

Wydanie tymczasowe

WYROK TRYBUNA?U (pierwsza izba)

z dnia 22 marca 2018 r. (*)

Odes?anie prejudycjalne – Podatki bezpo?rednie – Swoboda przedsi?biorczo?ci – ??czenia, podzia?y, wnoszenie aktywów i wymiany udzia?ów dotycz?ce spó?ek ró?nych pa?stw cz?onkowskich – Dyrektywa 90/434/EWG – Artyku? 8 – Operacja wymiany papierów warto?ciowych – Zyski kapita?owe zwi?zane z t? operacj? – Odroczenie opodatkowania – Straty przy pó?niejszym zbyciu otrzymanych papierów warto?ciowych – Kompetencja pa?stwa miejsca zamieszkania do opodatkowania – Odmienne traktowanie – Wzgl?dy uzasadniaj?ce – Zapewnienie podzia?u kompetencji podatkowej pomi?dzy pa?stwami cz?onkowskimi

W sprawach po??czonych C?327/16 i C?421/16

maj?cych za przedmiot dwa wnioski o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzecze? w trybie prejudycjalnym, z?o?one przez Conseil d'État (rad? stanu, Francja) postanowieniami z dnia 31 maja i 19 lipca 2016 r., które wp?yn??y do Trybuna?u, odpowiednio, w dniach 10 czerwca i 28 lipca 2016 r., w post?powaniach:

Marc Jacob

przeciwko

Ministre des Finances et des comptes publics (C?327/16),

oraz

Ministre des Finances et des comptes publics

przeciwko

Marcowi Lassusowi (C?421/16),

TRYBUNA? (pierwsza izba),

w sk?adzie: R. Silva de Lapuerta, prezes izby, K. Lenaerts, prezes Trybuna?u, pe?ni?cy obowi?zki s?dziego pierwszej izby, C.G. Fernlund (sprawozdawca), A. Arabadjiev i E. Regan, s?dziovie,

rzecznik generalny: M. Wathelet,

sekretarz: V. Giacobbo-Peyronnel, administrator,

uwzgl?dniaj?c pisemny etap post?powania i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 13 wrze?nia 2017 r.,

rozwa?ywszy uwagi przedstawione:

– w imieniu M. Jacoba przez E. Gintera i J. Belleta, avocats,

- w imieniu rządu francuskiego przez D. Colasa, E. de Moustier i S. Ghiandoni, działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu rządu austriackiego przez G. Eberharda, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu fińskiego przez J. Heliskoskiego, działającego w charakterze pełnomocnika,
- w imieniu rządu szwedzkiego przez A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren H. Shev oraz F. Bergiusa działających w charakterze pełnomocników,
- w imieniu Komisji Europejskiej przez N. Gossement i W. Roelsa, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 15 listopada 2017 r.,
wydaje następujący

Wyrok

1 Wnioski o wydanie orzeczeń w trybie prejudycjalnym dotyczą wykładni art. 8 dyrektywy Rady 90/434/EWG z dnia 23 lipca 1990 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczących spółek różnych państw członkowskich (Dz.U. 1990, L 225, s. 1), zmienionej aktem dotyczącym warunków przystąpienia Królestwa Norwegii, Republiki Austrii, Republiki Finlandii i Królestwa Szwecji (Dz.U. 1994, C 241, s. 21), przyjętym decyzją Rady Unii Europejskiej 95/1/WE, Euratom, EWWiS z dnia 1 stycznia 1995 r. (Dz.U. 1995, L 1, s. 1) (zwanej dalej „dyrektywą w sprawie łączenia spółek”) i art. 49 TFUE.

2 Owe wnioski zostały złożone w ramach sporów pomiędzy Markiem Jacobem a ministrem des Finances et des Comptes publics (ministrem finansów publicznych, zwanym dalej „organem podatkowym”) oraz pomiędzy organem podatkowym a Markiem Lassusem w przedmiocie decyzji organu podatkowego o opodatkowaniu – przy okazji późniejszego zbycia otrzymanych papierów wartościowych – zysków kapitałowych wynikających z operacji wymiany papierów wartościowych.

Ramy prawne

Prawo Unii

3 Motywy pierwszy, czwarty i ósmy dyrektywy w sprawie łączenia spółek przewidują:

„łączenie, podziały, wnoszenie aktywów, wymiana udziałów dotyczące spółek różnych państw członkowskich może [mogą] być niezbędne w celu stworzenia we Wspólnocie warunków analogicznych do warunków rynku wewnętrznego i w celu zapewnienia w ten sposób ustanowienia i skutecznego funkcjonowania wspólnego rynku; takie operacje nie powinny być hamowane przez ograniczenia, niekorzystne warunki lub zniekształcenia wynikające w szczególności z przepisów podatkowych państw członkowskich; w tym celu niezbędne jest wprowadzenie w odniesieniu do takich operacji regulacji podatkowych, które są neutralne z punktu widzenia konkurencji, aby umożliwić przedsiębiorstwom dostosowanie się do wymagań wspólnego rynku, zwiększyć ich produktywność i poprawić ich siłę konkurencyjną na poziomie międzynarodowym;

[...]

wspólny system podatkowy powinien zapobiegać nakładaniu podatku w związku z łączeniem, podziałami, wnoszeniem aktywów lub wymianami udziałów, chronić jednocześnie interesy finansowe państwa spółki przekazującej lub nabywanej;

[...]

przejdzie papierów wartościowych spółki przejmującej lub nabywającej akcjonariuszom spółki przekazującej sam w sobie nie stanowi by przyczyny opodatkowania tych akcjonariuszy”.

4 Zgodnie z art. 1 owej dyrektywy „[k]ażde państwo członkowskie stosuje niniejsze dyrektywy do łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów lub wymiany udziałów, w które zaangażowane są spółki z dwóch lub więcej państw członkowskich”.

5 Artykuł 2 dyrektywy w sprawie łączenia spółek stanowi:

„Do celów niniejszej dyrektywy:

[...]

d) »wymiana udziałów« oznacza operację, przez którą spółka nabywa udziały w kapitale innej spółki, uzyskując w ten sposób większość praw głosu w tej spółce w zamian za wyemitowanie na rzecz akcjonariuszy tej ostatniej spółki w zamian za ich papiery wartościowe, papierów wartościowych swojej spółki, jak również, jeżeli ma to zastosowanie, wypłatę gotówkową nieprzekraczającą 10% wartości nominalnej lub, w braku wartości nominalnej, księgowej wartości nominalnej tych papierów wartościowych;

[...]

g) »spółka nabywana« oznacza spółkę, której udziały są nabywane przez inną spółkę poprzez wymianę papierów wartościowych;

h) »spółka nabywająca« oznacza spółkę, która nabywa udziały poprzez wymianę papierów wartościowych;

[...]”.

6 Artykuł 3 dyrektywy w sprawie łączenia spółek przewiduje:

„Do celów niniejszej dyrektywy »spółka z państwa członkowskiego« oznacza każdą spółkę, która:

a) przyjmuje jedną z form wymienionych w załączniku do niniejszej dyrektywy;

b) zgodnie z przepisami podatkowymi państwa członkowskiego jest uznawana za rezydenta w tym państwie do celów podatkowych oraz, zgodnie z warunkami umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania zawartej z państwem trzecim, nie jest uznawana za rezydenta do celów podatkowych poza Wspólnotą;

c) ponadto podlega jednemu z następujących podatków, bez możliwości wyboru lub wyłączenia:

[...]

– impôt sur les sociétés we Francji,

[...]

– impôt sur le revenu des collectivités w Luksemburgu,

[...]

lub jakimkolwiek innemu podatkowi, który może być zastąpiony przez któryś z powyższych podatków”.

7 Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 dyrektywy w sprawie łączenia spółek:

„1. W czasie łączenia, podziału lub wymiany udziałów przydział papierów wartościowych reprezentujących kapitał spółki przejmującej lub nabywającej akcjonariuszowi spółki przekazującej lub nabywanej w zamian za papiery wartościowe reprezentujące kapitał tej ostatniej spółki, nie stanowi podstawy, jako takiej, opodatkowania dochodu, zysków lub zysków kapitałowych tego akcjonariusza.

2. Państwa członkowskie uzależniają stosowanie ust. 1 od tego, czy akcjonariusze nie przypisują przejętym papierom wartościowym wartości do celów podatkowych wyższej niż ta, którą wymienione papiery wartościowe miały bezpośrednio przed łączeniem, podziałem lub wymianą.

Zastosowanie ust. 1 nie stanowi przeszkody dla państw członkowskich w opodatkowaniu zysków powstających z kolejnego przekazania papierów wartościowych, przejętych w taki sam sposób, jak zyski powstające z przekazania papierów wartościowych istniejących przed nabyciem.

[...]”.

Postanowienia umowne

8 Artykuł 18 umowy podpisanej w Brukseli w dniu 10 marca 1964 r. pomiędzy Francją a Belgią w sprawie unikania podwójnego opodatkowania oraz ustalenia zasad wzajemnej pomocy administracyjnej i prawnej w dziedzinie podatku dochodowego przewiduje:

„O ile artykuły poprzedzające niniejszej umowy nie stanowi inaczej, dochody rezydentów jednego z państw będących stronami umowy podlegają opodatkowaniu wyłącznie w tym państwie”.

9 Zgodnie z art. 13 ust. 3 i 4 umowy podpisanej w Londynie w dniu 22 maja 1968 r. pomiędzy rządem Republiki Francuskiej a rządem Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej o unikaniu podwójnego opodatkowania oraz zapobieganiu oszustwom podatkowym w dziedzinie podatków dochodowych (zwanej dalej „umową francusko-brytyjską”):

„3. Przychody pochodzące ze zbycia majątku innego niż wymieniony w ust. 1 i 2 podlegają opodatkowaniu tylko w umawiającym się państwie, w którym zbywca jest rezydentem.

4. Niezależnie od postanowień ust. 3 przychody uzyskane przez osobę fizyczną bądź rezydentem umawiającego się państwa w chwili zbycia więcej niż 25% udziałów, które osoba ta posiada pośrednio lub bezpośrednio, sama lub wspólnie z osobami spokrewnionymi, w spółce bądź rezydentem drugiego umawiającego się państwa podlegają opodatkowaniu w tym drugim państwie. Przepisy niniejszego rozdziału mają zastosowanie tylko wówczas, gdy:

- a) osoba fizyczna posiada obywatelstwo drugiego umawiającego się państwa, a nie posiada obywatelstwa pierwszego umawiającego się państwa; i
- b) osoba fizyczna była rezydentem drugiego umawiającego się państwa przez jakikolwiek okres w trakcie pięciu lat bezpośrednio poprzedzających zbycie udziałów.

Postanowienia niniejszego ustępu mają zastosowanie także do przychodów uzyskanych ze zbycia innych praw w tej spółce, które, do celów opodatkowania zysków kapitałowych, na mocy ustawodawstwa tego drugiego umawiającego się państwa podlegają takiemu samemu traktowaniu jak przychody uzyskane ze zbycia udziałów”.

Prawo francuskie

10 Zgodnie z art. 92B ust. II pkt 1 code général des impôts (ogólnego kodeksu podatkowego, zwanego dalej „CGI”), w brzmieniu mającym zastosowanie do zysków kapitałowych objętych odroczeniem opodatkowania na dzień 1 stycznia 2000 r.:

„Z dniem 1 stycznia 1992 r. lub z dniem 1 stycznia 1991 r. dla wniesienia aportów w postaci papierów wartościowych do spółki podlegającej podatkowi dochodowemu od osób prawnych opodatkowanie zysków kapitałowych uzyskanych w przypadku wymiany papierów wartościowych z operacji oferty publicznej, emisji publicznej, fuzji, podziału, przejęcia funduszu powierniczego przez spółkę inwestycyjną o kapitale zmiennym, przeprowadzonych zgodnie z obowiązującymi przepisami lub w wyniku wniesienia aportem papierów wartościowych do spółki podlegającej podatkowi dochodowemu od osób prawnych może zostać odroczone aż do chwili dokonania zbycia lub odkupu papierów wartościowych otrzymanych z wymiany [...]”.

11 Artykuł 160 ust. I i II ter CGI, w brzmieniu mającym zastosowanie w momencie zaistnienia stanu faktycznego w sprawach w postępowaniach gównych, stanowi:

„I. [...] Opodatkowanie osiągniętych w ten sposób zysków kapitałowych podlega jednemu warunkowi, że prawa posiadane pośrednio lub bezpośrednio w zyskach spółki przez zbywcę lub jego małżonkę, wstępnych lub zstępnych przekraczają 25% tych zysków w jakimkolwiek momencie w okresie ostatnich pięciu lat. Jednakże gdy zbycie dokonane jest na rzecz jednej z osób, o których mowa w niniejszym ustępie, zysk kapitałowy zostaje zwolniony z podatku, jeżeli udziały w kapitale spółki nie zostały odsprzedane w całości lub w części osobie trzeciej w terminie pięciu lat. W braku [takiej odsprzedaży] zysk kapitałowy zostaje opodatkowany w imieniu pierwszego zbywcy za rok, w którym miała miejsce odsprzedaż udziałów osobie trzeciej.

[...]

Straty poniesione w trakcie jednego roku zalicza się wyjątkowo na poczet zysków kapitałowych tego samego rodzaju uzyskanych w trakcie tego samego roku lub w ciągu następnych pięciu lat.

[...].

I ter. [...] 4. Opodatkowanie zysku kapitałowego uzyskanego od dnia 1 stycznia 1991 r. przy wymianie udziałów w kapitale spółki wynikającej z połączenia, podziału, wniesienia papierów

wartościowych do spółki podlegającej podatki dochodowemu od osób prawnych może zostać odroczone na warunkach przewidzianych w art. 92B ust. II [...]”.

12 Zgodnie z art. 164B ust. I lit. f) CGI, w brzmieniu mającym zastosowanie w 1999 r., uważa się, że dochodami ze źródła francuskiego są „zyski kapitałowe wymienione w art. 160 i wynikające ze zbycia praw związanych ze spółkami, które mają swój siedzibę we Francji”.

13 Artykuł 244 bis B CGI, w brzmieniu mającym zastosowanie do zbycia papierów wartościowych w 1999 r., stanowi:

„Zyski ze zbycia udziałów w kapitale spółki określonego w art. 160 uzyskane przez osoby fizyczne, które nie mają miejsca zamieszkania do celów podatkowych we Francji w rozumieniu art. 4B, lub przez osoby prawne lub inne podmioty, niezależnie od ich formy, które mają siedzibę poza granicami Francji, ustalane są i opodatkowane na warunkach przewidzianych w art. 160”.

Spory w postępowaniach gównych i pytania prejudycjalne

Sprawa C-327/16

14 W dniu 23 grudnia 1996 r. M. Jacob, będący francuskim rezydentem podatkowym, wniósł posiadane przez siebie papiery wartościowe spółki prawa francuskiego do innej spółki prawa francuskiego w zamian za papiery wartościowe tej drugiej spółki. Zgodnie z prawem podatkowym obowiązującym w czasie wystąpienia okoliczności faktycznych zysk kapitałowy uzyskany z tej operacji wymiany papierów wartościowych został objęty odroczeniem opodatkowania.

15 W dniu 1 października 2004 r. M. Jacob przeniósł swoją rezydencję podatkową z Francji do Belgii.

16 W dniu 21 grudnia 2007 r. M. Jacob zbył całość papierów wartościowych otrzymanych przy okazji rozpatrywanej operacji wymiany. W wyniku tego zbycia zysk kapitałowy objęty odroczeniem opodatkowania został opodatkowany w 2007 r., obciążony odsetkami za zwłokę i dopłacony w wysokości 10%.

17 Wyrokiem z dnia 8 czerwca 2012 r. tribunal administratif de Montreuil (sąd administracyjny w Montreuil, Francja) umorzył to dodatkowe zobowiązanie podatkowe w zakresie podatku dochodowego. W dniu 28 maja 2015 r. cour administrative d’appel de Versailles (apelacyjny sąd administracyjny w Wersalu, Francja) uchylili ów wyrok i przywrócili w całości wcześniejsze zobowiązanie podatkowe M. Jacoba.

18 W dniu 1 października 2015 r. M. Jacob wniósł skargę kasacyjną do Conseil d’État (rady stanu, Francja), podnosząc, że rozpatrywane ustawodawstwo krajowe, którego celem jest zapewnienie transpozycji art. 8 dyrektywy w sprawie wyczerpania spółek do prawa francuskiego, narusza cele realizowane przez ów art. 8. Marc Jacob uważa w tym względzie, że zgodnie z rzeczoną art. 8 zdarzeniem powodującym opodatkowanie zysku kapitałowego jest późniejsze zbycie otrzymanych papierów wartościowych, a nie operacja wymiany papierów wartościowych, jako że operacja ta stanowi jedynie tymczasową operację neutralną podatkowo.

19 Sąd odsyłający wskazuje zasadniczo, że wykładnia rozpatrywanego uregulowania krajowego zależy od wykładni art. 8 dyrektywy w sprawie wyczerpania spółek.

20 W tych okolicznościach Conseil d’État (rada stanu) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy wspomniane przepisy art. 8 dyrektywy [w sprawie wyczerpania spółek] powinny być

interpretowane w ten sposób, że zakazują one, w przypadku operacji wymiany papierów wartościowych wchodzącej w zakres stosowania dyrektywy [w sprawie łączenia spółek], mechanizmu odroczenia opodatkowania przewidzianego, że – w drodze odstąpienia od zasady, zgodnie z którą zdarzenie powodujące opodatkowanie zysku kapitałowego następuje w roku jego uzyskania – zysk kapitałowy z wymiany zostaje stwierdzony i rozliczony przy okazji operacji wymiany papierów wartościowych i zostaje opodatkowany w roku, w którym następuje zdarzenie powodujące odroczenie opodatkowania, jakim może być w szczególności zbycie papierów wartościowych otrzymanych przy wymianie?

2) Czy art. 8 dyrektywy [w sprawie łączenia spółek] powinien być interpretowany w ten sposób, że zakazuje on, w przypadku operacji wymiany papierów wartościowych wchodzącej w zakres stosowania dyrektywy, opodatkowania zysku kapitałowego z wymiany papierów wartościowych – przy założeniu, że podlega on opodatkowaniu – przez państwo zamieszkania podatnika w momencie operacji wymiany, chociaż podatnik ów, w dniu zbycia papierów wartościowych otrzymanych przy okazji tej wymiany, w którym zysk kapitałowy z wymiany zostaje faktycznie opodatkowany, przeniósł swoje miejsce zamieszkania dla celów podatkowych do innego państwa członkowskiego?”.

Sprawa C-421/16

21 W dniu 7 grudnia 1999 r. M. Lassus, będący od 1997 r. brytyjskim rezydentem podatkowym, wniosł do spółki prawa luksemburskiego papiery wartościowe, jakie posiadał w spółce prawa francuskiego, w zamian za papiery wartościowe tej pierwszej spółki. Przy tej okazji ustalono zysk kapitałowy, który zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi w momencie zaistnienia okoliczności faktycznych został objęty odroczeniem opodatkowania.

22 Z akt sprawy, jakimi dysponuje Trybunał, wynika, że w następstwie tej operacji wymiany M. Lassus nabył inne papiery wartościowe rzeczony spółki prawa luksemburskiego. W grudniu 2002 r. M. Lassus zbył 45% papierów wartościowych, które posiadał w tej spółce.

23 Stwierdziwszy, że papiery wartościowe otrzymane przez M. Lassusa przy okazji rzeczony operacji wymiany zostały zbyte w ilości 45%, organ podatkowy opodatkował odpowiadając czyżby objętego odroczeniem opodatkowania zysku kapitałowego w wysokości ustalonej za rok 1999. W związku z powyższym organ podatkowy obciążył M. Lassusa dodatkowymi zobowiązaniami podatkowymi w zakresie podatku dochodowego za rok 2002.

24 Marc Lassus zakwestionował te zobowiązania przed tribunal administratif de Paris (sędziem administracyjnym w Paryżu, Francja), który oddalił jego odwołanie. Rozpatrujący wniesioną skargę cour administrative d'appel de Paris (apelacyjny sędziem administracyjnym w Paryżu, Francja) uchylił orzeczenie tego pierwszego sądu i w związku z tym umorzył M. Lassusowi te zobowiązania. Organ podatkowy złożył wówczas skargę kasacyjną na to ostatnie orzeczenie do Conseil d'État (rady stanu).

25 Sąd odsyłający twierdzi, że zgodnie z przepisami rozpatrywanymi w postępowaniu głównym oraz z art. 13 ust. 4 lit. a) i b) umowy francusko-brytyjskiej zysk kapitałowy uzyskany z operacji wymiany papierów wartościowych zrealizowanej w 1999 r. przez M. Lassusa, brytyjskiego rezydenta podatkowego, mógł zostać opodatkowany we Francji.

26 Ponadto sąd odsyłający uważa, że omawiane przepisy krajowe mają jedynie na celu umożliwić – w drodze odstąpienia od zasady, zgodnie z którą zdarzenie powodujące opodatkowanie zysku kapitałowego powstaje w trakcie roku uzyskania tego zysku – stwierdzenie zysku kapitałowego z operacji wymiany papierów wartościowych w roku, w którym operacja ta miała miejsce, a opodatkowanie go w roku, w którym następuje zdarzenie powodujące odroczenie

opodatkowania, a mianowicie w roku, w którym doszło do zbycia papierów wartościowych otrzymanych w chwili wymiany.

27 W tym kontekście okoliczności, że zysk kapitałowy uzyskany z późniejszego zbycia papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany podlega opodatkowaniu w państwie członkowskim innym niż Republika Francuska, nie ma zdaniem tego sądu wpływu na uprawnienie tego ostatniego państwa członkowskiego do opodatkowania zysku kapitałowego uzyskanego z rozpatrywanej w postępowaniu głównym operacji wymiany.

28 Marc Lassus kwestionuje jednak tę wykładnię. Tytułem głównym podnosi on, że mechanizm odroczenia opodatkowania ustanowiony przez przepisy krajowe jest niezgodny z art. 8 dyrektywy w sprawie zliczenia spółek. Uważa on, że przepis ów za zdarzenie powodujące powstanie zobowiązania podatkowego uznaje późniejsze zbycie papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany, a nie operację wymiany papierów wartościowych, ponieważ ta operacja wymiany stanowi tymczasową operację neutralną podatkowo. Ponadto twierdzi on, że w omawianym przypadku w dacie zbycia papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany Republika Francuska utraciłaby kompetencję podatkową w stosunku do odnośnego zysku kapitałowego, ponieważ zbycie jest objęte kompetencją podatkową Zjednoczonego Królestwa.

29 Dodatkowo, gdyby zbycie podlegało opodatkowaniu we Francji, wówczas – ponieważ przepisy krajowe pozwalają podatnikom będącym rezydentami zaliczyć stratę ze zbycia na poczet zysku kapitałowego takiego samego rodzaju – odmówienie przez organ podatkowy możliwości zaliczenia straty poniesionej w związku ze zbyciem papierów wartościowych w 2002 r. na poczet zysku kapitałowego uzyskanego z wymiany papierów wartościowych i objętego odroczeniem opodatkowania stanowiłoby przeszkodę dla swobody przedsiębiorczości.

30 W tych okolicznościach Conseil d'État (rada stanu) postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy [...] przepisy art. 8 dyrektywy [w sprawie zliczenia spółek] powinny być interpretowane w ten sposób, że zakazują one, w przypadku operacji wymiany papierów wartościowych wchodzącej w zakres stosowania dyrektywy, mechanizmu odroczenia opodatkowania przewidzianego, że – w drodze odstąpienia od zasady, zgodnie z którą zdarzenie powodujące opodatkowanie zysku kapitałowego następuje w roku jego uzyskania – zysk kapitałowy z wymiany zostaje stwierdzony i rozliczony przy okazji operacji wymiany papierów wartościowych i zostaje opodatkowany w roku, w którym następuje zdarzenie powodujące odroczenie opodatkowania, jakim może być w szczególności zbycie papierów wartościowych otrzymanych przy wymianie?

2) Przy założeniu, że zysk kapitałowy z tytułu wymiany papierów wartościowych podlega opodatkowaniu: czy może ona zostać opodatkowana przez państwo, któremu przysługiwano uprawnienie do jej opodatkowania w momencie operacji wymiany, podczas gdy zbycie papierów wartościowych otrzymanych przy okazji tej wymiany należy do kompetencji podatkowej drugiego państwa członkowskiego?

3) W przypadku udzielenia na powyższe pytania odpowiedzi, że dyrektywa [w sprawie zliczenia spółek] nie stoi na przeszkodzie temu, aby zysk kapitałowy wynikający z wymiany papierów wartościowych został opodatkowany w chwili późniejszego zbycia papierów wartościowych otrzymanych przy wymianie, nawet wówczas, gdy obie operacje nie należą do kompetencji podatkowej tego samego państwa członkowskiego: czy państwo członkowskie, w którym zysk kapitałowy z tytułu wymiany został objęty odroczeniem podatkowym, może opodatkować zysk kapitałowy objęty odroczeniem przy tym zbyciu, z zastrzeżeniem mających zastosowanie postanowień dwustronnej umowy w sprawie opodatkowania, bez uwzględnienia

wyniku zbycia, gdy wynik ten stanowi wartość ujemną. Pytanie to zostało zadane zarówno w świetle dyrektywy [w sprawie łączenia spółek], jak i w świetle swobody przedsiębiorczości zagwarantowanej w art. 43 [WE], obecnie art. 49 [TFUE], ponieważ podatnik mający swoje miejsce zamieszkania dla celów podatkowych we Francji podczas operacji wymiany i podczas operacji zbycia papierów wartościowych mógłby skorzystać z zaliczenia straty ze zbycia.

4) W przypadku udzielenia na pytanie trzecie odpowiedzi, należy uwzględnić stratę ze zbycia papierów wartościowych otrzymanych podczas wymiany: czy państwo członkowskie, w którym został uzyskany zysk kapitałowy z tytułu wymiany, zobowiązane jest do zaliczenia na poczet zysku kapitałowego straty ze zbycia lub czy zobowiązane jest, jako że zbycie nie należy do jego kompetencji podatkowej, do odstąpienia od opodatkowania zysku kapitałowego z tytułu wymiany?

5) W przypadku udzielenia na pytanie czwarte odpowiedzi, czy strata ze zbycia należy zaliczyć na poczet zysku kapitałowego z tytułu wymiany: jak cenę nabycia zbywanych papierów wartościowych należy przyjąć w celu wyliczenia tego zysku kapitałowego ze zbycia? W szczególności: czy należy przyjąć za jednostkową cenę nabycia zbywanych papierów wartościowych całkowitą wartość papierów wartościowych spółki otrzymanych przy wymianie, tak, jaka figuruje na zgłoszeniu wartości dodanej, podzieloną przez liczbę tych papierów wartościowych otrzymanych podczas wymiany, lub czy należy przyjąć średnią ważoną cenę ceny nabycia, uwzględniając także operacje późniejsze niż wymiana, takie jak inne nabycia lub bezpieczna dystrybucja papierów wartościowych tej samej spółki”.

31 Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 10 listopada 2017 r. sprawy C-327/16 i C-421/16 zostało poczynione do celów ustnego etapu postępowania i wydania wyroku.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie dopuszczalności

32 Jak wskazał rzecznik generalny w pkt 46 opinii, z art. 1 dyrektywy w sprawie łączenia spółek wynika, że dyrektywa ta ma zastosowanie do transgranicznych operacji łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów lub wymiany udziałów, w które zaangażowane są spółki z dwóch lub więcej różnych państw członkowskich. Tymczasem okoliczności faktyczne leżą u podstaw sporu w postępowaniu głównym w sprawie C-327/16 dotyczą operacji wymiany papierów wartościowych angażujących dwie spółki mające siedzibę w jednym i tym samym państwie członkowskim, w niniejszym przypadku we Francji.

33 W tym względzie należy przypomnieć, że Trybunał uznaje za dopuszczalne wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w wypadku, gdy – mimo iż okoliczności stanu faktycznego w ramach postępowania głównego nie są bezpośrednio objęte zakresem stosowania prawa Unii – przepisy tego prawa znalazły zastosowanie do sprawy za pośrednictwem prawa krajowego, które dostosowało się, w zakresie sytuacji, których wszystkie elementy ograniczają się do jednego państwa członkowskiego, do rozwiązania przyjętych w prawie Unii (wyrok z dnia 15 listopada 2016 r., Ullens de Schooten, C-268/15, EU:C:2016:874, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo).

34 Istnieje bowiem określony interes Unii w tym, aby celem uniknięcia przyszłych rozbieżności w wykładni przepisy lub pojęcia przejęte z prawa Unii były interpretowane w sposób jednolity, bez względu na warunki, w jakich mają być stosowane (wyrok z dnia 14 marca 2013 r., Allianz Hungária Biztosító i in., C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 20 i przytoczone tam orzecznictwo).

35 W niniejszym przypadku należy zauważyć w pierwszej kolejności, że zadane pytania

dotyczy wykładni przepisów prawa Unii, a mianowicie dyrektywy w sprawie zezwolenia spółek.

36 W drugiej kolejności, w odpowiedzi na wniosek Trybunału z dnia 21 lipca 2016 r. o udzielenie wyjaśnienia, sąd odsyłający sprecyzował, że rozpatrywane w postępowaniu głównym przepisy przyjęte w celu wdrożenia dyrektywy w sprawie zezwolenia mają zastosowanie do operacji wymiany papierów wartościowych na tych samych warunkach, niezależnie od tego, czy operacje te mają charakter czysto wewnętrzny, czy też transgraniczny, gdy w momencie wymiany podatnik posiadający papiery wartościowe ma swoją rezydencję podatkową we Francji.

37 Ze względu na to, że rozpatrywane w postępowaniu głównym przepisy krajowe są zgodne, w odniesieniu do rozwiązania wprowadzonych dla sytuacji, w których operacje wymiany papierów wartościowych mają czysto wewnętrzny charakter, z tymi przyjętymi przez dyrektywę w sprawie zezwolenia spółek, należy stwierdzić, że pytania zadane przez sąd odsyłający w sprawie C-327/16 są dopuszczalne.

38 Co się tyczy sprawy C-421/16, rzecznik austriacki uważa w istocie, że w zakresie stosowania dyrektywy w sprawie zezwolenia spółek nie wchodzi sytuacja, w której udziałowiec lub akcjonariusz spółki nabywanej ma swoją rezydencję podatkową w państwie członkowskim innym niż państwo członkowskie spółki nabywanej lub spółki nabywającej. Natomiast w sprawie w postępowaniu głównym M. Lassus podczas rozpatrywanej operacji wymiany papierów wartościowych miał swoją rezydencję podatkową w Zjednoczonym Królestwie, podczas gdy spółka nabywana i spółka nabywająca miały siedziby we Francji i w Luksemburgu.

39 W tym względzie należy zauważyć, że żaden przepis dyrektywy w sprawie zezwolenia spółek nie przewiduje takiego ograniczenia jej zakresu stosowania.

40 Otóż, jak wskazano w pkt 32 niniejszego wyroku, dyrektywa w sprawie zezwolenia spółek może znaleźć zastosowanie, ponieważ do wymiany papierów wartościowych w rozumieniu art. 2 tej dyrektywy dochodzi pomiędzy dwiema lub więcej spółkami z różnych państw członkowskich, które spełniają przesłanki znajdujące się w art. 3 dyrektywy w sprawie zezwolenia spółek.

41 Dlatego też w celu ustalenia zakresu stosowania dyrektywy w sprawie zezwolenia spółek bez znaczenia jest fakt, że dany posiadacz papierów wartościowych ma rezydencję podatkową w państwie członkowskim innym niż państwa członkowskie spółek zaangażowanych w wymianę papierów wartościowych.

42 W niniejszym przypadku bezsporne jest, że po pierwsze, rozpatrywana w postępowaniu głównym operacja dotyczy dwóch spółek z dwóch różnych państw członkowskich, oraz po drugie, że odnośne spółki spełniają przesłanki znajdujące się w art. 3 owej dyrektywy.

43 W tych okolicznościach nie można stwierdzić, że dyrektywa w sprawie zezwolenia spółek znajduje zastosowanie jedynie w wypadku, gdy udziałowiec lub akcjonariusz spółki nabywanej jest rezydentem podatkowym w tym samym państwie członkowskim co państwo członkowskie spółki nabywanej lub spółki nabywającej. W związku z tym na pytania zadane przez sąd odsyłający w sprawie C-421/16 należy udzielić odpowiedzi.

Co do istoty

W przedmiocie pytań pierwszych

44 Poprzez pierwsze pytania w sprawach C-327/16 i C-421/16 sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 8 dyrektywy w sprawie zezwolenia spółek należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisom prawa państwa członkowskiego, na mocy których

zysk kapitałowy z operacji wymiany papierów wartościowych zostaje stwierdzony przy okazji tej operacji, ale jego opodatkowanie jest odroczone do roku, w którym następuje zdarzenie konieczne do odroczenia opodatkowania, w omawianym przypadku – zbycie papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany.

45 Tytułem wstępu należy stwierdzić, że w tych dwóch sprawach nie było podnoszone, jakoby odnośni podatnicy przypisali otrzymanym w wyniku wymiany papierom wartościowym wartość do celów podatkowych wyszła niżej, którą wymienione papiery wartościowe miały bezpośrednio przed rozpatrywaniem operacji wymiany. Wobec tego art. 8 ust. 1 dyrektywy w sprawie zliczenia spółek ma zastosowanie do rozpatrywanych operacji wymiany.

46 Zgodnie z tym przepisem w czasie wymiany udziałów przydział papierów wartościowych reprezentujących kapitał spółki przejmującej lub nabywającej akcjonariuszowi spółki przekazującej lub nabywanej w zamian za papiery wartościowe reprezentujące kapitał tej ostatniej spółki nie stanowi podstawy, jako takiej, opodatkowania dochodu, zysków lub zysków kapitałowych tego akcjonariusza.

47 Przewidziany przez dyrektywę w sprawie zliczenia spółek wymóg neutralności podatkowej względem takiego akcjonariusza służy – jak wynika z motywów pierwszego i czwartego tej dyrektywy – zapewnieniu, by wymiana papierów wartościowych między spółkami z różnych państw członkowskich nie była hamowana przez określone ograniczenia, niekorzystne warunki lub zniekształcenia wynikające z przepisów podatkowych państw członkowskich (wyrok z dnia 11 grudnia 2008 r., A.T., C-285/07, EU:C:2008:705, pkt 21).

48 Należy jednak przypomnieć, że dyrektywa w sprawie zliczenia spółek – zgodnie z jej motywem czwartym – służy ochronie interesów finansowych państwa spółki przekazującej lub nabywanej. Natomiast wśród tych interesów finansowych znajduje się kompetencja do opodatkowania zysku kapitałowego związanego z papierami wartościowymi istniejącymi przed operacją wymiany papierów wartościowych.

49 Podobnie, art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy w sprawie zliczenia spółek stanowi, że stosowanie ust. 1 tego artykułu nie stanowi przeszkody dla państw członkowskich w opodatkowaniu zysków powstających z późniejszego zbycia papierów wartościowych, uzyskanych w taki sam sposób, jak zyski powstające ze zbycia papierów wartościowych istniejących przed nabyciem (zob. podobnie wyrok z dnia 11 grudnia 2008 r., A.T., C-285/07, EU:C:2008:705, pkt 35).

50 Wydaje się, iż o ile art. 8 ust. 1 dyrektywy w sprawie zliczenia spółek, poprzez ustanowienie, że operacja wymiany papierów wartościowych nie może jako taka skutkować opodatkowaniem zysku kapitałowego z tej operacji, zapewnia neutralność podatkową takiej operacji, o tyle celem tej neutralności podatkowej nie jest jednak wyłączenie takiego zysku kapitałowego z opodatkowania przez państwa członkowskie mające kompetencję podatkową w zakresie tego zysku, a zakazuje ona jedynie uznania tej operacji wymiany za zdarzenie powodujące powstanie zobowiązania podatkowego.

51 Natomiast ani art. 8 dyrektywy w sprawie zliczenia spółek, ani żaden inny artykuł tej dyrektywy nie zawierają przepisów dotyczących środków podatkowych odpowiednich do wdrożenia tego art. 8.

52 Państwa członkowskie dysponują zatem, z poszanowaniem prawa Unii, pewien zakres swobody co do tego wdrożenia (zob. podobnie wyroki: z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 41–43; a także z dnia 23 listopada 2017 r., A, C-292/16, EU:C:2017:888, pkt 22).

53 W odniesieniu do rodzaju przewidzianego przez rozpatrywane w postępowaniu głównym przepisy prawa – rodzaj ten polega najpierw na stwierdzeniu zysku kapitałowego uzyskanego z operacji wymiany papierów wartościowych w chwili tej operacji, a następnie na odroczeniu opodatkowania tego zysku do dnia późniejszego zbycia papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany.

54 Rodzaj taki, w zakresie, w jakim prowadzi do tego, że zdarzenie powodujące opodatkowanie tego zysku kapitałowego jest odraczane do roku, w którym następuje zdarzenie kończące to odroczenie opodatkowania, czyli zbycie papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany, zapewnia, jak zauważył rzecznik generalny w pkt 59 i 60 opinii, że operacja wymiany papierów wartościowych jako taka nie skutkuje opodatkowaniem rzeczowego zysku kapitałowego. Rodzaj ów jest więc zgodny z zasadą neutralności podatkowej w rozumieniu art. 8 ust. 1 dyrektywy w sprawie zliczenia spółek.

55 Wniosku tego nie może podważyć sama okoliczność, że zysk kapitałowy z operacji wymiany papierów wartościowych został stwierdzony przy okazji tej operacji. W tym względzie należy zaznaczyć, że takie stwierdzenie stanowi jedynie metodę pozwalającą państwu członkowskiemu, które dysponuje kompetencją podatkową w zakresie papierów wartościowych istniejących przed operacją wymiany, ale której na mocy art. 8 ust. 1 dyrektywy w sprawie zliczenia spółek nie mogło przy tej okazji wykonać, na zachowanie swojej kompetencji podatkowej i na jej późniejsze wykonanie, czyli na wykonanie jej w dniu zbycia papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany zgodnie z art. 8 ust. 2 akapit drugi owej dyrektywy.

56 W tych okolicznościach na pierwsze pytanie w sprawach C-327/16 i C-421/16 należy odpowiedzieć, że art. 8 dyrektywy w sprawie zliczenia spółek należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie przepisom prawa państwa członkowskiego, na mocy których zysk kapitałowy z operacji wymiany papierów wartościowych objętej tą dyrektywą zostaje stwierdzony przy okazji tej operacji, ale jego opodatkowanie jest odroczone do roku, w którym następuje zdarzenie kończące to odroczenie opodatkowania, w omawianym przypadku – zbycie papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany.

W przedmiocie pytań drugich

57 Poprzez pytania drugie w sprawach C-327/16 i C-421/16 sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 8 dyrektywy w sprawie zliczenia spółek należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisom prawa państwa członkowskiego, które przewidują opodatkowanie zysku kapitałowego związanego z operacją wymiany papierów wartościowych, objętego odroczeniem opodatkowania, przy późniejszym zbyciu papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany, nawet jeżeli zbycie to nie wchodzi w zakres kompetencji podatkowej tego państwa członkowskiego.

58 Jak wskazano w pkt 49 i 50 niniejszego wyroku, z art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy w sprawie zliczenia spółek wynika, że wymóg neutralności podatkowej przewidziany w przypadku operacji wymiany papierów wartościowych na mocy art. 8 ust. 1 tej dyrektywy nie stanowi dla państw członkowskich przeszkody w opodatkowaniu zysku kapitałowego wynikającego z późniejszego zbycia otrzymanych w wyniku wymiany papierów wartościowych w taki sam sposób jak opodatkowanie zysku kapitałowego, który wynika ze zbycia papierów wartościowych

istniejących przed nabyciem.

59 Ów art. 8 ust. 2 akapit drugi uznaje także prawo państwa członkowskich dysponujących kompetencjami podatkowymi w zakresie zysku kapitałowego związanego z operacją wymiany papierów wartościowych, ale które to państwa na podstawie art. 8 ust. 1 tej dyrektywy nie mogły wykonać owej kompetencji przy okazji tej operacji wymiany, do wykonywania tej kompetencji w dniu późniejszego zbycia papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany.

60 Niemniej jednak, jak wskazał rzecznik generalny w pkt 68 opinii, dyrektywa w sprawie harmonizacji przepisów nie harmonizuje kryteriów rozdziału kompetencji podatkowej pomiędzy państwami członkowskimi. Nie reguluje zatem udzielania wadztwa podatkowego w zakresie zysku kapitałowego.

61 W braku harmonizacji na poziomie Unii państwa członkowskie zachowują uprawnienia do określania, w drodze umów lub w sposób jednostronny, z poszanowaniem prawa Unii, kryteriów rozdziału przysługujących im kompetencji podatkowych w celu unikania podwójnego opodatkowania (zob. analogicznie wyrok z dnia 29 listopada 2011 r., *National Grid Indus*, C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 45, 46 i przytoczone tam orzecznictwo).

62 W omawianym przypadku sąd odsyłający stwierdza, że zgodnie z prawem krajowym i postanowieniami umów odnośnie zyski kapitałowe uzyskane z operacji wymiany papierów wartościowych wchodzi w zakres kompetencji podatkowej Republiki Francuskiej.

63 W tych okolicznościach oraz ze względu na to, że dyrektywa w sprawie harmonizacji przepisów, jak wynika z pkt 56 niniejszego wyroku, nie stoi na przeszkodzie temu, aby opodatkowanie zysku kapitałowego uzyskanego z operacji wymiany papierów wartościowych zostało odroczone do chwili późniejszego zbycia papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany, owa dyrektywa nie stanowi przeszkody w opodatkowaniu przez dane państwo członkowskie tego zysku kapitałowego w chwili tego zbycia.

64 Sama okoliczność, że zbycie papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany wchodzi w zakres kompetencji podatkowej państwa członkowskiego innego niż państwo członkowskie dysponujące kompetencjami podatkowymi w zakresie zysku kapitałowego uzyskanego z operacji wymiany papierów wartościowych, jak wynika z pkt 69–71 opinii rzecznika generalnego, nie może pozbawiać drugiego z tych dwóch państw członkowskich jego prawa do wykonywania jego kompetencji podatkowej w zakresie zysku kapitałowego powstałego w ramach jego kompetencji podatkowej.

65 Stwierdzenie to jest także zgodne z uznanym przez Trybunał zasadą terytorialności podatkowej związanej z czynnikiem czasowym, na mocy której państwo członkowskie ma prawo do opodatkowania zysku kapitałowego powstałego w ramach jego kompetencji podatkowej i która ma na celu zachowanie rozdziału kompetencji podatkowych między państwami członkowskimi (zob. podobnie wyrok z dnia 29 listopada 2011 r., *National Grid Indus*, C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 45, 46 i przytoczone tam orzecznictwo).

66 W konsekwencji na pytania drugie zadane w sprawach C-327/16 i C-421/16 należy udzielić odpowiedzi, że art. 8 dyrektywy w sprawie harmonizacji przepisów należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie przepisom prawa państwa członkowskiego, które przewidują opodatkowanie zysku kapitałowego związanego z operacją wymiany papierów wartościowych, objętego odroczeniem opodatkowania, przy późniejszym zbyciu papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany, nawet jeżeli zbycie to nie wchodzi w zakres kompetencji podatkowej tego państwa członkowskiego.

W przedmiocie pyta? od trzeciego do pi?tego w sprawie C?421/16

67 Tytu?em wst?pu nale?y zauwa?y?, jak wynika to z akt sprawy, jakimi dysponuje Trybuna?, ?e w dniu dokonania rozpatrywanej w post?powaniu g?ównym operacji wymiany papierów warto?ciowych M. Lassus by? rezydentem podatkowym w Zjednoczonym Królestwie. Na podstawie umowy francusko-brytyjskiej zosta? on jednak uznany za podatnika posiadaj?cego papiery warto?ciowe, który mieszka we Francji, wskutek czego zysk kapita?owy uzyskany z tej operacji wymiany papierów warto?ciowych wchodzi w zakres kompetencji podatkowej tego pa?stwa cz?onkowskiego.

68 Z tych akt sprawy wynika tak?e, i? zgodnie z rozpatrywanymi w post?powaniu g?ównym przepisami prawa straty poniesione w trakcie jednego roku zalicza si? na poczet zysków kapita?owych tego samego rodzaju uzyskanych w trakcie tego samego roku lub w ci?gu nast?pnych pi?ciu lat. Tymczasem w sprawie w post?powaniu g?ównym bezsporne jest, ?e dana strata zosta?a poniesiona w tym pi?cioletnim terminie.

69 Podczas rozprawy rz?d francuski wyja?ni?, ?e zaliczenie ewentualnej straty poniesionej przy pó?niejszym zbyciu papierów warto?ciowych otrzymanych w wyniku wymiany na poczet zysku kapita?owego obj?tego odroczeniem opodatkowania nie jest dozwolone w sytuacji, w której w momencie takiego zbycia podatnik posiadaj?cy te papiery warto?ciowe nie jest rezydentem podatkowym we Francji.

70 Poprzez pytania od trzeciego do pi?tego w sprawie C?421/16, które nale?y zbada? ??cznie, s?d odsy?aj?cy zmierza w istocie do ustalenia, czy dyrektyw? w sprawie ??czenia spółek i art. 49 TFUE nale?y interpretowa? w ten sposób, ?e stoj? one na przeszkodzie przepisom prawa pa?stwa cz?onkowskiego, które w sytuacji, w której pó?niejsze zbycie papierów warto?ciowych otrzymanych w wyniku wymiany nie wchodzi w zakres kompetencji podatkowej tego pa?stwa cz?onkowskiego, przewiduj? opodatkowanie zysku kapita?owego obj?tego odroczeniem opodatkowania przy okazji tego zbycia bez uwzgl?dnienia ewentualnej straty poniesionej przy tej okazji, podczas gdy uwzgl?dnia si? tak? strat?, gdy podatnik posiadaj?cy papiery warto?ciowe jest rezydentem podatkowym w owym pa?stwie cz?onkowskim w dniu rzeczonoego zbycia. Ponadto s?d odsy?aj?cy d??y w odpowiednim przypadku do ustalenia, jakie s? zasady zaliczenia i obliczenia tej straty.

71 Nale?y przypomnie?, ?e operacje obj?te dyrektyw? w sprawie ??czenia spółek stanowi? szczególnie sposób korzystania ze swobody przeds?biorczo?ci, istotny dla prawid?owego funkcjonowania rynku wewn?trznego, zatem stanowi? dzia?alno?? gospodarcz?, w odniesieniu do której pa?stwa cz?onkowskie zobowi?zane s? przestrzega? tej swobody (wyrok z dnia 23 listopada 2017 r., A, C?292/16, EU:C:2017:888, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).

72 Niemniej jednak, jak wskaza? rzecznik generalny w pkt 78, 100 i 101 opinii, dyrektywa w sprawie ??czenia spółek nie reguluje ani kwestii dotycz?cej mo?liwego zaliczenia ewentualnej straty poniesionej przy pó?niejszym zbyciu papierów warto?ciowych otrzymanych w wyniku wymiany, ani kwestii dotycz?cej zasad takiego zaliczenia i jego obliczania. Kwestie dotycz?ce takiego zaliczania wchodzi? zatem w zakres prawa krajowego pa?stwa cz?onkowskiego pochodzenia z poszanowaniem prawa Unii, a konkretnie, w niniejszym przypadku, art. 49 TFUE.

73 W konsekwencji nale?y zbada? rzeczono kwestie jedynie w ?wietle art. 49 TFUE.

74 W tym wzgl?dzie nale?y przypomnie?, ?e za ograniczenia swobody przeds?biorczo?ci nale?y uzna? wszelkie ?rodki, które uniemo?liwiaj?, utrudniaj? lub czyni? mniej atrakcyjnym wykonywanie tej swobody (wyrok z dnia 23 listopada 2017 r., A, C?292/16, EU:C:2017:888, pkt 25

i przytoczone tam orzecznictwo).

75 W niniejszym przypadku należy zauważyć, że w momencie późniejszego zbycia papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany M. Lassus był posiadającym papiery wartościowe podatnikiem niebędącym rezydentem, co oznacza, iż nie mógł zaliczyć ewentualnej straty poniesionej przy tym zbyciu na poczet zysku kapitałowego uzyskanego z wymiany i objętego odroczeniem opodatkowania, przy czym gdyby był posiadającym papiery wartościowe podatnikiem będącym rezydentem, mógłby dokonać tego zaliczenia.

76 Takie odmienne traktowanie zależy od tego, czy w momencie zbycia papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany podatek posiadający papiery wartościowe ma swoją rezydencję podatkową w danym państwie członkowskim lub nie, może w odniesieniu do posiadającego papiery wartościowe podatnika niebędącego rezydentem utrudniać lub czynić mniej atrakcyjnym operacje przekształcające spółki objęte dyrektywą w sprawie łączenia spółek i w związku z tym stanowić przeszkodę w swobodzie przedsiębiorczości.

77 Ograniczenie to można uznać za dopuszczalne tylko w przypadku, gdy dotyczy ono sytuacji, które nie są obiektywnie porównywalne, lub jeżeli może być ono uzasadnione nadrzdnymi względami interesu ogólnego uznanymi przez prawo Unii. Powinno ono ponadto w takiej sytuacji być odpowiednie do zagwarantowania realizacji danego celu i nie powinno wykraczać poza to, co jest niezbędnym do jego osiągnięcia (wyrok z dnia 23 listopada 2017 r., A, C-292/16, EU:C:2017:888, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo).

78 W odniesieniu do porównywalnego charakteru rozpatrywanych sytuacji należy zauważyć, że rozpatrywane w sprawie w postępowaniu głównym przepisy prawa mające na celu opodatkowanie zysku kapitałowego uzyskanego z wymiany papierów wartościowych, który to zysk powstał w momencie, gdy M. Lassus był uznany za podatnika mającego rezydencję podatkową we Francji. W stosunku do takiego opodatkowania, które zostało odroczone do momentu późniejszego zbycia papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany, sytuacja posiadającego papiery wartościowe podatnika niebędącego rezydentem w momencie zbycia, taka jak sytuacja M. Lassusa, jest obiektywnie porównywalna do sytuacji posiadającego papiery wartościowe podatnika będącego rezydentem w momencie tego zbycia.

79 Jeżeli chodzi o kwestię, czy rozpatrywana przeszkoda może zostać uzasadniona nadrzdnymi względami interesu ogólnego uznanymi przez prawo Unii, rząd francuski uważa, że nadrzdny względ interesu ogólnego związany z rozdziałem kompetencji podatkowej między państwami członkowskimi może uzasadniać taką przeszkodę.

80 W tym względzie należy stwierdzić, że zachowanie rozdziału kompetencji podatkowych między państwami członkowskimi stanowi cel uznawany przez Trybunał (zob. podobnie wyrok z dnia 29 listopada 2011 r., National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785 pkt 45).

81 Jednakże w okolicznościach takich jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym, jak stwierdził rzecznik generalny w pkt 93 opinii, cel ów nie może uzasadniać takiej przeszkody, ponieważ przedmiotem sporu jest jedynie kompetencja podatkowa Republiki Francuskiej.

82 W tym względzie warto wyjaśnić, że rozpatrywane w sprawie w postępowaniu głównym okoliczności są inne od okoliczności spraw, w jakich ukształtowała się orzecznictwo Trybunału dotyczące opodatkowania „na wyjściu” zysków kapitałowych, takie jak wyrok z dnia 29 listopada 2011 r., National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785). Otóż sprawa, w której zapadł ów wyrok, dotyczyła odroczenia pobrania podatku, czyli dźugu podatkowego, który został ostatecznie ustalony w dniu, w którym podatek, ze względu na przeniesienie swojej rezydencji, przestał podlegać obowiązkowi podatkowemu w państwie członkowskim pochodzenia, a nie, tak jak w

sprawie w postępowaniu głównym, odroczenia opodatkowania. To w tych okolicznościach Trybuna stwierdziła w pkt 61 wyroku z dnia 29 listopada 2011 r., *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), że ewentualne nieuwzględnienie strat przez przyjmujące państwo członkowskie nie nakłada na państwo członkowskie pochodzenia żadnego obowiązku ponownej wyceny w momencie ostatecznego zbycia nowych udziałów lub akcji spółki dęgu podatkowego, który został ostatecznie ustalony w chwili, gdy podatnik ze względu na przeniesienie swej rezydencji przestał podlegać obowiązkowi podatkowemu w państwie członkowskim pochodzenia.

83 Tymczasem rozpatrywane w postępowaniu głównym odroczenie opodatkowania zysku kapitałowego do momentu późniejszego zbycia papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany skutkuje tym, że ów zysk kapitałowy, mimo że został stwierdzony przy operacji wymiany papierów wartościowych, podlega opodatkowaniu dopiero w dniu tego późniejszego zbycia. Oznacza to, iż dane państwo członkowskie wykonuje swoją kompetencję podatkową w zakresie rzeczoności zysku kapitałowego w momencie zrealizowania rozpatrywanej straty. Dlatego też, jak wskazała Komisja Europejska, uwzględnienie takiej straty mieści się, odpowiednio, w obowiązkach tego państwa członkowskiego, które zamierza wykonać swoją kompetencję podatkową w zakresie tegoż zysku kapitałowego, który w rzeczywistości podlega opodatkowaniu w chwili wspomnianego zbycia.

84 W związku z tym art. 49 TFUE stoi na przeszkodzie przepisom prawa państwa członkowskiego, które w sytuacji, w której późniejsze zbycie papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany nie wchodzi w zakres kompetencji podatkowej tego państwa członkowskiego, przewidują opodatkowanie zysku kapitałowego objętego odroczeniem opodatkowania przy okazji tego zbycia bez uwzględnienia ewentualnej straty poniesionej przy tej okazji, podczas gdy uwzględnia się taką stratę, gdy podatnik posiadający papiery wartościowe jest rezydentem podatkowym w owym państwie członkowskim w dniu rzeczoności zbycia.

85 W odniesieniu do zasad dotyczących zaliczania i obliczania rozpatrywanej w postępowaniu głównym straty prawo Unii, jak wynika z pkt 72 niniejszego wyroku, nie przewiduje takich zasad, dlatego do państw członkowskich należy – z poszanowaniem prawa Unii, a w niniejszej sprawie konkretnie art. 49 TFUE – ustanowienie takich zasad.

86 W świetle powyższych rozważań na pytania od trzeciego do piątego w sprawie C-421/16 należy udzielić odpowiedzi, że art. 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisom prawa państwa członkowskiego, które w sytuacji, w której późniejsze zbycie papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany nie wchodzi w zakres kompetencji podatkowej tego państwa członkowskiego, przewidują opodatkowanie zysku kapitałowego objętego odroczeniem opodatkowania przy okazji tego zbycia bez uwzględnienia ewentualnej straty poniesionej przy tej okazji, podczas gdy uwzględnia się taką stratę, gdy podatnik posiadający papiery wartościowe jest rezydentem podatkowym w owym państwie członkowskim w dniu rzeczoności zbycia. Do państw członkowskich należy ustanowienie z poszanowaniem prawa Unii – a w niniejszej sprawie konkretnie z poszanowaniem swobody przedsiębiorczości – zasad dotyczących zaliczania i obliczania owej straty.

W przedmiocie kosztów

87 Dla stron w postępowaniach głównych niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniach głównych, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybuna (pierwsza izba) orzeka, co następuje:

1) **Artyku? 8 dyrektywy Rady 90/434/EWG z dnia 23 lipca 1990 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku ??czenia, podzia?ów, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów, dotyczących spółek różnych pa?stw członkowskich, zmienionej aktem dotyczącym warunków przystąpienia Królestwa Norwegii, Republiki Austrii, Republiki Finlandii i Królestwa Szwecji, przyjętym decyzją Rady Unii Europejskiej 95/1/WE, Euratom, EWWiS z dnia 1 stycznia 1995 r., należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie przepisom prawa pa?stwa członkowskiego, na mocy których zysk kapita?owy z operacji wymiany papierów wartościowych objętej tą dyrektywą zostaje stwierdzony przy okazji tej operacji, ale jego opodatkowanie jest odroczone do roku, w którym następuje zdarzenie ko?cząca to odroczenie opodatkowania, w omawianym przypadku – zbycie papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany.**

2) **Artyku? 8 dyrektywy 90/434, zmienionej aktem dotyczącym warunków przystąpienia Królestwa Norwegii, Republiki Austrii, Republiki Finlandii i Królestwa Szwecji, przyjętym decyzją 95/1, należy interpretować w ten sposób, że nie stoi on na przeszkodzie przepisom prawa pa?stwa członkowskiego, które przewidują opodatkowanie zysku kapita?owego związanego z operacją wymiany papierów wartościowych, objętego odroczeniem opodatkowania, przy późniejszym zbyciu papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany, nawet jeżeli zbycie to nie wchodzi w zakres kompetencji podatkowej tego pa?stwa członkowskiego.**

3) **Artyku? 49 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisom prawa pa?stwa członkowskiego, które w sytuacji, w której późniejsze zbycie papierów wartościowych otrzymanych w wyniku wymiany nie wchodzi w zakres kompetencji podatkowej tego pa?stwa członkowskiego, przewidują opodatkowanie zysku kapita?owego objętego odroczeniem opodatkowania przy okazji tego zbycia bez uwzględnienia ewentualnej straty poniesionej przy tej okazji, podczas gdy uwzględnia się taką stratę, gdy podatnik posiadający papiery wartościowe jest rezydentem podatkowym w owym pa?stwie członkowskim w dniu rzeczonoego zbycia. Do pa?stw członkowskich należy ustanowienie z poszanowaniem prawa Unii – a w niniejszej sprawie konkretnie z poszanowaniem swobody przedsiębiorczo?ci – zasad dotyczących zaliczania i obliczania owej straty.**

Podpisy

* J?zyk postępowania: francuski.