

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

M. POIARES MADURO

31 päivänä toukokuuta 2006¹

1. Monikansalliseen konserniin kuuluvien yhtiöiden tappioiden ja kulujen verokohtelua säänteleviä kansallisia järjestelmiä koskevien asioiden yhteydessä nousee yhteisön tasolla esiin uusia ja vaikeita kysymyksiä.² Kysymykset liittyvät siihen, ovatko nämä järjestelmät yhteensoveltuvia niiden EY:n perustamissopimuksen periaatteiden kanssa, joilla on tarkoitus varmistaa sisämarkkinoiden toteutuminen ja toiminta. Kussakin asiassa nousee esiin erityisluonteisia ongelmia, joten niitä on tutkittava erikseen. Samalla on tärkeää, että tältä osin vakiinnutetaan selvä ja johdonmukainen oikeuskäytäntö.

Nyt esillä olevassa asiassa on arvioitava sijoittautumisvapauden ja pääomien vapaan liikkuvuuden kannalta Saksan tuloverolainsäädännön säännöstä, jossa rajoitetaan Saksassa verotuksellisesti asuvan emoyhtiön mahdollisuuksia vähentää verotuksessa tappiot, jotka aiheutuvat niiden osuuksien arvosta tehdystä poistosta, joita tämä yhtiö omistaa toisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneista tytäryhtiöistä.

2. Yhteisöjen tuomioistuimella on asiassa Marks & Spencer³ äskettäin ollut tilaisuus ratkaista, onko Yhdistyneen kuningaskunnan niin sanottu konsernin sisäisen tappiontauksen järjestelmä, jossa emoyhtiön sallitaan tietyillä edellytyksillä vähentää tytäryhtiöidensä tappiot verotettavasta voitostaan, yhteensoveltuva yhteisön oikeuden kanssa.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt ja tosiseikat

3. Asian taustalla ovat seuraavat tosiseikat. Kaufhof-konserni luovutti 6.3.1995 tehdyllä sopimuksella konserniin kuuluneen yhtiön ITS Reisen GmbH:n (jäljempänä ITS), jonka toimialana oli matkailuala, Rewe Zentralfinanz eG -yhtiölle (jäljempänä Rewe). Rewen hankittua ITS:n omaisuuden sulautumisopimuksella siitä tuli viimeksi mainitun yleis-seuraannon saaja.

1 – Alkuperäinen kieli: portugali.

2 – Ks. vastaavasti asia C-168/01, Bosal, tuomio 18.9.2003 (Kok. 2003, s. I-9409) ja asia C-471/04, Keller Holding, tuomio 23.2.2006 (Kok. 2006, s. I-2107) sekä luonnollisten henkilöiden tulonmenetysten osalta asia C-152/03, Ritter-Coulais, tuomio 21.2.2006 (Kok. 2006, s. I-1711).

3 – Asia C-446/03, tuomio 13.12.2005 (Kok. 2005, s. I-10837).

4. ITS oli vuonna 1989 perustanut Alankomaihin tytäryhtiön Kaufhof-Tourism Holdings BV:n (jäljempänä KTH), jonka kaikki yhtiöosuudet se omisti. KTH perusti tähän samaan jäsenvaltioon osakkuusyhtiön International Tourism Investment Holding BV:n (jäljempänä ITIH), jonka osuuksista se omisti 100 prosenttia. Lisäksi ITIH hankki osuuksia kahdesta belgialaisesta yhtiöstä, yhdestä brittiläisestä yhtiöstä ja yhdestä espanjalaisesta yhtiöstä.

6. Verovuosina 1993 ja 1994 ITS teki osarvopoistot KTH:sta omistamansa osuuden kirjanpitoarvosta ja oikaisi ITIH:n brittiläistä ja espanjalaista tytäryhtiötä koskevien saatavien arvoa. Nämä toimenpiteet merkitsivät vuoden 1993 osalta 14 342 499 Saksan markan (DEM) suuruista kulukirjausta ja vuoden 1994 osalta 32 332 144 DEM:n suuruista kulukirjausta, joten kulukirjausten yhteismäärä oli yli 46 miljoonaa DEM.

7. Finanzamt Köln-Mitte (paikallinen vero toimisto) kuitenkin kieltäytyi hyväksymästä kulukirjauksia negatiivisina tuloina määritettäessä Rewen verotettavaa voittoa kahden riidanalaisen vuoden osalta sillä perusteella, että tämä oli EStG:n 2 a §:n 1 ja 2 momentin vastaista.

5. Yhtiöiden verotusta säännellään Saksassa yhteisöverolailalla (Körperschaftsteuergesetz, jäljempänä KStG), jossa viitataan tuloverolain (Einkommensteuergesetz, jäljempänä EStG) relevantteihin säännöksiin. KStG:n 1 §:n mukaan yhteisöjä, joiden asuinvaltio on Saksa, verotetaan kaikista maailmanlaajuisista voitoistaan. Tappiot, jotka ylittävät voitot, voidaan EStG:n 10 d §:n mukaan vähentää joko edeltävänä tai myöhempinä verovuosina. EStG:n 6 §:n mukaan verotettava voitoista vähennyskelpoisina liiketoiminnan kuluina voidaan lisäksi ottaa huomioon muun muassa poistot, joilla osakkuuksien arvo alennetaan niiden osa-arvoon. Nämä kulut vastaavat itse asiassa arviota siitä, kuinka paljon yhtiöstä omistetun osakkuuden arvo on laskenut hankintahinnasta yhtiön jatkuvien tappioiden vuoksi.

8. Tässä säännöksessä, jonka otsikko on Ulkomaihin liittyvät negatiiviset tulot, säädetään nimittäin seuraavaa:

”1. Negatiiviset tulot

– –

- 2) ulkomailla sijaitsevasta elinkeinotoimintaan käytetystä kiinteästä toimipaikasta,
- 3) a) siitä, että yhteisöstä, jonka johto tai kotipaikka ei ole Saksassa, (ulkomainen yhteisö) omistettu liikeomaisuuteen kuuluva osuus arvotetaan alempaan osa-arvoonsa – –

peräisin ulkomailla sijaitsevasta elinkeinotoimintaan käytetystä kiinteästä toimipaikasta, jonka yksinomaisena tai lähes yksinomaisena toimialana on muiden tavaroiden kuin aseiden valmistaminen tai toimittaminen, kaivostoiminta sekä liiketoimien suorittaminen, siltä osin kuin nämä eivät merkitse matkailua palvelevien laitosten perustamista tai käyttämistä tai hyödykkeiden vuokraamista, oikeuksien, suunnitelmien, mallien, menetelmien, kokemuksen ja tietämyksen luovuttaminen mukaan lukien; vähintään neljänneksen suuruisen osuuden välitön omistaminen sellaisen pääomayhtiön nimellispääomasta, jonka yksinomaisena tai lähes yksinomaisena toimialana ovat edellä mainitut toiminnot, sekä osuuden omistamiseen liittyvä rahoitus ovat liiketoimien suorittamista, jos pääomayhtiön johto ja kotipaikka eivät ole Saksassa. – – ”

--

saadaan vähentää ainoastaan samanlaatuista ja – – samasta valtiosta saaduista positiivisista tuloista – – ; niitä ei saada vähentää myöskään 10 d §:n mukaisesti. Voittojen vähenemiset rinnastetaan negatiivisiin tuloihin. Siltä osin kuin negatiivisia tuloja ei voida vähentää ensimmäisen virkkeen perusteella, ne vähennetään samanlaatuista positiivisista tuloista, joita verovelvollinen saa seuraavina verovuosina samasta valtiosta. – –

9. On kiistatonta, ettei ITS:llä ollut riidanalaisina vuosina positiivisia tuloja alankomaalaisesta tytäryhtiöstään KTH:sta. EStG:n 2 a §:n 2 momentissa säädetyn poikkeuksen edellytykset eivät myöskään olleet täyttyneet, sillä KTH ei harjoita mitään ”aktiiviseksi toiminnoiksi” luonnehdituista etuoikeutetuista toiminnoista, jotka mainitaan EStG:n 2 a §:n 2 momentin ensimmäisessä virkkeessä, eikä se omista välittömästi osuuksia pääomayhtiössä, jonka toimialana on jokin etuoikeutetuista toiminnoista.

2. Tämän pykälän 1 momentin ensimmäisen virkkeen 2 kohtaa ei sovelleta, jos verovelvollinen osoittaa, että negatiiviset tulot ovat

10. Näiden toteamusten perusteella Finanzamt Köln-Mitte teki Rewen yhteisöveroa

koskevia muutospäätöksiä. Rewe teki verohallinnolle oikaisuvaatimuksen. Koska oikaisuvaatimus hylättiin, Rewe nosti Finanzgericht Kölnissä kanteen, jossa se vaati kaikkien niiden liiketoiminnan kulujen huomioon ottamista, jotka liittyivät osuuksiin, joita se omisti Alankomaihin, Yhdistyneeseen kuningaskuntaan ja Espanjaan sijoittautuneista yhtiöistä. Valituksensa tueksi Rewe väitti, että EStG:n 2 a §:n soveltaminen merkitsee yhteisön oikeuden vastaista syrjintää.

11. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on samaa mieltä. Se toteaa, että sovellettavasta oikeudesta seuraa, että kun saksalaisesta yhtiöstä omistettujen osuuksien arvosta tehdyt poistot voidaan pääsääntöisesti ottaa verotuksessa rajoituksesta huomioon määrítettäessä nämä osuudet omistavan yhtiön verotettavaa voittoa, toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneesta yhtiöstä omistettujen osuuksien arvosta tehdyt poistot voidaan ottaa huomioon vain rajatuissa tapauksissa eli joko silloin, kun tästä toisesta jäsenvaltiosta peräisin olevat positiiviset tulot kattavat nämä kulut, tai silloin, kun EStG:n 2 a §:n 2 momentissa säädetyn poikkeusjärjestelyn edellytykset täyttyvät. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mielestä on näin ollen selvää, että tällainen ulkomaille tehtyihin investointeihin liittyvien tappioiden vähennyskelpoisuuden rajoittaminen estää vapaata sijoittautumista toiseen jäsenvaltioon sekä pääomien vapaata liikkuvuutta, joita yhteisön oikeus suojaa.

12. Tästä vakuuttuneena ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko [EY 43] artiklaa yhdessä [EY 48] ja [EY 56] artiklan ja sitä seuraavien artiklojen kanssa tulkittava siten, että niiden kanssa on ristiriidassa pääasiassa kyseessä olevan EStG:n 2 a §:n 1 momentin 3 kohdan a alakohdan ja 2 momentin kaltainen lainsäädäntö, jossa rajoitetaan välitöntä oikeutta vähentää verotuksessa tappiot, jotka ovat aiheutuneet toisissa jäsenvaltioissa sijaitsevista tytäryhtiöissä omistettujen osuuksien arvosta tehdyistä poistoista, silloin, kun nämä tytäryhtiöt harjoittavat kansallisessa säännöksessä tarkoitettuja passiivisia toimintoja ja/tai kun ne harjoittavat kansallisessa säännöksessä tarkoitettuja aktiivisia toimintoja vain omien tyttärentytäryhtiöidensä välityksellä, kun puolestaan kotimaisissa tytäryhtiöissä omistetuista osuuksista on mahdollista tehdä poistoja ilman kyseisiä rajoituksia?”

II Tapauksen tarkastelu

A Sijoittautumisvapauden rajoittaminen

13. EY 43 artiklan mukainen sijoittautumisvapaus merkitsee, että yhteisön kansalaisilla

on oikeus ryhtyä harjoittamaan ja harjoittaa itsenäistä ammattia sekä oikeus perustaa ja johtaa yrityksiä niillä edellytyksillä, jotka sijoittautumisvaltion lainsäädännön mukaan koskevat sen kansalaisia. EY 48 artiklan mukaan sijoittautumisvapaus takaa niille jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti perustetuille yhtiöille, joiden sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on yhteisön alueella, oikeuden harjoittaa toimintaansa kyseisessä jäsenvaltiossa tytäryhtiön, sivuliikkeen tai kauppaedustajan liikkeen välityksellä.⁴

14. Asiassa Baars annetusta tuomiosta ilmenee, että jäsenvaltion kansalainen käyttää sijoittautumisoikeuttaan, kun hän omistaa toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneen yhtiön pääomasta sellaisen osuuden, joka antaa hänelle selvän vaikutusvallan yhtiön päätöksiin ja mahdollisuuden määrätä yhtiön toiminnasta.⁵ On epäilemättä kysymys tällaisesta tilanteesta, kun – kuten nyt esillä olevassa asiassa – Rewen kaltainen yhtiö omistaa 100 prosentin osuuden sellaisen yhtiön pääomasta, jonka kotipaikka on toisessa jäsenvaltiossa ja joka puolestaan omistaa 100 prosenttia sellaisen yhtiön osuuksista, joka omistaa osuuksia toisissa jäsenvaltioissa sijaitsevien eri yhtiöiden pääomasta. Tästä seuraa, että ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tarkoittama tilanne, joka koskee Rewen tappioita, jotka johtuvat osuudesta, jonka se omistaa Alankomaihin

sijoittautuneesta tytäryhtiöstään KTH:sta, ja osuuksista, joita KTH omistaa ulkomaisesta tytäryhtiön tytäryhtiöstä, kuuluu sijoittautumisvapautta koskevien perustamissopimuksen määräysten soveltamisalaan.

15. On kuitenkin muistutettava, että vaikka sijoittautumisvapautta koskevien määräysten tarkoituksena on niiden sanamuodon mukaan varmistaa se, että muista jäsenvaltioista tulevia kohdellaan vastaanottavassa jäsenvaltiossa samalla tavalla kuin sen omia kansalaisia, niiden vastaista on myös se, että jäsenvaltio, josta henkilö tai yhtiö on lähtöisin, estää omaa kansalaistaan tai oman lainsäädäntönsä mukaisesti perustettua yhtiötä sijoittautumasta toiseen jäsenvaltioon.⁶ Vakiintuneen käsityksen mukaan perustamissopimus on esteenä kaikille ”poistumista koskeville rajoituksille”, joille on ominaista, että jäsenvaltion lainsäädännön mukaan yhtiöitä, joilla on verotuksellinen asuinpaikka tässä jäsenvaltiossa ja jotka haluavat perustaa tytäryhtiöitä muihin jäsenvaltioihin, kohdellaan epäedullisesti.

16. Verotukselliset rajoitukset ovat perustamissopimuksessa kiellettyä epäedullista kohtelua. Vakiintuneessa oikeuskäytännössä on nimittäin katsottu, että välitön verotus kuuluu jäsenvaltioiden toimivaltaan, mutta jäsenvaltioiden on tätä toimivaltaansa käytäessään noudatettava yhteisön oikeutta.⁷

4 – Ks. erityisesti asia C-307/97, Saint-Gobain ZN, tuomio 21.9.1999 (Kok. 1999, s. I-6161, 35 kohta).

5 – Asia C-251/98, Baars, tuomio 13.4.2000 (Kok. 2000, s. I-2787, 22 kohta). Ks. myös asia C-436/00, X ja Y, tuomio 21.11.2002 (Kok. 2002, s. I-10829, 37 kohta).

6 – Asia C-264/96, ICI, tuomio 16.7.1998 (Kok. 1998, s. I-4695, 21 kohta).

7 – Ks. em. asia Marks & Spencer, tuomion 29 kohta, jossa lainataan yhdistetyissä asioissa C-397/98 ja C-410/98, Metallgesellschaft ym., 8.3.2001 annettua tuomiota (Kok. 2001, s. I-1727, 37 kohta).

17. Pääasiassa kyseessä olevan lainsäädännön mukaan tappiot, jotka liittyvät Saksassa sijaitsevasta tytäryhtiöstä omistettujen osuuksien arvosta tehtyyn poistoon, otetaan rajoituksetta huomioon määritettäessä verovelvollisten yhtiöiden verotettavaa voittoa. Samanluonteiset tappiot, jotka aiheutuvat toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneesta tytäryhtiöstä omistetuista osuuksista, sitä vastoin ovat Saksassa verovelvollisen yhtiön verotuksessa vähennyskelpoisia vain tietyillä tuloihin tai harjoitettuun toimintaan liittyvillä edellytyksillä.

18. Tästä seuraa, että yhtiön, jolla on Rewen tavoin tytäryhtiö Alankomaissa, verotuksellinen tilanne on epäedullisempi kuin siinä tapauksessa, että tytäryhtiö olisi sijoittautunut Saksaan. Ulkomaisesta tytäryhtiöstä omistetuista osuuksista aiheutuneet tappiot voidaan kylläkin ottaa huomioon siinä tapauksessa, että tytäryhtiö tuottaa myöhemmin positiivisia tuloja. Tästä huolimatta emoyhtiöltä evätään tässäkin tapauksessa mahdollisuus tappioiden välittömään huomioon ottamiseen. Tämä kotimaisia tytäryhtiöitä omistaville yhtiöille annettu mahdollisuus parantaa niiden taloudellista tilannetta.⁸ Tällaisen edun epääminen yhtiöiltä, joilla on ulkomaisia tytäryhtiöitä, on omiaan heikentämään halukkuutta perustaa tytäryhtiöitä toisiin jäsenvaltioihin.

19. Kun tämä erilainen kohtelu otetaan huomioon, emoyhtiö saattaa siis luopua

harjoittamasta toimintaansa toisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden tytäryhtiöiden tai tytäryhtiöiden tytäryhtiöiden välityksellä.⁹

20. Saksan hallitus väittää kuitenkin, että tämä erilainen kohtelu ei ole perustamissopimuksessa kiellettyä syrjintää, koska Saksaan sijoittautuneen tytäryhtiön tilanne ei ole rinnastettavissa toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneen tytäryhtiön tilanteeseen. Saksan hallituksen mukaan yhteisöjen tuomioistuin on tunnustanut, että tytäryhtiöt ovat itsenäisiä oikeushenkilöitä, joita verotetaan erikseen alueella, jolle ne ovat sijoittautuneet. Poistoja ja saatavia vastaavat tappiot voidaan näin ollen ottaa huomioon tytäryhtiöiden veroilmoituksessa jäsenvaltiossa, johon ne ovat sijoittautuneet.

21. Näitä väitteitä ja perusteluja ei voida hyväksyä. Pääasiassa kyseessä oleva erilainen verotuksellinen kohtelu ei koske tytäryhtiöiden tilannetta vaan Saksassa verotuksellisesti asuvien yhtiöiden tilannetta sen mukaan, onko näillä toisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneita tytäryhtiöitä vai ei. Tältä osin riittää, kun todetaan yhtäältä, että kyseiset tappiot ovat emoyhtiöiden tappioita, ja toisaalta, että emoyhtiöitä ei veroteta tytäryhtiöiden voi-

8 – Ks. vastaavasti em. asia Marks & Spencer, tuomion 32 kohta.

9 – Ks. vastaavasti em. asia Bosal, tuomion 27 kohta.

toista, olivat nämä sitten peräisin Saksassa verotettavista tytäryhtiöistä tai toisissa jäsenvaltioissa verotettavista tytäryhtiöistä.¹⁰ Emoyhtiöiden erilainen kohtelu ei siis riipu siitä, verotetaanko niiden tytäryhtiöitä erikseen.

22. Edellä olevasta analyysistä seuraa, että toisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden tytäryhtiöiden pääomasta omistetuista osuiksista tehdyistä poistoista aiheutuvien kulkurajusten vähennyskelpoisuuden rajoittaminen, sellaisena kuin tästä säädetään EstG:n 2 a §:n 1 momentin 3 a kohdassa ja 2 momentissa, rajoittaa sijoittautumisvapautta, kuten ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuinkin katsoo.

23. Tällainen rajoitus on sallittu ainoastaan, jos sillä pyritään perustamissopimuksen mukaiseen lailliseen tavoitteeseen ja jos se voidaan perustella yleistä etua koskevilla pakottavilla syillä. Lisäksi tällöin on välttämätöntä, että rajoituksella voidaan taata kyseisen tavoitteen saavuttaminen ja ettei sillä ylitetä sitä, mikä on tarpeen tavoitteen saavuttamiseksi.¹¹

B Riidanalaisen lainsäädännön oikeuttamisperusteet

24. Saksa hallitus esittää riidanalaisen toimenpiteen tueksi useita oikeudellisia väit-

teitä ja perusteluja, joissa tuodaan esiin näkökohtia, jotka ovat samalla poliittisia (verotusvallan tasapainoinen jakaantuminen), eettisiä (petostarkoituksessa tapahtuvan tappioiden kaksinkertaisen käyttämisen ja veronkierron vaara), hallinnollisia (valvonnan tehokkuuden varmistaminen), systemiisiä (verojärjestelmän yhtenäisyyden säilyttämisen tarve) ja taloudellisia (valtiontaloudelle aiheutuvien tappioiden vaara). Saksan hallitus väittää saavansa tukea tälle argumentaatiolle edellä mainitussa asiassa Marks & Spencer annetusta tuomiosta. Oikeuttamisperusteiden analysointi on siis aloitettava tarkastelemalla tätä tuomiota.

1. Verotusvallan tasapainoinen jakaantuminen jäsenvaltioiden välillä

25. Yhteisöjen tuomioistuin on asiassa Marks & Spencer antamassaan tuomiosta ensimmäisen kerran tunnustanut, että arvioitaessa verolainsäädännön yhteensoveltuvuutta perusvapauksien kanssa huomioon on otettava periaate, joka koskee verotusvallan tasapainoista jakaantumista jäsenvaltioiden välillä.¹² Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin myös pitänyt huolen tämän periaatteen soveltamisedellytysten täsmentämisestä ja rajaamisesta.

26. Yhtäältä tällaisella vaatimuksella on merkitystä vain siinä vaiheessa, kun kyseessä

¹⁰ – Ibidem, tuomion 39 kohta.

¹¹ – Ks. vastaavasti asia C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, tuomio 11.3.2004 (Kok. 2004, s. I-2409, 49 kohta).

¹² – Tuomion 46 kohta.

olevaa rajoittavaa toimenpidettä perustellaan. Tähän vaatimukseen ei voida vedota siinä yhteydessä, kun sijoittautumisvapauksen kohdistuvaa rajoitusta analysoidaan, siten kuin Saksan hallitus tekee nyt esillä olevassa asiassa. Toisaalta tällä oikeuttamisperusteella on yhteisössä merkitys, joka on syytä rajata huolellisesti.

27. Tältä osin Saksan hallitus ilmeisesti katsoo, että tämä vaatimus voi mahdollistaa tiettyjen syrjinnän muotojen sulkemisen liikkumisvapauksien soveltamisalan ulkopuolelle. Saksan hallituksen argumentaatio nimittäin perustuu yhtiön voittojen verottamista koskevan oikeuden ja tämän yhtiön tappioiden huomioon ottamista koskevan velvollisuuden välistä *symmetriaa koskevaan sääntöön*. Koska voitot ja tappiot ovat verotuksen alalla saman mitalin kaksi eri puolta, Saksan veroviranomaisilla ei pitäisi olla velvollisuutta ottaa huomioon toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneen tytäryhtiön toimintaan liittyviä tappioita Saksassa verotuksellisesti asuvan emoyhtiön verotuksessa, jos näillä viranomaisilla ei ole oikeutta verottaa tämän tytäryhtiön voittoja. Saksan hallituksen mukaan vain tällainen toimivallan jakaantumista koskeva sääntö mahdollistaa jäsenvaltioiden verotuksellisen suvereniteetin kunnioittamisen ja kansainvälisen vero-oikeuden sääntöjen noudattamisen.

28. Tätä tapaa määritellä verotusvallan tasapainoisen jakaantumisen vaatimus ei voida hyväksyä. Näin tarkasteltuna vaatimus ei nimittäin olennaisesti eroa puhtaasti taloudellisesta oikeuttamisperusteesta. Tällainen tulkinta mahdollistaisi sen, että jäsenvaltio voisi järjestelmällisesti kieltäytyä myöntä-

mästä verotuksellista etua yritykselle sillä perusteella, että yritys on alkanut harjoittaa rajat ylittävää taloudellista toimintaa, jonka tarkoitus ei ole saada aikaan verotuloja tässä valtiossa. Yhteisöjen tuomioistuin sitä paitsi on edellä mainitussa asiassa Marks & Spencer antamassaan tuomiossa nimenomaisesti hylännyt oikeuttamisperusteen tässä muodossa. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että juuri tämän oikeuttamisperusteena esitetyn seikan osalta on huomautettava, että verotulojen vähentymistä ei voida pitää sellaisena yleistä etua koskevana pakottavana syynä, johon voidaan vedota lähtökohtaisesti perusvapauden vastaisen toimenpiteen oikeuttamiseksi.¹³

29. Periaate, jonka mukaan jäsenvaltioilla on edelleen vapaus määritellä, miten ne järjestävät verojärjestelmänsä, ja jakaa verotusvaltansa keskenään, on kylläkin otettava huomioon.¹⁴ On kuitenkin kiistatonta, että perusvapaudet asettavat jäsenvaltioille tiettyjä vaatimuksia sen osalta, miten ne käyttävät toimivaltaansa tällä alalla. Näiden vaatimusten keskeinen osa on sen velvollisuuden noudattaminen, että rajat ylittävää toimintaa harjoittavia verovelvollisia ei saa mitenkään asettaa huonompaan asemaan suhteessa kotimaisiin verovelvollisiin, vaikka tämä vähentäisi kyseisen valtion verotuloja.

13 – Em. asia Marks & Spencer, tuomion 44 kohta, joka vastaa vakiintunutta oikeuskäytäntöä, johon viitataan erityisesti asiassa C-319/02, Manninen, 7.9.2004 annetussa tuomiossa (Kok. 2004, s. I-7477, 49 kohta).

14 – Ks. erityisesti asia C-451/99, Cura Anlagen, tuomio 21.3.2002 (Kok. 2002, s. I-3193, 40 kohta).

30. Yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut tämän kannan paikkansapitävyyden erityisesti edellä mainitussa asiassa Bosal antamassaan tuomiossa. Tässä asiassa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että perustamissopimus on esteenä kansalliselle säännökselle, jonka mukaan kulut, jotka liittyvät alankomaalaisen emoyhtiön toiseen jäsenvaltioon sijoitautuneen tytäryhtiön yhtiöpääomasta omistamaan osuuteen, saadaan vähentää vain, jos nämä kulut välillisesti myötävaikuttavat Alankomaissa verotettavan voiton saamiseen. Tämä ratkaisu on kyseenalaistettu sillä perusteella, että siinä on jätetty huomiotta jäsenvaltioiden verotusvallan oikeaa jakaantumista koskeva periaate. Koska alankomaalaisen emoyhtiön maksamat maksut kohdistuivat *taloudellisesti* sen toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneen tytäryhtiön voittoihin, olisi ollut *oikeudellisesti* johdonmukaisempaa pitää näitä maksuja ulkomaisina kuluina, jotka voidaan ottaa huomioon vain kyseisten voittojen lähdevaltiossa.¹⁵ Tässä kannassa ei kuitenkaan oteta riittävästi huomioon sisämarkkinoiden muodostamassa laajentuneessa toimintaympäristössä toimivan yhteisön kansalaisen tilannetta. Tätä tilannetta ei saa arvioida eri tavalla sen mukaan, minkä alueen verotuksesta on kysymys, vaan sitä on arvioitava kokonaisuutena. Tältä kannalta katsottuna on selvää, ettei sitä, että emoyhtiöitä kohdellaan verotuksessa eri tavalla sen mukaan, onko niillä ulkomaisia tytäryhtiöitä, voida perustella sillä, että ne ovat siirtäneet taloudellisia resursseja sellaiselle Euroopan unionin alueen osalle, jolla kyseinen valtio ei voi käyttää verotusvaltaansa. Toiseen ratkaisuun päätyminen tekisi perustamissopimuksessa määrätyt perusva-

paudet käytännössä toimimattomiksi, kun ei ole olemassa alaa koskevia yhteisön sääntöjä.

31. Lisäksi on todettava, että jos Saksan hallituksen puoltama symmetriaan perustuva päättely täytyisi hyväksyä verotuksen alalla, ei olisi ymmärrettävissä, miksi sitä ei laajennettaisi koskemaan muitakin liikkumisvapauksien kohteena olevia aloja. Samalla tavalla kuin voitaisiin vedota verotusvallan jakaantumisen periaatteeseen, olisi siten sallittua vedota yleisesti sääntelytoimivallan jakaantumisen periaatteeseen. Tämän periaatteen mukaan jäsenvaltiolla olisi oikeus kieltäytyä ottamasta huomioon rajat ylittäviä taloudellisia tilanteita, jotka saattaisivat kyseenalaistaa sen sääntelyvapauden. Esimerkiksi tavarantoiminnan, joka on lainmukaisesti tuotettu toisen jäsenvaltion asettamien vaatimusten mukaisesti, pääsy kansallisille markkinoille voitaisiin estää sillä perusteella, ettei se ole näillä markkinoilla voimassa olevien lakisääntöjen vaatimusten mukainen. Tavaroiden vapaa liikkuvuus supistuisi tällöin puhtaasti muodolliseksi syrjintäkielloksi, joka edellyttää saman kohtelun soveltamista pelkästään tuotteisiin, jotka kuuluvat kyseisen valtion lainsäädännön alaisuuteen. Tällainen tulos olisi täydellisessä ristiriidassa yhteisöjen tuomioistuimen tätä alaa koskevan vakiintuneen oikeuskäytännön kanssa.¹⁶

32. Verotusvallan tasapainoista jakaantumista koskevalle oikeutetulle vaatimukselle

15 – Ks. vastaavasti julkisasiamies Geelhoedin asiassa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, 23.2.2006 esittämä ratkaisuehdotus (62 ja 63 kohta, asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa kesken). Ks. myös Weber, D., "The *Bosal Holding Case*: Analysis and Critique", *EC Tax Review*, 2003-4, s. 220 ja Wattel, P. J., "Red Herrings in Direct Tax Cases before the ECJ", *Legal Issues of Economic Integration*, 2004, nro 2, s. 81–95, erityisesti s. 89 ja 90.

16 – Tältä osin ks. asia 120/78, *Rewe-Zentral*, tuomio 20.2.1979 (Kok. 1979, s. 649, Kok. Ep. IV, s. 403; ns. *Cassis de Dijon* -tapaus).

ei näin ollen voida antaa yhteisössä tällaista merkitystä. Vaikka yhteisöjen tuomioistuin on asiassa Marks & Spencer antamassaan tuomiossa hyväksynyt oikeuttamisperusteena esitetyn seikan, joka perustui tähän vaatimukseen, tämä liittyy kuitenkin vain niihin väärinkäytös- tai petosriskeihin, joita jäsenvaltioiden verotustoimivallan huono yhteensovittaminen saattaa tietyissä tapauksissa aiheuttaa. Koska verolainsäädäntöä ei ole yhdenmukaistettu, on aihetta pelätä, että liikkumisvapauksien käyttäminen johtaa todellisen ”tappiokeinottelun” kehittymiseen yhteisön tasolla. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on todennut tässä asiassa antamassaan tuomiossa, ”se, että yhtiöille annetaan mahdollisuus valita, otetaanko niiden tappiot huomioon siinä jäsenvaltiossa, johon ne ovat sijoittautuneet, vai jossakin toisessa jäsenvaltiossa, vaarantaisi näet huomattavasti verotusvallan tasapainoisen jakaantumisen jäsenvaltioiden välillä, koska veron määrääytymisperuste kasvaisi ensimmäisessä valtiossa ja pienenesi jälkimmäisessä valtiossa siirrettyjen tappioiden määrää vastaavasti”.¹⁷ Taloudelliset toimijat saivat tällöin siirtää tappionsa yhtiöihin, jotka ovat sijoittautuneet jäsenvaltioihin, joissa veroprosentit ovat korkeimmat ja joissa tappioiden verotuksellinen arvo on näin ollen kaikkein suurin. Tällainen tilanne olisi omiaan saattamaan kyseenalaiseksi neutraalisuuden, jota yhteisön oikeudessa edellytetään kansallisten verojärjestelmien osalta.¹⁸

33. Tämän neutraalisuusperiaatteen mukaan taloudelliset toimijat eivät saa käyttää sijoit-

tautumisoikeutta sellaisten etujen hankkimiseen, jotka eivät liity liikkumisvapauksien käyttämiseen. Näin kuitenkin olisi, jos toiminta siirrettäisiin yhteisössä pelkästään verotuksellisista syistä ilman mitään halua sijoittautua todellisesti ja integroitua vastaanottavan yhteiskunnan talouteen ja ainoana tarkoituksena olisi kiertää väärinkäytöstarkoituksessa kansallisia lainsäädäntöjä tai hyödyntää keinotekoisesti näiden lainsäädäntöjen välisiä eroja.¹⁹ Jos tällainen väärinkäytön vaara ilmenee, saattaa – kuten yhteisöjen tuomioistuin on todennut asiassa Marks & Spencer antamassaan tuomiossa – olla tarpeen, että yhtiöiden, jotka ovat sijoittautuneet johonkin näistä valtioista, taloudelliseen toimintaan sovelletaan pelkästään kyseisen valtion verosääntöjä niin voittojen kuin tappioidenkin osalta.²⁰ Mielestäni tämä on verotusvallan jakaantumista koskevan vaatimuksen todellinen merkitys yhteisössä.

34. On vielä osoitettava, että tällainen riski on olemassa. Tästä syystä yhteisöjen tuomioistuin katsoi asiassa Marks & Spencer antamassaan tuomiossa, että oikeuttamisperusteena esitettyä seikkaa, joka perustui jäsenvaltioiden välisen verotusvallan jaon säilyttämiseen, ei voitu irrottaa kahdesta muusta oikeuttamisperusteena esitetystä seikasta, jotka koskivat yhtäältä tappioiden kaksinkertaisen käytön vaaraa ja toisaalta veronkierron vaaraa. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että riidanalainen rajoittava lainsäädäntö voitiin osoittaa perustelluksi vain, kun näitä kolmea oikeuttamisperusteena esitettyä seikkaa ”tarkastel[tiin] yhdessä”.²¹

17 – Tuomion 46 kohta.

18 – Tältä osin ks. em. asiassa Marks & Spencer esittämäni ratkaisuehdotus, 67 kohta.

19 – Ks. vastaavasti julkisasiamies Léger'n asiassa C-196/04, Cadbury Schweppes ja Cadbury Schweppes Overseas, 2.5.2006 esittämä ratkaisuehdotus (asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa kesken).

20 – Tuomion 45 kohta.

21 – Tuomion 51 kohta.

35. On siis selvitettävä, ovatko tappioiden kaksinkertaisen käytön vaara ja veronkierron vaara olemassa nyt esillä olevassa asiassa, kuten Saksan hallitus väittää.

seen. Tämän vuoksi ei voida katsoa, että se, että emoyhtiön sallitaan tehdä tällainen vähennys, aiheuttaisi *samojen* tappioiden kaksinkertaisen käytön vaaran.

2. Tappioiden kaksinkertaisen käytön vaara

36. Saksan hallitus toteaa, että riidanalainen lainsäädäntö on asiassa Marks & Spencer kyseessä olleen lainsäädännön tavoin tarpeellinen sen estämiseksi, että yhtiö voisi saada moninkertaisia veroetuja siten, että ulkomailla aiheutuneet tappiot otetaan huomioon kahteen kertaan.

38. Vaikka myönnettäisiin, että näiden kahden tappioiden tyyppien välillä on Saksan hallituksen väittämä taloudellinen yhteys, jolloin tytäryhtiöiden tappioiden ja emoyhtiön tappioiden erillistä huomioon ottamista pidettäisiin "tappioiden kaksinkertaisena käyttönä", tämä kaksinkertainen käyttö ei nyt esillä olevassa asiassa liity nimenomaisesti toiminnan siirtämiseen toiseen jäsenvaltioon. Väitetty "kaksinkertainen etu" ei nimittäin koske vain rajat ylittävää toimintaa harjoittavia yhtiöitä. Emoyhtiö, jolla on tytäryhtiöitä Saksassa, voisi vähentää verotettavasta voitostaan poiston, joka alentaa sen näistä tytäryhtiöistä omistamat osuudet niiden osa-arvoon, ilman että tämä estäisi tytäryhtiöitä käyttämästä omia tappioitaan omassa verotuksessaan tässä samassa jäsenvaltiossa. Tämä tappioiden kaksinkertainen käyttö ei näin ollen mitenkään liity verotusvallan jakaantumiseen jäsenvaltioiden välillä, eikä sillä voida perustella sijoittautumisvapauden rajoittamista.

37. Tällä väitteellä ei ole merkitystä nyt esillä olevassa asiassa. Tässä asiassa kyseessä olevat tappiot eivät nimittäin ole itsenäisille tytäryhtiöille ulkomailla aiheutuneita tappioita, jotka on sitten siirretty vähennettäväksi emoyhtiön voitoista, kuten asiassa Marks & Spencer. Kysymys on tappioista, joita emoyhtiölle on aiheutunut ulkomaisista tytäryhtiöistä omistettujen osuuksien arvonalennuksesta. Niitä ei saa sekoittaa tytäryhtiöiden omiin tappioihin. Näitä kahta tappioiden tyyppiä käsitellään verotuksessa erik-

3. Veronkierron vaara

39. Saksan hallitus esittää tältä osin pääasiallisesti kaksi väitettä. Se väittää ensinnäkin, että saksalaisilla yhtiöillä on taipumus siirtää tietyn tyyppiset taloudelliset toiminnot

Saksan alueen ja Saksan veroviranomaisten valvonnan ulkopuolelle. Toiseksi se huomauttaa, että tähän lainsäädäntöön on antanut aiheutta se, että tietyt – erityisesti matkailualan – yhtiöt siirtävät tappioita tyypillisesti tuottavat toiminnot toisiin jäsenvaltioihin pelkäämään pienentääkseen verotettavia voittojaan. Saksan hallituksen mukaan on katsottava, että tämänkaltaisen lainsäädäntö on tarpeen, jotta ei olisi mahdollista luoda keinotekoisia järjestelyjä.

40. Ensimmäisen väitteen osalta riittää, kun muistutetaan, että kaikki toiminnan siirtäminen jäsenvaltion alueen ulkopuolelle ei ole sellaisenaan veronkiertoa. On selvää, että taloudellisen toiminnan siirtäminen jäsenvaltion alueen ulkopuolelle johtaa siihen, että valtio menettää verotuloja. Tämän menetyksen ei kuitenkaan voida katsoa johtuvan veronkierrosta. Tässä tapauksessa se on pelkäämään seurausta perustamissopimuksessa taatuista perusvapauksista johtuvien oikeuksien käyttämisestä. Sitä, että yhtiö omistaa osuuksia toisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneista tytäryhtiöistä, ei voida pitää perusteena yleiselle veronkiertoa tai veropetosta koskevalle olettamalle, eikä se voi tehdä rajoittavaa verotuksellista toimenpidettä perustelluksi.²²

41. Toisen väitteen osalta on todettava, ettei pelkäämään se seikka, että Saksan veroviran-

omaiset ovat määrättyllä toimialalla kuten matkailualalla todenneet tapauksia, joissa Saksassa verotuksellisesti asuvien yhtiöiden ulkomaisilla tytäryhtiöillä on huomattavia ja jatkuvia tappioita, riittä näyttämään toteen keinotekoisien järjestelyjen olemassaoloa. On muistutettava, että vaikka veronkierron vaaran katsottaisiin olevan olemassa, on kuitenkin aina varmistuttava siitä, ettei kyseessä olevalla toimenpiteellä ylitetä sitä, mikä on tarpeen asetetun tavoitteen saavuttamiseksi.²³ Ei kuitenkaan voida katsoa, että veronkierron vaara tekisi perustelluksi riidanalaisen lainsäädännön kaltaisen lainsäädännön, joka koskee *yleisesti* kaikkia tilanteita, joissa konsernin tytäryhtiöt ovat syystä tai toisesta sijoittautuneet toisiin jäsenvaltioihin, sillä tällöin ylitetään se, mikä on tarpeen sen tavoitteen saavuttamiseksi, jota lainsäädännöllä väitetään tavoiteltavan. Tämä ilmenee vakiintuneesta oikeuskäytännöstä.²⁴

42. Saksan hallitus ei ole myöskään osoittanut yhteisöjen tuomioistuimelle, miksi tällainen vaara koskee erityisesti tytäryhtiöiden perustamista ulkomaille eikä niinkään kotimaisten tytäryhtiöiden perustamista. On todennäköistä, että Saksan hallitus on tällä väitteellä pyrkinyt myös korostamaan valvontatoimivaltansa rajoja rajat ylittävien toimien osalta.

22 – Ks. vastaavasti em. asia X ja Y, tuomion 62 kohta.

23 – Em. asia Marks & Spencer, tuomion 53 kohta.

24 – Ks. em. asia ICI, tuomion 26 kohta.

4. Verovalvonnan tehokkuus

43. Saksan hallituksen mukaan kansallisilla veroviranomaisilla on hyvin rajalliset mahdollisuudet valvoa ulkomailla toteutettavia toimia. Veroviranomaisten harjoittamaa valvontaa voitaisiin helpottaa soveltamalla alueperiaatetta siten, ettei ulkomaisia negatiivisia tuloja otettaisi huomioon Saksassa verotuksellisesti asuvien yhtiöiden verotettavassa voitossa.

44. Tätä väitettä ei voida hyväksyä. Yhteisöjen tuomioistuin on kylläkin toistuvasti katsonut, että verovalvonnan tehokkuudella voidaan perustella lainsäädäntöä, joka on omiaan rajoittamaan perusvapauksia.²⁵ Tästä seuraa, että jäsenvaltio saa soveltaa toimenpiteitä, jotka mahdollistavat niiden kulujen määrän selvän ja täsmällisen todentamisen, jotka ovat tässä valtiossa vähennyskelpoisia ulkomaisten tytäryhtiöiden pääomasta omistettujen osuuksien perusteella. Tällainen näkökohta ei kuitenkaan voi tehdä perustelluksi sitä, että kyseinen valtio voisi asettaa tälle vähennykselle erilaisia edellytyksiä siitä riippuen, onko kyse tämän jäsenvaltion alueelle vai toisten jäsenvaltioiden alueelle sijoittautuneista tytäryhtiöistä omistetuista osuuksista.

45. Tältä osin on muistutettava, että jäsenvaltioilla on käytössään välineitä yhteistyön lujittamiseksi jäsenvaltioiden toimivaltaisten viranomaisten keskinäisestä avusta välittö-

mien verojen alalla 19 päivänä joulukuuta 1977 annetun neuvoston direktiivin 77/799/ETY²⁶ nojalla. Näiden säännösten mukaan jäsenvaltion toimivaltaiset viranomaiset voivat pyytää toisen jäsenvaltion toimivaltaisilta viranomaisilta kaikki tiedot, jotka saattavat auttaa niitä määräämään yhtiöveron oikein.

46. Saksan hallitus väittää, että vaikka yhteistyö toisen jäsenvaltion viranomaisten kanssa olisi hedelmällistä, ulkomaisten toimien valvonta on silti usein erittäin vaikeaa ja virheellisten ilmoitusten selville saamisen mahdollisuus on paljon pienempi. On kuitenkin korostettava, että direktiivillä 77/799 luodaan sellaiset mahdollisuudet saada tarvittavia tietoja, jotka ovat verrattavissa veroviranomaisten vastaaviin mahdollisuuksiin valtion sisällä.²⁷ Toteaa lisäksi yhtäältä, että sisämarkkinoiden toteuttamisen yhteydessä jäsenvaltioiden verohallintojen välisten suhteiden on perustuttava vastavuoroisen luottamuksen periaatteeseen.²⁸ Tältä osin ei ole syytä olettaa, että kansallisten verohallintojen etujen mukaista olisi suvaita alueellaan verotuksellisia tilanteita, jotka ovat valtion niitä sääntelevän oikeuden vastaisia. Toisaalta mikään ei estä kyseisiä veroviranomaisia vaatimasta verovelvolliselta itseltään tie-

25 – Asia C-250/95, Futura Participations ja Singer, tuomio 15.5.1997 (Kok. 1997, s. I-2471) ja asia C-55/98, Vestergaard, tuomio 28.10.1999 (Kok. 1999, s. I-7641, 23 kohta).

26 – EYVL L 336, s. 15. Direktiivi sellaisena kuin se on muutettuna 21.4.2004 annetulla neuvoston direktiivillä 2004/56/EY (EUVL L 127, s. 70).

27 – Asia C-279/93, Schumacker, tuomio 14.2.1995 (Kok. 1995, s. I-225, 45 kohta).

28 – Ks. vastaavasti sen vastavuoroisen luottamuksen osalta, jota jäsenvaltioilla on oltava toistensa alueella tapahtuvaan valvontaan, asia C-5/94, Hedley Lomas, tuomio 23.5.1996 (Kok. 1996, s. I-2553, 19 kohta). Ks. jäsenvaltioiden rikosoikeudellisten järjestelmien osalta myös yhdistetyt asiat C-187/01 ja C-385/01, Gözütök ja Brügger, tuomio 11.2.2003 (Kok. 2003, s. I-1345, 33 kohta).

toja, joita ne pitävät tarpeellisina sen arvioimiseksi, onko vaadittu vähennys myönnettävä.²⁹

47. Voi joka tapauksessa vaikuttaa yllättävältä, että Saksan hallitus tukeutuu tältä osin verotuksen alueperiaatteeseen, vaikka Saksan lainsäädännön mukaan pääsääntö on, että yhtiöiden tuloverotuksessa otetaan huomioon kaikki niiden voitot maailmanlaajuisesti.

5. Verojärjestelmän yhtenäisyyden säilyttäminen

48. Saksan hallitus väittää pääasiallisesti, että riidanalainen lainsäädäntö on looginen osa sen veropolitiikkaa. Kun ulkomaisia negatiivisia tuloja ei oteta huomioon nyt esillä olevan kaltaisissa tapauksissa, voidaan pysyttää mahdollisimman yhtenäinen verokohdeltu. Tähän oikeuttamisperusteeseen voidaan yhdistää kaksi Saksan hallituksen väitettä, joista ensimmäinen koskee alueperiaatteen noudattamista ja toinen ”verotuksen systematiikan” säilyttämistä.

49. Yhteisöjen tuomioistuin on tunnustanut verotuksessa sovellettavan alueperiaatteen edellä mainitussa asiassa Futura Participations ja Singer antamassaan tuomiossa. On alueperiaatteen mukaista, että valtio voi verottaa sen alueella verotuksellisesti asuvia emoyhtiöitä kaikista niiden maailmanlaajui-

sista voitoista mutta verotuksellisesti muualla asuvia tytäryhtiöitä yksinomaan voitoista, jotka perustuvat niiden toimintaan tässä valtiossa.³⁰ Periaate ei kuitenkaan oikeuta epäämään etua kyseisessä valtiossa verotuksellisesti asuvalta emoyhtiöltä sillä perusteella, että sen verotuksellisesti muualla asuvien tytäryhtiöiden voittoja ei voida verottaa.³¹ Alueperiaatteella pyritään tekemään jäsenvaltioiden verotustoimivallan rajojen huomioon ottamisesta välttämätöntä yhteisön oikeutta sovellettaessa. Asiassa Futura Participations ja Singer kyseistä jäsenvaltiota ei voitu pakottaa ottamaan huomioon ulkomaisia tappioita, koska ne liittyivät verovelvollisten, joiden verotuksellinen asuinpaikka ei ollut tässä valtiossa, ulkomaisesta lähteestä saamiin tuloihin. Nyt esillä olevassa asiassa tilanne on toinen. Tässä tapauksessa edun myöntäminen ei johda rinnakkaisen verotustoimivallan käyttämisen kyseenalaistamiseen. Edun myöntäminen koskee Saksassa verotuksellisesti asuvia emoyhtiöitä, jotka ovat tämän perusteella yleisesti verovelvollisia tässä maassa. Edun epäämiselle ei tämän vuoksi ole mitään oikeuttamisperustetta.

50. ”Verotuksen systematiikka” tuo mieleen yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä paremmin tunnetun käsitteen ”verojärjestelmän johdonmukaisuus”.³² Saksan hallitus toteaa tältä osin, että eräiden jäsenvaltioiden kanssa kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehtyjen sopimusten nojalla osingot, joita näihin valtioihin sijoitautuneet tytäryhtiöt ovat maksaneet, ovat Saksassa verosta vapaita. Saksan hallitus katsoo, että näissä olosuhteissa on loogista ja johdonmukaista, ettei verotuksellisesti

29 – Em. asia Vestergaard, tuomion 26 kohta oikeuskäytäntöviittauksiin.

30 – Em. asia Marks & Spencer, tuomion 39 kohta.

31 – Ibidem, tuomion 40 kohta.

32 – Ks. erityisesti em. asia Manninen, tuomion 42 ja 43 kohta.

Saksassa asuvalle emoyhtiölle myönnetään etu sen tytäryhtiöihin liittyvien tappioiden perusteella. Tällainen etu pitäisi myöntää vain siinä tapauksessa, että näiden tytäryhtiöiden voittoa verotetaan Saksassa sen vuoksi, ettei ole olemassa kahdenvälistä sopimusta, jossa se vapautettaisiin verosta.

51. En yhdy tähän käsitykseen. Kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyt verosopimukset eivät ole omiaan poistamaan todettua epäedullista kohtelua. Saksan lainsäädännön mukaan sentyyppiset tappiot, joista on kysymys tässä asiassa, otetaan nimittäin aina huomioon, kun tytäryhtiö harjoittaa EStG:n 2 a §:n 2 momentissa tarkoitettua ”aktiivista toimintaa”. Tämän tytäryhtiön mahdollisesti maksamat osingot on kuitenkin tässä tapauksessa yhtä todennäköisesti vapautettu verosta tällaisten sopimusten perusteella. Ei siis ole mitään suoraa yhteyttä sen välillä, että emoyhtiölle myönnetään riidanalainen etu, ja sen tytäryhtiön maksamien osinkojen verosta vapauttamisen välillä. Kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyn sopimuksen perusteella turvattua johdonmukaisuutta ei tämän vuoksi voida ottaa huomioon arvioitaessa, onko riidanalainen säännös yhteensopeltuva yhteisön oikeuden kanssa.³³

6. Taloudelliset seuraukset

52. Saksan hallituksen mukaan riidanalaisen järjestelmän kyseenalaistaminen uhkaa

aiheuttaa huomattavia tulonmenetyksiä valtiontaloudelle. Se myöntää, että oikeuskäytäntö, jonka mukaan verotulojen vähentymistä ei voida pitää sellaisena yleistä etua koskevana pakottavana syynä, johon voidaan vedota lähtökohtaisesti perusvapauden vastaisen toimenpiteen oikeuttamiseksi, on vakiintunut.³⁴ Saksan hallitus ehdottaa kuitenkin, että yhteisöjen tuomioistuin harkitsisi uudelleen oikeuskäytäntöään, koska verotulot ovat jäsenvaltioiden ja yhteisön keskeisiä tulonlähteitä.

34 – Ks. yleisesti asia 238/82, Duphar ym., tuomio 7.2.1984 (Kok. 1984, s. 523, Kok. Ep. VII, s. 485, 23 kohta) sekä julkisasiamies Mancinin tässä asiassa esittämä ratkaisuehdotus, ja erityisesti verotuksen osalta ks. asia C-35/98, Verkooijen, tuomio 6.6.2000 (Kok. 2000, s. I-4071, 48 kohta) ja em. asia Manninen, tuomion 49 kohta. Lainsäädäntöön liittyvät taloudelliset näkökohdat saatetaan kuitenkin ottaa huomioon, kun ne liittyvät erottamattomasti muihin lainmukaisina pidettyihin huolenaiheisiin. Tästä on osoituksena erityisesti asiassa 72/83, Campus Oil ym. 10.7.1984 annettu tuomio (Kok. 1984, s. 2727, Kok. Ep. VII, s. 615), jossa yhteisöjen tuomioistuin tunnusti, että kansallista lainsäädäntöä, jossa maahantuojat veloitetaan hankkimaan tietty prosentuaalinen osuus öljytuotteiden tarpeestaan omassa valtiossa sijaitsevalta jalostamolta, voitiin pitää perusteltuna, jos sillä pyritään energiatoimistusten varmuutta koskevaan keskeiseen tavoitteeseen, joka ohittaa luonteeltaan puhtaasti taloudelliset seikat (34 ja 35 kohta). Yhteisöjen tuomioistuin katsoo samaten, että perustamissopimuksessa jäsenvaltioille annetaan mahdollisuus rajoittaa sairaanhoito- ja sairaalapaalvelujen tarjoamisen vapautta, silloin kun tietyn hoitokapasiteetin tai lääketieteellisen pätevyyden ylläpitäminen tiettyssä jäsenvaltiossa on välttämätöntä kansanterveydellisistä syistä tai paikallisen väestön eloonjäämisen kannalta (asia C-158/96, Kohll, tuomio 28.4.1998, Kok. 1998, s. I-1931, 51 kohta). Samaa lähestymistapaa noudatetaan myös Euroopan kansalaisuuden osalta. Yhteisöjen tuomioistuin tunnustaa tältä osin, että jäsenvaltioiden ”perustellut intressit”, jotka liittyvät niiden sosiaalihuoltojärjestelmien turvaamiseen, voivat vaikuttaa unionin kansalaisten oleskeluoikeuden käyttämiseen (ks. asia C-413/99, Baumbast ja R, tuomio 17.9.2002, Kok. 2002, s. I-7091, 87 ja 90 kohta). Jos kuitenkin ilmenee, että rajoittavan toimenpiteen tavoite on ennen kaikkea taloudellinen, koska sillä pyritään vähentämään sairausvakuutusjärjestelmän toimintakuluja, eikä kysymys ole kyseisen järjestelmän taloudellisen tasapainon vaarantumisesta, yhteisöjen tuomioistuin on epäilemättä todennut toimenpiteen lainvastaiseksi (ks. em. asia Duphar ym., tuomion 16 ja 23 kohta). Tästä oikeuskäytännöstä ilmenee, että vaikka jäsenvaltio voi lainmukaisesti vedota taloudellisiin tai rahoituskellisiin näkökohtiin, kun on uhkana, että sen yhteiskunnallisen järjestelmän kannalta olennaisen palvelun säilyttämiseen kohdistuu vakava vaara, puhtaasti taloudellisiin tavoite ei sitä vastoin voi olla lainmukainen oikeuttamisperuste perustamissopimuksessa taatun perusvapauden rajoittamiselle.

33 – Ks. erityisesti asia C-80/94, Wielockx, tuomio 11.8.1995 (Kok. 1995, s. I-2493, 24 ja 25 kohta).

53. Tämänäyttypistä huolenaihetta voidaan pitää oikeutettuna. Pitää paikkansa, että yhteisön sääntöjen soveltamisella tiettyihin kansallisiin verojärjestelmiin saattaa toisinaan olla huomattava taloudellinen vaikutus. Tietyissä tapauksissa tämä vaikutus saattaa jopa vahingoittaa valtiontalouden tasapainoa.

54. On kuitenkin kyseisen jäsenvaltion velvollisuus näyttää tällainen vaikutus toteen kussakin tapauksessa, ja jos vaikutus voidaan näyttää toteen, se on silloin otettava huomioon yhteisöjen tuomioistuimen antaman tuomion vaikutusten tasolla eikä rajoittavan toimenpiteen oikeuttamisperusteen tasolla. On vielä muistutettava, että yhteisöjen tuomioistuimen tuomion ajallisia vaikutuksia voidaan rajoittaa vain poikkeuksellisissa olosuhteissa, jos kyseinen jäsenvaltio pystyy osoittamaan olevan vaarana, että aiheutuu vakavia taloudellisia seurauksia, ja jos sillä oli perusteltuja syitä uskoa, että sen käyttäytyminen oli yhteensoveltuvaa yhteisön oikeuden kanssa.³⁵

55. Mielestäni yhteisöjen tuomioistuimen ei ole järkevää sisällyttää tätä huolenaihetta niihin oikeuttamisperusteisiin, jotka mahdollistavat perustamissopimuksen perustavanlaatuisista säännöistä poikkeamisen. Jos jäsenvaltiot katsovat, että taloudellisilla näkökohdilla on voitava oikeuttaa liikkumisvapauksia rajoittavat verotukselliset toimenpiteet, niillä on nähdäkseni yksinomainen

toimivalta sisällyttää tämä perustamissopimukseen. Yhteisöjen tuomioistuimen ei kuulu toimia tässä aloitteentekijänä, kun huomioon otetaan seuraavat kolme syytä.

56. Ensimmäinen syy on luonteeltaan käytännöllinen. Jos tällainen taloudellinen oikeuttamisperuste hyväksyttäisiin, olisi aluksi määritettävä, millä aloilla se pitäisi hyväksyä. Pitäisikö se rajoittaa koskemaan verotusalaan vai ulottaa koskemaan muita taloudellisia ja sosiaalisia aloja? Seuraavaksi olisi tarpeen vahvistaa parametrit ja muuttujat, joiden perusteella voidaan arvioida yhteisön sääntöjen soveltamisen taloudellista vaikutusta. On kuitenkin selvää, että yhteisöjen tuomioistuimella ei todellakaan ole välineitä tällaisen arvioinnin tekemiseen, etenkin kun otetaan huomioon unionin jäsenvaltioiden taloudellinen ja verotuksellinen *heterogeenisuus*. Tästä syystä katson, että tällaisen oikeuttamisperusteen hyväksyminen aiheuttaisi perustamissopimuksessa asetettujen selvien sääntöjen puuttuessa sellaisia vaikeuksia, että yhteisöjen tuomioistuimen legitimitetti saattaisi vahingoittua.

57. Toinen syy liittyy tämän oikeuttamisperusteen vaikutukseen. Jos nimittäin tietynsuuruiset valtiontaloudelle aiheutuvat tappiot olisi otettava huomioon, kun on kysymys perusvapauksien rajoittamisen oikeuttamisperusteista, olisi vaarana, että suositaan vakavia ja valtavia yhteisön oikeuden rikkomisia. Mitä itsepintaisempaa rikkomisen olisi, sitä kalliimpaa olisi laillisuuden palauttaminen yhteisössä ja sitä helpompaa olisi saada tämänkaltaisen oikeuttamisperuste hyväksytyksi.

35 – Asia C-184/99, Grzelczyk, tuomio 20.9.2001 (Kok. 2001, s. I-6193, 53 kohta).

58. Lopuksi on todettava, että vaikka yhteisön perustamisesta saakka on ollut selvää, että sisämarkkinoiden toteuttaminen, joka edellyttää kaikenlaisten kaupan esteiden poistamista, saattaa johtaa siihen, että jäsenvaltiot menettävät tiettyjä varoja, pitää samaten paikkansa, että jäsenvaltiot hyötyvät taloudellisen toiminnan kehittymisestä laajentuneilla sisämarkkinoilla.

59. Saksan hallitus esittää vielä yhden tilannekohtaisen oikeuttamisperusteen. Sen mukaan taloudellisten seurausten huomioon ottaminen on tällä hetkellä sitäkin oikeutumpaa, kun jäsenvaltiot ovat vakaus- ja kasvusopimuksen³⁶ perusteella velvollisia noudattamaan ankaraa budjettikuria. Tämä väite on kuitenkin ristiriidassa sekä perustamissopimuksen sanamuodon kanssa että sen ajatuksen kanssa, joka oli taustalla vakaus- ja kasvusopimusta tehtäessä. Muistutan aluksi, että EY 4 artiklan sanamuodon mukaan talouspolitiikan tiiviin yhteensovittamisen on tapahduttava vapaaseen kilpailuun perustuvan avoimen markkinatalouden periaatteen mukaisesti. Lisäksi tulkinta, jonka mukaan vakaus- ja kasvusopimuksen soveltaminen johtaa siihen, että sisämarkkinoiden toteuttamiselle asetetaan esteitä, on ristiriidassa tämän sopimuksen taustalla olevan ajatuksen kanssa, sillä sopimuksella on nimenomaisesti tarkoitus edistää talous- ja

rahaliiton asianmukaista toimintaa ja sitä kautta sisämarkkinoiden toteutumista.

60. Tästä analyysistä seuraa, että kaikki syyt, joihin Saksan hallitus on vedonnut osoittaakseen, että riidanalainen rajoittava toimenpide on perusteltu, on hylättävä. On todettava, että Saksan lainsäätäjä on riidanalaisen lainsäädännön hyväksyessään pääasiallisesti pyrkinyt edistämään maan taloutta tekemällä sijoituksista yhtiöihin, joilla on kotipaikka toisissa jäsenvaltioissa, vähemmän houkuttelevia. Kuten ennakkoratkaisupyyntöön esittämistä koskevassa päätöksessä todetaan, siitä, että vähennyskelpoisuus on evätty tämäntyyppisten investointien osalta, poiketaan vain, jos on kysymys toiminnoista, joilla on merkitystä valtiontalouden kannalta. Tämän säännöksen syntyhistoria osoittaa siis, että Saksan lainsäätäjä on tietoisesti päättänyt asettaa rajat ylittävät tilanteet huonompaan asemaan edistään puhtaasti taloudellista tavoitetta ja vahingoittaen sisämarkkinoiden perustavanlaatuisia vaatimuksia.³⁷

C Pääomien vapaata liikkuvuutta koskevien määräysten tulkinta

61. Koska sijoittautumisvapautta koskevat perustamissopimuksen määräykset ovat sen

36 – Vakaus- ja kasvusopimus muodostuu vakaus- ja kasvusopimuksesta 17 päivänä kesäkuuta 1997 annetusta Eurooppa-neuvoston päätöslauselmasta (EYVL C 236, s. 1), julkisyhteisöjen rahoitusaseman valvonnan sekä talouspolitiikan valvonnan ja yhteensovittamisen tehostamisesta 7 päivänä heinäkuuta 1997 annetusta neuvoston asetuksesta (EY) N:o 1466/97 (EYVL L 209, s. 1) ja liiallisia alijäämiä koskevan menettelyn täytäntöönpanon nopeuttamisesta ja selkeyttämisestä 7 päivänä heinäkuuta 1997 annetusta neuvoston asetuksesta (EY) N:o 1467/97 (EYVL L 209, s. 6). Ensin mainittua asetusta on äskettäin muutettu 27.6.2005 annetulla neuvoston asetuksella (EY) N:o 1055/2005 (EUVL L 174, s. 1) ja jälkimmäistä samana päivänä annetulla neuvoston asetuksella (EY) N:o 1056/2005 (EUVL L 174, s. 5).

37 – Ks. vastaavasti em. asia Verkooijen, tuomio 47 ja 48 kohta ja asia C-398/95, SETTG, tuomio 5.6.1997 (Kok. 1997, s. I-3091, 22 ja 23 kohta).

kaltaisissa olosuhteissa, joista on kysymys pääasiassa, esteenä riidanalaisen lainsäädännön soveltamiselle, pääasian ratkaisemiseksi ei ole tarpeen tutkia, ovatko myös pääomien vapaata liikkuvuutta koskevat perustamissopimuksen määräykset esteenä sille.

62. Eräät tämän lainsäädännön riidanalaisessa säännöksessä tarkoitetut tilanteet saattavat kuitenkin jäädä sijoittautumisvapautta koskevien sääntöjen soveltamisalan ulkopuolelle. Tämä koskee erityisesti tilannetta, jossa yhtiö omistaa osuuksia toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneesta yhtiöstä ilman, että se käyttäisi tämän osalta mitään määräys- tai vaikutusvaltaa.³⁸ Näissä olosuhteissa saattaa olla hyödyllistä tutkia toissijaisesti, tuleeko EY 56 artiklan 1 kohdan, jossa kielletään kaikki rajoitukset, jotka koskevat pääomanliikkeitä jäsenvaltioiden välillä, soveltaminen mahdollisesti kysymykseen.

63. Perustamissopimuksessa ei määritellä ”pääomanliikkeiden” käsitettä. Vakiintuneessa oikeuskäytännössä on kuitenkin katsottu, että koska EY 56 artiklassa toistetaan asiallisesti perustamissopimuksen 67 artiklan täytäntöönpanosta 24 päivänä kesäkuuta 1988 annetun neuvoston direktiivin 88/361/ETY³⁹ 1 artiklan sisältö, direktiivin liitteenä olevalla pääomanliikkeiden nimikkeistöllä on

edelleen pääomanliikkeiden käsitteen määrittelymisen kannalta samaa ohjeellista arvoa kuin ennen EY 56 artiklan voimaantuloa.⁴⁰

64. Pääomanliikkeiden nimikkeistön I 2 kohdassa mainitaan osallistuminen uuteen tai olemassa olevaan yritykseen pysyvien taloudellisten yhteyksien luomiseksi tai ylläpitämiseksi. Tästä seuraa, että nyt esillä olevassa asiassa riidanalaisessa lainsäädännössä tarkoitettujen poistojen taustalla olevat osuuskien hankkimiset ovat pääomanliikkeitä, jotka kuuluvat pääomien vapaata liikkuvuutta koskevien perustamissopimuksen määräysten soveltamisalaan.

65. Näin ollen on todellakin syytä tutkia, rajoittaako senkaltainen lainsäädäntö, josta on kysymys pääasiassa, pääomanliikkeitä.

66. Tältä osin on todettava, ettei oikeuskäytännöstä ilmene, että tätä lainsäädäntöä olisi arvioitava eri perusteilla kuin niillä, joita sovelletaan sijoittautumisvapauden alalla. Saksan verolainsäädäntö selvästikin vähentää saksalaisten yhtiöiden halukkuutta sijoittaa pääomiaan tiettyihin yhtiöihin, joiden kotipaikka on jossakin toisessa jäsenvaltiossa.⁴¹

38 – Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 14 kohta.

39 – EYVL L 178, s. 5. Perustamissopimuksen 67 artikla on kumottu Amsterdamin sopimuksella.

40 – Ks. erityisesti asia C-222/97, Trummer ja Mayer, tuomio 16.3.1999 (Kok. 1999, s. I-1661, 21 kohta).

41 – Ks. vastaavasti em. asia Verkooijen, tuomion 34 kohta ja em. asia Manninen, tuomion 22 kohta.

Tällaisella lainsäädännöllä on myös rajoittava vaikutus, joka kohdistuu toisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneisiin yhtiöihin, koska se estää näitä hankkimasta pääomia Saksasta, sillä tappiot, joita näistä yhtiöistä voi aiheutua saksalaisille sijoittajille, eivät oikeuta samoihin etuihin kuin Saksaan tehdyt sijoitukset.

67. Edellä todetusta ilmenee, että tämä lainsäädäntö lähtökohtaisesti rajoittaa pääomien vapaata liikkuvuutta. Koska oikeuttamisperusteet, joihin asianomainen jäsenvaltio voisi vedota perustellakseen lainsäädäntöään, ovat olennaisilta osiltaan samoja kuin ne, joihin on vedottu sijoittautumisvapautta koskevien sääntöjen tulkinnan yhteydessä, niitä ei ole syytä hyväksyä.

III Ratkaisuehdotus

68. Tämän vuoksi ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin toteaa, että EY 43, EY 48 ja EY 56 artiklaa on tulkittava siten, että ne ovat esteenä jäsenvaltion lainsäädännölle, jossa tietyissä tapauksissa evätään sellaisten tappioiden verovähennyskelpoisuus, joita emoyhtiölle on aiheutunut toisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneista tytäryhtiöistä omistettujen osuuksien arvosta tehdyistä poistoista, kun tällaiset tappiot saadaan vähentää rajoituksetta, silloin kun ne vastaavat sellaisista tytäryhtiöistä, jotka ovat sijoittautuneet jäsenvaltioon, jossa emoyhtiöllä on kotipaikka, omistettujen osuuksien arvosta tehtyjä poistoja.