



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

JULIANE KOKOTT

1 päivänä maaliskuuta 2018¹

Asia C-116/16

Skatteministeriet

vastaan

T Danmark

(Ennakkoratkaisupyyntö – Vestre Landsret (Länsi-Tanskan ylioikeus, Tanska))

Ennakkoratkaisupyyntö – Eri jäsenvaltioissa sijaitseviin emo- ja tytäryhtiöihin sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä annettu direktiivi 2011/96/EU (niin kutsuttu emo-tytäryhtiödirektiivi) – Tosiasiallisen edunsaajan tarpeellisuus osinkomaksuissa – Verolainsäädäntöön sisältyvien järjestelymahdollisuuksien väärinkäyttö – Perusteet väärinkäytön olemassaololle lähdeverotuksen välttämisen yhteydessä – OECD:n malliverosopimuksen kommentaarien vaikutus unionin direktiivin tulkintaan – Täytäntöön panematta jätetyn direktiivin säännöksen suora soveltaminen – Kansallisten väärinkäytön välttämistä koskevien periaatteiden tulkinta unionin oikeuden kanssa yhdenmukaisella tavalla

I Johdanto

1. Käsiteltävässä asiassa ja asiassa C-117/16 – samaan tapaan kuin korko- ja rojaltidirektiiviä koskevissa neljässä rinnakkaisessa menettelyssä² – unionin tuomioistuimen on ratkaistava, missä olosuhteissa tytäryhtiöltä, joka on jakanut osinkoa emoyhtiölleen, voidaan evätä direktiivistä 90/435/ETY³ (jäljempänä emo-tytäryhtiödirektiivi) seuraava vapautus lähdeverosta.

2. Asian taustalla on osinkojen (suunniteltu) jakaminen luxemburgilaiselle emoyhtiölle. Emoyhtiön emoyhtiö on sijoittautunut samoin Luxemburgiin, ja tämän emoyhtiön osakkeet ovat puolestaan usean pääomasijoitusyhtiön hallussa. Ei kuitenkaan ole tiedossa, mihin nämä pääomasijoitusyhtiöt ovat sijoittautuneet. Skatteministeriet (Tanskan valtiovarainministeriö) haluaa evätä lähdeverovapautuksen, ellei ole selvää, mitä osingoille viime kädessä tapahtuu.

3. Ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa nousee tässä yhteydessä esiin erityisesti kysymys unionin oikeuteen sisältyvän väärinkäyttöä koskevan kiellon määritelmästä ja välittömästä sovellettavuudesta sekä siitä, miten osinkojen tosiasiallinen edunsaaja on määritettävä. Korko- ja rojaltidirektiivistä poiketen emo-tytäryhtiödirektiivissä ei kuitenkaan käytetä tosiasiallisen edunsaajan käsitettä.

¹ Alkuperäinen kieli: saksa

² Kyseessä ovat asia C-118/16, asia C-119/16 (jotka molemmat on yhdistetty asian C-115/16 kanssa) ja asia C-299/16.

³ Eri jäsenvaltioissa sijaitseviin emo- ja tytäryhtiöihin sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä 23.7.1990 annettu neuvoston direktiivi (EYVL 1990, L 225, s. 6), joka on sittemmin kumottu ja korvattu 30.11.2011 annetulla neuvoston direktiivillä 2011/96/EU (EUVL 2011, L 345, s. 8).

4. Tanska kuitenkin käyttää tätä käsitettä Luxemburgin kanssa kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tekemässään sopimuksessa (jäljempänä verosopimus). Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelelee tästä syystä, kenen on tulkittava tätä verosopimukseen sisältyvää käsitettä ja onko sen tulkinnassa otettava huomioon OECD:n malliverosopimuksen myöhemmät kommentaarit.

5. Ratkaiseva kysymys on kuitenkin oikeastaan se, onko emo-tytäryhtiödirektiivin yhteydessä lähdeverosta vapauttamisen kannalta merkityksellistä osinkojen lopullinen käyttö moniportaisissa yhtiörakenteissa, etenkin jos näillä konsernirakenteilla myös pyritään minimoimaan konsernin sisällä osingonjakoon kohdistuvasta lopullisesta lähdeverosta aiheutuva verorasite. Tästä herää jälleen kysymys, missä ja miten kulkee raja sallitun verosuunnittelun ja samoin laillisen mutta mahdollisesti väärinkäyttöä merkitsevän verosuunnittelun raja.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A Unionin oikeus

6. Asiaa koskevat unionin oikeussäännöt sisältyvät emo-tytäryhtiödirektiiviin sekä SEUT 49, SEUT 54 ja SEUT 63 artiklaan.

7. Emo-tytäryhtiödirektiivin 1 artiklan 1 kohdan mukaan kunkin jäsenvaltion on sovellettava direktiiviä muun muassa kyseisessä jäsenvaltiossa sijaitseville yhtiöille jaettuihin voittoihin, jotka ovat peräisin niiden muissa jäsenvaltioissa sijaitsevista tytäryhtiöistä.

8. Emo-tytäryhtiödirektiivin 1 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Kunkin jäsenvaltion on sovellettava tätä direktiiviä

- kyseisessä jäsenvaltiossa sijaitseville yhtiöille jaettuihin voittoihin, jotka ovat peräisin niiden muissa jäsenvaltioissa sijaitsevista tytäryhtiöistä,
- kyseisessä jäsenvaltiossa sijaitsevien tytäryhtiöiden muissa jäsenvaltioissa sijaitseville emoyhtiöilleen jakamiin voittoihin,

– –

2. Tämä direktiivi ei estä sellaisten kansallisten säännösten tai sopimusmääräysten soveltamista, jotka ovat välttämättömiä veropetosten ja väärinkäytösten estämiseksi.”

9. Emo-tytäryhtiödirektiivin 4 artiklassa säädetään seuraavaa:

”1. Jos emoyhtiölle tai sen kiinteälle toimipaikalle jaetaan voittoa muutoin kuin tytäryhtiön selvitystilaan joutumisen yhteydessä sillä perusteella, että emoyhtiö on tytäryhtiönsä osakas, emoyhtiön sijaintijäsenvaltion ja sen kiinteän toimipaikan sijaintijäsenvaltion on joko

- oltava verottamatta tätä voittoa, tai
- verotettava tällaista voittoa, mutta samalla valtuutettava emoyhtiö ja kiinteä toimipaikka vähentämään maksettavan veron määrästä osuus, jonka tytäryhtiö tai mikä tahansa alatytäryhtiö on maksanut voittoon liittyvästä yhtiöverosta, edellyttäen, että 2 ja 3 artiklassa säädetyt vaatimukset kunkin tason yhtiön ja alatytäryhtiön osalta täyttyvät, mutta kuitenkin enintään emoyhtiölle maksettavaksi määrättyä veromäärää vastaava määrä.

--

2. Kukin jäsenvaltio voi kuitenkin säätää, ettei osuuteen liittyviä kuluja tai tytäryhtiön voitonjaosta johtuvia arvonalennuksia saa vähentää emoyhtiön verotettavista voitoista. Jos näissä tapauksissa osuuteen liittyvät hallintokulut vahvistetaan vakio menetelmällä, vakiomäärä ei saa olla suurempi kuin 5 prosenttia tytäryhtiön jakamista voitoista. --”

10. Emo-tytäryhtiödirektiivin 5 artiklaan sisältyy seuraava säännös:

”Tytäryhtiön emoyhtiölleen jakama voitto on vapautettava [lähdeverosta].”

B Kansainvälinen oikeus

11. Tanskan ja Luxemburgin välillä kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi 17.11.1980 tehdyn sopimuksen 10 artiklan 1 ja 2 kappaleessa määrätään osinkoja koskevan verotusvallan jaosta seuraavaa:

”1. Sopimusvaltiossa asuvan yhtiön toisessa sopimusvaltiossa asuvalle henkilölle maksamia osinkoja voidaan verottaa tässä toisessa valtiossa.

2. Tällaisia osinkoja voidaan verottaa myös siinä sopimusvaltiossa, jossa osinkoja maksava yhtiö asuu, sen lainsäädännön mukaisesti, mutta jos vastaanottaja on osinkojen tosiasiallinen edunsaaja, kannettava vero ei saa ylittää

a) 5:tä prosenttia osinkojen bruttomäärästä, jos tosiasiallinen edunsaaja on yhtiö (muu kuin henkilöyhtiö), joka omistaa suoraan vähintään 25 prosenttia osinkoja maksavan yhtiön pääomasta,

b) 15:tä prosenttia osinkojen bruttomäärästä kaikissa muissa tapauksissa.”

12. Kyseisen sopimusmääräyksen mukaan lähdevaltio, tässä tapauksessa Tanska, voi verottaa osinkoja, jotka maksetaan Luxemburgissa asuvalle emoyhtiölle, alhaisen verokannan mukaisesti vain, jos kyseinen henkilö on osinkojen tosiasiallinen edunsaaja. Tosiasiallisen edunsaajan käsitettä ei määritellä sopimuksessa.

C Tanskan oikeus

13. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan riidanalaisina vuosina Tanskan oikeustila oli seuraava.

14. Tanskassa asuvien emoyhtiöiden osinkojen verotuksesta säädetään osakeyhtiöiden ynnä muiden tuloverotuksesta 24.8.2007 annetun lain nro 1037 (bekendtgørelse af lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. – selskabsskatteoven, jäljempänä yhteisöverolaki) 13 §:n 1 momentin 2 kohdassa ja verovuoden 2011 osalta 7.12.2010 annetussa konsolidoidussa laissa nro 1376, sellaisena kuin se on myöhemmin muutettuna, seuraavaa:

”13 § Verotettavaa tuloa eivät ole --

2) sellaisiin osakkeisiin tai yhtiöosuuksiin perustuvat osingot, joita 1 §:n 1 momentin 1–2a, 2d–2i ja 3a–5b kohdassa tarkoitetut yhtiöt tai yhteisöt omistavat yhtiöistä, jotka kuuluvat 1 §:n 1 momentin 1–2a, 2d–2i ja 3a–5b kohdan soveltamisalaan tai jotka asuvat Tanskan ulkopuolella. Tätä sovelletaan kuitenkin vain osinkoihin, jotka perustuvat tytäryhtiöiden ja konserniyhtiöiden osakkeisiin osaketuottojen verotusta koskevan lain (aktieavancebeskatningsloven) 4 A ja 4 B §:ssä tarkoitetulla tavalla. --”

15. Tanskan ulkopuolella asuvien eli ulkomaisten yhtiöiden osinkoja koskevasta rajoitetusta verovelvollisuudesta säädetään yhteisöverolain 2 §:n 1 momentin c kohdassa.

16. Sen mukaan rajoitettu verovelvollisuus vuodelta 2011 ei koske emoyhtiön saamia osinkoja, jos osinkojen verottamisesta on luovuttava tai veroa on alennettava emo-tytäryhtiödirektiivin tai kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyn sopimuksen perusteella.

17. Jos Tanskasta maksettaviin osinkotuloihin kohdistuu rajoitettu verovelvollisuus yhteisöverolain 2 §:n 1 momentin c kohdan mukaisesti, Tanskan lähdeverolain⁴ mukaan tanskalaisella osingonjakajalla on velvollisuus pidättää lähdeveroa 28 prosenttia. Jos pidätetyn lähdeveron maksaminen viivästyy (rajoitetun verovelvollisuuden yhteydessä), verovelasta peritään korkoa. Velvollisuus viivästyskoron maksamiseen on sillä, joka on velvollinen pidättämään veron.

18. Vuonna 2011 ei ollut olemassa yleisiä lakiin perustuvia sääntöjä väärinkäytösten torjunnasta. Oikeuskäytännössä on sen sijaan kehitetty niin sanottu ”todellisuusperiaate”, jonka mukaan verotus on toimitettava tapahtuneiden tosiseikkojen konkreettisen arvioinnin perusteella. Tämä merkitsee muun muassa sitä, että verotussyistä toteutetut sisällöttömät ja keinotekoiset järjestelyt tai olosuhteet voidaan jättää huomiotta siten, että verotus sen sijaan toimitetaan todellisten tosiseikkojen mukaisesti (”substance-over-form”). Asianosaiset ovat yksimielisiä siitä, ettei todellisuusperiaate anna perusteita tässä asiassa toteutettujen järjestelyjen huomiotta jättämiseen.

19. Tanskan oikeuskäytännössä on myös kehitetty niin sanottu ”oikean tulonsaajan” periaate. Oikean tulonsaajan periaate perustuu valtionverosta annetun Tanskan lain (statsskatteloven) 4 §:ään sisältyvään tulojen verottamista koskevaan perussääntöön ja merkitsee sitä, ettei veroviranomaisilla ole velvollisuutta hyväksyä keinotekoista erottelua tuloa tuottavan toiminnan ja siitä saadun tulon kohdentamisen välillä. Periaatteen lähtökohtana on siten sen vahvistaminen, kuka – muodollisesta ilmenemismuodosta riippumatta – on tietyn tulon todellinen saaja ja siten verovelvollinen kyseisestä tulosta. Kysymys on siten siitä, kenelle tulo on kohdennettava verotuksessa. ”Oikea tulonsaaja” on siten se henkilö, joka on verovelvollinen kyseisestä tulosta.

III Pääasia

20. Pääasian kantaja (T Danmark) on tanskalainen yhtiö, josta N Luxembourg 2 omistaa yli 50 prosenttia ja joka tarjoaa T Danmark -konsernina tiettyjä palveluja Tanskassa. T Danmarkin muut osakkeet puolestaan ovat tuhansien osakkaiden omistuksessa.

21. N Luxembourg 2:n kotipaikka on Luxemburgissa, ja sen perusti N Luxembourg, jonka kotipaikka on myös Luxemburgissa. N Luxembourg (jonka N Luxembourg 2:n antamien tietojen mukaan omistavat useat pääomasijoitusyhtiöt) omistaa lähes kokonaan (99 %) N Luxembourg 2:n pääoman. Loput pääomasta (alle 1 %) omistaa N Luxembourg 3, jonka kotipaikka on myös Luxemburgissa.

22. Luxemburgin veroviranomaisten keväällä 2011 antaman asumistodistuksen (Certificate of Residence) mukaan N Luxembourg 2 on emo-tytäryhtiödirektiivin soveltamisalaan kuuluva Luxemburgissa asuva yhtiö, jota johdetaan tosiasiallisesti Luxemburgista käsin ja joka on ilman valintamahdollisuutta ja vapautusta velvollinen maksamaan yhteisöveroa Luxemburgissa ja joka on sille maksettavien osinkojen tosiasiallinen edunsaaja (beneficial owner). Luxemburgin veroviranomaiset laativat todistuksen vastauksena Tanskan viranomaisten pyyntöön.

23. T Danmark tiedusteli sitovaa ennakkotietoa koskevassa hakemuksessaan, onko sen N Luxembourg 2:lle jakamat osingot vapautettu verosta yhteisöverolain 2 §:n 1 momentin c kohdan kolmannen virkkeen nojalla ja siten vapautettu myös Tanskan lähdeverosta.

⁴ Lähdeverosta 14.11.2005 annettu laki nro 1086 (kildeskatteloven) (lovbekendtgørelse nr. 1086 af 14. november 2005).

24. Sitovan ennakkotiedon hakemisajankohtana ilmoitettiin, että T Danmark aikoi jakaa osinkoja N Luxembourg 2:lle vuoden 2011 kolmannella neljänneksellä ja että jaettavien osinkojen kokonaismäärä olisi noin 6 miljardia Tanskan kruunua (DKK). Hakemuksessa todettiin lisäksi, että koska N Luxembourg 2 on itsenäinen yhtiö, jolla on itsenäinen johto ja päätöksentekovalta, asian luonteen vuoksi on mahdotonta tietää varmasti etukäteen, tekeekö N Luxembourg 2:n johto tosiasiallisesti päätökset T Danmarkilta saatujen osinkojen käytöstä ja jos, niin miten.

25. Skatteministerietin näkemyksen mukaan sitovaa ennakkotietoa ei voida antaa, jos ei pystytä selittämään, miten N Luxembourg 2 aikoo käyttää T Danmarkilta saamansa osingot.

26. T Danmark ilmoitti näin ollen Skatterådetille (keskusverolautakunta, Tanska), että sitovan ennakkotiedon perustaksi voidaan ottaa se, että N Luxembourg 2 jakaa pääosan osingoista osinkona yhtiön omistajille N Luxembourg 3:lle ja N Luxembourgille. N Luxembourg 2:n, N Luxembourg 3:n ja N Luxembourgin oletetaan käyttävän pienemmän osan osingoista (todennäköisesti 3–5 %) kulujen maksamiseen tai varaavan ne odotettavissa olevien kulujen maksamiseen. Hakija olettaa lisäksi, että N Luxembourgille jaetut osingot maksetaan (osinkoina ja/tai korkoina ja/tai velan takaisinmaksuna) kyseisten pääomasijoitusyhtiöiden kautta näiden pääomasijoitusyhtiöiden omistajille; hakija ei kuitenkaan ole tietoinen siitä, miten nämä siirrot tehdään tai miten niitä kohdellaan verotuksessa.

27. Skatterådet vastasi sitovaa ennakkotietoa koskevassa hakemuksessa esitettyyn kysymykseen kieltävästi. T Danmark teki sitovasta ennakkotiedosta oikaisuvaatimuksen Landsskatteretiin, joka on verotusasioita käsittelevä ylin hallinnollinen muutoksenhakuelin ja joka muutti vastauksen kysymykseen myöntäväksi.

28. Skatteministeriet valitti Landsskatteretin päätöksestä Østre Landsretiin (Itä-Tanskan ylioikeus, Tanska). Østre Landsret on nyt päättänyt aloittaa ennakkoratkaisumenettelyn.

IV Menettely unionin tuomioistuimessa

29. Østre Landsret on esittänyt unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Edellyttääkö se, että jäsenvaltio vetoaa emo-tytäryhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohtaan, joka koskee kansallisten säännösten soveltamista petosten tai väärinkäytösten torjumiseksi, että kyseinen jäsenvaltio on antanut erityisen kansallisen säännöksen direktiivin 1 artiklan 2 kohdan täytäntöön panemiseksi tai että kansallisessa oikeudessa on petoksia ja väärinkäytöksiä koskevia yleisiä säännöksiä tai periaatteita, joita voidaan tulkita 1 artiklan 2 kohdan mukaisesti?

1.1) Jos kysymykseen 1 vastataan myöntävästi, voidaanko yhteisöverolain 2 §:n 1 momentin c kohtaa, jossa säädetään, että ’edellytyksenä on, että osinkoja jätetään verottamatta – – eri jäsenvaltioissa sijaitseviin emo- ja tytäryhtiöihin sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä annetun neuvoston direktiivin 90/435/ETY mukaisesti’, tällöin pitää direktiivin 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettuna kansallisena säännöksenä?

2) Onko kahden jäsenvaltion välillä kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyn sopimuksen määräys, joka on laadittu OECD:n mallisopimuksen mukaisesti ja jonka mukaan jaettujen osinkojen verottaminen riippuu siitä, pidetäänkö osinkojen vastaanottajaa osinkojen tosiasiallisena edunsaajana, direktiivin 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu sopimusmääräys väärinkäytösten estämiseksi?

3) Jos kysymykseen 2 vastataan myöntävästi, onko kansallisten tuomioistuinten tehtävä tällöin määritellä tosiasiallisen edunsaajan käsitteen sisältö, vai onko tätä käsitettä direktiiviä [90/435] sovellettaessa tulkittava siten, että tälle käsitteelle on annettava unionin oikeudessa erityinen merkitys, jonka tutkiminen kuuluu unionin tuomioistuimelle?

- 4) Jos kysymykseen 2 vastataan myöntävästi ja kysymykseen 3 vastataan siten, että kansallisten tuomioistuinten tehtävä ei ole määritellä tosiasiallisen edunsaajan käsitteen sisältöä, onko tätä käsitettä siinä tapauksessa tulkittava siten, että jäsenvaltiossa asuva yhtiö, joka asiassa vallitsevan kaltaisissa olosuhteissa saa osinkoja tytäryhtiöltä toisesta jäsenvaltiosta, on näiden osinkojen 'tosiasiallinen edunsaaja', sellaisena kuin tämä käsite ymmärretään unionin oikeudessa?
- a) Onko tosiasiallisen edunsaajan käsitettä tulkittava yhdenmukaisesti eri jäsenvaltioissa sijaitsevien lähiyhtiöiden välisiin korko- ja rojaltimaksuihin sovellettavasta yhteisestä verotusjärjestelmästä 3.6.2003 annetun neuvoston direktiivin 2003/49/EY (EUVL 2003, L 157, s. 49) (jäljempänä korko- ja rojaltidirektiivi) 1 artiklan 1 kohtaan, luettuna yhdessä saman direktiivin 1 artiklan 4 kohdan kanssa, sisältyvän vastaavan käsitteen kanssa?
- b) Onko tätä käsitettä tulkittava ottamalla huomioon ainoastaan OECD:n vuoden 1977 mallisopimuksen 10 artiklan kommentaari (12 kohta), vai voidaanko tulkinnassa ottaa huomioon myöhempiä kommentaareja, kuten vuonna 2003 tehdyt väliyhteisöjä koskevat lisäykset ja vuonna 2014 tehdyt sopimusvelvoitteita ja oikeudellisia velvollisuuksia koskevat lisäykset?
- c) Mikä merkitys on arvioitaessa sitä kysymystä, onko osinkojen vastaanottajaa pidettävä tosiasiallisena edunsaajana, sillä seikalla, että osinkojen vastaanottajalla on ollut sopimusvelvoite tai oikeudellinen velvollisuus maksaa osingot edelleen toiselle henkilölle?
- d) Mikä merkitys on arvioitaessa sitä kysymystä, onko osinkojen vastaanottajaa pidettävä tosiasiallisena edunsaajana, sillä seikalla, että ennakkoratkaisua pyytävä tuomioistuin päätyisi asiaa koskevien tosiseikkojen arvioinnin perusteella katsomaan, että vastaanottajalla – vaikka sillä ei olisi ollut sopimusvelvoitetta tai oikeudellista velvollisuutta siirtää vastaanotetut osingot toiselle henkilölle – ei ollut asiallisesti oikeutta osinkojen käyttämiseen ja nauttimiseen, siten kuin vuoden 2014 kommentaarissa vuoden 1977 mallisopimukseen tarkoitetaan?
- 5) Jos pääasiassa katsotaan, että on olemassa 'sellaisia kansallisia säännöksiä tai sopimusmääräyksiä, jotka ovat välttämättömiä veropetosten ja väärinkäytösten estämiseksi' (ks. direktiivin [90/435] 1 artiklan 2 kohta), että jäsenvaltiossa asuva yhtiö (A) on jakanut osinkoja sen toisessa jäsenvaltiossa asuvalle emoyhtiölle (B) ja ne on siirretty edelleen kyseisen yhtiön emoyhtiölle (C), joka asuu EU:n/ETA:n ulkopuolella ja joka puolestaan on jakanut varat emoyhtiölleen (D), joka myös asuu EU:n/ETA:n ulkopuolella, että ensiksi mainittu valtio ja C:n asuinvaltio eivät ole tehneet sopimusta kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi, että ensiksi mainittu valtio ja D:n asuinvaltio ovat tehneet sopimuksen kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi ja että ensiksi mainitulla valtiolla ei siten olisi oman lainsäädäntönsä mukaan ollut oikeutta kantaa A:n D:lle jakamista osingoista lähdeveroa, jos D olisi omistanut A:n suoraan, onko kyseessä direktiivissä tarkoitettu väärinkäytös, jolloin B ei saa suojaa direktiivin nojalla?
- 6) Jos jäsenvaltiossa asuvan yhtiön (emoyhtiö) ei katsota olevan direktiivin [90/435] 1 artiklan 2 kohdan nojalla konkreettisesti vapautettu toisessa jäsenvaltiossa asuvalta yhtiöltä (tytäryhtiö) saaduista osingoista maksettavasta lähdeverosta, onko SEUT 49 artikla, luettuna yhdessä SEUT 54 artiklan kanssa, tällöin esteenä lainsäädännölle, jolla viimeksi mainittu jäsenvaltio kantaa toisessa jäsenvaltiossa asuvalta emoyhtiöltä veroa osingoista, kun kyseinen jäsenvaltio katsoo siellä asuvien emoyhtiöiden muutoin vastaavissa olosuhteissa olevan vapautettuja tällaisista osingoista maksettavasta verosta?
- 7) Jos jäsenvaltiossa asuvan yhtiön (emoyhtiö) ei katsota olevan direktiivin [90/435] 1 artiklan 2 kohdan nojalla konkreettisesti vapautettu toisessa jäsenvaltiossa asuvalta yhtiöltä (tytäryhtiö) saaduista osingoista maksettavasta lähdeverosta ja jos viimeksi mainittu jäsenvaltio katsoo emoyhtiön olevan rajoitetusti verovelvollinen kyseisessä jäsenvaltiossa kyseisistä osingoista,

onko SEUT 49 artikla, luettuna yhdessä SEUT 54 artiklan kanssa, tällöin esteenä lainsäädännölle, jolla viimeksi mainittu jäsenvaltio velvoittaa veron pidättämiseen velvollisen (tytäryhtiön) maksamaan lähdeverovelan maksamisen viivästymisen johdosta viivästyskorkoa, joka on suurempi kuin viivästyskorko, jonka asianomainen jäsenvaltio lisää yhteisöverovelkaan, joka kohdistuu samassa jäsenvaltiossa asuvaan yhtiöön?

- 8) Jos kysymykseen 2 vastataan myöntävästi ja kysymykseen 3 vastataan siten, että kansallisten tuomioistuinten tehtävä ei ole määritellä tosiasiallisen edunsaajan käsitteen sisältöä, ja jos jäsenvaltiossa asuvan yhtiön (emoyhtiö) ei voida tämän perusteella katsoa olevan direktiivin [90/435] nojalla vapautettu toisessa jäsenvaltiossa asuvalta yhtiöltä (tytäryhtiö) saaduista osingoista maksettavasta lähdeverosta, onko viimeksi mainittu jäsenvaltio tällöin direktiivin [90/435] tai SEU 4 artiklan 3 kohdan mukaan velvollinen ilmoittamaan, kenen jäsenvaltio siinä tapauksessa katsoo olevan tosiasiallinen edunsaaja?
- 9) Jos jäsenvaltiossa asuvan yhtiön (emoyhtiö) ei katsota olevan direktiivin [90/435] nojalla konkreettisesti vapautettu toisessa jäsenvaltiossa asuvalta yhtiöltä (tytäryhtiö) saaduista osingoista maksettavasta lähdeverosta, onko SEUT 49 artikla, luettuna yhdessä SEUT 54 artiklan kanssa, tai SEUT 63 artikla tällöin erikseen tai kokonaisuutena tarkasteltuina esteenä lainsäädännölle,
- a) jonka mukaan viimeksi mainittu jäsenvaltio velvoittaa tytäryhtiön pidättämään osingoista lähdeveroa ja asettaa sen julkisyhteisöön nähden vastuuseen pidättämättä jääneestä lähdeverosta, jos tällaista pidätysvelvollisuutta ei ole silloin, kun emoyhtiö asuu jäsenvaltiossa?
- b) jonka mukaan viimeksi mainittu jäsenvaltio laskee viivästyskoron maksamatta olevalle lähdeverolle?

Unionin tuomioistuinta pyydetään ottamaan kysymykseen 9 annettavassa vastauksessa huomioon kysymyksiin 6 ja 7 annettu vastaus.

10) Olosuhteissa, joissa

- 1) jäsenvaltiossa asuva yhtiö (emoyhtiö) täyttää direktiivissä [90/435] säädetyn vaatimuksen vähintään 10 prosentin omistuksesta (vuonna 2011) toisessa jäsenvaltiossa asuvan yhtiön (tytäryhtiö) osakepääomasta,
- 2) emoyhtiön ei katsota olevan direktiivin [90/435] 1 artiklan 2 kohdan nojalla konkreettisesti vapautettu tytäryhtiön jakamista osingoista maksettavasta lähdeverosta,
- 3) emoyhtiön (suoraa tai välillistä) osakkeenomistajaa (osakkeenomistajia), joka asuu (jotka asuvat) EU:n/ETA:n ulkopuolisessa valtiossa, pidetään kyseisten osinkojen tosiasiallisena edunsaajana (edunsaajina),
- 4) myös edellä mainittu (suora tai välillinen) osakkeenomistaja(t) täyttää (täyttävät) edellä mainitun pääomavaatimuksen,

onko SEUT 63 artikla tällöin esteenä lainsäädännölle, jonka mukaan jäsenvaltio, jossa tytäryhtiö asuu, verottaa kyseisiä osinkoja, jos kyseinen jäsenvaltio pitää siellä asuvia yhtiöitä, jotka täyttävät direktiivissä [90/435] sisältyvän pääomavaatimuksen eli omistivat verovuonna 2011 vähintään 10 prosenttia osinkoja jakavan yhtiön osakepääomasta, vapautettuina tällaisista osingoista maksettavasta verosta?”

30. Asia C-116/16 ja asia C-117/16 yhdistettiin 13.7.2016 annetulla määräyksellä. Kirjallisia huomautuksia ennakkoratkaisukysymyksistä ovat unionin tuomioistuimessa esittäneet T Danmark, Y Denmark Aps, Tanskan kuningaskunta, Saksan liittotasavalta, Ruotsin kuningaskunta, Italian tasavalta, Alankomaiden kuningaskunta ja Euroopan komissio. T Danmark, Y Denmark Aps, Tanskan kuningaskunta, Saksan liittotasavalta, Luxemburgin suurherttuakunta ja komissio olivat edustettuina 10.10.2017 pidetyssä istunnossa – jossa käsiteltiin myös asiaa C-115/16, asiaa C-118/16, asiaa C-119/16 ja asiaa C-299/16.

V Oikeudellinen arviointi

A Osingonsaajan määrittäminen verovelvollisen väärinkäytön tapauksessa (kysymykset 1–5)

31. Menettelyn osapuolet ovat yhtä mieltä siitä, että kyseessä olevat osingonmaksut kuuluvat lähtökohtaisesti emo-tytäryhtiödirektiivin soveltamisalaan. Tanskan, johon osinkoja jakava yhtiö on sijoittautunut, pitäisi näin ollen vapauttaa osingot lähdeverosta kyseisen direktiivin 5 artiklan mukaisesti. Tanska kuitenkin ilmeisesti katsoo lähdeverovapautuksen epäämisen olevan perusteltua emo-tytäryhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohdan nojalla. Kyseisen säännöksen mukaan direktiivi ei estä sellaisten kansallisten säännösten soveltamista, jotka ovat välttämättömiä veropetosten ja väärinkäytösten estämiseksi.

32. Kysymyksillään 1–5 ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustele ensisijaisesti, voiko jäsenvaltio vedota emo-tytäryhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohtaan veropetosten ja väärinkäytösten estämiseksi vain, jos se on antanut kansallista lainsäädäntöä kyseisen säännöksen täytäntöön panemiseksi (B.1), ja jos näin on, onko yhteisöverolain 2 §:n 2 momentin c kohtaa tai verosopimuksen määräystä, jossa käytetään tosiasiallisen edunsaajan käsitettä, pidettävä tällaisena riittävänä täytäntöönpanona (B.2). Mikäli näin on, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustele lisäksi, kenen ja miten on tulkittava tosiasiallisen edunsaajan käsitettä.

33. Nämä kysymykset ovat kuitenkin mielekkäitä vain, jos emo-tytäryhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohdan edellytykset ylipäättään täyttyvät. Tämä edellyttää, että T Danmark on syylistynyt veronkiertoon tai lähdeverovapautuksen väärinkäyttöön käsiteltävässä asiassa. Sen vuoksi on vastattava ensin kysymykseen 5.

34. Tästä on kuitenkin aluksi huomautettava, ettei ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymys 5 sovi ennakkoratkaisupyynnössä esitettyihin tosiseikkoihin. Osingot saavan N Luxembourg 2:n emoyhtiö (N Luxembourg) on sijoittautunut Luxemburgiin eikä, kuten ennakkoratkaisukysymyksessä väitetään, kolmanteen maahan. Ennakkoratkaisupyynnöstä ei myöskään voida päätellä, asuvatko tämän ylimmän tason emoyhtiön osuudenomistajat kolmansissa maissa ja jos asuvat, niin mitkä niistä. Jo tästä syystä on oikeastaan mahdotonta arvioida väärinkäytön olemassaoloa. Unionin tuomioistuin voi tästä huolimatta antaa ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle joitain hyödyllisiä ohjeita.

35. Tältä osin selvennän, mitä edellytyksiä väärinkäytön toteamiselle on emo-tytäryhtiödirektiivin soveltamisalalla (2). Ensin tarkastelen lähemmin emo-tytäryhtiödirektiivin 5 artiklan 1 kohtaan sisältyvän lähdeverotusta koskevan kiellon laajuutta (1).

1 Emo-tytäryhtiödirektiivin 5 artiklan 1 kohtaan sisältyvän lähdeverotusta koskevan kiellon perusajatus

36. Emo-tytäryhtiödirektiivillä, kuten sen johdanto-osan kolmannelta perustelukappaleesta käy ilmi, pyritään ottamalla käyttöön yhteinen verojärjestelmä estämään se, että eri jäsenvaltioissa sijaitsevien yhtiöiden välinen yhteistyö saatettaisiin epäedullisempaan asemaan kuin samassa jäsenvaltiossa sijaitsevien yhtiöiden välinen yhteistyö, ja helpottamaan näin yhtiöiden ryhmittymistä unionin tasolla. Direktiivillä pyritään näin turvaamaan jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön toisessa jäsenvaltiossa asuvalle emoyhtiölleen suorittaman voitonjaon verotuksen neutraalisuus.⁵

37. Tätä varten emo-tytäryhtiödirektiivin 4 artiklan 1 kohdassa annetaan jäsenvaltioille mahdollisuus valita kahden järjestelmän eli vapautusjärjestelmän ja hyvitysjärjestelmän välillä. Direktiivin johdanto-osan seitsemännen ja yhdeksännen perustelukappaleen mukaisesti kyseisessä säännöksessä nimittäin täsmennetään, että jos emoyhtiölle tai sen kiinteälle toimipaikalle jaetaan voittoa muutoin kuin tytäryhtiön selvitystilaan joutumisen yhteydessä sillä perusteella, että emoyhtiö on tytäryhtiönsä osakas, emoyhtiön sijaintijäsenvaltion ja sen kiinteän toimipaikan sijaintijäsenvaltion on joko jätettävä verottamatta tämä voitto, jos tytäryhtiö ei voi vähentää sitä verotuksessaan, tai verotettava sitä mutta samalla sallittava emoyhtiön ja sen kiinteän toimipaikan vähentää veronsa määrästä tytäryhtiön ja sen alatytäryhtiöiden tästä voitosta maksamaa veroa vastaava osuus.⁶

38. Emo-tytäryhtiödirektiivin 4 artiklan tarkoituksena on siten välttää se, että ulkomaisen tytäryhtiön kotimaiselle emoyhtiölle jakamista voitoista verotettaisiin ensin tytäryhtiötä sen asuinvaltiossa ja sen jälkeen emoyhtiötä sen asuinvaltiossa.⁷

39. Emo-tytäryhtiödirektiivin 4 artiklassa on kyse taloudellisesta kaksinkertaisesta verotuksesta, koska osingot ovat yleensä peräisin tytäryhtiön verotetuista tuloista (eli niistä on jo kannettu yhteisöveroa jäsenvaltiossa) ja kuuluvat emoyhtiön tuloihin (ja niistä kannetaan siten uudelleen yhteisöveroa toisessa jäsenvaltiossa). Suuremman konsernin sisällä verorasite määräytyy siten konsernin eri portaiden, joiden perusteet ovat useimmissa tapauksissa puhtaasti organisatorisia, lukumäärän perusteella. Emo-tytäryhtiödirektiivin 4 artiklassa otetaan siten huomioon myös se seikka, että uusia oikeushenkilöitä voidaan perustaa mielivaltaisesti, ilman että niiden takana olevat henkilöt tai myös niiden tällaisten oikeushenkilöiden toiminnasta saamat voitot muuttuisivat.

40. Tätä ajatusta täydentää emo-tytäryhtiödirektiivin 5 artiklan 1 kohta, jonka mukaan verotuksen tasapuolisuuden varmistamiseksi olisi vapautettava tytäryhtiön emoyhtiölleen jakama voitto lähdeverosta.⁸ Emo-tytäryhtiödirektiivin 5 artiklan 1 kohdassa asetetaan kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi periaatteellinen kielto kantaa lähdeveroa tytäryhtiön, jonka kotipaikka on tiettyssä jäsenvaltiossa, emoyhtiölleen, jonka kotipaikka on toisessa jäsenvaltiossa, jakamasta voitosta.⁹

41. Kun emo-tytäryhtiödirektiivin 5 artiklan 1 kohdassa kielletään jäsenvaltioita kantamasta lähdeveroa tässä jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön ulkomaille asuvalle emoyhtiölleen jakamasta voitosta, sillä rajoitetaan jäsenvaltioiden toimivaltaa verottaa voittoja, joita niiden alueelle sijoittautuneet yhtiöt jakavat muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneille yhtiöille.¹⁰ Jäsenvaltiot eivät näin ollen voi yksipuolisesti ottaa käyttöön rajoittavia toimenpiteitä ja asettaa eri ehtoja oikeudelle hyötyä mainitussa

⁵ Tuomio 7.9.2017, Egiom ja Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, 20 kohta); tuomio 17.5.2017, AFEP ym. (C-365/16, EU:C:2017:378, 21 kohta) ja tuomio 8.3.2017, Wereldhave Belgium ym. (C-448/15, EU:C:2017:180, 25 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

⁶ Tuomio 17.5.2017, X (C-68/15, EU:C:2017:379, 71 kohta); tuomio 17.5.2017, AFEP ym. (C-365/16, EU:C:2017:378, 22 kohta) ja tuomio 12.12.2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, 44 kohta).

⁷ Tuomio 17.5.2017, AFEP ym. (C-365/16, EU:C:2017:378, 24 kohta).

⁸ Tuomio 7.9.2017, Egiom ja Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, 21 kohta).

⁹ Tuomio 7.9.2017, Egiom ja Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, 22 kohta); ks. vastaavasti myös tuomio 17.10.1996, Denkvit ym. (C-283/94, C-291/94 ja C-292/94, EU:C:1996:387, 22 kohta) ja tuomio 25.9.2003, Océ van der Grinten (C-58/01, EU:C:2003:495, 83 kohta).

¹⁰ Tuomio 7.9.2017, Egiom ja Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, 23 kohta); vastaavasti myös tuomio 1.10.2009, Gaz de France – Berliner Investissement, C-247/08, EU:C:2009:600, 38 kohta).

5 artiklan 1 kohdassa säädetystä lähdeveroa koskevasta vapautuksesta.¹¹ Oikeus lähdeverovapautukseen ei siten ole riippuvainen siitä, että emoyhtiön osuudenomistajat ovat sijoittautuneet kyseisen jäsenvaltion alueelle tai että osinkojen maksaja esittää, miten osinkojen saaja käyttää osinkoja.

42. Emo-tytäryhtiödirektiivin 5 artiklan 1 kohdassa on kyse uuden (pikemminkin oikeudellisen) kaksinkertaisen verotuksen välttämisestä. Kuten unionin tuomioistuimien on nimittäin jo todennut, lähdeverotuksessa verotetaan oikeastaan tulojen (käsiteltävässä asiassa osinkojen) saajaa.¹² Lähdeverotus osingonjakajan asuinvaltiossa ei siten ole oma verolajinsa vaan ainoastaan erityinen verotustekniikka. Osingonjakajan lähdeverotus sen asuinvaltiossa ja osingonsaajan ”tavanomainen” verotus sen asuinvaltiossa johtavat sellaisenaan kaksinkertaiseen verotukseen ja yleensä myös epäedullisempaan kohteluun jäsenvaltion sisäiseen tilanteeseen verrattuna.

43. Ellei vapautusta sovellettaisi molemmilla tasoilla, juuri laajoissa rajatylittävissä konsernirakenteissa edellä mainittu kerrannaisvaikutus moninkertaistuisi, kun myös lähdevero kannettaisiin vielä joka kerta erikseen. On täysin selvää, että tämän on katsottava haittaavan sisämarkkinoiden toimintaa.

44. Tällaisen kerrannaisvaikutuksia aiheuttavan taloudellisen ja oikeudellisen kaksinkertaisen verotuksen välttämisen kannalta on kuitenkin merkitykseltä, onko osingonsaaja myös osinkojen tosiasiallinen edunsaaja tai vastaava. Ratkaisevaa on pikemminkin se, kohdistuiko osingonjakajaan yhteisöverorasite ja onko osingonsaajan maksettava uudelleen yhteisöveroa osingoista. Sama pätee lähdeverotusta koskevaan kieltoon. Tämän kannalta ratkaisevaa on, ovatko osinkotulot yhteisöveron alaisia asuinvaltiossa. Luxemburgin verohallinto vahvisti veronalaisuuden nimenomaisesti käsiteltävässä asiassa.

45. Tältä osin on täysin järkevää, että emo-tytäryhtiödirektiivissä (toisin kuin korko- ja rojaltidirektiivissä¹³) otetaan lähtökohdaksi ”ainoastaan” se, että tytäryhtiö jakaa voittoa emoyhtiölleen (tietystä omistusosuudesta alkaen). Osingot eivät – maksettavista koroista poiketen – ole lähtökohtaisesti voittoa vähentäviä toimintamenoja, joten on myös ymmärrettävää, ettei emo-tytäryhtiödirektiiviin sisälly sen sanamuodon mukaan muita aineellisia perusteita (kuten osinkojen saaminen omissa nimissä ja omaan lukuun tai vastaavaa).

46. Oikeus osinkojen saamiseen seuraa viime kädessä yhtiöoikeudellisesta emoyhtiön asemasta, jossa voidaan toimia ainoastaan omissa nimissä. Myös toimimista toisen lukuun on vaikea kuvitella tässä yhteydessä. Sitä ei joka tapauksessa voida johtaa yksinomaan ylimmän tason emoyhtiön olemassaolosta. Lähtökohtaisesti kaikki tytäryhtiön toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneelle emoyhtiölleen jakamat osingot kuuluvat siten kyseisen kiellon soveltamisalaan, jos yhtiö täyttää emo-tytäryhtiödirektiivin 2 artiklan edellytykset, mikä on riidatonta käsiteltävässä asiassa.

47. Tätä rajoittaa ainoastaan emo-tytäryhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohta, jonka mukaan direktiivi ei estä sellaisten kansallisten säännösten tai sopimusmääräysten soveltamista, jotka ovat välttämättömiä veropetosten ja väärinkäytösten estämiseksi.

¹¹ Tuomio 7.9.2017, Egiom ja Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, 24 kohta) ja määräys 4.6.2009, KBC Bank ja Beleggen, Risicokapitaal, Beheer (C-439/07 ja C-499/07, EU:C:2009:339, 38 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

¹² Tuomio 24.6.2010, P. Ferrero ja General Beverage Europe (C-338/08 ja C-339/08, EU:C:2010:364, 26 ja 34 kohta) ja tuomio 26.6.2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, 52 kohta).

¹³ Direktiivi 2003/49.

2 Väärinkäytön käsite unionin oikeudessa

48. Emo-tytär-yhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohta heijastelee unionin oikeuden yleistä periaatetta, jonka mukaan kukaan ei saa käyttää väärin unionin oikeusjärjestyksestä johtuvia oikeuksia eikä vedota niihin vilpillisesti.¹⁴ Unionin lainsäädännön soveltamista ei nimittäin voida ulottaa väärinkäytön luonteisiin taloudellisten toimijoiden menettelyihin, toisin sanoen toimiin, joita ei toteuteta tavanomaisen liiketoiminnan yhteydessä vaan joilla pyritään ainoastaan unionin lainsäädännössä säädettyjen etujen väärinkäyttämiseen.¹⁵

49. Säännöksen sanamuodossa ei rajata tarkemmin sitä, miten sen perustana oleva väärinkäytön käsite on ymmärrettävä.¹⁶ Poikkeussäännöksenä emo-tytär-yhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohtaa on kuitenkin tulkittava suppeasti.¹⁷ Väärinkäytösten estämiseksi toteutettavien toimenpiteiden osalta tätä edellyttää erityisesti myös oikeusvarmuuden periaate. Jos yksityinen oikeussubjekti näet täyttää muodollisesti kaikki edellytykset oikeuden vaatimiselle, tämä oikeus voidaan evätä väärinkäyttövaihteen perusteella ainoastaan erityistapauksissa.

50. Muista unionin direktiiveistä saadaan kuitenkin analogian perusteella tukea väärinkäytön arvioimiseen. Siten sulautumadirektiivin¹⁸ 11 artiklan 1 kohdan a alakohdan toisessa virkkeessä mainitaan malliesimerkkinä tällaisesta tarkoituksesta se, ettei liiketoimea ole suoritettu hyväksyttävästä taloudellisesta syystä. Lisäksi veron kiertämisen käytäntöjen torjuntaa koskevien sääntöjen vahvistamisesta annetun direktiivin¹⁹ (jäljempänä direktiivi 2016/1164) – jota ei vielä sovellettu riidanalaisena ajanjaksona – 6 artiklassa määritellään väärinkäytön käsite. Sen mukaan ratkaisevaa on, onko kyseessä sellainen järjestely, jonka pääasiallisena tarkoituksena tai yhtenä pääasiallisista tarkoituksista on sovellettavan verolain tavoitteen tai tarkoituksen vastaisen veroedun saaminen ja joka ei ole aito. Saman artiklan 2 kohdan mukaan järjestelyä on pidettävä epäaitona siltä osin kuin se ei perustu päteviin liiketaloudellisiin syihin, jotka vastaavat taloudellista todellisuutta.

51. Unionin tuomioistuin on etenkin useasti todennut, että jotta sijoittautumisvapauden rajoittamista voitaisiin perustella väärinkäytösten torjumiseen liittyvillä syillä, tällaisen rajoituksen erityisenä tavoitteena on oltava sellaisten menettelyjen estäminen, joilla luodaan ilman taloudellista todellisuuspohjaa olevia täysin keinotekoisia järjestelyjä sen veron kiertämiseksi, joka olisi normaalisti

14 Tuomio 7.9.2017, Egiom ja Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, 26 kohta) ja julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus samassa asiassa (EU:C:2017:34, 24 kohta).

15 Tuomio 22.11.2017, Cussens ym. (C-251/16, EU:C:2017:881, 27 kohta); tuomio 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, 38 kohta); tuomio 6.4.2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, 20 kohta); tuomio 12.9.2006, Cadbury Schweppes ja Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, 35 kohta); tuomio 21.2.2006, Halifax ym. (C-255/02, EU:C:2006:121, 68 ja 69 kohta) ja tuomio 9.3.1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, 24 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen); ks. tästä myös ratkaisuehdotukseni Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, 57 kohta).

16 Ks. sitä vastoin esim. 19.10.2009 annetun neuvoston direktiivin 2009/133/EY (EUVL 2009, L 310, s. 34; sulautumadirektiivi) 15 artikla.

17 Ks. tuomio 17.10.1996, Denavit ym. (C-283/94, C-291/94 ja C-292/94, EU:C:1996:387, 27 kohta); tuomio 17.7.1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, 38 ja 39 kohta); tuomio 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, 37 kohta); tuomio 11.12.2008, A.T. (C-285/07, EU:C:2008:705, 31 kohta); tuomio 20.5.2010, Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282, 46 kohta) ja tuomio 10.11.2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, 44 kohta).

18 Eri jäsenvaltioissa olevia yhtiöitä koskeviin sulautumisiin, diffuusioihin, varojensiirtoihin ja osakkeidenvaihtoihin sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä 23.7.1990 annettu neuvoston direktiivi 90/434/ETY (EYVL 1990, L 225, s. 1).

19 Sisämarkkinoiden toimintaan suoraan vaikuttavien veron kiertämisen käytäntöjen torjuntaa koskevien sääntöjen vahvistamisesta 12.7.2016 annettu neuvoston direktiivi (EU) 2016/1164 (EUVL 2016, L 193, s. 1).

maksettava asianomaisen jäsenvaltion alueella harjoitetusta toiminnasta syntyneistä voitoista.²⁰ Kuten unionin tuomioistuin on nyttemmin myös toistuvasti todennut, verotuksellisen edun saamisen ei tarvitse olla kyseisen järjestelyn ainoa päämäärä,²¹ vaan riittää, että se on sen keskeinen päämäärä.²²

52. Tähän unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön sisältyy siten kaksi osatekijää, jotka ovat sidoksissa toisiinsa. Yhtäältä täysin keinotekoisia järjestelyjä, jotka ovat viime kädessä olemassa vain paperilla, ei alun alkaenkaan hyväksytä. Ratkaiseva merkitys on myös verolainsäädännön kiertämisellä, joka voidaan toteuttaa myös taloudellisessa todellisuudessa tunnettujen järjestelyjen avulla. Viimeksi mainittu tapausryhmä lienee yleisempi, ja siitä säädetään nykyään nimenomaisesti direktiivin 2016/1164 uudessa 6 artiklassa. Myös unionin tuomioistuin itse pitää uudemmassa ratkaisussaan järjestelyn täysin keinotekoisesta luonnosta ainoastaan seikkana, joka voi osoittaa, että verotuksellisen edun saaminen on tavoiteltu keskeinen päämäärä.²³

53. Väärinkäytön olemassa olo riippuu kaikkien kyseessä olevaan tapaukseen liittyvien seikkojen kokonaisarviointista, jonka tekeminen kuuluu toimivaltaisille kansallisille viranomaisille ja joka on voitava saattaa tuomioistuinten harjoittaman valvonnan kohteeksi.²⁴ Tämä kokonaisarviointi on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävä.²⁵ Sen arvioimista varten, toteutetaanko toimet tavanomaisen liiketoiminnan yhteydessä vai pyritäänkö niillä ainoastaan unionin lainsäädännössä säädettyjen etujen väärinkäyttämiseen,²⁶ unionin tuomioistuin voi kuitenkin antaa ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle hyödyllisiä viitteitä.²⁷

3 Käsiteltävässä asiassa sovellettavat perusteet

a) Täysin keinotekoisien järjestelyjen olemassaolo

54. Unionin tuomioistuin ei voi arvioida sitä, voidaanko kyseessä katsoa olevan ilman taloudellista todellisuuspohjaa oleva täysin keinotekoinen järjestely. Yhtäältä ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämät tosiseikat eivät ole tältä osin läheskään riittäviä. Toisaalta näiden tosiseikkojen arviointi on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen asia. Unionin tuomioistuin voi ainoastaan antaa viitteitä siihen.

55. Kuten unionin tuomioistuin on äskettäin todennut, se, että liiketoiminta muodostuu ainoastaan varojen hoidosta tai että tulot ovat peräisin vain mainitusta varojen hoidosta, ei merkitse sitä, että kyseessä on ilman taloudellista todellisuuspohjaa oleva täysin keinotekoinen järjestely.²⁸ Kun otetaan huomioon, että etenkin varainhoitoyhtiöillä on (mahdollisesti) vähän toimintaa sinänsä, tälle

20 Tuomio 20.12.2017, Deister Holding ja Juhler Holding (C-504/16 ja C-613/16, EU:C:2017:1009, 60 kohta); tuomio 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, 35 kohta); tuomio 18.6.2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, 64 kohta); tuomio 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, 74 kohta) ja vastaavasti tuomio 12.9.2006, Cadbury Schweppes ja Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, 55 kohta).

21 Näin vielä tuomio 20.6.2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, 46 kohta); tuomio 12.7.2012, J.J. Komen en Zonen Beheer Heerhugowaard (C-326/11, EU:C:2012:461, 35 kohta); tuomio 27.10.2011, Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707, 51 kohta) ja tuomio 22.5.2008, Ampliscentifica ja Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301, 28 kohta).

22 Välillistä verotusta koskevasta lainsäädännöstä: tuomio 22.11.2017, Cussens ym. (C-251/16, EU:C:2017:881, 53 kohta); tuomio 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, 36 kohta) ja tuomio 21.2.2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, 45 kohta); nk. sulautumadirektiivin soveltamisalalla vastaavasti tuomio 10.11.2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, 35 ja 36 kohta).

23 Näin nimenomaisesti tuomiossa 22.11.2017, Cussens ym. (C-251/16, EU:C:2017:881, 60 kohta).

24 Tuomio 17.7.1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, 41 kohta) ja ratkaisuehdotukseni Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, 60 kohta).

25 Samoin tuomio 22.11.2017, Cussens ym. (C-251/16, EU:C:2017:881, 59 kohta) ja tuomio 20.6.2013, Newey (C-653/11, EU:C:2013:409, 49 kohta).

26 Tuomio 12.9.2006, Cadbury Schweppes ja Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, 35 kohta); tuomio 6.4.2006, Agip Petroli (C-456/04, EU:C:2006:241, 20 kohta); tuomio 21.2.2006, Halifax ym. (C-255/02, EU:C:2006:121, 68 ja 69 kohta) ja tuomio 9.3.1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, 24 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen); ks. myös ratkaisuehdotukseni Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, 57 kohta).

27 Tuomio 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, 34 kohta); tuomio 21.2.2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, 56 kohta) ja tuomio 21.2.2006, Halifax ym. (C-255/02, EU:C:2006:121, 77 kohta).

28 Tuomio 20.12.2017, Deister Holding ja Juhler Holding (C-504/16 ja C-613/16, EU:C:2017:1009, 73 kohta).

perusteelle on kaiketi myös asetettava vain vähäisiä vaatimuksia. Jos kyseessä on pätevästi perustettu yhtiö, joka on tosiasiallisesti tavoitettavissa kotipaikassaan ja jolla on käytettävissään asianmukaiset aineelliset varat ja henkilöstöresurssit kyseisessä paikassa, jotta se voi täyttää tarkoituksensa, sitä ei voida pitää ilman taloudellista todellisuuspohjaa olevana täysin keinotekoisena järjestelynä.

56. Keinotekoisien järjestelyn ei voida katsoa olevan kyseessä myöskään sen tosiseikan perusteella, että osingonsaaja jakaa voittonsa edelleen osuudenomistajilleen. Pääomayhtiöiden tarkoituksena on jakaa tuloistaan (näihin kuuluvat myös pääomatulot, kuten osingot) saatavat voitot jossain vaiheessa osuudenomistajilleen. Emo-tytäryhtiödirektiivistä ei voida päätellä, että emo-tytäryhtiödirektiivin 5 artiklan 1 kohdan mukainen lähdeverovapautus (ja mahdollisesti myös emo-tytäryhtiödirektiivin 4 artiklan mukainen osinkoverotusta koskeva vapautus) olisi riippuvainen emoyhtiön osingonjakomenettelystä. Edellä kuvattu kerrannaisvaikutushan, jota direktiivillä pyritään välttämään (tästä edellä 36 kohta ja sitä seuraavat kohdat), on voimakkaampi, kun osinkoja jaetaan eteenpäin.

57. Sama pätee siihen, että ylimmän tason emoyhtiön osuudenomistajat (pääomasijoitusyhtiöt) ovat mahdollisesti kolmansissa maissa asuvia. Kuten unionin tuomioistuin nimittäin on myös jo katsonut, pelkästään sen seikan, että osinkoja saava yhtiö on suoraan tai välillisesti unionin ulkopuolelle sijoittautuneiden henkilöiden määräysvallassa, perusteella ei voida olettaa, että kyse on lähdeverovapautuksen väärinkäytöstä.²⁹ Näin verovelvollinen nimittäin velvoitettaisiin osoittamaan systemaattisesti, etteivät kyseessä ole verotukselliset syyt, ilman että veroviranomaisilla olisi velvollisuutta esittää riittäviä indisioita veronkierrosta.³⁰

58. Lähdeverosta vapautuksen epääminen perustuisi tältä osin yleiseen oletamaan veronkierrosta. Tällaiseen oletamaan tukeutuminen ei kuitenkaan ole sallittua.³¹ Viranomaisten on aina tutkittava yksittäistapauksen objektiiviset ja todennettavissa olevat seikat.³² Ilman taloudellista todellisuuspohjaa olevasta keinotekoisesta järjestelystä ei kuitenkaan ole viitteitä käsiteltävässä asiassa. Luxemburgin verohallinnon antama todistus (ks. 22 kohta) ei päinvastoin tue ilman taloudellista todellisuuspohjaa olevan keinotekoisien järjestelyn olemassaoloa.

59. Tämä ei kuitenkaan sulje nähdäkseni pois sitä, ettei kyseessä voisi tästä huolimatta olla väärinkäyttöä merkitsevä verotusjärjestely, kuten myös direktiivin 2016/1164 uuden 6 artiklan sanamuoto osoittaa. Myös unionin tuomioistuin on jo todennut emo-tytäryhtiödirektiivistä, että kun omistusrakenne palvelee vain sitä tarkoitusta, että hyödyttäisiin direktiivissä säädetyistä veroeduista, kyse on yhdestä väärinkäytöksen muodosta.³³ Tältä osin myös emo-tytäryhtiödirektiiviin pätee se, että järjestelylle on oltava taloudelliset syyt. Pelkän verotuksellisen edun tavoittelua, jolla ei ole yhteyttä taloudelliseen todellisuuteen, ei sitä vastoin suojata.³⁴

b) Huomioon otettavat muut kuin verolainsäädäntöön liittyvät syyt

60. Käsiteltävässä asiassa ratkaiseva merkitys on näin ollen muilla perusteilla, etenkin huomioon otettavilla muilla kuin verolainsäädäntöön liittyvillä syillä.

²⁹ Tuomio 7.9.2017, Egiom ja Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, 27 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

³⁰ Tuomio 7.9.2017, Egiom ja Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, 28 kohta) ja tuomio 5.7.2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, 55 kohta).

³¹ Ks. tuomio 7.9.2017, Egiom ja Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, 30 kohta); tuomio 4.3.2004, komissio v. Ranska (C-334/02, EU:C:2004:129, 27 kohta); tuomio 9.11.2006, komissio v. Belgia (C-433/04, EU:C:2006:702, 35 kohta); tuomio 28.10.2010, Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645, 34 kohta) ja tuomio 5.7.2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, 38 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

³² Ks. tuomio 7.9.2017, Egiom ja Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, 30 kohta); tuomio 17.7.1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, 41 ja 44 kohta); tuomio 9.3.1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, 25 kohta); tuomio 21.11.2002, X ja Y (C-436/00, EU:C:2002:704, 42 kohta); tuomio 20.5.2010, Zwijnenburg (C-352/08, EU:C:2010:282, 44 kohta) ja tuomio 10.11.2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, 37 kohta).

³³ Ks. tuomio 17.10.1996, Denkvit ym. (C-283/94, C-291/94 ja C-292/94, EU:C:1996:387, 31 kohta).

³⁴ Tuomio 7.9.2017, Egiom ja Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, 26 kohta); ks. sulautumadirektiivistä tuomio 17.7.1997, Leur-Bloem (C-28/95, EU:C:1997:369, 47 kohta) ja tuomio 10.11.2011, FOGGIA-Sociedade Gestora de Participações Sociais (C-126/10, EU:C:2011:718, 34 kohta).

61. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan väärinkäyttönä ei ole pidettävä sellaisenaan sitä, että yhtiön sääntömääräinen tai tosiasiallinen kotipaikka sijoitetaan tietyn jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti, jotta hyödyttäisiin edullisemmasta lainsäädännöstä.³⁵ Pelkästään siitä, että omistusketjussa on mukana myös Luxemburgiin sijoittautuneita yhtiöitä, ei siksi voida vielä päätellä, että kyseessä on väärinkäyttö.

62. Lisäksi, kun verovelvollinen voi valita kahden liiketoimen välillä, sen ei ole pakko valita sitä, joka merkitsee korkeamman veron maksamista, vaan sillä on oikeus järjestää toimintansa verovelkaansa pienentävällä tavalla.³⁶ Unionin tuomioistuin on samoin todennut, että verovelvollisilla on näin yleensä vapaus valita verotaakkansa rajoittamisen ja liiketoimintansa kannalta asianmukaisimmiksi katsomansa organisaatorakenteet ja liiketoimiensa toteuttamiskeinot.³⁷ Väärinkäytöksi ei siten voida kuvata myöskään pelkästään sitä seikkaa, että käsiteltävässä asiassa valittiin liiketoimirakenne, joka ei merkitse korkeimman veron maksamista (tässä ylimääräinen ja lopullinen lähdeverorasite).

63. Ilman taloudellista todellisuuspohjaa olevia täysin keinotekoisia järjestelyjä lukuun ottamatta se, että unionin kansalainen, eli luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö, on aikonut käyttää hyväkseen toisessa jäsenvaltiossa kuin asuinvaltiossaan voimassa olevaa edullista verotusta, ei kuitenkaan sellaisenaan oikeuta epäämään häneltä mahdollisuutta vedota EUT-sopimuksen määräyksiin.³⁸ Nyt tarkasteltavan kaltaista liiketoimirakennetta, jossa osa yhtiöistä on sijoittautunut jäsenvaltioon, jossa ei kanneta lähdeveroa, ei siten voida pitää väärinkäyttönä pelkästään tästä syystä.

64. Sijoittautumisvapauteen kuuluu tältä osin myös vapaus valita jäsenvaltio, joka tarjoaa kyseiselle yritykselle sen näkökulmasta parhaat verotukselliset toimintaedellytykset. Kun tämä periaate pätee jo selvästi laajemmin yhdenmukaistettuun arvonlisäverolainsäädäntöön,³⁹ se pätee varsinkin tuloverolainsäädäntöön, jota ei ole yhdenmukaistettu yhtä laajasti ja jossa jäsenvaltioiden verolainsäädäntöjen erot⁴⁰ johtuvat unionin oikeudesta tai ne hyväksytään poliittisesti tietoisesti.

65. Unionin tuomioistuin on lisäksi selventänyt, että unionin oikeudessa säädetty osinkojen vapauttaminen verosta ei ole riippuvainen yhtiön omistajien alkuperästä tai asuinpaikasta, koska tästä ei säädetä emo-tytäryhtiödirektiivissä.⁴¹ Se, että T Danmarkin osuudenomistajat ovat sijoittautuneet Luxemburgiin tai että sen emoyhtiön osuudenomistajat ovat sijoittautuneet kolmanteen maahan, ei siten merkitse erikseen tarkasteltuna myöskään väärinkäyttöä.

35 Ks. tuomio 25.10.2017, Polbud – Wykonawstwo (C-106/16, EU:C:2017:804, 40 kohta); tuomio 30.9.2003, Inspire Art (C-167/01, EU:C:2003:512, 96 kohta) ja tuomio 9.3.1999, Centros (C-212/97, EU:C:1999:126, 27 kohta).

36 Tuomio 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, 42 kohta); tuomio 22.12.2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, 27 kohta); tuomio 21.2.2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, 47 kohta) ja tuomio 21.2.2006, Halifax ym. (C-255/02, EU:C:2006:121, 73 kohta).

37 Tuomio 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, 42 kohta) ja tuomio 22.12.2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, 53 kohta).

38 Tuomio 12.9.2006, Cadbury Schweppes ja Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, 36 kohta); ks. vastaavasti tuomio 11.12.2003, Barbier (C-364/01, EU:C:2003:665, 71 kohta).

39 Tuomio 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, 42 kohta) ja tuomio 22.12.2010, RBS Deutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810, 53 kohta).

40 Ks. tuomio 12.9.2006, Cadbury Schweppes ja Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, 36 kohta); unionin oikeudessa sallitusta verokantojen eroavuudesta jopa yhdenmukaistetussa verolainsäädännössä myös tuomio 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, 39 ja 40 kohta).

41 Tuomio 20.12.2017, Deister Holding ja Juhler Holding (C-504/16 ja C-613/16, EU:C:2017:1009, 66 kohta).

c) Lain tarkoituksen kiertäminen

66. Käsiteltävässä asiassa suurempi painoarvo on mahdollisesti sillä, jos lopullisilla osingonsaajilla – tässä tapauksessa pääomasijoitusyhtiöillä siitä riippumatta, onko niitä pidettävä verolainsäädännön kannalta läpinäkyvinä tai läpinäkymättöminä – on kotipaikka tietyissä kolmansissa maissa (yleensä tietyillä pienillä saarilla, kuten Caymansaarilla,⁴² Bermudalla⁴³ tai Jerseyllä⁴⁴), jotka ovat tunnettuja siitä, etteivät ne tee yhteistyötä muiden maiden veroviranomaisten kanssa. Tämä voisi viitata kokonaisuutena tarkasteluna epätavalliseen menettelyyn, jonka taloudellinen vaikutin ei käy ensi näkemältä ilmi.

67. Käsiteltävässä asiassa ei kuitenkaan ole tiedossa, missä yhtiörakenteen huipulla olevat osuudenomistajat (ts. pääomasijoitusyhtiöt) asuvat. Unionin tuomioistuin voi tästä huolimatta antaa ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle joitain hyödyllisiä ohjeita.

68. Jos pääomasijoitusyhtiöt asuisivat tosiasiallisesti tällaisissa kolmansissa maissa, koko rakennetta olisi mahdollisesti pidettävänä väärinkäyttöä merkitseväenä järjestelynä ei niinkään luxemburgilaisten yhtiöiden väliyhtiöinä käyttämisen vaan pikemminkin sen vuoksi, että pääomasijoitusyhtiöt ovat sijoittautuneet tiettyihin kolmansiin maihin. Tässä yhteydessä erityinen merkitys on järjestelyn tarkoituksella tai kierretyn verolain (tässä Tanskassa tapahtuva verotus) tarkoituksella.

1) Tanskan tuloverotuksen kiertäminen?

69. Ensinnäkin on todettava, ettei Tanska menettänyt mahdollisuutta verottaa operatiivisen yhtiön (T Danmark) voittoa. Tätä voittoa verotettiin aivan tavallisesti yhtiön asuinvaltiossa (eli Tanskassa). Osingoista kannetaan siten yhteisöveroa Tanskassa.

70. Molemmat luxemburgilaiset yhtiöt (emoyhtiö ja ylimmän tason emoyhtiö) ovat yleisesti verovelvollisia Luxemburgissa, ja niiden tuloista kannetaan yhteisöveroa siellä. Emo-tytäryhtiödirektiivin 2 artiklan edellytykset täyttyvät näin ollen. Osinkojen vapauttaminen verosta Luxemburgissa vastaa direktiivin ajatusta, ja sillä otetaan huomioon niihin Tanskassa kohdistuva yhteisöverorasite.

71. Tältä osin on merkityksetöntä, ettei Luxemburgissa kanneta lähdeveroa, jos osingot maksetaan kolmansiin maihin sijoittautuneille osuudenomistajille. Tämä päätös on seurausta kunkin valtion verotuksellisesta itsemääräämisoikeudesta. Jos unionin oikeudessa sallitaan jo tuloverojen yhdenmukaistamisen puuttumisen vuoksi jäsenvaltioiden keskinäinen verokilpailu, verovelvollista ei voida moittia siitä, että se hyödyntää yksittäisten jäsenvaltioiden tarjoamia sijoittautumisen toimintaympäristöetuja myös todellisuudessa (toisin sanoen ei pelkästään paperilla).

2) Rajat ylittävän tiedonvaihdon puutteiden hyväksikäytön estäminen

72. Luxemburgilaisten yhtiöiden käyttämisellä vältetään näin ollen ”ainoastaan” maksettujen osinkojen lähdeverotus Tanskassa. Kuten edellä (42 kohdassa) jo todettiin, lähdeverotuksessa verotetaan kuitenkin oikeastaan tulojen (käsiteltävässä asiassa osinkojen) saajaa.⁴⁵ Tämä tapahtuu siten, että maksuhetkellä maksaja pidättää jo osan tuloista lähdeverona.

⁴² Näin asiassa C-119/16.

⁴³ Näin asiassa C-117/16.

⁴⁴ Näin asiassa C-299/16.

⁴⁵ Tuomio 24.6.2010, P. Ferrero ja General Beverage Europe (C-338/08 ja C-339/08, EU:C:2010:364, 26 ja 34 kohta) ja tuomio 26.6.2008, Burda (C-284/06, EU:C:2008:365, 52 kohta).

73. Lähdeverotus osinkovelallisen asuinvaltiossa ei siten ole oma verolajinsa vaan ainoastaan erityinen verotustekniikka, jolla pyritään varmistamaan lähinnä osingonsaajan (vähimmäis)verotus. Erityisesti rajat ylittävissä tilanteissa ei nimittäin ole aina varmaa, että saaja myös maksaa asianmukaisesti veroa tuloistaan. Osingonsaajan asuinvaltio saa näet yleensä harvoin tiedon osingonsaajan tuloista ulkomailta, ellei veroviranomaisten välillä ole toimivia tiedonvaihtojärjestelmiä – kuten unionissa nykyään.

74. Jotta tämän lainsäädännön tarkoituksen (osingonsaajan verottamisen varmistaminen) kiertäminen merkitsisi väärinkäyttöä, kahden edellytyksen olisi näin ollen täyttyvä. Ensinnäkin, kun kyseessä on suora maksu, Tanskalla on ylipäättään oltava verotusoikeus (tästä jäljempänä 88 kohta ja sitä seuraavat kohdat). Toiseksi on oltava olemassa vaara verottamatta jäämisestä, koska näitä tuloja ei veroteta varsinaisessa vastaanottajavaltiossa.

75. Jos valitun liiketoimirakenteen syynä olisi näin ollen pidettävä osinkojen maksamista kolmannen maan kautta sijoittajille, jotta sijoittajien asuinvaltiot eivät saa tietoa niiden tuloista, tätä kokonaisrakennetta on mielestäni pidettävä oikeuden väärinkäyttönä.

76. Tällainen väärinkäyttöväite voitaisiin puolestaan kumota, jos pääomasijoitusyhtiöt antavat pääomasijoittajien asuinvaltioiden käyttöön vastaavat verotiedot tai jos pääomasijoitusyhtiöiden asuinvaltiolla on käytettävissään vastaavat tiedot ja se välittää nämä tiedot edelleen asianomaisille valtioille. Tällainen yritys rakenne ei siinä tapauksessa tekisi tyhjäksi vältetyn lähdeverotuksen tarkoitusta (tästä edellä 73 kohta). Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on otettava myös tämä huomioon kokonaisarvioinnissaan.

d) Kysymystä 5 koskeva päätelmä

77. Kolmansissa maissa asuville pääomasijoitusyhtiöille maksettujen osinkojen lähdeverotuksen välttämiseksi kyseeseen tulee ensisijaisesti osinkojen verotuksen välttäminen tosiasiallisten osingonsaajien (ts. sijoittajien) tasolla. Väärinkäytön voidaan katsoa olevan kyseessä etenkin, jos valitulla yritys rakenteella pyritään käyttämään hyväksi osallisina olevien valtioiden tiedonvaihdon tiettyjä puutteita näiden sijoittajien tosiasiallisen verottamisen estämiseksi. Tämän arvioiminen on ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen asia.

4 Malliverosopimuksen kommentaarien mukainen emo-tytäryhtiödirektiivin tulkinta? (kysymykset 3 ja 4)

78. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee kysymyksillään 3 ja 4 muun muassa, onko Tanskan toisen valtion kanssa tekemän kansainvälisoikeudellisen sopimuksen (ts. verosopimuksen) perusteiden mukaisesti tehtävän emo-tytäryhtiödirektiivistä seuraavan lähdeverovapautuksen epäämisen perustuttava unionin oikeuteen sisältyvään perustavaan käsitykseen, minkä tutkiminen on unionin tuomioistuimen tehtävä. Se pyrkii lisäksi selvittämään, onko tällaisessa unionin oikeuden mukaisessa tulkinnassa otettava huomioon myös malliverosopimuksen kommentaarit ja, jos on, onko tulkinnassa otettava huomioon myös direktiivin antamisajankohdan jälkeen tehdyt malliverosopimuksen kommentaarit.

79. Malliverosopimuksen myöhemmissä kommentaareissa niin kutsuttuja väliyhteisöjä ei nimittäin tavallisesti pidetä tosiasiallisina edunsaajina, jos – vaikka ne ovatkin muodollisesti tosiasiallisia edunsaajia – niillä on käytännössä hyvin suppeat valtuudet, joiden vuoksi niitä on pidettävä kyseisten tulojen osalta ainoastaan asianomaisten osapuolten lukuun toimivana uskottuna miehenä tai hallinnoijana.

80. Sikäli kuin jäsenvaltio haluaa rajoittaa unionin oikeudesta seuraavaa verovapautusta yksityisten oikeussubjektien kustannuksella, tätä rajoittavaa sääntelyä on tulkittava aina unionin oikeuden valossa. Jotta ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle voidaan antaa hyödyllinen vastaus, on näin ollen tulkittava emo-tytäryhtiödirektiiviä. Tässä unionin oikeuden tulkinnassa on mahdollisesti otettava huomioon myös malliverosopimukset ja niitä koskevat kommentaarit.

81. Malliverosopimukset eivät kuitenkaan sisälly unionin oikeuteen eivätkä sido oikeudellisesti unionin tuomioistuinta. Ne eivät ole monenvälisiä kansainvälisen oikeuden sopimuksia vaan kansainvälisen järjestön yksipuolisia toimia, jotka on toteutettu sen jäsenvaltioille osoitettujen suositusten muodossa. Myös OECD:n näkemyksen mukaan nämä suositukset eivät ole sitovia; OECD:n työjärjestyksen mukaan jäsenvaltioiden on pikemminkin tarkastettava, pitävätkö ne suositusten noudattamista tarkoituksenmukaisena.⁴⁶ Tämä pätee etenkin OECD:n laatimiin malliverosopimuksen kommentaareihin, jotka sisältävät viime kädessä pelkästään oikeudellisia näkemyksiä.

82. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan ei kuitenkaan ole merkityksetöntä, jos jäsenvaltiot tukeutuvat niille kuuluvan verotusvallan tasapainoisen jaon osalta kansainväliseen käytäntöön, sellaisena kuin se ilmenee malliverosopimuksesta.⁴⁷ Tämä pätee myös tukeutumiseen vallitsevaan kansainväliseen oikeudelliseen näkemykseen, joka voi kuvastua malliverosopimuksen kommentaareista.

83. Malliverosopimuksen kommentaarit eivät kuitenkaan voi vaikuttaa suoraan unionin direktiivin tulkintaan (eivätkä siten myöskään kansallisen lainsäädännön unionin oikeuden mukaiseen tulkintaan). Sikäli näissä kommentaareissa ainoastaan toistetaan niiden tahojen näkemys, jotka ovat olleet mukana laatimassa malliverosopimusta, muttei parlamentaaristen lainsäätäjien tai unionin lainsäätäjän näkemystä. Vastaava tulkinta voisi olla aiheellinen korkeintaan, jos direktiivin sanamuodosta ja syntyhistoriasta ilmenee, että unionin lainsäätäjä on tukeutunut malliverosopimuksen sanamuotoon ja tätä malliverosopimusta koskeviin (silloisiin) kommentaareihin.

84. Unionin tuomioistuin on siten myös jo todennut, että verosopimuksen määräykset, kun tätä sopimusta tulkitaan ottamalla huomioon kyseistä OECD:n malliverosopimusta koskeva kommentaari, eivät voi rajoittaa unionin oikeutta.⁴⁸ Tämä pätee etenkin malliverosopimuksen ja kommentaarien muutoksiin, jotka tehdään direktiivin antamisen jälkeen. Muutoin unionin direktiivin tulkinta olisi OECD:n sopimusvaltioiden käsissä.

85. Ennakkoratkaisukysymyksiin 3 ja 4 voidaan näin ollen vastata, että emo-tytäryhtiödirektiiviä on tulkittava unionin oikeudessa itsenäisesti ja riippumatta OECD:n vuoden 1977 malliverosopimuksen 10 artiklasta tai sen myöhemmistä versioista.

86. Lisäksi ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelelee viime kädessä, onko emo-tytäryhtiödirektiivissä tarkoitettua osingonsaajaa tulkittava samalla tavalla kuin korko- ja rojaltidirektiivissä tarkoitettua tosiasiallista edunsaajaa. Myös tähän voidaan vastata kieltävästi, sillä kuten edellä (36 kohdassa) todettiin, lähestymistapa emo-tytäryhtiödirektiivissä on erilainen kuin korko- ja rojaltidirektiivissä, ja siinä jätetään sen vuoksi tietoisesti käyttämättä tosiasiallisen edunsaajan käsitettä.

⁴⁶ OECD:n työjärjestyksen 18 säännön b kohdassa todetaan seuraavaa: "Recommendations of the Organisation, made by the Council in accordance with Articles 5, 6 and 7 of the Convention, shall be submitted to the Members for consideration in order that they may, if they consider it opportune, provide for their implementation". Saatavilla osoitteessa: <https://www.oecd.org/legal/rules%20of%20procedure%20OECD%20Oct%202013.pdf>

⁴⁷ Tuomio 15.5.2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, 22 kohta); tuomio 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, 49 kohta); tuomio 7.9.2006, N (C-470/04, EU:C:2006:525, 45 kohta); tuomio 12.5.1998, Gilly (C-336/96, EU:C:1998:221, 31 kohta) ja tuomio 23.2.2006, van Hilten-van der Heijden (C-513/03, EU:C:2006:131, 48 kohta); ks. tästä kuitenkin myös tuomio 16.5.2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, 67 kohta).

⁴⁸ Tuomio 19.1.2006, Bouanich (C-265/04, EU:C:2006:51, 50 ja 56 kohta).

B Tosiasiallisen osingonsaajan ilmoittaminen (kysymys 8)

87. Kysymyksellään 8 ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustele, onko jäsenvaltio, joka ei halua myöntää osingonsaajan olevan myös emo-tytäryhtiödirektiivissä tarkoitettu tosiasiallinen edunsaaja, koska tämä on ainoastaan niin sanottu keinotekoinen väliyhteisö, velvollinen ilmoittamaan, kenen se siinä tapauksessa katsoo olevan tosiasiallinen osingonsaaja. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin käsittelee näin ollen pohjimmiltaan kysymystä väärinkäytön olemassaoloa koskevasta todistustaakasta.

88. Oikeudellisten järjestelymahdollisuuksien väärinkäyttö edellyttää, että on valittu tavallisesti valittavasta järjestelystä poikkeava oikeudellinen järjestely, joka johtaa *edullisempaan lopputulokseen* kuin ”tavanomainen” järjestely. Tavanomaisena järjestelynä olisi käsiteltävässä asiassa pidettävä pääomasijoitusyhtiöiden ja pääasian kantajan välistä suoraa osingonjakoa. Tästä tavanomaisesta järjestelystä olisi seurattava myös suurempi verorasite.

89. Lähtökohtaisesti verohallinnon on osoitettava, että valittu menettelytapa on verolainsäädännön kannalta edullisempi kuin tavanomainen järjestely, ja tässä yhteydessä verovelvollisella voi olla tietty yhteistyövelvoite. Verovelvollinen voi kuitenkin esittää ”tarvittaessa – – näyttöä kyseessä olevan liiketoimen taustalla olevista liiketaloudellisista syistä”.⁴⁹ Jos tästä ilmenee, ettei liiketoimen keskeisenä päämääränä⁵⁰ ole sellaisten verojen välttäminen, joita olisi normaalisti maksettava, valittua menettelytapaa ei voida pitää väärinkäyttönä, etenkin kun jäsenvaltio itse antaa nämä järjestelymahdollisuudet verovelvollisen käyttöön.

90. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä⁵¹ ilmenee lisäksi, että väärinkäytön muodostavan menettelyn toteamisesta seuraa, että aluksi määritetään se tilanne, joka olisi vallinnut, jos kyseisen väärinkäytön muodostavia toimia ei olisi ollut, ja että tätä uudelleen määriteltyä tilannetta arvioidaan tämän jälkeen kansallisen oikeuden ja unionin oikeuden asian kannalta merkityksellisten säännösten valossa. Tätä varten on kuitenkin tiedettävä, kuka on tosiasiallinen osingonsaaja.

91. Tanskan näkökulmasta emo-tytäryhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu väärinkäyttö voi olla siten kyseessä vain, jos siinä tapauksessa, että osingot maksetaan suoraan, niitä verotettaisiin vastaavasti Tanskassa. Tämä on kuitenkin Tanskan lainsäädännön nojalla poissuljettua, jos niin kutsuttua väliyhtiötä huomioon ottamatta tosiasiallinen osingonsaaja on myös yritys, jolla on kotipaikka toisessa jäsenvaltiossa, tai osingonsaaja on sijoittautunut valtioon, jonka kanssa Tanska on tehnyt verosopimuksen. Jos pääomasijoitusyhtiöitä olisi tosiasiallisesti pidettävä verolainsäädännön kannalta läpinäkyvinä yhtiöinä, tältä osin lähtökohdaksi olisi otettava kulloinenkin sijoittaja, jotta tähän kysymykseen voidaan ylipäätään vastata.

92. Tästä syystä kysymykseen 8 voidaan vastata, että jäsenvaltion, joka ei halua myöntää toisessa jäsenvaltiossa asuvan yhtiön – jolle osingot maksettiin – olevan tosiasiallinen osingonsaaja, on väärinkäyttöä epäiltäessä lähtökohtaisesti ilmoitettava, kenen se siinä tapauksessa katsoo olevan tosiasiallinen osingonsaaja. Tämä on välttämätöntä sen toteamiseksi, saavutetaanko väärinkäytöksi luonnehditulla järjestelyllä ylipäätään verolainsäädännön kannalta edullisempi lopputulos. Erityisesti rajat ylittävissä tilanteissa verovelvollisella voi kuitenkin olla laajennettu yhteistyövelvoite.

49 Tuomio 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, 92 kohta).

50 Tuomio 22.11.2017, Cussens ym. (C-251/16, EU:C:2017:881, 53 kohta); tuomio 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, 36 kohta) ja tuomio 21.2.2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, 45 kohta).

51 Tuomio 22.11.2017, Cussens ym. (C-251/16, EU:C:2017:881, 47 kohta); tuomio 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, 52 kohta) ja tuomio 21.2.2008, Part Service (C-425/06, EU:C:2008:108, 58 kohta).

C Vetoaminen emo-tytär-yhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohtaan (kysymykset 1, 1.1 ja 2)

93. Kysymyksillään 1, 1.1 ja 2 ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelelee, voiko 1) Tanska vedota suoraan emo-tytär-yhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohtaan evätäkseen verovelvolliselta mainitun direktiivin 5 artiklan 1 kohdassa säädetyn lähdeverovapautuksen. Ellei näin ole, on selvítettävä, onko 2) Tanska pannut emo-tytär-yhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohdan riittävästi täytäntöön nyt kyseessä olevalla kansallisella lainsäädännöllä.

1 Direktiiviä ei sovelleta suoraan velvoitteiden asettamiseksi yksityisille oikeussubjekteille

94. Jos edellä mainittujen perusteiden mukaisesti kyseessä on emo-tytär-yhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu väärinkäyttö, käsiteltävän asian erityispiirteenä on, ettei Tanskan oikeudessa ole erityistä säännöstä, jolla kyseinen säännös pantaisiin täytäntöön. Tanskan lainsäädäntöön ei myöskään sisälly – ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan – yleistä säännöstä väärinkäytösten estämisestä. Jotkin menettelyn osapuolet katsovat tästä syystä, ettei kansallisesta lainsäädännöstä seuraavaa vapautusta voida evätä niiltä, vaikka kyseessä katsottaisiinkin olevan väärinkäyttö.

95. Direktiivin säännöksiä (käsiteltävässä asiassa emo-tytär-yhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohtaa) ei kuitenkaan välttämättä aina tarvitse toistaa samanmuotoisina kansallisen oikeuden erityisissä säännöksissä. Yleinen oikeustila – yleiset valtiosääntö- tai hallinto-oikeudelliset periaatteet mukaan lukien – voi kulloisenkin direktiivin sisällön mukaan pikemminkin jo riittää sen täytäntöönpanemiseksi, jos tällä taataan riittävän selvästi ja täsmällisesti direktiivin täysimääräinen soveltaminen.⁵²

96. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin mainitsee ennakkoratkaisumenettelyssä kaksi periaatetta (niin kutsuttu todellisuusperiaate ja ”oikean tulonsaajan” periaate). Ennakkoratkaisumenettelyyn osallistuneet osapuolet ovat kuitenkin yksimielisiä siitä, etteivät nämä periaatteet ole merkityksellisiä käsiteltävässä asiassa, jos osingot maksettiin todellisuudessa muodollisesti ensin luxemburgilaisille yhtiöille.

97. Emo-tytär-yhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohdassa annetaan kuitenkin jäsenvaltioille mahdollisuus torjua väärinkäytöksiä. Tämä vastaa myös unioninlaajuista käytäntöä. Lähes kaikki jäsenvaltiot ovat siten kehittäneet tiettyjä välineitä, joilla pyritään torjumaan verotuksen välttämiseksi toteutettavaa oikeuden väärinkäyttöä.⁵³ Myös kansallisissa verojärjestelmissä vallitsee näin yksimielisyys siitä, ettei unionin lainsäädännön soveltamista voida ulottaa väärinkäytön luonteisiin taloudellisten toimijoiden menettelyihin. Mainittu tältä osin koko unionissa tunnustettu periaate⁵⁴ ilmaistaan nykyisin myös direktiivin 2016/1164 6 artiklassa.

⁵² Vastaavasti vakiintunut oikeuskäytäntö, ks. esim. tuomio 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, 44 kohta); tuomio 6.4.2006, komissio v. Itävalta (C-428/04, EU:C:2006:238, 99 kohta); tuomio 16.6.2005, komissio v. Italia (C-456/03, EU:C:2005:388, 51 kohta) ja ratkaisuehdotukseni Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, 62 kohta).

⁵³ Osassa jäsenvaltioista on käytössä yleisiä säännöksiä väärinkäytösten torjumiseksi, kuten Saksan liittotasavallassa yleisistä verosäännöksistä annetun lain (Abgabenordnung) 42 §, Luxemburgissa verotuksen mukauttamisesta annetun lain (Steueranpassungsgesetz) 6 §, Belgiassa tuloverolain (code des impôts sur les revenus) 344 §:n 1 momentti, Ruotsissa lain nro 1995:575 2 § tai Suomessa tuloverolain 28 §, osassa taas erityissäännöksiä (kuten Tanskassa siirtohintojen osalta valtion tuloveron perusteista annetun lain (ligningsloven) 2 §) tai yleisiä oikeusperiaatteita (Saksan liittotasavallassa tällainen olisi ”sisältö ennen muotoa” -periaate, joka voidaan johtaa mm. yleisistä verosäännöksistä annetun lain 39 §:stä ja sitä seuraavista pykälistä).

⁵⁴ Ks. tuomio 22.11.2017, Cussens ym. (C-251/16, EU:C:2017:881, 27 kohta); tuomio 21.2.2006, Halifax ym. (C-255/02, EU:C:2006:121, 68 kohta); tuomio 3.3.2005, Fini H (C-32/03, EU:C:2005:128, 32 kohta); tuomio 14.12.2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, 51 kohta) ja tuomio 23.3.2000, Diamantis (C-373/97, EU:C:2000:150, 33 kohta).

98. Tältä osin kaikkia kansallisia säännöksiä on riippumatta siitä, onko ne annettu emo-tytäryhtiödirektiivin täytäntöönpanemiseksi vai ei, tulkittava ja sovellettava tämän yleisen oikeusperiaatteen ja etenkin emo-tytäryhtiödirektiivin ja sen 1 artiklan 2 kohdan sanamuodon ja tavoitteiden mukaisesti.⁵⁵ Sille, että kansallista oikeutta tulkitaan unionin oikeuden mukaisesti, ei ole esteenä, että siitä mahdollisesti on vahinkoa yksityiselle oikeussubjektille. On nimittäin sallittua, että unionin oikeutta sovelletaan yksityisen oikeussubjektin vahingoksi kansallisen oikeuden säännösten välityksellä eli välillisesti.⁵⁶

99. Kiellettyä olisi pelkästään se, että Tanskan viranomaiset soveltaisivat suoraan emo-tytäryhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohtaa kantajan vahingoksi – myös oikeusvarmuuteen liittyvistä syistä.⁵⁷ Jäsenvaltio ei näin ollen voi vedota yksityistä oikeussubjektia vastaan direktiivin sääntöjen, jota se ei ole itse pannut täytäntöön.⁵⁸ Vakiintuneessa oikeuskäytännössä on nimittäin katsottu, että direktiivillä ei sellaisenaan voida luoda veloitteita yksityiselle oikeussubjektille eikä direktiiviin näin ollen sellaisenaan voida vedota tällaista henkilöä vastaan.⁵⁹ Tällainen jäsenvaltio syyllistyisi itse oikeuden väärinkäyttöön. Se ei yhtäältä panisi täytäntöön sille osoitettua direktiiviä (vaikka voisi näin tehdä) ja toisaalta se vetoaisi direktiiviin, jota se ei ole pannut täytäntöön, sisältävään mahdollisuuden torjua väärinkäytöksiä.

100. Toimivaltaiset viranomaiset eivät myöskään saa välittömästi vedota yksityistä oikeussubjektia vastaan unionin oikeuden yleiseen oikeusperiaatteeseen, jonka mukaan oikeuden väärinkäyttö ei ole sallittua. Ainakin emo-tytäryhtiödirektiivin soveltamisalaan kuuluvissa tapauksissa direktiivin 1 artiklan 2 kohta on nimittäin tällaisen periaatteen erityinen ilmentymä, ja periaate on saanut konkreettisen muotonsa siinä.⁶⁰ Jos tämän lisäksi olisi sallittua turvautua välittömästi vielä yleiseen oikeusperiaatteeseen, jonka sisältö on huomattavasti epäselvempi ja epätasällisempi, olisi vaarana, että emo-tytäryhtiödirektiiville – ja myös kaikille muille direktiiveille, joihin sisältyy konkreettisia säännöksiä väärinkäytösten torjumiseksi (esim. direktiivin 2016/1164 6 artikla), asetettu yhdenmukaistamista koskeva tavoite jäisi toteutumatta. Tämä sitä paitsi heikentäisi myös edellä mainittua kieltoa, jonka mukaan täytäntöönpanemattomia direktiivien säännöksiä ei saa välittömästi soveltaa yksityisen oikeussubjektin vahingoksi.⁶¹

55 Kansallisten tuomioistuinten veloitteesta tulkita kansallista oikeutta direktiivin kanssa yhdenmukaisella tavalla ks. vakiintunut oikeuskäytäntö ja erityisesti tuomio 4.7.2006, Adeneler ym. (C-212/04, EU:C:2006:443, 108 kohta ja sitä seuraavat kohdat); tuomio 5.10.2004, Pfeiffer ym. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, 113 kohta ja sitä seuraavat kohdat) ja tuomio 10.4.1984, von Colson ja Kamann (14/83, EU:C:1984:153, 26 kohta).

56 Tuomio 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, 45 kohta); tuomio 7.1.2004, Wells (C-201/02, EU:C:2004:12, 57 kohta); tuomio 14.7.1994, Faccini Dori (C-91/92, EU:C:1994:292, 20, 25 ja 26 kohta); tuomio 13.11.1990, Marleasing (C-106/89, EU:C:1990:395, 6 ja 8 kohta) ja ratkaisuehdotukseni Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, 66 kohta).

57 Näin nimenomaisesti tuomiossa 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, 42 kohta).

58 Tuomio 22.11.2017, Cussens ym. (C-251/16, EU:C:2017:881, 49 kohta); tuomio 21.9.2017, DNB Banka (C-326/15, EU:C:2017:719, 41 kohta); tuomio 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, 42 kohta) ja tuomio 19.11.1991, Francovich ym. (C-6/90 ja C-9/90, EU:C:1991:428, 21 kohta); ks. myös ratkaisuehdotukseni Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, 66 kohta).

59 Tuomio 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, 42 kohta) ja samassa asiassa esittämäni ratkaisuehdotus (C-321/05, EU:C:2007:86, 65 kohta); ks. mm. myös tuomio 5.10.2004, Pfeiffer ym. (C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, 108 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

60 Ks. ratkaisuehdotukseni Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, 67 kohta) ja tuomio 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, 38 kohta ja sitä seuraavat kohdat). Vastaavasti myös ratkaisuehdotukseni Satakunnan Markkinapörssi ja Satamedia (C-73/07, EU:C:2008:266, 103 kohta).

61 Tuomio 22.11.2005, Mangold (C-144/04, EU:C:2005:709, 74–77 kohta) on tältä osin epäselvä, ks. tästä jo ratkaisuehdotukseni Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:86, 67 kohta); täsmällisesti myös tuomiossa 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, 42 kohta).

2 Arvonlisäverolainsäädäntöä koskevaa oikeuskäytäntöä ei voida soveltaa

101. Mainitulle näkemykselleni eivät ole esteenä unionin tuomioistuimen antamat tuomio Italmoda ja tuomio Cussens ym.⁶² Niissä unionin tuomioistuin on katsonut, että väärinkäytön kieltä koskevaa periaatetta on tulkittava siten, että kieltäydyttyä vapauttamasta arvonlisäverosta asianomaisia liiketoimia mainittua periaatetta voidaan soveltaa välittömästi riippumatta siitä, onko kansallisessa oikeusjärjestyksessä toteutettu kyseiselle periaatteelle vaikutuksen antava kansallinen toimenpide, eivätkä oikeusvarmuutta ja luottamuksensuojaa koskevat periaatteet ole esteenä tälle soveltamiselle.

102. Molemmat tuomiot koskivat kuitenkin yksinomaan arvonlisäverolainsäädäntöä. Se eroaa nyt tarkasteltavaan tapaukseen sovellettavasta lainsäädännöstä. Arvonlisäverolainsäädäntöä on ensinnäkin yhdenmukaistettu paljon enemmän unionin oikeudessa, ja koska arvonlisäverotus on yhteydessä unionin varoihin, arvonlisäverolainsäädäntö koskee paljon laajemmin unionin oikeuteen liittyviä etuja kuin jäsenvaltioiden tuloverolainsäädäntö.

103. Unionin oikeudessa toiseksi veloitetaan jäsenvaltiot SEUT 325 artiklan 1 ja 2 kohdassa kantamaan (tehokkaasti) arvonlisäveroa,⁶³ toisin kuin tuloverolainsäädännön tapauksessa. Lisäksi on otettava huomioon arvonlisäverolainsäädännön erityinen petosalttius, joka kaiketi edellyttää verovaateiden erityisen tehokasta täytäntöönpanoa. Myös unionin tuomioistuin itse erottaa tältä osin uusimmassa ratkaisussaan arvonlisäverolainsäädännön ja unionin sekundaarioikeuden, johon sisältyy nimenomaisesti mahdollisuus torjua väärinkäytöksiä.⁶⁴ Emo-tytäryhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohdan suora soveltaminen verovelvollisen vahingoksi ei siten tule kyseeseen.⁶⁵

3 Nimenomaisesti väärinkäytöksiä estävän kansallisen säännöksen olemassaolo

104. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on kuitenkin tutkittava, eikö käsiteltävään asiaan voitaisi kuitenkin soveltaa jo kansallisen oikeuden yleisiä säännöksiä tai periaatteita (niihin kuuluvat myös oikeuskäytännössä kehitetyt periaatteet), joista voisi esimerkiksi ilmetä, ettei näennäisiä liiketoimia oteta huomioon verolainsäädännössä tai että tiettyihin verolainsäädännössä säädettyihin etuuksiin vetoaminen väärinkäyttötarkoituksessa on kiellettyä, edellyttäen että näitä säännöksiä ja periaatteita tulkitaan unionin oikeuden kanssa yhdenmukaisella tavalla.

105. Jotta sijoittautumisvapauden rajoittamista voitaisiin unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan perustella väärinkäytösten estämiseen liittyvillä syillä, tällaisen rajoituksen erityisenä tavoitteena on oltava sellaisten menettelyjen estäminen, joilla luodaan ilman taloudellista todellisuuspohjaa olevia täysin keinotekoisia järjestelyjä sen veron kiertämiseksi, joka olisi normaalisti maksettava asianomaisen jäsenvaltion alueella harjoitetusta toiminnasta syntyneistä voitoista.⁶⁶

106. Tästä syystä kysymyksiin 1.1 ja 2 voidaan vastata, etteivät Tanskan yhteisöverolain 2 §:n 2 momentin c kohta tai verosopimuksen määräykset, joiden mukaan osinkoverotuksessa tukeudutaan tosiasiallisen edunsaajan käsitteeseen, ole riittäviä, jotta niillä voitaisiin katsoa pantavan täytäntöön emo-tytäryhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohta.

62 Tuomio 22.11.2017, Cussens ym. (C-251/16, EU:C:2017:881) ja tuomio 18.12.2014, Schoenimport "Italmoda" Mariano Previti (C-131/13, C-163/13 ja C-164/13, EU:C:2014:2455).

63 Tuomio 8.9.2015, Taricco ym. (C-105/14, EU:C:2015:555, 36 kohta ja sitä seuraavat kohdat) ja tuomio 26.2.2013, Åkerberg Fransson (C-617/10, EU:C:2013:105, 26 kohta).

64 Näin nimenomaisesti tuomiossa 22.11.2017, Cussens ym. (C-251/16, EU:C:2017:881, 28, 31 ja 38 kohta).

65 Näin jo tuomiossa 5.7.2007, Kofoed (C-321/05, EU:C:2007:408, 42 kohta).

66 Tuomio 18.6.2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, 64 kohta); tuomio 12.9.2006, Cadbury Schweppes ja Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, 55 kohta) ja tuomio 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, 74 kohta).

107. Tätä olisi kuitenkin arvioitava toisin, kun niin kutsuttua todellisuusperiaatetta ja oikean tulonsaajan periaatetta sovelletaan unionin oikeuden kanssa yhdenmukaisella tavalla Tanskassa. Kyseiset periaatteet on kehitetty nimenomaisesti sen ongelman ratkaisemiseksi, että siviilioikeus mahdollistaa monenlaiset järjestelyt mutta verolainsäädännössä verotetaan taloudellisia tosiseikastoja. Näillä oikeusperiaatteilla pyritään siksi nimenomaisesti estämään yksityisten toteuttamia keinotekoisia järjestelyjä tai oikeuksien väärinkäyttöä, ja ne muodostavat siten lähtökohtaisesti myös riittävän täsmällisen oikeusperustan sijoittautumisvapauden rajoittamiselle. Sikäli kuin Tanska ei ole pannut emo-tytär-yhtiödirektiivin 1 artiklan 2 kohtaa täytäntöön nimenomaisesti, tämä ei näin ollen vaikuta asiaan. Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on kuitenkin arvioida tätä yksityiskohtaisesti.

108. Tanskassa kehitetty todellisuusperiaate, kun sitä tulkitaan unionin oikeuden kanssa yhdenmukaisella tavalla, voisi näin ollen olla riittävä peruste täysin keinotekoisien tai myös väärinkäyttöä merkitsevien järjestelyjen – sikäli kuin sellaisista on kyse (tästä lähemmin edellä 53 kohta ja sitä seuraavat kohdat) – jättämiseen huomiotta verotuksessa. Myös todellisuusperiaate on nähdäkseni pelkästään sisältö ennen muotoa -periaatteen, johon yksittäisten jäsenvaltioiden useimmat väärinkäytösten torjuntaa koskevat säännökset kaiki perustuvat, erityinen muoto.⁶⁷ Tämä ilmenee selvästi myös unionin oikeuden tasolla esimerkiksi direktiivin 2016/1164 6 artiklan 2 kohdasta, jonka mukaan järjestelyä on pidettävä epäaitona, siltä osin kuin se ei perustu päteviin liiketaloudellisiin syihin, jotka vastaavat taloudellista todellisuutta. Tämä seikka kuuluu kuitenkin kansallisen tuomioistuimen arvioitavaksi.

109. Jos järjestelyn tavoitteena on estää varsinaisten sijoittajien verottaminen, silloin vaikka osingot jaetaan muodollisesti luxemburgilaiselle emoyhtiölle, ne jaetaan sisältö ennen muotoa -periaatteen mukaisesti pääomasijoitusyhtiöille tai niiden sijoittajille. Osinkojen jakaminen luxemburgilaiselle emoyhtiölle ei tällöin vastaa taloudellista todellisuutta vaan ainoastaan siviilioikeudellista (muodollista) todellisuutta.

D Perusvapauksien loukkaus (kysymykset 6, 7, 9 ja 10)

110. Koska käsiteltävässä asiassa ei ole viitteitä siitä, miksi emo-tytär-yhtiödirektiivin 5 artiklan mukaista lähdeverotusta koskevaa kieltoa ei sovellettaisi, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymyksiä 6, 7, 9 ja 10 ei ole enää tarpeen tarkastella lähemmin.

111. Mikäli ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tulee kansallisen oikeuden periaatteita unionin oikeuden kanssa yhdenmukaisella tavalla soveltaessaan kuitenkin siihen tulokseen, että kyseessä on väärinkäyttöä merkitsevä järjestely, lähdeveroa pidätetään tietyissä tilanteissa. Nämä kysymykset eivät kuitenkaan siinä tapauksessa tule enää esille käsiteltävässä asiassa, koska kyseinen verotus on seurausta väärinkäytöksestä ja oikeussubjektit eivät saa käyttää unionin oikeutta väärin.⁶⁸

112. Tästä riippumatta unionin tuomioistuin on kuitenkin myös jo katsonut, että korkojen saajien erilainen kohtelu, joka on seurausta siitä, että niihin sovelletaan erilaisia verotustapoja sen mukaan, ovatko ne kotimaisia vai ulkomaisia, koskee tilanteita, jotka eivät ole objektiivisesti toisiinsa rinnastettavia.⁶⁹ Tämä koskee myös koti- ja ulkomaisia osingonsaajia. Vaikka näitä tilanteita

⁶⁷ Jäsenvaltioissa otetaan hyvin usein lähtökohdaksi toimen tai liiketoimen tosiasiallinen sisältö – näin esim. Irlannissa, Italiassa, Liettuassa, Unkarissa, Alankomaissa, Portugalissa, Sloveniassa ja Suomessa.

⁶⁸ Ks. mm. tuomio 22.11.2017, Cussens ym. (C-251/16, EU:C:2017:881, 27 kohta); tuomio 21.2.2006, Halifax ym. (C-255/02, EU:C:2006:121, 68 kohta) ja tuomio 14.12.2000, Emsland-Stärke (C-110/99, EU:C:2000:695, 51 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

⁶⁹ Tuomio 22.12.2008, Truck Center (C-282/07, EU:C:2008:762, 41 kohta); vahvistettu tuomiossa 18.10.2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, 26 kohta).

pidettäisiinkin toisiinsa rinnastettavina, unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan perusvapauden rajoittaminen olisi perusteltua, kunhan ulkomaille sijoittautuneen osingonsaajan lähdeverorasite Tanskassa ei ole suurempi kuin kotimaisen osingonsaajan yhteisöverorasite Tanskassa.⁷⁰

113. Sama pätee koron erilaiseen määräytymiseen eli yhteisöverovelan syntymiseen osingonsaajalle Tanskassa ja lähdeveron vähentämisvelvoitteen syntymiseen osinkojen maksajalle Tanskassa. Nämä eivät ole toisiinsa rinnastettavia tilanteita, koska ensimmäisessä on maksettava oma vero (yhteisövero) ja toisessa osingonsaajan puolesta pidätetään ja tilitetään varsinaisesti toisen vero (toisen tulot tai yhteisövero). Veron eriytetty syntyminen ja koron eriytetty maksaminen ovat seurausta lähdeverotuksen erilaisesta tekniikasta ja tehtävästä (tästä edellä 73 kohta).

114. Kysymyksestä 10 on huomautettava, että se koskee hypoteettista tilannetta. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei ole antanut tietoa T Danmarkin ylimmän tason emoyhtiön (suorien tai välillisten) osuudenomistajien omistusosuuksista eikä siitä, mitkä näistä osuudenomistajista ovat sijoittautuneet kolmansiin maihin. Ainoastaan ennakkoratkaisupyyntöä kuvaillusta T Danmarkin tietopyynnöstä ilmenee, että osa sijoittajista on kaiketi sijoittautunut Yhdysvaltoihin. Omistusosuuksien osalta tilanne on siten hypoteettinen. Unionin tuomioistuimen ei kuitenkaan pidä vastata hypoteettisiin kysymyksiin.⁷¹

VI Ratkaisuehdotus

115. Näin ollen ehdotan, että Østre Landsretin ennakkoratkaisukysymyksiin vastataan seuraavasti:

- 1) Kysymykseen 1 on vastattava, ettei jäsenvaltio voi vedota eri jäsenvaltioissa sijaitseviin emo- ja tytäryhtiöihin sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä 23.7.1990 annetun neuvoston direktiivin 90/435/ETY 1 artiklan 2 kohtaan, ellei se ole pannut sitä täytäntöön.
- 2) Kysymyksiin 1.1 ja 2 on vastattava, ettei voida katsoa, että direktiivin 90/435 1 artiklan 2 kohta olisi pantu riittävästi täytäntöön Tanskan yhteisöverolain 2 §:n 2 momentin c kohdalla sen enempää kuin OECD:n mallisopimuksen 10 artiklaa vastaavalla kaksinkertaisen verotuksen estämisestä tehdyn sopimuksen määräykselläkään. Tämä ei kuitenkaan estä kansallisen oikeuden sellaisten yleisten periaatteiden, joiden tavoitteena on erityisesti torjua yksityisten toteuttamia keinotekoisia järjestelyjä tai oikeuksien väärinkäyttöä, tulkittamista ja soveltamista unionin oikeuden kanssa yhdenmukaisella tavalla.
- 3) Kysymyksiin 3 ja 4 on vastattava, että toisessa jäsenvaltiossa asuvaa emoyhtiötä, joka saa osinkoja tytäryhtiöltään, on pidettävä direktiivin 90/435 soveltamisalaan kuuluvana osingonsaajana.

Direktiivin 90/435 käsitteitä on tulkittava unionin oikeuden itsenäisinä käsitteinä pelkästään direktiivin 90/435 perusteiden mukaisesti ja riippumatta OECD:n vuoden 1977 malliverosopimuksen 10 artiklan kommentaarista tai sen myöhemmistä versioista.

- 4) Kysymykseen 5 on vastattava, että väärinkäytön toteaminen edellyttää kaikkien kyseessä olevaan tapaukseen liittyvien seikkojen kokonaisarviointia, joka on kansallisen tuomioistuimen tehtävä.

⁷⁰ Ks. tuomio 17.9.2015, Miljoen ym. (C-10/14, C-14/14 ja C-17/14, EU:C:2015:608, 90 kohta) ja tuomio 18.10.2012, X (C-498/10, EU:C:2012:635, 42 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

⁷¹ Ks. mm. tuomio 28.11.2017, Rodrigues de Andrade (C-514/16, EU:C:2017:908, 44 kohta) ja tuomio 20.7.2017, Piscarreta Ricardo (C-416/16, EU:C:2017:574, 56 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

- a) Verolainsäädännössä väärinkäytöstä voi olla kyse ilman taloudellista todellisuuspohjaa olevissa täysin keinotekoisissa rakenteissa tai silloin, jos rakenteen keskeisenä päämääränä on kiertää vero, joka olisi lainsäädännön tarkoituksen mukaisesti pitänyt maksaa. Tässä yhteydessä veroviranomaisen on osoitettava, että vastaava verovaade olisi syntynyt järjestelyn ollessa aito, kun taas verovelvollisen on näytettävä toteen, että valitun järjestelyn perustana on merkittäviä muita kuin verolainsäädäntöön liittyviä syitä.
 - b) Toisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden yhtiöiden kautta kolmansiin maihin sijoittautuneille pääomasijoitusyhtiöille maksettujen osinkojen lähdeverotuksen välttämiseksi kyseeseen tulee ensisijaisesti osinkojen verotuksen välttäminen tosiasiallisten osingonsaajien (ts. sijoittajien) tasolla. Väärinkäytön voidaan katsoa olevan kyseessä etenkin, jos valitulla yritysraenteella pyritään käyttämään hyväksi osallisina olevien valtioiden tiedonvaihdon tiettyjä puutteita tosiasiallisen osingonsaajan tosiasiallisen verottamisen estämiseksi.
- 5) Kysymykseen 8 on vastattava, että jäsenvaltion, joka ei halua myöntää toisessa jäsenvaltiossa asuvan yhtiön olevan osingonsaaja, on väärinkäyttöä epäiltäessä ilmoitettava, kuka on tosiasiallinen osingonsaaja. Rajat ylittävissä tilanteissa verovelvollisella voi kuitenkin olla laajennettu yhteistyövelvoite.
- 6) Edellä kysymyksiin 1 ja 5 annettujen vastausten perusteella kysymyksiin 6, 7, 9 ja 10 ei ole tarpeen vastata.