

Rozdział 1. Transakcje finansowe a zakres podmiotowy opodatkowania

I. Definicja podatnika VAT a transakcje finansowe

1. Znaczenie definicji podatnika. Definicja podatnika jest jednym z centralnych zagadnień w podatku od towarów i usług. Od tego, czy dany podmiot może być uznany za podatnika w rozumieniu art. 9 Dyrektywy 2006/112 (poprzednio art. 4 VI Dyrektywy Rady 77/388/EWG z 17.5.1977 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw Państw Członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych – wspólny system podatku od wartości dodanej: ujednoliczona podstawa wymiaru podatku, Dz.Urz. UE L 145 z 13.6.1977 r., s. 1; odpowiednio art. 15 VATU), zależy, czy jego działalność będzie podlegała opodatkowaniu tym podatkiem. Uznanie, iż działalność danego podmiotu spełnia te kryteria, determinuje zasadniczo nie tylko fakt podlegania VAT, ale także konstytuuje prawo podatnika do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego, jeżeli nie dokonuje transakcji wyłączonej to prawo. Kryteria uznania bądź nieuznania danej działalności za podlegającą VAT nie zależą od formy prawnej danego podmiotu, lecz są determinowane przez elementy przedmiotowe.

Konieczność wypracowania spójnej interpretacji pojęć „działania w charakterze podatnika” i „działalność gospodarcza” wynikała także z potrzeby określenia konsekwencji na gruncie podatku VAT w zakresie transakcji finansowych, między innymi związanych z nabywaniem, posiadaniem i zbywaniem udziałów (akcji), udzielaniem pożyczek czy lokowaniem środków finansowych. W świetle art. 135 Dyrektywy 2006/112 większość tych transakcji korzysta ze zwolnienia od opodatkowania, pod warunkiem jednak że są wykonywane przez podatnika VAT działającego w takim charakterze. Wprowadzenie definicji podatnika VAT było niezbędne, ponieważ do konstrukcji podatnika odwołuje się w art. 2 Dyrektywa 2006/112 (odpowiednio art. 5 VATU) w celu określenia zakresu opodatkowania. W świetle art. 2 Dyrektywy 2006/112 dostawa towarów lub świadczenie usług (usług finansowych) może bowiem podlegać opodatkowaniu wyłącznie wtedy, gdy jest dokonywana przez podmiot posiadający status podatnika i to działającego w takim charakterze w odniesieniu do danej

transakcji. W tym sensie wypełnienie jedynie kryterium przedmiotowego opodatkowania (np. zbywanie udziałów) bez jednoczesnego spełnienia kryterium podmiotowego skutkuje brakiem prawa do opodatkowania VAT.

W efekcie pewne czynności dotyczące transakcji finansowych mogą w ogóle pozostawać poza zakresem opodatkowania, a niektóre z nich podlegać opodatkowaniu na zasadach ogólnych. Precyzyjne zdefiniowanie zasad opodatkowania tych transakcji ma także istotne znaczenia dla określenia zakresu prawa do odliczenia podatku naliczonego, co szczegółowo przedstawiono w rozdziale VI.

2. Prowadzenie samodzielnej działalności gospodarczej. Podatnik VAT definiowany jest zarówno w Dyrektywie 2006/112, jak i w ustawie o podatku od towarów i usług przez pryzmat prowadzenia samodzielnej działalności gospodarczej. Podatnikiem jest każda osoba, która prowadzi samodzielnie działalność gospodarczą w dowolnym miejscu, niezależnie od celu i rezultatu tej działalności. W świetle art. 9 ust. 1 akapit 2 Dyrektywy 2006/112 działalność gospodarcza obejmuje wszelką działalność producentów, handlowców lub usługodawców, włącznie z górnictwem, działalnością rolniczą i wykonywaniem wolnych zawodów lub uznanych za takie. Podobnie działalność gospodarczą definiuje art. 15 ust. 2 VATU, dodając jednak, iż działalność gospodarcza obejmuje wszelką działalność również wówczas, gdy czynność została wykonana jednorazowo w okolicznościach wskazujących na zamiar wykonywania czynności w sposób częstotliwy. Jak zaznaczył NSA w uchwale z 12.1.2009 r. (I FPS 3/08, ONSAiWSA 2009, Nr 3, poz. 46), użyty w treści art. 15 ust. 2 VATU zwrot „również wówczas, gdy czynność została wykonana jednorazowo w okolicznościach wskazujących na zamiar wykonywania czynności w sposób częstotliwy” jest wyrazem swoistej realizacji przez polskiego ustawodawcę opcji zawartej w art. 4 ust. 3 VI Dyrektywy (obecnie art. 12 ust. 1 Dyrektywy 2006/112).

Doprecyzowując, Dyrektywa 2006/112 zaznacza, iż za działalność gospodarczą uznaje się w szczególności wykorzystywanie, w sposób ciągły, majątku rzeczowego lub wartości niematerialnych w celu uzyskania z tego tytułu dochodów. Artykuł 15 ust. 2 zd. 2 VATU wskazuje, że działalność gospodarcza obejmuje również czynności polegające na wykorzystywaniu towarów lub wartości niematerialnych i prawnych w sposób ciągły do celów zarobkowych.

W celu ustalenia zakresu podmiotowego opodatkowania (pojęcia „działalność gospodarcza”) niezbędne jest odwołanie się do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹. Na potrzeby niniejszej pracy, mając na uwa-

¹ Do wejścia w życie 1.12.2009 r. Traktatu zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisanego w Lizbonie

dze jej założenia i charakter, kluczowe jest orzecznictwo dotyczące wykonywania działalności gospodarczej w kontekście transakcji finansowych. W tym sensie dalsze rozważania ograniczają się do kryteriów, za pomocą których Trybunał rozgranicza wykonywanie transakcji finansowych, które nie podlegają VAT (są poza reżimem VAT), oraz transakcji finansowych podlegających VAT.

II. Holding a działalność gospodarcza podlegająca VAT

A. Holding – istota i funkcja

1. Geneza i definicja holdingu. Od początku lat 90. XX wieku wraz z kształtowaniem się gospodarki wolnorynkowej w Polsce zaczęły powstawać nowe twory gospodarcze, jakimi były holdingi. Chociaż instytucja holdingu była znana od lat w państwach Unii Europejskiej, to dopiero teraz zaistniały możliwości pozwalające jej funkcjonować w Polsce. Obserwując historię rozwoju holdingów w państwach wysoko rozwiniętych, można dojść do przekonania, że w niedalekiej przyszłości także w Polsce odegrają one znaczącą rolę w życiu gospodarczym².

Holding definiuje się w literaturze zwykle jako organizację grupującą różne samodzielne pod względem prawnym podmioty gospodarcze, w sposób mniej lub bardziej wyraźny powiązane ze sobą, przy czym jeden z podmiotów ma w tym powiązaniu pozycję dominującą i podporządkowuje sobie pozostałe. Istotą holdingu jest zarządzanie przez jedną organizację innymi podmiotami oraz kontrolowanie (prowadzenie i koordynowanie) działalności dzięki zależnościom kapitałowym lub personalnym. Holding jest więc formą kumulacji kapitału. W przypadku spółek kapitałowych polega na stworzeniu piętrowego systemu własności kapitału, w którym spółka matka posiada większość udziałów w kilku spółkach córkach, które z kolei posiadają udziały większościowe w spółkach niższego piętra zarządzania.

Najczęściej spotykaną przyczyną powstawania holdingów jest rozwój przedsiębiorstwa. Przedsiębiorstwo, aby mogło dalej funkcjonować i konku-

13.12.2007 r. (Dz.Urz. UE C 306 z 17.12.2007 r., s. 1; Dz.U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569) – Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. W pracy proponuje się, z uwagi na przejrzystość rozważań, posługiwanie się skrótami: Trybunał lub TSUE, niezależnie od tego czy orzeczenie zostało wydane przed, czy też po wejściu w życie Traktatu z Lizbony.

² D. Grajewski, *Opodatkowanie holdingów i grup kapitałowych*, Warszawa 2005 (Wstęp).

rować na rynku, musi się zdecydować na jakąś formę dekoncentracji zarządzania. Sposobem na rozwiązanie omawianego problemu jest wydzielenie poszczególnych części składowych przedsiębiorstwa (filie, oddziały, tzw. centra zysku) w samodzielne podmioty gospodarcze i stworzenie na ich podstawie struktury holdingowej.

2. Modele (rodzaje) holdingów. Definiując holding jako formę aktywności, należy się posłużyć dla celów podatku VAT sposobem jego pojmowania powstałym na gruncie orzecznictwa Trybunału i wypracowanym przez doktrynę podatkową. Abstrahując od innych podziałów holdingów prezentowanych szeroko zwłaszcza w literaturze ekonomicznej, dla celów dalszych rozważań wystarczające jest wyróżnienie trzech modeli holdingów:

- 1) holding finansowy/administracyjny,
- 2) holding zarządzający,
- 3) holding mieszany³.

W przypadku holdingu finansowego działalność spółki dominującej ogranicza się jedynie do posiadania i zarządzania udziałami podmiotów zależnych. Podstawową funkcją tego typu holdingu jest prowadzenie szeroko rozumianej polityki podatkowej i w tym celu tworzone są specjalne spółki finansowe, które mają za zadanie minimalizować opodatkowanie holdingu jako całości.

Cechą charakterystyczną holdingu zarządzającego jest aktywne uczestniczenie i ingerowanie przez spółkę dominującą w bieżącą działalność spółek/spółki zależnej. Spółka dominująca w tym modelu nie zadowala się jedynie posiadaniem udziałów i zarządzaniem udziałami, które posiada w spółce/spółkach zależnych. W strategicznym holdingu zarządzającym podmiot dominujący rozstrzyga kwestie zasadnicze dla całej struktury, tworzy politykę długofalową, decyduje o planach strategicznych całego holdingu i poszczególnych podmiotów będących jego uczestnikami.

W przypadku holdingu mieszanego spółka dominująca ingeruje w bieżącą działalność jednych spółek zależnych, spełniając funkcje typowego holdingu finansowego, w przypadku zaś innych pełni funkcję biernego posiadacza udziałów, czerpiącego korzyści wyłącznie z faktu ich posiadania.

³ *J. Eggers, R. Korf, Umsatzsteuerliche Fragen im Zusammenhang mit dem Halten von Beteiligungen – Anmerkung zu dem BMF Schreiben v. 26.1.2007, Der Betrieb 2007, Nr 7, s. 361.*

B. Holding finansowy – posiadanie udziałów jako działalność gospodarcza?

Jedną z najważniejszych spraw dotyczących podmiotowości podatkowej holdingu jest sprawa *Polysar* (wyr. TSUE z 20.6.1991 r. w sprawie C-60/90 *Polysar Investments Netherlands BV przeciwko Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, Zb.Orz. 1991, s. I-03111). Ze stanu faktycznego wynikało, iż Polysar BV jest członkiem światowej grupy Polysar. Polysar BV posiada udziały w różnych spółkach i otrzymuje dywidendy każdego roku, redystrybuując je regularnie dalej na rzecz Polysar Holding Ltd., spółki zarejestrowanej w Kanadzie, która posiada 100% kapitału Polysar BV. Polysar BV nie angażuje się jednocześnie w działalność handlową. Od stycznia 1981 r. do 31.12.1985 r. Polysar BV zapłacił w związku z nabywaniem różnego typu usług podatek VAT, który następnie odliczył. Prawo do odliczenia podatku naliczonego zostało następnie zakwestionowane przez organy podatkowe.

Trybunał rozpatrując kwestię podmiotowości prawnopodatkowej holdingu finansowego, odwołał się w tej mierze do specjalnego znaczenia definicji podatnika VAT w obowiązującej wówczas VI Dyrektywie, podkreślając szeroki zakres definicji „działalność gospodarcza”. Powołując się na swe ustalenia w sprawie *Van Tiem* (wyr. TSUE z 4.12.1990 r. w sprawie C-186/89 *W. M. van Tiem przeciwko Staatssecretaris van Financiën*, Zb.Orz. 1990, s. I-04363), TSUE w wyroku w sprawie *Polysar* słusznie podkreślił, iż sformułowanie „wykorzystywanie” (ang. *exploitation*), którym posługuje się art. 4 ust. 2 VI Dyrektywy, dotyczy wszystkich transakcji, bez względu na ich formę prawną, które ukierunkowane są na uzyskiwanie w sposób częstotliwy dochodów z określonych dóbr⁴. Jak słusznie zauważył Trybunał, za takie wykorzystywanie majątku w celu uzyskiwania stałego dochodu trudno uznać samo posiadanie udziałów, nawet jeżeli spółka otrzymuje dywiden-

⁴Rzecznik Generalny w opinii z 12.4.2011 r. w sprawach połączonych C-180/10 i C181/10 *Jaroslav Slaby przeciwko Ministrowi Finansów i Emilian Kuć, Halina Jeziorska-Kuć przeciwko Dyrektorowi Izby Skarbowej w Warszawie* podkreślił, iż ustalenie, czy określona osoba jest podatnikiem podatku od wartości dodanej wymaga dokonania przez sąd krajowy oceny, czy wykorzystywanie omawianego dobra, polegające na jego stopniowej sprzedaży, następuje w celu uzyskania stałych dochodów, z uwzględnieniem całości okoliczności sprawy, w szczególności czynników wskazujących na zamiar dokonywania tych transakcji w sposób powtarzalny. Nie ma przy tym znaczenia, że właściciel tego dobra nie nabył go w celu późniejszej sprzedaży ani że zostało ono przeniesione do majątku osobistego właściciela, i tym samym wyłączone z działalności gospodarczej, odrębnej od tej, z tytułu której osobę tę uznaje się za podatnika podatku od wartości dodanej.

dę. Dywidenda bowiem jest wyłącznie efektem posiadania majątku w postaci udziałów, a nie efektem wykorzystania tych udziałów do działalności gospodarczej. W opinii Trybunału, bez znaczenia dla uznania za podatnika pozostaje fakt, że spółka, będąca stroną sporu, jest częścią grupy kapitałowej, a spółki wchodzące w jej skład prowadzą działalność gospodarczą. Innymi słowy, status podatkowy innego podmiotu nie wpływa na możliwość uznania podmiotu, będącego stroną sporu, za podatnika. Zarówno VI Dyrektywa, jak i obowiązująca obecnie Dyrektywa 2006/112 dopuszczają możliwość tworzenia grup podatkowych, jednak jedynie dla podmiotów posiadających siedzibę na terytorium jednego państwa członkowskiego.

Argumentacja Trybunału jest w pełni przekonująca. Trybunał słusznie skoncentrował się na istocie funkcjonowania holdingu finansowego i jego cechach, a następnie zestawiał działalność holdingu finansowego z koncepcją „działalności gospodarczej”, w rozumieniu wówczas obowiązującego art. 4 VI Dyrektywy. Powyższe doprowadziło TSUE do wniosku, iż samo posiadanie udziału i czerpanie z tego tytułu korzyści, jakim jest prawo do dywidendy, nie jest wystarczające, aby uznać podmiot dominujący (beneficjenta dywidendy) za podatnika VAT, który wykonuje jedynie swe uprawnienia właścicielskie określone w prawie prywatnym (prawie handlowym).

C. Pośrednie lub bezpośrednio zaangażowanie w zarządzanie spółkami

1. Orzecznictwo Trybunału i jego ewolucja. W orzeczeniu w sprawie *Polysar* TSUE wskazał jednak od powyższej reguły pewien wyjątek, który wzbudził wiele kontrowersji dotyczących jego znaczenia. W opinii składu orzekającego w sprawie *Polysar*, spółka holdingowa może uzyskać status podatnika, jeżeli jest ona „pośrednio lub bezpośrednio zaangażowana w zarządzanie spółkami”, w których posiada udziały (tzw. holding zarządzający), z wyłączeniem czynności, które wykonuje w związku z pełnieniem funkcji właścicielskich. Jednocześnie Trybunał nie wskazał, co rozumie przez pojęcie „pośrednie lub bezpośrednie zaangażowanie w zarządzanie spółkami” (Trybunał użył tu sformułowania *direct or indirect involvement in the management of the companies*) i czy w takim przypadku dywidenda może stanowić wynagrodzenie za podejmowaną działalność zarządczą. Drugą z tych wątpliwości rozwiął Trybunał w kolejnym orzeczeniu w sprawie *Sofitam* (wyr. TSUE z 22.6.1993 r. w sprawie C-333/91 *Sofitam SA (uprzednio Satam SA) przeciwko Ministre chargé du Budget*, Zb.Orz. 1993, s. I-03513) dotyczącym spółek holdingowych. Trybunał w pełni oparł się na wnioskach zaprezentowanych w sprawie *Polysar*. Dodał jed-

II. Holding a działalność gospodarcza podlegająca VAT

nak, co prawda na potrzeby wyjaśnienia wątpliwości związanych z proporcjonalnym rozliczeniem podatku naliczonego, że dywidenda nie stanowi wynagrodzenia za jakąkolwiek działalność gospodarczą. Tym samym nie może być uznana za zapłatę za świadczenie usług zarządczych.

W kolejnych orzeczeniach TSUE, doprecyzowując pojęcie bezpośredniej lub pośredniej ingerencji w zarządzanie spółkami zależnymi (usługi zarządcze wykraczające poza prawa i obowiązki wynikające z posiadania udziałów), zaostrzył to kryterium, podkreślając, iż taka ingerencja tylko wtedy może być uznana za działalność gospodarczą, gdy dotyczy transakcji, o których mowa w art. 2 VI Dyrektywy (obecnie także art. 2 Dyrektywy 2006/112), a zwłaszcza gdy świadczone są usługi o charakterze administracyjnym, finansowym, handlowym i technicznym na rzecz określonych spółek, w których holding ma udziały (wyr. TSUE z 14.11.2000 r. w sprawie C-142/99 *Floridienne SA i Berginvest SA przeciwko państwu belgijskiemu*, Zb.Orz. 2000, s. I-9567).

Dalsze doprecyzowanie kryterium podmiotowości podatkowej holdingu odnajdujemy w sprawie *Cibo Participations* (wyr. TSUE z 27.9.2001 r. C-16/00 *Cibo Participations SA przeciwko Directeur régional des impôts du Nord-Pas-de-Calais*, Zb.Orz. 2001, s. I-06663), gdzie Trybunał wskazał, iż udział spółki holdingowej w zarządzaniu spółkami, w których nabyła udziały, stanowi działalność gospodarczą dla celów VAT, w przypadku gdy pociąga to za sobą przeprowadzanie transakcji, które podlegają opodatkowaniu podatkiem od wartości dodanej na mocy art. 2 VI Dyrektywy, takich jak świadczenie przez spółkę holdingową jej spółkom zależnym usług administracyjnych, finansowych, handlowych i technicznych. Trybunał podkreślił ponownie, iż otrzymanie dywidend nie jest wynagrodzeniem za jakąkolwiek działalność gospodarczą i w związku z tym nie podlega VAT.

W konsekwencji wydatki poniesione przez spółkę holdingową na różne usługi, które nabywa w związku z nabyciem udziałów w spółce zależnej, stanowią część jej kosztów ogólnych i dlatego mają, co do zasady, bezpośredni związek z jej działalnością gospodarczą jako całością. Jeżeli – co zaznaczył Trybunał – spółka holdingowa przeprowadza zarówno transakcje, dla których podatek od wartości dodanej podlega odliczeniu, jak i transakcje, dla których nie podlega odliczeniu, to wówczas może ona odliczyć jedynie tę część podatku od wartości dodanej, która przypada na kwotę tych pierwszych transakcji.

W postanowieniu w sprawie *Welthgrove* (wyr. TSUE z 12.7.2001 r. w sprawie C-102/00 *Welthgrove BV przeciwko Staatssecretaris van Financiën*, Zb.Orz. 2001, s. I-05679) TSUE odniósł się do sytuacji, w której *Welthgrove* świadczyła na rzecz spółek zależnych usługi doradcze

w zakresie zarządzania, za które nie otrzymywała żadnego wynagrodzenia poza korzyściami płynącymi z dywidendy. Trybunał przyjął, iż w takiej sytuacji samo zaangażowanie spółki holdingowej w zarządzanie jej spółkami zależnymi, bez dokonywania transakcji podlegających VAT nie może być traktowane jako działalność gospodarcza w rozumieniu VI Dyrektywy.

Argumentacja zaprezentowana przez Trybunał znajduje potwierdzenie w orzecznictwie polskich sądów administracyjnych. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Opolu w wyr. z 25.6.2010 r. (I SA/Op 176/10, Monitor Podatkowy 2010, Nr 9, s. 44) trafnie zaznaczył, iż z orzeczeń Trybunału, a zwłaszcza ze stanowiących kontynuację stanowiska wyrażonego w wyroku *Polysar* wynika, że zaangażowanie w zarządzanie spółkami może być uznane za działalność gospodarczą, ale jedynie w takim zakresie, w jakim pociąga to za sobą dokonywanie transakcji podlegających opodatkowaniu podatkiem VAT z mocy art. 2 pkt 1 VI Dyrektywy. W związku z tym WSA w Opolu uznał za nietrafne te wywody organu podatkowego, które wskazują, iż sam fakt pozostawania przez skarżącego członkiem zarządu spółki, której akcje posiada i następnie je zbywa, przesądza o opodatkowaniu tej czynności.

2. Dywidendy wypłacane w formie niepieniężnej. Na tle polskiej praktyki istnieją jednak wątpliwości co do opodatkowania dywidend wypłacanych w formie niepieniężnej. Dyrektor IS w Warszawie w interpretacji z 1.1.2011 r. (IPPP1-443-1173/10-3/PR) (dostępne na www.mf.gov.pl) wyraził pogląd, iż przekazanie dywidendy niepieniężnej wspólnikom, polegające na przeniesieniu na nich prawa do rozporządzania lokalami mieszkalnymi, jest objęte podatkiem od towarów i usług. Tożsame stanowisko wyraził Dyrektor IS w Poznaniu w interpretacji z 11.1.2011 r. (ILPP1/443-1106/10-4/AI), podkreślając, że „(...) opodatkowanie dywidendy rzeczowej jest zgodne z zasadą powszechności opodatkowania podatkiem VAT wyrażającej się tym, że określone transakcje podlegają temu podatkowi niezależnie od formy, w której zostały dokonane, również zbycie nieruchomości w formie wypłaty dywidendy. Jeżeli w ramach wypłaty dywidendy zamiast wypłaty pieniędzy Wnioskodawca będzie przekazywać prawo własności nieruchomości, mamy do czynienia z czynnością opodatkowaną podatkiem od towarów i usług z tytułu nieodpłatnego przekazania towaru”.

Pomimo że z punktu widzenia VAT dochodzi do przeniesienia ekonomicznego władztwa nad rzeczą, to nie można, moim zdaniem, odmiennie traktować wypłaty dywidendy w formie rzeczowej od dywidendy w formie pieniężnej. Należy zaznaczyć, iż wypłacie dywidendy (także w formie rzeczowej) nie towarzyszy żadne (bezpośrednie) świadczenie wzajemne, co jest warunkiem koniecznym uznania jej za odpłatną dostawę towarów. Nie można także zaakceptować poglądu, iż wypłata dywidendy w formie

rzeczowej podlegałyby opodatkowaniu jako nieodpłatna dostawa towarów w rozumieniu art. 7 ust. 2 VATU, co sugerują organy podatkowe w cytowanych interpretacjach. Stanowisko Ministerstwa w zakresie opodatkowania dywidendy niepieniężnej zostało słusznie zakwestionowane w orzecznictwie sądowym. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyr. z 25.1.2011 r. (III SA/Wa 3068/10, Legalis) zaznaczył, iż nieodpłatne przekazanie znaków towarowych jako wynagrodzenia tytułem dywidendy nie może być uznane za nieodpłatne świadczenie usług w rozumieniu art. 8 ust. 2 VATU. Jak trafnie podkreślił WSA w Warszawie „wypłata dywidendy nie jest nieodpłatnym świadczeniem usług, ponieważ o nieodpłatnym świadczeniu usług można mówić, kiedy co do zasady dana usługa jest odpłatna, a jedynie z wyboru wykonującego usługę rezygnuje on z wynagrodzenia. Przy wypłacie dywidendy taka relacja nie zachodzi”.

D. Koncepcja pośredniej formy prowadzenia działalności gospodarczej

1. Geneza i istota koncepcji. W literaturze, komentując orzecznictwo TSUE dotyczące podmiotowości holdingu na gruncie podatku VAT, krytykuje się niekiedy już samą koncepcję bezpośredniej lub pośredniej ingerencji w zarządzanie spółek/przedsiębiorstw. Podkreśla się, iż wymagane przez Trybunał odpłatne usługi, zwłaszcza w zakresie administracyjnym, finansowym, handlowym i technicznym (usługi menedżerskie), nie przedstawiają sobą ingerencji w zarządzanie, lecz jedynie proste świadczenia, które z powodzeniem może zaoferować również podmiot trzeci.

Natomiast ingerencja wspólnika dominującego w sprawy spółki nie odbywa się na drodze cywilnoprawnych świadczeń wzajemnych, lecz przez wykorzystanie instrumentów władczych, jakie zapewnia prawo handlowe. Zdaniem *H. Stadie*⁵, wymagane przez TSUE bezpośrednie podejmowanie przez holding czynności podlegających podatkowi VAT wypacza sens funkcjonowania spółki jako holdingu, gdyż jego działalność determinowana jest przede wszystkim przez koordynowanie i kierowanie działalnością gospodarczą spółek zależnych. Postuluje się, by holding uznać zasadniczo za podatnika VAT (abstrahując od wypracowanych przez TSUE formalnych kryteriów), gdyż holding podejmuje działalność gospodarczą (statuuje go jako podmiot podatku VAT) za pośrednictwem swych spółek zależnych.

⁵ *H. Stadie*, Modifizierung der Rechtsprechung des EuGH zur Unternehmerrichtung der Holding im Umsatzsteuerrecht? Umsatzsteuerrundschau (UR) 2007, Nr 1, s. 2–3.

Podnosi się także, iż legalna definicja podatnika nie wymaga konieczności dokonywania transakcji jako transakcji własnych (dostawa towarów, świadczenie usług). Podnoszony jest również argument, iż art. 17 ust. 2 VI Dyrektywy (obecnie art. 168 Dyrektywy 2006/112), opisujący sytuację podatnika dokonującego transakcji bezpośrednich, nie stoi na przeszkodzie, aby dla celów odliczenia podatku naliczonego uznać obroty spółek córek zależnych za własne. Tak więc prawo do odliczenia podatku naliczonego zgodnie z tą propozycją w przypadku holdingu byłoby determinowane ogólnie formą aktywności spółek zależnych.

2. Sprawa *Abbey National*. Zastosowanie tej argumentacji budzi, moim zdaniem, poważne wątpliwości. Należy zaznaczyć, iż z orzecznictwa Trybunału dotyczącego odliczenia podatku naliczonego związanego z przeniesieniem całości lub części majątku w rozumieniu art. 19 Dyrektywy 2006/112 (poprzednio art. 5 ust. 8 VI Dyrektywy) wynika, że prawo do odliczenia podatku naliczonego u zbywcy, związanego z czynnościami niepodlegającymi VAT, nie może być argumentowane tym, iż towary będące przedmiotem przeniesienia całości lub części majątku w rozumieniu art. 19 Dyrektywy 2006/112 będą następnie powiązane z transakcjami opodatkowanymi dokonywanymi przez nabywcę (sukcesora) (tak wyr. TSUE z 22.2.2001 r. w sprawie C-408/98 *Abbey National plc przeciwko Commissioners of Customs & Excise*, Zb.Orz. 2001, s. I-1361). W opinii TSUE nie ulega wątpliwości, że w świetle art. 17 ust. 2 VI Dyrektywy podatnik może odliczyć podatek naliczony związany wyłącznie z jego własnymi transakcjami.

Trybunał trafnie podkreślił, iż kwota VAT zapłacona przez dokonującego przeniesienia składników majątku przedsiębiorstwa, dotycząca kosztów poniesionych w związku z nabyciem usług w celu przeniesienia wszystkich składników tego majątku lub ich części, nie obciąża w sposób bezpośredni kosztów czynności opodatkowanych osoby, na rzecz której dokonywane jest przeniesienie, jak tego wymaga art. 2 I Dyrektywy. W konsekwencji Trybunał uznał, iż koszty podatku VAT poniesione przez przekazującego na zakup usług nabytych w celu dokonania przekazania stanowią część kosztów ogólnych podatnika, a zatem, co do zasady, mają bezpośredni związek z całością jego działalności gospodarczej.

Stąd determinowanie prawa do odliczenia w przypadku holdingu przez pryzmat aktywności spółek zależnych (odrębnych podmiotów) wydaje się w kontekście orzeczenia *Abbey National* niedopuszczalne.

W literaturze podkreśla się także, iż tylko taka interpretacja przepisów, tj. weryfikacja odliczenia poprzez pryzmat aktywności podmiotu zależnego, pozwoli czynić zadość zasadzie neutralności podatku VAT, a zwłaszcza