Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

22. marts 2018*

»Præjudiciel forelæggelse – direkte beskatning – etableringsfrihed – fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater – direktiv 90/434/EØF – artikel 8 – aktie- eller anpartsombytningstransaktion – kapitalgevinst ved denne transaktion – udskudt beskatning – kapitaltab ved den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer – bopælsstatens beskatningskompetence – forskelsbehandling – begrundelse – opretholdelse af fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne«

I de forenede sager C-327/16 og C-421/16,

angående to anmodninger om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Frankrig) ved afgørelser af 31. maj 2016 og 19. juli 2016, indgået til Domstolen henholdsvis den 10. juni 2016 og den 28. juli 2016, i sagerne

**Marc Jacob**

mod

**Ministre des Finances et des Comptes publics** (sag C-327/16),

og

**Ministre des Finances et des Comptes publics**

mod

**Marc Lassus** (sag C-421/16),

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, R. Silva de Lapuerta, Domstolens præsident, K. Lenaerts, som fungerende dommer i Første Afdeling, og dommerne C.G. Fernlund (refererende dommer), A. Arabadjiev og E. Regan,

generaladvokat: M. Wathelet,

justitssekretær: fuldmægtig V. Giacobbo-Peyronnel,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 13. september 2017,

* Processprog: fransk.

efter at der er afgivet indlæg af:

– Marc Jacob ved avocats E. Ginter og J. Bellet,

– den franske regering ved D. Colas, E. de Moustier og S. Ghiandoni, som befuldmægtigede,

– den østrigske regering ved G. Eberhard, som befuldmægtiget,

– den finske regering ved J. Heliskoski, som befuldmægtiget,

– den svenske regering ved A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren, H. Shev og F. Bergius, som befuldmægtigede,

– Europa-Kommissionen ved N. Gossement og W. Roels, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 15. november 2017,

afsagt følgende

## Dom

1 Anmodningerne om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 8 i Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater (EFT 1990, L 225, s. 1), som ændret ved akt vedrørende vilkårene for Kongeriget Norges, Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse (EFT 1994, C 241, s. 21), tilpasset ved Rådets afgørelse 95/1/EF, Euratom, EKSF af 1. januar 1995 (EFT 1995, L 1, s. 1) (herefter »fusionsdirektivet«) og artikel 49 TEUF.

2 Anmodningerne er blevet indgivet i forbindelse med tvister mellem Marc Jacob og ministre des Finances et des Comptes publics (herefter »skattemyndigheden«) og mellem skattemyndigheden og Marc Lassus vedrørende skattemyndighedens afgørelser om beskatning af kapitalgevinster opnået ved en aktie- eller anpartsombytningstransaktion i forbindelse med den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer.

### Retsforskrifter

#### *EU-retten*

3 Følgende fremgår af første, fjerde og ottende betragtning til fusionsdirektivet:

»Transaktioner som fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater kan være nødvendige for, at der i Fællesskabet kan skabes vilkår, der svarer til vilkårene i et indre marked, og for dermed at sikre, at det fælles marked etableres og fungerer tilfredsstillende; disse transaktioner må ikke hindres af særlige begrænsninger, ulemper eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes skatteregler; der bør derfor for disse transaktioner indføres konkurrencemæssigt neutrale skatteregler, således at virksomhederne kan tilpasse sig vilkårene i det fælles marked, øge deres produktivitet og styrke deres konkurrencemæssige stilling internationalt.

[…]

[D]en fælles beskatningsordning bør sikre, at en fusion, en spaltning, en tilførsel af aktiver eller en ombytning af aktier ikke beskattes, men skal samtidig tilgodese de finansielle interesser i den stat, hvor det indskydende eller det erhvervede selskab er hjemmehørende.

[…]

[A]t selskabsdeltagere i det indskydende selskab tildeles kapitalandele i det modtagende eller erhvervende selskab, må ikke i sig selv føre til nogen form for beskatning af disse selskabsdeltagere.«

4 Det følger af direktivets artikel 1, at »[d]en enkelte medlemsstat anvender dette direktiv på fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier, som vedrører selskaber i to eller flere medlemsstater«.

5 Fusionsdirektivets artikel 2 bestemmer:

»I dette direktiv forstås ved:

[…]

d) ombytning af aktier, den transaktion, hvorved et selskab erhverver en andel i et andet selskabs aktiekapital med den virkning, at det opnår flertallet af stemmerne i dette selskab, ved til gengæld for værdipapirer tilhørende selskabsdeltagerne i det andet selskab at tildele dem aktier eller anparter i det første selskab og eventuelt en kontant udligningssum på højst 10% af den pålydende værdi, eller, når der ikke eksisterer en pålydende værdi, af den bogførte værdi af de værdipapirer, som udleveres til gengæld herfor

[…]

g) et erhvervet selskab, det selskab, i hvilket et andet selskab erhverver en andel ved ombytning af aktier eller anparter

h) et erhvervende selskab, det selskab, som erhverver en andel ved ombytning af aktier eller anparter

[…]«

6 Fusionsdirektivets artikel 3 bestemmer:

»Ved udtrykket »selskab i en medlemsstat« forstås i dette direktiv ethvert selskab:

a) der antager en af de former, der er anført i bilaget

b) som ifølge skattelovgivningen i en medlemsstat anses for at være hjemmehørende i denne stat i skatteretlig forstand, og som i henhold til en overenskomst om dobbeltbeskatning med et tredjeland ikke anses for at være hjemmehørende uden for Fællesskabet

c) som desuden uden valgmulighed og uden fritagelse er omfattet af en af følgende former for skat:

[…]

– impôt sur les sociétés i Frankrig

[…]

– impôt sur le revenu des collectivités i Luxembourg

[…]

eller enhver anden form for skat, der træder i stedet for en af de her nævnte former.«

7 Fusionsdirektivets artikel 8, stk. 1 og 2, har følgende ordlyd:

»1. Ved fusion, spaltning eller ombytning af aktier må selve tildelingen af aktier eller anparter i det modtagende eller erhvervende selskab til en selskabsdeltager i den indskydende eller erhvervede selskab til gengæld for aktier eller anparter i sidstnævnte ikke medføre nogen beskatning af denne selskabsdeltagers indtægt, fortjeneste eller kapitalvinding.

2. Medlemsstaterne gør anvendelsen af stk. 1 betinget af, at selskabsdeltageren ikke tillægger de modtagne aktier eller anparter en højere skattemæssig værdi end den, de ombyttede aktier eller anparter havde umiddelbart inden fusionen, spaltningen eller ombytningen af aktier.

Anvendelsen af stk. 1 er ikke til hinder for, at medlemsstaterne kan beskatte en fortjeneste som følge af senere afhændelse af de modtagne værdipapirer på samme måde som en fortjeneste ved afhændelse af de aktier og anparter, der fandtes inden erhvervelsen.

[…]«

***Overenskomster***

8 Artikel 18 i overenskomsten mellem Frankrig og Belgien, undertegnet i Bruxelles den 10. marts 1964, om undgåelse af dobbeltbeskatning og om fastsættelse af regler for gensidig administrativ og juridisk bistand vedrørende indkomstbeskatning fastsætter:

»Medmindre andet følger af de foregående bestemmelser i denne overenskomst, er hver af de kontraherende staters statsborgeres indtægt kun skattepligtig i denne stat.«

9 Artikel 13, stk. 3 og 4, i overenskomsten mellem Den Franske Republiks regering og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirlands regering, undertegnet i London den 22. maj 1968, om undgåelse af dobbeltbeskatning og forhindring af skatteunddragelse for så vidt angår indkomst- og formueskatter (herefter »den fransk-britiske beskatningsoverenskomst«) har følgende ordlyd:

»3. Fortjeneste ved afhændelse af andre aktiver end de i denne artikels stk. 1 og 2 omhandlede kan kun beskattes i den stat, hvor afhænderen er hjemmehørende.

4. Uanset bestemmelserne i stk. 3 beskattes fortjeneste, som en fysisk person, der er hjemmehørende i en kontraherende stat, opnår ved afhændelse af over 25% af de kapitalandele, som vedkommende alene eller sammen med nærtstående personer ejer direkte eller indirekte i et selskab, der er hjemmehørende i den anden kontraherende stat, i denne anden stat. Bestemmelserne i dette stykke finder kun anvendelse, hvis:

*a)* den fysiske person er statsborger i den anden kontraherende stat uden samtidig at være statsborger i den første kontraherende stat, og

*b)* den fysiske person har været hjemmehørende i den anden kontraherende stat i en hvilken som helst periode i løbet af de fem år, der går umiddelbart forud for afhændelsen af kapitalandelene.

Bestemmelserne i dette stykke finder også anvendelse på fortjeneste ved afhændelse af andre selskabsrettigheder i dette selskab, som med henblik på beskatning af kapitalvinding ifølge lovgivningen i denne anden kontraherende stat underlægges den samme ordning som fortjeneste ved afhændelse af andele.«

### *Fransk ret*

10 Artikel 92 B, stk. II, nr. 1), i code général des impôts (lov om skatter og afgifter, herefter »CGI«) i den affattelse, der fandt anvendelse på kapitalgevinster, der var henført til udskudt beskatning før den 1. januar 2000, har følgende ordlyd:

»Fra den 1. januar 1992 eller den 1. januar 1991 for så vidt angår tilførsel af værdipapirer til et selskabsskattepligtigt selskab kan beskatningen af kapitalgevinster, der er realiseret i tilfælde af ombytning af værdipapirer som følge af offentligt udbud, fusion, spaltning, en i medfør af gældende lovgivning gennemført absorption af en investeringsforening i et investeringsselskab med variabel kapital eller en tilførsel af værdipapirer til et selskabsskattepligtigt selskab, udskydes til tidspunktet for afhændelsen eller tilbagekøbet af de værdipapirer, der blev modtaget ved ombytningen […]«

11 CGI's artikel 160, stk. I og Ib, bestemte følgende i den affattelse, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen:

»I. […] Beskatningen af den herved realiserede kapitalgevinst er kun betinget af, at den ret til andel i selskabets overskud, som afhænderen eller dennes ægtefælle samt deres slægtninge i op- og nedstigende linje direkte eller indirekte har haft, sammenlagt har oversteget 25% af overskuddet på et tidspunkt inden for de seneste fem år. Når afhændelsen sker til en af de i dette stykke nævnte personer, er kapitalgevinsten dog fritaget for beskatning, hvis selskabsrettighederne ikke, helt eller delvist, er blevet videresolgt til tredjemand inden for en frist på fem år. I modsat fald beskattes fortjenesten hos den første overdrager for det år, hvori rettighederne videresælges til tredjemand.

[…]

Kapitaltab, der er lidt i løbet af et år, kan kun fradrages i kapitalgevinster af samme art, der er realiseret i løbet af samme år eller de fem efterfølgende år.

[…]

Ib. […] 4. Beskatningen af kapitalgevinster realiseret efter den 1. januar 1991 i tilfælde af ombytning af selskabsrettigheder som følge af fusion, spaltning eller tilførsel af værdipapirer til et selskabsskattepligtigt selskab kan udskydes på de betingelser, der er fastsat i artikel 92 B, stk. II […]«

12 I henhold til denne lovs artikel 164 B, stk. I, litra f), i den affattelse, der fandt anvendelse i 1999, anses »de i artikel 160 nævnte kapitalgevinster som følge af afhændelse af rettigheder vedrørende selskaber med hjemsted i Frankrig« for fransk indkomst.

13 CGI's artikel 244a B i den affattelse, der fandt anvendelse på tidspunktet for afhændelsen af værdipapirerne i 1999, fastsatte:

»Provenuet ved afhændelse af selskabsrettigheder som nævnt i artikel 160, som foretages af fysiske personer, der ikke er skattemæssigt hjemmehørende i Frankrig som omhandlet i artikel 4 B, eller af juridiske personer eller organer uanset form, der har hjemsted uden for Frankrig, beregnes og beskattes i overensstemmelse med reglerne i artikel 160.«

## Tvisterne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

### *Sag C-327/16*

14 Den 23. december 1996 tilførte Marc Jacob, som var skattemæssigt hjemmehørende i Frankrig, de aktier og anparter, som han var indehaver af i et fransk selskab, til et andet fransk selskab og modtog herfor aktier og anparter udstedt af det sidstnævnte selskab. I henhold til den skattelovgivning, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, blev den kapitalgevinst, som blev realiseret i forbindelse med denne aktie- eller anpartsombytningstransaktion, henført til udskudt beskatning.

15 Den 1. oktober 2004 flyttede Marc Jacob sit skattemæssige hjemsted fra Frankrig til Belgien.

16 Den 21. december 2007 afhændede Marc Jacob alle de aktier og anparter, som han havde modtaget i anledning af den pågældende ombytningstransaktion. Efter denne afhændelse blev den kapitalgevinst, der var henført til udskudt beskatning, beskattet i skatteåret 2007 tillagt morarenter og et tillæg på 10%.

17 Ved dom af 8. juni 2012 fastslog tribunal administratif de Montreuil (forvaltningsdomstolen i Montreuil, Frankrig), at Marc Jacob ikke var pligtig at betale en sådan efterbetaling af indkomstskat. Den 28. maj 2015 ophævede cour administrative d'appel de Versailles (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager i Versailles, Frankrig) denne dom og opretholdt den samlede efterbetaling, som Marc Jacob var blevet fritaget for.

18 Den 1. oktober 2015 iværksatte Marc Jacob kassationsanke ved Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Frankrig), idet han gjorde gældende, at den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, der har til formål at gennemføre fusionsdirektivets artikel 8 i fransk ret, var i strid med de formål, der forfølges med denne artikel 8. Marc Jacob gjorde i denne henseende gældende, at i henhold til nævnte artikel 8 indtræder beskatningen af en kapitalgevinst ved den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer og ikke ved aktie- eller anpartsombytningstransaktionen, idet denne transaktion kun udgør en skattemæssigt neutral mellemliggende transaktion.

19 Den forelæggende ret har i det væsentlige anført, at fortolkningen af den i hovedsagen omhandlede lovgivning afhænger af fortolkningen af fusionsdirektivets artikel 8.

20 Under disse omstændigheder har Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal bestemmelserne i artikel 8 i [fusionsdirektivet] fortolkes således, at de, i tilfælde af en aktie- eller anpartsombytningstransaktion, der falder ind under [fusionsdirektivets] anvendelsesområde, er til hinder for en ordning for udskudt beskatning, hvorefter det, som en undtagelse til reglen om, at beskatningen af en kapitalgevinst indtræder i løbet af det år, den realiseres, fastsættes, at en kapitalgevinst ved ombytning konstateres og opgøres i anledning af aktie- eller anpartsombytningstransaktionen og beskattes i det år, i løbet af hvilket den begivenhed, som afslutter den udskudte beskatning, finder sted, idet denne begivenhed bl.a. kan være afhændelsen af de aktier eller anparter, der blev modtaget ved ombytningen?

2) Skal bestemmelserne i artikel 8 i [fusionsdirektivet] fortolkes således, at de, i tilfælde af en aktie- eller anpartsombytningstransaktion, der falder ind under direktivets anvendelsesområde, er til hinder for, at kapitalgevinsten ved aktie- eller anpartsombytningen, såfremt den antages at være skattepligtig, kan beskattes af den stat, hvori den skattepligtige havde bopæl på tidspunktet for ombytningstransaktionen, selv om den skattepligtige, på datoen, hvor de aktier eller anparter, som

blev modtaget i anledning af ombytningen, blev afhændet, og på hvilket tidspunkt kapitalgevinsten ved ombytningen faktisk beskattes, har flyttet sit skattemæssige hjemsted til en anden medlemsstat?«

***Sag C-421/16***

21 Marc Lassus, der har været skattemæssigt hjemmehørende i Det Forenede Kongerige siden 1997, overførte den 7. december 1999 aktier og anparter, som han ejede i et fransk selskab, til et luxembourgsk selskab og modtog til gengæld aktier og anparter i det sidstnævnte selskab. Ved denne lejlighed blev der konstateret en kapitalgevinst, som i henhold til den nationale lovgivning, som var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder, blev henført til udskudt beskatning.

22 Det fremgår af de sagsakter, som Domstolen råder over, at efter denne ombytningstransaktion erhvervede Marc Lassus andre aktier og anparter i det nævnte luxembourgske selskab. I december 2002 afhændede Marc Lassus 45% af de aktier og anparter, som han ejede i dette selskab.

23 Idet skattemyndigheden fandt, at 45% af de aktier, som Marc Lassus havde modtaget i forbindelse med den nævnte ombytningstransaktion, var blevet afhændet, beskattede myndigheden den tilsvarende andel af den kapitalgevinst, som var henført til udskudt beskatning, og som var blevet konstateret for 1999. Skattemyndigheden pålagde følgelig Marc Lassus en efterbetaling af indkomstskat for 2002.

24 Marc Lassus anfægtede denne efterbetaling i en sag anlagt ved tribunal administratif de Paris (forvaltningsdomstolen i Paris, Frankrig), men fik ikke medhold. Denne afgørelse blev appelleret til cour administrative d'appel de Paris (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager i Paris, Frankrig), som ophævede den og fritog Marc Lassus for efterbetalingen. Skattemyndigheden iværksatte derefter en kassationsanke ved Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) til prøvelse af sidstnævnte afgørelse.

25 Den forelæggende ret har anført, at i henhold til den i hovedsagen omhandlede lovgivning og artikel 13, stk. 4, litra a) og b), i den fransk-britiske beskatningsoverenskomst kunne den kapitalgevinst, der var opnået ved aktie- eller anpartsombytningstransaktionen, og som Marc Lassus, der var skattemæssigt hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, realiserede i 1999, beskattes i Frankrig.

26 Denne ret er desuden af den opfattelse, at den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning alene har den virkning at gøre det muligt, som en undtagelse fra reglen om, at beskatningen af en kapitalgevinst indtræder i løbet af det år, den realiseres, at konstatere den kapitalgevinst, der opnås ved en aktie- eller anpartsombytningstransaktion i det år, hvor denne transaktion har fundet sted, og beskatte den i det år, i løbet af hvilket den begivenhed, som afslutter den udskudte beskatning, finder sted, dvs. i det år, i løbet af hvilket afhændelsen af de værdipapirer, der blev modtaget ved ombytningen, fandt sted.

27 Den omstændighed, at kapitalgevinsten ved den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer er skattepligtig i en anden medlemsstat end Den Franske Republik, er ifølge den forelæggende ret i denne forbindelse uden betydning for den sidstnævnte medlemsstats beføjelser til at beskatte den kapitalgevinst, der er opnået ved den i hovedsagen omhandlede ombytningstransaktion.

28 Marc Lassus har imidlertid anfægtet denne fortolkning. Han har principalt gjort gældende, at den ordning for udskudt beskatning, som blev indført ved den nationale lovgivning, er uforenelig med bestemmelserne i fusionsdirektivets artikel 8. Han er af den opfattelse, at denne artikel bestemmer, at den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer, og ikke aktie- eller anpartsombytningstransaktionen, er den begivenhed, der udløser beskatningen, idet den sidstnævnte begivenhed svarer til en skattemæssigt neutral mellemliggende transaktion. Han har desuden gjort

gældende, at Den Franske Republik i det foreliggende tilfælde mistede sin beskatningskompetence på det tidspunkt, hvor afhændelsen af de modtagne værdipapirer fandt sted, idet afhændelsen var omfattet af Det Forenede Kongeriges beskatningskompetence.

29 For det tilfælde, at afhændelsen var skattepligtig i Frankrig, udgør skattemyndighedens afslag på at modregne det kapitaltab, som opstod ved afhændelsen af værdipapirerne i løbet af 2002, i den kapitalgevinst, der blev opnået ved aktie- eller anpartsombytningstransaktionen, og som var henført til udskudt beskatning, i øvrigt en hindring for etableringsfriheden, eftersom en hjemmehørende skattepligtig person i henhold til national lovgivning kan modregne kapitaltab ved afhændelse af værdipapirer i kapitalgevinst af samme art.

30 Under disse omstændigheder har Conseil d'État (øverste domstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål

»1) Skal de nævnte bestemmelser i artikel 8 i [fusionsdirektivet] fortolkes således, at de, i tilfælde af en aktie- eller anpartsombytningstransaktion, der falder ind under [fusionsdirektivets] anvendelsesområde, er til hinder for en ordning for udskudt beskatning, hvorefter det, som en undtagelse til reglen om, at beskatningen af en kapitalgevinst indtræder i løbet af det år, den realiseres, fastsættes, at en kapitalgevinst ved ombytning konstateres og opgøres i anledning af aktie- eller anpartsombytningstransaktionen og beskattes i det år, i løbet af hvilket den begivenhed, som afslutter den udskudte beskatning, finder sted, idet denne begivenhed bl.a. kan være afhændelsen af de aktier eller anparter, der blev modtaget ved ombytningen?

2) Kan kapitalgevinsten ved aktie- eller anpartsombytningen, såfremt den antages at være skattepligtig, beskattes af den stat, der havde beskatningskompetencen på tidspunktet for ombytningstransaktionen, selv om afhændelsen af de aktier eller anparter, der blev modtaget i anledning af denne ombytning, henhører under en anden medlemsstats beskatningskompetence?

3) Såfremt de foregående spørgsmål besvares med, at direktiv[et] ikke er til hinder for, at kapitalgevinsten ved en aktie- eller anpartsombytning beskattes i forbindelse med den senere afhændelse af de aktier eller anparter, der blev modtaget ved ombytningen – f.eks. når de to transaktioner ikke henhører under den samme medlemsstats beskatningskompetence – kan den medlemsstat, hvor kapitalgevinsten ved ombytningen blev henført til udskudt beskatning, da med forbehold af de gældende bestemmelser i den bilaterale beskatningsoverenskomst beskatte den kapitalgevinst, der var henført til udskudt beskatning, i forbindelse med denne afhændelse uden at tage hensyn til afhændelsens resultat, når dette er et kapitaltab? Dette spørgsmål stilles både under hensyn til [fusionsdirektivet] og under hensyn til den etableringsfrihed, der sikres ved artikel [43 EF, nu artikel 49 TEUF], eftersom en skattepligtig person, der er skattemæssigt hjemmehørende i Frankrig på tidspunktet for ombytningen og afhændelsen af aktierne eller anparterne […], vil kunne modregne et kapitaltab ved afhændelsen.

4) Såfremt det tredje spørgsmål besvares med, at der skal tages hensyn til kapitaltabet ved afhændelsen af de aktier eller anparter, der blev modtaget ved ombytningen, skal den medlemsstat, hvor kapitalgevinsten ved ombytningen er realiseret, da modregne kapitaltabet ved afhændelsen i kapitalgevinsten, eller skal den undlade at beskatte kapitalgevinsten ved ombytningen, fordi afhændelsen ikke henhører under dens beskatningskompetence?

5) Såfremt det fjerde spørgsmål besvares med, at kapitaltabet ved afhændelsen skal modregnes i kapitalgevinsten ved ombytningen, hvordan skal anskaffelsesprisen for de afhændede aktier eller anparter da fastsættes med henblik på at beregne dette kapitaltab ved afhændelsen? Skal anskaffelsesprisen for hver afhændet aktie eller anpart fastsættes ud fra den samlede værdi af de aktier eller anparter, som selskabet modtog i forbindelse med ombytningen, og som er nævnt i angivelsen af kapitalgevinsten, divideret med det antal aktier eller anparter, der blev modtaget ved

ombytningen, eller skal der fastsættes en vægtet gennemsnitlig anskaffelsespris, hvor der også tages hensyn til transaktioner efter ombytningen såsom andre anskaffelser eller gratis uddeling af aktier eller anparter i samme selskab?«

31 Ved afgørelse truffet af Domstolens præsident den 10. november 2017, blev sagerne C-327/16 og C-421/16 forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen.

## Om de præjudicielle spørgsmål

### *Om formaliteten*

32 Som generaladvokaten har anført i punkt 46 i forslaget til afgørelse, fremgår det af fusionsdirektivets artikel 1, at dette direktiv finder anvendelse på fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier, som vedrører selskaber i to eller flere forskellige medlemsstater. De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen vedrørende sag C-327/16, omhandler imidlertid en aktie- eller anpartsombytningstransaktion, som involverer to selskaber etableret i en og samme medlemsstat, i det foreliggende tilfælde i Frankrig.

33 Det bemærkes i denne henseende, at Domstolen har antaget anmodninger om præjudiciel afgørelse i tilfælde, hvor de EU-retlige bestemmelser var blevet gjort anvendelige af national ret, hvori den valgte regulering af situationer, hvor samtlige elementer var begrænset til en enkelt medlemsstat, var tilpasset EU-retten, selv om de faktiske omstændigheder i hovedsagen ikke var omfattet af EU-rettens direkte anvendelsesområde (dom af 15.11.2016, Ullens de Schooten, C-268/15, EU:C:2016:874, præmis 53 og den deri nævnte retspraksis).

34 I sådanne tilfælde er det nemlig afgjort i Unionens interesse, at bestemmelser eller begreber, der er hentet fra EU-retten, fortolkes ensartet, uanset de vilkår, hvorunder de skal anvendes, således at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgås (dom af 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl., C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).

35 I den foreliggende sag bemærkes for det første, at de forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retlige bestemmelser, nemlig bestemmelserne i fusionsdirektivet.

36 Som svar på en anmodning om uddybende oplysninger fra Domstolen af 21. juli 2016 har den forelæggende ret for det andet præciseret, at den i hovedsagen omhandlede lovgivning, der er vedtaget for at gennemføre fusionsdirektivet, finder anvendelse på de samme betingelser på aktie- eller anpartsombytningstransaktioner, hvad enten de er rent nationale eller grænseoverskridende, såfremt den skattepligtige indehaver af værdipapirerne har skattemæssigt hjemsted i Frankrig på ombytningstidspunktet.

37 Eftersom den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, hvori den valgte regulering af situationer, hvor aktie- eller anpartsombytningstransaktionerne er rent nationale, er tilpasset fusionsdirektivet, må det konstateres, at de spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt i sag C-327/16, kan antages til realitetsbehandling.

38 Med hensyn til sag C-421/16 er den østrigske regering i det væsentlige af den opfattelse, at en situation, hvori selskabsdeltageren i det erhvervede selskab har sit skattemæssige hjemsted i en anden medlemsstat end den, hvor det erhvervede selskab eller det erhvervende selskab har skattemæssigt hjemsted, ikke er omfattet af fusionsdirektivets anvendelsesområde. I den foreliggende sag havde Marc Lassus, ved den pågældende aktie- eller anpartsombytningstransaktion, imidlertid sit skattemæssige hjemsted i Det Forenede Kongerige, mens det erhvervede selskab og det erhvervende selskab var etableret i henholdsvis Frankrig og Luxembourg.

39 I denne henseende bemærkes, at der ikke er nogen bestemmelse i fusionsdirektivet, der fastsætter en sådan begrænsning i dets anvendelsesområde.

40 Som anført i denne doms præmis 32, finder fusionsdirektivet således anvendelse, når aktieombytningen som omhandlet i dette direktivs artikel 2 finder sted mellem to eller flere selskaber i forskellige medlemsstater, som opfylder betingelserne i fusionsdirektivets artikel 3.

41 For at fastlægge fusionsdirektivets anvendelsesområde er det følgelig uden betydning, at den pågældende værdipapirindehaver har sit skattemæssige hjemsted i en anden medlemsstat end dem, hvor de selskaber, der er berørt af aktieombytningen, har hjemsted.

42 I den foreliggende sag er det ubestridt, dels at den i hovedsagen omhandlede transaktion vedrører to selskaber i forskellige medlemsstater, dels at de berørte selskaber opfylder betingelserne i direktivets artikel 3.

43 Under disse omstændigheder kan det ikke lægges til grund, at fusionsdirektivet kun finder anvendelse i tilfælde, hvor selskabsdeltageren i det erhvervede selskab har sit skattemæssige hjemsted i samme medlemsstat som det erhvervede selskab eller som det erhvervende selskab. Følgelig skal de spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt i sag C-421/16, besvares.

## *Om realiteten*

### *Om det første spørgsmål*

44 Med det første spørgsmål i sagerne C-327/16 og C-421/16 ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om fusionsdirektivets artikel 8 skal fortolkes således, at den er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter den kapitalgevinst, der opnås ved en aktie- eller anpartsombytningstransaktion, konstateres ved denne ombytningstransaktion, men hvis beskatning udskydes indtil det år, i løbet af hvilket den begivenhed, som afslutter den udskudte beskatning, finder sted, i det foreliggende tilfælde afhændelsen af de modtagne aktier eller anparter.

45 Det må indledningsvis konstateres, at det ikke i de to sager er blevet gjort gældende, at de pågældende skattepligtige tillægger de modtagne aktier eller anparter en højere skattemæssig værdi end den, de ombyttede aktier eller anparter havde umiddelbart inden den pågældende ombytningstransaktion. Fusionsdirektivets artikel 8, stk. 1, finder derfor anvendelse på de pågældende ombytningstransaktioner.

46 Det følger af denne bestemmelse, at ved ombytning af aktier må selve tildelingen af aktier eller anparter i det modtagende eller erhvervende selskab til en selskabsdeltager i det indskydende eller erhvervede selskab til gengæld for aktier eller anparter i sidstnævnte ikke medføre nogen beskatning af denne selskabsdeltagers indtægt, fortjeneste eller kapitalvinding.

47 Med dette krav om skattemæssig neutralitet for en sådan selskabsdeltager tilsigter fusionsdirektivet, således som det fremgår af dets første og fjerde betragtning, at sikre, at en ombytning af aktier eller anparter, der vedrører selskaber i forskellige medlemsstater, ikke hindres af særlige begrænsninger, ulemper eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes skatteregler (dom af 11.12.2008, A.T., C-285/07, EU:C:2008:705, præmis 21).

48 Det bemærkes imidlertid, at fusionsdirektivet, ifølge fjerde betragtning hertil, har til formål at tilgodese de finansielle interesser i den stat, hvor det indskydende eller det erhvervede selskab er hjemmehørende. Disse finansielle interesser omfatter kompetencen til at beskatte kapitalgevinsten vedrørende aktier og anparter, der fandtes inden aktie- eller anpartsombytningstransaktionen.

49 Således bestemmer fusionsdirektivets artikel 8, stk. 2, andet afsnit, at anvendelsen af denne artikels stk. 1 ikke er til hinder for, at medlemsstaterne kan beskatte en fortjeneste, som følger af den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer på samme måde som en fortjeneste ved afhændelse af de aktier og anparter, der fandtes inden erhvervelsen (jf. i denne retning dom af 11.12.2008, A.T., C-285/07, EU:C:2008:705, præmis 35).

50 Selv om fusionsdirektivets artikel 8, stk. 1 – idet den fastsætter, at en aktie- eller anpartsombytningstransaktion ikke i sig selv kan medføre beskatning af den kapitalgevinst, der opnås ved denne transaktion – sikrer en sådan transaktions skattemæssige neutralitet, synes denne skattemæssige neutralitet imidlertid ikke at have til hensigt at unddrage en sådan kapitalgevinst beskatning i de medlemsstater, der har beskatningskompetence over denne, men indebærer alene, at denne ombytningstransaktion ikke kan anses for at være den skatteudløsende begivenhed.

51 Derimod indeholder hverken fusionsdirektivets artikel 8 eller nogen anden artikel i dette direktiv bestemmelser om passende skatteforanstaltninger med henblik på gennemførelsen af denne artikel 8.

52 Under overholdelse af EU-retten har medlemsstaterne således et vist råderum med hensyn til denne gennemførelse (jf. i denne retning dom af 5.7.2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, præmis 41-43, og af 23.11.2017, A, C-292/16, EU:C:2017:888, præmis 22).

53 Hvad angår den foranstaltning, som er fastsat ved den i hovedsagen omhandlede lovgivning, består denne for det første i at konstatere den kapitalgevinst, der er opnået ved aktie- eller anpartsombytningstransaktionen, i forbindelse med denne transaktion, og for det andet i at udskyde beskatningen af denne kapitalgevinst til tidspunktet for den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer.

54 En sådan foranstaltning, for så vidt som den medfører, at den skatteudløsende begivenhed for denne kapitalgevinst udskydes indtil det år, i løbet af hvilket den begivenhed, som afslutter den udskudte beskatning, finder sted, dvs. ved afhændelsen af de værdipapirer, der blev modtaget ved ombytningen, sikrer, således som generaladvokaten har anført i punkt 59 og 60 i forslaget til afgørelse, at aktie- eller anpartsombytningstransaktionen ikke i sig selv giver anledning til en beskatning af nævnte kapitalgevinst. Denne foranstaltning overholder følgelig princippet om skatteneutralitet som omhandlet i fusionsdirektivets artikel 8, stk. 1.

55 Denne konklusion kan ikke drages i tvivl af den blotte omstændighed, at den kapitalgevinst, der er opnået ved aktie- eller anpartsombytningstransaktionen, er konstateret i forbindelse med denne transaktion. Det skal i denne henseende præciseres, at en sådan konstatering alene udgør en teknik, der gør det muligt for den medlemsstat, der har beskatningskompetence over aktier eller anparter, der fandtes inden ombytningstransaktionen, men som i medfør af fusionsdirektivets artikel 8, stk. 1, er blevet hindret i at udøve denne kompetence, at opretholde sin beskatningskompetence og udøve den senere, nemlig på tidspunktet for afhændelsen af de modtagne aktier eller anparter i henhold til dette direktivs artikel 8, stk. 2, andet afsnit.

56 Under disse omstændigheder skal det første spørgsmål i sagerne C-327/16 og C-421/16 besvares med, at fusionsdirektivets artikel 8 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter den kapitalgevinst, der opnås ved en aktie- eller anpartsombytningstransaktion omfattet af dette direktiv, konstateres ved denne ombytningstransaktion, men hvis beskatning udskydes indtil det år, i løbet af hvilket den begivenhed, som afslutter den udskudte beskatning, finder sted, i det foreliggende tilfælde afhændelsen af de modtagne aktier eller anparter.

*Om det andet spørgsmål*

57 Med det andet spørgsmål i sagerne C-327/16 og C-421/16 ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om fusionsdirektivets artikel 8 skal fortolkes således, at den er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som foreskriver beskatning af kapitalgevinsten vedrørende en aktie- eller anpartsombytningstransaktion, der er henført til udskudt beskatning, ved den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer, selv om denne afhændelse ikke henhører under denne medlemsstats beskatningskompetence.

58 Som det fremgår af denne doms præmis 49 og 50, følger det af fusionsdirektivets artikel 8, stk. 2, andet afsnit, at kravet om skattemæssig neutralitet i forbindelse med en aktie- eller anpartsombytningstransaktion i henhold artikel 8, stk. 1, ikke er til hinder for, at medlemsstaterne kan beskatte den kapitalgevinst, som følger af den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer, på samme måde som en kapitalgevinst ved afhændelse af de aktier og anparter, der fandtes inden erhvervelsen.

59 Denne artikel 8, stk. 2, andet afsnit, anerkender således retten til – for den medlemsstat, der har beskatningskompetence over kapitalgevinsten ved aktie- eller anpartsombytningstransaktionen, men som i henhold til denne artikel 8, stk. 1, er blevet hindret i at udøve denne kompetence ved denne ombytningstransaktion – at udøve beskatningskompetencen på tidspunktet for den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer.

60 Således som generaladvokaten har anført i punkt 68 i forslaget til afgørelse, harmoniserer fusionsdirektivet imidlertid ikke kriterierne for fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne. Det regulerer således ikke tildelingen af beskatningsbeføjelse over en sådan kapitalgevinst.

61 Idet der ikke sket nogen harmonisering på EU-plan, er medlemsstaterne fortsat kompetente til, under overholdelse af EU-retten, at fastlægge kriterierne for fordelingen af deres respektive beskatningskompetencer, enten gennem overenskomst eller ensidigt, for at afskaffe dobbeltbeskatning (jf. analogt dom af 29.11.2011, National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, præmis 45 og 46 og den deri nævnte retspraksis).

62 I den foreliggende sag er det den forelæggende rets opfattelse, at kapitalgevinster, der opnås ved de pågældende aktie- eller anpartsombytningstransaktioner, i henhold til national ret og beskatningsoverenskomsterne henhører under Den Franske Republiks beskatningskompetence.

63 På denne baggrund, og eftersom fusionsdirektivet, således som det fremgår af denne doms præmis 56, ikke er til hinder for, at beskatningen af den kapitalgevinst, der er opnået ved aktie- eller anpartsombytningstransaktionen, udskydes indtil den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer, er dette direktiv ikke til hinder for, at den pågældende medlemsstat kan beskatte denne kapitalgevinst i forbindelse med denne afhændelse.

64 Den blotte omstændighed, at afhændelsen af de modtagne aktier eller anparter henhører under en anden medlemsstats beskatningskompetence end den, der har beskatningskompetence over den kapitalgevinst, der er opnået ved aktie- eller anpartsombytningstransaktionen, kan ikke, således som det fremgår af punkt 69-71 i generaladvokatens forslag til afgørelse, fratage den sidstnævnte af disse to medlemsstater dens ret til at udøve sin beskatningskompetence over en kapitalgevinst, der er opstået inden for rammerne af dens beskatningskompetence.

65 Denne konstatering er ligeledes i overensstemmelse med det af Domstolen anerkendte territorialprincip på skatteområdet, som er forbundet med en tidsmæssig komponent – hvorefter en medlemsstat har retten til at beskatte en kapitalgevinst, der er opstået inden for rammerne af dens

beskatningskompetence – og har til formål at opretholde fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne (jf. i denne retning dom af 29.11.2011, National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, præmis 45 og 46 og den deri nævnte retspraksis).

66 Følgelig skal det andet spørgsmål i sagerne C-327/16 og C-421/16 besvares med, at fusionsdirektivets artikel 8 skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som foreskriver beskatning af kapitalgevinsten vedrørende en aktie- eller anpartsombytningstransaktion, der er henført til udskudt beskatning, ved den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer, selv om denne afhændelse ikke henhører under denne medlemsstats beskatningskompetence.

*Om det tredje til femte spørgsmål i sag C-421/16*

67 Det skal indledningsvis bemærkes, at Marc Lassus, som det fremgår af de sagsakter, som Domstolen råder over, på tidspunktet for den i hovedsagen omhandlede aktie- eller anpartsombytningstransaktion havde sit skattemæssige hjemsted i Det Forenede Kongerige. I medfør af den fransk-britiske beskatningsoverenskomst blev han imidlertid sidestillet med en skattepligtig indehaver af værdipapirer, som har bopæl i Frankrig, således at den kapitalgevinst, der var opnået ved denne aktie- eller anpartsombytningstransaktion, henhørte under denne medlemsstats beskatningskompetence.

68 Det fremgår ligeledes af disse sagsakter, at i medfør af den i hovedsagen omhandlede lovgivning kan kapitaltab, der er lidt i løbet af et år, fradrages i kapitalgevinster af samme art, der er realiseret i løbet af samme år eller de fem efterfølgende år. Det er i hovedsagen ubestridt, at det pågældende kapitaltab er lidt inden for fristen på fem år.

69 Den franske regering har under retsmødet oplyst, at der ikke er adgang til modregning af eventuelle kapitaltab, der er realiseret ved den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer i den kapitalgevinst, der er henført til udskudt beskatning, i en situation, hvor den skattepligtige indehaver af disse værdipapirer på tidspunktet for denne afhændelse, ikke har sit skattemæssige hjemsted i Frankrig.

70 Med det tredje til det femte spørgsmål i sag C-421/16, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret således nærmere bestemt oplyst, om fusionsdirektivet og artikel 49 TEUF skal fortolkes således, at de er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som i en situation, hvor den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer ikke henhører under denne medlemsstats beskatningskompetence, foreskriver beskatning af den kapitalgevinst, der er henført til udskudt beskatning, i forbindelse med denne afhændelse uden at tage hensyn til det eventuelle kapitaltab, der er realiseret i denne forbindelse, hvorimod der tages hensyn til et sådant kapitaltab, når den skattepligtige indehaver af værdipapirerne har sit skattemæssige hjemsted i nævnte medlemsstat på tidspunktet for afhændelsen. Desuden ønsker den forelæggende ret i givet fald oplyst, hvilken fremgangsmåde for modregning og beregning af dette kapitaltab der gælder.

71 Det bemærkes, at transaktioner henhørende under fusionsdirektivet udgør en særlig måde at udøve etableringsfriheden på, som er vigtig for det indre markeds tilfredsstillende funktion, og dermed hører til blandt de erhvervsmæssige aktiviteter, med hensyn til hvilke medlemsstaterne er forpligtede til at respektere denne frihed (dom af 23.11.2017, A, C-292/16, EU:C:2017:888, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

72 Som generaladvokaten har anført i punkt 78, 100 og 101 i forslaget til afgørelse, regulerer fusionsdirektivet imidlertid hverken spørgsmålet om den mulige modregning af et eventuelt kapitaltab, der er realiseret ved den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer, eller spørgsmålet om den nærmere fremgangsmåde ved en sådan modregning og beregningen heraf. Spørgsmålene vedrørende en sådan modregning henhører derfor under oprindelsesmedlemsstatens nationale lovgivning under overholdelse af EU-retten, i den foreliggende sag nærmere bestemt artikel 49 TEUF.

73 Følgelig skal de nævnte spørgsmål alene undersøges på grundlag af artikel 49 TEUF.

74 Det skal i denne henseende bemærkes, at alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af etableringsfriheden som omhandlet i artikel 49 TEUF mindre attraktiv, skal betragtes som restriktioner for denne frihed (dom af 23.11.2017, A, C-292/16, EU:C:2017:888, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

75 I den foreliggende sag skal det bemærkes, at på tidspunktet for den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer var Marc Lassus en ikke-hjemmehørende skattepligtig indehaver af værdipapirer således, at han ikke kunne modregne et eventuelt kapitaltab realiseret ved denne afhændelse, i den kapitalgevinst, der var opnået ved ombytningen og henført til udskudt beskatning, hvorimod han, hvis han havde været en hjemmehørende skattepligtig indehaver af værdipapirer, kunne have foretaget denne modregning.

76 En sådan forskelsbehandling, alt efter, om den skattepligtige indehaver af værdipapirerne på tidspunktet for afhændelsen af de modtagne værdipapirer har sit skattemæssige hjemsted i den pågældende medlemsstat eller ej, kan medføre ulemper for eller gøre dispositioner med henblik på omstrukturering af selskaber, der er omfattet af fusionsdirektivet, mindre attraktive for ikke-hjemmehørende skattepligtige indehavere af værdipapirer og udgør følgelig en hindring for etableringsfriheden.

77 Denne hindring kan kun være tilladt, hvis den vedrører situationer, som ikke er objektivt sammenlignelige, eller er begrundet i tvingende almene hensyn, der er anerkendt i EU-retten. Hvis dette er tilfældet, kræves det desuden, at den er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det (dom af 23.11.2017, A, C-292/16, EU:C:2017:888, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

78 Hvad angår de omhandlede situationers sammenlignelighed bemærkes, at den i hovedsagen omhandlede lovgivning har til formål at beskatte en kapitalgevinst opnået ved en ombytning af aktier eller anparter, som er opstået på det tidspunkt, hvor Marc Lassus var sidestillet med en skattepligtig med skattemæssigt hjemsted i Frankrig. Med hensyn til en sådan beskatning, som er udskudt indtil tidspunktet for den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer, er situationen for en ikke-hjemmehørende skattepligtig indehaver af værdipapirer på tidspunktet for afhændelse som den, Marc Lassus befinder sig i, objektivt sammenlignelig med den situation, som en hjemmehørende skattepligtig indehaver af værdipapirer på tidspunktet for denne afhændelse befinder sig i.

79 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende hindring kan begrundes i tvingende almene hensyn, der er anerkendt i EU-retten, har den franske regering gjort gældende, at det tvingende almene hensyn til fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne kan begrunde en sådan hindring.

80 Herved bemærkes, at opretholdelsen af fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne er et lovligt formål, der er anerkendt af Domstolen (jf. i denne retning dom af 29.11.2011, National Grid Indus, C-371/10, EU:C:2011:785, præmis 45).

81 Under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede kan dette formål, således som generaladvokaten har anført i punkt 93 i forslaget til afgørelse, imidlertid ikke begrunde en sådan hindring, eftersom alene Den Franske Republiks beskatningskompetence er relevant.

82 Det skal i denne henseende præciseres, at de i hovedsagen omhandlede omstændigheder er forskellige fra dem, der har givet anledning til Domstolens praksis vedrørende exitbeskatning af kapitalgevinster, såsom dom af 29. november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785). Den sag, der gav anledning til denne dom, vedrørte nemlig udskydelse af opkrævning af skat, dvs. et skyldigt skattebeløb, som var blevet endeligt fastsat på det tidspunkt, hvor den skattepligtige som følge af

flytning af hjemsted var ophørt med at være skattepligtig i oprindelsesmedlemsstaten, og ikke, som i hovedsagen, en udskudt beskatning. Under disse omstændigheder fandt Domstolen i præmis 61 i dom af 29. november 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785), at den omstændighed, at værtsmedlemsstaten eventuelt ikke tager kurstab i betragtning, ikke pålægger oprindelsesmedlemsstaten en forpligtelse til på tidspunktet for den endelige afhændelse af de nye kapitalandele at revurdere et skyldigt skattebeløb, som er blevet endeligt fastsat på det tidspunkt, hvor den skattepligtige som følge af flytningen af hjemsted ophørte med at være skattepligtig i oprindelsesmedlemsstaten.

83 Udskydelsen af beskatningen af den i hovedsagen omhandlede kapitalgevinst indtil den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer har til følge, at denne kapitalgevinst, uagtet at den er blevet konstateret ved aktie- eller anpartsombytningstransaktionen, først beskattes på tidspunktet for denne senere afhændelse. Dette indebærer, at den pågældende medlemsstat udøver sin beskatningskompetence over nævnte kapitalgevinst på det tidspunkt, hvor det pågældende kapitaltab realiseres. Hensyntagen til et sådant kapitaltab er følgelig, således som Europa-Kommissionen har anført, tilsvarende en forpligtelse for den medlemsstat, som har til hensigt at udøve sin beskatningskompetence over denne samme kapitalgevinst, som reelt blev skattepligtig på tidspunktet for nævnte afhændelse.

84 Følgelig er artikel 49 TEUF til hinder for en medlemsstats lovgivning, som i en situation, hvor den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer ikke henhører under denne medlemsstats beskatningskompetence, foreskriver beskatning af den kapitalgevinst, der er henført til udskudt beskatning, i forbindelse med denne afhændelse uden at tage hensyn til det eventuelle kapitaltab, der er realiseret i denne forbindelse, hvorimod der tages hensyn til et sådant kapitaltab, når den skattepligtige indehaver af værdipapirerne har sit skattemæssige hjemsted i nævnte medlemsstat på tidspunktet for afhændelsen.

85 Med hensyn til fremgangsmåden for modregningen og beregningen af det i hovedsagen omhandlede kapitaltab tilkommer det medlemsstaterne, idet EU-retten ikke – som det fremgår af denne doms præmis 72 – fastsætter sådanne bestemmelser, at fastsætte sådanne nærmere bestemmelser under overholdelse af EU-retten, og i givet fald navnlig artikel 49 TEUF.

86 Henset til ovenstående betragtninger skal det tredje til det femte spørgsmål i sag C-421/16 besvares med, at artikel 49 TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som i en situation, hvor den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer ikke henhører under denne medlemsstats beskatningskompetence, foreskriver beskatning af den kapitalgevinst, der er henført til udskudt beskatning, i forbindelse med denne afhændelse uden at tage hensyn til det eventuelle kapitaltab, der er realiseret i denne forbindelse, hvorimod der tages hensyn til et sådant kapitaltab, når den skattepligtige indehaver af værdipapirerne har sit skattemæssige hjemsted i nævnte medlemsstat på tidspunktet for afhændelsen. Det tilkommer medlemsstaterne, under overholdelse af EU-retten, og i det foreliggende tilfælde navnlig etableringsfriheden, at fastsætte nærmere bestemmelser om modregning og beregning af dette kapitaltab.

## Sagsomkostninger

87 Da sagens behandling i forhold til hovedsagernes parter udgør et led i de sager, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Første Afdeling) for ret:

1) **Artikel 8 i Rådets direktiv 90/434/EØF af 23. juli 1990 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater, som ændret ved akten vedrørende vilkårene for Kongeriget Norges, Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse, tilpasset ved Rådets afgørelse 95/1/EF, Euratom, EKSF af 1. januar 1995, skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter den kapitalgevinst, der opnås ved en aktie- eller anpartsombytningstransaktion omfattet af dette direktiv, konstateres ved denne ombytningstransaktion, men hvis beskatning udskydes indtil det år, i løbet af hvilket den begivenhed, som afslutter den udskudte beskatning, finder sted, i det foreliggende tilfælde afhændelsen af de modtagne aktier eller anparter.**

2) **Artikel 8 i direktiv 90/434, som ændret ved akt vedrørende vilkårene for Kongeriget Norges, Republikken Østrigs, Republikken Finlands og Kongeriget Sveriges tiltrædelse, tilpasset ved afgørelse 95/1, skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som foreskriver beskatning af kapitalgevinsten vedrørende en aktie- eller anpartsombytningstransaktion, der er henført til udskudt beskatning, ved den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer, selv om denne afhændelse ikke henhører under denne medlemsstats beskatningskompetence.**

3) **Artikel 49 TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for en medlemsstats lovgivning, som i en situation, hvor den senere afhændelse af de modtagne værdipapirer ikke henhører under denne medlemsstats beskatningskompetence, foreskriver beskatning af den kapitalgevinst, der er henført til udskudt beskatning, i forbindelse med denne afhændelse uden at tage hensyn til det eventuelle kapitaltab, der er realiseret i denne forbindelse, hvorimod der tages hensyn til et sådant kapitaltab, når den skattepligtige indehaver af værdipapirerne har sit skattemæssige hjemsted i nævnte medlemsstat på tidspunktet for afhændelsen. Det tilkommer medlemsstaterne, under overholdelse af EU-retten, og i det foreliggende tilfælde navnlig etableringsfriheden, at fastsætte nærmere bestemmelser om modregning og beregning af dette kapitaltab.**

Underskrifter