytu;

[…]

5. transakcje, łącznie z negocjacjami [w tym pośrednictwo], z wyjątkiem zarządzania i przechowywania, dotyczące akcji, udziałów w spółkach lub stowarzyszeniach, obligacji i innych rodzajów papierów wartościowych, z wyjątkiem:

— dokumentów ustanawiających własność [tytuł prawny do] towarów,

— praw lub papierów wartościowych określonych w art. 5 ust. 3 […] [3]".

3 — Artykuł 5 szóstej dyrektywy VAT odnosi się do przeniesienia prawa do rozporządzania dobrami materialnymi jako właściciel, a art. 5 ust. 3 wymienia, co ma być uznane za dobra materialne, w tym akcje lub udziały odpowiadające akcjom, dające ich posiadaczowi prawne lub faktyczne prawo własności lub posiadanie nieruchomości lub jej części.

Prawo krajowe

8. Zgodnie z art. 1 mervärdesskattelagen (ustawy o podatku od wartości dodanej) (1994:200) (zwanej dalej „ML"), zawartym w rozdziale 1, podatek VAT podlega zapłacie z tytułu dostaw towarów lub świadczenia usług podlegających opodatkowaniu i dokonywanych na terytorium kraju w ramach działalności zawodowej. Przepis ten ma transponować art. 2 ust. 1 szóstej dyrektywy VAT oraz art. 2 ust. 1 dyrektywy VAT.

9. Zgodnie art. 9 ML, zawartym w rozdziale 3, świadczenie usług bankowych i finansowych, jak również czynności dotyczące papierów wartościowych są zwolnione od podatku. Czynności dotyczące papierów wartościowych oznaczają między innymi sprzedaż akcji, innych tytułów oraz wierzytelności. Zgodnie z art. 10 zwolnieniu podlega świadczenie usług ubezpieczeniowych i reasekuracyjnych. Przepisy te mają między innymi transponować art. 13 część B lit. a) i art. 13 część B lit. d) pkt 1, 2 i 5 szóstej dyrektywy VAT oraz art. 135 ust. 1 lit. a)–c) i f) dyrektywy VAT.

II — Okoliczności faktyczne i pytania prejudycjalne

10. Niniejsza sprawa dotyczy grupy podatkowej SEB AB Momsgrupp (zwanej dalej „SEB Momsgrupp"), na której czele stoi bank SEB. W czasie, którego dotyczy sprawa, SEB, wraz z inną spółką należącą do grupy, świadczył usługi na rzecz spółek, które zamierzały dokonać emisji nowych akcji. Usługi SEB polegały na udzieleniu gwarancji emisji papierów wartościowych.

11. SEB Momsgrupp uznała, że usługi gwarancji emisji papierów wartościowych są zwolnione z podatku VAT, wobec czego w stosunku do nich nie obciążała nikogo podatkiem VAT ani nie naliczała go. Skatteverket (szwedzki organ podatkowy) przeprowadził następnie kontrolę grupy i obciążył ją dodatkowym należnym podatkiem VAT za okres będący przedmiotem niniejszej sprawy. SEB Momsgrupp zaskarżyła tę decyzję i przegrała zarówno przed Länsrätten i Stockholms län (sąd administracyjny pierwszej instancji w Sztokholmie), jak i przed Kammarrätten i Stockholm (administracyjny sąd odwoławczy w Sztokholmie).

12. Spór przed Regeringsrätten (naczelnym sądem administracyjnym) zasadniczo dotyczy tego, czy udzielenie gwarancji emisji papierów wartościowych może być zwolnione z podatku. Według tego sądu udzielanie takich gwarancji może mieć miejsce albo

niezależnie, albo w połączeniu z usługami związanymi z emisją akcji.

13. W tych okolicznościach Regeringsrätten zwrócił się do Trybunału o udzielenie odpowiedzi na nastepujące pytanie prejudycjalne:

„Czy art. 13 część B szóstej dyrektywy VAT (art. 135 ust. 1 [dyrektywy VAT] należy interpretować w ten sposób, że przewidziane w nim zwolnienia podatkowe obejmują również usługi polegające na udzielaniu przez instytucję kredytową, za wynagrodzeniem, gwarancji spółce zamierzającej wyemitować akcje, na podstawie której instytucja kredytowa zobowiązuje się do nabycia wszystkich akcji nieobjętych w przewidzianym okresie (underwriting)?".

III — Ocena

A — *Charakter usługi gwarancji emisji papierów wartościowych*

14. Usługi gwarancji emisji papierów wartościowych są zaliczane do usług finansowych przez różne przepisy prawa Unii Europejskiej. Na przykład dyrektywa 2004/39/WE w sprawie rynków instrumentów finansowych zalicza gwarancję emisji papierów wartościowych do usług inwestycyjnych dla celów tej dyrektywy [4]. Ponadto dyrektywa 2006/49 wymaga od instytucji finansowej posiadania określonego kapitału w odniesieniu do ponoszonego ryzyka z tytułu gwarancji emisji [5]. Jednakże zaklasyfikowanie określonego działania jako usługi finansowej na podstawie przepisów odnoszących się do rynku wewnętrznego samo w sobie nie przesądza o określonym podejściu do podatku VAT od podobnych transakcji.

15. Podczas rozprawy dyskutowano o charakterze usługi gwarancji emisji papierów wartościowych oraz o tym, czy stanowi ona element lub dodatek do ogólnego emitowania

4 — Załącznik I część A pkt 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/39/WE z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniającej dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylającej dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz.U. L 145, s. 1, zwanej dalej „dyrektywą 2006/49"). Należy zauważyć, że różne wersje językowe tej dyrektywy posługują się wyrażeniami mającymi nieco odmienne znaczenie od angielskiego terminu „underwriting". W pierwszym sprawozdaniu zwraca się uwagę na problemy językowe w tej dziedzinie prawa. Stwierdzono tam, że „ponieważ teksty dyrektyw Rady w językach państw członkowskich, do których są skierowane, mają walor autentyczności, należy koniecznie unikać, na ile to możliwe, używania w nich pojęć lub terminów prawnych, które oznaczają różne rzeczy w różnych krajach. Niestety, zasady tej nie zawsze można przestrzegać, a w każdym razie ślepe trzymanie się jej może prowadzić do powstania niezrozumiałej frazeologii, która w sobie będzie powodować rozbieżną interpretację" [zob. pierwsze sprawozdanie Komisji dla Rady na temat stosowania wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, przedłożone zgodnie z art. 34 szóstej dyrektywy VAT (77/388/EWG) z dnia 17 maja 1977 r. (COM(83) 426 wersja ostateczna)].

5 — Załącznik I tytuł „Gwarantowanie emisji" pkt 41 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/49/WE z dnia 14 czerwca 2006 r. w sprawie adekwatności kapitałowej firm inwestycyjnych i instytucji kredytowych (wersja przeredagowana) (Dz.U. L 177, s. 201) (zwanej dalej „dyrektywą 2006/49"). W przypadku tej dyrektywy istnieją takie same problemy językowe jak w przypadku dyrektywy 2004/39 (zob. przypis 4).

akcji i czy w związku z tym powinna być traktowana dla celów podatkowych w ten sam sposób, czy też jest to niezależna usługa.

16. Okazało się, że zakres usług gwarancji emisji papierów wartościowych jest rozumiany różnie w różnych państwach członkowskich. Niektóre, jak Irlandia, przez gwarancję emisji papierów wartościowych rozumieją pakiet usług obejmujący doradztwo odnośnie do emisji akcji, ich sprzedaży i dystrybucji oraz gwarancję, że instytucja finansowa obejmie akcje w razie potrzeby. W Szwecji natomiast usługi gwarancji emisji papierów wartościowych mogą być i są świadczone niezależnie od innych usług związanych z emisją akcji.

17. SEB, Szwecja i Skatteverket są zgodne co do tego, że gwarancja emisji papierów wartościowych może być świadczona samodzielnie. Sąd krajowy również stwierdził to w postanowieniu odsyłającym. SEB potwierdził ponadto podczas rozprawy, że w niniejszej sprawie udzielił gwarancji dla objęcia akcji, podczas gdy emisja akcji była wykonywana przez inny podmiot.

18. Nie mam zatem wątpliwości co do tego, że usługa gwarancji emisji papierów wartościowych w niniejszej sprawie powinna być traktowana jako samodzielna usługa, a nie dodatkowa w stosunku do innych usług świadczonych w odniesieniu do emisji akcji.

B — *Interpretacja art. 13 część B szóstej dyrektywy VAT*

19. Przed przejściem do analizy trzech podstaw zwolnienia z podatku VAT, które według SEB mogą znajdować zastosowanie w niniejszej sprawie, należy poczynić kilka uwag ogólnej natury.

20. Po pierwsze, pojęcia związane z niniejszą sprawą stanowią niezależne pojęcia prawa Unii Europejskiej i wobec tego powinny być interpretowane w jednolity sposób, aby uniknąć rozbieżności w stosowaniu systemu VAT pomiędzy państwami członkowskimi [6]. Powinny być ponadto usytuowane w ogólnym kontekście wspólnego systemu VAT [7].

21. Po drugie, zgodnie z orzecznictwem Trybunału zwolnienia z art. 13 część B powinny być interpretowane zawężająco, ponieważ stanowią wyjątki od ogólnej zasady, że wszelkie dostawy towarów i usług powinny być obciążane podatkiem VAT [8].

22. Po trzecie, nie jest jasne, jaki był powód objęcia zwolnieniem transakcji finansowych, ponieważ dokumenty z postępowania legislacyjnego nie obejmują tego zagadnienia.

6 — Wyroki: z dnia 5 czerwca 1997 r. w sprawie C-2/95 SDC, Rec. s. I-3017, pkt 21; z dnia 3 marca 2005 r. w sprawie C-472/03 Arthur Andersen, Zb.Orz. s. I-1719, pkt 25; z dnia 8 marca 2001 r. w sprawie C-240/99 Skandia, Rec. s. I-1951, pkt 23.

7 — Motyw 11 szóstej dyrektywy VAT. Zobacz także wyrok z dnia 22 października 2009 r. w sprawie C-242/08 Swiss Re Germany Holding, Zb.Orz. s. I-10099, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo.

8 — Wyżej wymieniony w przypisie 6 wyrok w sprawie Skandia, pkt 32. W odniesieniu do ubezpieczenia: ww. w przypisie 6 wyrok w sprawie Arthur Andersen, pkt 20.

Jednakże zgodnie z orzecznictwem Trybunału celem zwolnienia transakcji finansowych jest ominięcie trudności związanych z określeniem podstawy opodatkowania oraz wysokości VAT do odliczenia, a także uniknięcie wzrostu kosztów kredytu dla konsumentów [9].

1. Transakcje ubezpieczeniowe

23. Transakcje ubezpieczeniowe są objęte zwolnieniem na mocy art. 13 część B lit. a) szóstej dyrektywy VAT. Przepis ten stanowi, że „państwa członkowskie obejmą zwolnieniem […] transakcje ubezpieczeniowe i reasekuracyjne, wraz z usługami pokrewnymi, świadczonymi przez maklerów i ich przedstawicieli [brokerów i pośredników ubezpieczeniowych]".

24. Pojęcie „transakcji ubezpieczeniowych" nie zostało zdefiniowane w szóstej dyrektywie VAT ani w dyrektywach ubezpieczeniowych [10]. W wyroku w sprawie CPP [11] Trybunał po raz pierwszy sformułował definicję tego określenia, stwierdzając, że istotą transakcji ubezpieczeniowej jest to, iż ubezpieczyciel zobowiązuje się do wykonania, w zamian za uprzednią zapłatę, w przypadku wystąpienia zdarzenia objętego ubezpieczeniem świadczenia określonego w umowie [12].

25. Taka definicja „transakcji ubezpieczeniowej" jest wystarczająco szeroka, aby obejmować świadczenie przez osoby objęte obowiązkiem podatkowym, które same nie są ubezpieczycielami, ale które korzystają ze świadczenia ubezpieczyciela, który przyjmuje ryzyko do ubezpieczenia [13].

26. Można z tego wywieść wniosek, że nacisk położony jest na charakter transakcji, a nie na osobę biorącą w niej udział jako usługodawca, co oznacza, że osoba inna niż firma ubezpieczeniowa może świadczyć usługi ubezpieczeniowe.

27. SEB argumentuje, że elementy te występują w niniejszej sprawie oraz że transakcje, o których mowa, należy uznać za zwolnione na podstawie art. 13 część B lit. a) szóstej dyrektywy VAT.

9 — Wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r. w sprawie C-455/05 Velvet & Steel Immobilien, Zb.Orz. s. I-3225, pkt 24; postanowienie z dnia 14 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-231/07 i C-232/07 Tiercé Ladbroke, pkt 24.

10 — Zobacz na przykład: dyrektywa Rady 84/641/EWG z dnia 10 grudnia 1984 r. zmieniająca, w szczególności w zakresie ubezpieczeń turystycznych, pierwszą dyrektywę (73/239/EWG) w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do podejmowania i prowadzenia działalności w dziedzinie ubezpieczeń bezpośrednich innych niż ubezpieczenia na życie (Dz.U. L 339, s. 21).

11 — Wyrok z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96, Zb.Orz. s. I-973.

12 — Wyżej wymieniony w przypisie 11 wyrok w sprawie CPP, pkt 17. Zatem usługa pomocy drogowej, którą podmiot zobowiązuje się świadczyć swoim członkom w zamian za zapłatę określonej opłaty rocznej, powinna zostać zakwalifikowana jako transakcja ubezpieczeniowa dla celów art. 13 część B lit. a) szóstej dyrektywy VAT. Zobacz wyrok z dnia 7 grudnia 2006 r. w sprawie C-13/06 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. I-11563.

13 — Wyżej wymieniony w przypisie 11 wyrok w sprawie CPP, pkt 22.

28. Skatteverket z drugiej strony stoi na stanowisku, że transakcja ubezpieczeniowa wymaga elementu wyrównania straty. Uważa on, że skoro w niniejszej sprawie brakuje elementu wyrównania straty, to przedmiotowe usługi nie mogą być zwolnione na podstawie art. 13 część B lit. a) szóstej dyrektywy VAT.

29. Element „straty" był obecny w definicji transakcji ubezpieczeniowej przyjętej w sprawie CPP przez rzecznika generalnego N. Fennely'ego, ale nie został w tej sprawie powtórzony w wyroku Trybunału [14].

30. W moim przekonaniu różnica pomiędzy transakcją ubezpieczeniową i transakcją będącą przedmiotem niniejszej sprawy leży w sytuacji po zmaterializowaniu się ryzyka.

31. W transakcjach ubezpieczeniowych po zmaterializowaniu się ryzyka wymagana jest jedynie zapłata umówionej kwoty albo świadczenie w naturze, takie jak pomoc osobie ubezpieczonej [15], na koszt ubezpieczyciela. Wykonując świadczenie, ubezpieczyciel nie otrzymuje nic nowego [16]. Jego zysk jest generowany w fazie przed materializacją ryzyka.

32. W niniejszej sprawie natomiast w razie zmaterializowania się ryzyka bank nabywa tytuł do papierów wartościowych za umówioną cenę. To pociąga za sobą ryzyko obniżenia wartości akcji i powstanie kosztów finansowych związanych z nabyciem. Nie można jednakże z góry zakładać powstania ostatecznie w wyniku takiego zdarzenia straty. Różnica ta moim zdaniem sprawia, że niniejsza sytuacja nie jest analogiczna do transakcji ubezpieczeniowej.

33. Usługi gwarancji emisji papierów wartościowych w niniejszej sprawie nie mogą zatem być uważane za transakcje ubezpieczeniowe w rozumieniu art. 13 część b lit. a) szóstej dyrektywy VAT.

14 — Opinia N. Fennely'ego w ww. w przypisie 11 sprawie CCP, pkt 34.

15 — W kwestii świadczenia w naturze zob. ww. w przypisie 12 wyrok w sprawie C-13/06 Komisja przeciwko Grecji.

16 — Należy zauważyć, że w niektórych formach umów ubezpieczeniowych ubezpieczający może posiadać prawo do wykupienia uszkodzonych dóbr objętych ubezpieczeniem. Na przykład firma ubezpieczeniowa może woleć zabrać wyrejestrowany samochód i zapłacić odszkodowanie za jego wartość, jeśli naprawa samochodu byłaby zbyt kosztowna. W mojej opinii takie działanie zmierzające do ograniczenia straty jest z natury zależne od przypadku i jako takie odmienne z prawnego punktu widzenia niż zobowiązanie gwaranta do nabycia akcji za ustaloną wcześniej cenę.

2. Udzielenie kredytu i gwarancje kredytu

34. Artykuł 13 część B lit. d) pkt 1 i 2 szóstej dyrektywy VAT obejmuje zwolnieniem „udzielenie kredytu" oraz „inne" gwarancje kredytowe i zabezpieczenia.

35. SEB argumentuje, że usługi gwarancji emisji papierów wartościowych, które świadczy, powinny być objęte zwolnieniem na podstawie tego przepisu, ponieważ mają ten sam cel co gwarancja, a mianowicie podniesienie o określoną wymaganą kwotę wysokości kapitału, i ponieważ pociągają za sobą takie samo ryzyko z punktu widzenia pożyczkodawcy lub gwarantującego co udzielenie kredytu.

36. Skatteverket argumentuje, że do niniejszej sytuacji nie stosuje się tych przepisów z uwagi na jej odmienny charakter. Zgodnie z prezentowanym przez Skatteverket stanowiskiem art. 13 część B lit. d) pkt 1 zwykle stosuje się do usługi pożyczki albo zapłaty w zamian za naliczane odsetki. Artykuł 13 część B lit. d) pkt 2 szóstej dyrektywy VAT obejmuje tylko zobowiązania finansowe, które według stanowiska Skatteverket oznaczają tylko zobowiązania do zapłaty określonej kwoty, jak spłata wierzycieli. Według Skatteverket przedmiotem niniejszej sprawy jest coś więcej niż proste zobowiązanie do zapłaty określonej kwoty, a zatem nie jest nim zobowiązanie finansowe w rozumieniu szóstej dyrektywy VAT.

37. Trybunał wyraźnie stwierdził, że art. 13 B lit. d) pkt 1 szóstej dyrektywy VAT nie ogranicza się do pożyczek i kredytów udzielanych przez banki i instytucje finansowe [17]. Ponadto Trybunał stwierdził, że określenie w nim użyte jest wystarczająco szerokie, aby nim objąć kredyt udzielany przez dostawcę dóbr w formie odroczenia płatności [18].

38. W moim przekonaniu sytuacji w niniejszej sprawie nie daje się określić jako udzielenie kredytu, ponieważ charakter transakcji jest inny.

39. Udzielając kredytu, kredytodawca oczekuje, poza otrzymaniem odsetek, zwrotu pożyczonej kwoty, co oznacza jej zapłatę. W niniejszej sprawie bank nie wypłaca spółce żadnych pieniędzy, jeśli ryzyko nie zmaterializuje się. Jeśli to nastąpi, bank z pewnością nie wymaga zwrotu kwoty, którą przekazał, ani odsetek. Bank jedynie dokonuje płatności w zamian za akcje, które nabywa, a następnie sprzedaje celem odzyskania pieniędzy [19]. Ponownie, ta wzajemna wymiana akcji na pieniądze sprawia, że ma to inny charakter niż udzielenie kredytu.

17 — Wyżej wymieniony w przypisie 6 wyrok w sprawie SDC, pkt 34.

18 — Wyżej wymieniony w przypisie 6 wyrok w sprawie SDC, pkt 34.

19 — Podczas rozprawy SEB wyjaśnił, że zgodnie z prawem gwarant jest zobowiązany sprzedać, tak szybko jak to jest możliwe bez straty, akcje nabyte w wykonaniu usługi gwarancji emisji papierów wartościowych.

40. Jeśli chodzi o art. 13 część B lit. d) pkt 2 szóstej dyrektywy VAT, istnieją pewne różnice między poszczególnymi wersjami językowymi tego przepisu. Angielska wersja szóstej dyrektywy mówi o „gwarancjach kredytowych", podczas gdy wersja francuska jest sformułowana szerzej i odnosi się jedynie do gwarancji [20]. W rezultacie wyjaśnienie znaczenia tego zdania wymaga analizy kontekstu, w jakim zdanie to występuje oraz uwzględnienia systematyki szóstej dyrektywy VAT [21].

41. Dokumenty z postępowania legislacyjnego nie wyjaśniają, która z wersji językowych lepiej oddaje cel omawianego przepisu. Projekt szóstej dyrektywy stwierdza jedynie, że pozostałe zwolnienia, wymienione w części B, dotyczą szczególnych dziedzin, jak ubezpieczenia, udzielanie kredytu i transakcji walutowych oraz giełdowych, gdzie są uzasadnione względami interesu publicznego wspólnymi dla wszystkich państw członkowskich [22]. Artykuł 13 część B lit. d) pkt 2 szóstej dyrektywy VAT został przyjęty bez wzmianki w projekcie lub jakiejkolwiek poprawce.

42. Mimo to nie widzę powodów, by ograniczać art. 13 część B lit. d) pkt 2 szóstej dyrektywy VAT jedynie do zabezpieczeń kredytowych. Artykuł 13 część B lit. d) szóstej dyrektywy VAT dotyczy usług bankowych i finansowych i wyłącza niemal wszystkie rodzaje działalności instytucji świadczących tego typu usługi. Ponieważ instytucje te mogą udzielać zarówno zabezpieczeń kredytowych, jak i zabezpieczeń w szerszym znaczeniu, art. 13 część B lit. d) pkt 2 szóstej dyrektywy należy rozumieć szerzej. „Zabezpieczenia kredytowe", o których mowa w wersji angielskiej, to tylko przykład lub jeden z rodzajów ogólnej kategorii „zabezpieczeń", również wymienionej w tym artykule [23]. Wniosku tego nie zmienia okoliczność, że omawiany przepis stanowi wyjątek i powinien być interpretowany ściśle. Ściśle niekoniecznie oznacza bowiem zawężająco [24].

43. Potencjalnie szeroki charakter takiej wykładni napotyka na ograniczenia, jakie na omawiany przepis nakłada orzecznictwo Trybunału. Zgodnie z tym orzecznictwem usługę można uznać za transakcję podlegającą zwolnieniu tylko pod warunkiem, że stanowi ona dającą się wyróżnić całość, spełniającą szczególne, zasadnicze funkcje usługi określonej w tym przepisie [25]. Oznacza to, że usługa jako

20 — Wersje szwedzka, fińska, słoweńska i estońska posługują się sformułowaniem podobnym do angielskiego, a wersje hiszpańska, niemiecka, portugalska i duńska podobnym do francuskiego.

21 — Zobacz analogicznie ww. w przypisie 6 wyrok w sprawie SDC, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo.

22 — Projekt szóstej dyrektywy Rady w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednolicona podstawa wymiaru podatku (wniesiony przez Komisję do Rady w dniu 29 lipca 1973 r.), *Biuletyn Wspólnot Europejskich*, suplement 11/73, s. 15.

23 — Zobacz B. Terra i J. Kajus, *A guide to the European VAT directives* (CD-ROM), IBFD, 2004, 9.3.2.2 „Credit Guarantees or any other security for money".

24 — Opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie C-267/00 Zoological Society of London, Rec. s. I-3353, pkt 19.

25 — Wyżej wymieniony w przypisie 7 wyrok w sprawie Swiss Re Germany Holding, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo.

całość musi mieć związek ze sferą transakcji finansowych [26].

44. Powstaje więc pytanie, czy podjęcie zobowiązania do objęcia niesprzedanych akcji emitowanych po raz pierwszy ma, jako całość, związek ze sferą transakcji finansowych.

45. Trybunał nie dał jak dotąd żadnych wskazówek odnośnie do tego, co dokładnie rozumieć należy przez transakcję finansową. W sprawie Velvet & Steel zobowiązanie do przeprowadzenia remontu budynku nie było ze swej istoty transakcją finansową. W sprawie Tiercé Ladbroke przyjmowanie zakładów na rzecz przedsiębiorcy, który prowadzi działalność gospodarczą w zakresie przyjmowania zakładów, nie zostało uznane za transakcję finansową. W końcu w sprawie Swiss Re Germany Holding cesja portfela umów o reasekurację ubezpieczenia na życie została uznana za niestanowiącą, ze względu na swój charakter, transakcji finansowej, chociaż nie zostało to uzasadnione w żaden konkretny sposób [27].

46. Określenie tego, co stanowi transakcję finansową, powinno być rozpatrywane w kontekście ekonomicznym konkretnej transakcji. Podczas gdy w sprawie Velvet & Steel transakcja nie miała miejsca w sferze rynków finansowych, to w niniejszej sprawie świadczenie usług gwarancji emisji papierów wartościowych w sposób oczywisty następuje w tej sferze. Pogląd ten znajduje oparcie w dyrektywie 2004/39, która zalicza gwarancję emisji papierów wartościowych do usług inwestycyjnych dla celów tej dyrektywy [28]. Moim zdaniem za działania instytucji finansowej odnoszące się do finansów osób prawnych powinny być uważane takie, które mają miejsce w sferze transakcji finansowych, z wyjątkiem może usług dodatkowych, które mogą być świadczone przez podmioty niebędące instytucjami finansowymi, jak marketing czy doradztwo prawne. Zatem usługi gwarancji emisji papierów wartościowych są związane ze sferą transakcji finansowych.

47. Następnie trzeba rozważyć, czy usługi gwarancji emisji papierów wartościowych spełniają kryteria zabezpieczenia. Termin ten nie jest zdefiniowany w dyrektywie ani nie był przedmiotem analizy w orzecznictwie Trybunału.

48. W mojej ocenie gwarancją co do zasady jest zapewnienie, że osoba działająca jako gwarant podejmuje się wykonania określonego zobowiązania, zwykle zapłaty, w razie niewykonania tego zobowiązania przez osobę

26 — Wyżej wymienione w przypisie 9 wyroki: w sprawie Velvet & Steel, pkt 22; w sprawie Tiercé Ladbroke, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo.

27 — Wyżej wymieniony w przypisie 7 wyrok w sprawie Swiss Re Germany Holding, pkt 48.

28 — Załącznik I, część A pkt 6 dyrektywy 2004/39/WE.

trzecią. Gwarancje mogą również mieć charakter autonomiczny, to jest niezależny od wykonania przez inną osobę, jak gwarancje odnoszące się do wyniku ekonomicznego określonego przedsięwzięcia („no-loss guarantees"). Gwarancje takie jednak znajduję się na peryferiach tego pojęcia.

49. W niniejszej sprawie nie ma żadnej określonej „osoby trzeciej", której działanie mogłoby zostać uznane za gwarantowane przez SEB, chociaż gwarancja w sposób oczywisty obejmuje sytuacje, w których wstępne przyrzeczenie objęcia akcji nie jest następnie wypełniane przez inwestora. „Osobą", która nie wykonuje zobowiązania, jest rynek jako taki. Według mnie pojęcie gwarancji zawarte w art. 13 część B lit. d) pkt 2 szóstej dyrektywy VAT nie może rozciągać się na takie sytuacje.

50. W mojej opinii zatem usługi gwarancji emisji papierów wartościowych opisane w niniejszej sprawie nie odpowiadają dyspozycji art. 13 część B lit. d) pkt 1 i 2 szóstej dyrektywy VAT i nie podlegają zwolnieniu na jego podstawie.

3. Transakcje dotyczące akcji

51. Wreszcie na podstawie art. 13 część B lit. d) pkt 5 szóstej dyrektywy VAT państwa członkowskie obejmują zwolnieniem transakcje dotyczące akcji. Znaczenie „transakcji dotyczących akcji" zostało jak dotąd zinterpretowane w trzech sprawach [29], z których nie wynika dokładnie, jaki test należy zastosować, aby ustalić, czy transakcja kwalifikuje się jako transakcja dotycząca akcji. Po pierwsze, w sprawie SDC Trybunał orzekł w odniesieniu do transakcji dotyczących papierów wartościowych, że czynność powinna zmieniać sytuację prawną i finansową pomiędzy stronami [30]. Następnie w sprawie CSC Financial Services w odniesieniu do transakcji dotyczących akcji Trybunał orzekł, twierdząc że stosuje w drodze analogii test ze sprawy SDC, że transakcja powinna *dawać możliwość* stworzenia, zmiany lub zakończenia istnienia praw i obowiązków stron w odniesieniu do papierów wartościowych [31].

29 — W wyrokach: z dnia 29 października 2009 r. w sprawie C-29/08 AB SKF, Zb.Orz. s. I-10413; z dnia 13 grudnia 2001 r. w sprawie C-235/00 CSC Financial Services, Rec. s. I-10237; w ww. w przypisie 6 wyroku w sprawie SDC.

30 — W sprawie SDC Trybunał poddał analizie transakcje odnoszące się do cesji w rozumieniu art. 13 część B lit. d) pkt 5 szóstej dyrektywy VAT i orzekł, że transakcje odnoszące się do akcji obejmują transakcje na rynku papierów wartościowych oraz że obrót papierami wartościowymi pociąga za sobą czynności, które zmieniają prawną i finansową sytuację pomiędzy stronami. Zobacz ww. wyrok w sprawie SDC, pkt 72, 73.

31 — Wyżej wymieniony w przypisie 29 wyrok w sprawie CSC Financial Services, pkt 33. Rzecznik generalny D. Ruiz-Jarabo Colomer wyjaśnił w tej sprawie (pkt 29 opinii), że ma to miejsce wtedy, kiedy czynność ma bezpośredni wpływ na stosunek prawny, który papier wartościowy wyraża, oraz kiedy może wpłynąć na istotę tego stosunku. Jako przykłady wymienił emisję, cesję, indosowanie, zapłatę i odkupienie papieru wartościowego.

Ostatecznie w sprawie AB SKF Trybunał, odnosząc się do obu wymienionych spraw, stwierdził, że sprzedaż akcji zmienia prawną i finansową sytuację stron transakcji i że w związku z tym może ona podlegać zwolnieniu na podstawie art. 13 część B lit. d) pkt 5 szóstej dyrektywy VAT [32].

52. W mojej opinii test określony w sprawie CSC Financial Services lepiej oddaje handlową i ekonomiczną rzeczywistość transakcji dotyczących akcji, ponieważ operacje na rynku pierwotnym mają zawsze charakter potencjalny, w tym znaczeniu, że akcje powstają w sensie prawnym dopiero w wyniku zakończenia ich emisji.

53. Zgodnie z testem ze sprawy CSC Financial Services zmiana nie musi nastąpić w rzeczywistości, ale transakcja musi *dawać możliwość* zmiany stosunku prawnego. Zatem okoliczność, że SEB *mógł* być wezwany do nabycia akcji, jeśli nie zostałyby one objęte, wystarcza przy zastosowaniu tego testu dla zakwalifikowania jako zwolnienia w rozumieniu art. 13 część B lit. d) pkt 5 szóstej dyrektywy VAT.

54. Jeśli Trybunał zdecyduje się na niestosowanie testu ze sprawy CSC Financial Services i uzna, że transakcja musi zmieniać stosunek prawny i ekonomiczny pomiędzy stronami, to powstaje pytanie, czy można stwierdzać istnienie zmiany, pomimo że bank być może w rzeczywistości nigdy nie będzie zmuszony nabyć akcji.

55. W moim przekonaniu taka zmiana istnieje, ponieważ pojęcie zmiany w sytuacji prawnej i finansowej powinno być rozumiane szeroko, włączając w to transakcje, które stanowią źródło prawnie wiążących zobowiązań [33].

56. W niniejszej sprawie prawnie wiążącym zobowiązaniem jest zobowiązanie nałożone na SEB w chwili udzielenia przez niego usługi gwarancji papierów wartościowych, to jest obietnicy nabycia akcji. Zobowiązanie to zmienia prawną sytuację zachodzącą w relacjach pomiędzy stronami, ponieważ, jeśli określone okoliczności zajdą, a SEB odmówi kupienia akcji, to zaktualizuje się skierowane przeciwko niemu roszczenie spółki emitującej akcje. Zmianie ulega również finansowa sytuacja stron, ponieważ SEB musi zapewnić, że posiada wystarczające środki, aby nabyć

32 — Wyrok ww. w przypisie 29, pkt 50.

33 — W tym względzie zgadzam się z definicją rzecznika generalnego D. Ruiza-Jaraba Colomera, zawartą opinii w sprawie CSC Financial Services, ww. w przypisie 29, pkt 23.

akcje w razie zaistnienia tych okoliczności [34]. Jego sytuacja finansowa ulega zatem zmianie w związku z usługą gwarancji emisji papierów wartościowych, których udziela spółce emitującej akcje.

57. Ponadto z punktu widzenia neutralności podatkowej zasadne jest kwalifikowanie usług gwarancji emisji papierów wartościowych jako transakcji dotyczących akcji, jak wydaje się to robić większość państw członkowskich. Ten sam rezultat, w postaci braku opodatkowania VAT, może zostać osiągnięty na różne sposoby. Spółka może podnieść kapitał poprzez emisję akcji w dwojaki sposób: (i) emitując akcje przeznaczone dla banku, przy uwzględnieniu prowizji banku w uzgodnionej cenie subskrypcji lub (ii) (jak w niniejszej sprawie) emitując akcje na rynku, z gwarancją nabycia przez bank akcji, jeżeli nie zostaną one w całości sprzedane lub objęte. Pierwsza z tych sytuacji nie będzie podlegać opodatkowaniu VAT, ponieważ znajdzie się poza zakresem zastosowania szóstej dyrektywy VAT [35]. Traktowanie w różny sposób tych dwóch sytuacji byłoby sprzeczne z zasadą neutralności podatkowej, zaś celem szóstej dyrektywy VAT jest jej przestrzeganie. Jest to więc kolejny powód, by uznać usługi gwarancji emisji papierów wartościowych za zwolnione na podstawie art. 13 część B lit. d) pkt 5 szóstej dyrektywy VAT.

58. SEB twierdzi, że niniejsza sprawa jest analogiczna do sprzedaży prawa do opcji sprzedaży na rynku wtórnym. Jestem jednak zdania, że tak nie jest, ponieważ art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1777/2005 [36] przewiduje, że

„[s]przedaż opcji, o ile jest objęta zakresem art. 13 część B lit. d) pkt 5 dyrektywy 77/388/EWG, jest uważana za świadczenie usług w rozumieniu art. 6 ust. 1 tej dyrektywy. Takie świadczenie usług różni się od transakcji podstawowych, do których się odnosi".

Zatem zwolnienie obejmujące gwarancję emisji papierów wartościowych nie może być oparte na analogii z opcją sprzedaży dotyczącą akcji, bo do sprzedaży prawa do opcji sprzedaży szósta dyrektywa VAT znajduje zastosowanie, a do sprzedaży akcji nie.

59. Zatem świadczenie usługi gwarancji emisji papierów wartościowych kwalifikuje się jako transakcja dotycząca akcji, wobec czego podlega zwolnieniu z VAT zgodnie z art. 13 część B lit. d) pkt 5 szóstej dyrektywy VAT.

34 — Zobacz załącznik I do dyrektywy 2006/49, pkt 41, ww. w przypisie 5.

35 — Wyrok z dnia 26 maja 2005 r. w sprawie C-465/03 Kretztechnik AG, Rec. s. I-4357. Jak słusznie wskazała Irlandia, wiele, jeśli nie większość transakcji wymienionych w art. 13 część B szóstej dyrektywy VAT znajduje się poza zakresem zastosowania tej dyrektywy, gdyż nie spełniają one kryteriów art. 2 ust. 1 szóstej dyrektywy VAT. Okoliczność, że zostały wymienione w art. 13 część B szóstej dyrektywy VAT, nie ma więc znaczenia.

36 — Rozporządzenie Rady (WE) nr 1777/2005 z dnia 17 października 2005 r. ustanawiające środki wykonawcze do dyrektywy 77/388/EWG w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.U. L 288, s. 1). Rozporządzenie to nie znajduje oczywiście zastosowania ratione temporis w niniejszej sprawie.

IV — Wnioski

60. Z powyższych względów proponuję, aby Trybunał odpowiedział, co następuje:

Artykuł 13 część B lit. d) pkt 5 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 ten sposób, że przewidziane w nim zwolnienia podatkowe obejmują również usługi polegające na udzielaniu przez instytucję kredytową, za wynagrodzeniem, gwarancji spółce zamierzającej wyemitować akcje, na podstawie której instytucja kredytowa zobowiązuje się do nabycia wszystkich akcji nieobjętych w okresie subskrypcji.