JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

ELEANOR SHARPSTON

8 päivänä marraskuuta 2007 [1]

1. Nyt esillä olevassa asiassa Finanzgericht Hamburg (finanssiasioita käsittelevä tuomioistuin), Saksa, on kysynyt yhteisöjen tuomioistuimelta, onko sijoittautumisvapauden vastaista, että jäsenvaltio A käsittelee valuuttakurssitappiota, joka on seurausta sellaisen yhtiön, jonka kotipaikka on kyseisessä valtiossa, jäsenvaltiossa B, jossa on käytössä eri valuutta, olevalle kiinteälle toimipaikalle antaman alkupääoman kotiuttamisesta, osana toimipaikan voittoa ja jättää tämän tappion kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyn sopimuksen nojalla pois kyseisen yhtiön veron määräytymisperusteesta jäsenvaltiossa A, vaikka valuuttakurssitappio ei voi olla osa toimipaikan voittoa, joka lasketaan verotusta varten jäsenvaltiossa B, eikä sitä siten voida ottaa huomioon kummassakaan jäsenvaltiossa.

3. Saksan ja Italian välillä vuonna 1925 kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyn sopimuksen (jäljempänä vuoden 1925 verosopimus) nojalla tätä sääntöä on lievennetty siltä osin kuin kyse on ”tuloista, joita saadaan” saksalaisen yhtiön italialaisen toimipaikan [3] ”toiminnasta”. Vuoden 1925 verosopimuksen 3 artiklan 1 kappaleen mukaan tällaista tuloa verotetaan vain Italiassa.

Asiaa koskeva lainsäädäntö

2. Saksassa asuva yhtiö on lähtökohtaisesti verovelvollinen Saksassa maailmanlaajuisista tuloistaan. [2]

4. Saksan oikeuden mukaan verovelvollinen, joka on kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyssä sopimuksessa vapautettu maksamasta tuloveroa ”tuloista, jotka ovat peräisin kaupallisesta toiminnasta”, jota ulkomainen sivuliike harjoittaa, voi vähentää näihin tuloihin liittyvät tappiot,

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.

2 – Vuoden 1992 Körperschaftsteurgesetzin (yhteisöverolaki, jäljempänä KStG) 1 §:n 1 momentti.

3 – Yksinkertaisuuden vuoksi käytän ratkaisuehdotuksessa jatkossa termiä ”sivuliike” viitatessani tällaiseen kiinteään toimipaikkaan.

mikäli tappiot i) voitaisiin vähentää, jos tuloja ei olisi vapautettu tuloverosta, ja ii) ylittävät positiiviset tulot, jotka on vapautettava. [4]

5. Se, mitä on pidettävä tulona ja miten tulo on ilmoitettava, määräytyy EStG:n mukaisesti. [5] Kyseisessä laissa säädetään, että ”siltä osin kuin kulut ovat suorassa taloudellisessa yhteydessä verovapaisiin tuloihin, kuluja ei voida vähentää elinkeinomenoina eikä tulonhankkimismenoina.” [6]

Asian tausta

6. Tosiseikkojen mukaan, sellaisena kuin kansallinen tuomioistuin on ne esittänyt, kyseisessä tuomioistuimessa valittajana oleva eli Deutsche Shell GmbH (jäljempänä Deutsche Shell) on yhtiö, jonka kotipaikka ja liikkeen johto sijaitsevat Saksassa. Deutsche Shell perusti 1974 sivuliikkeen Italiaan. Kyseisen sivuliikkeen tulos kirjattiin Italian lainsäädännön mukaisesti Italian valuutassa olevaan kauppa- ja vero-oikeuden mukaisesti laadittuun taseeseen ja Deutsche Shellin osalta erilliseen saksalaiseen kauppa- ja vero-oikeuden mukaisesti laadittuun taseeseen.

7. Deutsche Shell antoi sivuliikkeelleen alkupääomaa, joka kirjattiin erilliseen saksalaiseen kauppa- ja vero-oikeuden mukaisesti laadittuun taseeseen sillä Saksan markan (DEM) kurssilla, jota kunkin Italian liiroissa (ITL) tehdyn maksun ajankohtana kulloinkin käytettiin. Sivuliikkeen elinaikana osa tästä alkupääomasta maksettiin takaisin kotiuttamalla voittoja, jotka vähennettiin mukautetusta alkupääomasta. Näissä liiketoimissa sovellettiin relevanttien maksupäivien mukaista ITL:n ja DEM:n välistä vaihtokurssia.

8. Deutsche Shell siirsi 28.2.1992 sivuliikkeen varat kokonaan omistamalleen tytäryhtiölle (Sierra Gas S.r.L., jäljempänä Sierra) ja sulki sivuliikkeen. Tämän jälkeen Deutsche Shell myi tässä siirrossa saamansa osakkeet eräälle konserniin kuulumattomalle italialaiselle yhtiölle (Edison Gas S.p.A., jäljempänä Edison).

9. Tämä liiketoimi tehtiin ITL-määräisenä. Osakkeiden myynnistä Edisonille saatu rahasumma siirrettiin 17.7.1992 Deutsche Shellille. Siirretty kokonaissumma, sen jälkeen kun ITL-määräinen summa oli muunnettu DEM-määräiseksi, oli 139 507 643 DEM (noin 71,3 miljoonaa euroa). Näistä varoista käytettiin, ennen muuntoa, 83 658 896 927 ITL takaisin maksamatta olevan alkupääoman takaisin maksamiseen. Tästä summasta kertyi 17.7.1992 voimassa olleen vaihtokurssin (1 000 ITL = 1,3372 DEM) perusteella 111 868 677 DEM (suunnilleen 57

4 – Vuoden 1992 Einkommensteuergesetzin (tuloverolaki, jäljempänä EStG) 2 a §:n 3 momentin ensimmäinen virke.

5 – KStG:n 8 §:n 1 momentti.

6 – EStG:n 3 c §.

miljoonaa euroa). Kun tätä summaa verrattiin takaisin maksetun alkupääoman historialliseen hankintahintaan, tuloksena valittajan kannalta oli 122 698 502 DEM:n (suunnilleen 62,7 miljoonan euron) suuruinen valuuttakurssitappio.

10. Italian sivuliikkeen siirrosta Sierralle ja tätä seuranneesta Sierran osakkeiden myynnistä saatuja voittoja verotettiin Italiassa. Koska tämä tehtiin kuitenkin ITL-määräisenä, valuuttakurssitappio ei ollut näkyvissä eikä sitä otettu huomioon vahvistettaessa sitä määrää, josta italialainen vero kannettiin.

11. Valittaja väittää, että siirretyn 139 507 643 DEM:n suuruisen summan osalta olisi otettava huomioon 122 698 502 DEM:n suuruinen valuuttakurssitappio, joka pitäisi vähentää valittajan voitosta, kun lasketaan, kuinka paljon sen on maksettava veroa Saksassa. Saksan veroviranomaiset (Finanzamt) kieltäytyivät tästä. Asia saatettiin Finanzgericht Hamburgin ratkaistavaksi.

12. Finanzgericht katsoi Finanzamtin soveltaneen vuoden 1925 sopimusta asianmukaisesti, kun sitä tarkastellaan kansallisen lain näkökulmasta. Kun otetaan huomioon kyseisen verosopimuksen sanamuoto ja se, kuinka sitä on normaalisti sovellettu Saksan oikeudessa, Finanzgericht katsoi, ettei ollut mitenkään mahdollista ottaa huomioon riidanalaista 122 698 502 DEM:n suuruista valuuttakurssitappiota laskettaessa Deutsche Shellin Saksassa maksettavaa veroa. Tämä johtui siitä, että kyseinen tappio oli syntynyt – tosin epäsuorasti – Italiassa olevan sivuliikkeen ”toiminnasta”, joten sitä pidettiin osana sivuliikkeen ”tuloa”. Niinpä se voitiin ottaa verotuksessa huomioon vain kyseisessä jäsenvaltiossa.

13. Finanzgericht oli kuitenkin epävarma siitä, oliko sen suorittama lain tulkinta ja soveltaminen sopusoinnussa yhteisön oikeuden ja EY 43 artiklassa taatun sijoittautumisvapauden kanssa. Niinpä se on päättänyt lykätä siinä vireillä olevaa oikeudenkäyntiä ja esittää Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Onko se, että Saksan liittotasavalta käsittelee lähtövaltiona kotimaisen yhtiön valuuttakurssitappiota, joka johtuu kyseisen yhtiön italialaiselle kiinteälle toimipaikalleen antaman niin sanotun alkupääoman kotiuttamisesta, osana kiinteän toimipaikan voittoa ja Italian kanssa vuonna 1925 kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyn sopimuksen 3 artiklan 1 ja 3 kappaleen sekä 11 artiklan 1 kappaleen c kohdan mukaisen vapautuksen perusteella jättää sen pois saksalaisen veron määräytymisperusteesta, vaikka valuuttakurssitappiota ei voida sisällyttää Italiassa suoritettavaa veroa varten laskettavaan kiinteän toimipaikan voittoon eikä sitä

siten oteta huomioon lähtövaltiossa eikä myöskään kiinteän toimipaikan valtiossa, ristiriidassa EY:n perustamissopimuksen 52 artiklan (josta on tullut EY 43 artikla) kanssa, kun tätä artiklaa luetaan yhdessä EY:n perustamissopimuksen 58 artiklan kanssa (josta on tullut EY 48 artikla)?

2) Mikäli ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi: Onko se, että edellä mainittu valuuttakurssitappio on kyllä luettava saksalaisen veron määräytymisperusteeseen mutta se saadaan vähentää elinkeinomenona vain siinä laajuudessa kuin italialaisesta toimipaikasta ei saada mitään verottomia voittoja, ristiriidassa EY:n perustamissopimuksen 52 artiklan (josta on tullut EY 43 artikla) kanssa, kun tätä artiklaa luetaan yhdessä EY:n perustamissopimuksen 58 artiklan kanssa (josta on tullut EY 48 artikla)?"

Asian tosiseikkoja koskeva kommentti

14. Huomautuksissaan sekä Finanzamt että Saksa ovat kiistäneet tosiseikkojen paikkansapitävyyden, sellaisina kuin ne esitetään Finanzgerichtin ennakkoratkaisupyynnössä. Asian poikkeuksellisen tosiseikaston johdosta yhteisöjen tuomioistuin esitti kysymyksen, jossa Deutsche Shelliä ja Finanzamtia pyydettiin esittämään yksityiskohtaisia tietoja voittojen kotiuttamisesta.

15. Finanzamt esittää, että Deutsche Shellin esittämä tosiseikkojen kuvaus on suurelta osin kuvitteellinen, samoin kuin itse valuuttakurssitappiokin. Kotiutetut voitot (joita verotettiin Italiassa) muodostivat sisäisen maksujen virran, joka toteutettiin avoimuuden vuoksi. Alkupääoma yksinkertaisesti sisällytettiin italialaisen sivuliikkeen yrityspääomaan. Koska oli olemassa sisäinen kompensaatiotili, omistajayhtiölle maksetut rahat eivät olleet samoja rahoja kuin ne, jotka oli saatu alkupääomana.

16. Italian liiran devalvointi ei vähentänyt sijoitusomaisuuden todellista arvoa, ja alkupääoman sisäinen arvo pysyi tämän vuoksi samana, kun sitä arvioidaan DEM-määräisenä, ja vaihteli, kun sitä arvioidaan ITL-määräisenä, pikemminkin kuin toisin päin.

17. Saksa väittää, että Deutsche Shell yrittää tasoittaa myyntivoiton verotusta (jonka johdosta veroa määrättiin 95 551 905 DEM) Italiassa tekemällä vastaavan vähennyksen valikoidusti poimittujen ja täysin kuvitteellisten "tappioiden" (joiden suuruus oli 122 698 502 DEM) perusteella Saksassa. Saksa väittää, että valittaja yrittää keinotekoisesti jakaa italialaisen toimipaikan myynnistä saadun voiton kohdistamalla osan siitä alkupääoman kotiuttamiseen.

18. Deutsche Shell väittää, että tilanteessa, jossa sen johdosta, että Italian liira devalvointiin suhteessa Saksan markkaan, ITL-määräisenä alkupääomana olevan summan arvo puolittuu, kun se muunnetaan takaisin DEM-määräiseksi, ei ole mitään ”kuvitteellista”. Tästä seuraava 122 698 502 DEM:n valuuttakurssitappio olisi pitänyt ottaa huomioon vahvistettaessa Deutsche Shellin kokonaisvoittoa.

Asian tosiseikkoja koskevaa riitaa koskeva johtopäätös

19. Saksa on esittänyt, että tämä asia on täysin perusteeton, että tappio on kuvitteellinen ja että Deutsche Shellin virheellinen tosiseikkojen kuvaus on tuonut esille ongelman, jota tosiasiallisesti ei ole olemassa. Saksa vaatii tämän vuoksi, että yhteisöjen tuomioistuin jättäisi ennakkoratkaisupyynnön tutkimatta.

20. Huolimatta tosiseikkoja koskevan kiistan voimakkuudesta on kuitenkin todettava, että ei ole osoitettu, että oikeudenkäynti olisi selvästi perusteeton. Minusta näyttää siltä, että todellinen erimielisyys asianosaisten välillä koskee pikemminkin sitä, kuinka tiettyjä tosiseikkoja pitäisi tulkita, kuin sitä, pitävätkö tosiseikat sellaisenaan paikkansa.

21. Sen määrittäminen, ovatko tosiseikat todellakin sellaiset kuin ennakkoratkaisupyynnössä esitetään, kuuluu kansalliselle tuomioistuimelle. Jos tosiseikat poikkeavat siitä, mitä yhteisöjen tuomioistuimelle on esitetty, kansallisen tuomioistuimen on otettava tämä ero huomioon, kun se lopulta ratkaisee asian. [7]

22. Vakiintuneen oikeuskäytännön [8] mukaan EY 234 artikla perustuu kansallisten tuomioistuinten ja yhteisöjen tuomioistuimen tehtävien selvään erotteluun ja yhteisöjen tuomioistuimen on perustettava ennakkoratkaisumenettelyssä tuomionsa tosiseikkoihin, sellaisina kuin kansallinen tuomioistuin esittää ne ennakkoratkaisupyynnössä. Yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä EY 234 artiklan mukaisessa ennakkoratkaisumenettelyssä on oikeudellisten neuvojen antaminen.

23. Tämän vuoksi katson, että ennakkoratkaisupyyntö on otettava tutkittavaksi.

7 – Lisäneuvojen osalta ks. muistio kansallisten tuomioistuinten ennakkoratkaisupyyntöjen tekemisestä (EUVL 2005, C 143, s. 1-2).

8 – Ks. asia C-30/93, AC-ATEL Electronics Vertriebs, tuomio 2.6.1994 (Kok. 1994, s. I-2305, 16 ja 17 kohta); asia C-326/96, Levez, tuomio 1.12.1998 (Kok. 1998, s. I-7835, 25 ja 26 kohta); asia 17/81, Pabst & Richarz, tuomio 29.4.1982 (Kok. 1982, 1331, 12 kohta) ja asia C-435/97, World Wildlife Fund (WWF) ym., tuomio 16.9.1999 (Kok. 1999, s. I-5613).

Ensimmäinen kysymys

24. Ensimmäisellä kysymyksellään kansallinen tuomioistuin tiedustelee, onko se, että jäsenvaltio A käsittelee sellaisen yhtiön, jonka kotipaikka on kyseisessä jäsenvaltiossa, valuuttakurssitappiota, joka johtuu jäsenvaltiossa B olevalle sivuliikkeelle annetun ns. alkupääoman kotiuttamisesta, osana sivuliikkeen voittoa ja kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyn sopimuksen mukaisen vapautuksen perusteella jättää sen pois yhtiön veron määräytymisperusteesta, vaikka valuuttakurssitappiota ei voida sisällyttää jäsenvaltiossa B suoritettavaa veroa varten laskettavaan sivuliikkeen voittoon eikä sitä siten oteta huomioon kummassakaan jäsenvaltiossa, ristiriidassa EY 43 ja EY 48 artiklan kanssa.

25. Tämä ongelma nousee esille sen vuoksi, että Saksan lainsäädännössä valuuttakurssitappioiden, jotka kertyvät saksalaisen yhtiön ulkomaisen sivuliikkeen toiminnasta – ja joihin kuuluvat sivuliikkeen sulkemisesta aiheutuvat tappiot – katsotaan liittyvän kyseisestä sivuliikkeestä peräisin olevaan tuloon. Kun näin ollen tällainen tulo on Saksassa vapautettu verosta kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyn sopimuksen nojalla, valuuttakurssitappiota ei voida ottaa huomioon yhtiön saksalaisen veron määräytymisperusteessa. Luonteensa puolesta valuuttakurssitappiolla ei ole vaikutusta sivuliikkeen voittoihin Italiassa (sillä valuuttakurssitappio realisoituu vasta kun yhtiölle siirretyt varat muunnetaan sen jäsenvaltion valuuttaan, jossa yhtiön kotipaikka on). Valuuttakurssitappiota ei näin ollen voida ottaa huomioon sivuliikkeessä eikä omistajayhtiössä.

26. Oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että sijoittautumisvapaus sisältää niiden jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti perustettujen yhtiöiden, joiden päätoimipaikka on yhteisön alueella, oikeuden harjoittaa toimintaansa jossain toisessa jäsenvaltiossa siellä sijaitsevan sivuliikkeen välityksellä. [9]

27. Ei myöskään ole riidanalaista, että vaikka sijoittautumisvapautta koskevien määräysten tarkoituksena niiden sanamuodon mukaan on erityisesti varmistaa, että ulkomaisia yhtiöitä kohdellaan vastaanottavassa jäsenvaltiossa samalla tavalla kuin kotimaisia yhtiöitä, niiden vastaista on myös se, että lähtöjäsenvaltio estää lainsäädäntönsä mukaisesti perustetun ja EY 48 artiklan määritelmää vastaavan yhtiön sijoittautumisen toiseen jäsenvaltioon. [10]

9 – Asia C-141/99, AMID, tuomio 14.12.2000 (Kok. 2000, s. I-11619, 20 kohta), jossa viitataan asiaan 270/83, Ranska, tuomio 28.1.1986 (Kok. 1986, s. 273, Kok. Ep. VIII, s. 407, 18 kohta) ja asiaan C-330/91, Commerzbank, tuomio 13.7.1993 (Kok. 1993, s. I-4017, Kok. Ep. IX, s. I-309, 13 kohta).

10 – Edellä alaviitteessä 9 mainittu asia AMID, tuomion 21 kohta, jossa viitataan asiaan 81/87, Daily Mail ja General Trust, tuomio 27.9.1988 (Kok. 1988, s. 5483, Kok. Ep. IX, s. 713).

28. Yksi tapa tarkastella ennakkoratkaisupyyntöä on kysyä, syrjitäänkö tällaisessa tilanteessa omistajayhtiöitä verrattuna siihen, kuinka jotain sopivaa vertailukohdetta kohdellaan. Toisenlainen ja ehkä suorempi tapa tutkia tätä samaa ongelmaa on kysyä, rajoitetaanko saksalaisella lailla sijoittautumisvapautta koskevaa oikeutta, ja jos rajoitetaan, onko se oikeutettua.

Syrjivä kohtelu

29. Selvitettäessä, syrjitäänkö saksalaisella lainsäädännöllä Deutsche Shelliä tavalla, joka loukkaa sen sijoittautumisvapautta koskevaa oikeutta, on tarpeen yksilöidä sopiva vertailukohde.

30. Finanzgerichtin ennakkoratkaisupyynnössä verrataan valittajan (saksalainen yhtiö, joka toimii Saksan markoissa ja joka on perustanut Italiaan sivuliikkeen, joka toimii Italian liiroissa) asemaa hypoteettiseen saksalaiseen yhtiöön, joka toimii Saksan markoissa ja joka on perustanut Saksaan (sic) toimipaikan, joka toimii Italian liiroissa (tai jossain muussa valuutassa). Finanzgericht esittää, että tällaisista liiketoimista seuraavat valuuttakurssitappiot ovat vähennyskelpoisia. Kyseinen tuomioistuin näyttää kuitenkin hyväksyvän sen, että on mahdollista, että vertailukelpoista sisäistä tilannetta ei ole, sillä saksalaiselle sivuliikkeelle ei ikinä olisi annettu alkupääomaa ulkomaan valuutassa. Asianosaiset ovat huomautuksissaan esittäneet joukon muita hypoteettisia vertailukohteita. [11]

31. Komissio katsoo, että Saksan lainsäädäntö johtaa syrjivään kohteluun. Emoyhtiön tappiota ei oteta huomioon yksinomaan siitä syystä, että tappio on valuuttakurssitappio, joka on aiheutunut ulkomailla olevasta toimipaikasta. Se, että tämä ongelma koskee ainoastaan rajatylittäviä tilanteita, ei oikeuta tällaisen tappion huomioon ottamisen epäämistä. Varsinkin tässä asemassa olevien yhtiöiden pitäisi saada erityistä suojaa.

32. Finanzamt, Saksa ja Alankomaat katsovat todellisten sisäisten vertailukohteiden puuttumisen osoittavan, ettei Saksan lainsäädännön soveltamisessa esiinny syrjintää.

11 – Deutsche Shell ottaa vertailukohteekseen saksalaisen omistajayhtiön, jolla on Saksassa toimipaikka, joka toimii useammassa kuin yhdessä valuutassa. Deutsche Shell väittää, että toisen valuutan arvon vaihtelut otettaisiin huomioon viimeksi mainitussa tilanteessa laskettaessa tällaisen yhtiön verotettavaa tuloa Saksassa.

33. Muistutan, että asiassa AMID nousi esille vastaavanlainen ongelma. [12] Kyseisessä asiassa Belgia väitti, että belgialaiset yritykset, joilla on sivuliike jossain toisessa jäsenvaltiossa, eivät olleet samassa asemassa kuin koko toimintansa Belgiaan keskittäneet yritykset. Nämä kaksi yritysten ryhmää ovat sen mukaan aina eri tilanteessa, minkä vuoksi eri lopputuloksiin johtavan verojärjestelmän soveltaminen ei välttämättä merkitse syrjintää. Yhteisöjen tuomioistuin hylkäsi tämän väitteen ja katsoi, ettei näillä eroilla voitu selittää näiden kahden yhtiötyypin välistä erilaista kohtelua. [13]

35. Huolimatta syrjinnän huomattavasta akateemisesta ja intellektuellista merkityksestä nyt esillä olevan asian erityisissä olosuhteissa pitkällinen keskustelu siitä on mielestäni tarpeetonta. Komission mukaan ratkaiseva tekijä vastattaessa Finanzgerichtin ensimmäiseen kysymykseen ei ole se, onko syrjivää kohtelua esiintynyt, vaan se, johtaako Saksan kansallinen lainsäädäntö tilanteeseen, jolla on rajoittava vaikutus niihin, jotka haluavat käyttää sijoittautumisvapauttaan.

36. Olen samaa mieltä.

Sijoittautumisvapauden rajoitus

34. Olisi mahdollista tarkastella joukkoa hypoteettisia vertailutilanteita saksalaisen ja italialaisen toimipaikan välillä. Vertailukohteen valinta herättää yleensä vilkasta keskustelua, sillä sen ratkaiseminen, onko kyseessä syrjivä kohtelu (vai ei), usein riippuu siitä, mikä tarkkaan ottaen on valittu vertailukohteeksi. Nyt esillä oleva keskustelu muistuttaa tässä suhteessa lähinnä sukupuoleen perustuvaa syrjintää koskevasta alkuaikojen oikeuskäytännöstä, jossa tuhlattiin paljon mustetta siihen runsaasti keskustelua herättäneeseen kysymykseen, mikä olisi sopiva vertailukohde raskaana olevalle naiselle. [14]

37. Deutsche Shell väittää, että järjestelmä, jossa ei ole mahdollista ottaa huomioon valuuttakurssitappioita siinä jäsenvaltiossa, josta omistajayhtiö on kotoisin, eikä siinä jäsenvaltiossa, jonne sivuliike on sijoittautunut, rajoittaa omistajayhtiön sijoittautumisvapautta. Samoin komissio esittää, että omistajayhtiölle on aiheutunut tappio, jota ei voida vähentää Italiassa eikä Saksassa. Tällainen tappio merkitsee komission mukaan sijoittautumisvapauden rajoitusta.

38. Vaikka Finanzamt painokkaasti väittää, ettei kyse ole syrjivästä kohtelusta, se ei

12 – Mainittu edellä alaviitteessä 9.

13 – Ks. kyseisen tuomion 25 ja 28 kohta.

14 – Ks. asia C-177/88, Dekker, tuomio 8.11.1990 (Kok. 1990, s. I-3941, Kok. Ep. X, s. 579, 10–14 kohta) ja julkisasiamies Darmonin ratkaisuehdotus, 23–25 kohta.

kuitenkaan yritä esittää, ettei kyse ole rajoituksesta. Finanzamt tyytyy esittämään, ettei Deutsche Shellille ole koitunut todellista tappiota. Mikäli tosiseikat ovat sellaiset kuin kansallinen tuomioistuin on esittänyt, vaikuttaisi kuitenkin siltä, että Deutsche Shellille on aiheutunut todellinen haitta, joka tosiaankin rajoittaisi sijoittautumisvapauden käyttämistä.

39. Kun veroa maksaville yhtiöille aiheutuu todellinen haitta, on tärkeää määrittää haitan syy. Sen määrittäminen välttämättä edellyttää sen verojärjestelmän arviointia, jossa haitta syntyi, ja sitä, että tehdään ero EY 43 artiklassa kielletyn rajoituksen ja sellaisen rajoituksen välillä, joka tulee esille epäedullisena mutta luonnollisena seurauksena eri jäsenvaltioiden verojärjestelmien välisestä erosta. [15]

40. Sekä Saksa että Alankomaat vetoavat painokkaasti julkisasiamies Geelhoedin asiassa C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, [16] antamaan ratkaisuehdotukseen. Kyseisen ratkaisuehdotuksen 37–39 kohdassa (joita yhteisöjen tuomioistuin ei erityisemmin noudattanut, vaikka se tulikin samaan johtopäätökseen) julkisasiamies Geelhoed luokitteli tietyn joukon olosuhteita, joilla on rajoittava vaikutus, ”kvasirajoituksiksi”. Geelhoed esitti, että tällaiset kvasirajoitukset ovat ainoastaan väistämätön seuraus kahden erilaisen oikeusjärjestelmän rinnakkaiselosta. Geelhoedin esittämät kaksi esimerkkiä oli kansallisten verojärjestelmien eroavuuksien tuloksena ilmenevät rajoitukset ja rajoitukset, jotka ovat tulosta tarpeesta jakaa verotusvalta kahden jäsenvaltion kesken. Hän ehdotti, että tuomioistuinten ei pitäisi puuttua kvasirajoituksiin.

41. Käsittelen tätä aspektia myöhemmin tarkastellessani oikeuttamisperusteita. [17] Ratkaisevaa on mielestäni se, aiheutuuko yhtiölle haittaa rajatylittävässä tilanteessa. Se, että yhtiölle voi aiheutua haittaa, koska epäedullisesta valuuttakurssivaihtelusta, joka vaikuttaa yhtiön ja toisessa maassa olevan toimipaikan välisiin liiketoimiin, aiheutuvaa tappiota ei oteta huomioon laskettaessa maksettavaa veroa, on mahdollista *vain* silloin, kun kyseinen yhtiö perustaa toimipaikan toiseen maahan.

42. On myös kyseenalaista, onko nyt esillä olevaan tilanteeseen jouduttu ainoastaan Saksan ja Italian verojärjestelmien välisen yhteistyön tarpeen takia. Haitta on tulosta valuuttakurssitappiosta, joka on nähtävissä vain Saksassa. Niinpä vain Saksan veroviranomaiset voivat ottaa sen huomioon. Tämän

15 – Tässä suhteessa ks. asia C-336/96, Gilly, tuomio 12.5.1998 (Kok. 1998, s. I-2793), jossa yhteisöjen tuomioistuin totesi, että viimeksi mainittu rajoitus ei muodosta rajoitusta, joka edellyttäisi oikeuttamisperusteita.

16 – Asia C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, tuomio 12.12.2006 (Kok. 2006, s. I-11673.

17 – Ks. 45 kohta ja sitä seuraavat kohdat, erityisesti 49 ja 50 kohta.

vuoksi Deutsche Shellin kärsimä haitta johtuu Saksan viranomaisten päätöksistä. Vaikka on tosin totta, että nämä päätökset on tehty vuoden 1925 verosopimuksen nojalla, siitä ei seuraa, että erot ovat seurausta pelkästään kahden verojärjestelmän rinnakkaiselosta.

43. Tällainen tilanne kasvattaa sellaisen yrityksen riskiä, joka haluaa perustaa sivuliikkeen eri valuuttaa käyttävään jäsenvaltioon. Omistajayhtiö ei ainoastaan kanna tavallisia sivuliikkeen menestymiseen liittyviä riskejä; omistajayhtiön on tällaisissa olosuhteissa myös kannettava kohonnut riski sen antaessa alkupääomaa sivuliikkeelle. [18]

44. Sen seurauksena, että Deutsche Shell on käyttänyt sijoittautumisvapautta koskevaa oikeuttansa, sille on aiheutunut tappio, jota ei voida ottaa huomioon vahvistettaessa sen kokonaisvoittoja veron määräämistä varten. Tämän tuloksena sijoittautumisoikeuden käyttäminen on kiistatta vähemmän houkuttelevaa. Johtopäätöksenä esitän, että nyt esillä olevan asian olosuhteissa kyse on EY 43 ja EY 48 artiklassa tarkoitetusta sijoittautumisvapauden rajoituksesta.

18 – Ks. analogisesti julkisasiamies Lenzin asiassa C-1/93, Halliburton, tuomio 12.4.1994 (Kok. 1994, s. I-1137, Kok. Ep. XV, s. I-101) esittämän ratkaisuehdotuksen 18 kohta (vaikka kyse oli selvästä syrjintätapauksesta, ehdotus on yleinen).

Oikeuttamisperusteet

45. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan sijoittautumisoikeuden käyttämisen rajoitus voi olla oikeutettua tietyissä olosuhteissa.

46. Tällainen rajoitus voidaan hyväksyä ainoastaan, jos sillä pyritään perustamissopimuksen mukaiseen sallittuun tavoitteeseen ja jos sitä voidaan pitää perusteltuna yleistä etua koskevista pakottavista syistä.

47. Lisäksi on osoitettava, että rajoittavan toimen soveltamisella voidaan varmistaa tämän sallitun tavoitteen saavuttaminen ja että sillä ei ylitetä sitä, mikä on tarpeen tämän tavoitteen saavuttamiseksi. [19]

48. Nyt esillä olevan asian asianosaiset ovat huomautuksissaan ehdottaneet useita oikeuttamisperusteita nyt kyseessä olevalle verokohtelulle. Käsittelen niistä kutakin vuorollaan.

19 – Asia C-446/03, Marks & Spencer, tuomio 13.12.2005 (Kok. 2005, s I-10837, 35 kohta), jossa viitataan asiaan C-250/95, Futura Participations and Singer, tuomio 15.5.1997 (Kok. 1997, s. I-2471, 26 kohta) ja asiaan C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, tuomio 11.3.2004 (Kok. 2004, s. I-2409, 49 kohta). Ks. myös asia C-196/04, Cadbury, tuomio 12.9.2006 (Kok. 2006, s. I-7995, 47 kohta).

Verotusvallan tasapainoinen jakaminen

verotusvalta keskenään, jos ne jättävät täysin ottamatta huomioon tappion, joka ei ole nähtävissä toisessa kyseisestä kahdesta jäsenvaltiosta ja jota ei voida pitää kyseisen sivuliikkeen ”tulona” kyseisen termin tavallisessa merkityksessä.

49. Sekä Saksa että Alankomaat kiinnittävät yhteisöjen tuomioistuimen huomion Saksan ja Italian veroviranomaisten väliseen toimivallan jakoon. Saksa vetoaa myös kansalliseen itsemääräämisoikeuteen oikeuttamisperusteena. Saksa esittää, että vuoden 1925 verosopimuksessa käyttöön otetut järjestelyt ovat looginen tapa jakaa Saksan ja Italian verotusvalta rajatylittävissä tilanteissa. Koska valuuttakurssitappio on peräisin Italiasta, se kuuluu Saksan mukaan Italian toimivaltaan ja se olisi pitänyt ottaa huomioon kyseisessä valtiossa.

Verotuksen johdonmukaisuus

52. Saksa ja Alankomaat väittävät, että Saksan verojärjestelmän johdonmukaisuus voisi vaarantua, jos Deutsche Shellin sallittaisiin ottaa valuuttakurssitappio huomioon, kun se laskee kokonaisvoittojaan Saksassa suoritettavaa verotusta varten.

50. Kuten sekä Deutsche Shell että komissio ovat huomautuksissaan korostaneet, Italiassa kuitenkin käytettiin Italian liiroja vuonna 1992, joten kaikki verotusta varten tehdyt laskelmat olisi näin ollen pitänyt suorittaa yksinomaan Italian liiroissa. Valuuttakurssitappio ilmeni vasta kun ITL-määräiset summat muunnettiin DEM-määräisiksi. Tästä seuraa, että tämä argumentti on lähtökohtaisesti virheellinen ja että se pitää hylätä oikeuttamisperusteena.

53. Rajoittavat toimenpiteet voivat olla oikeutettuja kansallisen verojärjestelmän johdonmukaisuuden säilyttämistarpeen takia. Jotta tällainen toimenpide voi olla oikeutettu, emoyhtiön kärsimän taloudellisen haitan on oltava suorassa yhteydessä vastaavaan verotusetuun, jolla kyseisen yhtiön kärsimä haitta kompensoidaan. [20] Yhteisöjen

51. Lisäksi on todettava, että jäsenvaltiot eivät käytä oikeasuhteisesti valtaansa jakaa

20 – Asia C-204/90, Bachman, tuomio 28.1.1992 (Kok. 1992, s. I-249, Kok. Ep. XII, s. I-1); asia C-300/90, Belgia, tuomio 28.1.1992 (Kok. 1992, s. I-305); asia C-484/93, Svensson ja Gustavsson, tuomio 14.11.1995 (Kok. 1995, s. I-3955, 18 kohta); asia C-264/96, ICI, tuomio 16.7.1998 (Kok. 1998, s. I-4695, 29 kohta) ja asia C-319/02, Manninen, tuomio 7.9.2004 (Kok. 2004, s. I-7477, 42 kohta).

tuomioistuin on tulkinnut tätä oikeuttamisperustetta suppeasti. [21]

54. Onko olemassa etua, jolla Deutsche Shellin kärsimä haitta kompensoidaan nyt esillä olevassa asiassa? Saksa esittää, että olemassa olevan järjestelmän etuna on se, että myöskään vaihtokurssien suosiollisesta muutoksesta koituvaa voittoa ei oteta huomioon.

55. Deutsche Shell on kuitenkin kärsinyt vaihtokurssitappion. Se ei voi muuttaa sitä vaihtokurssivoitoksi. Kantajalle ei siis ole tarjolla kompensoivaa etua. Tässä suhteessa nyt esillä oleva asia vastaa asiaa C-385/00, de Groot. [22] Kummassakaan asiassa valittaja ei voi vaatia mitään verotuksellista etua, ja hänen on mahdotonta vähentää tappio.

56. Saksan väitteessä siitä, että vaihtokurssien muutoksen suotuisalla puolella olevat hyötyvät nykyisessä järjestelmässä, ei oteta huomioon sitä, että on tarpeen myöntää ”etuja” niille, jotka kärsivät taakan rajoittavan toimenpiteen johdosta. Näin syntyvän kaltaiset verotukselliset ”edut” eivät ole todellisia verotuksellisia etuja vaan ne merkitsevät kaksinkertaista epätasa-arvoisuutta.

57. Edellä mainitussa asiassa AMID Belgia samalla tavalla väitti, että Belgian verolainsäädännöstä koituva epätasa-arvoisuus oli oikeutettua, koska siitä koitui etua yhtiölle, joka olisi vastakkaisessa tilanteessa kuin AMID. Tällainen hypoteettinen yhtiö olisi paremmassa asemassa kuin kotimainen yhtiö, jolla ei olisi toimipaikkoja Luxemburgissa. Yhteisöjen tuomioistuin hylkäsi tämän perustelun. [23]

58. Komissio esittää, että verotuksen johdonmukaisuus säilytettäisiin todellakin paremmin, jos vaihtokurssivaihtelun vaikutus otettaisiin huomioon. Sekä komissio että Deutsche Shell korostavat sitä, että jos vaihtokurssitappioiden asemesta aiheutuisikin vaihtokurssivoittoa, tämän elementin sivuuttaminen veroa laskettaessa tekisi seurauksena olevasta taloudellisesta hyödystä ”valkoista rahaa”. Ne myös huomauttavat, että olemassa oleva järjestelmä hyödyttää suhteettoman paljon yhtiötä, joka ansaitsee vaihtokurssivaihtelulla, mutta ei tarjoa

21 – Sitä ei hyväksytty esim. seuraavissa asioissa: asia C-347/04, Rewe, tuomio 29.3.2007 (Kok. 2007, s. I-2647); asia C-152/03, Ritter-Coulais, tuomio 21.2.2006 (Kok. 2006, s. I-1711); edellä alaviitteessä 19 mainittu asia de Lasteyrie du Saillant; asia C-209/01, Schilling, tuomio 13.11.2003 (Kok. 2003, s. I-13389); asia C-436/00, X ja Y, tuomio 21.11.2002 (Kok. 2002, s. I-10829) ja asia C-478/98, Belgia, tuomio 26.9.2000 (Kok. 2000, s. I-7587).

22 – Asia C-385/00, de Groot, tuomio 12.12.2002 (Kok. 2002, s. I-11819.

23 – Ks. tuomion 24–28 kohta.

kompensoivaa etua yhtiölle, joka taloudellisesti kärsii sille vastaisesta vaihtokurssivaihtelusta. Tätä ei voida pitää johdonmukaisena.

59. Olen samaa mieltä näistä molemmista huomautuksista. En katso, että seurauksia, joihin Saksan verojärjestelmä johtaa nyt esillä olevan tilanteen kaltaisissa tilanteissa, voitaisiin perustella joko viittaamalla verotusvallan tasapainoiseen jakamiseen jäsenvaltioiden välillä tai verotuksen johdonmukaisuuden säilyttämistarpeeseen. Jos (quod non) jompikumpi oikeuttamisperuste lähtökohtaisesti hyväksyttäisiin, pitäisin joka tapauksessa vaihtokurssivaihtelujen aiheuttamien tappioiden täydellistä sivuuttamista vääräsuhteisena toimena.

60. Tämän vuoksi ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Finanzgerichtin esittämään ensimmäiseen kysymykseen myöntävästi.

Jälkimmäinen kysymys

61. Jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi (kuten ehdotan), on tarpeen tarkastella kansallisen tuomioistuimen jälkimmäistä kysymystä, joka koskee sitä, missä laajuudessa lähtövaltio voi evätä mahdollisuuden vähentää valuuttakurssitappio, joka on kertynyt toisessa jäsenvaltiossa olevan toimipaikan sulkemisesta. Olisiko ehdollinen vähennysoikeus, jossa valuuttakurssitappio otettaisiin huomioon veron määräytymisperusteessa lähtövaltiossa mutta jossa se voitaisiin vähentää elinkeinomenona vain siltä osin kuin jossain toisessa jäsenvaltiossa olevasta sivuliikkeestä ei saada verovapaita voittoja, [24] riittävä EY 43 artiklan noudattamiseksi?

62. Finanzgerichtin ennakkoratkaisupyynnössä esitetään, että elinkeinomenoa ei voida vähentää omistajayhtiön voitoista, jos kyseinen meno on suorassa yhteydessä verovapaaseen tuloon. Finanzgerichtin mukaan Deutsche Shellin omistamien osakkeiden myynnistä Edisonille peräisin oleva tulo on verovapaata Saksassa, koska sitä on jo verotettu Italiassa.

63. Finanzgericht ei kuitenkaan mainitse, että valuuttakurssitappiota ei olisi otettu huomioon tätä verotusta suoritettaessa.

64. Kansallinen tuomioistuin on myös katsonut, että valuuttakurssitappion ja Deutsche Shellin Italiassa sijaitsevasta sivuliikkeestä peräisin olevan verovapaan voiton välillä oli selvästi määritelty suora yhteys. Kansallinen tuomioistuin selittää, että vaikka

24 – EStG:n 3c §; ks. edellä 5 kohta.

olisi mahdollista sisällyttää valuuttakurssitappio saksalaisen veron määräytymisperusteeseen, relevantista lainsäädännöstä [25] seuraa, että valuuttakurssitappio olisi vähennyskelpoinen vain siltä osin kuin se ylittää sivuliikkeestä saadut verovapaat voitot. Koska valuuttakurssitappio oli pienempi kuin verovapaat voitot, jotka saatiin siirtämällä sivuliikkeen varat Sierralle ja myymällä Sierran osakkeet, kansallinen tuomioistuin päättelee, että saksalaisen lain nojalla Finanzamt ei voi ottaa huomioon tätä valuuttakurssitappiota.

65. Jos asia on näin, kansallinen tuomioistuin haluaa tietää, onko tällainen tulos ristiriidassa EY 43 artiklan kanssa, kun sitä luetaan yhdessä EY 48 artiklan kanssa.

66. Tästä kysymyksestä on esitetty niukasti huomautuksia. Deutsche Shell ja komissio rajoittuvat käsittelemään ensimmäistä kysymystä, ja ne lisäävät vain, että jos vastaus ensimmäiseen kysymykseen on myöntävä, myös toiseen kysymykseen olisi tällöin vastattava myöntävästi.

67. Saksa esittää, että tämä ei ole sijoittautumisvapauden rajoitus ja että asetetun kaltainen rajoitus koskee vain tapausta, jossa tappio on suorassa taloudellisessa yhteydessä verottomiin tuloihin. Alankomaat ei ole nimenomaisesti käsitellyt jälkimmäistä kysymystä.

68. Finanzamt esittää, että näitä tappioita ei voida Saksassa kohdella yksittäisinä tappioina sovellettaessa vuoden 1925 verosopimusta. Verosopimuksen, jossa keskitytään tuloon, sanamuoto estää tällaisen johtopäätöksen. Valuuttakurssitappiot muodostivat vain osan italialaisen sivuliikkeen tuloksesta. Koska Deutsche Shell oli valuuttakurssitappio huomioon ottaenkin saanut italialaisesta sivuliikkeestään vuonna 1992 loppujen lopuksi voittoa, EStG:n 2a §:n 3 momentissa tarkoitettua vähennyskelpoista tappiota ei koskaan syntynyt.

69. Kuten olen jo aiemmin todennut, valuuttakurssitappiot eivät olleet näkyvissä Italian liiroissa, joten niitä ei otettu huomioon verotettaessa Italiassa sivuliikkeen voittoja.

70. Tämän vuoksi on luonnotonta tulkita EStG:tä siten, että valuuttakurssitappio sellaisenaan luokiteltaisiin osaksi toimipaikan voittoja (tai että se olisi suorassa yhteydessä toimipaikan voittoihin), jotka olivat verovapaita Saksassa.

25 – Relevantti lainsäädäntö esitetään edellä 4 ja 5 kohdassa.

71. Mikäli tätä seikkaa käsitellään siitä näkökulmasta, jonka kansallinen tuomioistuin on esittänyt jälkimmäisessä kysymyksessään, ohitetaan asian ratkaisevan tärkeä seikka eli se, että Saksan ja Italian järjestelmissä on luotu sääntely, jossa kumpikaan veroviranomainen ei voi ottaa valuuttakurssitappiota huomioon. EY 43 artiklan, luettuna yhdessä EY 48 artiklan kanssa, oikea tulkinta edellyttää mielestäni sitä, että tällainen tappio otetaan kokonaisuudessaan huomioon (kuten mikä tahansa muu yrityksen tappio). Ottaen huomioon, että kyseinen tappio ei ollut nähtävissä silloin, kun italialainen vero määrättiin ITL-määräisenä, se on otettava huomioon laskettaessa Deutsche Shellin kokonaisvoitoista maksettavaa saksalaista veroa.

72. Ehdotan tämän vuoksi, että myös jälkimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi.

Ratkaisuehdotus

73. Edellä esitetyn perusteella katson, että Finanzgericht Hamburgin esittämiin kysymyksiin pitäisi vastata seuraavalla tavalla:

1) Se, että Saksan liittotasavalta käsittelee lähtövaltiona kotimaisen yhtiön valuuttakurssitappiota, joka johtuu kyseisen yhtiön italialaiselle toimipaikalleen antaman niin sanotun alkupääoman kotiuttamisesta, osana toimipaikan voittoa ja Italian kanssa vuonna 1925 kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyn

sopimuksen 3 artiklan 1 ja 3 kappaleen sekä 11 artiklan 1 kappaleen c kohdan mukaisen vapautuksen perusteella jättää sen pois Saksassa suoritettavan veron määräytymisperusteesta, vaikka valuuttakurssitappiota ei voida sisällyttää Italiassa suoritettavaa veroa varten laskettavaan toimipaikan voittoon eikä sitä siten oteta huomioon lähtövaltiossa eikä myöskään toimipaikan valtiossa, on ristiriidassa EY 43 artiklan kanssa, kun tätä artiklaa luetaan yhdessä EY 48 artiklan kanssa.

2) Se, että edellä mainittu valuuttakurssitappio on luettava Saksassa suoritettavan veron määräytymisperusteeseen mutta se saadaan vähentää elinkeinomenona vain siinä laajuudessa kuin italialaisesta toimipaikasta ei saada mitään verovapaita voittoja, on ristiriidassa EY 43 artiklan kanssa, kun tätä artiklaa luetaan yhdessä EY 48 artiklan kanssa.