Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
JULIANE KOKOTT
19 päivänä heinäkuuta 2012 [1]

**Asia C-123/11**

**A Oy**

(Ennakkoratkaisupyyntö – Korkein hallinto-oikeus (Suomi))

Verolainsäädäntö — Sijoittautumisvapaus — Direktiivi 2009/133/EY — Kansallinen tuloverolainsäädäntö — Kahden eri jäsenvaltioissa asuvan yhtiön sulautuminen — Siirtävän yhtiön tappioiden vähennyskelpoisuus vastaanottavan yhtiön jäsenvaltiossa

## I Johdanto

1. Nimet Marks & Spencer viittaavat oikeastaan tavarataloketjuun. Verolainsäädäntöä koskevassa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä nämä nimet kuitenkin liittyvät nimenomaiseen toteamukseen, jonka mukaan sijoittautumisvapauden rajoituksia voidaan perustella verotusvallan jakautumisella jäsenvaltioiden kesken. [2] Jäsenvaltioiden oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa nimet Marks & Spencer näyttävät olevan myös synonyymejä kaaokselle ja epätoivolle. [3]

2. Tämä johtuu noin 100 sanan virkkeestä, jonka unionin tuomioistuin laati Marks & Spencerin mukaan nimettyyn ratkaisuun ja jossa kuvaillaan seikkoja, joiden perusteella jäsenvaltioiden voi poikkeuksellisesti olla pakko ottaa toisessa jäsenvaltiossa asuvien tytäryhtiöiden tappiot huomioon asianomaisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön verotuksessa. Sanojen paljoudesta huolimatta ei ole selvää, miten pitkälle tämä poikkeus ulottuu ja onko sitä ylipäänsä enää olemassa, kun otetaan huomioon unionin tuomioistuimen myöhempi oikeuskäytäntö.

3. Nyt käsiteltävä ennakkoratkaisupyyntö voi antaa mahdollisuuden poistaa tämän poikkeuksen perusteella syntynyt hämmennys. Pääasian suomalainen verovelvollinen nimittäin nojautuu pääasiassa unionin tuomioistuimen muotoilemaan poikkeukseen. Se haluaa sulautua ruotsalaisen tytäryhtiön kanssa ja vastedes käyttää sen ruotsalaista tappiontasausta Suomessa, mitä Suomen verosäännöksissä ei kuitenkaan sallita.

1 — Alkuperäinen kieli: saksa.

2 — Ks. asia C-446/03, Marks & Spencer, tuomio 13.12.2005 (Kok., s. I-10837).

3 — Ks. esim. Cordewener, A., "Cross-Border Loss Relief and the 'Effet Utile' of EU Law: Are We Losing It?", EC Tax Review, 2011, s. 58.

## II Asiaa koskevat oikeussäännöt

### A *Unionin oikeus*

#### 1. Sijoittautumisvapaus

4. SEUT 49 artiklassa määrätään sijoittautumisvapaudesta seuraavasti:

”Jäljempänä olevien määräysten mukaisesti kielletään rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisen vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle. Myös kielletään rajoitukset, jotka estävät jäsenvaltion alueelle sijoittautuneita jäsenvaltion kansalaisia perustamasta kauppaedustajan liikkeitä, sivuliikkeitä ja tytäryhtiöitä.

Jollei pääomia koskevan luvun määräyksistä muuta johdu, sijoittautumisvapauteen kuuluu oikeus ryhtyä harjoittamaan ja harjoittaa itsenäistä ammattia sekä oikeus perustaa ja johtaa yrityksiä, erityisesti 54 artiklan toisessa kohdassa tarkoitettuja yhtiöitä, niillä edellytyksillä, jotka sijoittautumisvaltion lainsäädännön mukaan koskevat sen kansalaisia.”

5. SEUT 54 artiklassa laajennetaan sijoittautumisvapauden soveltamisalaa seuraavasti:

”Jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti perustetut yhtiöt, joiden sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on unionin alueella, rinnastetaan tämän luvun määräyksiä sovellettaessa luonnollisiin henkilöihin, jotka ovat jäsenvaltion kansalaisia.

– –”

#### 2. Yritysjärjestelydirektiivi

6. Direktiivillä 2009/133/EY[4] (jäljempänä yritysjärjestelydirektiivi) säännellään yhtiöiden tiettyjen rajat ylittävien sulautumisten verotuksellisia seurauksia. Johdanto-osan toisessa ja kolmannessa perustelukappaleessa selvitetään yritysjärjestelydirektiivin tarkoitusta muun muassa seuraavasti:

”(2) Eri jäsenvaltioissa sijaitsevia yhtiöitä koskevat sulautumiset – – saattavat olla tarpeen sisämarkkinoita vastaavien olosuhteiden luomiseksi yhteisössä ja siten tällaisten sisämarkkinoiden toimivuuden varmistamiseksi. Näitä toimia ei saisi estää erityisesti jäsenvaltioiden verosäännöksistä johtuvilla rajoituksilla, haitoilla tai vääristymillä. – –

(3) Nykyiset verosäännökset haittaavat näitä toimia verrattuna niihin, jotka koskevat samassa jäsenvaltiossa olevia yhtiöitä. Tämä haitta olisi poistettava.”

4 — Eri jäsenvaltioissa olevia yhtiöitä koskeviin sulautumisiin, jakautumisiin, osittaisjakautumisiin, varojensiirtoihin ja osakkeiden vaihtoihin sekä eurooppayhtiön (SE) tai eurooppaosuuskunnan (SCE) sääntömääräisen kotipaikan siirtoon jäsenvaltioiden välillä sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä 19.10.2009 annettu neuvoston direktiivi 2009/133/EY (EUVL L 310, s. 34), jolla samanniminen 23.7.1990 annettu neuvoston direktiivi 90/434/ETY (EYVL L 225, s. 1) muotoiltiin uudelleen. Tätä direktiiviä ei tule sekoittaa pääomayhtiöiden rajatylittävistä sulautumisista 26.10.2005 annettuun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviin 2005/56/EY (EUVL L 310, s. 1), joka koskee tiettyjen rajat ylittävien sulautumisten yhtiöoikeudellisia näkökohtia.

7. Johdanto-osan neljännessä perustelukappaleessa kuvaillaan yritysjärjestelydirektiivissä valittua menettelytapaa seuraavasti:

”Tämän tavoitteen toteuttaminen ei ole mahdollista laajentamalla jäsenvaltioissa voimassa olevia kansallisia järjestelmiä yhteisön tasolle, koska näiden järjestelmien väliset erot ovat omiaan aiheuttamaan vääristymiä. Ainoastaan yhteinen verojärjestelmä tarjoaa mahdollisuuden tässä suhteessa tyydyttävään ratkaisuun.”

8. Johdanto-osan yhdeksännessä perustelukappaleessa todetaan yhtiöiden verotuksellisten tappioiden käsittelemisestä seuraavaa:

”Olisi myös säädettävä tiettyihin siirtävän yhtiön varauksiin ja tappioihin sovellettavasta verojärjestelmästä sekä ratkaistava ne verotukselliset ongelmat, jotka johtuvat siitä, että toisella yhtiöllä on osuus toisen yhtiön pääomasta.”

9. Johdanto-osan 14 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Tämän direktiivin yhtenä tavoitteena on poistaa sisämarkkinoiden toimintaa haittaavia tekijöitä kuten kaksinkertainen verotus. Siltä osin kuin tätä ei täysin saavuteta tällä direktiivillä, jäsenvaltioiden olisi toteutettava tarvittavat toimenpiteet tavoitteen saavuttamiseksi.”

10. Yritysjärjestelydirektiivin soveltamisala ulottuu 1 artiklan a kohdan mukaan ”sulautumisiin – –, jotka koskevat kahdessa tai useammassa jäsenvaltiossa olevia yhtiöitä”. Direktiivin 2 artiklan a kohdan iii alakohdan mukaan ”sulautumisella” tarkoitetaan muun muassa tointa, jolla ”yhtiö siirtää purkautumishetkellään ilman selvitysmenettelyä kaikki varansa ja vastuunsa sille yhtiölle, jonka hallussa ovat kaikki sen yhtiöpääomaa edustavat arvopaperit”. Yritysjärjestelydirektiivin 3 artiklassa määritellään, mitkä yhtiöt ovat direktiivissä tarkoitettuja ”jäsenvaltiossa sijaitsevia yhtiöitä”.

11. Siirtävän yhtiön tappioiden osalta yritysjärjestelydirektiivissä säädetään ainoastaan 6 artiklassa seuraavaa:

”Siltä osin kuin siirtävän yhtiön jäsenvaltion lainsäädännön mukaan olisi mahdollista 1 artiklan a alakohdassa tarkoitettujen toimien osalta siirtävän yhtiön verotuksessa vähentämättä olevien tappioiden siirtyminen vastaanottavalle yhtiölle, jäsenvaltion on ulotettava näiden säännösten soveltaminen siirtävän yhtiön verotuksessa vähentämättä olevien tappioiden siirtymiseen sen alueella sijaitsevalle vastaanottavan yhtiön kiinteälle toimipaikalle.”

## B *Suomen lainsäädäntö*

12. Suomen tasavallan ja Ruotsin kuningaskunnan välillä tulo- ja varallisuusveroja koskevan kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyn sopimuksen 7 artiklan 1 kappaleen mukaan Ruotsissa asuvan yhtiön liiketuloa voidaan verottaa Suomessa vain, jos yhtiö saa tuloa Suomessa olevasta kiinteästä toimipaikasta.

13. Suomen tuloverolainsäädännön mukaan tietyn verokauden lasketut tappiot voidaan siirtää seuraaville verokausille. Suomen tuloverolain 119 §:n ensimmäisessä ja toisessa momentissa säädetään seuraavaa:

”Elinkeinotoiminnan ja maatalouden verovuoden tappio vähennetään elinkeinotoiminnan ja maatalouden tuloksesta seuraavan 10 verovuoden aikana sitä mukaa kuin tuloa syntyy.

Elinkeinotoiminnan tappiolla tarkoitetaan elinkeinotulon verottamisesta annetun lain mukaan laskettua tappiollista tulosta ja maatalouden tappiolla maatilatalouden tuloverolain mukaan laskettua tappiollista tulosta.”

14. Yhteisöjen sulautumisten osalta Suomen tuloverolain 123 §:n toisessa momentissa säädetään siirtävän yhtiön lasketun tappion käsittelemisestä muun muassa seuraavaa:

”Yhteisöjen sulauduttua tai yhteisön jakauduttua on vastaanottavalla yhteisöllä oikeus vähentää verotettavasta tulostaan sulautuneen tai jakautuneen yhteisön tappio 119 ja 120 §:ssä säädetyllä tavalla, mikäli vastaanottava yhteisö taikka sen osakkaat tai jäsenet taikka yhteisö ja sen osakkaat tai jäsenet yhdessä ovat tappiovuoden alusta lukien omistaneet yli puolet sulautuneen tai jakautuneen yhteisön osakkeista tai osuuksista. – –”

15. Lisäksi tämä oikeus siirtävän yhtiön tappion siirtämiseen edellyttää Suomen oikeuskäytännön mukaan, että sulautumista ei toteuteta ainoastaan tämän tarkoituksen vuoksi.

## III Tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

16. Pääasian kohteena on yhteisöveroa koskeva ennakkoratkaisu. A Oy (jäljempänä verovelvollinen) oli pyytänyt tätä keskusverolautakunnalta selvittääkseen sitovasti vero-oikeudellisen kysymyksen tappioiden siirtämisestä.

17. Suomessa asuva verovelvollinen omistaa kaikki ruotsalaisen B AB -yhtiön osuudet. Tämä tytäryhtiö lopetti liiketoimintansa sen jälkeen, kun sillä oli aiemmin ollut kolme vähittäiskauppaa Ruotsissa. Sillä on kuitenkin vielä velvoitteita kahdesta liikehuoneistojen pitkäaikaisesta vuokrasopimuksesta. Tämän toiminnan perusteella Ruotsin verotusmenettelyssä todettiin tytäryhtiön tehneen vuosina 2001–2007 44,8 miljoonan Ruotsin kruunun (SEK) tappiot, mikä tämänhetkisen vaihtokurssin mukaan vastaa noin viittä miljoonaa euroa.

18. Verovelvollinen suunnittelee nyt sulautumista ruotsalaisen tytäryhtiönsä kanssa. Sulautumisen myötä ruotsalainen tytäryhtiö purettaisiin ja sen koko omaisuus siirtyisi verovelvolliselle.

19. Keskusverolautakunta katsoi 25.3.2009 antamassaan ennakkoratkaisussa, että verovelvollinen ei voi sulautumisen toteuduttua vähentää ruotsalaisen tytäryhtiönsä tappioita Suomen yhteisöverotuksessa.

20. Sen mukaisesti asiaa nyt käsittelevä korkein hallinto-oikeus totesi, että Suomen säännökset eivät salli sulautuneen yhtiön tappion siirtämistä, jos tämän yhtiön kotipaikka on ulkomailla ja sen tappioita ei myöskään voida katsoa kuuluviksi Suomessa olevaan kiinteään toimipaikkaan. Korkein hallinto-oikeus pitää kuitenkin kyseenalaisena, sopiiko tämä tulkinta yhteen unionin oikeuden ja erityisesti sijoittautumisvapauden kanssa. Tätä taustaa vasten se on esittänyt unionin tuomioistuimelle kaksi ennakkoratkaisukysymystä:

”1) Edellytetäänkö SEUT 49 ja SEUT 54 artiklassa, että vastaanottava yhtiö saa verotuksessaan vähentää siihen sulautuneen toisessa jäsenvaltiossa asuneen yhtiön siellä harjoitetun toiminnan tappiot sulautumista edeltäneiltä vuosilta, kun vastaanottavalle yhtiölle ei muodostu sulautuneen yhtiön asuinpaikkavaltioon kiinteää toimipaikkaa ja kun vastaanottava yhtiö saa kansallisten säännösten mukaan vähentää sulautuneen yhtiön tappioita vain, jos sulautunut yhtiö on ollut kotimainen tai tappiot ovat syntyneet tässä valtiossa sijainneessa kiinteässä toimipaikassa?

2) Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi, onko SEUT 49 ja SEUT 54 artiklalla vaikutusta siihen, tuleeko vähennettävän tappion määrä laskea vastaanottavan yhtiön asuinpaikkavaltion verolainsäädännön mukaan vai pidetäänkö vähennettävinä tappioina sulautuvan yhtiön asuinpaikkavaltion lain mukaan siellä vahvistettuja tappioita?”

## IV Oikeudellinen arviointi

21. Ennakkoratkaisukysymykset esitetään – hyväksyttävällä tavalla [5] – liittyen pääasiaan, joka koskee vielä toteutumattoman tilanteen veroseurauksia. Tämän vuoksi vastaan niihin tällä hetkellä voimassa olevan unionin oikeuden perusteella.

### A *Ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys: tappiontasauksen siirtäminen*

22. Kansallisen tuomioistuimen ensimmäinen ennakkoratkaisukysymys koskee sitä, onko unionin oikeuden vastaisena pidettävä kansallista säännöstä, joka sallii vastaanottavan yhtiön sulautumisen tapauksessa siirtävän yhtiön tappiontasauksen käytön mutta joka sulkee pois tämän mahdollisuuden sellaisen toiminnan tappioiden osalta, joka ei kuulu Suomen verotuksen piiriin (ulkomainen tappiontasaus).

23. Antaakseni kansalliselle tuomioistuimelle hyödyllisen vastauksen sovellettavan unionin oikeuden osalta [6] en rajoita tarkasteluani SEUT 49 ja SEUT 54 artiklassa määrättyyn sijoittautumisvapauteen. Unionin oikeuteen nimittäin sisältyy yhtiöiden rajat ylittävien sulautumisten veroseurausten osalta oma oikeussääntö: yritysjärjestelydirektiivi. Aloitan tarkasteluni tästä erityisestä oikeussäännöstä.

#### 1. Yritysjärjestelydirektiivin soveltaminen

24. Yritysjärjestelydirektiivin soveltamisala ulottuu 1 artiklan a kohdan mukaan sulautumisiin, jotka koskevat kahdessa tai useammassa jäsenvaltiossa olevia yhtiöitä. Yritysjärjestelydirektiivin 2 artiklan a kohdan iii alakohdan mukaan 100-prosenttisen tytäryhtiön siirtämisessä on kyse sulautumisesta. Suomessa asuva verovelvollinen suunnittelee sulauttavansa ruotsalaisen tytäryhtiönsä, jonka kaikki osuudet se omistaa. Kansallinen tuomioistuin on lisäksi todennut, että kumpikin yhtiö noudattaa yhtiömuotoa koskevia säännöksiä, joten myös yritysjärjestelydirektiivin 3 artiklan a kohdan edellytykset täyttyvät; mainitussa kohdassa, luettuna yhdessä liitteessä I olevan A osan kanssa, luetellaan muodot, joita on pidettävä direktiivissä tarkoitettuina ”jäsenvaltiossa sijaitsevina yhtiöinä”. Lisäksi esillä olevassa asiassa täyttynevät tämän säännöksen b ja c kohdan edellytykset verotuksellisen kotipaikan ja verovelvollisuuden osalta Suomen tuloverolain mukaisesti. Pääasian kaltaiseen tilanteeseen on siten sovellettava yritysjärjestelydirektiiviä.

25. Näin ollen on tarkasteltava sitä, mitä oikeudellisia vaikutuksia yritysjärjestelydirektiivissä säädetään rajat ylittävän tappioiden huomioon ottamisen osalta. Kansallinen tuomioistuin toteaa tältä osin, että yritysjärjestelydirektiiviin ei sisälly säännöksiä siitä, kuinka vastaanottavan yhtiön jäsenvaltion on käsiteltävä tappiot, jotka toinen jäsenvaltio on todennut siirtävän yhtiön tapauksessa. Asianosaiset ovat esittäneet samansuuntaisia näkemyksiä. Tähän näyttää liittyvän päätelmä, jonka mukaan yritysjärjestelydirektiivillä ei säännellä pääasian kaltaista asiaa ja että sen vuoksi sen perusteella ei myöskään voida arvioida, onko Suomen säädös unionin oikeuden perusteella hyväksyttävä.

26. Tätä näkemystä on tarpeen korjata. Kuten jo edellä totesin, pääasian kaltainen tilanne kuuluu yritysjärjestelydirektiivin soveltamisalaan. Tällä direktiivillä on johdanto-osan toisen, kolmannen ja neljännen perustelukappaleen mukaisesti tarkoitus sopia yhteisestä järjestelmästä, jolla sisämarkkinoiden edistämiseksi poistetaan rajat ylittävien sulautumisten epäedullinen verokohtelu kansallisiin sulautumisiin nähden. Johdanto-osan yhdeksännessä perustelukappaleessa tähän tavoitteeseen nimenomaisesti sisällytetään tappioiden huomioon ottaminen verotuksessa.

5 — Ks. asia C-200/98, X ja Y, tuomio 18.11.1999 (Kok., s. I-8261, 21 ja 22 kohta), joka koski tältä osin vastaavaa Ruotsin lainsäädäntöä.

6 — Ks. ennakkoratkaisupyynnön laajan tulkinnan mahdollisuuden osalta esim. asia 244/78, Union Laitière Normande, tuomio 12.7.1979 (Kok., s. 2663, 5 kohta) ja yhdistetyt asiat C-578/10–C-580/10, van Putten, tuomio 26.4.2012 (23 kohta).

27. Tämän mukaisesti direktiivin 6 artiklaan sisältyy myös säännös, joka koskee siirtävän yhtiön verotuksessa vielä huomioimattomien tappioiden siirtämistä vastaanottavan yhtiön toimesta. Sen mukaan vastaanottava yhtiö voi siirtää toisessa jäsenvaltiossa asuvan siirtävän yhtiön tappiot tässä jäsenvaltiossa sijaitsevaan kiinteään toimipaikkaan, mikäli tällainen siirto on mahdollinen myös tämän jäsenvaltion yhtiöiden välillä.

28. Yritysjärjestelydirektiivin 6 artiklassa siis säädetään siirtävän yhtiön tappiontasauksen huomioon ottamisesta ainoastaan siirtävän yhtiön jäsenvaltiossa, ei vastaanottavan yhtiön jäsenvaltiossa. Tämän säännöksen mukaan pääasian verovelvollisella oli Ruotsin verosäädösten edellytysten mukaan oikeus käyttää ruotsalaisen tytäryhtiönsä tappiontasaus sulautumisen jälkeen Ruotsissa sijaitsevassa kiinteässä toimipaikassa Ruotsin verotusmenettelyssä. Tämä Ruotsissa olemassa oleva oikeus on kuitenkin ilmeisesti verovelvollisen kannalta merkityksetön, koska sillä ei kansallisen tuomioistuimen antamien tietojen mukaan ole sulautumisen jälkeen kiinteää toimipaikkaa Ruotsissa. Sillä ei nimittäin tällä hetkellä ole tällaista kiinteää toimipaikkaa Ruotsissa eikä se voi saada siirtävän yhtiön kiinteää toimipaikkaa, koska tämä on lopettanut liiketoimintansa Ruotsissa.

29. On kuitenkin todettava, että yritysjärjestelydirektiivillä säännellään pääasian kaltaista asiaa. Siinä ei vain säädetä verovelvollisen toivomasta oikeudellisesta vaikutuksesta eli Ruotsin tappiontasauksen käytöstä Suomen verotuksessa. Yritysjärjestelydirektiivin mukaan Ruotsin tappiontasausta on mahdollista käyttää ainoastaan Ruotsin verotuksessa. Vastaanottavan yhtiön jäsenvaltiolla ei yritysjärjestelydirektiivin mukaan siis ole velvollisuutta ottaa huomioon siirtävän yhtiön toisesta jäsenvaltiosta peräisin olevaa tappiontasausta.

2. Sijoittautumisvapauden loukkaus

30. Tämän tiedon perusteella ei ole kuitenkaan vielä todettu, onko unionin oikeuden vastaisena pidettävä kansallista säännöstä, jossa suljetaan pois ulkomaisten tappiontasausten siirtämisen mahdollisuus. Tämän mahdollisuuden poissulkeminen voisi nimittäin olla vastoin SEUT 49 ja SEUT 54 artiklalla myönnettyä vastaanottavan yhtiön sijoittautumisvapautta.

31. Tällöin unionin lainsäätäjä ei olisi tehnyt kaikkea perustamissopimuksessa edellytettyä antaessaan yritysjärjestelydirektiivin, jotta sisämarkkinoiden toiminta olisi varmistettu poistamalla rajat ylittävien sulautumisten verohaitat. Unionin lainsäätäjä ilmaisi jo yritysjärjestelydirektiivin johdanto-osan 14 perustelukappaleessa, että se ainakin ottaa tämän mahdollisuuden huomioon. Siinä kehotetaan jäsenvaltioita toteuttamaan yksipuolisesti tarvittavia toimenpiteitä sisämarkkinoiden toimintaa haittaavien tekijöiden poistamiseksi.

32. Jäljempänä on siis selvitettävä, onko Suomen verolainsäädännössä säädetty sulautumistapauksia koskeva ulkomaisten tappiontasausten siirtämisen kielto vastoin sijoittautumisvapautta.

a) Sijoittautumisvapauden rajoittaminen

33. SEUT 49 ja SEUT 54 artiklan mukaan kiellettyjä ovat rajoitukset, jotka koskevat yhden jäsenvaltion oikeussääntöjen mukaan perustettujen yhtiöiden vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle.

34. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sijoittautumisvapauden rajoituksina on pidettävä kaikkia toimia, joilla kielletään kyseisen vapauden käyttäminen, haitataan sitä tai tehdään se vähemmän houkuttelevaksi.[7] Vaikka sijoittautumisvapautta koskevien perustamissopimuksen määräysten tarkoituksena niiden sanamuodon mukaan on varmistaa se, että muista jäsenvaltioista tulevia

7 — Ks. esim. asia C-439/99, komissio v. Italia, tuomio 15.1.2002 (Kok., s. I-305, 22 kohta) ja asia C-371/10, National Grid Indus, tuomio 29.11.2011 (Kok., s. I-12273, 36 kohta).

kohdellaan vastaanottavassa jäsenvaltiossa samalla tavalla kuin sen omia kansalaisia, niiden vastaista on vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan myös se, että lähtöjäsenvaltio estää oman lainsäädäntönsä mukaisesti perustettua yhtiötä sijoittautumasta toiseen jäsenvaltioon. [8] Unionin tuomioistuin pitää tällaisena estämisenä sitä, jos lähtövaltio kohtelee tätä yhtiötä eri tavalla kuin pelkästään kotimaassa toimivia yhtiöitä ja jos tämä erilainen kohtelu vaikuttaa ennaltaehkäisevästi tämän yhtiön haluun käyttää sijoittautumisoikeuttaan toisessa jäsenvaltiossa. [9]

35. Kansallisen tuomioistuimen esittämien seikkojen mukaan Suomen tuloverolain 119 ja 123 §:ssä suljetaan pois sellaisten tappioiden siirtämisen mahdollisuus, jotka ovat peräisin toiminnasta, joka ei kuulu Suomen verotuksen piiriin. Tytäryhtiö voi käyttää kotimaisen tytäryhtiön tappiontasauksen verotuksessa Suomessa tapahtuvan sulautumisen tapauksessa, mutta tämä ei ole mahdollista silloin, kun kyseessä on ulkomaisen tytäryhtiön toisessa jäsenvaltiossa harjoitettavaa toimintaa koskeva tappiontasaus. Suomalainen yhtiö voisi jättää perustamatta tai hankkimatta tytäryhtiön toisessa jäsenvaltiossa, koska siltä puuttuisi tämä mahdollisuus käyttää Suomen verotuksessa tappiot, jotka syntyvät toisessa jäsenvaltiossa harjoitetusta toiminnasta. Suomen verosäännös voi estää suomalaisia yhtiöitä harjoittamasta ansiotoimintaa muissa jäsenvaltioissa tytäryhtiön kautta. Suomen verosäännös siis rajoittaa sijoittautumisvapautta.

36. Tästä toteamuksesta on erotettava kysymys siitä, voiko verovelvollinen pääasian kaltaisessa asiassa nojautua sijoittautumisoikeuteensa. Erityisesti Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus on esittänyt, että esillä olevassa asiassa ei ruotsalaisen tytäryhtiön liiketoiminnan lopettamisen perusteella ole kyse sijoittautumisoikeuden käyttämisestä, pikemminkin päinvastoin. Vastaus tähän kysymykseen on merkityksellinen vain, jos Suomen verosäännöksen katsotaan loukkaavan sijoittautumisvapautta. Minusta on kuitenkin lähtökohtaisesti selvää, että rajoitukset, jotka johtuvat sulautumisen abstrakteista oikeudellisista verovaikutuksista, jotka jo sinänsä estävät rajat ylittävän toiminnan aloittamisen, voidaan estää vasta sulautumishetkellä. Tuolloin verovelvollinen on jo käyttänyt sijoittautumisvapautta huolimatta olemassa olevasta rajoituksesta. Jotta käytetty sijoittautumisvapaus voi saada täyden oikeusvaikutuksensa, verovelvollinen voi myös vastustaa rajoituksen konkreettista soveltamista. Verovelvollinen voi tämän vuoksi myös esillä olevassa asiassa nojautua sijoittautumisvapautensa käyttöön.

37. Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus on kuitenkin huomauttanut osuvasti, että sijoittautumisvapauden rajoitusta ei voida hyväksyä tapauksissa, joissa Suomen lainsäädäntö ei tappiontasausten siirtämisen osalta erottele kotimaisia ja ulkomaisia tappiontasauksia. Näin on kansallisen tuomioistuimen mukaan asianlaita silloin, jos tappiontasauksen siirtäminen on sulautumisen ainoa peruste. Suomen lainsäädäntö kieltää tässä tapauksessa siirtämisen kaikilta yhtiöiltä. Erilaisen kohtelun puuttuessa olisi pois suljettu se mahdollisuus, että sijoittautumisvapautta rajoitetaan ja että kansallinen säännös voisi siten olla ristiriidassa SEUT 49 ja SEUT 54 artiklan kanssa.

38. Sen toteaminen, onko pääasiassa kyse tällaisesta tapauksesta ja olisiko tämän vuoksi SEUT 49 ja SEUT 54 artiklan tulkinta sen kannalta merkityksetön, on kansallisen tuomioistuimen tehtävä. Ennakkoratkaisukysymyksiin vastaamiseksi katson tätä taustaa vasten kuitenkin, että kansallisen tuomioistuimen kysymys sijoittautumisvapauden tulkinnasta rajoittuu tapauksiin, joissa tappiontasauksen siirtäminen ei ole sulautumisen ainoa peruste.

8 — Ks. esim. asia 81/87, Daily Mail and General Trust, tuomio 27.9.1988 (Kok., s. 5483, Kok. Ep. IX, s. 713, 16 kohta) ja edellä alaviitteessä 7 mainittu asia National Grid Indus, tuomion 35 kohta.

9 — Ks. esim. asia C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, tuomio 11.3.2004 (Kok., s. I-2409, 46 kohta) ja edellä alaviitteessä 7 mainittu asia National Grid Indus, tuomion 37 kohta.

39. Tämän vuoksi esillä olevassa asiassa ei ole myöskään tarpeen tarkastella verovelvollisen mahdollisen sääntöjenvastaisen toiminnan merkitystä koskevia muita huomautuksia, joita useat asianosaiset ovat esittäneet. Pelkästään se, että taloudellisiin syihin perustuvan sulautumispäätöksen seurauksena on siirtävän yhtiön tappiontasauksen siirtäminen, ei voi olla perusteluna sääntöjenvastaisuutta koskevalle väitteelle, jos Suomen lainsäädännössä nimenomaisesti säädetään näin sulautumisten tapauksessa kotimaisten tappiontasausten osalta.

40. Erilaisen kohtelun toteamiseen liittyen unionin tuomioistuin tutkii sijoittautumisvapauden rajoituksen yhteydessä osittain myös tilanteiden objektiivisen rinnastettavuuden.[10] Minusta vaikuttaa kuitenkin yhä epäselvemmältä, minkä sisällön unionin tuomioistuin yhdistää tähän edellytykseen tapauksissa, joissa – esillä olevan asian tavoin – on tutkittava lähtövaltion asettama sijoittautumisoikeuden rajoitus ja siten jäsenvaltiossa asuvien tilanteen rinnastettavuus. Jos unionin tuomioistuin pitää esillä olevassa asiassa riittävänä, että kummassakin tapauksessa jäsenvaltiossa asuvat verovelvolliset haluavat käyttää verosäännöksen suomaa etua,[11] tämän edellytyksen tutkiminen on vain muodollisuus, koska se täyttyy joka tapauksessa, myös esillä olevassa asiassa. Tämä pätee silloinkin, kun unionin tuomioistuin toteaa tilanteiden objektiivisen rinnastettavuuden ilman perusteluja.[12]

41. Tätä taustaa vasten minusta on järkevää noudattaa eräiden unionin tuomioistuimen tuomioiden esimerkkiä ja luopua tilanteiden objektiivisen rinnastettavuuden tutkimisesta todettaessa lähtövaltion asettama sijoittautumisvapauden rajoitus.[13] Tätä puoltaa sekin, että tilanteiden objektiivisen rinnastettavuuden tutkiminen ei mielestäni voi olla tyhjentävä, jos ei tarkastella erilaisen kohtelun perustetta. Tässä on kuitenkin kyse rajoituksen perustelusta, jota tarkastelen seuraavassa osassa.

42. Välipäätelmänä on siis aluksi todettava, että kansallinen säännös, joka sulautumisen tapauksessa periaatteessa sallii vastaanottavan yhtiön käyttää siirtävän yhtiön tappiontasauksen mutta joka sulkee pois tämän mahdollisuuden sellaisen toisessa jäsenvaltiossa harjoitetun toiminnan tappioiden osalta, joka ei kuulu kansallisen verotuksen piiriin, rajoittaa sijoittautumisvapautta.

b) Perustelut

43. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sijoittautumisvapauden rajoitus on sallittu, jos sitä voidaan pitää perusteltuna yleistä etua koskevista pakottavista syistä.[14] Verotusvallan jakautumisen säilyttäminen jäsenvaltioiden välillä on vakiintuneessa oikeuskäytännössä tunnustettu oikeuttamisperuste.[15] Sen mukaisesti jäsenvaltiot voivat toteuttaa toimenpiteitä varmistaakseen verotusvaltansa käytön.[16] Tämä voi johtaa siihen, että johonkin näistä valtioista sijoittautuneiden yhtiöiden taloudelliseen toimintaan on tarpeen soveltaa pelkästään kyseisen valtion verosääntöjä niin voittojen kuin tappioidenkin osalta.[17]

10 — Ks. esim. asia C-337/08, X Holding, tuomio 25.2.2010 (Kok., s. I-1215, 20–24 kohta) ja edellä alaviitteessä 7 mainittu asia National Grid Indus, tuomion 38 kohta.

11 — Ks. edellä alaviitteessä 10 mainittu asia X Holding, tuomion 24 kohta.

12 — Ks. edellä alaviitteessä 7 mainittu asia National Grid Indus, tuomion 38 kohta.

13 — Ks. esim. asia C-414/06, Lidl Belgium, tuomio 15.5.2008 (Kok., s. I-3601, 18–25 kohta) ja asia C-157/07, tuomio 23.10.2008, Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (Kok., s. I-8061, 27–39 kohta).

14 — Ks. esim. asia C-231/05, Oy AA, tuomio 18.7.2007 (Kok., s. I-6373, 44 kohta) ja asia C-9/11, Waypoint Aviation, tuomio 13.10.2011 (Kok., s. I-9697, 27 kohta).

15 — Ks. esim. edellä alaviitteessä 2 mainittu asia Marks & Spencer, tuomion 45 kohta ja edellä alaviitteessä 7 mainittu asia National Grid Indus, tuomion 45 kohta.

16 — Ks. esim. asia C-196/04, Cadbury Schweppes ja Cadbury Schweppes Overseas, (Kok., s. I-7995, 56 kohta) ja edellä alaviitteessä 7 mainittu asia National Grid Indus, tuomion 46 kohta.

17 — Edellä alaviitteessä 10 mainittu asia X Holding, tuomion 28 kohta.

44. Kuten esitin asiassa Philips Electronics esittämässäni ratkaisuehdotuksessa, jäsenvaltion verotusvaltaan voidaan vaikuttaa haitallisesti ainoastaan ottamalla huomioon tappiot, jotka ovat syntyneet toisen jäsenvaltion yksinomaisen verotusvallan piirissä.[18] Tappiot, joiden huomioon ottamisesta esillä olevassa asiassa on kyse, ovat syntyneet ruotsalaisen yhtiön Ruotsissa harjoittaman toiminnan perusteella. Tämä toiminta kuuluu esillä olevaan asiaan sovellettavan kaksinkertaista verotusta koskevan sopimuksen 7 artiklan 1 kohdan mukaisesti Ruotsin kuningaskunnan yksinomaisen verotusvallan piiriin. Näiden tappioiden huomioon ottaminen haittaisi siis Suomen verotusvaltaa. Suomen tasavalta ottaisi huomioon tappiot toiminnasta, jota se ei voi verottaa. Tämän vuoksi Suomen tasavallalla on periaatteessa oikeus kieltäytyä verovelvollisen pyynnöstä ottaa huomioon ruotsalaisen tytäryhtiön tappiot.

45. Tämän ennakkoratkaisupyynnön kannalta ratkaiseva kysymys on kuitenkin se, päteekö tämä myös sellaisen sulautumisen tapauksessa, jonka myötä siirtävä yhtiö menettää oikeudellisen olemassaolonsa ja siten mahdollisuuden käyttää tappiontasaustaan Ruotsin verotuksessa.

i) Suomen säännöksen tarpeellisuus

46. Suomen säännös saattaa mennä pidemmälle kuin on tarpeen verotusvallan jakautumisen säilyttämiseksi jäsenvaltioiden välillä. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan rajoittavalla toimenpiteellä ei saa ylittää sitä, mikä on tarpeen sen tavoitteen saavuttamiseksi.[19]

– Marks & Spencer -poikkeuksen sovellettavuus

47. Asiassa Marks & Spencer antamassaan tuomiossa unionin tuomioistuin poikkeuksellisesti hyväksyi tarpeellisuuden osalta ja tarkasteltuaan vähemmän rajoittavia toimenpiteitä sijoittautumisvapauden loukkauksen silloin, kun toisessa jäsenvaltiossa asuva tytäryhtiö on käyttänyt täysimääräisesti hyväkseen sen asuinpaikkavaltiossa myönnetyt mahdollisuudet tappioiden huomioon ottamiseen ja kun ei ole mahdollista ottaa sen tappioita huomioon siellä tulevaisuudessa.[20] Jäsenvaltiossa asuvalle emoyhtiölle on unionin tuomioistuimen mukaan tämän vuoksi myönnettävä mahdollisuus vähentää toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneelle tytäryhtiölle tässä toisessa jäsenvaltiossa syntyneitä tappioita, ”kun yhtäältä toisessa jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuva tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikki sen asuinpaikkavaltiossa olemassa olevat tappioiden huomioon ottamista koskevat mahdollisuudet tappiontasausta koskevassa hakemuksessa tarkoitetun verovuoden ja aikaisempien verovuosien osalta ja kun toisaalta ei ole olemassa mahdollisuutta siihen, että joko ulkomainen tytäryhtiö itse tai kolmas etenkin siinä tapauksessa, että tytäryhtiö on myyty sille, voi ottaa nämä tappiot huomioon sen asuinpaikkavaltiossa tulevien verovuosien aikana”.[21]

48. Mielestäni tämä poikkeus on ymmärrettävä ainoastaan asiassa Marks & Spencer annetussa tuomiossa tarkasteltujen oikeuttamisperusteiden valossa. Mainitussa tuomiossa unionin tuomioistuimen perustelujen lähtökohtana ei ollut ainoastaan verotusvallan jakautumisen säilyttäminen jäsenvaltioiden välillä vaan muun muassa myös jäsenvaltioiden oikeus estää tappioiden käyttö kahteen kertaan.[22] Tappioiden käyttämistä kahteen kertaan ei kuitenkaan ole syytä pelätä enää silloin, kun ulkomaisen tytäryhtiön tappioita ei voida ottaa huomioon sen asuinpaikkavaltiossa. Kansallinen säännös, joka myös tällaisessa tapauksessa kieltää emoyhtiötä käyttämästä tappiota, menee tämän vuoksi pidemmälle kuin tappioiden kaksinkertaisen käytön estämiseksi on tarpeen.

18 — Ks. asia C-18/11, Philips Electronics, ratkaisuehdotus 19.4.2012 (50 ja 51 kohta, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

19 — Ks. esim. asia C-436/00, X ja Y, tuomio 21.11.2002 (Kok., s. I-10829, 49 kohta); edellä alaviitteessä 2 mainittu asia Marks & Spencer, tuomion 53 kohta ja edellä alaviitteessä 14 mainittu asia Waypoint Aviation, tuomion 27 kohta.

20 — Ks. edellä alaviitteessä 2 mainittu asia Marks & Spencer, tuomion 54 ja 55 kohta.

21 — Edellä alaviitteessä 2 mainittu asia Marks & Spencer, tuomion 59 kohta.

22 — Ks. edellä alaviitteessä 2 mainittu asia Marks & Spencer, tuomion 47 ja 48 kohta.

49. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö on kuitenkin kehittynyt asiassa Marks & Spencer annetun tuomion jälkeen. Kuten totesin jo asiassa Philips Electronics antamassani ratkaisuehdotuksessa, myöhemmin kehitellyn oikeuskäytännön mukaan oikeuttamisen kannalta ratkaisevaa on viime kädessä vain se, että kansallisella säännöksellä pyritään säilyttämään verotusvallan jakautuminen.[23] Tappioiden kaksinkertaisen käytön estämistä koskevalla tavoitteella ei sitä vastoin ole itsenäistä merkitystä.[24]

50. Unionin tuomioistuimen asiassa Marks & Spencer antamassa tuomiossa kehittelemä poikkeus ei kuitenkaan enää sovellu verotusvallan jakautumisen säilyttämistä koskevaan oikeuttamisperusteeseen, jonka itsenäisyys on tunnustettu oikeuskäytännössä.[25] Jäsenvaltioiden välisen verotusvallan jakautumisen säilyttämisen kannalta on nimittäin merkityksetöntä, onko mahdollista ottaa tappiot huomioon jäsenvaltiossa, jolla on tiettyä toimintaa koskeva verotusvalta. Ratkaisevaa on ainoastaan se, mihin toimintaan ja siten mihin verotusvaltaan tappion katsotaan kuuluvan.

51. Jos lähtökohtana käytetään jäsenvaltioiden verotusvallan jakautumista koskevaa oikeuttamisperustetta, kansallisen säännöksen tarpeellisuuden arvioimiseksi avautuu aivan toisenlainen näkökulma. Tämän oikeuttamisperusteen osalta ei nimittäin ole kyse vähemmän rajoittavasta toimenpiteestä, jos jäsenvaltion, jolla ei ole verotusvaltaa, on otettava huomioon toisen jäsenvaltion verotusvallan piirissä syntyneet tappiot siinä tapauksessa, että tällaista mahdollisuutta ei enää ole mainitussa toisessa jäsenvaltiossa. Tällöin verotusvallan jakautumisen säilyttämistä koskevaa tavoitetta ei nimittäin enää saavuteta.

52. Asiassa Marks & Spencer annetussa tuomiossa aluksi rinnakkain käytettyjen oikeuttamisperusteiden merkityksen kehitys on tämän vuoksi myös muuttanut mainitussa tuomiossa kehitellyn poikkeuksen soveltamisalaa. Tätä poikkeusta voidaan käyttää kansallisen säännöksen tarpeellisuuden tutkimiseksi enää silloin, kun tappioiden kaksinkertaisen käytön estäminen tunnustetaan itsenäisenä oikeuttamisperusteena. Jos perusteluna sitä vastoin käytetään ainoastaan verotusvallan jakautumista jäsenvaltioiden välillä, Marks & Spencer -poikkeusta ei voida enää käyttää myöhemmin kehitellyn oikeuskäytännön perusteella.

53. Tämän näkemyksen mukaisesti unionin tuomioistuin perusteli myös uusimman tuomionsa rajat ylittävästä tappioiden huomioon ottamisesta. Asiassa X Holding antamassaan tuomiossa se käytti perusteluna ainoastaan verotusvallan jakautumisen säilyttämistä mutta ei johdonmukaisesti enää maininnut asiassa Marks & Spencer annetussa tuomiossa laadittua poikkeusta, vaikka tarkastelikin perusteellisesti kansallisen säännöksen tarpeellisuutta.[26]

54. Näin ollen sijoittautumisvapauden rajoittaminen kieltämällä ulkomaisten tappiontasausten siirtäminen on välttämätöntä verotusvallan jakautumisen säilyttämistä koskevan tavoitteen kannalta, mutta merkityksellistä ei ole se, onko ruotsalaisella tytäryhtiöllä vielä mahdollisuus ottaa tappiontasauksensa huomioon asuinpaikkavaltiossaan.

– Marks & Spencer -poikkeuksen soveltaminen

55. Siinäkin tapauksessa, että tätä kysymystä pidettäisiin edelleen merkityksellisenä, on todettava, että esillä olevan kaltaisen sulautumisen tapauksessa asiassa Marks & Spencer annetussa tuomiossa laaditut edellytykset, jotka koskevat poikkeuksellista toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön tappioiden huomioon ottamista, eivät täyty.

23 — Ks. edellä alaviitteessä 18 mainittu asia Philips Electronics, ratkaisuehdotuksen 40–42 kohta.

24 — Ks. edellä alaviitteessä 18 mainittu asia Philips Electronics, ratkaisuehdotuksen 58 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

25 — Ks. edellä alaviitteessä 10 mainittu asia X Holding, tuomion 28–33 kohta ja edellä alaviitteessä 7 mainittu asia National Grid Indus, tuomion 45–49 kohta; ks. tältä osin myös asia C-470/04, N, tuomio 7.9.2006 (Kok., s. I-7409, 42 kohta).

26 — Ks. edellä alaviitteessä 10 mainittu asia X Holding, tuomion 27 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

56. Unionin tuomioistuin halusi asiassa Marks & Spencer antamassaan tuomiossa selvästikin hyväksyä poikkeuksen ainoastaan ultima ratio. Tämä käy ilmi myös siitä, että unionin tuomioistuin piti mahdollisena muitakin vähemmän rajoittavia toimenpiteitä mutta jätti niiden sääntelyn nimenomaisesti unionin lainsäätäjälle.[27] Tästä syystä poikkeus on muotoiltu erittäin rajoittavasti. Mainitun tuomion mukaisesti ei saa olla olemassa mahdollisuutta siihen, että joko ulkomainen tytäryhtiö itse tai kolmas voi ottaa kyseisen tytäryhtiön tappiot huomioon sen asuinpaikkavaltiossa aikaisempien tai tulevien verovuosien aikana.[28]

57. Esillä olevan sulautumisen tapauksessa on todettava, että menettäessään oikeudellisen olemassaolonsa tytäryhtiö menettäisi kaikki mahdollisuudet tappioiden huomioon ottamiseen Ruotsin verotusmenettelyssä. Tämä olisi kuitenkin ainoastaan seurausta sulautumispäätöksestä. Sulautuminen sitä vastoin perustui tytäryhtiön vapaaseen päätökseen. Jos tappioiden huomioon ottamisen puuttuvan mahdollisuuden lähtökohdaksi otetaan ainoastaan sulautumispäätöksen vaikutukset, menettelyyn liittyvillä tytäryhtiön toimilla Ruotsin verotusmenettelyssä – esimerkiksi tietoisesti liian myöhään jätetyllä tappiontasausta koskevalla hakemuksella tai hakemuksesta luopumisella – voidaan perustella tappioiden käyttömahdollisuuden poissulkeminen Marks & Spencer -poikkeuksen mukaisesti.

58. Tätä taustaa vasten verovelvollinen siis luopuu itse mahdollisuudesta ottaa tappiot huomioon Ruotsin kuningaskunnassa, kun se päättää sulautua tytäryhtiönsä kanssa. Unionin tuomioistuin on kuitenkin korostanut useaan otteeseen, että verovelvollinen ei voi valita vapaasti, mitä verojärjestelmää sen tytäryhtiöiden tappioihin sovelletaan ja missä tappiot otetaan huomioon.[29] Kuten Suomen hallitus on esittänyt perustellusti, esillä olevassa asiassa tällainen valinnanvapaus olisi kuitenkin olemassa, jos ruotsalaisen tytäryhtiön tappiot on sulautumisen jälkeen otettava huomioon myös Suomen verotuksessa.

59. Lisäksi verovelvollinen ei mielestäni voi myöskään hyväksyttävästi väittää, että jo ennen sulautumista on mahdotonta käyttää Ruotsin tappiontasausta, koska ruotsalainen tytäryhtiö on luopunut liiketoiminnasta. Sillä on nimittäin sitä vastoin edelleen mahdollisuus käyttää Ruotsin tappiontasauksia liiketoiminnan uudelleen aloittamisen ja siitä syntyvien voittojen perusteella. Jos esillä olevassa asiassa taasen ratkaisevana pidetään sitä, että verovelvollinen luopuu liiketoiminnasta, tämä merkitsisi puolestaan valinnan mahdollisuutta, jota verovelvollisella ei ole, kuten edellä kuvattu unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö osoittaa. Ei nimittäin ole yleensä mahdollista todeta objektiivisesti, onko liiketoiminnasta luopuminen taloudellisesti välttämätöntä, koska sen jatkaminen ei voi enää tuottaa voittoa.

60. Lisäksi verovelvollinen on unionin tuomioistuimessa käytävässä oikeudenkäynnissä itse esittänyt, että tietyin edellytyksin sen ruotsalaisen tytäryhtiön tappiot voidaan siirtää myös sen jollekin toiselle ruotsalaiselle tytäryhtiölle. Kansallisen tuomioistuimen on tarvittaessa selvitettävä, missä määrin kyseessä on tosiasiallinen mahdollisuus ottaa tappiot huomioon Ruotsissa. Tällaista mahdollisuutta ei kuitenkaan voida sulkea pois siksi, että tappioiden siirtämisen edellytykset Ruotsin lainsäädännön mukaan ovat epäedullisempia kuin Suomen lainsäädännön mukaan. Unionin tuomioistuin on nimittäin todennut ulkomaisen kiinteän toimipaikan tappioiden huomioon ottamisen yhteydessä, että valtiolla ei oman verolainsäädäntönsä osalta voi olla velvollisuutta ottaa huomioon toisen valtion säännöksen erityispiirteiden mahdollisesti epäedulliset vaikutukset.[30]

27 — Ks. edellä alaviitteessä 2 mainittu asia Marks & Spencer, tuomion 58 kohta.

28 — Ks. edellä alaviitteessä 2 mainittu asia Marks & Spencer, tuomion 55 kohta.

29 — Ks. edellä alaviitteessä 10 mainittu asia X Holding, tuomion 29–32 kohta; ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 14 mainittu asia Oy AA, tuomion 64 ja 65 kohta.

30 — Ks. edellä alaviitteessä 13 mainittu asia Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, tuomion 49 kohta.

ii) Suomen säännöksen oikeasuhteisuus

61. Sen toteamisesta, onko Suomen säännös tarpeellinen verotusvallan jakautumisen säilyttämiseksi jäsenvaltioiden välillä, on erotettava kysymys siitä, ovatko sijoittautumisvapauden yhteydessä aiheutetut haitat oikeassa suhteessa asetettuun tavoitteeseen nähden (suhteellisuus suppeassa merkityksessä). [31]

62. Tämä voi olla kyseenalaista, sillä tähänastisen tarkastelun mukaan vastaanottava yhtiö ei voi koskaan käyttää ulkomaista tappiontasausta Suomen verotusmenettelyssä. Jäljelle ei jää mitään tapauksia, joissa tällainen toisen verotusvallan tappiontasausten siirtäminen olisi poikkeuksellisesti mahdollinen sulautumisen yhteydessä.

63. Sijoittautumisvapauden rajoitus ei kuitenkaan aluksi vaikuta esillä olevassa asiassa erityisen vakavalta. Näin ollen verovelvollisen on tietyissä tapauksissa kannettava taloudellinen vastuu verotuksellisesta tappiosta. Tällainen toimintatapa ei ole jäsenvaltioiden verojärjestelmissä mitenkään epätavallinen ja voi johtua yksinkertaisesti tappiontasauksen määräaikojen päättymisestä. Lisäksi Suomen säännös koskee vain harvoja yhtiöitä, nimittäin sellaisia, joissa tappioiden käyttäminen ei ole ainoa sulautumisen peruste, vaikka niillä ei sulautumisen jälkeen ole kiinteää toimipaikkaa toisessa jäsenvaltiossa, minkä vuoksi tappioiden käyttäminen ei yritysjärjestelydirektiivin 6 artiklan mukaan ole mahdollista.

64. Viimeksi mainittua näkökohtaa vastaan voi esittää väitteen, että siten myöskään jäsenvaltioiden väliseen verotusvallan jakautumiseen kohdistuva haitta ei ole merkityksellinen. Tältä osin on kuitenkin syytä huomata, että unionin lainsäätäjä on tämän verotusvallan jakautumisen osalta tehnyt yritysjärjestelydirektiivissä jo tiettyjä perusluonteisia päätöksiä, joita mielestäni on noudatettava.

65. Yritysjärjestelydirektiivin johdanto-osan neljännessä perustelukappaleessa unionin lainsäätäjä on ensinnäkin ilmaissut selkeästi, että kilpailun vääristymien välttämiseksi se pitää unionin yhteistä verojärjestelmää parempana kuin jäsenvaltioissa voimassa olevien kansallisten järjestelmien laajentamista. Tällainen Suomen verojärjestelmän laajentaminen merkitsisi kuitenkin ulkomaisten tappiontasausten siirtämistä sulautumistapauksessa. Tällöin kaikki unionin alueella asuvat suomalaisten emoyhtiöiden tytäryhtiöt tulisivat tappioiden käyttämistä koskevien Suomen säännösten piiriin sulautumistapauksessa. Suomen ulkopuolella tämä johtaisi kuitenkin kilpailun vääristymiin, sillä kaikki jäsenvaltiot eivät ole säätäneet tappioiden siirtämisestä Suomen verolainsäädännön tavoin. [32] Tämän vuoksi esimerkiksi Ruotsissa asuvia tytäryhtiöitä kohdeltaisiin eri tavalla tappiontasauksen siirtämisen osalta sulautumisen yhteydessä sen jäsenvaltion verojärjestelmän mukaan, jossa tytäryhtiö asuu.

66. Tästä syystä yritysjärjestelydirektiivin 6 artiklassa säädetään koko unionin laajuisesti yhtenäisesti tappiontasauksen käyttämisestä siinä jäsenvaltiossa, jossa siirtävä yhtiö asui. Unionin lainsäätäjä on siis sulautumisen yhteydessä valinnut tietoisesti tappioiden huomioon ottamisen siirtävän yhtiön jäsenvaltiossa. Jos tämän periaatteellisen mahdollisuuden edellytykset eivät kuitenkaan täyty tietyssä yksittäistapauksessa, sen asemesta säädetty tappioiden huomioon ottaminen vastaanottavan yhtiön jäsenvaltiossa sekä tekisi tyhjäksi unionin lainsäätäjän perusluonteisen ratkaisun että asettaisi yritysjärjestelydirektiivin 6 artiklassa säädettyjen edellytysten voimassaolon kyseenalaiseksi. [33]

31 — Ks. tältä osin julkisasiamies Trstenjakin asiassa C-10/10, komissio v. Itävalta, 8.3.2011 esittämä ratkaisuehdotus (Kok., s. I-5389, 67 kohta) ja asiassa C-231/05, Oy AA, 12.9.2006 esittämäni ratkaisuehdotus (Kok., s. I-6373, 32 ja 66 kohta); ks. myös yhdistetyt asiat C-379/08 ja C-380/08, ERG ym., tuomio 9.3.2010 (Kok., s. I-2007, 86 kohta).

32 — Ks. myös komission 24.1.1991 tekemä ehdotus neuvoston direktiiviksi järjestelmästä, jolla yritykset ottavat huomioon muissa jäsenvaltioissa sijaitsevien kiinteiden toimipaikkojen ja tytäryhtiöiden tappiot, KOM(90) 595 lopullinen, perustelujen 12 kohta.

33 — Ks. edellytysten lopullisen sitovuuden osalta asia C-285/07, A.T., tuomio 11.12.2008 (Kok., s. I-9329, 27 kohta), joka koskee yritysjärjestelydirektiivin 8 artiklaa.

67. Lisäksi minusta vaikuttaa oikeusvarmuuden kannalta hyvältä, että esillä olevassa asiassa pääpaino asetetaan jäsenvaltioiden verotusvallan selkeään rajaamiseen. Yksityiskohtainen eriyttäminen, jollainen toteutettiin esimerkiksi asiassa Marks & Spencer annetussa tuomiossa, ei edistä sijoittautumisvapautta, jos se tosiasiallisesti johtaa oikeudelliseen epävarmuuteen ja ristiriitoihin. Verovelvollinen on tältä osin esittänyt istunnossa vakuuttavasti, kuinka monitahoisia ovat vero- ja yhtiöoikeudelliset kysymykset, joita tällainen poikkeussäännös voi aiheuttaa. Se kuitenkin asetti unionin oikeuden yhtenäisen soveltamisen kyseenalaiseksi, jos näiden kysymysten selvittäminen jätetään komission ehdotuksen mukaisesti yksinomaan kansallisille tuomioistuimille.

68. Edellä esitetyn perusteella Suomen säädöksellä sijoittautumisvapauden osalta aiheutetut haitat ovat mielestäni oikeassa suhteessa tavoiteltuun jäsenvaltioiden väliseen verotusvallan jakautumiseen nähden.

### 3. Välipäätelmä

69. Näin ollen ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava, että yritysjärjestelydirektiivin ja SEUT 49 ja SEUT 54 artiklan vastaisena ei voida pitää kansallista säännöstä, jonka mukaan kotimainen vastaanottava yhtiö ei saa verotuksessaan vähentää siihen sulautuneen toisessa jäsenvaltiossa asuneen yhtiön siellä harjoitetun toiminnan tappioita silloin, kun kyseinen toiminta oli toisen jäsenvaltion yksinomaisen verotusvallan piirissä.

## B *Toinen ennakkoratkaisukysymys: tappioiden laskeminen*

70. Kansallisen tuomioistuimen toinen kysymys koskee sitä, onko mahdollisesti huomioon otettava ulkomainen tappiontasaus laskettava vastaanottavan vai siirtävän yhtiön asuinpaikkavaltion verolainsäädännön mukaan.

71. Ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen antamani vastauksen vuoksi toiseen ennakkoratkaisukysymykseen ei ole enää tarvetta vastata. Vastaanottavan yhtiön jäsenvaltiolla ei nimittäin ole unionin oikeuden perusteella velvollisuutta ottaa ulkomaista tappiontasausta huomioon.

72. Siltä varalta, että unionin tuomioistuin ei yhdy ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen antamaani vastausehdotukseen vaan katsoo sen sijaan, että vastaanottava yhtiö voi vähentää siirtävän yhtiön tappiot, on kuitenkin myös toiseen ennakkoratkaisukysymykseen vastattava.

73. Mielestäni toiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava siten, että huomioon otettavat tappiot on *periaatteessa* laskettava vastaanottavan yhtiön asuinpaikkavaltion verolainsäädännön mukaan. Kuten myös Ranskan hallitus on esittänyt, ainoastaan tällainen laskutapa johtaisi kansallisten ja rajat ylittävien tilanteiden yhdenvertaiseen kohteluun eli kotimaisen tytäryhtiön kanssa tapahtuvan sulautumisen ja ulkomaisen tytäryhtiön kanssa tapahtuvan sulautumisen yhdenvertaiseen kohteluun. Tällä yhdenvertaisella kohtelulla poistettaisiin sijoittautumisvapauden rajoitus, joka perustuu nimenomaan näiden kahden tilanteen erilaiseen kohteluun, kuten edellä esitin.[34]

74. Tätä taustaa vasten en voi yhtyä komission ja Suomen hallituksen esityksiin, joiden mukaan tappio voidaan ottaa huomioon enintään siirtävän yhtiön asuinpaikkavaltion – esillä olevassa asiassa siis Ruotsin kuningaskunnan – verolainsäädännön suuruisena. Tällöin kansallisen ja rajat ylittävän sulautumisen vero-oikeudellisten vaikutusten yhdenvertaista kohtelua ei nimenomaan olisi taattu. Sijoittautumisvapauden rajoitus olisi edelleen olemassa, koska tappioiden huomioon ottaminen olisi rajat ylittävien sulautumisten tapauksessa rajoitetumpaa kuin kansallisten sulautumisten tapauksessa.

34 — Ks. edellä 33 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

75. Periaatetta, jonka mukaan huomioon otettavat tappiot on laskettava vastaanottavan yhtiön asuinpaikkavaltion verolainsäädännön mukaan, voi kuitenkin olla tarpeen rajoittaa liiketaloudellisesta tuloksesta poikkeavan tappiolaskelman kulloisenkin syyn perusteella. Poikkeukset voivat koskea esimerkiksi vastaanottavan yhtiön asuinpaikkavaltion vero-oikeudellisia tukisäännöksiä, joiden seurauksena on suurempi tappio, esimerkiksi suuremmat poistot. Esillä olevassa asiassa ei voida sulkea pois sitä mahdollisuutta, että tällaisten säännösten soveltamisen rajoittaminen kotimaiseen toimintaan on sinänsä perusteltua. Tästä seuraisi, että tappioita ei tältä osin olisi tarpeen laskea vastaanottavan yhtiön asuinpaikkavaltion verolainsäädännön mukaisesti.

76. Koska ennakkoratkaisupyyntöön ei kuitenkaan sisälly mitään tietoa siitä, missä mahdolliset poikkeamat laskettaessa tappioita Suomen ja Ruotsin lainsäädännön mukaisesti ilmenevät tai minkä tappioiden laskemista koskevien säännösten soveltaminen on kyseenalaista, kansalliselle tuomioistuimelle ei tältä osin voida antaa lopullista vastausta.

## V Ratkaisuehdotus

77. Näillä perusteilla ehdotan kuitenkin, että unionin tuomioistuin vastaa korkeimman hallinto-oikeuden ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

Yritysjärjestelydirektiivin ja SEUT 49 ja SEUT 54 artiklan vastaisena ei voida pitää kansallista säännöstä, jonka mukaan kotimainen vastaanottava yhtiö ei saa verotuksessaan vähentää siihen sulautuneen toisessa jäsenvaltiossa asuneen yhtiön siellä harjoitetun toiminnan tappioita silloin, kun kyseinen toiminta oli toisen jäsenvaltion yksinomaisen verotusvallan piirissä.