



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MELCHIORA WATHELETA
przedstawiona w dniu 15 listopada 2017 r.¹

Sprawy połączone C-327/16 i C-421/16

Marc Jacob
przeciwko
Ministre des Finances et des Comptes publics (C-327/16)
i
Ministre des Finances et des Comptes publics
przeciwko
Marcowi Lassusowi (C-421/16)

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Conseil d'État (radę państwa, Francja)]

Odesłanie prejudycjalne – Podatki – Łączenia, podziały, wnoszenie aktywów i wymiany udziałów dotyczące spółek różnych państw członkowskich – Dyrektywa 90/434/EWG – Artykuł 8 – Mechanizm odroczenia opodatkowania – Kompetencja podatkowa państwa rezydencji – Przeniesienie rezydencji podatkowej – Wpływ – Swoboda przedsiębiorczości – Artykuł 49 TFUE – Odliczenie straty – Różnica traktowania porównywalnych transakcji podlegających opodatkowaniu w zależności od tego, czy podatnik skorzystał z przysługującego mu prawa do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej w innym państwie członkowskim – Uzasadnienie – Zachowanie rozdziału kompetencji podatkowej pomiędzy państwami członkowskimi

I. Wstęp

1. Niniejsze pytania prejudycjalne, złożone w sekretariacie Trybunału w dniach 10 czerwca 2016 r.² oraz 28 lipca 2016 r.³ przez Conseil d'État (radę państwa, Francja), 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 członkowskich⁴.

1 Język oryginału: francuski.

2 W sprawie Jacob (C-327/16).

3 W sprawie Lassus (C-421/16).

4 Dz.U. 1990, L 225, s. 1. Artykuł 8 tej dyrektywy został zmieniony dyrektywą Rady 2005/19/WE z dnia 17 lutego 2005 r. (Dz.U. 2005, L 58, s. 19). Następnie dyrektywa 90/434 została uchylona dyrektywą Rady 2009/133/WE z dnia 19 października 2009 r. w sprawie wspólnego systemu opodatkowania mającego zastosowanie w przypadku łączenia, podziałów, podziałów przez wydzielenie, wnoszenia aktywów i wymiany udziałów dotyczących spółek różnych państw członkowskich oraz przeniesienia statutowej siedziby SE lub SCE z jednego państwa członkowskiego do innego państwa członkowskiego (Dz.U. 2009, L 310, s. 34). Jednakże art. 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434 mają brzmienie prawie identyczne z art. 8 ust. 1 i 6 tej dyrektywy, zmienionej dyrektywą 2005/19, a także z art. 8 ust. 1 i 6 dyrektywy 2009/133.

2. Wnioski te zostały przedstawione w ramach sporów pomiędzy Markiem Jacobem a ministre des Finances et des Comptes publics (ministrem finansów publicznych, Francja) oraz pomiędzy ministre des Finances et des Comptes publics (ministrem finansów publicznych, Francja) a Markiem Lassusem w przedmiocie decyzji organu podatkowego o opodatkowaniu – przy okazji późniejszego zbycia otrzymanych papierów wartościowych – zysków kapitałowych wynikających z transakcji wymiany papierów wartościowych.

3. Sąd odsyłający uważa, że aby rozstrzygnąć przedstawiony mu spór, musi on wiedzieć w szczególności, czy art. 8 ust. 2 dyrektywy 90/434 sprzeciwia się przepisom krajowym takim jak rozpatrywane w postępowaniach głównych, które wprowadzają mechanizm odroczenia opodatkowania zysku uzyskanego w chwili wymiany akcji lub zbytych papierów wartościowych aż do późniejszego ich zbycia.

4. Mechanizm ów działa w ten sposób, że podstawa opodatkowania zysku kapitałowego ustalana jest na dzień wymiany akcji lub papierów wartościowych, zaś opodatkowanie⁵ następuje dopiero wówczas, gdy akcje lub papiery wartościowe zostają zbyte w późniejszym czasie⁶. Tymczasem M. Jacob i M. Lassus uważają, że art. 8 ust. 2 dyrektywy 90/434 wymaga mechanizmu zawieszenia opodatkowania, a nie jego odroczenia, co oznacza, że wymiana akcji lub papierów wartościowych stanowi transakcję wyraźnie tymczasową, podatkowo obojętną, a wyłącznie późniejsze zbycie akcji lub otrzymanych w drodze wymiany papierów wartościowych może stanowić zdarzenie podatkowe. Na tej podstawie M. Jacob i M. Lassus uważają, że zyski kapitałowe powstałe przy zbyciu omawianych papierów wartościowych lub akcji nie mogą być przedmiotem omawianego opodatkowania.

5. W 2000 r. rząd francuski zastąpił ów system odroczenia opodatkowania systemem zawieszenia podatku, polegającym na tym, że wszystkie zasady opodatkowania określone są w chwili zbycia papierów wartościowych, i to niezależnie od tego, czy chodzi o ustalenie podstawy opodatkowania, stawki podatkowej czy też o określenie podatku do zapłaty. Zdaniem M. Jacoba to właśnie w tym momencie rząd francuski wprowadził równoległe system *exit tax* (a mianowicie system „opodatkowania na wyjściu”).

6. Należy odróżnić pojęcia „zawieszenia” lub „odroczenia opodatkowania” od odroczenia poboru, które polega na tym, że wszystkie zasady opodatkowania (ustalenie podstawy opodatkowania zysku kapitałowego oraz stawki opodatkowania) ustalone są w dniu wymiany akcji lub papierów wartościowych, natomiast wyłącznie zapłata tak określonego podatku odroczone jest do chwili ich późniejszego zbycia. To o tych mechanizmach mowa jest w sprawach, w których wydano wyroki: z dnia 29 listopada 2011 r., *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785); z dnia 23 stycznia 2014 r., *DMC* (C-164/12, EU:C:2014:20); z dnia 21 maja 2015 r., *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331); z dnia 21 grudnia 2016 r., *Komisja/Portugalia* (C-503/14, EU:C:2016:979).

5 W zależności od podstawy opodatkowania w momencie wymiany.

6 Ze złożonych w sekretariacie Trybunału akt krajowych wynika, że pozostałe zasady opodatkowania zysku kapitałowego, w szczególności stawka opodatkowania, określone są na dzień ich ostatecznego zbycia. W pierwszym pytaniu prejudycjalnym w niniejszych sprawach połączonych Conseil d'État (rada państwa) odniosła się do „zysku kapitałowego z wymiany [który] zostaje *stwierdzony i rozliczony przy okazji operacji wymiany papierów wartościowych* i zostaje opodatkowany w roku, w którym następuje zdarzenie kończące odroczenie opodatkowania”. Wyróżnienie własne.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

7. Artykuł 49 TFUE (dawniej art. 43 TUE) ma następujące brzmienie:

„Ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane w ramach poniższych postanowień [...]”.

8. Motywy pierwszy, czwarty i szósty dyrektywy 90/434 mają następujące brzmienie:

„łączenie, podziały, wnoszenie aktywów, wymiana udziałów dotyczące spółek różnych państw członkowskich może 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 reguł 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 wymianą udziałów, chroniąc jednocześnie interesy finansowe państwa spółki przekazującej lub nabywanej;

[...]

system odroczenia opodatkowania zysków kapitałowych odnoszący się do przekazywanych aktywów, do chwili ich rzeczywistej sprzedaży, stosowany do takich aktywów, które są przekazywane do zakładu stałego, umożliwi zwolnienie z opodatkowania odpowiednich zysków kapitałowych i równocześnie zapewni ich ostateczne opodatkowanie przez państwo spółki przekazującej w dniu ich sprzedaży”.

9. Artykuł 8 dyrektywy 90/434 przewiduje:

„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 taki, [do] 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.

[...]”.

B. Przepisy umowne

10. Artykuł 18 umowy pomiędzy Francją a Belgią z dnia 10 marca 1964 r. w sprawie unikania podwójnego opodatkowania oraz ustalenia zasad wzajemnej pomocy administracyjnej i prawnej w dziedzinie podatku dochodowego stanowi:

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

11. Artykuł 13 ust. 3 i 4 umowy podpisanej w Londynie dnia 22 maja 1968 r. pomiędzy rządami Republiki Francuskiej oraz Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej o unikaniu podwójnego opodatkowania oraz zapobieganiu oszustwom podatkowym w dziedzinie podatków dochodowych (zwanej dalej „francusko-brytyjską umową w sprawie opodatkowania”) stanowi:

„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 przepisów ust. 3 przychody uzyskane przez osobę fizyczną będącą 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 będącej rezydentem innego umawiającego się państwa podlegają opodatkowaniu w tym innym państwie. Przepisy niniejszego rozdziału mają zastosowanie tylko wówczas, gdy:

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

C. Prawo francuskie

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

„1. 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 pochodzących z transakcji oferty publicznej, łączenia, podziału, przejęcia funduszu powierniczego przez spółkę inwestycyjną o kapitale zmiennym przeprowadzonej 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 [...]”.

13. Artykuł 160 ust. I i I ter CGI, w brzmieniu mającym zastosowanie w momencie zaistnienia stanu faktycznego w sprawach w postępowaniach głównych, stanowił:

„I. [...] Opodatkowanie osiągniętych w ten sposób zysków kapitałowych podlega jednemu warunkowi, że prawa posiadane pośrednio lub bezpośrednio w zyskach spółki przez zbywcę lub jego małżonka, wstępnych lub zstępnych przekraczają łącznie 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 odlicza się wyłącznie od zysków kapitałowych tego samego rodzaju uzyskanych w trakcie tego samego roku lub w ciągu następnych pięciu lat”⁷.

„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 podatkowi dochodowemu od osób prawnych może zostać odroczone na warunkach przewidzianych w art. 92B ust. II [...]”.

14. Zgodnie z art. 164B ust. I lit. f) CGI, w brzmieniu mającym zastosowanie w 1999 r.⁸, uważa się, że dochodami ze źródła francuskiego są „zyski kapitałowe wymienione w art. 160 i wynikające ze zbycia praw związanych ze spółkami, które mają swoją siedzibę we Francji”.

15. Artykuł 244 bis B CGI, w brzmieniu mającym zastosowanie do zbycia papierów wartościowych w 1999 r.⁹, stanowił:

„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 opodatkowywane na warunkach przewidzianych w art. 160”.

III. Postępowania główne i pytania prejudycjalne

A. Sprawa C-327/16

16. W dniu 23 grudnia 1996 r. M. Jacob wniósł aportem do spółki Dubocage Développement SAS papiery wartościowe, które posiadał w spółce Dubocage SAS (obydwie te spółki są spółkami francuskimi), a w zamian otrzymał papiery wartościowe wydane przez pierwszą z nich. Zysk kapitałowy uzyskany z tej operacji wymiany papierów wartościowych został na jego wniosek objęty odroczeniem opodatkowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa francuskiego¹⁰.

17. W dniu 1 października 2004 r. M. Jacob przeniósł swoją rezydencję podatkową do Belgii.

18. W dniu 21 grudnia 2007 r. zbył on wszystkie swoje papiery wartościowe, które posiadał w Dubocage Développement. W wyniku tego zbycia zysk kapitałowy objęty odroczeniem opodatkowania został opodatkowany w 2007 r. w kwocie 1 342 384 EUR, z odsetkami za zwłokę i powiększonej o 10%.

⁷ W ocenie sądu odsyłającego ten przepis „ustawowy miał w szczególności na celu umożliwić zaliczenie straty na poczet zysku kapitałowego objętego uprzednio odroczeniem opodatkowania w chwili opodatkowania tego zysku kapitałowego w roku, w którym następuje zdarzenie kończące odroczenie opodatkowania”.

⁸ Data ta ma zastosowanie do sprawy Lassus (C-421/16). Zobacz pkt 24 niniejszej opinii.

⁹ Data ta ma zastosowanie do sprawy Lassus (C-421/16). Zobacz pkt 24 niniejszej opinii.

¹⁰ Zobacz art. 92B ust. II i art. 160 ust. I ter pkt 4 CGI.

19. W dniu 8 czerwca 2012 r. tribunal administratif de Montreuil (sąd administracyjny w Montreuil, Francja) orzekł o umorzeniu tych kwot; jednak w wyniku apelacji wniesionej przez ministre des Finances et des Comptes publics (ministra finansów publicznych) cour administrative d'appel de Versailles (apelacyjny sąd administracyjny w Wersalu, Francja) wyrokiem z dnia 28 maja 2015 r. uchylił ów wyrok i przywrócił sporne zobowiązanie podatkowe. Marc Jacob wniósł skargę kasacyjną do Conseil d'État (rady państwa) w dniu 1 października 2015 r.

20. Conseil d'État (rada państwa) twierdzi, że z odpowiednich przepisów CGI wynika, iż mają one na celu umożliwić – w drodze odstępstwa od zasady, zgodnie z którą zdarzenie powodujące opodatkowanie zysku kapitałowego ma miejsce w roku uzyskania tego zysku – stwierdzenie i rozliczenie zysku kapitałowego z wymiany w roku, w którym wymiana ta miała miejsce, a opodatkowanie jej w roku, w którym następuje zdarzenie kończące odroczenie opodatkowania, w omawianym przypadku zbycie papierów wartościowych uzyskanych w momencie wymiany. W ocenie Conseil d'État (rady państwa) okoliczność, że podatnik w międzyczasie przeniósł swoją rezydencję podatkową do innego państwa, nie ma wpływu na uprawnienia państwa, którego ów podatnik był rezydentem w chwili zrealizowania zysku kapitałowego z wymiany, do opodatkowania go w chwili ostatecznego zbycia papierów wartościowych otrzymanych przy wymianie.

21. Conseil d'État (rada państwa) twierdzi jednak, że M. Jacob także powoływał się na to, iż te przepisy CGI, rozumiane zgodnie z wykładnią nadaną im przez Conseil d'État (radę państwa), naruszały cele wynikające z wyżej wskazanych przepisów art. 8 dyrektywy 90/434, ponieważ umożliwiały rządowi francuskiemu, przy okazji zbycia papierów wartościowych uzyskanych przy wymianie, opodatkowanie zysku kapitałowego uzyskanego przy wymianie uprzednio posiadanych papierów wartościowych i objętego odroczeniem opodatkowania; w ocenie M. Jacoba operacja wymiany akcji nie może bowiem stanowić zdarzenia podatkowego i należy ją traktować jako tymczasową transakcję podatkowo obojętną; zdarzeniem powodującym opodatkowanie zysku kapitałowego jest zbycie papierów wartościowych otrzymanych przy wymianie.

22. W tych okolicznościach Conseil d'État (rada państwa) postanowiła zawiesić postępowanie i przedłożyć Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

- „1) Czy art. 8 dyrektywy [90/434] powinien być interpretowany w ten sposób, że zakazuje on, w przypadku operacji wymiany papierów wartościowych wchodzącej w zakres stosowania dyrektywy, mechanizmu odroczenia opodatkowania przewidującego, że – w drodze odstępstwa od zasady, zgodnie z którą zdarzenie powodujące opodatkowanie zysku kapitałowego następuje w roku jego uzyskania – zysk kapitałowy wymiany zostaje stwierdzony i rozliczony przy okazji operacji wymiany papierów wartościowych i zostaje opodatkowany w roku, w którym następuje zdarzenie kończące odroczenie opodatkowania, jakim może być w szczególności zbycie papierów wartościowych otrzymanych przy wymianie?
- 2) Czy art. 8 dyrektywy [90/434] 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?”

B. Sprawa C-421/16

23. Marc Lassus jest brytyjskim rezydentem podatkowym od 1997 r. W dniu 7 grudnia 1999 r. wniósł on do spółki luksemburskiej Gemplus International papiery wartościowe¹¹ francuskiej spółki Gemplus Associates¹², a w zamian otrzymał papiery wartościowe pierwszej z tych spółek¹³. Przy tej wymianie zrealizował on zysk kapitałowy w wysokości 17 814 460 EUR, objęty odroczeniem opodatkowania zgodnie z omawianymi przepisami prawa¹⁴. W wyniku tej operacji wymiany M. Lassus nabył inne papiery wartościowe spółki Gemplus International.

24. W grudniu 2002 r. M. Lassus zbył 45% posiadanych przez siebie papierów wartościowych spółki Gemplus International¹⁵. Francuski organ podatkowy¹⁶ stwierdził wówczas, że papiery wartościowe otrzymane przez M. Lassusa przy okazji wymiany w dniu 7 grudnia 1999 r. zostały zbyte w ilości 45%, i opodatkował odpowiadającą część objętego odroczeniem opodatkowania zysku kapitałowego w ustalonej na tamten dzień wysokości. W związku z powyższym organ ten obciążył M. Lassusa dodatkowymi zobowiązaniami podatkowymi w zakresie podatku dochodowego za rok 2002.

25. Marc Lassus zakwestionował te zobowiązania przed tribunal administratif de Paris (sądem administracyjnym w Paryżu, Francja), który oddalił jego odwołanie. Rozpatrujący wniesioną skargę cour administrative d'appel de Paris (apelacyjny sąd administracyjny w Paryżu, Francja) uchylił orzeczenie tego pierwszego sądu i w związku z tym umorzył M. Lassusowi te zobowiązania. Organ podatkowy wystąpił wówczas ze skargą kasacyjną do Conseil d'État (rady państwa).

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

27. Ponadto sąd odsyłający uważa, że omawiane przepisy krajowe mają na celu umożliwić – w drodze odstępstwa od zasady, zgodnie z którą zdarzenie powodujące opodatkowanie zysku kapitałowego powstaje w trakcie roku uzyskania go – stwierdzenie i rozliczenie zysku kapitałowego z wymiany papierów wartościowych w roku, w którym wymiana miała miejsce, zaś opodatkowanie go w roku, w którym następuje zdarzenie kończące odroczenie opodatkowania, a mianowicie zbycie papierów wartościowych otrzymanych w chwili wymiany. W tym kontekście okoliczność, że zysk kapitałowy z późniejszego zbycia otrzymanych papierów wartościowych podlega opodatkowaniu w innym państwie członkowskim niż państwo członkowskie, w którym zysk kapitałowy dotyczący wymienionych papierów wartościowych podlegał opodatkowaniu w chwili wymiany, nie ma zdaniem tego sądu wpływu na uprawnienie tego ostatniego państwa członkowskiego¹⁷ do opodatkowania – w chwili ostatecznego zbycia papierów wartościowych otrzymanych w zamian – zysku kapitałowego z wymienionych papierów wartościowych.

28. Marc Lassus nie zgadza się jednak z taką interpretacją.

11 W omawianym przypadku 11 924 papierów wartościowych.

12 Pierwotnie spółka Mars Sun.

13 W zamian otrzymał 599 874 papierów wartościowych Gemplus International.

14 Artykuł 160 ust. 1 ter, art. 92 B CGI.

15 Na rzecz spółki Sagem.

16 Zysk kapitałowy z wymiany uzyskany przez M. Lassusa w dniu 7 grudnia 1999 r. podlegał opodatkowaniu we Francji, przy czym od 1997 r. M. Lassus zamieszkiwał w Zjednoczonym Królestwie, zgodnie z art. 13 ust. 4 francusko-brytyjskiej umowy w sprawie opodatkowania.

17 W omawianym przypadku – Republika Francuska.

29. Po pierwsze, tytułem głównym twierdzi on, że mechanizm odroczenia opodatkowania ustanowiony na mocy przepisów krajowych jest niezgodny z art. 8 dyrektywy 90/434, ponieważ artykuł ów jako zdarzenie podatkowe uznaje zbycie otrzymanych papierów wartościowych, a nie operację wymiany papierów wartościowych, zaś ta ostatnia stanowi tymczasową operację podatkowo neutralną. Twierdzi on ponadto, że w omawianym przypadku w dacie tego zbycia francuski organ podatkowy utracił prawo do opodatkowania, a kompetencję podatkową do operacji zbycia posiada Zjednoczone Królestwo.

30. Po drugie, jak twierdzi M. Lassus, przy założeniu, że zbycie podlega opodatkowaniu we Francji, skoro prawo krajowe pozwala odliczyć stratę ze zbycia od zysku kapitałowego takiego samego rodzaju, odmowa odliczenia przez francuski organ podatkowy straty poniesionej w związku ze zbyciem papierów wartościowych w 2002 r. od zysku kapitałowego z wymiany objętego odroczeniem opodatkowania byłaby niezgodna z celami art. 8 dyrektywy 90/434 i stanowiłaby przeszkodę dla swobody przedsiębiorczości zagwarantowanej przez art. 49 TFUE.

31. W tych okolicznościach Conseil d'État (rada państwa) postanowiła zawiesić postępowanie i przedłożyć Trybunałowi następujące pytania prejudycjalne:

- „1) Czy wspomniane przepisy art. 8 dyrektywy [90/434] powinny być interpretowane w ten sposób, że zakazują one, w przypadku transakcji wymiany papierów wartościowych wchodzącej w zakres stosowania dyrektywy, mechanizmu odroczenia opodatkowania przewidującego, że – w drodze odstępstwa 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 transakcji wymiany papierów wartościowych i zostaje opodatkowany w roku, w którym następuje zdarzenie kończące 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 przysługiwało 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 [90/434] 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 [90/434], jak i w świetle swobody przedsiębiorczości zagwarantowanej w art. [49 TFUE], ponieważ podatnik mający swoje miejsce zamieszkania dla celów podatkowych we Francji podczas transakcji wymiany i podczas transakcji zbycia papierów wartościowych mógłby skorzystać, na warunkach przypomnianych w pkt 4 niniejszego postanowienia¹⁸, z odliczenia straty ze zbycia.
- 4) W przypadku udzielenia na pytanie trzecie odpowiedzi, że należy uwzględnić wartość ujemną [stratę ze] zbycia papierów wartościowych otrzymanych podczas wymiany, czy państwo członkowskie, w którym został uzyskany zysk kapitałowy z tytułu wymiany, zobowiązane jest do

¹⁸ Zobacz pkt 13 niniejszej opinii.

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, że stratę ze zbycia należy zaliczyć na poczet zysku kapitałowego z tytułu wymiany, jaką 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, taką, jaka figuruje na zgłoszeniu zysku kapitałowego, 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 bezpłatna dystrybucja papierów wartościowych tej samej spółki?”

IV. Postępowanie przed Trybunałem

32. W sprawie Jacob (C-327/16) uwagi na piśmie złożyli M. Jacob, rządy francuski, fiński oraz szwedzki, a także Komisja Europejska. W sprawie Lassus (C-421/16) uwagi na piśmie złożyły rządy francuski, austriacki, fiński oraz szwedzki, a także Komisja.

33. Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 10 listopada 2016 r., zgodnie z art. 54 regulaminu postępowania przed Trybunałem, sprawy Jacob (C-327/16) i Lassus (C-421/16) zostały połączone do łącznego rozpoznania w ramach ustnego etapu postępowania i do wydania wyroku.

34. Na rozprawie, która odbyła się w dniu 13 września 2017 r., M. Jacob, rządy francuski oraz szwedzki, a także Komisja przedstawili uwagi ustne.

V. W przedmiocie właściwości Trybunału w sprawie Jacob (C-327/16)

35. Z wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie Jacob (C-327/16) wynika, że stan faktyczny, w którym zaistniał spór w postępowaniu głównym, dotyczył transakcji wymiany akcji, w której brały udział spółki z siedzibą w jednym i tym samym państwie członkowskim, co a priori wykluczało stosowanie do nich dyrektywy 90/434¹⁹ i stanowiło zatem sytuację czysto wewnętrzną.

36. Jednak z wniosku tego wynika, że M. Jacob twierdzi, iż przepisy zapewniające transpozycję dyrektywy 90/434 do prawa francuskiego, a mianowicie art. 92B ust. II i art. 160 ust. I ter pkt 4 CGI, miały także zastosowanie do transakcji wymiany akcji wynikającej z operacji łączenia, podziału lub wnoszenia aportów przeprowadzonej pomiędzy dwiema spółkami francuskimi.

37. W wyniku wniosku Trybunału z dnia 21 lipca 2016 r. skierowanego do Conseil d'État (rady państwa) o udzielenie informacji prezes trzeciej izby Conseil d'État (rady państwa) potwierdził pismem z dnia 1 sierpnia 2016 r., że „sporne przepisy art. 92B i 160 CGI, przyjęte w celu transpozycji dyrektywy [90/434], mają zastosowanie na tych samych warunkach do transakcji wymiany akcji niezależnie od tego, czy odbywa się to pomiędzy spółkami francuskimi, spółkami różnych państw członkowskich lub państw trzecich, jeżeli [...] podatnik posiadający akcje w dniu wymiany ma swoją rezydencję podatkową we Francji”.

¹⁹ Artykuł 1 dyrektywy 90/434 stanowi bowiem, co następuje:

„Każde państwo członkowskie stosuje niniejszą dyrektywę do łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów lub wymiany udziałów, w które zaangażowane są spółki z dwóch lub więcej państw członkowskich”.

38. Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 267 TFUE Trybunał jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym w przedmiocie wykładni traktatów oraz wykładni aktów wydanych przez instytucje Unii Europejskiej. W ramach ustanowionej przez to postanowienie współpracy między Trybunałem i sądami krajowymi wyłącznie do sądu krajowego należy ocena, w świetle konkretnych okoliczności każdej sprawy, zarówno niezbędności orzeczenia prejudycjalnego do wydania wyroku, jak i znaczenia dla sprawy pytań skierowanych do Trybunału.

39. W związku z tym, jeżeli pytania zadane przez sądy krajowe dotyczą wykładni prawa Unii, Trybunał co do zasady ma obowiązek orzekać. Na podstawie tego orzecznictwa Trybunał wielokrotnie uznawał swoją właściwość do orzekania w przedmiocie wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczących przepisów prawa Unii w sytuacjach, w których stan faktyczny w postępowaniu głównym sytuował się poza zakresem bezpośredniego stosowania prawa Unii, lecz w których rzeszone przepisy znalazły zastosowanie za pośrednictwem prawa krajowego, które w odniesieniu do rozwiązań sytuacji czysto krajowych dostosowuje się do rozwiązań przyjętych w prawie Unii.

40. 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 stosowane²⁰.

41. Jeśli chodzi o wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w sprawie Jacob (C-327/16), należy stwierdzić, iż skoro z odpowiedzi Conseil d'État (rady państwa) z dnia 1 sierpnia 2016 r.²¹ wynika, że ustawodawca francuski postanowił tak samo traktować sytuacje wewnętrzne oraz te, które podlegają art. 8 dyrektywy 90/434, to Trybunał jest właściwy do udzielenia odpowiedzi na pytania zadane w zakresie tego artykułu.

VI. W przedmiocie możliwości stosowania dyrektywy 90/434

42. Rząd austriacki wyraża wątpliwości co do samej możliwości zastosowania dyrektywy 90/434 do sprawy Lassus (C-421/16).

43. Rząd ów uważa, że przepisy tej dyrektywy dotyczą wyłącznie „państwa, w którym wspólnik wnoszący aport ma swoją rezydencję podatkową, oraz państwa, w którym spółka przejmująca ma swoją rezydencję podatkową. Jeżeli wnoszący aport wspólnik jest rezydentem do celów podatkowych w innym (trzecim) państwie członkowskim, nie wydaje się, aby miała do niego zastosowanie ta dyrektywa”.

44. Rząd austriacki zauważa, że wynika to z systematyki dyrektywy 90/434. Uważa on, że dyrektywa ta nie zawiera żadnego przepisu „na wypadek, gdy państwo członkowskie w wyniku wniesienia aportu traci swoje prawo do opodatkowania papierów wartościowych nabywanej spółki, a prawo to nie zostaje zastąpione nowymi, podlegającymi opodatkowaniu papierami wartościowymi przejmującej spółki, pozostawiając danemu państwu członkowskiemu swobodę ustawodawczą i regulacyjną, która nie jest ograniczona rzeszoną dyrektywą, przy czym instrumenty skarbowe państw członkowskich muszą być jednak zgodne z podstawowymi wolnościami”. Zdaniem rządu austriackiego ma to „miejsce w omawianym przypadku: z racji francusko-brytyjskiej umowy w sprawie opodatkowania Francja ma prawo do opodatkowania zrealizowanego zysku kapitałowego aż do wymiany papierów wartościowych.

20 Wyrok z dnia 14 marca 2013 r., Allianz Hungária Biztosító i in. (C-32/11, EU:C:2013:160, pkt 19, 20 i przytoczone tam orzecznictwo). Zobacz także wyrok z dnia 18 października 1990 r., Dzodzi (C-297/88 i C-197/89, EU:C:1990:360, pkt 33–37).

21 Zobacz pkt 37 niniejszej opinii.

W wyniku tej transakcji papiery wartościowe luksemburskiej spółki przejmującej są w zamian dostarczane wspólnikowi zamieszkałemu w Zjednoczonym Królestwie. Te papiery wartościowe otrzymane w zamian mogą zostać opodatkowane wyłącznie w Zjednoczonym Królestwie, a nie we Francji”.

45. Uważam, że ograniczenie zakresu stosowania dyrektywy 90/434, o którym wspomina rząd austriacki, w żaden sposób nie jest uzasadnione ani literą, ani systematyką tej dyrektywy.

46. Z art. 1 dyrektywy 90/434 jasno wynika, że każde państwo członkowskie stosuje tę dyrektywę do operacji „łączenia, podziałów, wnoszenia aktywów lub wymiany udziałów, w które zaangażowane są spółki z dwóch lub więcej państw członkowskich”. Nie jest jednak kwestionowane, że omawiana transakcja w sprawie Lassus (C-421/16) stanowi transakcję transgraniczną, która dotyczy spółek dwóch państw członkowskich, w tym przypadku Republiki Francuskiej i Wielkiego Księstwa Luksemburga.

47. Moim zdaniem ani art. 1 dyrektywy 90/434, ani zresztą art. 8 tej dyrektywy nie przewidują ograniczenia zakresu ich stosowania w zależności od rezydencji podatkowej spółki przekazującej lub spółki przejmującej, będących stronami transakcji transgranicznej.

48. Ponadto, wbrew uwagom rządu austriackiego co do „[przypadków], gdy państwo członkowskie, które w wyniku wniesienia aportu traci swoje prawo do opodatkowania papierów wartościowych nabywanej spółki”, uważam, że art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434 nie stoi na przeszkodzie, aby państwo członkowskie wprowadziło mechanizm odroczenia opodatkowania zysku kapitałowego stwierdzonego przy okazji wymiany papierów wartościowych aż do późniejszego zbycia tych papierów wartościowych²². Wynika z tego, że zgodnie z art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434 dane państwo członkowskie, w omawianym przypadku Republika Francuska, zachowuje prawo do opodatkowania zysku kapitałowego zrealizowanego w ramach jego kompetencji podatkowej przed wymianą papierów wartościowych²³.

VII. Co do istoty

A. W przedmiocie pierwszego pytania prejudycjalnego

49. Poprzez pierwsze pytanie w niniejszych sprawach sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 8 dyrektywy 90/434 stoi na przeszkodzie uregulowaniu państwa członkowskiego, na podstawie którego wymiana akcji lub papierów wartościowych skutkuje odroczeniem opodatkowania zysku kapitałowego stwierdzonego i rozliczonego przy okazji operacji wymiany aż do roku, w którym następuje zdarzenie kończące odroczenie opodatkowania, a mianowicie, w omawianym przypadku, późniejsze zbycie tych akcji lub papierów wartościowych.

²² Zobacz pkt 59 niniejszej opinii.

²³ Zobacz pkt 59 niniejszej opinii.

50. O ile ustawodawca francuski uprzywilejował mechanizm odroczenia opodatkowania²⁴, zgodnie z którym podstawa opodatkowania zysku kapitałowego z papierów wartościowych konkretyzuje się w chwili transakcji wymiany papierów wartościowych, a opodatkowanie zysku kapitałowego, jak również pobór podatku mają miejsce dopiero po późniejszym zbyciu papierów wartościowych otrzymanych przy okazji wymiany papierów wartościowych, o tyle M. Jacob i M. Lassus uważają, że w myśl art. 8 dyrektywy 90/434, aby przestrzegana była ustanowiona w tej dyrektywie zasada neutralności podatkowej, wymagany jest mechanizm zawieszenia opodatkowania²⁵.

51. Tym samym to nie do Trybunału należy badanie, w ramach niniejszych spraw, zgodności z prawem mechanizmu zawieszenia opodatkowania w świetle art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434 ani stosowności takiego mechanizmu w odniesieniu do mechanizmu odroczenia opodatkowania. Niniejsze pytanie sądu odsyłającego dotyczy wyłącznie mechanizmu odroczenia opodatkowania obowiązującego we Francji. W związku z powyższym w niniejszej sprawie Trybunał nie powinien powracać do oceny dokonanej przez sąd odsyłający, który określił ramy prawne i faktyczne toczącego się przed nim sporu i który nie uwzględnił tego aspektu w swoim pytaniu²⁶.

52. Należy przypomnieć, że w wyroku z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, pkt 32), Trybunał orzekł, że celem dyrektywy 90/434 jest „wylimitowanie przeszkód [podatkowych] w transgranicznej restrukturyzacji przedsiębiorstw finansowych, po pierwsze, poprzez zapewnienie, że ewentualne podwyższenie wartości udziałów nie będzie opodatkowane przed jego faktycznym dokonaniem, oraz po drugie, poprzez unikanie opodatkowania transakcji, z których wynikają znaczne zyski kapitałowe osiągnięte w trakcie wymiany udziałów, jedynie na tej podstawie, iż wpisują się one w ramy restrukturyzacji”.

53. Innymi słowy, celem art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434 jest w szczególności uniknięcie niekorzystnych skutków w zakresie płynności finansowej, które pojawiłyby się, gdyby podatek od zysków kapitałowych stwierdzonych przy wymianie akcji lub papierów wartościowych miał zostać zapłacony przed ich uzyskaniem²⁷.

²⁴ Zobacz art. 92B ust. II CGI

²⁵ Zobacz pkt 4 niniejszej opinii w przedmiocie różnicy pomiędzy odroczeniem opodatkowania a zawieszeniem opodatkowania. Zobacz także pkt 6 niniejszej opinii w przedmiocie „odroczenia poboru”. Zdaniem M. Jacoba przewidziany we francuskich przepisach mechanizm odroczenia opodatkowania podważa zasadę neutralności podatkowej, która prowadzi do tego, że z zamiany papierów wartościowych robi się „zdarzenie podatkowe” samo w sobie, „ponieważ należy wówczas stwierdzić zysk kapitałowy odpowiadający waloryzacji papierów wartościowych objętych wymianą od chwili ich nabycia, przy czym stwierdzenie tego zysku stanowi podstawę prawa do opodatkowania przez państwo, którego zainteresowany wówczas był rezydentem”.

²⁶ „Ponadto zmiana istotnej treści pytań prejudycjalnych na wniosek jednej ze stron lub udzielenie odpowiedzi na dodatkowe pytania podniesione w uwagach przez strony w postępowaniu głównym byłyby niezgodne z rolą powierzoną Trybunałowi w art. 267 TFUE oraz z obowiązkiem zapewnienia przez Trybunał rządów państw członkowskich oraz zainteresowanym możliwości przedstawienia uwag zgodnie z art. 23 statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, ponieważ na mocy tego przepisu zainteresowanym doręcza się jedynie postanowienia odsyłające”. Zobacz moja opinia w sprawie Ehrmann (C-609/12, EU:C:2013:746, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo).

²⁷ Zobacz analogicznie wyrok z dnia 11 grudnia 2008 r., A.T. (C-285/07, EU:C:2008:705, pkt 36). Zobacz także opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, pkt 36): „[art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434] dąży [...] do zapewnienia neutralności podatkowej takiej restrukturyzacji oraz zapobieżenia temu, by ciche rezerwy lub inne zwiększenie wartości udziałów zostały opodatkowane przed ich rzeczywistym zrealizowaniem”. Zobacz także wyrok z dnia 20 maja 2010 r., Modehuis A. Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282, pkt 39, 40). W wyroku z dnia 8 marca 2017 r., Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, pkt 28, 29), Trybunał przypomniał już, „że operacja połączenia transgranicznego stanowi szczególny sposób korzystania ze swobody przedsiębiorczości, istotny dla prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego, a zatem należy do działań gospodarczych, w odniesieniu do których państwa członkowskie zobowiązane są przestrzegać tej swobod[y] [...]. Aby ów szczególny sposób korzystania ze swobody przedsiębiorczości nie był hamowany przez ograniczenia, niekorzystne warunki lub zniekształcenia wynikające z przepisów podatkowych państw członkowskich, dyrektywa 90/434 – jak wynika z jej motywów od pierwszego do piątego – ustanawia wspólny system opodatkowania, przewidując korzyści podatkowe, takie jak *odroczenie opodatkowania* zysków kapitałowych związanych z majątkiem wniesionym w ramach takiej operacji”. Wyróżnienie własne.

54. Artykuł 8 ust. 1 dyrektywy 90/434 stanowi bowiem, że operacja wymiany akcji lub papierów wartościowych nie stanowi *jako taka* podstawy do opodatkowania²⁸. Wynika z tego, że przewidziany przez ową dyrektywę wymóg neutralności podatkowej względem wymiany akcji lub tytułów wartościowych – jak wynika z motywów pierwszego i czwartego tej dyrektywy – służy zapewnieniu, by taka wymiana między spółkami z różnych państw członkowskich nie była hamowana przez ograniczenia, niekorzystne warunki lub szczególne zniekształcenia wynikające z przepisów podatkowych państw członkowskich²⁹.

55. Niezależnie jednak od tego wymogu neutralności podatkowej przewidzianej w art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434, art. 8 ust. 2 akapit drugi rzeczony dyrektywy przewiduje, że państwa członkowskie *moga*³⁰ „opodatkowa[ć] zysk[i] powstając[e] z kolejnego przekazania papierów wartościowych, przejętych w taki sam sposób, jak zyski powstające z przekazania papierów wartościowych istniejących przed nabyciem”.

56. Jeżeli więc art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434 zakazuje opodatkowania transakcji wymiany akcji w chwili wymiany, z art. 8 ust. 2 akapit drugi wynika, że przepisy te nie przewidują ostatecznego zwolnienia z opodatkowania zysku kapitałowego związanego z tą wymianą³¹.

57. Trybunał orzekł bowiem w pkt 35 swojego wyroku z dnia 11 grudnia 2008 r., A.T. (C-285/07, EU:C:2008:705), że „zgodnie z jej motywem czwartym – sama dyrektywa 90/434 służy ochronie interesów finansowych państwa spółki nabywanej. Podobnie art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434 stanowi, że stosowanie ustępu 1 tego artykułu nie stanowi przeszkody dla państw członkowskich w opodatkowaniu zysków powstających z kolejnego zbycia papierów wartościowych, uzyskanych w taki sam sposób, jak zyski powstające ze zbycia papierów wartościowych istniejących przed nabyciem”³².

28 „Sformułowanie tego przepisu jest jednoznaczne i obligatoryjne”. Zobacz opinia rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawie A.T. (C-285/07, EU:C:2008:608, pkt 24).

29 Zobacz podobnie wyrok z dnia 11 grudnia 2008 r., A.T. (C-285/07, EU:C:2008:705, pkt 21).

30 O ile bowiem brzmienie art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434 ma charakter obligatoryjny, o tyle brzmienie art. 8 ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy, który to przepis przewiduje dla państw członkowskich możliwość opodatkowania zysku wynikającego z późniejszego zbycia papierów wartościowych, ma charakter czysto fakultatywny.

31 Zobacz analogicznie wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r., 3D I (C-207/11, EU:C:2012:818, pkt 28), który dotyczy art. 4 i 9 dyrektywy 90/434. Zdaniem rzecznika generalnego N. Jääskinen rzeczona dyrektywa ma na celu „osiągnięcie neutralności podatkowej poprzez utworzenie wspólnego systemu *odroczenia* opodatkowania zysków kapitałowych związanych z transgraniczn[ą] [...] wymianą udziałów. Opodatkowanie nie powinno mieć miejsca do dnia rzeczywistego rozporządzenia udziałami lub aktywami”. Uważa on, że zasada „neutralności podatkowej” dotyczy wyłącznie traktowania pod względem podatkowym w chwili transgranicznej wymiany akcji, a nie w innym momencie – opinia rzecznika generalnego N. Jääskinen w sprawie 3D I (C-207/11, EU:C:2012:433, pkt 37, 39). W ocenie rzecznik generalnej E. Sharpston dyrektywa 90/434 „tworzy wspólny system opodatkowania mający zastosowanie w przypadku [...] wymiany udziałów, dotyczących spółek różnych państw członkowskich. Ma ona na celu zapobieżenie nakładania podatku w związku z takimi operacjami, chroniąc jednocześnie interesy finansowe państw członkowskich, w których powstaje obowiązek podatkowy. Co się tyczy wymiany udziałów, czyni to ona w ten sposób, że przydział papierów wartościowych reprezentujących kapitał spółki nabywającej akcjonariuszowi spółki nabywanej »nie stanowi podstawy, jako taki [...], opodatkowania dochodu, zysków lub zysków kapitałowych tego akcjonariusza«, jednocześnie umożliwiając państwu członkowskim opodatkowanie »zysków powstających z kolejnego przekazania papierów wartościowych, przejętych w taki sam sposób, jak zyski powstające z przekazania papierów wartościowych istniejących przed nabyciem« – zob. pkt 3 opinii rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawie A.T. (C-285/07, EU:C:2008:608).

32 W ocenie rządu austriackiego art. 8 dyrektywy 90/434 opiera się na „koncepcji, że w wyniku przyznania w zamian papierów wartościowych udziałowcom spółki przekazującej lub nabywanej państwo, w którym wspólnicy mają miejsce zamieszkania, musi zachować możliwość ostatecznego opodatkowania tych nabytych papierów wartościowych”. Rząd fiński uważa, że „celem dyrektywy 90/434 nie jest przyznanie ostatecznego zwolnienia podatkowego ze zbycia, które miało miejsce przy okazji wymiany pierwotnie posiadanych papierów wartościowych, lecz wyłącznie zapewnienie *przywileju polegającego na odroczeniu opodatkowania* w celu ułatwienia transgranicznej wymiany papierów wartościowych. Stanowisko to jest zgodne z celem i brzmieniem dyrektywy, co także zostało potwierdzone w orzecznictwie Trybunału, na przykład w [wyroku z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408)]”.

58. Należy podnieść, jak zauważyły rząd szwedzki i Komisja³³, że art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434 nie zawiera żadnego przepisu dotyczącego zasad ewentualnego opodatkowania akcji lub papierów wartościowych przy ich późniejszym zbyciu. Przy takim braku przepisu w art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434 państwa członkowskie dysponują pewnym marginesem swobody przy dokonywaniu transpozycji i wdrażaniu tego przepisu prawa Unii, o ile nie narusza to przepisów traktatu FUE, w szczególności swobody przedsiębiorczości zagwarantowanej art. 49 TFUE³⁴ lub innymi przepisami dyrektywy 90/434, w szczególności jej art. 8 ust. 1.

59. Artykuł 8 dyrektywy 90/434 nie stanowi dla państw członkowskich przeszkody w ustanowieniu mechanizmu odroczenia opodatkowania zysku kapitałowego stwierdzonego przy wymianie tych papierów wartościowych aż do późniejszego ich zbycia. Mechanizm odroczenia opodatkowania przestrzega zasady neutralności podatkowej, zapewniając, że transakcja wymiany papierów wartościowych nie stanowi podstawy, *jako taka*, do opodatkowania, a ewentualny wzrost wartości papierów wartościowych nie jest opodatkowany przed jego rzeczywistym uzyskaniem, przy poszanowaniu interesów państwa członkowskiego, w którym uzyskano zysk kapitałowy z wymiany. Mechanizm ten zapewnia danemu państwu członkowskiemu, w tym przypadku Republice Francuskiej, prawo do opodatkowania w późniejszym czasie – w chwili jego uzyskania – zysku kapitałowego niezrealizowanego jeszcze w momencie wymiany papierów wartościowych.

60. Stwierdzenia zysku kapitałowego przy wymianie papierów wartościowych i odroczenia jego opodatkowania aż do czasu późniejszego zbycia wymienionych papierów wartościowych nie można bowiem uznać za równoważne z opodatkowaniem, które jest zakazane przez art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434. Mechanizm ów nie wywołuje niekorzystnych skutków w zakresie płynności finansowej, które miałyby miejsce, gdyby podatek z tytułu zysków kapitałowych stwierdzonych przy wymianie akcji lub papierów wartościowych miał być rozliczony przed ich zrealizowaniem.

61. W braku stosownych uregulowań Unii w zakresie stosowania art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434 przepisami postępowania służącymi ochronie wynikających w szczególności z art. 8 rzeczonyj dyrektywy praw podatników są – zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej państw członkowskich – wewnętrzne przepisy każdego państwa członkowskiego, pod warunkiem jednak, że nie są one mniej korzystne od uregulowań dotyczących podobnych sytuacji zaistniałych pod prawem wewnętrznym (zasada równoważności) i że nie czynią one niemożliwym w praktyce lub nadmiernie utrudnionym wykonywania praw przyznanych przez prawo Unii (zasada skuteczności)³⁵.

62. W tym względzie zasady stosowania art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434 przewidziane w prawie krajowym i w umowach muszą być transparentne oraz spójne w celu zapewnienia pewności prawa podatnikom, zaś weryfikacja tego należy do sądu odsyłającego.

63. W związku z powyższym uważam, że art. 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434 należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwiają się one mechanizmowi takiemu jak rozpatrywany w postępowaniu głównym, który odracza opodatkowanie zysku kapitałowego stwierdzonego przy transakcji wymiany papierów wartościowych objętej zakresem stosowania rzeczonyj dyrektywy aż do późniejszego zbycia tych papierów.

33 W ocenie Komisji dyrektywa 90/434 nie stoi na przeszkodzie temu, aby wymiana papierów wartościowych, po której następuje późniejsze zbycie, została podzielona na dwa kolejne etapy, a mianowicie, po pierwsze, stwierdzenie i rozliczenie zysku kapitałowego z wymiany objętej odroczeniem opodatkowania, a po drugie, rzeczywiste opodatkowanie dochodu uzyskanego przy późniejszym zbyciu tych samych papierów wartościowych.

34 W pkt 41 wyroku z dnia 5 lipca 2007 r., Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408), Trybunał miał okazję wyjaśnić, że „każde państwo członkowskie będące adresem dyrektywy ma obowiązek przyjąć w swoim krajowym porządku prawnym wszystkie niezbędne przepisy w celu zapewnienia pełnej skuteczności dyrektywy, zgodnie z jej zamierzonymi celami”. „[P]aństwa członkowskie mają swobodę wyboru sposobu i środków wprowadzenia w życie dyrektyw, co umożliwia zagwarantowanie w większym stopniu osiągnięcia stawianych przez nie celów” (pkt 43 owego wyroku).

35 Zobacz analogicznie wyrok z dnia 8 marca 2017 r., Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, pkt 36).

B. W przedmiocie drugiego pytania prejudycjalnego

64. Poprzez drugie pytanie prejudycjalne w niniejszych sprawach sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy *gdyby przyjąć, że może on podlegać opodatkowaniu*, zysk kapitałowy z wymiany może być opodatkowany przez państwo członkowskie, któremu przysługiwało uprawnienie do jego opodatkowania w momencie operacji wymiany, podczas gdy zbycie papierów wartościowych otrzymanych przy okazji tej wymiany należy do kompetencji podatkowej innego państwa członkowskiego.

65. Z uwagi na odpowiedź udzieloną przeze mnie na pytanie pierwsze, zgodnie z którą zysk kapitałowy stwierdzony przy operacji wymiany papierów wartościowych może podlegać opodatkowaniu przy okazji późniejszego zbycia tych papierów, konieczne jest udzielenie odpowiedzi na zadane przez sąd odsyłający pytanie drugie.

66. Precyzuję, że pytanie drugie dotyczy możliwości opodatkowania – przy późniejszym zbyciu – zysku kapitałowego wynikającego z wymiany papierów wartościowych, a nie możliwości opodatkowania ewentualnego zysku kapitałowego, który mógłby wynikać z późniejszego zbycia tych papierów wartościowych³⁶.

67. Dyrektywa 90/434 wprowadza dla wymian papierów wartościowych dotyczących spółek różnych państw członkowskich różne zasady podatkowe, z punktu widzenia konkurencji neutralne, w celu umożliwienia przedsiębiorstwom zaadaptowania się do wymogów wspólnego rynku i zapobieżenia temu, żeby operacje takie były hamowane przez ograniczenia, niekorzystne warunki lub szczególnie zniekształcenia wynikające z przepisów podatkowych państw członkowskich³⁷.

68. O ile jednak dyrektywa 90/434 nie harmonizuje kryteriów rozdziału kompetencji podatkowych państw członkowskich³⁸, a w braku harmonizacji na poziomie Unii państwa członkowskie zachowują kompetencję do definiowania, umownie lub jednostronnie, kryteriów rozdziału swoich kompetencji podatkowych, w szczególności w celu wyeliminowania podwójnego opodatkowania³⁹, o tyle, jak wskazałem w pkt 59 niniejszej opinii, art. 8 ust. 2 dyrektywy 90/434 ma także na celu zabezpieczenie interesów finansowych państwa, w którym zrealizowano zysk kapitałowy z wymiany.

36 W sprawie Jacob (C-327/16) M. Jacob był rezydentem i podatnikiem we Francji w chwili wymiany papierów wartościowych zgodnie z przepisami art. 92 ust. II, art. 92B oraz art. 160 ust. I ter pkt 4 CGI. Po tej wymianie, a przed zbyciem przedmiotowych papierów wartościowych, przeniósł on swoją rezydencję podatkową. W sprawie Lassus (C-421/16) M. Lassus w 1999 r. podlegał opodatkowaniu we Francji z tytułu zysku kapitałowego z wymiany zgodnie z art. 13 ust. 4 lit. a) i b) francusko-brytyjskiej umowy w sprawie opodatkowania, pomimo że od roku 1997 mieszkał w Zjednoczonym Królestwie. Zdaniem rządu francuskiego „[z]godnie z art. 164B w związku z art. 244 bis B CGI, obowiązującym w dacie operacji wymiany papierów wartościowych w dniu 7 grudnia 1999 r., zyski kapitałowe uzyskane przy zbyciu praw dotyczących spółek z siedzibą we Francji stanowią dochody ze źródła francuskiego podlegające opodatkowaniu we Francji na zasadach przewidzianych w art. 160 CGI, nawet jeżeli beneficjent tego zysku kapitałowego będący osobą fizyczną nie miał we Francji miejsca zamieszkania do celów podatkowych [...]. Dodatkowo art. 13 ust. 4 francusko-brytyjskiej umowy w sprawie opodatkowania potwierdza taki rozdział kompetencji podatkowych pomiędzy Francją a Zjednoczonym Królestwem”. Natomiast zdaniem rządu francuskiego sama operacja zbycia papierów wartościowych otrzymanych przy wymianie, a mianowicie papierów wartościowych luksemburskiej spółki Gemplus International, nie jest objęta hipotezą przewidzianą w art. 164B i 244 bis B CGI oraz w art. 13 ust. 4 francusko-brytyjskiej umowy w sprawie opodatkowania, ponieważ zbycie to dotyczyło papierów wartościowych spółki luksemburskiej posiadanych przez osobę fizyczną mającą miejsce zamieszkania do celów podatkowych w Zjednoczonym Królestwie. Należy zauważyć, że M. Lassus podnosił przed Conseil d'État (radą państwa), że późniejsze zbycie papierów wartościowych podlegało kompetencji podatkowej rządu Zjednoczonego Królestwa, co nie zmienia faktu, że rząd francuski ma kompetencję do opodatkowywania omawianych zysków kapitałowych.

37 Zobacz motyw pierwszy dyrektywy 90/434.

38 Podobnie jak M. Jacob oraz rządy francuski i fiński uważam, że dyrektywa 90/434 nie ma na celu ustalenia zasad terytorialności podatkowej i rozdziału kompetencji podatkowych pomiędzy państwami członkowskimi.

39 Wyrok z dnia 29 listopada 2011 r., National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo).

69. W świetle mojej odpowiedzi na pytanie pierwsze, zgodnie z którą art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434 nie sprzeciwiają się mechanizmowi odroczenia opodatkowania zysku kapitałowego – stwierdzonego i rozliczonego w momencie wymiany papierów wartościowych, do której zastosowanie ma rzeczona dyrektywa⁴⁰ – aż do samego zbycia tych papierów wartościowych, uważam, że nie ma znaczenia okoliczność, iż zbycie papierów wartościowych, które były przedmiotem zamiany, wchodzi w zakres kompetencji podatkowych państwa członkowskiego innego niż to, które jest właściwe do opodatkowania zysku kapitałowego z wymiany, w tym przypadku Republiki Francuskiej.

70. Artykuł 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434 nie wyklucza bowiem możliwości wprowadzenia przez państwo członkowskie opodatkowania zysku kapitałowego z wymiany papierów wartościowych przy późniejszym ich zbyciu, chociaż, w aspekcie elementu obcego, który zaistniał pomiędzy wymianą papierów wartościowych a ich zbyciem, zbycie to może nie podlegać kompetencji podatkowej tego państwa członkowskiego.

71. Innymi słowy, kompetencja podatkowa państw członkowskich w momencie zbycia papierów wartościowych, które były przedmiotem wymiany, nie wpływa na prawo innego państwa członkowskiego, aby opodatkować zysk kapitałowy, który powstał w ramach jego kompetencji podatkowej w chwili wymiany papierów wartościowych⁴¹, i to nawet jeżeli zostały one zbyte dopiero później. Taka możliwość w żaden sposób nie wpływa na neutralność podatkową wymiany papierów wartościowych, przestrzegając przy tym interesów państwa członkowskiego, w którym został zrealizowany zysk kapitałowy z wymiany⁴².

72. W związku z powyższym uważam, że art. 8 ust. 1 i art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434⁴³ należy interpretować w ten sposób, że zysk kapitałowy z wymiany może zostać opodatkowany, przy późniejszym zbyciu, przez państwo członkowskie, które było uprawnione do opodatkowania tego zysku kapitałowego w momencie operacji wymiany, nawet wówczas, gdy późniejsze zbycie wymienionych papierów wartościowych może podlegać kompetencji podatkowej innego państwa członkowskiego.

C. W przedmiocie trzeciego pytania prejudycjalnego

73. Do odpowiedzi na trzecie pytanie zadane w sprawie Lassus (C-421/16) można przystąpić dopiero po udzieleniu odpowiedzi na dwa pierwsze pytania, to jest że dyrektywa 90/434 nie sprzeciwia się mechanizmowi odroczenia opodatkowania zysku kapitałowego uzyskanego przy okazji omawianej wymiany papierów wartościowych.

40 Mianowicie operacja transgraniczna zgodnie z art. 1 dyrektywy 90/434 lub wewnętrzna operacja, do której zgodnie z przepisami krajowymi zastosowanie ma ta dyrektywa.

41 Zobacz analogicznie wyrok z dnia 29 listopada 2011 r. National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo). Zobacz także wyrok z dnia 23 stycznia 2014 r., DMC (C-164/12, EU:C:2014:20, pkt 47).

42 Zobacz motyw czwarty dyrektywy 90/434. Dodatkowo, biorąc pod uwagę, że taka możliwość przestrzega także interesów państwa członkowskiego, w którym dokonano późniejszego zbycia wymienionych papierów wartościowych, ponieważ nie ma to wpływu na prawo tego państwa członkowskiego do opodatkowania ewentualnych zysków kapitałowych wynikających z tego zbycia, moim zdaniem zachowuje ona zrównoważony rozdział kompetencji podatkowych pomiędzy państwami członkowskimi, co jest prawnie uzasadnionym celem uznanym przez Trybunał.

43 Rządy francuski, fiński oraz szwedzki, a także Komisja twierdzą, że art. 8 dyrektywy 90/434 nie zakazuje, aby zysk kapitałowy z papierów wartościowych był opodatkowany przez państwo członkowskie zamieszkania podatnika w momencie wymiany, podczas gdy w dacie późniejszego zbycia papierów wartościowych podatnik ów przeniósł swoją rezydencję podatkową. Marc Jacob uważa, że wykładni art. 8 dyrektywy 90/434 należy dokonywać w ten sposób, iż w przypadku operacji wymiany papierów wartościowych, do której ma zastosowanie dyrektywa, jedyne zdarzenie podatkowe ma miejsce w dniu zbycia papierów wartościowych otrzymanych przy wymianie. Uważa on zatem, że zasady terytorialności podatkowej należy oceniać w tej dacie w zależności od wewnętrznych przepisów prawa państw członkowskich oraz ewentualnie zawartych przez nie umów w sprawie opodatkowania.

74. W tym pytaniu sąd odsyłający co do zasady zastanawia się, czy dyrektywa 90/434 lub art. 49 TFUE sprzeciwiają się temu, aby państwo członkowskie, w którym zysk kapitałowy z wymiany został objęty odroczeniem opodatkowania, dokonało opodatkowania tego zysku bez uwzględnienia straty wynikającej z późniejszego zbycia papierów wartościowych otrzymanych przy wymianie, skoro operacja zbycia papierów wartościowych nie jest objęta kompetencją podatkową tego państwa członkowskiego.

75. Marc Lassus podniósł przed sądem odsyłającym, iż zgodnie z art. 160 ust. I akapit czwarty CGI, który stanowi, że straty poniesione w trakcie roku można odliczyć od zysków kapitałowych tego samego rodzaju uzyskanych w tym samym roku lub w ciągu następnych pięciu lat, podatnik mający rezydencję podatkową we Francji w chwili operacji wymiany i w chwili operacji zbycia papierów wartościowych może skorzystać z odliczenia straty ze zbycia.

76. Stwierdzam, iż niezależnie od faktu, że w odpowiedzi na wniosek Trybunału o udzielenie wyjaśnień sąd odsyłający potwierdził, że art. 92B i art. 160 CGI miały „zastosowanie *na tych samych warunkach* do operacji wymiany akcji niezależnie od tego, czy miały one miejsce pomiędzy spółkami francuskimi, pomiędzy spółkami różnych państw członkowskich lub krajów trzecich”⁴⁴, to we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym sąd ów wskazał, że w ocenie M. Lassusa francuska administracja podatkowa odmówiła odliczenia straty ze zbycia, którą poniósł on w 2002 r., od zysku kapitałowego objętego odroczeniem w 1999 r., to jest w terminie krótszym niż pięć lat, jak to stanowi art. 160 ust. I akapit czwarty CGI, na tej podstawie, że stał temu na przeszkodzie rozdział kompetencji podatkowych pomiędzy Francją i Zjednoczonym Królestwem.

77. Rząd francuski uważa bowiem, że w wyroku z dnia 29 listopada 2011 r., National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 56), Trybunał przyjął już, że nieuwzględnienie przez państwo członkowskie, z którego pochodzi spółka, strat, które poniosła ona po przeniesieniu siedziby jej faktycznego zarządu, nie może być traktowane jako nieproporcjonalne w świetle celu omawianego przepisu, którym jest zrównoważony rozdział kompetencji podatkowej pomiędzy państwami członkowskimi⁴⁵.

78. Jeśli chodzi o dyrektywę 90/434, poza faktem, że nie harmonizuje ona rozdziału kompetencji podatkowej państw członkowskich, a jej art. 8 ust. 2 akapit drugi nie zawiera żadnego przepisu dotyczącego zasad ewentualnego opodatkowania wymienionych papierów wartościowych przy ich późniejszym zbyciu, dyrektywa ta nie reguluje prawa ani obowiązku odliczenia ewentualnych strat wynikających z późniejszego zbycia wymienionych papierów wartościowych.

79. Wobec tego braku harmonizacji należy zbadać ową kwestię w świetle art. 49 TFUE.

44 Wyróżnienie własne.

45 Rząd austriacki uważa, że „brak uwzględnienia strat nie jest niezgodny ze swobodą przedsiębiorczości, ponieważ do państw członkowskich należy ostatecznie zdefiniowane kwoty podatku od nieuzyskanego zysku kapitałowego – bez uwzględniania ewentualnych strat lub zysków kapitałowych, które powstaną w późniejszym czasie – w momencie, gdy kończy się kompetencja podatkowa państwa członkowskiego w zakresie danych składników aktywów”. Rząd szwedzki uważa, że „racjonalnie państwo członkowskie nie może mieć obowiązku uwzględniania strat w takiej formie, jak ma to miejsce na etapie ostatecznej sprzedaży papierów wartościowych, to jest gdy już nie ma kompetencji podatkowej. W związku z powyższym nie sposób uznać, że okoliczność nieuwzględnienia straty w chwili takiego ostatecznego zbycia stanowi przeszkodę dla swobody przedsiębiorczości. Jeżeli Trybunał byłby odmiennego zdania, takie ograniczenie może w każdym razie być uzasadnione w świetle zrównoważonego rozdziału kompetencji podatkowej pomiędzy państwami członkowskimi, a zatem jest uzasadnione nadrzędnymi względami interesu publicznego i zgodne z zasadą proporcjonalności”. Rząd fiński uważa, że „państwo członkowskie nie ma obowiązku uwzględniania takiej straty przy opodatkowywaniu zysku kapitałowego zrealizowanego przy wymianie papierów wartościowych. *Po pierwsze*, jeśli chodzi o dyrektywę 90/434, wystarczy powtórzyć, że w żaden sposób nie reguluje ona kwestii rozdziału między państwami członkowskimi kompetencji podatkowej dotyczącego wymiany papierów wartościowych. Zatem dyrektywa nie reguluje także prawa do odliczenia strat, które również wchodzi w zakres zagadnienia rozdziału kompetencji podatkowej. A zatem z dyrektywy nie wynika żadne ograniczenie w tym zakresie dla ustawodawstwa podatkowego państw członkowskich. *Po drugie*, art. 49 TFUE nie wymaga także uwzględnienia straty wynikającej ze zbycia papierów wartościowych otrzymanych z wymiany”.

80. Z akt postępowania toczącego się przed Trybunałem wynika, że zgodnie z uwagami Komisji⁴⁶ wdrożenie przepisów francuskich⁴⁷ oraz umowy francusko-brytyjskiej w sprawie opodatkowania pociąga za sobą zróżnicowane traktowanie porównywalnych operacji podlegających opodatkowaniu, w zależności od tego, czy podatnik korzystał czy też nie korzystał ze swobody przedsiębiorczości w innym państwie członkowskim⁴⁸, co stanowi ograniczenie swobody przedsiębiorczości w rozumieniu art. 49 TFUE⁴⁹.

81. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że ograniczenie swobody przedsiębiorczości może być dopuszczalne jedynie wtedy, gdy jest uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego. Powinno ono ponadto w takiej sytuacji być odpowiednie dla zagwarantowania realizacji określonego celu i nie powinno wykroczać poza to, co jest niezbędne dla jego osiągnięcia⁵⁰.

82. Pod tym względem rząd francuski uważa, że zasady opodatkowania zysku kapitałowego z wymiany papierów wartościowych, które nie uwzględniają straty poniesionej ewentualnie przy późniejszym zbyciu wymienionych papierów wartościowych wówczas, gdy zbycie to nie podlega jego kompetencji podatkowej, uzasadnione są celem zrównoważonego rozdziału kompetencji podatkowych między państwami członkowskimi⁵¹.

83. Komisja jest zdania, że [Republika Francuska] „ma obowiązek uwzględnienia straty ze zbycia dotyczącej papierów wartościowych, których zamiana miała miejsce w 1999 r., *ponieważ w tamtym momencie posiadała ona kompetencję podatkową* [...]. W związku z powyższym, z chwilą gdy na podstawie przepisów dokonujących transpozycji dyrektywy [90/434], która oferuje możliwość odroczenia opodatkowania zysku kapitałowego z wymiany, [Republika Francuska] postanowiła traktować w taki sam sposób akcjonariuszy rezydentów i akcjonariuszy nierezydentów, nie mogła ona powoływać się na postanowienia umowne o rozdziale kompetencji podatkowych pomiędzy państwami członkowskimi w celu odmówienia podatnikowi, który korzystał ze swobody przedsiębiorczości w innym państwie członkowskim, możliwości odliczenia odpowiadającej straty ze zbycia, jeżeli przyznawałaby taki przywilej podatnikowi będącemu rezydentem. Jeśli bowiem chodzi zarówno o wcześniej odroczone opodatkowanie, jak i o stratę odpowiadającą akcjom objętym odroczeniem opodatkowania, można mówić wyłącznie o kompetencji podatkowej jednego państwa członkowskiego, a mianowicie [Republiki Francuskiej]”⁵².

84. Zachowanie rozdziału kompetencji podatkowej pomiędzy państwami członkowskimi jest prawnie uzasadnionym celem uznanym przez Trybunał⁵³.

46 Zdaniem Komisji „wydaje się, że zbywca, który nie korzysta ze swobody przedsiębiorczości, może korzystać z całkowitego potrącenia zysku kapitałowego z wymiany pierwotnie objętego odroczeniem opodatkowania poprzez odliczenie odpowiadającej mu straty ze zbycia. Natomiast jeżeli korzysta ze swobody przedsiębiorczości w Zjednoczonym Królestwie, jak zrobił to podatnik w sprawie [Lassus (C-421/16)], uwzględnienie straty ze zbycia okazuje się znacznie bardziej ograniczone z powodu zastosowania obliczeń opartych na zasadach, które w kontekście czysto krajowym nie zostałyby wdrożone”.

47 Mianowicie art. 160 ust. I akapit czwarty CGI. Takie zróżnicowane traktowanie porównywalnych operacji podlegających opodatkowaniu nie wynika z treści omawianych przepisów.

48 Wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., Komisja/Portugalia (C-503/14, EU:C:2016:979, pkt 46 i przytoczone tam orzecznictwo).

49 Rząd francuski „*nie kwestionuje*, że takie zasady opodatkowania zysku kapitałowego z wymiany papierów wartościowych sprowadzają się do tego, że różnie traktuje się operacje wymiany papierów wartościowych przeprowadzone przez nierezydentów lub przez rezydentów kraju, którzy stali się nierezydentami w momencie zbycia wymienionych papierów wartościowych, w stosunku do operacji wymiany przeprowadzonej przez rezydentów kraju, dla których strata poniesiona ewentualnie przy późniejszym zbyciu wymienionych papierów wartościowych zostałaby odliczona od zysku kapitałowego z wymiany w celu obliczenia należnego podatku”. Wyróżnienie własne.

50 Wyrok z dnia 29 listopada 2011 r., National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 42 i przytoczone tam orzecznictwo).

51 Zdaniem rządu francuskiego zasady opodatkowania zysku kapitałowego z wymiany papierów wartościowych zdefiniowane są zgodnie z art. 13 ust. 4 francusko-brytyjskiej umowy w sprawie opodatkowania. Natomiast późniejsza strata wynikająca w odpowiednim przypadku ze zbycia papierów wartościowych otrzymanych z wymiany należy nie do kompetencji podatkowej rządu francuskiego, lecz do kompetencji podatkowej Zjednoczonego Królestwa. Ponadto rząd francuski uważa, że zasady opodatkowania zysku kapitałowego z wymiany omawianych papierów wartościowych nie wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia celu, do którego zmierzają.

52 Wyróżnienie własne.

53 Ponadto, jak wskazano w pkt 68 niniejszej opinii, z utrwalonego orzecznictwa wynika, że wobec braku przepisów ujednolicających lub harmonizujących na poziomie Unii państwa członkowskie zachowują uprawnienia do określania, w drodze umów lub w sposób jednostronny, kryteriów rozdziału przysługujących im kompetencji podatkowych, w szczególności w celu unikania podwójnego opodatkowania (wyrok z dnia 29 listopada 2011 r., National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 46).

85. W pkt 46 wyroku z dnia 29 listopada 2011 r., *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), Trybunał orzekł bowiem, że zgodnie z zasadą terytorialności podatkowej państwo członkowskie jest – w przypadku przeniesienia aktywów do stałego zakładu znajdującego się w innym państwie członkowskim – uprawnione do opodatkowania, w chwili tego przeniesienia, zysków kapitałowych uzyskanych na swoim terytorium przed przeniesieniem. Środek taki służy zapobieganiu sytuacjom, które mogłyby zagrażać prawu państwa członkowskiego pochodzenia do wykonywania przysługującej mu kompetencji podatkowej w związku z działalnością prowadzoną na jego terytorium.

86. Wynika z tego, że w przypadku przeniesienia do innego państwa członkowskiego dane państwo członkowskie nie musi zrzekać się swego prawa do opodatkowania zysków powstałych w ramach jego kompetencji podatkowej przed rzeczonym przeniesieniem ich poza swoje terytorium⁵⁴.

87. W pkt 58 wyroku z dnia 21 grudnia 2016 r., *Komisja/Portugalia* (C-503/14, EU:C:2016:979), Trybunał przypomniał, cytując pkt 52 wyroku z dnia 29 listopada 2011 r., *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), że przepisy państwa członkowskiego nakazujące *natychmiastowy pobór* podatku od niezrealizowanych zysków kapitałowych związanych ze składnikami majątkowymi spółki przenoszącej siedzibę faktycznego zarządu do innego państwa członkowskiego dokładnie w chwili rzeczzonego przeniesienia są nieproporcjonalne, ponieważ istnieją inne środki, które naruszają swobodę przedsiębiorczości w mniejszym stopniu niż natychmiastowy pobór tego podatku. Jednakże dyskusja ta nie dotyczyła odroczenia opodatkowania, ale odroczenia poboru⁵⁵.

88. W wyroku z dnia 21 maja 2015 r., *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331, pkt 48), Trybunał orzekł, że jest proporcjonalne – w odniesieniu do państwa członkowskiego w celu zachowania jego kompetencji podatkowej – ustalenie kwoty podatku należnego z tytułu niezrealizowanych zysków kapitałowych powstałych na jego terytorium, związanych ze składnikami majątkowymi przeniesionymi poza jego terytorium, w chwili gdy uprawnienie w zakresie opodatkowania względem danych składników majątkowych przestaje istnieć, w niniejszym przypadku w chwili, gdy rzeczony składniki majątkowe zostają przeniesione poza terytorium tego państwa członkowskiego. Jeśli chodzi o pobór takiego podatku, Trybunał dodał w pkt 49 owego wyroku, że podatnikowi powinien przysługiwać wybór pomiędzy natychmiastową zapłatą kwoty podatku a odroczeniem zapłaty rzeczzonego podatku, stosownie do okoliczności, wraz z odsetkami zgodnie z odpowiednimi przepisami krajowymi⁵⁶.

89. Dodatkowo Trybunał orzekł, że ewentualne nieuwzględnienie strat przez przyjmujące państwo członkowskie nie nakłada na państwo członkowskie pochodzenia żadnego obowiązku ponownej wyceny, w chwili realizacji danych składników majątkowych, długu podatkowego, który został ostatecznie ustalony w chwili, gdy zainteresowana spółka ze względu na przeniesienie siedziby jej faktycznego zarządu przestała być podatnikiem w tym ostatnim państwie członkowskim⁵⁷.

54 Wyrok z dnia 21 maja 2015 r., *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331, pkt 44).

55 Zobacz pkt 6 niniejszej opinii.

56 Wyrok z dnia 21 maja 2015 r., *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331, pkt 48, 49 i przytoczone tam orzecznictwo). Wynika z tego, że *opodatkowanie zysku kapitałowego nie zostało odroczone na późniejszy termin*. W sprawie, w której wydano ten wyrok, podatek od przedmiotowych niezrealizowanych zysków kapitałowych został ustalony w chwili przeniesienia, a pobór *podatku został odroczone na 10 lat*.

57 Wyrok z dnia 29 listopada 2011 r., *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, pkt 61). Zobacz także wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., *Komisja/Portugalia* (C-503/14, EU:C:2016:979, pkt 55). Jeśli chodzi o przeniesienia siedziby zarządu trustu zob. analogicznie wyrok z dnia 14 września 2017 r., *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements* (C-646/15, EU:C:2017:682, pkt 58), i opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie *Trustees of the P Panayi Accumulation & Maintenance Settlements* (C-646/15, EU:C:2016:1000, pkt 61–65). W pkt 58 wyroku z dnia 29 listopada 2011 r., *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), Trybunał orzekł, że „[j]eśli zatem w sytuacji takiej jak będąca przedmiotem postępowania [w tej sprawie] zyski spółki, która przeniosła siedzibę faktycznego zarządu, zostaną opodatkowane po rzeczonym przeniesieniu dopiero w przyjmującym państwie członkowskim zgodnie z zasadą terytorialności podatkowej związanej z czynnikiem czasowym, z uwagi na ww. powiązanie między majątkiem spółki a jej zyskami podlegającymi opodatkowaniu, a zatem z przyczyn związanych z równowagą między prawem do opodatkowania zysków a uprawnieniem do odliczenia strat, również to ostatnie państwo członkowskie powinno w swoim systemie podatkowym uwzględniać zmiany wartości majątku danej spółki, jakie nastąpiły od daty, w której państwo członkowskie pochodzenia utraciło wszelkie powiązanie podatkowe z rzeczoną spółką”.

90. Uważam, że w przeciwieństwie do sprawy, w której wydano wyrok z dnia 29 listopada 2011 r., *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), gdzie państwo członkowskie pochodzenia wykonało całkowicie (z zastrzeżeniem ewentualnego odroczenia poboru) swoje prawo do opodatkowania niezrealizowanych zysków kapitałowych powstałych na jego terytorium w *momencie tego przeniesienia*⁵⁸, państwo członkowskie pochodzenia w sprawie Lassus (C-421/16), a mianowicie Republika Francuska, która na podstawie art. 8 ust. 1 dyrektywy 90/434 nie miała żadnego prawa do opodatkowania zysków kapitałowych wynikających z operacji wymiany papierów wartościowych w 1999 r. w chwili tej wymiany, wdrożyła, zgodnie z art. 8 ust. 2 akapit drugi tej dyrektywy, mechanizm odroczenia – aż do późniejszego zbycia papierów wartościowych – opodatkowania zysku kapitałowego wynikającego z wymiany papierów. Należy także przypomnieć, że z akt sprawy głównej złożonych w sekretariacie Trybunału wynika, że zasady opodatkowania zysku kapitałowego z wymiany, jak na przykład stawka podatku, określane są w dacie późniejszego zbycia wymienionych papierów wartościowych, a podatek do zapłacenia ustalany jest dopiero w tej dacie.

91. W związku z powyższym, postępując w ten sposób, rząd francuski wykonuje swoje kompetencje podatkowe w chwili późniejszego zbycia⁵⁹ wymienionych papierów wartościowych⁶⁰, i to pomimo że ewentualne opodatkowanie zysku kapitałowego wynikającego z późniejszego zbycia wymienionych papierów wartościowych nie podlega jego kompetencji podatkowej.

92. Wynika z tego, że w przeciwieństwie do okoliczności w sprawach, w których wydano wyroki z dnia 29 listopada 2011 r., *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785), z dnia 21 maja 2015 r., *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331), oraz z dnia 21 grudnia 2016 r., *Komisja/Portugalia* (C-503/14, EU:C:2016:979), w sprawie Lassus (C-421/16) państwo członkowskie pochodzenia, a mianowicie Republika Francuska, wykonywało swoje kompetencje podatkowe w momencie zrealizowania zysków kapitałowych⁶¹ w 2002 r.

93. Uważam, że w tych okolicznościach zachowanie rozdziału kompetencji podatkowych nie uzasadnia zróżnicowanego traktowania podatników rezydentów i podatników nierezydentów, ponieważ można tu mówić jedynie o kompetencjach podatkowych rządu francuskiego.

94. W związku z powyższym państwo członkowskie pochodzenia nie powinno odmawiać podatnikowi, który korzystał z przysługującej mu swobody przedsiębiorczości w innym państwie członkowskim, uprawnienia do odliczenia straty poniesionej pod rządami prawa krajowego⁶², skoro uprawnienie takie przysługuje podatnikowi rezydentowi.

95. Na trzecie pytanie zadane przez sąd odsyłający w sprawie Lassus (C-421/16) należy odpowiedzieć, że art. 49 TFUE sprzeciwia się temu, aby państwo członkowskie, w którym zysk kapitałowy z wymiany został objęty odroczeniem opodatkowania zgodnie z art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434, opodatkowywało ów zysk kapitałowy w momencie późniejszego zbycia wymienionych papierów wartościowych, bez uwzględnienia strat powstałych po wymianie, jeżeli podatnikowi będącemu rezydentem przysługiwałoby takie uprawnienie. Okoliczność, że późniejsze zbycie wymienionych papierów wartościowych nie podlega kompetencji podatkowej tego państwa członkowskiego, nie uzasadnia takiego dyskryminującego traktowania.

58 Zobacz także analogicznie wyroki: z dnia 21 maja 2015 r., *Verder LabTec* (C-657/13, EU:C:2015:331); a także z dnia 21 grudnia 2016 r., *Komisja/Portugalia* (C-503/14, EU:C:2016:979).

59 Należy przypomnieć, że z akt postępowań głównych złożonych w sekretariacie Trybunału zdaje się wynikać, iż zasady opodatkowania zysku kapitałowego z wymiany, jak na przykład stawka opodatkowania, określane są w dacie późniejszego zbycia wymienionych papierów wartościowych.

60 W tym względzie należy przypomnieć, jak wskazano w przypisie 36 do niniejszej opinii, że M. Lassus podlegał opodatkowaniu we Francji z tytułu zysku kapitałowego uzyskanego w 1999 r. zgodnie z art. 13 ust. 4 lit. a) i b) francusko-brytyjskiej umowy w sprawie opodatkowania, nawet jeżeli od roku 1997 zamieszkiwał w Zjednoczonym Królestwie.

61 Przypominam, że straty zostały poniesione w ciągu pięciu lat od wymiany omawianych papierów wartościowych.

62 W omawianym przypadku art. 160 ust. 1 akapit czwarty CGI. Stwierdzam, że przepis ten ustala maksymalny termin pięcioletni. W mojej ocenie, jeżeli zbycie papierów wartościowych objętych wymianą następuje później niż pięć lat po operacji wymiany, nie należy uwzględniać straty ze zbycia. Stosowanie art. 49 TFUE wymaga równego traktowania jedynie dla operacji porównywalnych.

D. W przedmiocie czwartego pytania prejudycjalnego

96. W czwartym pytaniu w sprawie Lassus (C-421/16), zadany na wypadek, gdyby odpowiedź na pytanie trzecie była taka, że należy uwzględnić stratę ze zbycia, sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy państwo członkowskie pochodzenia powinno odliczyć od zysku kapitałowego stwierdzonego przy operacji wymiany papierów wartościowych stratę ze zbycia rzeczonych papierów wartościowych lub czy powinno odstąpić od opodatkowywania rozpatrywanego zysku kapitałowego, skoro samo zbycie nie podlega jego kompetencji podatkowej.

97. Z moich odpowiedzi udzielonych na pytania od pierwszego do trzeciego wynika, że skoro art. 8 dyrektywy 90/434 nie przewiduje definitywnego zwolnienia zysku kapitałowego stwierdzonego przy operacji wymiany papierów wartościowych zgodnie z tą dyrektywą, państwo członkowskie pochodzenia ma prawo do ustanowienia mechanizmu odroczenia opodatkowania zysku kapitałowego z wymiany aż do późniejszego zbycia rzeczonych papierów wartościowych, i to pomimo tego, że zbycie nie podlega jego kompetencji podatkowej. Uważam, zgodnie z uwagami rządu francuskiego, że okoliczność, iż zbycie wymienionych papierów wartościowych skutkuje stratą, nie podważa kompetencji podatkowych państwa członkowskiego pochodzenia.

98. Jednakże jeżeli prawo krajowe przewiduje mechanizm odroczenia opodatkowania zysku kapitałowego stwierdzonego przy operacji wymiany papierów wartościowych, do czego zastosowanie ma dyrektywa 90/434, aż do ich późniejszego zbycia, i przyznaje podatnikom będącym rezydentami prawo do uwzględnienia straty, która wystąpiła po wymianie papierów wartościowych, to zgodnie z art. 49 TFUE państwo członkowskie pochodzenia musi przyznać podobne uprawnienie podatnikom niebędącym rezydentami. Obowiązek ów nie nakłada na państwo członkowskie pochodzenia obowiązku odstąpienia od opodatkowania zysku kapitałowego z wymiany, gdyby późniejsze zbycie wymienionych papierów wartościowych nie podlegało kompetencji podatkowej tego państwa.

E. W przedmiocie piątego pytania prejudycjalnego

99. W piątym pytaniu w sprawie Lassus (C-421/16), zadany na wypadek, gdyby odpowiedź na pytania trzecie i czwarte była taka, że od zysku kapitałowego z wymiany należy odliczyć stratę ze zbycia, sąd odsyłający co do zasady zapytuje o zasady takiego odliczenia.

100. Uważam, zgodnie z uwagami rządu francuskiego⁶³ i Komisji⁶⁴, że ani dyrektywa 90/434, ani inne przepisy prawa Unii nie precyzują zasad rozpatrywanego opodatkowania.

101. W związku z powyższym zasady dotyczące ewentualnego odliczenia straty powstałej przy późniejszym zbyciu papierów wartościowych podlegają prawu krajowemu państwa członkowskiego pochodzenia przy poszanowaniu prawa Unii, a w szczególności art. 49 TFUE dotyczącego swobody przedsiębiorczości.

⁶³ Rząd francuski uważa, że Trybunał nie jest właściwy do udzielenia odpowiedzi na to pytanie, ponieważ prawo Unii, pierwotne i wtórne, nie precyzuje tych zasad. Uważa on, że jeżeli w omawianym przypadku państwo członkowskie ma obowiązek uwzględnienia, przy opodatkowywaniu zysku kapitałowego z wymiany, ewentualnej straty ze zbycia wymienionych papierów wartościowych, może ono uwzględniać tylko stratę odpowiadającą tym papierom wartościowym. Ponadto w ocenie rządu francuskiego, żeby obliczyć wysokość straty, należy przyjąć jako cenę nabycia wartość tych papierów wartościowych w chwili operacji wymiany.

⁶⁴ Komisja podnosi, że dyrektywa 90/434 nie przewiduje zasad obliczania zysku kapitałowego z wymiany ani systemu, który miałby zastosowanie do ewentualnych strat ze zbycia.

VIII. Wnioski

102. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pytania prejudycjalne zadane przez Conseil d'État (radę państwa, Francja) Trybunał udzielił następujących odpowiedzi:

- 1) Artykuł 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 akapit drugi 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, nie sprzeciwiają się mechanizmowi odroczenia opodatkowania zysku kapitałowego stwierdzonego w momencie operacji wymiany papierów wartościowych objętej zakresem zastosowania rzeczonyj dyrektywy aż do późniejszego zbycia tych papierów wartościowych.
- 2) Artykuł 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434 należy interpretować w ten sposób, że zysk kapitałowy z wymiany papierów wartościowych może zostać opodatkowany, przy ich późniejszym zbyciu, przez państwo członkowskie, które było uprawnione do opodatkowania tego zysku kapitałowego w momencie operacji wymiany, nawet wówczas, gdy późniejsze zbycie wymienionych papierów wartościowych może podlegać kompetencji podatkowej innego państwa członkowskiego.
- 3) Artykuł 49 TFUE sprzeciwia się temu, aby państwo członkowskie, w którym odroczone, zgodnie z art. 8 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 90/434, opodatkowało ów zysk kapitałowy przy tym zbyciu bez uwzględnienia strat powstałych po wymianie, jeżeli takie uprawnienie zostało przyznane podatnikowi będącemu rezydentem. Okoliczność, że późniejsze zbycie wymienionych papierów wartościowych nie podlega kompetencji podatkowej tego państwa członkowskiego, nie uzasadnia tego dyskryminującego traktowania.
- 4) Jeżeli prawo krajowe przewiduje mechanizm odroczenia opodatkowania zysku kapitałowego stwierdzonego w momencie operacji wymiany papierów wartościowych objętej zakresem stosowania dyrektywy 90/434 aż do późniejszego zbycia tych papierów wartościowych, a prawo to przewiduje uwzględnienie strat powstałej po wymianie papierów wartościowych dla podatników będących rezydentami, państwo członkowskie pochodzenia powinno, zgodnie z art. 49 TFUE, przyznać takie same uprawnienia podatnikom niebędącym rezydentami. Obowiązek ów nie wymaga od państwa członkowskiego pochodzenia odstąpienia od opodatkowania zysku kapitałowego z wymiany, gdyby późniejsze zbycie wymienionych papierów wartościowych nie podlegało jego kompetencji podatkowej.
- 5) Zasady dotyczące ewentualnego odliczenia strat powstałej w momencie późniejszego zbycia papierów wartościowych podlegają prawu krajowemu państwa członkowskiego pochodzenia przy poszanowaniu prawa Unii, w szczególności art. 49 TFUE.