



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MICHAL BOBEK
14 päivänä joulukuuta 2017¹

Asia C-382/16

Hornbach-Baumarkt AG
vastaan
Finanzamt Landau

(Ennakkoratkaisupyyntö – Finanzgericht Rheinland-Pfalz (Rheinland-Pfalzin osavaltion verotuomioistuin, Saksa))

Ennakkoratkaisupyyntö – Sijoittautumisvapaus – Välitön verotus – Siirtohintojen soveltaminen kotimaisten ja ulkomaisten yhtiöiden välisiin liiketoimiin

I. Johdanto

1. Hornbach-Baumarkt AG (jäljempänä Hornbach) antoi vakuusilmoitukset (Patronatserklärung) pankeille ja velkojille sen eräiden ulkomaisten tytäryhtiöiden vastuiden vakuudeksi. Se ei saanut tytäryhtiöiltä vakuusilmoituksista mitään vastiketta. Verotuspäätöksessä Finanzamt Landau (Landaun verotoimisto, Saksa; jäljempänä Finanzamt) totesi, ettei vakuusilmoituksia ollut annettu markkinaehdoilla. Finanzamt näin ollen korotti Hornbachin elinkeinoveroa (Gewerbsteuer). Tämä vastasi fiktiivistä korvausta, jonka riippumaton kolmas osapuoli olisi sen mielestä normaalisti maksanut Hornbachille vastikkeena vakuusilmoituksista.

2. Hornbach riitautti Finanzamtin päätöksen ennakkoratkaisua pyytäneessä tuomioistuimessa nostamallaan kanteella. Se väittää Saksan lainsäädännön, jossa säädetään lähipiiriin kuuluvien yhtiöiden välisten liiketoimien verotuksen oikaisusta markkinaehtojen mukaisiksi, rikkovan EUT-sopimuksen sijoittautumisvapautta koskevia määräyksiä. Erityisesti verotusta oikaistaan tämän säännön perusteella ainoastaan silloin, kun kyseessä ovat ulkomaiset lähipiiriin kuuluvat yhtiöt. Lisäksi verovelvolliset eivät voi tämän säännön mukaisesti esittää perusteluja liiketoimille, joita ei ole tehty markkinaehtojen mukaisesti.

3. Tässä tilanteessa Finanzgericht Rheinland-Pfalz (Rheinland-Pfalzin osavaltion verotuomioistuin, Saksa) tiedustelee, onko Saksan oikeuden kyseinen sääntö EUT-sopimuksessa tarkoitettujen sijoittautumisvapautta koskevien määräysten mukainen.

¹ Alkuperäinen kieli: englanti.

II. Oikeudellinen kehys

4. Kansallisen tuomioistuimen mukaan silloin, kun verovelvollisen tulot liikesuhteista hänen lähipiiriinsä kuuluvan henkilön kanssa jäävät pienemmiksi sen vuoksi, että hän sopii tällaisten ulkomaisten liikesuhteiden yhteydessä ehdoista, jotka poikkeavat ehdoista, joista toisistaan riippumattomat kolmannet olisivat sopineet keskenään samoissa tai samankaltaisissa olosuhteissa, sovelletaan verotuksen ulkomaansuhteista annetun lain (Außensteuergesetz), sellaisena kuin se on muutettuna veroetujen ja poikkeussäännösten poistamisesta 16.5.2003 annetulla lailla (Gesetz zum Abbau von Steuervergünstigungen und Ausnahmeregelungen; BGBl. I, 2003, s. 660; jäljempänä AStG), 1 §:n 1 momentin säännöstä. Tämän säännöksen mukaan tulot on määritettävä sellaisiksi kuin ne olisivat muodostuneet toisistaan riippumattomien kolmansien sopimien ehtojen perusteella.

5. Kyse on verovelvollisen lähipiiriin kuuluvasta henkilöstä muun muassa silloin, kun verovelvollinen omistaa siitä välittömästi tai välillisesti vähintään neljänneksen.

III. Tosiseikat, asian käsittelyn vaiheet ja ennakkoratkaisukysymykset

6. Hornbach (jäljempänä kantaja) on osakeyhtiö, jonka kotipaikka on Saksassa. Yhtiön tarkoituksena on harjoittaa rautakauppaa Saksassa ja ulkomailla.

7. Kantajalla oli riidanalaisena vuonna 2003 sekä toisissa Euroopan unionin jäsenmaissa että kolmansissa maissa omistusosuuksia useissa yhtiöissä, joiden velkojille tai pankeille se oli antanut kulloinkin vakuusilmoituksia vastikkeetta. Se omisti muun muassa tytäryhtiönsä Hornbach International GmbH:n ja tämän tytäryhtiön Hornbach Holding BV:n kautta välillisesti 100 prosenttia Hornbach Real Estate Groningen BV:stä ja Hornbach Real Estate Wateringen BV:stä (jäljempänä ulkomaiset konserniyhtiöt), joiden molempien kotipaikka on Alankomaissa.

8. Kantaja oli antanut 25.9.2002 maksutta vakuusilmoitukset ulkomaisten konserniyhtiöiden rahoittajana toimineelle pankille. Tämä johtui siitä, että ulkomaisten konserniyhtiöiden oma pääoma oli negatiivinen ja ne joutuivat ottamaan liiketoimintansa jatkamista sekä rauta- ja puutarhakaupan suunniteltua perustamista varten 10 057 000 euron (Hornbach Real Estate Groningen BV) ja 14 800 000 euron (Hornbach Real Estate Wateringen BV) suuruiset pankkilainat. Rahoittava pankki asetti lainojen myöntämisen ehdoksi, että kantaja antaa vakuusilmoitukset.

9. Kantaja sitoutui rahoittavalle pankille 25.9.2002 antamissaan vakuusilmoituksissa siihen, ettei se luovu omistussuudestaan Hornbach Holding BV:ssä tai tee siihen muutoksia. Lisäksi se sitoutui varmistamaan, ettei myöskään Hornbach Holding BV luovu omistussuuksistaan ulkomaisissa konserniyhtiöissä tai tee niihin muutoksia ilmoittamatta pankille tällaisesta luopumisesta tai muutoksesta kirjallisesti vähintään kolme viikkoa aiemmin. Lisäksi kantaja sitoutui peruuttamattomasti ja ehdoitta varmistamaan, että ulkomaisten konserniyhtiöiden rahoitustilanne säilyy sellaisena, että ne kykenevät täyttämään kaikki velvoitteensa. Kantajan oli näin ollen hankittava tarvittaessa ulkomaisille konserniyhtiöille tarvittavat taloudelliset varat, jotta ne kykenevät täyttämään velvoitteensa pankille. Lisäksi kantajan oli huolehdittava siitä, että nämä varat käytetään velkojen maksamiseen pankille.

10. Finanzamt (jäljempänä vastaaja) katsoi verotuspäätöksessään, että kantajan ja ulkomaisten konserniyhtiöiden väliset sopimusehdot poikkesivat siitä, mitä toisistaan riippumattomat kolmannet olisivat sopineet samoissa tai samankaltaisissa olosuhteissa. Toisistaan riippumattomat liikekumppanit sopisivat nimittäin vakuusilmoituksen antamisesta takaajalle maksettavasta vastikkeesta siihen liittyvän vastuuriskin vuoksi. Koska kantaja ei sopinut ulkomaisten konserniyhtiöiden kanssa vakuusilmoitusten antamisesta maksettavasta vastikkeesta, sen tulot liikesuhteista lähipiiriin kuuluvien tahojen kanssa vähentyivät.

11. Näin ollen Finanzamt muun muassa oikaisi tuloja 15 253 eurolla ja 22 447 eurolla, jotta ne vastaisivat fiktiivistä tuloa, jonka kantaja olisi saanut, jos kyseiset liiketoimet olisi tehty markkinaehdoilla. Kantaja teki oikaisuvaatimukset, jotka koskivat vuonna 2003 tehtyjä päätöksiä elinkeinoverosta ja elinkeinoveron laskentaperusteena käytettyä määrää. Finanzamt hylkäsi ne perusteettomina. Tästä päätöksestä nostettu kanne on nyt ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen käsiteltävänä.

12. Kantaja väittää kanteellaan, että vastaajan tekemä sen veronalaisten tulojen määrän korotus (fiktiivisten) vakuudesta maksettavien korvausten verran on kiellettyä, sillä se on unionin oikeuden vastainen. Sen mukaan AStG:n 1 § johtaa koti- ja ulkomaisten tilanteiden erilaiseen kohteluun, sillä selkeästi kotimaisessa tilanteessa tuloja ei koroteta fiktiivisesti, kun taas vakuussitoumuksen myöntämisestä ulkomaisille tytäryhtiöille ”rangaistaan”.

13. Kantaja viittaa näkemyksensä tueksi erityisesti unionin tuomioistuimen tuomioon SGI.² Kantajan mukaan tässä tuomiossa todetaan, että sijoittautumisvapauden rajoittaminen voiton oikaisua koskevalla säännöksellä, jota sovelletaan etujen myöntämiseen etuyhteydessä olevalle ulkomaiselle yritykselle, on suhteellisuusperiaatteen mukaista vain, jos verovelvollinen saa tilaisuuden esittää näyttöä liiketaloudellisista syistä toimenpiteille, jotka saattavat olla markkinaehtoperiaatteen vastaisia. AStG:n 1 §:ssä ei säädetä nimenomaisesti mahdollisuudesta esittää liiketaloudellisia syitä markkinaehdoista poikkeaville liiketoimille. Kantajan mukaan se on näin ollen suhteellisuusperiaatteen vastainen. Riidanalaisen vakuusilmoitusten vastikkeeton antaminen ei johtunut verotukseen liittyvistä syistä. Kyse oli pikemminkin tukitoimenpiteistä, joiden tarkoituksena oli korvata omaa pääomaa. Vakuusilmoituksesta maksettavia korvauksia ei näin ollen pitäisi unionin oikeudesta johtuvista syistä ottaa huomioon, sillä luottosuojan vastikkeettomuus johtui liiketaloudellisista syistä.

14. Vastaaja esittää tältä osin lähinnä, että unionin tuomioistuin on todennut tuomiossa SGI, joka koski AStG:n 1 §:ää jossain määrin vastaavaa Belgian verosäännöstä, että EY 43 ja EY 48 artikla eivät ole lähtökohtaisesti esteenä jäsenvaltion tällaiselle lainsäädännölle. Vastaaja myöntää, että AStG:n 1 §:ään ei sisälly itsenäistä säännöstä, joka koskee mahdollisten liiketaloudellisten syiden osoittamista. Se katsoo kuitenkin, että verovelvollisella on aina mahdollisuus esittää näyttöä toimenpiteiden asianmukaisuudesta. Jos toimenpiteille on liiketaloudellisia syitä, jotka oikeuttavat poikkeamaan muutoin asianmukaisesta käytännöstä, ne voitaisiin ottaa huomioon myös AStG:n 1 §:n yhteydessä. Lisäksi Saksan oikeuden mukaan verovelvollisen on mahdollista hakea verotuspäätökseen muutosta sekä hallintoteitse että tuomioistuimessa.

15. Edellä esitetyn perusteella Finanzgericht Rheinland-Pfalz on esittänyt unionin tuomioistuimelle seuraavan kysymyksen:

”Onko Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (EUT-sopimus) 49 artikla, luettuna yhdessä sen 54 artiklan kanssa, (aiemmin: Euroopan yhteisön perustamissopimuksen (EY:n perustamissopimus) 43 artikla, luettuna yhdessä EY 48 artiklan kanssa) esteenä jäsenvaltion säännökselle, jonka mukaan tässä jäsenvaltiossa asuvan verovelvollisen tulot liikesuhteista toisessa jäsenvaltiossa asuvaan yhtiöön, josta se omistaa välittömästi tai välillisesti vähintään neljänneksen ja jonka kanssa se on sopinut ehdoista, jotka poikkeavat ehdoista, joista toisistaan riippumattomat kolmannet olisivat sopineet samoissa tai samankaltaisissa olosuhteissa, on määritettävä sellaisiksi kuin ne olisivat muodostuneet toisistaan riippumattomien kolmansien sopimia ehtoja sovellettaessa, kun liikesuhteista kotimaiseen yhtiöön saatavia tuloja ei oikaista vastaavasti eikä säännöksessä anneta kotimaiselle verovelvolliselle mahdollisuutta osoittaa, että ehdot on sovittu liiketaloudellisista syistä, jotka liittyvät sen asemaan osakkaana toisessa jäsenvaltiossa asuvassa yhtiössä?”

² Tuomio 21.1.2010 (C-311/08, EU:C:2010:26).

16. Kantaja, Saksan ja Ruotsin hallitukset sekä Euroopan komissio ovat esittäneet kirjallisia huomautuksia. Menettelyn kirjalliseen vaiheeseen osallistuneet osapuolet esittivät suulliset lausumansa 27.9.2017 pidetyssä istunnossa.

IV. Arviointi

17. Voiko jäsenvaltio estää yhtiöitä siirtämästä tuloja verotusvaltansa ulkopuolelle vaatimalla, että tulot on määritettävä ”markkinaehtojen mukaisesti”? Voiko se asettaa tällaisen vaatimuksen ainoastaan rajat ylittävien mutta ei kotimaisten (eli kahden kotimaisen yhtiön välisten) liiketoimien osalta rikkomatta sijoittautumisvapautta koskevia EUT-sopimuksen sääntöjä?³ Tämä on pääasiallisesti kansallisen tuomioistuimen käsiteltävässä asiassa esittämä kysymys.

18. Käsiteltävässä asiassa ytimekäs vastaukseni on myöntävä molempien kohtien osalta. Tämä johtuu siitä, että mielestäni kyseiset kansalliset säännöt eivät mitenkään rajoita sijoittautumisvapautta. Siltä osin kuin ne kuitenkin merkitsevät tällaista rajoitusta, ne ovat mielestäni oikeutettavissa.

19. Aloitan esittämällä A jaksossa eräitä yleisiä huomautuksia, jotka koskevat verotuksen alueellisuutta ja unionin tuomioistuimen sijoittautumisvapautta koskevien EUT-sopimuksen määräysten osalta omaksumaa lähestymistapaa. Muistutan B jaksossa unionin tuomioistuimen pääasiallisista toteamuksista tuomiossa SGI, joka on tärkein ennakkotapaus käsiteltävän asian kannalta, ja vastaan sitten kansallisen tuomioistuimen kysymykseen.⁴

A. Alueellisuus, syrjintä, rajoitukset ja rinnastettavuus

1. Alueellisuus, voittojen siirtäminen ja veropohjan rapautuminen

20. Valtion verotusvallan alueperiaate on tunnustettu kansainvälisesti, myös unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä.⁵ Tämän periaatteen mukaan jäsenvaltio voi verottaa kyseisessä jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvia yhtiöitä niiden maailmanlaajuisista voitoista (asuinpaikkaan perustuva verotus) ja toisessa jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvia yhtiöitä voitoista, jotka perustuvat niiden toimintaan mainitussa valtiossa (lähdeverotus).

21. Yksi alueperiaatteen seurauksista on se, että yhtiöt eivät voi vapaasti siirtää voittojaan ja tappioitaan verotuspaikasta toiseen valitsemallaan tavalla. Tämä on toistuvasti tunnustettu unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä, erityisesti soveltamalla ”jäsenvaltioiden välisen verotusvallan tasapainoisen jaon” käsitettä.⁶ Tätä käsitettä soveltamalla unionin tuomioistuin on vahvistanut, että jos jäsenvaltioiden olisi

3 Kyseisiä kansallisia sääntöjä sovelletaan 25–100 %:n omistusosuuksiin, joihin selkeästi liittyy ”selvä vaikutusvalta” (ks. esim. tuomio 13.11.2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707). Lisäksi kantajalla on käsiteltävässä asiassa 100 %:n omistusosuus ulkomaisista konserniyhtiöistä. Kansallisen tuomioistuimen kysymykset koskevat ainoastaan sijoittautumisvapautta. Tästä syystä ja pääoman vapaata liikkuvuutta koskevien sääntöjen mahdollista sovellettavuutta käsiteltävässä asiassa pois sulkematta kansallisia sääntöjä tarkastellaan tässä ainoastaan sijoittautumisvapautta koskevien EUT-sopimuksen määräysten valossa. Sijoittautumisvapauden osalta kansallisen tuomioistuimen kysymyksissä viitataan EY 43 ja EY 48 artiklaan sekä SEUT 49 ja SEUT 54 artiklaan. Tapauksen tosiseikat tapahtuivat vuonna 2003. Tästä syystä merkitykselliset sijoittautumisvapautta koskevat perussopimuksen määräykset ovat tarkkaan ottaen EY 43 ja EY 48 artikla, vaikka tällä ei ole aineellista vaikutusta käsiteltävässä asiassa.

4 Tuomio 21.1.2010 (C-311/08, EU:C:2010:26).

5 Tuomio 15.5.1997, *Futura Participations ja Singer* (C-250/95, EU:C:1997:239, 22 kohta) ja tuomio 13.12.2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, 39 kohta).

6 Tuomio 13.12.2005, *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, 46 kohta); tuomio 29.11.2011, *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, 45 kohta) ja tuomio 6.9.2012, *Philips Electronics UK* (C-18/11, EU:C:2012:532, 23 kohta).

hyväksyttävä kyseisessä jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvien yhtiöiden voittojen vapaa siirtäminen jäsenvaltion verotusvallan ulkopuolelle, sen ”olisi luovuttava oikeudestaan verottaa tämän yhtiön asuinvaltiona samaisen yhtiön tuloa, ja tämä tapahtuisi mahdollisesti etuuksia saavan yhtiön kotipaikan jäsenvaltion hyväksi”.⁷

22. Tästä toteamuksesta seuraa luonnollisesti, että jäsenvaltiot voivat lainmukaisesti toteuttaa toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on estää niiden veropohjan rapautuminen, joka johtuu voittojen siirtämisestä niiden verotusvallan ulkopuolelle. Ne voivat toteuttaa toimenpiteitä varmistaakseen, että voitot kohdennetaan asianmukaisesti.⁸

23. Valtion veropohjan rapautuminen voi tapahtua esimerkiksi siten, että kyseisessä valtiossa verotuksellisesti asuvat yhtiöt toimittavat tavaroita tai palveluita toisessa valtiossa asuville yhtiöille alihintaan tai vastikkeetta, jolloin niiden verotettavat tulot asuinvaltiossa vähentyvät. Jäsenvaltio voi estää tämän oikaisemalla kyseisessä jäsenvaltiossa asuvan yhtiön veropohjaa sellaiseksi kuin se olisi muodostunut, jos liiketoimi olisi tehty markkinaehdoilla (”siirtohintojen” soveltaminen). Markkinaehtoperiaate on kansainvälinen standardi, joka vahvistetaan OECD:n ja Yhdistyneiden kansakuntien malliverosopimusten 9 artiklassa ja jota useimmat verohallinnot käyttävät eri puolilla maailmaa.⁹

24. Selvennän, että markkinaehtoperiaatteen mukaisesti määritettyjä siirtohintoja ei käytetä yhtiön veropohjan oikaisemiseen ainoastaan silloin, kun on kyse keinotekoisista tai vilpillisistä ehdoista, joilla pyritään tarkoituksellisesti veron kiertämiseen. Niitä käytetään myös yleisesti ja lainmukaisesti keinona voittojen kohdentamisen johdonmukaisen perustan varmistamiseksi (ja kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi). Tämä on mielestäni tärkeää muistaa nyt käsiteltävässä tapauksessa, koska käsittääkseni kantajaa ei ole syytetty veronkierrosta tai vilpillisestä menettelystä.

25. Markkinaehdoista poikkeavien liiketoimien osalta, jotka on tehty *samassa valtiossa asuvien* toisiinsa etuyhteydessä olevien yhtiöiden välillä, ei tule esiin veropohjan rapautumiseen liittyvää huolenaihetta, kuten rajat ylittävissä tilanteissa. Tällaisissa tapauksissa voitot eivät ”karkaa” valtion verotusvallasta ulkomaille. Ne ainoastaan siirtyvät saman veroalueen sisällä, ja niitä voidaan verottaa toisaalla – verotus kohdistuu toiseen verovelvolliseen mutta tapahtuu yhä samalla veroalueella. Siirtohintojen soveltaminen ei näin ollen ole tarpeen (tai se ei ainakaan lähtökohtaisesti palvelisi samaa tarkoitusta) näissä tilanteissa, joissa on selkeästi kyse kotimaisista liiketoimista.¹⁰

26. Pääasiassa Saksan hallitus väittää, että se näistä syistä soveltaa kyseisiä siirtohintoja koskevia sääntöjä ainoastaan rajat ylittävissä tilanteissa. Kotimaisten ja rajat ylittävien liiketoimien välinen ero sekä siirtohintoja koskevien sääntöjen rajoittaminen koskemaan vain jälkimmäisiä on näin ollen kansallisen tuomioistuimen esittämän kysymyksen ytimenä.

27. Tämä ero puolestaan tuo esiin kysymykset, jotka koskevat rajat ylittävien ja kotimaisten tilanteiden rinnastettavuutta, rinnastettavuuden roolia sijoittautumisvapautta koskevien sääntöjen soveltamisessa ja laajemmin sitä tapaa, jolla näitä sääntöjä sovelletaan välittömän verotuksen alalla. Käsittelen seuraavaksi näitä kysymyksiä.

7 Tuomio 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, 63 kohta).

8 Tältä osin OECD on tärkein foorumi siirtohintoja sekä veropohjan rapautumista ja voitonsiirtoa koskevalle keskustelulle ja niitä koskevien sääntöjen kehittämiseksi. Ks. <http://www.oecd.org/tax/beps/> ja <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/>

9 Ks. esim. OECD:n vuoden 2012 julkaisu *Dealing effectively with challenges of transfer pricing*, s. 14, saatavilla internetosoitteessa <http://www.oecd.org/publications/dealing-effectively-with-the-challenges-of-transfer-pricing-9789264169463-en.htm>

10 Ks. esim. Farmer, P., ”Direct Taxation and the Fundamental Freedoms”, *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 812 (”Nämä säännöt rajoittuvat yleensä rajat ylittäviin tilanteisiin, koska ne olisivat tarpeettomia kotimaisissa tilanteissa”).

2. Kaksi lähestymistapaa ja niiden yhdistelmä

28. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on sovellettu kahta erilaista lähestymistapaa arvioitaessa tilanteita, joissa on väitetysti kyse sijoittautumisvapauden loukkaamisesta välittömän verotuksen alalla: syrjintään perustuvaa lähestymistapaa ja rajoitukseen perustuvaa lähestymistapaa. Oikeuskirjallisuudessa on tunnustettu, että unionin tuomioistuin on jo pitkään horjunut näiden lähestymistapojen välillä.¹¹

a) Syrjintään perustuva lähestymistapa

29. Jotta syrjintään perustuvan lähestymistavan mukaan voitaisiin todeta, että kansallinen toimenpide on sijoittautumisvapauden vastainen, toisiinsa rinnastettavia tilanteita on kohdeltava eri tavalla sijoittautumisvapautta käyttävien yhtiöiden vahingoksi. Esimerkiksi tilanteiden, joissa on kyse yhtäältä kotimaisesta emoyhtiöstä, jolla on ulkomainen tytäryhtiö, ja toisaalta kotimaisesta emoyhtiöstä, jolla on kotimainen tytäryhtiö, on oltava rinnastettavissa ja ensimmäistä on kohdeltava epäedullisemmin kuin jälkimmäistä.

30. Kun kyse on kansallisista ja monikansallisista konserneista ja välittömästä verotuksesta, rinnastuksen tekeminen ei ole helppoa. Tilannetta monimutkaistaa erityisesti se, että asiaan liittyy useita oikeushenkilöitä. Tämä voi johtaa toisenlaiseen painotukseen vertailussa.

31. Oikeudellisessa arvioinnissa voidaan aluksi vertailla esimerkiksi emoyhtiöitä ja todeta, että niitä kohdellaan samalla tavalla voittojen verotuksessa, ja seuraavaksi vertailla (kotimaisia ja ulkomaisia) tytäryhtiöitä ja todeta, että niitä kohdellaan eri tavalla jonkin edun (kuten veronhyvitystä koskevan oikeuden) osalta.¹² Vastaavasti vertailu voidaan aloittaa kotimaisten ja ulkomaisten tytäryhtiöiden tasolta ja lopettaa kansallisten ja monikansallisten konsernien vertailuun.¹³

32. Jälkimmäisen vertailun osalta voidaan esittää merkittävä johtopäätös. Konsernien verotusta ja sijoittautumisvapautta koskevien kysymysten osalta oikeushenkilöiden vertailua ei suoriteta täysin eristyksissä. Olosuhteita ja lähipiiriin kuuluvien oikeushenkilöiden kohtelua ei jätetä niiden vertailussa täysin huomiotta. Olosuhteet ja kyseisten lähipiiriin kuuluvien oikeushenkilöiden kohtelu on sitä vastoin huomioitava ja sisällytettävä oikeudelliseen arviointiin.

33. Tämä toteamus on olennainen nyt käsiteltävässä asiassa. Kaikki osapuolet ovat tosiaan yhtä mieltä siitä, että yksittäisten oikeushenkilöiden osalta asiassa on kysymys erilaisesta kohtelusta. Saksan hallituksen keskeisiin väitteisiin kuuluu kuitenkin se, että rajat ylittävien liiketoimien osalta epäedullista kohtelua ei esiinny konsernin tasolla – tämä on ”nollasummaa” koskeva väite, johon palaan jäljempänä.

¹¹ Ks. esim. Barnard, C., *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 5. painos, Oxford University Press, Oxford, 2016, s. 399 ja sitä seuraavat sivut, sekä Kingston, S., ”The Boundaries of Sovereignty: The ECJ’s controversial role applying internal market rules to direct tax measures”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, osa 9, 2006.

¹² Tuomio 28.1.1986, komissio v. Ranska (270/83, EU:C:1986:37, 20 ja 27 kohta).

¹³ Näin ollen esim. tuomiossa *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* todettiin, että ”kun pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa lainsäädännössä kohdellaan ulkomailla asuvien emoyhtiöiden tytäryhtiöitä ja maassa asuvien emoyhtiöiden tytäryhtiöitä eri tavalla, tämä voi rajoittaa sijoittautumisvapautta, vaikka rajat ylittävän konsernin verotuksellinen asema ei olekaan rinnastettavissa sellaisen konsernin asemaan, jonka kaikki yhtiöt asuvat samassa jäsenvaltiossa”. Tuomio 13.3.2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04, EU:C:2007:161, 59 kohta). Ks. myös jäljempänä 42 kohta.

b) Rajoituksiin perustuva lähestymistapa

34. Syrjintään perustuvaan lähestymistapaan verrattuna rajoituksiin perustuva lähestymistapa on paljon laajempi. Tavanomaisen kaavan mukaan se kattaa kaikki säännöt, jotka ”voivat tosiasiallisesti tai mahdollisesti rajoittaa yhteisön sisäistä kauppaa suoraan tai välillisesti”.¹⁴ Tämä kaava on ajan kuluessa kehittynyt. Uudemman muotoilun mukaan rajoitus ymmärretään yleisesti kansalliseksi toimenpiteeksi, ”[joka voi] haitata perustamissopimuksessa taattujen perusvapauksien käyttämistä tai tehdä näiden vapauksien käyttämisestä vähemmän houkuttelevaa”.¹⁵ On kuitenkin selvää, että *rajoituksiin perustuvan lähestymistavan* mukaan jopa syrjimättömät rajoitukset on oikeutettava.¹⁶

35. Näin ollen unionin tuomioistuin katsoi esimerkiksi tuomiossa SGI, 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 estää omaa kansalaistaan tai oman lainsäädäntönsä mukaisesti perustettua yhtiötä sijoittautumasta toiseen jäsenvaltioon” (korostus tässä).¹⁷

36. Näin ollen rajoituksiin perustuvan lähestymistavan mukaisesti ei ole ainakaan teoriassa tarpeen suorittaa vertailua tai yksilöidä suhteellisesti epäedullista kohtelua.

37. Suurimpana haasteena rajoituksiin perustuvan lähestymistavan soveltamiselle välittömän verotuksen osalta on se, että jäsenvaltioilla on suvereniteetti tällä alalla. Jäsenvaltioilla on vapaus määritellä veropohja ja sovellettavat verokannat. Kansallisten järjestelmien tällä tavalla määrittely ja säännelty rinnakkaisuus johtaa luonnollisesti sijoittautumisvapauden ”rajoituksiin”.¹⁸

38. Äärimmäisenä esimerkkinä jäsenvaltiossa A, jossa sovelletaan 10 prosentin yhteisöverokantaa, asuva yhtiö saattaisi luopua perustamasta tytäryhtiötä jäsenvaltioon B, jossa sovelletaan 20 prosentin verokantaa. Jos rajoituksiin perustuvaa lähestymistapaa sovellettaisiin loogiseen johtopäätökseen asti, jo tällainen ero verokannoissa merkitsisi sijoittautumisvapauden rajoitusta ja edellyttäisi, että jäsenvaltio B oikeuttaa korkeamman verokantansa.

c) Yhdistetty lähestymistapa

39. Ainakin osittain niiden vaikeuksien vuoksi, jotka liittyvät ”pelkän” rajoituksiin perustuvan lähestymistavan soveltamiseen välitöntä verotusta koskevien sääntöjen osalta, tähän lähestymistapaan on yhdistetty joitakin syrjintää koskevia elementtejä. Lopputuloksena on joskus varsin erikoinen yhdistelmä.

40. Näin ollen unionin tuomioistuin on useasti todennut esimerkiksi, että kyseessä on vapaan liikkuvuuden *rajoitus*, joka ”voidaan hyväksyä vain, jos se koskee tilanteita, jotka eivät ole objektiivisesti arvioituina toisiinsa rinnastettavissa, *tai* jos se on oikeutettu yleistä etua koskevan pakottavan syyn johdosta” (korostus tässä).¹⁹ Tällaisissa tapauksissa käytetään rajoituksia koskevia ilmaisuja, mutta päättely perustuu lopulta syrjintään: rinnastettavuuden puuttuminen *poistaa tarpeen tarkastella oikeuttamisperusteita*.

14 Tuomio 11.7.1974, Dassonville (8/74, EU:C:1974:82, 5 kohta).

15 Tuomio 30.11.1995, Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, 37 kohta). Ks. myös tuomio 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, 56 kohta).

16 Tuomio 15.5.1997, Futura Participations ja Singer (C-250/95, EU:C:1997:239).

17 Tuomio 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, 39 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

18 Farmer, P. ja Lyal, R., *EC Tax Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994, s. 28: ”Johdonmukaisena päätelmänä olisi, että pikemminkin rajoituksen käyttöön kuin syrjintään keskittyvä lähestymistapa toisi kaikki kansallisen verolainsäädännön mukaiset verotukselliset toimenpiteet perustamissopimuksessa tarkoitettuja vapauksia koskevien määräysten soveltamisalaan”.

19 Tuomio 17.12.2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, 26 kohta).

41. Vaihtoehtoisesti erilainen kohtelu huomioidaan, mutta rinnastettavuutta koskevaa arviointia ei suoriteta. Tämän jälkeen todetaan, että kyseessä on ”rajoitus”. Tällainen lähestymistapa voi johtaa epäselvyyteen siitä, perustuuko arviointi syrjintään vai rajoitukseen (kuten esimerkiksi tuomiossa SGI,²⁰ jota tarkastellaan tarkemmin jäljempänä).

42. Toisissa tilanteissa *rinnastettavuuden puuttuminen* todetaan nimenomaisesti ja viitataan samalla *erilaiseen kohteluun*, kuten edellä mainitussa tuomiossa *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.²¹

43. Tällainen lähestymistapa merkitsee sitä, ettei syrjintä ole välttämättä oikeudellisenä edellytyksenä sijoittautumisvapauden rikkomisen toteamiselle, mutta sillä, että kahta tilannetta kohdellaan eri tavalla, on kuitenkin jotakin merkitystä.

44. Todettakoon yhteenvetona, että syrjintään ja rajoitukseen perustuvien lähestymistapojen soveltamiseen välittömään verotukseen sijoittautumisvapauden alalla liittyy erityisiä vaikeuksia. Siltä osin kuin kyseessä on syrjintään perustuva lähestymistapa, rinnastettavuus ja erityisesti se, mitä oikeussubjekteja on vertailtava ja millä tasolla vertailu on tehtävä, ei ole täysin ristiriidatonta. Rajoitukseen perustuvaan lähestymistapaan liittyy vielä suurempia ongelmia: erityisesti jos sitä sovelletaan loogiseen johtopäätökseensä saakka, mikä tahansa ero välittömässä verotuksessa voi merkitä sijoittautumisvapauden rajoitusta. Jäsenvaltiot olisivat periaatteessa aina velvollisia oikeuttamaan veropolitiikkansa. Nämä vaikeudet johtuvat erityisesti unionin tuomioistuimen vahvistamasta alueperiaatteesta ja yleisemmin jäsenvaltioille tällä alalla kuuluvasta suvereniteetista. Kuten jäljempänä todetaan, näitä vaikeuksia tulee esiin myös käsiteltävässä tapauksessa.

B. Kansallisen tuomioistuimen kysymys

1. Tuomio SGI

45. Ennakkoratkaisupyynnössä viitataan tuomioon SGI,²² ja siihen viittaavat myös kaikki kirjallisia ja suullisia huomautuksia esittäneet osapuolet. Aloitan näin ollen muistuttamalla tämän tuomion toiseikoista ja keskeisistä päätelmistä.

46. SGI oli Belgiaan sijoittautunut yhtiö. Se myönsi korottoman lainan Recydemille, joka oli samaan konserniin kuuluva yhtiö. SGI sai tarkistetun veropäätöksen, jossa sen veron perusteeseen oli lisätty Recydemille annetun lainan 5 prosentin fiktiivinen korko. Tämä tarkistus perustui tuloverolain (Code des impôts sur le revenu) 26 §:ään. Tämän säännöksen perusteella poikkeukselliset tai vastikkeettomat etuudet lisättiin niiden antajan omiin voittoihin verotuksessa, ”paitsi jos etuudet otetaan huomioon edunsaajien veronalaisia tuloja määritettäessä”. Siinä säädettiin myös, että etuudet *on* lisättävä niiden antajan omiin voittoihin eräissä tapauksissa, kuten silloin, kun vastaanottajana on lähipiiriin²³ kuuluva ulkomainen yhtiö.

47. Unionin tuomioistuin katsoi, että Belgiassa asuvat yhtiöt, jotka myönsivät poikkeuksellisia tai vastikkeettomia etuuksia lähipiiriinsä kuuluville ulkomaisille yhtiöille, olivat epäedullisessa asemassa verrattuna sellaisiin yhtiöihin, jotka myönsivät etuja lähipiiriinsä kuuluville Belgiassa asuville yhtiöille. Tämä tilanne saattoi johtaa siihen, että Belgiaan sijoittautunut yhtiö voi päättää luopua ”hankkimasta, perustamasta tai pitämästä tytäryhtiötä toisessa jäsenvaltiossa tai luopua hankkimasta tai omistamasta huomattavaa omistusosuutta tähän toiseen valtioon sijoittautuneesta yhtiöstä sen verorasituksen

²⁰ Tuomio 21.1.2010 (C-311/08, EU:C:2010:26).

²¹ Ks. lainaus edellä, alaviite 13.

²² Tuomio 21.1.2010 (C-311/08, EU:C:2010:26).

²³ Tässä yhteydessä tarkoitettiin yhteisiä etuja tai keskinäistä riippuvuussuhdetta.

vuoksi, joka rajat ylittävässä tilanteessa kohdistuu pääasiassa kyseessä olevassa säännöstössä tarkoitettujen etuuksien myöntämiseen”.²⁴ Lisäksi se saattoi johtaa siihen, että yhtiöt päättivät luopua hankkimasta, perustamasta tai omistamasta huomattavaa omistusosuutta Belgiassa sen verorasituksen vuoksi, joka siellä kohdistui etuuksien myöntämiseen. Tämä merkitsi sijoittautumisvapauden rajoitusta.

48. Tätä rajoitusta voitiin kuitenkin perustella hyväksyttävällä tavoitteella pyrkiä säilyttämään verotusvallan tasapainoinen jako. Hyväksyttävien tavoitteiden osalta unionin tuomioistuin viittasi myös veronkierron estämiseen. Koska tähän perusteluun ei ole vedottu nyt käsiteltävässä asiassa, en tarkastele sitä tässä tarkemmin.

49. Yhtiöt eivät voi vapaasti siirtää voittojaan ja tappioitaan jäsenvaltioiden välillä verotaakkansa minimoimiseksi. Jos kotimaiset yhtiöt voisivat myöntää poikkeuksellisia tai vastikkeettomia etuuksia lähipiiriinsä kuuluville ulkomaisille yhtiöille, tämä voisi heikentää verotusvallan tasapainoista jakoa pakottamalla ”lahjoittajan” jäsenvaltion luopumaan oikeudestaan verottaa kyseisessä valtiossa asuvan yhtiön tuloja.²⁵

50. Unionin tuomioistuin totesi myös, että jollei kansallisen tuomioistuimen tekemästä lopullisesta arvioinnista muuta johtunut, toimenpide oli oikeasuhteinen siltä osin kuin verotukselliset oikaisutoimenpiteet vastasivat markkinaehtoja ja verovelvollisella oli mahdollisuus esittää liiketaloudellisia syitä ehdoille, jotka eivät suoraan vaikuttaneet markkinaehtojen mukaisilta.

2. Käsiteltävä asia: sijoittautumisvapauden rajoitus?

51. Nyt käsiteltävässä asiassa kantaja antoi vastikkeetta vakuusilmoituksen sen ulkomaisten konserniyhtiöiden vastuiden takaamiseksi. Se näin ollen myönsi niille markkinaehdoista poikkeavan edun.

52. AStG:n 1 §:n 1 momentin mukaan kantajan veron perustetta korotettiin vastaamaan niitä verotettavia tuloja, jotka se olisi saanut, jos liiketoimet olisi suoritettu markkinaehdoilla.

53. On riidatonta, että Saksan lainsäädännön mukaan tällaiset oikaisut tehdään ainoastaan, jos vastaanottava yhtiö on sijoittautunut toiseen jäsenvaltioon. Sitä vastoin Saksassa asuvan yhtiön verokantaa ei oikaista, jos se myöntää edun lähipiiriinsä kuuluvalla henkilölle, joka on myös sijoittautunut Saksaan.

54. Unionin tuomioistuimen tuomiossa SGI soveltaman päättelyn mukaisesti²⁶ tästä seuraisi, että Saksassa asuvan yhtiön, joka kantajan tavoin myöntää markkinaehdoista poikkeavat edulliset ehdot lähipiiriinsä kuuluvalla toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneelle yhtiölle, verotuksellinen asema on epäedullisempi kuin silloin, jos se olisi myöntänyt tällaisen edun lähipiiriinsä kuuluvalla Saksaan sijoittautuneelle yhtiölle.

55. Katson kuitenkin, ettei tällainen tuomion SGI ratkaisun suora soveltaminen ole asianmukaista kahdesta syystä: käsiteltävässä asiassa a) ei ole kysymys syrjinnästä rinnastettavuuden ja epäedullisen kohtelun puuttumisen vuoksi eikä b) rajoitukseen perustuvaa lähestymistapaa voida soveltaa. Tarkastelen kumpaakin näistä syistä jäljempänä.

24 Tuomio 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, 44 kohta).

25 Tuomio 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, 63 kohta, ks. koko lainaus edellä 47 kohdassa).

26 Tuomio 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, 43 kohta).

a) *Syrjinnän puuttuminen*

1) *Rinnastettavuuden puuttuminen*

56. Käsiteltävä asia ja tuomio SGI eroavat toisistaan merkittävästi siltä osin, että tuomiossa SGI ei ilmeisesti käsitelty tilanteiden rinnastettavuutta. Tuomiossa SGI tunnustettiin erilainen kohtelu, mutta rinnastettavuutta koskevaa arviointia ei suoritettu. Saksa kuitenkin väittää nimenomaisesti käsiteltävässä asiassa, että rinnastettavuus puuttuu, joten unionin tuomioistuimen on tarkasteltava tätä kysymystä.

57. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan rajat ylittävän tilanteen rinnastettavuutta sisäiseen tilanteeseen on tarkasteltava kyseisellä kansallisella säännöksellä *tavoitellun päämäärän* kannalta.²⁷

58. Käsiteltävässä asiassa Saksan kirjallisten huomautusten perusteella kansallisen oikeuden kyseisten säännösten päämääränä on nähdäkseni varmistaa, ettei Saksassa syntyneitä voittoja siirretä verottamattomina Saksan verotusvallan ulkopuolelle sellaisilla toimenpiteillä, jotka eivät ole markkinaehtojen mukaisia.

59. Tällä perusteella näyttäisi olevan selviä perusteita katsoa, ettei rajat ylittävää ja kotimaista tilannetta voida tosiasiallisesti rinnastaa toisiinsa käsiteltävässä asiassa. Rajat ylittävässä tilanteessa verokannan jättäminen oikaisematta markkinaehtojen mukaiseksi merkitsisi sitä, että Saksa joutuisi luopumaan oikeudestaan verottaa yhtiön asuinvaltiona kaikkia sen tuloja. Tämä poikkeaa kotimaisesta tilanteesta, jossa tulot pysyvät veroalueen sisällä.

60. Näin ollen tämä väite koskee pääasiallisesti sitä, että kun tarkastellaan erityistä päämäärää varmistaa, että verot eivät karkaa jäsenvaltion verotusvallasta, ulkomaisia ja kotimaisia tytäryhtiöitä ei voida rinnastaa toisiinsa tämän päämäärän kannalta. Kyseinen säännös annettiin erityisesti *siksi*, ettei niitä pidetä samanlaisina. Alueperiaate ja mahdottomuus verottaa ulkomaisia tytäryhtiöitä tekee näistä kahdesta tilanteesta objektiivisesti erilaisia. Eriarvoisuutta ei ole pelkästään se, että samanlaisia tilanteita kohdellaan eri tavalla, vaan myös se, että objektiivisesti erilaisia tilanteita kohdellaan samalla tavalla.²⁸

61. Tässä yhteydessä on syytä korostaa kahta seikkaa. Ensinnäkin tästä argumentista ilmenee selvästi yleisellä tasolla, mutta ehkä jopa enemmän tämän asian erityisissä olosuhteissa, kuinka tiiviisti rinnastettavuuden arviointi ja oikeuttaminen tosiasiasa liittyvät toisiinsa. Vaikka ne esitetään arvioinnin kahtena erillisenä osana, käytännön soveltamisessa rinnastettavuuden selvittämisessä otetaan usein huomioon kansallisen lainsäädännön tavoite määritettäessä tertium comparationis. Samaa tavoitetta käytetään myös jäsenvaltioiden toiminnan oikeuttamiseksi. Toiseksi tällainen rinnastettavuuden ja oikeuttamisen päällekkäisyys on tavallista arvioitaessa kansallisten toimenpiteiden unionin oikeuden mukaisuutta. Edellyttäen, ettei kyseistä kansallista toimenpidettä ole laadittu aiheettoman suppealla tai kohtuuttomalla tavalla, kansallisen oikeuden mukaiset rinnastettavuuden arviointipuitteet todennäköisesti sisällytetään myös unionin oikeuden mukaiseen rinnastettavuuden arviointiin sillä edellytyksellä, että kansallisella lainsäädännöllä tavoiteltu päämäärä on sinänsä hyväksyttävissä unionin näkökulmasta. Tällä tavalla kansallisen lainsäädännön puitteet otetaan lähtökohdaksi unionin oikeuden mukaista rinnastettavuutta arvioitaessa, vaikka ne eivät välttämättä olekaan ratkaisevia.²⁹

27 Ks. esim. tuomio 18.7.2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, 38 kohta) ja tuomio 25.2.2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, 22 kohta).

28 Vuotuisen veron osalta, jota kannetaan ulkomaisilta ja kansallisilta yhteissijoitusyrityksiltä, ks. ratkaisuehdotukseni NN (L) International (C-48/15, EU:C:2016:45, 57 kohta).

29 Ks. vastaavasti valtiontukien yhteydessä valikoivuutta koskevien pohdintojen osalta, jotka koskevat myös rinnastettavuutta, ratkaisuehdotukseni Belgia v. komissio (C-270/15 P, EU:C:2016:289, 40–46 kohta).

62. Käsiteltävässä tapauksessa on kysymys juuri tällaisesta tilanteesta. Jos hyväksytään (verotuksen) alueperiaate ja ”verotusvallan tasapainoisen jaon säilyttämisen” tavoite (joka käytännössä tarkoittaa samaa asiaa ilmaistuna ”oikeuttamisen” tasolla), tällöin kotimaisten ja ulkomaisten tytäryhtiöiden tilanteita ei voida rinnastaa toisiinsa.

63. Mielestäni Saksa katsoo näin ollen asianmukaisesti, että rajat ylittäviä ja kotimaisia tilanteita ei yksinkertaisesti voida rinnastaa toisiinsa. Tavoite, jonka vuoksi tällainen erottelu otettiin käyttöön kansallisessa oikeudessa, on lainmukainen unionin oikeuden näkökulmasta ja tämä kansallisen oikeuden mukainen erottelu on järkevä. Olisi ristiriitaista, jos unionin tuomioistuin tunnustaisi vakaasti ”kansainvälisessä vero-oikeudessa vahvistetun ja yhteisön oikeudessa tunnustetun alueperiaatteen”³⁰ ja katsoisi samanaikaisesti, että tulojen siirtäminen jäsenvaltion veroalueen ulkopuolelle voidaan täysin rinnastaa kyseisen jäsenvaltion veroalueen sisäisiin siirtoihin.

64. Myöskään unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ei löydy tukea tällaiselle rinnastukselle.

65. On totta, että mahdollisuudella vedota jäsenvaltioiden välisen voittojen siirtämisen estämiseen ei anneta avointa valtakirjaa. Se ei merkitse sitä, että ”säännöt, jotka jäsenvaltio on antanut nimenomaan rajat ylittävien konsernien tilannetta varten, [eivät voi] tietyissä tapauksissa merkitä kyseessä olevien yhtiöiden sijoittautumisvapauden rajoitusta”.³¹ Kuitenkin rajoituksen toteamiselle asetettujen edellytysten tulee tosiasiallisesti täyttyä. Rinnastettavuus ja epäedullinen kohtelu on tosiasiallisesti voitava osoittaa.³²

66. Mielestäni rinnastettavuutta ei voida todeta käsiteltävässä asiassa, kun otetaan erityisesti huomioon kyseisten kansallisten sääntöjen tarkoitus. Näin ollen käsiteltävä asia eroaa tilanteista, joissa unionin tuomioistuin on tarkastellut alueperiaatetta, johon on vedottu sellaisen toimenpiteen osalta, jota *ei* ole erityisesti tarkoitettu koskemaan tilannetta, jossa verotettavat tulot vuotavat rajojen yli.³³

67. Unionin tuomioistuin on myös katsonut useissa tapauksissa, että rinnastettavuuden määrittelyssä avaintekijänä on se, että jäsenvaltio pyrkii verottamaan maassa asuvia ja ulkomailla asuvia oikeussubjekteja samalla tavalla. Näin ollen esimerkiksi silloin, kun jäsenvaltio ”kantaa tuloveroa sekä maassa asuvilta osakkeenomistajilta että ulkomailla asuvilta osakkeenomistajilta osingoista, joita nämä saavat maassa asuvalta yhtiöltä, mainittujen ulkomailla asuvien osakkeenomistajien tilanne muistuttaa maassa asuvien osakkeenomistajien tilannetta”.³⁴

68. Kuten Saksan hallitus huomauttaa, käsiteltävässä asiassa ei ole pyrkimyksenä verottaa ulkomailla asuvia verosubjekteja. Veroja kannetaan markkinaehtoperiaatteen mukaisesti ja näin ollen ainoastaan voitoista, jotka ovat syntyneet Saksassa. Tällä perusteella rajat ylittäviä ja kotimaisia tilanteita ei taaskaan voida rinnastaa toisiinsa.

30 Tuomio 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, 39 kohta).

31 Tuomio 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, 60 kohta).

32 Jos unionin tuomioistuin tahtois nimenomaisesti omaksua ”pelkästään” rajoituksiin perustuvan lähestymistavan sijoittautumisvapauden ja välittömän verotuksen alalla, tällainen kehitys poistaisi väitetysti tarpeen tarkastella lisäksi rinnastettavuutta ja epäedullista kohtelua. Tästä seuraisi kuitenkin kaikkien edellä mainittujen haittojen ohella myös se, että se olisi vastoin unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä viime vuosina päinvastaiseen suuntaan tapahtunutta kehitystä. Tältä osin 5.7.2005 annettua tuomiota D (C-376/03, EU:C:2005:424) pidetään usein ”käännekohtana” (ks. esim. Kingston, S., ”The Boundaries of Sovereignty: The ECJ’s controversial role applying internal market rules to direct tax measures”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, osa 9, 2006, s. 303).

33 Tuomio 18.7.2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439).

34 Ks. esim. tuomio 12.12.2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:773, 68 kohta).

69. Edellä esitetyn perusteella en katso, että käsiteltävässä tapauksessa kotimaisten yhtiöiden, joilla on ulkomaisia tytäryhtiöitä, ja kotimaisten yhtiöiden, joilla on kotimaisia tytäryhtiöitä, tilanteet olisivat toisiinsa rinnastettavissa arvioitaessa sitä, onko kyse syrjinnästä, joka saattaa rikkoa sijoittautumisvapautta. Tilanteet ovat objektiivisesti erilaisia. Tämä tarkoittaa, että niitä *ei voida* kohdella samalla tavalla, jos kunnioitetaan sijoittautumisvapautta koskevien sääntöjen taustalla olevaa syrjintäkiellon periaatetta.

2) Epäedullisen kohtelun puuttuminen

70. Jos kuitenkin todettaisiin, että rajat ylittävät ja kotimaiset tilanteet ovat toisiinsa rinnastettavissa käsiteltävässä tapauksessa, mielestäni on vahvoja perusteita katsoa, ettei kysymys ole syrjinnästä siten, että ensimmäisiä kohdeltaisiin epäedullisemmin kuin jälkimmäisiä.

71. Tämä perustuu pääasiallisesti Saksan hallituksen esittämään argumenttiin. Viittaa siihen ”nollasummaa” koskevana väitteenä. Sen mukaan on niin, että kun markkinaehdoista poikkeavat liiketoimet toteutetaan sellaisten emo- ja tytäryhtiön välillä, jotka molemmat ovat Saksassa asuvia, voitoista ei veroteta emoyhtiötä vaan tytäryhtiötä. Lopputuloksena on, että kokonaisuutena tarkasteltuna konsernin verotaakka pysyy samana. Emo- ja tytäryhtiön (jos molemmat ovat sijoittautuneet Saksaan) veropohjan oikaisemiselle markkinaehtojen mukaiseksi ei ole syytä, koska tämä olisi hallinnollisesti raskasta ja johtaisi käytännössä samaan lopputulokseen.

72. Toisin sanoen Saksan hallitus väittää, että kysymys ei ole erilaisesta kohtelusta, koska kummassakin tapauksessa kansallisella alueella syntyneitä voittoja verotetaan kerran – eli aina ja ainoastaan yhden kerran.

73. Tuomioissa SGI esitettiin samantapainen väite. Unionin tuomioistuin vastasi siihen tunnustamalla implisiittisesti, että (100 prosentin omistussuuden tapauksissa) nollasummaväite voi pitää paikkansa.³⁵

74. Unionin tuomioistuin ei kuitenkaan tarkastellut tätä väitettä yksityiskohtaisesti, koska asiassa oli joka tapauksessa kyse kaksinkertaisen verotuksen vaarasta. Tämä johtui siitä, että asiassa SGI yhtiön, joka myönsi etuuden Belgiassa, veron perusteen korottaminen ei välttämättä johtanut vastaanottajana olevan yhtiön veron perusteen alentamiseen Ranskassa. Mahdollisuus soveltaa sovittelumenettely-yleissopimusta 90/436/ETY kahdenkertaisen verotuksen välttämiseksi ei poistanut tätä vaaraa, koska tämän yleissopimuksen soveltamisesta aiheutui kustannuksia ja viivästystä.³⁶ Tällä perusteella vahvistettiin, että kyseessä oli sijoittautumisvapauden rajoitus.

75. Kaksinkertaisen verotuksen vaaran osalta katson, että tämä päättely on erittäin ongelmallista nyt käsiteltävän asian kannalta. Kuten edellä on todettu, alueperiaatteen mukaan jäsenvaltio voi verottaa kyseisessä jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvia yhtiöitä niiden maailmanlaajuisista voitoista (asuinpaikkaan perustuva verotus) ja toisissa jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvia yhtiöitä voitoista, jotka ne saavat toiminnastaan mainitussa valtiossa (lähdeverotus). Näistä kahdesta rinnakkaisesta asuinpaikkaan ja lähteeseen perustuvasta kriteeristä, jotka ovat verotusoikeuden perusteena, seuraa muun muassa kaksinkertaisen verotuksen vaara. Jäsenvaltiossa B olevaa verovelvollista, joka saa osinkoa jäsenvaltiossa A, voidaan verottaa kahteen kertaan. Jäsenvaltiossa A (lähde) voidaan periä lähdevero ja näitä voittoja voidaan sitten verottaa osingonsaajan asuinvaltiossa, jäsenvaltiossa B.³⁷

³⁵ Tuomio 21.1.2010 (C-311/08, EU:C:2010:26, 45 kohta).

³⁶ Kaksinkertaisen verotuksen poistamisesta etuyhteydessä keskenään olevien yritysten tulonoikaisun yhteydessä 21.7.1990 tehty yleissopimus (EYVL 1990, L 225, s. 10) sisältää sovittelumenettelyt, joilla pyritään tällaisen kaksinkertaisen verotuksen välttämiseen (ks. tältä osin tuomio 21.1.2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, 54 kohta).

³⁷ Farmer, P., ”Direct Taxation and the Fundamental Freedoms”, *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 812.

76. Tästä kaikesta huolimatta unionin tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan lähdevaltiolla ei ole velvollisuutta myöntää verovapautusta tällaisissa tapauksissa.³⁸ Näin ollen kaksinkertainen verotus tai sen vaara ei sulje pois alueperiaatetta. Se ei estä jäsenvaltioita verottamasta voittoja veroalueellaan.

77. Kuitenkin päättely tuomiossa SGI mielestäni vaikuttaisi merkitsevän päinvastaista. Tässä tuomiossa katsottiin tilanteessa, jossa jäsenvaltio vaatii oikeutta verottaa sen alueella syntyneitä voittoja, että tämä oli haitallista kaksinkertaisen verotuksen vaaran vuoksi.

78. Jos tätä päättelyä sovelletaan loogiseen johtopäätökseensä asti nyt käsiteltävässä asiassa, sen sisäiset epäjohtonmukaisuudet korostuvat.

79. Käsiteltävässä asiassa (kuten tuomiossa SGI) tärkeimpänä toistuvana huolenaiheena on markkinaehtojen mukaisten hintojen soveltaminen rajat ylittäviin mutta ei kotimaisiin tilanteisiin. Mielestäni ongelmana on kaksinkertaisen verotuksen vaaraa koskevan väitteen osalta se, että *vaikka erilainen kohtelu poistettaisiin*, tämä vaara on edelleen olemassa. Jos siis käsiteltävässä asiassa Saksan hallitus olisi valinnut siirtohintojen soveltamisen rajat ylittäviin ja kotimaisiin liiketoimiin, kohtelu ei olisi ollut erilaista. Kuitenkin *kaksinkertaisen verotuksen vaara olisi yhä ollut teoreettisesti olemassa* rajat ylittävissä tilanteissa, mutta lähtökohtaisesti tätä vaaraa ei yksinkertaisesti ole olemassa kotimaisten liiketoimien osalta.

80. Mielestäni käsiteltävässä asiassa todellisena kysymyksenä on pikemminkin ”nollasummaa” koskevan väitteen pätevyys. Jos tämä väite pitää paikkansa, mielestäni kaksinkertaisen verotuksen vaara johtuu pelkästään erilaisten verojärjestelmien rinnakkaisesta olemassaolosta ja alueperiaatteesta itsestään. Se olisi olemassa missä tahansa tilanteessa.

81. Jollei kansallisen tuomioistuimen mahdollisista tarkastuksista muuta johdu, käsiteltävässä asiassa nollasummaväite näyttäisi pitävän paikkansa. Huomautan tältä osin seuraavaa.

82. Ensinnäkään kantaja ja komissio eivät vakavasti kyseenalaistaneet tätä väitettä unionin tuomioistuimen istunnossa. Missään vaiheessa ei ole riitautettu sitä, että markkinaehtoja koskevien kriteerien soveltaminen myös kotimaisiin liiketoimiin kasvattaisi kotimaisten yhtiöiden kokonaisverotaakkaa tai että sen soveltamatta jättäminen keventäisi niiden verotaakkaa.

83. Toiseksi nollasummaväite edellyttää selvästi konsernin verotuksen kokonaistarkastelua. Edellä 30–33 kohdassa esitetyistä syistä on mielestäni perusteltua (ja oikeuskäytännössä tavallista), ettei syrjinnän arviointia rajoiteta koskemaan yksittäisten oikeushenkilöiden erityisiä olosuhteita.

84. Kolmanneksi unionin tuomioistuimen tuomiossa SGI todettiin epäsuorasti ja julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessa laajemmin,³⁹ että nollasummaväite pätee ainoastaan silloin, kun kysymys on 100 prosentin omistusosuudesta. Tällaisissa tapauksissa ei ole merkitystä, mihin konsernin yhtiöistä verotus kohdistuu. Jos kysymys on pienemmästä omistusosuudesta, tämä ei kuitenkaan ole niin selvää.

85. Vastaan tähän väitteeseen ainoastaan, että käsiteltävässä asiassa kantaja omistaa välittömästi tai välillisesti 100 prosenttia ulkomaisista konserniyhtiöistä. Kuten unionin tuomioistuin itse päätteli tuomiossa SGI, kysymys on näin ollen tilanteesta, jossa nollasummaväite lähtökohtaisesti ”toimii”.

38 Tuomio 14.11.2006, Kerckhaert ja Morres (C-513/04, EU:C:2006:713, 22–24 kohta).

39 Julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotus SGI (C-311/08, EU:C:2009:545, 45 kohta).

86. Edellä esitetyn perusteella katson, että nyt käsiteltävässä asiassa tilanteet eivät ole toisiinsa rinnastettavissa tai vaihtoehtoisesti, jos niitä pidetään rinnastettavina, asiassa ei kuitenkaan ole kysymys epäedullisesta kohtelusta. Näin ollen kyseinen kansallinen toimenpide ei johda sijoittautumisvapauden vastaiseen syrjintään.

b) Rajoituksen puuttuminen

87. Edellä a kohdassa oletetaan, että käsiteltävässä asiassa sovelletaan ”syrjintään perustuvaa lähestymistapaa”. Jos kuitenkin katsotaan, että olisi sovellettava rajoituksiin perustuvaa lähestymistapaa, periaatteessa vertailua ei tarvitsisi tehdä eikä epäedullista asemaa yksilöidä.

88. Tällaiseen oletukseen liittyy kuitenkin eräs monimutkainen periaatteellinen kysymys: voidaanko yhtiöille asetettua vaatimusta määrittää veron perusteensa markkinaehtojen mukaisesti todella pitää sijoittautumisvapauden rajoituksena?⁴⁰

89. Mielestäni ei voida. Kyseessä on ainoastaan verotuksen alueperiaatteen ilmentymä, joka heijastaa valtion oikeutta verottaa sen veroalueella syntyneitä voittoja.⁴¹ Jos näin ei olisi ja veron perusteen oikaisemista markkinaehtojen mukaiseksi pidettäisiin sijoittautumisvapauden rajoituksena, tällöin mitä tahansa jäsenvaltion soveltamaa nollaverokannan ylittävää verotusta voitaisiin väitetysti myös pitää tällaisena rajoituksena. Toisin sanoen rajoituksiin perustuvaan malliin välittömässä verotuksessa liittyvät ongelmat tulevat uudelleen esiin.

90. Tässä vaiheessa on mielestäni myös tärkeää tarkastella tuomioissa SGI ”ehkäisevän vaikutuksen” osalta esitettyjä väitteitä. Olen selittänyt näitä edellä 47 kohdassa. Ajatuksena on pääasiallisesti, että markkinaehtojen soveltaminen voi jotenkin johtaa siihen, että (tässä asiassa) saksalaiset yhtiöt luopuvat aikeistaan perustaa tytäryhtiöitä ulkomaille ja muut kuin saksalaiset yhtiöt aikeistaan perustaa tytäryhtiöitä Saksaan.

91. Käsiteltävään asiaan sovellettuna tämä päätelmä johtaisi kuitenkin mielestäni ainoastaan (varsin kyseenalaiseen) oletamaan. Millä tavoin vaikutus olisi ehkäisevä? Tämä oletama näyttäisi riippuvan ratkaisevasti toisesta merkittävästä oletuksesta eli siitä, että yhtiö luopuisi käyttämästä sijoittautumisvapauttaan siksi, että sen täytyisi maksaa veroa kaikista voitoistaan, joita on oikaistu markkinaehtojen mukaisiksi.⁴² Jos alueperiaatteelle ja jäsenvaltioiden suvereniteetille välittömässä verotuksessa on lainkaan määrä jäädä merkitystä, tämä ei mielestäni vaikuttaisi lainmukaiselta perusteelta sijoittautumisvapauden rikkomista koskevalle toteamukselle.

92. Näistä syistä ja siksi, ettei kysymys ole toisiinsa rinnastettavien tilanteiden syrjivästä kohtelusta, katson, ettei sitä, että Saksa oikaisee kotimaisten yhtiöiden veropohjaa rajat ylittävien liiketoimien osalta markkinaehtojen mukaiseksi, voida sellaisenaan pitää sijoittautumisvapauden rajoituksena.

93. Jos unionin tuomioistuin kuitenkin tulisi toiseen lopputulokseen, katson, että rajoitus on oikeutettavissa.

40 Huomautan myös, että komission nyt käsiteltävässä asiassa tältä osin omaksuma kanta vaikuttaisi mielestäni olevan ristiriidassa sen valtiontukien alalla omaksuman siirtohintoja koskevan lähestymistavan kanssa. Tältä osin se on aktiivisesti nostanut kanteita useita jäsenvaltioita vastaan nimenomaan siksi, että ne ovat väitetysti jättäneet asianmukaisesti soveltamatta siirtohintojen rajat ylittäviin liiketoimiin *sillä seurauksella, että kotimaisia yhtiöitä verotettiin liian vähän*. Mielestäni tästä syystä ehdotus, jonka mukaan Saksa voisi järkevästi ratkaista tilanteen joko soveltamalla siirtohintoja kaikkiin (rajat ylittäviin ja kotimaisiin) liiketoimiin tai jättää ne kokonaan soveltamatta, on sitäkin yllättävämpi.

41 Ks. edellä 20–27 kohta.

42 Tämä edellyttää tietysti, että erilainen kohtelu voidaan täysin sulkea pois, koska sillä on merkitystä syrjintään perustuvan mallin yhteydessä.

3. Oikeuttaminen

94. Sijoittautumisvapauden rajoitukset voidaan hyväksyä ainoastaan, jos niillä tavoitellaan hyväksyttävää tavoitetta ja jos niitä voidaan pitää oikeutettuina yleistä etua koskevista pakottavista syistä. Niiden soveltamisella on voitava taata päämäärän toteutuminen eikä niillä saada ylittää sitä, mikä on tarpeen.⁴³

a) Hyväksyttävä tavoite

1) Verotusvallan tasapainoinen jako

95. Käsiteltävässä asiassa Saksan hallitus vetoaa ainoastaan yhteen oikeuttamisperusteeseen eli jäsenvaltioiden välisen verotusvallan tasapainoiseen jakoon.

96. Unionin tuomioistuin on todennut useaan otteeseen, että mainittua syytä voidaan pitää hyväksyttävänä tavoitteena, jolla voidaan perustella sijoittautumisvapauden rajoituksia.⁴⁴

97. Taustalla olevan logiikan mukaisesti jälleen kerran yhtiöt eivät voi vapaasti siirtää voittojaan valintansa mukaan veroalueiden välillä, koska tämä voisi rapauttaa tiettyjen jäsenvaltioiden veropohjan ja näin ollen ”vaarantaa huomattavasti verotusvallan tasapainoisen jaon jäsenvaltioiden välillä, koska veron määräytymisperuste kasvaisi yhdessä valtiossa ja pienenesi toisessa valtiossa”.⁴⁵

98. Tätä logiikkaa voidaan mielestäni selvästi soveltaa käsiteltävässä asiassa. Kyseinen kansallinen säännös on tarkoitettu erityisesti estämään verotettavien tulojen ”vuotaminen” Saksan verotusvallan ulkopuolelle toisiinsa etuyhteydessä olevien yhtiöiden ulkomailta tekemien markkinaehtoista poikkeavien liiketoimien vuoksi.⁴⁶

2) Etuuksien myöntäminen ja voittojen siirtäminen

99. Komissio on väittänyt erityisesti, että verotusvallan tasapainoista jakoa ei voida soveltaa oikeuttamisperusteena nyt käsiteltävässä asiassa (tai että sen soveltaminen on suhteetonta) kyseessä olevan liiketoimen luonteen vuoksi. Pääasiallisesti väite koskee sitä, että toisin kuin esimerkiksi suoran rahansiirron tai korottoman lainan osalta käsiteltävässä asiassa etuus ei ole näin ilmeinen tai ainakin sen hinnoittelu on vaikeaa.

100. Mielestäni tämä näkemys on kyseenalainen useastakin syystä. Ensinnäkin on mielestäni mahdotonta kieltää sitä, että kantajan vakuusilmoituksessaan antaman kaltaisella vakuudella on todellista taloudellista arvoa ja lähipiiriin kuulumattomat yhtiöt maksaisivat siitä vastiketta. Tämä seikka vahvistetaan nimenomaisesti OECD:n siirtohinnoitteluohteissa⁴⁷ ja valtioneuvostojen osalta komission omassa valtioneuvostua koskevassa tiedonannossa.⁴⁸

43 Tuomio 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, 56 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

44 Tuomio 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, 60 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

45 Tuomio 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, 62 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

46 Tuomiossa SGI unionin tuomioistuin katsoi, että verotusvallan tasapainoinen jako ja veronkierron estäminen olivat hyväksyttäviä tavoitteita, ”kun niitä arvioidaan yhdessä”. Kuitenkin muusta oikeuskäytännöstä ilmenee myös, että verotusvallan tasapainoiseen jakoon voidaan vedota yksittäisenä perusteena (ks. tältä osin esim. tuomio 18.7.2007, Oy AA, C-231/05, EU:C:2007:439). Myös komissio myönsi tämän seikan istunnossa.

47 OECD:n laatimat monikansallisten yritysten ja verohallintojen vuoden 2017 siirtohinnoitteluohteet, 7.13 kohta. Istunnossa keskusteltiin vakuusilmoituksen tai aiesopimuksen täsmällisestä merkityksestä. Siellä todettiin, että käsiteltävässä asiassa kirje sisälsi vakuuden, joka oli oikeudellisesti täytäntöönpanokelpoinen kantajaa vastaan.

48 EY:n perustamissopimuksen 87 ja 88 artiklan soveltamisesta valtioneuvostoon annettu komission tiedonanto (EUVL 2008, C 155, s. 10).

101. Toiseksi niiden mahdollisten vaikeuksien osalta, joita liittyy tällaisten takauksien arvostamiseen, on olemassa selviä hinnoitteluohjeita. Niitä löytyy muun muassa erityisesti OECD:n laatimista ohjeista. Myös edellä mainittu komission tiedonanto koskee jäsenvaltioiden myöntämien vakuuksien hinnoittelua.

102. Lisäksi istunnossa Saksan hallitus totesi ilman, että kantaja olisi sitä kiistänyt, että käsiteltävässä asiassa erimielisyys liittyy *periaatteisiin eikä hintaan*. Pääasian osapuolet ovat yhtä mieltä sovellettavasta hinnasta, jos katsotaan, että siirtohintojen soveltaminen tällaisissa tapauksissa on unionin oikeuden mukaista.

103. Edellä esitetyn perusteella katson, että pääasiassa kyseessä olevan kaltaisella säännöksellä tavoitellaan hyväksyttäviä tavoitteita, jotka ovat SEUT 49 artiklan mukaisia ja joita voidaan pitää yleisen edun mukaisina pakottavina syinä, ja että se on omiaan takaamaan näiden päämäärien toteutumisen.

b) Oikeasuhteisuus

104. Jotta sijoittautumisvapautta rajoittavaa toimenpidettä voidaan lähtökohtaisesti pitää oikeutettuna, ei riitä, että sillä tavoitellaan hyväksyttävää päämäärää, vaan sen on oltava myös oikeasuhteinen. *Keinoilla* ei saa ylittää sitä, mitä on tarpeen tämän *päämäärän* saavuttamiseksi.

105. Välittömän verotuksen alalla tämä nostaa esiin kiperän kysymyksen. Vero on joko oikeutettu, tai sitten se ei ole. Ei ole olemassa ”keskitietä”. Jos *tavoitteena* on verottaminen, *keinona* on veron määrääminen ja kantaminen – koko veron eikä mitään muuta. Mitä tällaisessa yhteydessä voidaan tarkoittaa ”vähemmän rajoittavalla keinolla” saman päämäärän saavuttamiseksi? Olisiko verotettava ainoastaan puolta tuloista? Olisiko myönnettävä esimerkiksi 20 prosentin osittainen verohuojennus? On varsin selvää, että tällainen keskustelu voisi nopeasti johtaa verokantojen määräämiseen tuomioistuinten toimesta.

106. Palaan tähän laajempaan käsitteelliseen kysymykseen jäljempänä viimeisessä jaksossa. Kantaja ja komissio ovat esittäneet kirjallisissa ja suullisissa huomautuksissaan kolme otsikon ”oikeasuhteisuus” alla olevaa väitettä, joista yksikään ei mielestäni tosiasiallisesti koske oikeasuhteisuutta mutta joita kuitenkin käsittelen erikseen jäljempänä.

1) Markkinaehtoperiaatteen soveltaminen vakuusilmoituksiin

107. Istunnossa komissio katsoi pääasiallisesti, että markkinaehtoperiaatteen soveltaminen oli hieman ”liioiteltua”,⁴⁹ koska kyseessä oli pelkkä vakuusilmoitus. Tästä näkökulmasta ”oikeasuhteisuus” näin ollen tarkoittaisi epäsuorasti eräänlaista ”lainsäädännöllistä oikeasuhteisuutta” – jäsenvaltioiden tulisi oletettavasti antaa lainsäädäntöä ainoastaan suorista rahansiirroista ja jättää asia muilta osin lainsäädännön ulkopuolelle.

108. Kuten edellä on todettu,⁵⁰ tällaisilla ilmoituksilla (ainakin siltä osin kuin ne ovat oikeudellisesti sitovia ja koskevat taloudellisia vakuuksia, kuten käsiteltävässä asiassa) on selvästi taloudellista arvoa. Komissiokin myönsi tämän lopulta.

⁴⁹ Muotoilu tässä.

⁵⁰ Ks. edellä tämän ratkaisuehdotuksen 100 kohta.

109. Pelkästään tällä perusteella en näe mitään syytä katsoa, että markkinaehtoperiaatteen soveltaminen olisi näissä erityisissä tilanteissa jotenkin liioiteltua. Lisäksi ja jälleen vastoin komission väitteitä ei ole minkäänlaisia perusteita väittää, että markkinaehtoperiaatteen soveltaminen olisi suhteetonta tapauksissa, joissa näitä ehtoja on vaikea arvioida.

110. Mielestäni näitä ei ole pohjimmiltaan pidettävä oikeasuhteisuutta koskevinä kysymyksinä. Markkinaehtoperiaate (mahdollisine huonoine puolineen) joko hyväksytään tai sitten ei. Kysymys on luonteeltaan binaarinen. Jos mahdollisia käytännön vaikeuksia, joita liittyy tämän periaatteen soveltamiseen tietyissä yksittäistapauksissa – tapauksissa, joista lisäksi säädetään nimenomaisesti asiaa koskevissa kansainvälisissä ohjeissa⁵¹ – pidettäisiin pätevinä perusteina sen torjumiselle suhteettomana, tästä aiheutuisi äärimmäistä oikeudellista epävarmuutta.

2) Taloudelliset perustelut

111. Yksi kantajan ja komission kirjallisissa huomautuksissaan esiin tuoma oikeasuhteisuutta koskeva kysymys on se, missä määrin liiketoimille voidaan esittää taloudellisia perusteluita ja millaisia taloudellisia perusteluita voidaan pitää hyväksyttävinä.

112. Käsiteltävässä asiassa näyttäisi pikemminkin olevan kysymys siitä, *millaisia* taloudellisia perusteluita voidaan hyväksyä ja hyväksytään. Tältä osin kantajan ja komission näkemyksenä on pääasiassa, että yhtiöiden pitäisi voida perustella tekemiensä liiketoimien ehdot ottaen huomioon niiden erityissuhde liiketoimien toiseen osapuoleen. Toisin sanoen niillä tulee olla mahdollisuus välttää veron perusteensa oikaiseminen perustelemalla edullisten taloudellisten ehtojen myöntäminen tarpeella varmistaa tytäryhtiön menestyminen.

113. Mielestäni tämä väite ei selvästikään ole paikkansapitävä. Jos näin olisi, markkinaehdoilla tehdyn liiketoimien käsitteellä ei olisi enää mitään merkitystä. Se merkitsisi tosiasiaa vain tytäryhtiöiden kanssa tehtyjen liiketoimien suoraviivaista ja täydellistä poissulkemista periaatteen soveltamisalalta, koska emoyhtiön intressissä on *aina* tytäryhtiön menestyminen. Perustelu olisi näin ollen aina olemassa.

114. Toisin sanoen on olemassa sovittamaton ristiriita yhtiöltä oletettaman, jonka mukaan jäsenvaltiot voivat oikaista liiketoimia vastaamaan fiktiivisiä ehtoja, jotka *olisi* hyväksytty toisistaan *täysin riippumattomien* oikeussubjektien välillä, ja toisaalta sen, että osapuolet voivat kiistää tämän väittämällä, että ehdot olivat erilaisia ja perusteltuja nimenomaan oikeussubjektien välisen yhteyden ja toisistaan riippuvien intressien takia, välillä.

115. Lopuksi nämä eivät mielestäni jälleen kerran ole oikeasuhteisuutta koskevia kysymyksiä vaan pikemminkin kysymyksiä, jotka koskevat joko a) periaatteen todellista merkitystä (ja kuten edellä on todettu, mielestäni tämä ei kata konsernin sisäisiä intressejä) tai b) sitä, onko periaatetta *sovellettu asianmukaisesti yksittäisessä tapauksessa*.

3) Oikeasuhteisuus ja erilainen kohtelu

116. Palaan nyt kysymykseen, joka koskee kotimaisten ja rajat ylittävien liiketoimien erilaista kohtelua. Käsiteltävässä asiassa vedottiin tähän erilaiseen kohteluun ensinnäkin rajoitusta koskevan toteamuksen tueksi.

117. Istunnossa siihen vedottiin jälleen oikeasuhteisuutta koskevan arvioinnin yhteydessä: kyseistä säännöstä on pidettävä suhteettomana, koska sen mukaisesti liiketoimia kohdellaan eri tavalla.

⁵¹ Ks. edellä alaviite 47.

118. Mielestäni tämä väite ei ole vakuuttava useasta syystä.

119. Ensinnäkin viittaa jälleen tuomioon SGI. Tässä asiassa oli kysymys veron perusteen oikaisemisesta vastaamaan markkinaehtoja ainoastaan rajat ylittävien liiketoimien osalta.⁵² Tämä erilainen kohtelu ei estänyt jäsenvaltiota vetoamasta verotusvallan tasapainoiseen jakoon hyväksyttävänä tavoitteena. Se ei myöskään estänyt toteamusta, että toimenpide oli oikeasuhteinen. Tuomiossa SGI unionin tuomioistuin ei oikeasuhteisuutta koskevassa arvioinnissaan tosiasiallisesti edes mainitse erilaista kohtelua.

120. Ytimekkäämmin todettuna on epäselvää, kuinka erilainen kohtelu johtaa päätelmään, jonka mukaan toimenpiteellä ylitetään se, mikä on tarpeen verotusvallan tasapainoisen jaon saavuttamiseksi tai mitä muita ja vähemmän rajoittavia toimenpiteitä olisi voitu toteuttaa. Tältä osin en käsitä sitä, kuinka toimenpiteestä tulisi sijoittautumisvapautta vähemmän rajoittava, jos sitä sovellettaisiin myös kotimaisiin liiketoimiin.

121. Ainakin teoriassa siirtohintojen soveltaminen niin, että korotetaan saksalaisten yhtiöiden, joilla on ulkomaisia tytäryhtiöitä, veron perustetta, voi johtaa tällaisten tytäryhtiöiden hankinnasta, perustamisesta tai pitämisestä luopumiseen.⁵³ Siirtohintojen soveltaminen myös saksalaisten etuyhteydessä olevien yhtiöiden välisiin liiketoimiin ei kuitenkaan vaikuttaisi mitenkään vähentävän tai poistavan tätä ehkäisevää vaikutusta.

122. Tähän voitaisiin vastata, että kysymys on pikemminkin ”suhteellisesta” ehkäisevästä vaikutuksesta tai haitasta, joka johtuu erilaisesta kohtelusta. Jos toisin sanoen saksalainen yhtiö voi valita yhtäältä ulkomaisen tytäryhtiön perustamisen (mikä voi johtaa sen veron perusteen oikaisemiseen tämän tytäryhtiön kanssa tehtyjen markkinaehtoista poikkeavien liiketoimien osalta, kuten käsiteltävässä asiassa) ja toisaalta saksalaisen tytäryhtiön perustamisen (jolloin tällaista oikaisua ei tehdä) välillä, se todennäköisesti valitsee jälkimmäisen.

123. Tämän väitteen osalta perusongelmana on, että sen mukaisesti keskitytään keinotekoisesti emoyhtiön verotukseen ja jätetään tytäryhtiö huomiotta.⁵⁴ *Tietysti* on niin, että jos emoyhtiön veron perustetta voidaan korottaa ainoastaan ulkomaisten tytäryhtiöiden kanssa tehtyjen markkinaehtoista poikkeavien liiketoimien osalta, emoyhtiö, jolla on kotimainen tytäryhtiö, saa teoriassa ”veroedun”. Kuitenkin emoyhtiön alemmasta veron perusteesta johtuva veroetu tasoittuu tytäryhtiön korkeamman veron perusteen vuoksi. Toisin sanoen palataan Saksan hallituksen käsiteltävässä asiassa esittämään ”nollasummaa” koskevaan väitteeseen.⁵⁵

124. On syytä muistuttaa, että ”nollasummaa” koskeva väite esiintyy myös tuomiossa SGI (vaikkakaan ei tällä nimellä). Näin ollen kyseisessä asiassa Belgian lainsäädännössä säädettiin, että ”maassa asuvaa yhtiötä ei veroteta [epätavallisesta tai vastikkeettomasta] etuudesta, jos se on myönnetty toiselle maassa asuvalle [lähipiiriin kuuluvalla] yhtiölle – –, *kunhan tämä etuus otetaan huomioon jälkimmäisen yhtiön veronalaisia tuloja määritettäessä*”.⁵⁶ Toisin sanoen lainsäädännössä edellytettiin nimenomaisesti siirron nollasumman luonnetta verotuksellisesta näkökulmasta. Belgia ei aikoonut verottaa emoyhtiötä ”siirretyistä voitoista”, jos tytäryhtiötä verotettiin niistä Belgiassa.

52 Kuten 21.1.2010 annetun tuomion (C-311/08, EU:C:2010:26) 42 kohdassa todetaan, ”etuudet, jotka maassa asuva yhtiö myöntää [lähipiiriin kuuluvalla] yhtiölle, – – lisätään ensin mainitun yhtiön omiin voittoihin *vain, jos etuudet saava yhtiö on sijoittautunut toiseen jäsenvaltioon*” (kursivointi tässä).

53 Tuomio 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, 44 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

54 Tällainen lähestymistapa on mielestäni myös sisäisesti ristiriitainen. Sijoittautumisvapauden rajoituksia arvioidaan etujen ja haittojen kannalta, joita liittyy erillisen yksikön (sivuliikkeen tai tytäryhtiön) perustamiseen ulkomaille. Rajoitusten perustelujen osalta arvioinnin odotetaan kuitenkin rajoittuvan itse emoyhtiölle aiheutuviin etuihin ja haittoihin.

55 Ks. edellä 71 ja 72 kohta.

56 Tuomio 21.1.2010 (C-311/08, EU:C:2010:26, 42 kohta). Kursivointi tässä.

125. Mikäli olen ymmärtänyt asian oikein, on totta, että käsiteltävässä asiassa Saksan lainsäädännössä ei ole vastaavaa edellytystä. Näin ollen pääasiassa kyseessä olevassa Saksan lainsäädännössä ei muodollisesti vaadita, että Saksaan sijoittautunutta tytäryhtiötä on verotettava sille ”siirretyistä voitoista”, jotta emoyhtiön veron perustetta ei oikaistaisi. Ei ole kuitenkaan esitetty mitään vakuuttavaa perustelua sille, että vastaanottajaa ei verotettaisi (tai sitä verotettaisiin vähemmän tai alemman verokannan mukaisesti) tällaisista saksalaisten yhtiöiden välisistä markkinaehdoista poikkeavista liiketoimista johtuvista ”siirretyistä voitoista”.⁵⁷

4) Oikaisun määrä

126. Lopuksi ymmärtääkseni Saksan soveltamat verotukselliset oikaisutoimenpiteet nyt käsiteltävän asian kaltaisissa tapauksissa rajoittuvat siihen, millä ylitetään se, mistä olisi sovittu, jos yhtiöt eivät olisi keskinäisessä riippuvuussuhteessa toisiinsa. Kysymys ei ole ”ylikorjaamisesta”, jolla keinotekoisesti paisutettaisiin Saksaan sijoittautuneen yhtiön veron perustetta.⁵⁸ Jälleen kerran katson kuitenkin, ettei tätä voida pitää oikeasuhteisuutta koskevana kysymyksenä eikä osana kansallisen toimenpiteen oikeuttamista vaan pikemminkin markkinaehtoperiaatteen *asianmukaiseen soveltamiseen* liittyvänä kysymyksenä.⁵⁹

4. Päätelmät

127. Edellä esitetyn perusteella mielestäni käsiteltävässä asiassa kyseessä olevan kaltaisen säännöksen ei ole katsottava merkitsevän sijoittautumisvapauden rajoitusta. Kuitenkin siltä osin kuin sen katsotaan merkitsevän tällaista rajoitusta, se voidaan oikeuttaa sillä perusteella, että sillä pyritään säilyttämään verotusvallan tasapainoinen jako jäsenvaltioiden välillä, eikä sillä ylitetä sitä, mikä on tarpeen tämän tavoitteen saavuttamiseksi, edellyttäen tietenkin, ettei kansallisen tuomioistuimen toteuttamasta selvityksestä muuta johdu.

5. Loppusanat

128. Tässä ratkaisuehdotuksessa on esitetty kaksi vaihtoehtoa. Jos ensinnäkin hyväksytään syrjintään perustuva logiikka, rinnastettavuus puuttuu. Arviointi voidaan lopettaa tähän. Jos toiseksi hyväksytään rajoituksiin perustuva lähestymistapa, kysymys voisi teoriassa olla haitasta hyvin laajan näkemyksen mukaan (josta olisi kuitenkin eräitä hankalia seurauksia välittömän verotuksen alalla). Tämä haitta on kuitenkin perusteltavissa.

129. Molemmat näistä vaihtoehdoista perustuvat oletukseen, jonka mukaan hyväksytään verotuksen alueperiaate ja siihen nojautuva verotusvallan tasapainoinen jako jäsenvaltioiden välillä. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä vahvistetaan selkeästi, että jäsenvaltioilla on valta kantaa välittömiä veroja ja että ne voivat kantaa niitä veroalueellaan syntyneistä voitoista alueperiaatteen mukaisesti. Lisäksi markkinaehtoperiaate on kansainvälisesti tunnustettu päteväksi voittojen maantieteellisen jakamisen keinoksi.

57 Tytäryhtiöiden jakamien osinkojen myöhemmästä verottamisesta käytiin keskusteluja. Tämä on kuitenkin mielestäni täysin erillinen asia. Komissio myös esitti ajatuksen, että emoyhtiöiden verottaminen voitoista tytäryhtiöiden sijasta voisi johtaa voittojen siirtämiseen osavaltioiden välillä, joissa sovelletaan eri verokantoja. Vaikka mitään täsmällisiä tietoja ei ole esitetty, liittovaltion perusyhteisöverokanta ei kuitenkaan ole progressiivinen, ja se on sama koko Saksassa.

58 Tuomio 21.1.2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, 72 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

59 Ks. tältä osin edellä 115 kohta.

130. Kun lähdetään tästä yleisestä olettamasta, nämä kaksi vaihtoehtoa eroavat toisistaan siltä osin, miten tämä periaate sisällytetään arviointiin. Syrjintään perustuvan lähestymistavan mukaan tämä tapahtuu siinä vaiheessa, kun arvioidaan rinnastettavuutta. Rajoituksiin perustuvan lähestymistavan mukaan se suljetaan ensin pois, koska rinnastettavuudella ei ole merkitystä tässä yhteydessä. Samaa alueperiaatetta sovelletaan kuitenkin jälleen täysimääräisesti oikeuttamisvaiheessa (”verotuksen tasapainoisen jaon” muodossa).

131. Tässä ratkaisuehdotuksessa tarkoituksellisesti noudatetulla argumentatiivisella ”vaihtoehtojen tarkastelulla” tuodaan esiin useita perustavanlaatuisia käsitteellisiä ongelmia, joita unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön liittyy tällä alalla. Yksi näistä erottuu selvästi: koska unionin tuomioistuimen tulkinta on ollut epäselvää ja horjuvaa syrjintään perustuvan lähestymistavan, rajoituksiin perustuvan lähestymistavan ja niiden yhdistelmän välillä, saattaa käydä niin, että nämä kaksi vaihtoehtoa sekoittuvat toisiinsa. Arvioinnin eri vaiheissa tarkastellaan toistuvasti samaa argumenttia ja käydään samaa keskustelua. Kuten tästä tapauksesta erityisesti ilmenee, tosiasiallisesti samaan argumenttiin vedottiin ja samaa keskustelua käytiin rinnastettavuuden ja oikeuttamisen yhteydessä sekä komission ja kantajan väitteiden johdosta myös oikeasuhteisuuden arvioinnin yhteydessä, minkä takia koko väite vaikuttaa hieman kehäpäätelmältä.

132. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin esittäisi kaksi täsmennystä. Ensinnäkin sen olisi selkeästi todettava, mitä lähestymistapaa noudatetaan sijoittautumisvapauden osalta välittömän verotuksen alalla. Useista tässä ratkaisuehdotuksessa esittämistäni syistä tämän täytyisi mielestäni olla syrjintään perustuva lähestymistapa.

133. Toiseksi katson, että jos syrjintään perustuva lähestymistapa hyväksytään ja sitä sovelletaan käsiteltävässä asiassa, arviointi tulisi päättää rinnastettavuutta koskevaan vaiheeseen. Systemisestä näkökulmasta jäsenvaltioiden vaatimuksen verottaa rajat ylittäviä liiketoimia verotuksen alueperiaatteen ja kansainvälisesti tunnustettujen tällä alalla sovellettavien periaatteiden nojalla ei mielestäni voida katsoa edellyttävän mitään perusteluja. Tätä päätelmää ei muuta pelkästään se, ettei voittoa oikaista samaan jäsenvaltioon sijoittautuneiden yhtiöiden välillä markkinaehtojen mukaisiksi.

134. Tilanne voisi olla toinen ainoastaan silloin, jos kotimaisten yhtiöiden välisiä liiketoimia verotettaisiin *yleisesti* kevyemmin. Jos erilaisten sovellettavien sääntöjen vuoksi esiintyisi verotuksen vääristymistä, tämä merkitsisi verosyrjintää. Kuitenkin jopa silloin tulisi esiin kysymys siitä, mihin tämä veroetu nimenomaisesti perustui. Käsiteltävässä tapauksessa ei ole yksilöity mitään yleisiä veroetuja, jotka *perustuisivat markkinaehtoperiaatteen soveltamatta jättämiseen* kotimaisten tytäryhtiöiden osalta.⁶⁰

V. Ratkaisuehdotus

135. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin vastaa Finanzgericht Rheinland-Pfalzin esittämään kysymykseen seuraavasti:

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (EUT-sopimus) 49 artikla, luettuna yhdessä sen 54 artiklan kanssa, (aiemmin: Euroopan yhteisön perustamissopimuksen (EY:n perustamissopimus) 43 artikla, luettuna yhdessä EY 48 artiklan kanssa) ei ole esteenä jäsenvaltion säännökselle, jonka mukaan kotimaisen verovelvollisen tulot liikesuhteista toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneeseen yhtiöön, josta se omistaa välittömästi tai välillisesti vähintään neljänneksen ja jonka kanssa se on sopinut ehdoista, jotka poikkeavat ehdoista, joista toisistaan riippumattomat kolmannet olisivat sopineet samoissa tai samankaltaisissa olosuhteissa, on määritettävä sellaisiksi kuin ne olisivat muodostuneet toisistaan riippumattomien kolmansien sopimia ehtoja sovellettaessa, vaikka liikesuhteista kotimaiseen

⁶⁰ Veroetujen olemassaolo myöhemmässä vaiheessa ja *erillisten* liiketoimien (esim. osinkojen jakamiseen) perusteella on toinen kysymys.

yhtiön saatavia tuloja ei oikaista vastaavasti eikä säännöksessä anneta kotimaiselle verovelvolliselle mahdollisuutta osoittaa, että ehdot on sovittu liiketaloudellisista syistä, jotka liittyvät sen asemaan osakkaana toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneessa yhtiössä.