JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

L. A. GEELHOED

29 päivänä kesäkuuta 2006 [1]

I Johdanto

1. Nyt käsiteltävä High Court of Justice of England and Walesin esittämä ennakkoratkaisupyyntö koskee Yhdistyneen kuningaskunnan niin sanottujen alikapitalisointisääntöjen (thin capitalisation), sellaisina kuin ne ovat useaan kertaan muutettuina, yhteensopivuutta vapaata liikkuvuutta koskevien perustamissopimuksen määräysten kanssa, siltä osin kuin niissä rajoitetaan Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevien tytäryhtiöiden ulkomaalaisille emoyhtiöilleen tai konsernin väliyhtiöille maksamien korkojen vähennyskelpoisuutta.

2. Nyt käsiteltävä asia koskee jälleen kansallisen "väärinkäytösten estämiseksi" annetun välittömiä veroja koskevan lainsäädännön yhteensopivuutta vapaata liikkuvuutta koskevien määräysten kanssa, sellaisena kuin tämä kysymys on tullut esiin erityisesti asiassa Lankhorst-Hohorst vuonna 2002 annetussa tuomiossa (joka koski Saksan alikapitalisointisääntöjä) ja vireillä olevassa asiassa Cadbury Schweppes (joka koskee ulkomaalaisiin väliyhteisöihin liittyviä Yhdistyneen kuningaskunnan säännöksiä). [2] Asiassa Lankhorst-Hohorst annetun tuomion perusteella sallittujen alikapitalisointirajoitusten rajat eivät ole kuitenkaan olleet täysin selkeät, minkä vuoksi tietyt jäsenvaltiot – muun muassa Yhdistynyt kuningaskunta ja Saksa – ovat laajentaneet alikapitalisointia koskevan lainsäädäntönsä koskemaan kotimaisia konserninsisäisiä maksuja siitä huolimatta, että "väärinkäytösten" vaaraa ei voi syntyä täysin kotimaisissa tilanteissa. Tästä syystä ja koska Yhdistyneen kuningaskunnan riidanalaiset säännöt eroavat huomattavasti asiassa Lankhorst-Hohorst riitautetusta Saksan lainsäädännöstä, tätä kysymystä on tarkasteltava uudelleen nyt käsiteltävässä asiassa.

1 – Alkuperäinen kieli: englanti.

2 – Asia C-324/00, Lankhorst-Hohorst, tuomio 12.12.2002 (Kok. 2002, s. I-11779); vireillä oleva asia C-196/04, Cadbury Schweppes (ks. julkisasiamies Léger'n kyseisessä asiassa 2.5.2006 antama ratkaisuehdotus).

II Asiaa koskeva lainsäädäntö

A *Sovellettava Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädäntö*

1. Alikapitalisointisääntöjen asiayhteys ja tarkoitus

3. On olemassa kaksi keskeistä yritysrahoituksen keinoa: velkarahoitus ja oman pääoman ehtoinen rahoitus. Monet jäsenvaltiot kohtelevat näitä kahta rahoitusmuotoa eri tavalla välittömässä verotuksessa. Velkarahoitusta käyttävillä yrityksillä on yleensä oikeus vähentää lainoista maksetut korot, kun ne laskevat verotettavaa voittoaan (eli voittoa ennen veroja), sillä perusteella, että ne ovat juoksevia kuluja, jotka aiheutuvat liiketoiminnan hoitamisesta. Oman pääoman ehtoista rahoitusta käyttävillä yrityksillä ei sen sijaan ole oikeutta vähentää osakkeenomistajille suorittamaansa voitonjakoa voitoistaan ennen veroja, vaan osingot maksetaan voitoista, joista on vähennetty verot.

4. Tämä erilainen verokohtelu merkitsee sitä, että kun kyseessä on konserni, emoyhtiölle saattaa olla edullista rahoittaa yhtä konsernin yhtiöistä mieluummin lainoilla kuin oman pääoman ehtoisella rahoituksella. Tämänsuuntainen verokannustin on erityisen ilmeinen siinä tapauksessa, että tytäryhtiö sijaitsee verrattain korkean verotuksen maassa, kun emoyhtiö (tai lainan myöntävä väliyhtiö) sijaitsee alemman verotuksen maassa. Sellaisessa tilanteessa oman pääoman sijoituksen luonteinen sijoitus voidaan esittää velkana edullisemman verokohtelun saamiseksi. Tästä ilmiöstä käytetään nimitystä "alikapitalisointi". Kun emoyhtiö manipuloi tällä tavoin pääoman hankintatapaa, se voi käytännössä valita, missä se haluaa maksan veron voitoistaan.

5. Monet valtiot, jotka pitävät alikapitalisointia vilpillisenä menettelynä, ovat ottaneet käyttöön toimenpiteitä, joilla ne pyrkivät estämään tällaisia väärinkäytöksiä. Nämä toimenpiteet koskevat yleensä sitä, että lainoja, jotka täyttävät tietyt edellytykset, voidaan verotuksessa pitää peiteltynä omana pääomana. Tämä merkitsee sitä, että korkomaksut katsotaan voitonjaoksi, jolloin tytäryhtiö ei voi vähentää kaikkia maksamiaan korkoja tai osaa niistä verotettavasta tulostaan, ja korkomaksuihin sovelletaan kaikkia voitonjaon verotusta koskevia säännöksiä. [3]

3 – Eri jäsenvaltioissa sijaitseviin emo- ja tytäryhtiöihin sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä 23 päivänä heinäkuuta 1990 annetussa neuvoston direktiivissä 90/435/ETY (EYVL L 225, s. 6) kielletään yhteisössä veron kantaminen osingoista, joita tytäryhtiö maksaa emoyhtiölleen.

2. Vuoteen 1995 saakka sovelletut Yhdistyneen kuningaskunnan oikeussäännöt

6. Vuoden 1988 tulo- ja yhtiöverolain (Income and Corporation Taxes Act, jäljempänä TA) 209 §:n 2 momentin d kohdan mukaan kaikki sellainen yhtiön maksama lainakorko, jonka määrä oli kohtuullista markkinaehtoista lainatuottoa suurempi, katsottiin voitonjaoksi siltä osin kuin kyseinen korko ylitti tällaisen tuoton. [4] Tätä sääntöä sovellettiin erotuksetta sekä kotimaisille että ulkomaisille lainanantajille suoritettuihin korkomaksuihin. Tämä tarkoitti sitä, että kohtuullisen tuoton ylittävä määrä ei ollut korkona vähennyskelpoinen laskettaessa yhtiön verotettavia voittoja, vaan sitä pidettiin voitonjakona, joka jaettiin voitoista verojen jälkeen. Koron luonnehdinta voitonjaoksi merkitsi myös sitä, että yhtiön oli maksettava korkomaksusta yhtiöveroennakkoa. [5]

7. TA:n 209 §:n 2 momentin e kohdan iv ja v alakohdan mukaan voitonjakona pidettiin kaikkea sellaista korkoa, joka ei ollut jo 209 §:n 2 momentin d kohdassa voitonjakona pidettyä korkoa ja joka maksettiin keille tahansa sellaisille lainanantajille, joiden verotuksellinen kotipaikka ei ollut Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja jotka olivat (lainsäädännössä tarkoitettuja) saman konsernin jäseniä. Tämä pykälä koski erityisesti lainoja, joita myönsi ulkomainen yhtiö Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevalle yhtiölle, joka oli lainanantajayhtiön 75-prosenttisesti omistama tytäryhtiö, tai tilanteita, joissa molemmat yhtiöt olivat ulkomaisen kolmannen yhtiön 75-prosenttisesti omistamia tytäryhtiöitä. Tämän seurauksena vuoteen 1995 saakka sovellettujen Yhdistyneen kuningaskunnan sääntöjen mukaan – kun ei oteta huomioon sovellettavien kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehtyjen sopimusten (jäljempänä verosopimukset) vaikutusta, jota käsittelen jäljempänä – Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevan yhtiön toiselle (lainsäädännössä tarkoitetulle) ulkomaiselle konsernin jäsenelle maksamia korkoja pidettiin aina voitonjakona siinäkin tapauksessa, että korkoa oli pidettävä kohtuullisena markkinaehtoisena lainatuottona.

8. Tiettyjen Yhdistyneen kuningaskunnan tekemien verosopimusten määräyksissä estettiin edellä mainittujen TA:n 209 §:n säännösten soveltaminen ja varmistettiin se, että koron vähentäminen voitoista sallittiin verotuksessa tietyissä tilanteissa. Tällaisia järjestelyjä sovellettiin siinäkin tapauksessa, että Yhdistyneen kuningaskunnan kansallisessa lainsäädännössä säädettiin toisin. [6] Vaikka näiden verosopimusten määräysten sanamuoto vaihtelee, kansallinen tuomioistuin toteaa ennakkoratkaisupyynnössään, että niiden voidaan yleisesti arvioiden katsoa kuuluvan kahteen ryhmään.

4 – Vaikka TA:n ja sen muutosten sanamuodossa viitataankin yleisesti pikemminkin siihen, että lainanottaja luovuttaa lainanantajalle arvopapereita, kuin käytettäisiin ilmaisua lainan antaminen, puhun tässä ratkaisuehdotuksessa esityksen yksinkertaistamiseksi siitä, että lainanantaja myöntää lainan lainanottajalle.

5 – TA:n 14 §.

6 – TA:n 788 §:n 3 momentti.

9. Ensimmäisessä määräysten ryhmässä on keskeistä se, onko koron suuruus velan määrään nähden markkinaehtojen mukainen. Niissä ei pohdita sitä, onko itse velan määrä markkinaehtoinen. Tällaisia määräyksiä on esimerkiksi Luxemburgin, Japanin, Saksan, Espanjan ja Itävallan kanssa tehdyissä sopimuksissa. Esimerkiksi Yhdistyneen kuningaskunnan ja Luxemburgin kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tekemän sopimuksen 11 §:n 7 momentissa määrätään, että "mikäli maksajan ja maksun saajan tai niiden molempien ja jonkun kolmannen henkilön välisen erityisen suhteen vuoksi maksetun koron määrä ylittää määrän, josta olisi sovittu maksajan ja maksun saajan välillä, jos tällaista suhdetta ei olisi ollut, kun otetaan huomioon vaade, josta korko maksetaan – – liikaa suoritetusta maksujen osasta kannetaan vero kummankin sopimusvaltion lainsäädännön mukaisesti siten, että tämän sopimuksen muut määräykset otetaan asianmukaisesti huomioon".

10. Toisessa määräysten ryhmässä edellytetään yleisempää tarkastelua siitä, ylittääkö koron määrä jostakin syystä sen koron määrän, joka olisi maksetttu markkinaehtoisesti. Tällöin tarkastellaan myös sitä, ylittääkö itse lainan määrä sen lainan määrän, joka olisi myönnetty markkinaehtoisesti. Tällaisia määräyksiä on esimerkiksi Yhdysvaltain, Irlannin, Sveitsin, Alankomaiden, Ranskan ja Italian kanssa tehdyissä sopimuksissa. Esimerkiksi Yhdistyneen kuningaskunnan ja Yhdysvaltain kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tekemän sopimuksen 11 §:n 5 momentissa määrätään, että "mikäli koron maksajan ja koron saajan tai niiden molempien ja jonkun kolmannen henkilön välisen erityisen suhteen vuoksi maksetun koron määrä ylittää mistä tahansa syystä määrän, joka olisi maksettu, jos tällaista suhdetta ei olisi ollut, – – liikaa suoritetusta maksujen osasta kannetaan vero kummankin sopimusvaltion lainsäädännön mukaisesti siten, että tämän sopimuksen muut määräykset otetaan asianmukaisesti huomioon".

11. Jälkimmäisen verosopimusmääräysten ryhmän laajempi soveltamisala vahvistetaan TA:n 808A §:n 2 momentissa,[7] jossa säädetään, että ratkaistaessa sitä, onko tällaista "erityistä suhdetta" olemassa, on otettava huomioon kaikki seikat, mukaan lukien se, olisiko lainaa ylipäätään annettu, kuinka paljon sitä olisi annettu ja millä korolla, mikäli tällaista suhdetta ei olisi ollut. Molempien verosopimusten ryhmien osalta 808A §:n 3 momentissa säädetään, että erityistä suhdetta koskevassa säännöksessä on katsottava edellytettävän, että verovelvollinen osoittaa, että erityistä suhdetta ei ole, tai (tilanteen mukaan) näyttää toteen koron määrän, joka olisi maksettu, mikäli erityistä suhdetta ei olisi ollut. Näitä säännöksiä sovelletaan 14.5.1992 jälkeen maksettuihin korkoihin.

7 – Se lisättiin TA:han vuoden 1992 Finance Actin (nro 2) 52 §:llä.

3. Vuonna 1995 tehdyt muutokset

12. TA:n 209 §:n 2 momentin e kohdan iv ja v alakohta kumottiin vuoden 1995 verolailla (Finance Act) ja korvattiin TA:n 209 §:n 2 momentin da kohdalla, jossa säädettiin lähinnä, että korko, jota maksetaan konsernin (lainsäädännössä tarkoitettujen) jäsenten välillä ja jonka määrä ylittää markkinaehtoisen [8] koron määrän, on katsottava voitonjaoksi. Tätä pykälää sovelletaan silloin, kun lainanottaja on lainanantajan 75-prosenttisesti omistama tytäryhtiö tai molemmat ovat jonkin kolmannen yhtiön 75-prosenttisesti omistamia tytäryhtiöitä.

13. TA:n 212 §:n 1 ja 3 momentin mukaan, sellaisina kuin ne ovat muutettuina, TA:n 209 §:n 2 momentin da kohtaa ei sovelleta, jos sekä koronmaksaja että koronsaaja ovat yhtiöverovelvollisia Yhdistyneessä kuningaskunnassa.

14. TA:n 209 §:n 8B momentissa täsmennetään perusteet, joiden mukaan määritetään, onko korkomaksuja pidettävä voitonjakona. Näihin kuuluvat seuraavat: lainanottajan kokonaisvelkaantuneisuuden asianmukainen taso, voidaanko olettaa, että lainanottaja ja tietty henkilö olisivat ryhtyneet liiketoimeen, johon sisältyy arvopaperin liikkeeseen laskeminen liikkeeseenlaskijan toimesta tai lainan tai tietynsuuruisen lainan antaminen tälle yhtiölle, sekä korkokanta ja muut ehdot, joita voitaisiin olettaa sovellettavan missä tahansa yksittäistapauksessa tällaiseen liiketoimeen. Kun 209 §:n 8A momenttia luetaan yhdessä 209 §:n 8D–8F momentin kanssa, siinä täsmennetään, missä määrin yrityksiä voidaan ryhmitellä, jotta kyettäisiin arvioimaan niiden lainanoton taso konsolidoidusti. Säännöissä ei lähtökohtaisesti sallita tällaista laajempaan ulkomaiseen konserniin kuuluvien erillisten Yhdistyneen kuningaskunnan alakonsernien konsolidointia: kunkin Yhdistyneen kuningaskunnan alakonsernin lainanottokykyä arvioidaan erikseen. [9]

4. Vuonna 1998 tehdyt muutokset

15. TA:n liitteeseen 28AA, joka otettiin käyttöön vuoden 1998 Finance Actilla, sisäl-

8 – Tätä pykälää sovelletaan, mikäli laina kokonaisuudessaan tai osa siitä "on määrältään sellainen, että sitä ei olisi maksettu toiselle yritykselle, mikäli yritysten välillä ei olisi ollut (kyseisiä arvopapereita lukuun ottamatta) suhdetta, järjestelyjä tai muita yhteyksiä (virallisia tai epävirallisia), paitsi siltä osin kuin tällainen voitonjako ei ole määrältään sellainen tai se on edellä d kohdassa tarkoitettua voitonjakoa tai sen määrä vastaa pääomaa, josta arvopaperit on annettu vakuudeksi" (209 §:n 2 momentin da kohdan ii alakohta).

9 – TA:n 209 §:n 8A momentin b kohdassa säädetään, että ratkaistaessa sitä, täyttyvätkö 209 §:n 8B momentissa voitonjaoksi katsomiselle asetetut edellytykset, ei pitäisi ottaa huomioon mitään (muuta kuin lainanottajan ja lainanantajan välistä) suhdetta, järjestelyjä tai yhteyttä lainanottajan ja minkä tahansa henkilön välillä muutoin kuin siinä tapauksessa, että kyseisellä henkilöllä i) ei ole merkityksellistä yhteyttä (sellaisena kuin se on määritelty 209 §:n 8C momentissa) lainanottajan kanssa ja ii) se on yritys, joka kuuluu samaan Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevaan konserniin (sellaisena kuin se on määritelty 209 §:n 8D momentissa) kuin lainanottaja.

tyy siirtohinnoittelua koskeva yksityiskohtainen säännöstö, jota sovelletaan myös korkomaksuihin. Siirtohinnoittelusääntöjä sovelletaan, kun 1) kyseessä on liiketoimi tai useita liiketoimia saman yrityksen määräysvallassa olevien kahden yhtiön välillä. Tässä yhteydessä määräysvallalla tarkoitetaan välitöntä tai välillistä osallistumista näistä minkä tahansa yhtiön liikkeenjohtoon tai valvontaan tai välitöntä tai välillistä osakkuutta tällaisessa yhtiössä; [10] 2) liiketoimen ehdot poikkeavat siitä, millaisia ne olisivat olleet, jos yhtiöt eivät olisi olleet yhteisessä määräysvallassa ja 3) liiketoimen ansiosta toinen liiketoimen osapuolista saa Yhdistyneessä kuningaskunnassa mahdollisen verotuksellisen edun. Tällaisessa tapauksessa mahdollista etua saavan henkilön / saavien henkilöiden voitot ja tappiot "lasketaan verotuksessa siten kuin liiketoimi olisi toteutettu tai oletettu toteutetuksi markkinaehtoisesti todellisen liiketoimen sijasta". [11]

16. Oli katsottava, että liiketoimesta ei koitunut kenellekään asianomaisista henkilöistä mahdollista etua esimerkiksi silloin, jos liiketoimen toinen osapuoli oli Yhdistyneessä kuningaskunnassa tulo- tai yhtiöverovelvollinen ja tietyt muut edellytykset täyttyivät. Nämä edellytykset koskivat sitä, että 1) henkilöllä ei ollut oikeutta mihinkään vapautukseen tulo- tai yhtiöverosta kyseisen verotettavan tulon tai kyseisten verotettavien voittojen (tai niiden osan) osalta; [12] että 2) mikäli kyseinen henkilö oli tuloverovelvollinen kyseisistä liiketoimista saatavista voitoista, hänen verotuksellinen kotipaikkansa oli Yhdistyneessä kuningaspaikassa verokausina, joina hän oli tältä osin verovelvollinen; [13] että 3) kyseisellä henkilöllä ei ollut oikeutta [14] hyvitykseen minään verokautena minkään sellaisen ulkomaisen veron osalta, jota kannettaisiin asianomaisista toiminnoista saatavista voitoista, eikä hänellä olisi tällaista oikeutta myöskään minään tällaisena kautena, mikäli tällaisia voittoja olisi tai ne ylittäisivät tietyn määrän; [15] ja että 4) määrät, joita oli otettu huomioon laskettaessa kyseisen henkilön asianomaisista liiketoimista saamia voittoja tai tappioita, eivät minään verokautena sisältäneet mitään sellaista tuloa, jonka määrä olisi vähennetty TA:n 811 §.n 1 momentin nojalla (ulkomaalaisen veron vähentäminen, mikäli hyvitystä ei sallita).

17. Tätä sääntöä muutettiin vuoden 2004 Finance Actilla niin, että, sitä sovelletaan, mikäli molemmat liiketoimen osapuolet ovat verovelvollisia Yhdistyneessä kuningaskunnassa.

10 – TA:n liite 28AA, 1 §:n 1 momentin b alakohta.

11 – TA:n liite 28AA, 1 §:n 2 momentti. TA:n liitteen 28AA 5 §:n mukaan tämä vaatimus täyttyi yksittäistapauksessa, mikäli liiketoimen toteuttamisen tai oletetun toteuttamisen vaikutuksesta verotettavien voittojen määrä pienenisi kyseisen henkilön osalta minkä tahansa verokauden aikana ja/tai tappioiden määrä kasvaisi kyseisen henkilön osalta minkä tahansa verokauden aikana.

12 – TA:n liite 28AA, 5 §:n 3 momentin b kohta.

13 – TA:n liite 28AA, 5 §:n 3 momentin c kohta.

14 – Kaksinkertaisen verotuksen estämiseksi tehtyjen järjestelyjen tai TA:n 790 §:n 1 momentin nojalla.

15 – TA:n liite 28AA, 5 §:n 4 momentti.

III Ennakkoratkaisupyyntöön liittyvä tosiseikasto

A *Lafarge-konserni: asian kannalta merkitykselliset tosiseikat*

18. Alikapitalisointisääntöjä koskeva ryhmäkanne liittyy palautus- ja/tai hyvitysvaatimuksiin, joita on esitetty epäedullisen verokohtelun ja sellaisten muiden haitallisten verovaikutusten vuoksi, jotka ovat johtuneet edellä kuvatusta Yhdistyneen kuningaskunnan alikapitalisointijärjestelystä. Nämä kanteet nostettiin High Court of Justice of England and Walesissa sen jälkeen, kun yhteisöjen tuomioistuin oli antanut asiassa Lankhorst-Hohorst tuomionsa, jossa se totesi silloiset Saksan alikapitalisointisäännökset EY 43 artiklan vastaisiksi. [16] Nyt käsiteltävää ennakkoratkaisuasiaa varten esimerkkitapaukset valittiin siten, että ne edustavat erilaisia yritysrakenteita, joita koskevista tosiseikoista osapuolet pääsivät yksimielisyyteen. Kaikkiin esimerkkitapauksiin liittyy Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitseva tytäryhtiö, josta vähintään 75 prosenttia omistaa välittömästi tai välillisesti jokin ulkomainen emoyhtiö, ja joko emoyhtiö tai toinen ulkomainen yhtiö, joka on niin ikään emoyhtiön välittömästi tai välillisesti 75-prosenttisesti omistama tytäryhtiö, on antanut lainan lainanottajalle. Tämän seurauksena ennakkoratkaisukysymykset on muotoiltu yhteen esimerkkitapaukseen – Lafarge-konserni – liittyvän yhden liiketoimen tosiseikkojen perusteella ja sen perusteella, miten muut esimerkkitapaukset olennaisilta osin eroavat siitä.

19. Lafarge SA on julkisesti noteerattu yhtiö, jonka kotipaikka on Ranskassa ja joka on rakennustarvikkeita valmistavan monikansallisen konsernin ylimmän tason emoyhtiö. Nyt käsiteltävän asian kannalta merkityksellisiä Lafarge-konsernin jäseniä ovat 1) Financière Lafarge SA (jäljempänä lainanantaja), jonka paikka on Ranskassa ja joka on emoyhtiönsä Lafarge SA:n epäsuorasti kokonaan omistama tytäryhtiö, ja 2) Lafarge Building Materials Limited, jonka verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja joka on useimpien niiden Lafarge-konsernin tytäryhtiöiden, joiden verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa, ylimmän tason holdingyhtiö ja on itse Financière Lafargen välittömästi omistama tytäryhtiö. [17] Kantajina on myös yhdeksän muuta Lafarge-konsernin yhtiötä, joiden kaikkien verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja jotka ovat Lafarge Building Materialsin välittömiä tai välillisiä tytäryhtiöitä (ja tämä omisti kussakin tapauksessa yli 50 prosenttia näiden yritysten osakepääomasta).

20. Lafarge-konserni osti joulukuussa 1997 Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevan yrityksen Redland plc:n osakkeet. Tämän yritysoston rahoittamiseksi Financière Lafargella oli käytettävissään erilaisia – Lafarge SA:n viime kädessä takaamia – luottojärjestelyjä Lafarge-konsernin ulkopuolisten pank-

16 – Edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Lankhorst-Hohorst annettu tuomio.

17 – Financière Lafarge omisti kaikkina asian kannalta merkityksellisinä ajankohtina yli 75 prosenttia Lafarge Building Materialsin liikkeeseenlasketuista osakkeista.

kien kanssa, ja niiden avulla se saattoi myöntää lainarahoitusta koko konsernin yhtiöille tai valtuutetuilla tytäryhtiöillä oli mahdollisuus saada niistä rahoitusta suoraan. Erityisesti Redlandin oston rahoittamiseksi Financière Lafarge myönsi lyhytaikaisen lainan Lafarge Building Materialsille, joka puolestaan myönsi vastaavan lainan toiselle Lafarge-konserniin kuuluvalle yksikölle eli Minerals UK:lle. Redlandin osakkeiden ostohinnasta noin 50 prosenttia rahoitettiin tällä lainajärjestelyllä (eli Financière Lafargen ja Lafarge Building Materialsin välityksellä) ja loput niillä lainoilla, jotka Minerals UK sai suoraan Lafarge-konsernin ja sen ulkopuolisten pankkien välisistä luottojärjestelyistä. Useimmat näistä suorista lainoista maksettiin pois vuonna 1998 Lafarge SA:n Minerals UK:lle myöntämillä lainoilla, sen jälkeen kun Lafarge SA ja Financière Lafarge olivat jälleenrahoittaneet ulkoisia luottojärjestelyjään laskemalla liikkeeseen joukkovelkakirjoja parempien rahoitusehtojen saamiseksi.

21. Redlandin osakkeiden oston toteuduttua Lafarge-konserni sai Yhdistyneessä kuningaskunnassa toimineilta veroneuvonantajiltaan tiedon, että Yhdistyneen kuningaskunnan veroviranomaiset pitäisivät ainakin osaa siitä korosta, jonka Lafarge Building Materials näistä lainoista maksoi, voitonjakona TA:n 209 §:n 2 momentin da kohdan nojalla, minkä vuoksi Lafarge-konserni vähensi Lafarge Building Materialsin Financière Lafargelta ottamaa velkaa muuntamalla vuoden 1998 maaliskuun tienoilla kyseisen velan määrästä noin 75 prosenttia omaksi pääomaksi. Tämä tehtiin korottamalla Lafarge Building Materialsin osakepääomaa laskemalla osakkeita liikkeeseen Lafarge-konserniin kuuluville yhtiöille – jolloin suurimman osan osakkeista merkitsi Financière Lafarge. Näiden yhtiöiden kyseisistä osakkeista suorittamat maksut vähennettiin sitten Lafarge Building Materialsin Financière Lafargelta ottamasta samansuuruisesta velasta.

22. UK Inland Revenue (Yhdistyneen kuningaskunnan veroviranomainen) aloitti maaliskuussa 1999 Redlandin osakkeiden ostoa koskeneet tutkimukset. Inland Revenue ei hyväksynyt Lafargen näkemystä, jonka mukaan ulkopuolinen pankki olisi tavanomaisesti myöntänyt lainoja, joiden määrä ja ehdot olisivat vastanneet yhtäältä Financière Lafargen ja Lafarge Building Materialsin ja toisaalta Minerals UK:n ja Lafarge SA:n välisten lainojen määrää ja ehtoja, ja katsoi, että osaa lainakorosta olisi pidettävä voitonjakona TA:n 209 §:n 2 momentin da kohdan nojalla. Inland Revenuen ja Lafargen neuvonantajien tapaamisissa tehtiin sopimus, jonka mukaan tietyt Financière Lafargen Lafarge Building Materialsille ja Minerals UK:n Lafarge SA:lle maksamat korot katsottiin voitonjaoksi erityisesti silloin, jos kokonaisnettovelan ja veronalaisen liikevoiton välinen suhde ylitti tietyt kynnysarvot.

B *Muut esimerkkitapaukset: asian kannalta merkitykselliset tosiseikat*

23. Muut nyt käsiteltävää ennakkoratkaisupyyntöä varten valitut esimerkkitapaukset koskevat seuraavia yritysryhmiä.

24. Ensimmäinen täydentävä esimerkkitapaus koskee Volvo-konsernia, jonka nyt käsiteltävän asian kannalta merkitykselliset yksiköt ovat seuraavat: 1) AB Volvo, joka on julkisesti noteerattu emoyhtiö, jonka verotuksellinen kotipaikka on Ruotsissa; 2) Volvo Treasury AB, jonka verotuksellinen kotipaikka on Ruotsissa ja joka on AB Volvon välittömästi ja kokonaan omistama tytäryhtiö; 3) Volvo Truck and Bus Limited, jonka verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja joka on AB Volvon epäsuorasti Ruotsissa ja Alankomaissa sijaitsevien yhtiöiden välityksellä kokonaan omistama tytäryhtiö; ja 4) VFS Financial Services (UK) Limited, jonka verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja joka on AB Volvon epäsuorasti Ruotsissa sijaitsevien väliyhtiöiden välityksellä kokonaan omistama tytäryhtiö. Esimerkkitapaus koskee erityisesti tilannetta, jossa Volvo Treasury myönsi lokakuussa 1999 lainasopimuksella rahoitusta Volvo Truck and Busille. Edellä kuvattua Lafarge-konsernin tilannetta vastaavassa tilanteessa osa tästä velasta muunnettiin joulukuussa 1999 Volvo Truck and Busin omaksi pääomaksi. Volvo-korserni teki Inland Revenuen kanssa sopimuksen edellytyksistä, joiden täyttyessä sen korkomaksuja ei katsottaisi voitonjaoksi vuonna 2000.

25. Toinen esimerkkitapaus koskee PepsiCo-konsernia, jonka nyt käsiteltävän asian kannalta merkitykselliset yksiköt ovat seuraavat: 1) PepsiCo Inc, emoyhtiö, jonka verotuksellinen kotipaikka on Amerikan yhdysvalloissa; 2) PepsiCo Finance Europe Limited, joka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa rekisteröity yhtiö, jonka verotuksellinen kotipaikka on Luxemburgissa ja joka toimi Sveitsissä sivuliikkeen välityksellä ja oli PepsiCo Inc:n epäsuorasti sellaisten välitason holdingyhtiöiden välityksellä kokonaan omistama tytäryhtiö, joiden verotuksellinen kotipaikka oli Irlannissa ja muissa kolmansissa maissa; ja 3) PepsiCo Holdings, jonka verotuksellinen kotipaikka oli Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja joka oli PepsiCo Inc:n epäsuorasti sellaisten väliyhtiöiden välityksellä kokonaan omistama tytäryhtiö, joiden verotuksellinen kotipaikka oli jäsenvaltioissa ja kolmansissa maissa. PepsiCo Finance Europe myönsi vuodesta 1999 lähtien sveitsiläisen sivuliikkeensä välityksellä lainoja PepsiCo Holdingsille, ja siitä maksettuihin korkoihin sovellettiin Yhdistyneen kuningaskunnan ja Luxemburgin vuonna 1968 kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tekemää sopimusta.

26. Kolmas ja neljäs täydentävä esimerkkitapaus koskevat kumpikin Caterpillar-konsernia, joka on nostanut kanteita, jotka on ryhmitelty kahdeksi eri tyyppiseksi esimerkkitapaukseksi.

27. Kolmannen täydentävän esimerkkitapauksen kannalta merkityksellisiä Caterpillar-konsernin yksiköitä ovat seuraavat: 1) Caterpillar Inc, emoyhtiö, jonka verotuksellinen kotipaikka on Amerikan yhdysvalloissa; 2) Caterpillar International Finance plc, jonka verotuksellinen kotipaikka on Irlannissa ja joka on Caterpillar Inc:n epäsuorasti

sellaisten välitason holdingyhtiöiden välityksellä kokonaan omistama tytäryhtiö, joiden verotuksellinen kotipaikka on joko Yhdistyneessä kuningaskunnassa tai Amerikan yhdysvalloissa (näihin holdingyhtiöihin kuuluu Caterpillar Financial Services Corporation, jonka verotuksellinen kotipaikka on Amerikan yhdysvalloissa); ja 3) Caterpillar Financial Services (UK) Ltd, jonka verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja joka on Caterpillar Inc:n epäsuorasti sellaisten välitason holdingyhtiöiden välityksellä kokonaan omistama tytäryhtiö, joiden verotuksellinen kotipaikka on joko Yhdistyneessä kuningaskunnassa tai Amerikan yhdysvalloissa ja joista yksi on Caterpillar Financial Services Corporation. Erityisesti Caterpillar International Finance myönsi Caterpillar Financial Services (UK):lle lainan, josta maksettuihin korkoihin sovellettiin Yhdistyneen kuningaskunnan ja Irlannin vuonna 1976 kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tekemää sopimusta.

28. Neljännen täydentävän esimerkkitapauksen kannalta merkityksellisiä Caterpillar-konsernin yksiköitä ovat seuraavat: 1) Caterpillar Inc; 2) Caterpillar Overseas SA, jonka verotuksellinen kotipaikka on Sveitsissä ja joka on asianomaisen ajanjakson mukaan Caterpillar Inc:n joko välittömästi tai välillisesti kokonaan omistama tytäryhtiö; niinä ajanjaksoina, jolloin yhtiö oli välillinen tytäryhtiö, välitason holdingyhtiöiden verotuksellinen kotipaikka oli Amerikan yhdysvalloissa; ja 3) Caterpillar Peterlee Limited, jonka verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja joka on Caterpillar Inc:n epäsuorasti sellaisten välitason holdingyhtiöiden välityksellä kokonaan omistama tytäryhtiö, joiden verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Erityisesti Caterpillar Overseas myönsi Caterpillar Peterleelle lainan, josta maksettuihin korkoihin sovellettiin Yhdistyneen kuningaskunnan ja Sveitsin vuonna 1977 kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tekemää sopimusta.

IV Ennakkoratkaisukysymykset ja asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa

29. Kun testitapausten tosiseikoista oli päästy yksimielisyyteen, pääasian oikeudenkäyntiä lykättiin 21.12.2004 ja yhteisöjen tuomioistuimelle esitettiin seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko EY 43, EY 49 tai EY 56 artiklan vastaista, että jäsenvaltio (jäljempänä lainanottajayhtiön asuinvaltio) pitää voimassa ja soveltaa [ICTA:n] 209 ja 212 §:ään ja sen liitteeseen 28AA sisältyvien säännösten kaltaisia säännöksiä (jäljempänä kansalliset säännökset), joilla rajoitetaan kyseisessä jäsenvaltiossa asuvan yhtiön (jäljempänä lainanottajayhtiö) mahdollisuutta vähentää verotuksessa sellaisen lainarahoituksen korot, jonka toisessa jäsenvaltiossa asuva välitön tai välillinen emoyhtiö on myöntänyt, kun lainanottajayhtiöön ei sovellettaisi tällaisia rajoituksia, jos emoyhtiö olisi asunut lainanottajayhtiön asuinvaltiossa?

2) Vaikuttaako ensimmäiseen kysymykseen annettavaan vastaukseen se,

a) jos lainarahoitusta ei myönnä lainanottajayhtiön emoyhtiö vaan sellainen saman konsernin toinen yhtiö (jäljempänä lainanantajayhtiö), jolla on lainanottajayhtiön kanssa yhteinen välitön tai välillinen emoyhtiö, ja jos sekä tämä yhteinen emoyhtiö että lainanantajayhtiö asuvat muissa jäsenvaltioissa kuin lainanottajayhtiön asuinvaltiossa?

b) jos lainanantajayhtiö ja lainanottajayhtiö asuvat eri jäsenvaltioissa mutta lainanottajayhtiön ja lainanantajayhtiön kaikki yhteiset välittömät tai välilliset emoyhtiöt asuvat kolmannessa maassa?

c) jos lainanantajayhtiön ja lainanottajayhtiön kaikki yhteiset välittömät tai välilliset emoyhtiöt asuvat kolmansissa maissa ja jos lainanantajayhtiö asuu eri jäsenvaltiossa kuin lainanottajayhtiö mutta myöntää lainanottajayhtiölle lainarahoituksen sellaisesta sivuliikkeestään, joka sijaitsee kolmannessa maassa?

d) jos lainanantajayhtiö sekä lainanantajayhtiön ja lainanottajayhtiön kaikki yhteiset välittömät tai välilliset emoyhtiöt asuvat kolmansissa maissa?

3) Vaikuttaisiko ensimmäiseen ja toiseen kysymykseen annettaviin vastauksiin se, jos voitaisiin osoittaa, että lainanotossa oli kyse sellaisesta oikeuksien väärinkäytöstä tai se oli osa sellaista keinotekoista järjestelyä, jonka tarkoituksena oli kiertää lainanottajayhtiön asuinvaltiona olevan jäsenvaltion verolainsäädäntöä? Jos vaikuttaisi, minkälaisia ohjeita yhteisöjen tuomioistuin katsoo tarkoituksenmukaiseksi antaa siitä, mikä muodostaa tällaisen väärinkäytön tai keinotekoisen järjestelyn käsiteltävänä olevan asian kaltaisten tapausten yhteydessä?

4) Mikäli kyse on EY 56 artiklassa tarkoitetusta pääomanliikkeiden rajoittamisesta jäsenvaltioiden ja kolmansien maiden välillä, oliko tällainen rajoitus EY

57 artiklan soveltamisen kannalta voimassa 31.12.1993?

5) Mikäli jokin ensimmäisessä tai toisessa kysymyksessä mainituista seikoista on vastoin EY 43, EY 49 tai EY 56 artiklaa ja lainanottajayhtiö tai muut sen konsernin yhtiöt, johon lainanottajayhtiö kuuluu (jäljempänä kantajat), esittävät seuraavia vaatimuksia:

a) vaatimus sellaisen lisäyhtiöveron palauttamisesta, jonka lainanottajayhtiö on maksanut sen takia, ettei se ole saanut vähentää yhtiöveron alaisista voitoistaan lainanantajayhtiölle maksamaansa korkoa, kun tällaiset koronmaksut olisi katsottu voitavan vähentää lainanottajayhtiön voitoista, jos myös lainanantajayhtiö olisi asunut lainanottajayhtiön asuinvaltiossa;

b) vaatimus lainanottajayhtiön maksaman lisäyhtiöveron palauttamisesta, kun lainakoron koko määrä on tosiasiassa maksettu lainanantajayhtiölle, mutta kyseisen koron vähennysoikeutta koskevaa vaatimusta on alennettu kansallisten säännösten tai sen takia, miten veroviranomainen on kyseisiä säännöksiä soveltanut;

c) vaatimus lainanottajayhtiön maksaman lisäyhtiöveron palauttamisesta, kun lainanantajayhtiöltä saatujen lainojen koron sitä määrää, joka on vähennettävissä lainanottajayhtiön voitoista, on alennettu sillä perusteella, että on merkitty omaa pääomaa vieraan pääoman tarjoamisen sijasta tai että annettu vieras pääoma on korvattu omalla pääomalla kansallisten säännösten tai sen takia, miten veroviranomainen on kyseisiä säännöksiä soveltanut;

d) vaatimus lainanottajayhtiön maksaman lisäyhtiöveron palauttamisesta, kun lainanantajayhtiöltä saatujen lainojen sitä korkoa, joka on vähennettävissä lainanottajayhtiön voitoista, on alennettu siten, että lainaan sovellettavaa korkokantaa on alennettu (tai lainasta on tehty koroton) kansallisten säännösten tai sen takia, miten veroviranomainen on kyseisiä säännöksiä soveltanut;

e) vaatimus lainanottajayhtiön (tai lainanottajayhtiölle sen konsernin, johon lainanottajayhtiö kuuluu, muista lainanottajayhtiön asuinval-

tiossa asuvista yhtiöistä luovutettujen) niiden tappioiden tai muiden yhtiöveron vähennysten tai hyvitysten korvaamisesta tai hyvittämisestä, jotka lainanottajayhtiö on käyttänyt vähennyksinä maksettavakseen tulleesta edellä a, b tai c kohdassa mainitusta lisäyhtiöverosta, kun tällaiset tappiot, vähennykset ja hyvitykset olisivat muutoin olleet käytettävissä johonkin toiseen tarkoitukseen tai siirrettävissä seuraavalle tilikaudelle;

f) vaatimus sellaisen käyttämättömän yhtiöveroennakon palauttamisesta, jonka lainanottajayhtiö on maksanut sellaisista lainanantajayhtiölle suorittamistaan koronmaksuista, jotka katsottiin voitonjaoksi;

g) vaatimus sellaisen yhtiöveroennakon palauttamisesta tai korvaamisesta, joka on maksettu edellä f kohdassa mainitussa tilanteessa mutta joka on myöhemmin vähennetty lainanottajayhtiön yhtiöverovelasta;

h) vaatimus sellaisten kulujen ja menojen korvaamisesta, joita kantajille on aiheutunut kansallisten säännösten ja veroviranomaisten näitä säännöksiä koskevan soveltamiskäytännön noudattamisesta;

i) vaatimus sellaisesta lainapääomasta saatavan tuoton menetyksen korvaamisesta tai hyvittämisestä, joka on c kohdassa kuvatussa tilanteessa sijoitettu omana pääomana (tai muunnettu omaksi pääomaksi) ja

j) vaatimus sellaisen verovelan korvaamisesta tai hyvittämisestä, joka on syntynyt lainanantajayhtiölle sen asuinvaltiossa siksi, että sen on katsottu tai oletettu saaneen lainanottajayhtiöltä sellaista korkoa, joka on ensimmäisessä kysymyksessä mainittujen kansallisten säännösten nojalla katsottu voitonjaoksi,

onko tällaisia vaatimuksia pidettävä yhteisön oikeuden kannalta

aiheettomasti perittyjen summien palauttamisvaatimuksina, jotka perustuvat edellä mainittujen yhteisön säännösten ja määräysten rikkomiseen ja liittyvät siihen; vai

hyvitys- tai vahingonkorvausvaatimuksina; vai

c) onko joidenkin muiden edellytysten täytyttävä?

sellaisen rahamäärän maksamista koskevina vaatimuksina, joka vastaa perusteettomasti evättyä etua?

7) Onko sillä merkitystä, esitetäänkö kuudennessa kysymyksessä mainitut vaatimukset kansallisen oikeuden nojalla palautusvaatimuksina vai esitetäänkö ne tai onko ne esitettävä kansallisen oikeuden nojalla vahingonkorvausvaatimuksina?

6) Mikäli viidennen kysymyksen johonkin osaan vastataan siten, että kyseessä ovat sellaisen rahamäärän maksamista koskevat vaatimukset, joka vastaa perusteettomasti evättyä etua,

8) Millaisia ohjeita yhteisöjen tuomioistuin katsoo tarkoituksenmukaiseksi antaa käsiteltävinä olevissa tapauksissa siitä, mitä seikkoja kansallisen tuomioistuimen olisi otettava huomioon selvittäessään, onko kyse yhdistetyissä asioissa C-46/93 ja C-48/93, Brasserie du Pêcheur ja Factortame, annetussa tuomiossa tarkoitetusta riittävän ilmeisestä rikkomisesta, ja selvittäessään erityisesti sitä, onko rikkominen anteeksiannettava, kun otetaan huomioon asian kannalta merkityksellisten yhteisön säännösten ja määräysten tulkintaa koskeva tämänhetkinen oikeuskäytäntö?

a) perustuvatko tällaiset vaatimukset edellä mainituissa yhteisön säännöksissä ja määräyksissä myönnettyyn oikeuteen ja liittyvätkö ne tähän oikeuteen; vai

b) onko kaikkien tai joidenkin yhdistetyissä asioissa C-46/93 ja C-48/93, Brasserie du Pêcheur ja Factortame, 5.3.1996 annetussa tuomiossa vahingonkorvauksille asetettujen edellytysten täytyttävä, vai

9) Voiko EY 43, EY 49 ja EY 56 artiklan mahdollisen rikkomisen ja niiden viidennen kysymyksen a–h kohdassa yksilöityihin ryhmiin kuuluvien tappioiden,

joiden väitetään aiheutuneen kyseisestä rikkomisesta, välillä lähtökohtaisesti olla (yhdistetyissä asioissa C-46/93 ja C-48/93, Brasserie du Pêcheur ja Factortame, annetussa tuomiossa tarkoitettua) välitöntä syy-yhteyttä? Jos voi, millaisia ohjeita yhteisöjen tuomioistuin katsoo tarkoituksenmukaiseksi antaa niistä seikoista, jotka kansallisen tuomioistuimen olisi otettava huomioon selvittäessään tällaisen välittömän syy-yhteyden olemassaoloa?

10) Kun kansallinen tuomioistuin määrittää sellaista tappiota tai vahinkoa, josta voidaan myöntää korvaus, voiko se ottaa huomioon sen, osoittivatko vahinkoa kärsineet henkilöt kohtuullista varovaisuutta välttääkseen tappionsa tai rajoittaakseen sitä erityisesti käyttämällä hyväkseen sellaisia oikeussuojakeinoja, joilla olisi voitu osoittaa, että kansallisista säännöksistä ei (kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehtyjen sopimusten soveltamisen takia) seurannut ensimmäisessä kysymyksessä esitettyjä rajoituksia? Vaikuttavatko tähän kysymykseen annettavaan vastaukseen uskomukset, joita asianosaisilla oli asian kannalta merkityksellisinä ajankohtina kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehtyjen sopimusten vaikutuksesta?"

30. Kirjallisia lausumiaan ovat yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 23 artiklan mukaisesti esittäneet esimerkkiyhtiöt, Yhdistyneen kuningaskunnan ja Saksan hallitukset sekä komissio. Suullinen käsittely pidettiin 31.1.2006, ja kaikki nämä osapuolet sekä Alankomaiden hallitus esittivät siellä suulliset lausumansa.

V Oikeudellinen arviointi

A *Sovellettava(t) perustamissopimuksen määräys (määräykset)*

31. Koska kansallinen tuomioistuin on esittänyt kysymyksiä asiaa koskevan Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännön yhteensopivuudesta perustamissopimuksen sijoittautumisvapautta, palvelujen tarjoamisen vapautta ja pääomien vapaata liikkuvuutta koskevien määräysten (EY 43, EY 49 ja EY 56 artikla) kanssa, ensimmäinen tarkasteltava seikka on se, minkä näiden perustamissopimuksen määräysten perusteella lainsäädäntöä pitäisi arvioida. Tämä ongelma on tärkeä kahdesta syystä. Ensinnäkin EY 43 ja EY 49 artiklaa sovelletaan ainoastaan rajoituksiin, jotka koskevat sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden käyttämistä jäsenvaltioiden välillä, mutta EY 56 artiklassa kielletään myös rajoitukset, joita asetetaan pääoman liikkuvuudelle jäsenvaltioiden ja kolmansien maiden välillä. Toiseksi EY 56 artiklan ajallinen

soveltamisala on erilainen kuin EY 43 ja EY 49 artiklan: EY 56 artikla tuli erityisesti voimaan ja oli suoraan sovellettava 1.1.1994 lähtien, ja sitä koskee "standstill"-lauseke (EY 57 artikla) kolmansien valtioiden osalta (vaikka pääomien vapaata liikkuvuutta koskeva periaate oli jo otettu käyttöön neuvoston direktiivillä 88/361). [18]

32. Todettakoon ensiksi EY 43 artiklasta, että yhteisöjen tuomioistuin on vakiintuneessa oikeuskäytännössään katsonut, että johonkin jäsenvaltioon sijoittautunut yritys, jolla on toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneesta yrityksestä sellainen omistusosuus, joka antaa sille "selvän vaikutusvallan yhtiön päätöksiin ja mahdollisuuden määrätä yhtiön toiminnasta", käyttää sijoittautumisoikeuttaan. [19]

33. Nyt käsiteltävässä asiassa vaikuttaa siltä, että Yhdistyneen kuningaskunnan asianomaista lainsäädäntöä, sellaisena kuin sen sanamuoto on kussakin yhteisöjen tuomioistuimelle toimitetussa muutetussa versiossa, sovelletaan ainoastaan tilanteisiin, joissa yhdellä yhtiöllä on (tai oli asianomaisena ajanjaksona) selvä vaikutusvalta toisen yrityksen päätöksiin yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla. Siten sellaisena kuin 209 §:n 2 momentin e kohta oli vuonna 1995 tehtyihin muutoksiin asti voimassa olleessa lainsäädännön versiossa, sitä sovellettiin erityisesti lainoihin, joita ulkomainen yritys myönsi Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevalle yritykselle, joka oli lainanantajayrityksen 75-prosenttisesti omistama tytäryhtiö, tai tilanteissa, joissa molemmat yritykset olivat ulkomaalaisen kolmannen yrityksen 75-prosenttisesti omistamia tytäryhtiöitä (eli kun laina myönnettiin emoyhtiön toisen tytäryhtiön välityksellä). Tämä sovellettavuuden edellytys säilytettiin muutoksissa, jotka tehtiin vuoden 1995 Finance Actilla. [20]

34. Tilanne muuttui jonkin verran Yhdistyneen kuningaskunnan vuoden 1998 Finance Actissa, jolla saatettiin liiketoimet, jotka olivat aiemmin kuuluneet sen erityisten alikapitalisointisääntöjen soveltamisalaan, Yhdistyneen kuningaskunnan yleisten siirtohinnoittelusääntöjen soveltamisalaan kuuluviksi. Näitä sääntöjä sovelletaan kuitenkin ainoastaan silloin, kun liiketoimi on yhteisessä määräysvallassa olevien kahden yhtiön välillä tehty tai tehdyksi oletettu liiketoimi eli kun toinen näistä yhtiöistä osallistuu välittömästi tai välillisesti toisen yhtiön liikkeenjohtoon tai valvontaan tai on sen välitön tai välillinen osakas tai kun sama henkilö osallistuu välittömästi tai välillisesti molempien yhtiöiden liikkeenjohtoon tai valvontaan tai on niiden välitön tai välillinen osakas. [21] Tämä edellytys on mielestäni riittävä osoittamaan sen, että "selvää vaikutusvaltaa" koskeva edellytys täyttyy tässä tapauksessa. Joka tapauksessa jokaiseen esimerkkitapaukseen liittyy tytäryhtiö, jonka verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja joka on välittömästi tai välillisesti vähintään 75-prosenttisesti ulkomaisen emo-

18 – Perustamissopimuksen 67 artiklan täytäntöönpanosta 24 päivänä kesäkuuta 1988 annettu neuvoston direktiivi 88/361/ETY (EYVL L 178, s. 5).

19 – Asia C-251/98, Baars, tuomio 13.4.2000 (Kok. 2000, s. I-2787, 22 kohta). Vaikka kyseinen asia koski jäsenvaltion kansalaisen eikä yrityksen osakeomistusta, tämä periaate on sovellettavissa myös kyseiseen jäsenvaltioon sijoittautuneisiin yrityksiin. Ks. myös EY 58 artiklan 2 kohta, jossa määrätään, että pääomien liikkumisvapauden soveltaminen ei "rajoita sellaisten sijoittautumisoikeuden rajoitusten soveltamista, jotka ovat sopusoinnussa tämän sopimuksen kanssa".

20 – Ks. TA:n 209 §:n 2 momentin da kohta.

21 – TA:n liite 28AA, 1 §:n 1 momentin b kohta.

yhtiön tai sellaisen toisen ulkomaisen tytäryhtiön omistuksessa, josta emoyhtiön niin ikään omistaa välittömästi tai välillisesti 75 prosenttia. Voitaisiin todellakin sanoa, että sitä päätelmää, että EY 43 artiklaa sovelletaan Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännön nimenomaisen sanamuodon perusteella, vahvistaa itse kansallisten alikapitalisointisääntöjen ja siirtohinnoittelusääntöjen tarkoitus, sillä nämä säännöt, kuten edellä olen huomauttanut, perustuvat siihen ajatukseen, että saattaa olla joissain tilanteissa rajat ylittävien konsernien verotuksellisen kokonaisaseman kannalta edullista pyrkiä sopimaan liiketoimen ehdoista tai liiketoimen luonteesta muulla tavoin kuin niistä olisi sovittu markkinaehtoisesti. Tällä on merkitystä vain konsernitilanteissa eli silloin kun emoyhtiöllä (ja/tai konsernin väliyhtiöillä) on selvä vaikutusvalta alemmalla tasolla oleviin tytäryhtiöihin. [22]

35. Tämän seurauksena nyt käsiteltävässä asiassa riidanalaisen Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännön yhteensopivuutta on tarkasteltava sijoittautumisvapautta koskevien perustamissopimuksen määräysten perusteella. Tämä tarkoittaa selvästi sitä, että EY 49 artiklaa, jossa ei edellytetä pysyvää vaan tilapäistä toimipaikkaa toisessa jäsenvaltiossa, ei sovelleta. [23] Sen sijaan on periaatteessa mahdollista, että pääomien vapaata liikkuvuutta koskevia perustamissopimuksen määräyksiä voitaisiin soveltaa samaan aikaan sijoittautumisvapautta koskevien määräysten kanssa. [24] Viittaan tässä yhteydessä julkisasiamies Alberin asiassa Baars antamaan ratkaisuehdotukseen, jossa hän ilmaisi näkemyksensä, jonka mukaan sellaisessa tapauksessa, jossa sekä pääomien vapaa liikkuvuus että sijoittautumisvapaus saattavat vaarantua, yhteisöjen tuomioistuimen pitäisi tutkia, kumpaa niistä kansallisilla säännöksillä rajoitetaan suoraan. Jos niitä molempia rajoitetaan suoraan, pitäisi tutkia kansallisten säännösten yhteensopivuus EY 43 ja EY 56 artiklan kanssa. Jos on sitä vastoin kyse sijoittautumisvapauden suorasta rajoittamisesta, joka sijoittautumisen estämisen takia aiheuttaa välillisesti sen, että jäsenvaltioiden väliset pääomavirrat pienenevät, sovelletaan pelkästään sijoittautumisvapautta koskevia määräyksiä. [25] Yhdyn tähän näkemykseen.

36. Kun tätä testiä sovelletaan nyt käsiteltävänä olevaan asiaan, on katsottava, että vaikka ulkomaisten emoyhtiöiden sijoittautumisvapauden käyttäminen siten, että ne

22 – Ks. myös välimiesmenettely-yleissopimuksen 4 artiklan 1 kohta, jossa määrätään, että siinä vahvistettujen siirtohintasääntöjen soveltamisedellytyksenä on, että sopimusvaltiossa oleva yritys välittömästi tai välillisesti osallistuu toisessa sopimusvaltiossa olevan yrityksen johtoon tai valvontaan tahi omistaa osan sen pääomasta taikka samat henkilöt välittömästi tai välillisesti osallistuvat sekä sopimusvaltiossa olevan yrityksen että toisessa sopimusvaltiossa olevan yrityksen johtoon tai valvontaan tahi omistavat osan niiden pääomasta. Ks. vastaavasti OECD:n laatiman tulo- ja varallisuusveroja koskevan malliverosopimuksen 9 artiklan 1 kappale artikloja koskevine kommentaareineen, OECD, Pariisi, 1977, sellaisena kuin se on muutettuna.

23 – Ks. esim. asia 205/84, komissio v. Saksa, tuomio 4.12.1986 (Kok. 1986, s. 3755, Kok. Ep. VIII, s. 769).

24 – Asia C-484/93, Svensson ja Gustavsson, tuomio 14.11.1995 (Kok. 1995, s. I-3955).

25 – Edellä alaviitteessä 19 mainittu asia Baars, ratkaisuehdotuksen 26 kohta. Ks. myös yhdistetyissä asioissa C-515/99 ja C-527/99–C-540/99, Reisch, antamani ratkaisuehdotus (Kok. 2002, s. I-2157, 59 kohta).

perustavat tytäryhtiön Yhdistyneeseen kuningaskuntaan, välttämättä edellyttää pääoman siirtämistä Yhdistyneeseen kuningaskuntaan siltä osin kuin se on tarpeen tämän tytäryhtiön perustamiseksi, pääoman siirto on mielestäni ainoastaan välillinen seuraus tästä sijoittautumisesta. Tästä seuraa, että riidanalaisen Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännön yhteensopivuutta pitäisi tarkastella ainoastaan EY 43 artiklan kannalta.

B *Ensimmäinen kysymys*

37. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee ensimmäisellä kysymyksellään, onko EY 43, EY 49 tai EY 56 artiklan vastaista, että jäsenvaltio pitää voimassa ja soveltaa vuoden 1988 ICTA:n 209 § ja 212 §:ään sekä liitteeseen 28AA sisältyvien kaltaisia säännöksiä, joilla rajoitetaan sellaisen yhtiön, jonka verotuksellinen kotipaikka on kyseisessä jäsenvaltiossa, mahdollisuutta vähentää verotuksessa sellaisen lainarahoituksen korot, jonka on myöntänyt sellainen välitön tai välillinen emoyhtiö, jonka verotuksellinen kotipaikka on jossain toisessa jäsenvaltiossa, kun lainanottajayhtiöön ei sovellettaisi tällaisia rajoituksia, jos emoyhtiön verotuksellinen kotipaikka olisi lainanottajayhtiön kotipaikkavaltiossa.

38. Tämän kysymyksen kannalta merkityksellinen esimerkkitapaus on Lafarge-konsernin tapaus. Edellä esitetyistä syistä tutkin lainsäädännön yhteensopivuutta yksinomaan EY 43 artiklan kannalta.

39. Vakiintuneessa oikeuskäytännössä on katsottu, että vaikka välitön verotus kuuluu lähtökohtaisesti jäsenvaltioiden toimivaltaan, jäsenvaltioiden on käytettävä tätä toimivaltaansa yhteisön oikeutta noudattaen, ja tähän sisältyy myös EY 43 artiklan mukainen velvollisuus kieltää rajoitukset, jotka estävät jäsenvaltion alueelle sijoittautuneita jäsenvaltion kansalaisia perustamasta kauppaedustajan liikkeitä, sivuliikkeitä ja tytäryhtiöitä. [26] EY 43 artiklan 2 kohdassa täsmennetään, että sijoittautumisvapauteen kuuluu oikeus perustaa ja johtaa yrityksiä niillä edellytyksillä, jotka sijoittautumisvaltion lainsäädännön mukaan koskevat sen kansalaisia.

40. Kuten huomautin asioissa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Test Claimants in the FII Group Litigation, Kerckhaert ja Morres sekä Denkavit antamissani ratkaisuehdotuksissa, [27] EY 43 artiklaa sovelletaan, mikäli rajat ylittävien ja täysin kotimaisten tilanteiden erilainen

26 – Ks. esim. asia C-446/03, Marks & Spencer, tuomio 13.12.2005 (Kok. 2005, s. I-0000, 29 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

27 – Ks. asiassa C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, 23.2.2006 antamani ratkaisuehdotus (32 kohta ja sitä seuraavat kohdat, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa); asiassa C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, 6.4.2006 antamani ratkaisuehdotus (37 kohta ja sitä seuraavat kohdat, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa); asiassa C-513/04, Kerckhaert ja Morres, 6.4.2006 antamani ratkaisuehdotus (18 ja 19 kohta, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa) ja asiassa C-170/05, Denkavit, 27.4.2006 antamani ratkaisuehdotus (20 kohta, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

kohtelu ei johdu suoraan ja loogisesti siitä, että yhteisön oikeuden kehittämisen nykytilanteessa verovelvollisiin voidaan soveltaa rajat ylittävissä tilanteissa eri verovelvoitteita kuin maan sisäisissä tilanteissa.[28] Tämä merkitsee erityisesti sitä, että jotta epäedullinen verokohtelu kuuluisi EY 43 artiklan soveltamisalaan, sen pitäisi johtua suorasta tai peitellystä syrjinnästä, joka perustuu yhden verojärjestelmän sääntöihin, eikä ainoastaan kahden tai useamman jäsenvaltion verojärjestelmien eroista tai verotustoimivallan jaosta taikka kansallisten verohallintojen rinnakkaiselosta (joita olen kutsunut kvasirajoituksiksi).[29]

41. Kun tätä testiä sovelletaan nyt käsiteltävään asiaan, ensimmäinen kysymys koskee sitä, johtavatko Yhdistyneen kuningaskunnan säännöt, kuten esimerkkiyhtiöt väittävät, Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevien tytäryhtiöiden epäedulliseen verokohteluun, joka perustuu niiden välittömien tai välillisten emoyhtiöiden sijaintiin. Mikäli näin on, seuraavaksi on tutkittava, johtuuko tällainen epäedullinen verokohtelu yksinomaan kvasirajoituksesta eikä siten kuulu EY 43 artiklan soveltamisalaan. Jos näin ei ole, on lopuksi tutkittava, johtuuko epäedullinen verokohtelu syrjinnästä ja onko tällainen syrjintä perusteltavissa.

28 – Ks. tätä koskevat laajemmat perustelut edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation antamani ratkaisuehdotus, 31–54 kohta.

29 – Sama ratkaisuehdotus, 55 kohta; ks. myös edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa Denkavit antamani ratkaisuehdotus, 20 kohta.

1. Kohdellaanko Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevia tytäryhtiöitä verotuksessa epäedullisesti niiden välittömien tai välillisten emoyhtiöiden sijainnin perusteella?

42. Vaikuttaa selvältä, että Yhdistyneen kuningaskunnan sääntöihin sisältynyt erilainen verokohtelu merkitsi vuoteen 2004 saakka voimassa olleissa versioissa sitä, että tytäryhtiöitä, joiden verotuksellinen kotipaikka oli Yhdistyneessä kuningaskunnassa mutta joiden emoyhtiöillä ei ollut siellä verotuksellista kotipaikkaa, kohdeltiin verotuksessa epäedullisemmin kuin tytäryhtiöitä, joiden verotuksellinen kotipaikka oli Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja joiden emoyhtiöidenkin verotuksellinen kotipaikka oli siellä.

43. Ensinnäkin Yhdistyneen kuningaskunnan sääntöjen mukaan tytäryhtiöitä, joilla oli verotuksellinen kotipaikka Yhdistyneessä kuningaskunnassa, kohdeltiin verotuksessa todellakin eri tavalla sen mukaan, missä niiden emoyhtiö sijaitsi.

– Vuoteen 1995 saakka sovellettujen sääntöjen mukaan lähtökohtaisesti mitä tahansa yhtiön lainasta maksamaa korkoa – maksettiinpa se kotimaiselle tai ulkomaalaiselle lainanantajalle – joka oli suurempi kuin kohtuullinen markkinaehtoinen tuotto lainasta, oli pidettävä voitonjakona siltä osin kuin se ylitti tällaisen tuoton,[30] ja mikäli korko maksettiin ulkomaiselle lainanantajalle, joka kuului samaan konserniin, sitä

30 – TA:n 209 §:n 2 momentin d kohta.

pidettiin aina voitonjakona.[31] Ei toisin sanoen ollut missään tapauksessa mahdollista, että ulkomaiselle lainanantajalle maksettua korkoa olisi Yhdistyneen kuningaskunnan verotuksessa käsitelty korkona.

– Vuosina 1995–1998 sovellettujen sääntöjen mukaan säännöstä, jonka perusteella konsernin jäsenten välillä maksettua korkoa, joka ylitti määrän, joka olisi maksettu markkinaehtoisesti, pidettiin voitonjakona,[32] ei sovellettu, mikäli sekä koron maksaja että korkomaksun saaja olivat Yhdistyneessä kuningaskunnassa yhtiöverovelvollisia.[33] (Erilaisella kohtelulla, joka perustuu siihen, onko maksunsaaja Yhdistyneessä kuningaskunnassa yhtiöverovelvollinen, on selvästikin todennäköisimmin merkitystä silloin, jos maksunsaaja on perustettu toisen jäsenvaltion oikeuden mukaan tai toimii pääasiallisesti toisessa jäsenvaltiossa kuin Yhdistyneessä kuningaskunnassa.)

– Vuosina 1998–2004 sovellettujen sääntöjen mukaan konserninsisäisiä korkomaksuja käsiteltiin Yhdistyneen kuningaskunnan yleisten siirtohinnoittelusääntöjen perusteella.[34] Liiketoimen ei kuitenkaan katsottu antavan millekään asianomaisista osapuolista potentiaalista etua muun muassa silloin, jos liiketoimen toinen osapuoli oli Yhdistyneessä kuningaskunnassa tulo- tai yhtiöverovelvollinen (ja tietyt muut edellytykset täyttyivät).[35]

44. Tätä eroa muutettiin sitä vastoin Yhdistyneen kuningaskunnan vuoden 2004 Finance Actilla siten, että Yhdistyneen kuningaskunnan siirtohinnoittelusääntöjä sovelletaan myös silloin, jos liiketoimen molemmat osapuolet ovat Yhdistyneessä kuningaskunnassa verovelvollisia. Tämän ilmeisenä tarkoituksena ja vaikutuksena oli edellä kuvatun erilaisen kohtelun poistaminen (vaikkakin, kuten jäljempänä esitän, se on saattanut merkitä sitä, että Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännön soveltamista on laajennettu siten, että se kattaa myös tapauksia, joita sen ei ollut tarkoitettu kattavan). Tämän seurauksena Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädäntö vuodesta 2004 lähtien jää EY 43 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle: päätelmät, joita jäljempänä esitän, koskevat siten ainoastaan siihen saakka voimassa ollutta lainsäädäntöä.

45. Toiseksi sellaisten tytäryhtiöiden kohtelu, jotka täyttivät yksilöidyt ulkomaisen konsernin tunnusmerkit, merkitsi yksinkertaisesti epäedullista verotusta. Tytäryhtiön

31 – TA:n 209 §:n 2 momentin e kohdan iv kohta.

32 – TA:n 209 §:n 2 momentin da kohta.

33 – TA:n 212 §:n 1 ja 3 momentti, sellaisina kuin ne ovat muutettuina.

34 – TA:n liite 28AA.

35 – TA:n liite 28AA, 5 §:n 2 momentti.

näkökulmasta korkomaksujen (tai osan niistä) pitäminen voitonjakona merkitsi sitä, että nämä maksut eivät olleet enää vähennettävissä tytäryhtiön verotettavasta tulosta, joten muiden seikkojen pysyessä ennallaan sen vero oli Yhdistyneessä kuningaskunnassa suurempi kuin se olisi ollut, mikäli tällaista uutta luonnehdintaa ei olisi tehty. Lisäksi sellaisissa tapauksissa, joissa Yhdistyneen kuningaskunnan Advanced Corporation Tax -järjestelmä (yhtiöveroennakko, ACT) oli edelleen voimassa – siitä luovuttiin vuonna 1999 – uusi luonnehdinta tarkoitti sitä, että tytäryhtiön piti maksaa yhtiöveroennakkoa "voitonjaosta".

46. Yhdistynyt kuningaskunta esittää tässä yhteydessä, että koska erotteluperusteena ei ole Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevan tytäryhtiön kansallisuus eikä verotuksellinen kotipaikka vaan pikemminkin sen emoyhtiön kansallisuus ja kotipaikka, tämä ei merkitse EY 43 artiklassa tarkoitettua kansalaisuuteen perustuvaa erottelua. Lisäksi siltä osin kuin voitaisiin väittää, että Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädäntö saattaisi saada emoyhtiöt, jotka haluaisivat perustaa tytäryhtiöitä Yhdistyneeseen kuningaskuntaan, luopumaan tästä, Yhdistynyt kuningaskunta esittää, että tällainen mahdollisuus ei ole riittävän suora ja varma seuraus sen säännöistä, jotta se voisi kuulua EY 43 artiklan soveltamisalaan, samalla tavoin kuin yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Keck antamaan tuomioon liittyvässä oikeuskäytännössä on vastaavasti todettu tavaroiden vapaan liikkuvuuden alalla. Yhdistyneen kuningaskunnan mielestä ei ollut käytännön estettä sille, että ulkomaiset emoyhtiöt perustaisivat Yhdistyneeseen kuningaskuntaan sivutoimipaikkoja, eikä näyttöä siitä, että kantajat olisivat todellisuudessa luopuneet perustamasta tällaista toimipaikkaa. Yhdistynyt kuningaskunta halusi itse asiassa rohkaista tällaista sijoitustoimintaa alueellaan. Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännön tavoitteena oli pikemminkin varmistaa Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevien tytäryhtiöiden yhdenvertainen kohtelu siten, että siinä pyrittiin sulkemaan "porsaanreikä", joka oli rajat ylittävien konsernien käytettävissä mutta ei pelkästään Yhdistyneessä kuningaskunnassa toimineiden konsernien käytettävissä.

47. Kumpikaan näistä väitteistä ei vakuuta. Ensinnäkään se, että erilainen kohtelu ei perustu tytäryhtiön itsensä kotipaikkaan vaan sen emoyhtiön kotipaikkaan, ei merkitse sitä, että kyseessä ei voisi olla EY 43 artiklan kannalta merkityksellinen erilainen kohtelu. Kuten yhteisöjen tuomioistuin on todennut esimerkiksi yhdistetyissä asioissa Metallgesellschaft ja asiassa Lankhorst-Hohorst, lainsäädäntö, jonka mukaan tytäryhtiöitä, joiden verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa, kohdellaan eri tavoin sen mukaan, onko niiden emoyhtiöllä kotipaikka Yhdistyneessä kuningaskunnassa, jolloin tytäryhtiöt, joiden emoyhtiöiden verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa, saavat verotuksellisen edun, kuuluu lähtökohtaisesti EY 43 artiklan soveltamisalaan. [36] Huomautettakoon toiseksi väitteestä, jonka mukaan Yhdistyneen kuningaskunnan säännöt vaikuttaisivat pelkästään välillisesti ulkomaisten emoyhtiöiden päätöksiin perustaa tytäryhtiö Yhdistyneeseen kuningaskuntaan, että jotta EY 43 artiklaa voitaisiin soveltaa, on riittävää osoittaa asian kannalta merkityksellinen eri-

36 – Ks. esim. yhdistetyt asiat C-397/98 ja C-410/98, Metallgesellschaft, tuomio 8.3.2001 (Kok. 2001, s. I-1727, 43 ja 44 kohta) ja edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Lankhorst-Hohorst annettu tuomio, 27–32 kohta.

lainen kohtelu ja verotuksellinen etu. Ei ole tarpeen osoittaa, että tietyt ulkomaiset yritykset olisivat todellisuudessa luopuneet sääntöjen vuoksi käyttämästä oikeuttaan sijoittautumisvapauteen.

48. Lisättäköön, että asiassa Keck annettuun tuomioon liittyvää oikeuskäytäntöä, joka on kehitetty tavaroiden vapaan liikkuvuuden alalla, ei mielestäni voida ilman muuta soveltaa, kun tarkastellaan kansallisten välittömän verotuksen toimenpiteiden yhteensopivuutta EY 43 artiklan kanssa.[37] Kuten selitin asiassa ACT antamassani ratkaisuehdotuksessa, erityisesti vapaata liikkuvuutta yleisesti koskevassa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä käytettyä käsitettä erotuksetta sovellettavat liikkumisvapauden "rajoitukset" ei voida järkevästi soveltaa sellaisenaan välittömiin veroihin. Sen vuoksi, että verotustoimivallan jakoperusteet perustuvat yleensä kansallisuuteen tai asumiseen, on kysyttävä, onko kansallinen välittömän verotuksen toimenpide välillisesti tai suoraan syrjivä, toisin kuin edellä kuvaamani "kvasirajoitus".[38]

49. Tämä ei tarkoita sitä, että vapaan liikkuvuuden käyttämiselle aiheutuvan vaikutuksen vakavuutta ei voitaisi ottaa huomioon missään vaiheessa, kun arvioidaan yhteensopivuutta EY 43 artiklan kanssa. Se saattaa olla merkittävä seikka tulkittaessa oikeuttamisperusteita ja erityisesti arvioitaessa toimenpiteen oikeasuhteisuutta.

2. Johtuuko epäedullinen verokohtelu kvasirajoituksesta?

50. Seuraava kysymys koskee sitä, johtuuko sellaisten Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevien tytäryhtiöiden epäedullinen verokohtelu, joiden välittömän tai välillisen emoyhtiön kotipaikka ei ole Yhdistyneessä kuningaskunnassa, pikemminkin yksinomaan kvasirajoituksista eli rajoituksista, joita aiheuttavat kahden tai useamman jäsenvaltion verojärjestelmien erot tai verotustoimivallan jako (jolloin EY 43 artiklaa ei sovelleta), eikä yhden verojärjestelmän sääntöjen aiheuttamasta syrjinnästä.

51. Yhdistynyt kuningaskunta väittää tässä yhteydessä, että riidanalaisilla säännöillä pyrittiin yksinomaan jakamaan verotustoimivalta sen ja sen tekemien verosopimusten sopimuskumppaneiden kesken. Yhdistyneen kuningaskunnan mielestä yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Gilly antamassaan tuomiossa[39] tekemistä päätelmistä seuraa, että EY 43 artiklaa ei sovelleta lainkaan nyt käsiteltävään asiaan: kyseistä artiklaa sovelletaan ainoastaan kansallisen verotustoimivallan käyttämiseen mutta ei sen jakamiseen. Yhdistynyt kuningaskunta väittää erityisesti, että riidanalaiset säännöt kuvastivat jakoa, joka toteutettiin neuvoteltaessa sovelletta-

37 – Yhdistetyt asiat C-267/91 ja C-268/91, Keck ja Mithouard, tuomio 24.11.1993 (Kok. 1993, s. 6097, Kok. Ep. XIV, s. I-477).

38 – Edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa ACT annettu ratkaisuehdotus, 32 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

39 – Asia C-336/96, Gilly, tuomio 12.5.1998 (Kok. 1998, s. I-2793).

vista verosopimuksista, koska kaikki verosopimukset, jotka se on tehnyt muiden jäsenvaltioiden kanssa, sisältävät määräyksen, jolla sallitaan asianomaisten toimivaltaisten viranomaisten sopivan korvaavasta mukautuksesta, jonka perusteella verotettavien voittojen kasvua Yhdistyneessä kuningaskunnassa vastaa se, että lainanantajan verotettavia voittoja vähennetään samalla määrällä siinä maassa, johon se on sijoittautunut.

52. Tämä väite ei vakuuta.

53. Kuten huomautin asiassa ACT antamassani ratkaisuehdotuksessa,[40] yhteisön lainsäädännön nykyisessä kehitysvaiheessa valtuudet valita verotustoimivallan perusteet ja jakaa (ensisijainen) verotustoimivalta kuuluvat yksinomaan jäsenvaltioille (siten kuin siitä määrätään kansainvälisessä vero-oikeudessa). Yhteisöjen tuomioistuin on todennut tämän useaan kertaan erityisesti asioissa Gilly ja D antamissaan tuomioissa.[41] Tällä hetkellä yhteisöjen oikeudesta ei ole löydettävissä vaihtoehtoisia perusteita eikä myöskään mitään perustaa tällaisten perusteiden vahvistamiseksi. Lisäksi tarve jakaa rajatylittävien taloudellisten toimijoiden tuloja koskeva verotustoimivalta jäsenvaltioiden kesken (veropohjan siirtäminen) on väistämätön seuraus siitä, että välitöntä verotusta koskevat järjestelmät ovat kansallisia: tällaisesta jaosta johtuvia rajoituksia pitäisi pitää kvasirajoituksina, jotka jäävät EY 43 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle.

54. Katson kuitenkin, että nyt käsiteltävässä asiassa riidanalaisissa Yhdistyneen kuningaskunnan säännöissä mennään pidemmälle kuin yksinomaan Yhdistyneen kuningaskunnan ja sen tekemien verosopimusten sopimuskumppaneiden välisen verotustoimivallan jakamiseen. Ennen vuotta 1998 niissä lähinnä edellytettiin ulkomaisten emoyhtiöiden Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitseville tytäryhtiöilleen antamien lainojen pitämistä voitonjakona (vuoteen 1995 kaikissa tapauksissa paitsi niissä, joiden osalta verosopimuksessa määrättiin toisin; vuoden 1995 jälkeen silloin kun maksetun koron määrä ylitti sen, jota olisi maksettu markkinaehtoisesti). Tämä kuvastaa mielestäni Yhdistyneen kuningaskunnan täysin yksipuolista päätöstä siitä, miten se haluaa luonnehtia liiketoimia verotuksessa järjestääkseen oman verojärjestelmänsä ja estääkseen sen väärinkäytön – toisin sanoen, miten se haluaa käyttää verotusvaltaansa. Tämä sääntöjen perustavoite on selvä, onpa se ilmaistu kotimaisessa lainsäädännössä tai, kuten tietyissä tapauksissa ennen vuotta 1995, verosopimuksen määräyksessä. Lisäksi tämä yksipuolinen päätös tehtiin puolestaan tilanteessa, jossa oli olemassa Yhdistyneen kuningaskunnan aikaisempi yksipuolinen valinta erottaa toisistaan korkomaksujen (joita käsiteltiin Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännössä ennen veroja suoritettuina vähennyskelpoisina maksuina) ja voitonjaon (jota käsiteltiin Yhdistyneen kunin-

40 – Edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa ACT annettu ratkaisuehdotus, 48–54 kohta.

41 – Edellä alaviitteessä 39 mainitussa asiassa Gilly annettu tuomio ja asia C-376/03, D, tuomio 5.7.2005 (Kok. 2005, s. I-0000).

gaskunnan lainsäädännössä verojen jälkeen suoritettavina vähennyskelvottomina maksuina) verokohtelu. Vaikka Yhdistynyt kuningaskunta käsitteli vuodesta 1998 alkaen alikapitalisointikysymystä yleisten siirtohinnoittelusääntöjensä välityksellä eikä erillisellä alikapitalisointilainsäädännöllä, tämäkin edusti edelleen Yhdistyneen kuningaskunnan yksipuolista valintaa kohdella tiettyjä muutoin kuin markkinaehtoisesti toteutettuja liiketoimia siten kuin ne olisi toteutettu markkinaehtoisesti, jotta estettäisiin Yhdistyneen kuningaskunnan verojärjestelmän väärinkäyttö.

55. Lisättäköön, että se, että tällaiset menettelytavat saatetaan hyväksyä kansainvälisessä vero-oikeudessa, ei välttämättä merkitse sitä, että ne muodostaisivat verotustoimivallan jakosäännön, eikä se merkitse välttämättä myöskään sitä, että tällainen menettelytapa olisi EY 43 artiklan mukainen. [42]

56. Myöskään Yhdistyneen kuningaskunnan väite, jonka mukaan sen jäsenvaltioiden kanssa tekemiin verosopimuksiin sisältyy määräyksiä, jotka edellyttävät toisen sopimuspuolen korvaavan kaikki Yhdistyneen kuningaskunnan viranomaisten mahdollisesti tekemät uudet luonnehdinnat, ei muuta tätä lopputulosta. Vaikuttaa siltä, että tällaisilla määräyksillä pyritään vähentämään kahdenvälisen verosopimuksen välityksellä mahdollinen kaksinkertainen verotus, jonka aiheuttaisivat Yhdistyneen kuningaskunnan yksipuoliset uutta luonnehdintaa koskevat säännöt (esimerkiksi välttämään tapaukset, joissa Yhdistynyt kuningaskunta katsoo korkomaksun olevan voitonjakoa mutta emoyhtiön kotipaikkavaltio pitää sitä edelleen korkomaksuna). Niillä ei poisteta sen alkuperäisen kansallisen oikeussäännön yksipuolisuutta, johon verosopimuksen määräys perustuu. Kuten olen huomauttanut asioissa ACT ja Denkavit antamissani ratkaisuehdotuksissa [43] ja kuten jäljempänä totean, näiden verosopimusten määräysten vaikutus tietyn verovelvollisen tilanteeseen pitäisi todellakin ottaa huomioon arvioitaessa sitä, onko jäsenvaltion lainsäädäntö todellisuudessa syrjivä – erityisesti se, onko kotimaassa asuvien ja ulkomailla asuvien kohtelu todellisuudessa niin erilaista, että se merkitsee epäedullista verokohtelua.

57. Tämän seurauksena sitä, että Yhdistyneen kuningaskunnan oikeussäännöissä kohdellaan tytäryhtiöitä, joiden verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa mutta joiden emoyhtiöillä ei ole siellä kotipaikkaa, verotuksessa epäedullisemmin kuin tytäryhtiöitä, joiden emoyhtiöiden kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa, ei voida pitää pelkkänä kvasirajoituksena

42 – Ks. esim. edellä alaviitteessä 27 mainituissa yhdistetyissä asioissa Kerkhaert ja Morres antamani ratkaisuehdotus, 37 kohta sekä edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa Denkavit antamani ratkaisuehdotus, 43 kohta.

43 – Edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa ACT annettu ratkaisuehdotus, 70 kohta ja sitä seuraavat kohdat sekä edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa Denkavit annettu ratkaisuehdotus, 33 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

vaan pikemminkin erilaisena kohteluna, joka johtuu yksinomaan yhden verotusvaltion oikeussäännöistä.

3. Johtuuko epäedullinen verokohtelu syrjinnästä?

58. Lopuksi on ratkaistava, voidaanko epäedullisen verokohtelun sanoa johtuvan syrjinnästä. Yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että syrjintää on erilaisten sääntöjen soveltaminen samankaltaisissa tilanteissa tai saman säännön soveltaminen erilaisissa tilanteissa, ellei tällainen erottelu ole perusteltavissa. [44]

59. Kuten olen jo todennut, Yhdistynyt kuningaskunta sovelsi ennen vuonna 2004 tehtyjä muutoksia eri sääntöjä sellaisiin Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitseviin tytäryhtiöihin, joiden emoyhtiöiden verotuksellinen kotipaikka ei ollut Yhdistyneessä kuningaskunnassa, mistä seurasi näiden tytäryhtiöiden epäedullisempi verokohtelu. Päällisin puolin vaikuttaa selvältä, että tätä pitäisi pitää samankaltaisessa tilanteessa olevien yhtiöiden erilaisena kohteluna; Yhdistynyt kuningaskuntakaan ei ole väittänyt toisin lausumissaan. Sen verotustoimivallan luonne ja laajuus, jota Yhdistynyt kuningaskunta käytti sellaisiin Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitseviin tytäryhtiöihin, joiden emoyhtiöiden verotuksellinen kotipaikka ei ollut Yhdistyneessä kuningaskunnassa, oli lähtökohtaisesti sama kuin verotustoimivalta, jota se käytti Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitseviin tytäryhtiöihin, joiden emoyhtiöiden verotuksellinen kotipaikka oli Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Tätä verotustoimivaltaa käyttäessään Yhdistynyt kuningaskunta oli siten EY 43 artiklan nojalla velvollinen olemaan kohtelematta Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevia tytäryhtiöitä verotuksessa eri tavalla yksinomaan niiden emoyhtiön sijainnin perusteella. Yhdistynyt kuningaskunta on ensi arviolta laiminlyönyt tämän velvoitteen täyttämisen.

60. Yhdistyneellä kuningaskunnalla on kuitenkin mahdollisuus osoittaa, että erilainen kohtelu oli perusteltavissa. Tämän osoittamiseksi Yhdistyneen kuningaskunnan on näytettävä toteen, että 1) sen lainsäädännöllä pyritään perustamissopimuksen mukaiseen, sallittuun tavoitteeseen ja sitä voidaan pitää perusteltuna yleistä etua koskevista pakottavista syistä; 2) sen lainsäädännön soveltamisella voidaan taata kyseessä olevan tavoitteen toteutuminen ja 3) sen lainsäädännön soveltamisella ei ylitetä sitä, mikä on tarpeen tämän tavoitteen saavuttamiseksi. [45]

61. Yhdistynyt kuningaskunta esittää tältä osin, että sen säännöt olivat oikeasuhteinen vastaus sallittuihin poliittisiin tavoitteisiin, jotka voidaan luokitella eri tavoin verotuksen johdonmukaisuuden tavoitteiksi (kuten asiassa Bachmann), [46] veronkierron estämisen tavoitteiksi (kuten asiassa ICI) [47] tai tarpeeksi estää täysin keinotekoiset järjeste-

44 – Ks. esim. asia C-311/97, Royal Bank of Scotland, tuomio 19.4.1999 (Kok. 1999, s. I-2651 oikeuskäytäntöviittauksineen).

45 – Ks. edellä alaviitteessä 26 mainitussa asiassa Marks & Spencer annettu tuomio, 35 kohta.

46 – Asia C-204/90, Bachmann, tuomio 28.1.1992 (Kok. 1992, s. I-249, Kok. Ep. XII, s. I-1).

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

lyt, jotka on otettu käyttöön verolainsäädännön kiertämiseksi. Nämä tavoitteet muodostavat Yhdistyneen kuningaskunnan mielestä laillisen tavoitteen eli oikeudenmukaisen ja johdonmukaisen verokohtelun varmistamisen erityisesti siten, että lainaa ottavan yhtiön liiketoiminnasta kannetaan vero siinä maassa, jossa liiketoimi toteutettiin. Käsittelen näiden perustelujen sovellettavuutta vuoron perään.

a) Perusteltavuus väärinkäytösten estämisellä

62. Yhteisöjen tuomioistuin on tunnustanut useissa yhteyksissä, että jäsenvaltiot saattavat lähtökohtaisesti menetellä perustellusti ryhtyessään muutoin syrjiviksi katsottaviin välittömän verotuksen toimenpiteisiin, jos niiden tavoitteena on oikeuksien väärinkäytön estäminen (joskaan tähän mennessä se ei ole todellisuudessa koskaan todennut, että kansallinen toimenpide olisi perusteltavissa tällä). Tämä ilmeni viimeksi asiassa Marks & Spencer annetusta tuomiosta, jossa yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kansallinen oikeussääntö, jolla rajoitetaan rajat ylittävien tappioiden vähennyskelpoisuutta, voitaisiin lähtökohtaisesti perustella veronkierron vaaralla ja erityisesti sillä vaaralla, että konsernissa tappiot siirrettäisiin sellaisiin jäsenvaltioihin sijoittautuneisiin yhtiöihin, joissa sovelletaan korkeimpia verokantoja ja joissa tappioiden arvo verotuksessa on näin ollen suurin.[48] Tällainen näkemys ilmenee myös yhteisöjen tuomioistuimen asioissa Lankhorst-Hohorst, X & Y ja ICI antamista tuomioista[49] sekä asiassa Leur-Bloem (sulautumisdirektiivin osalta) ja asiassa Halifax (välillisen verotuksen osalta) antamista tuomioista sekä useista muuta kuin verotusta koskevista tuomioista.[50]

63. Syyt tällaisen perustelun hyväksymiselle ovat seuraavat. Lähtökohtaisesti on täysin hyväksyttävää ja jopa sisämarkkinoiden tavoitteen kannalta perustavanlaatuista, että verovelvolliset pyrkivät järjestämään (rajat ylittäviä) veroasioitaan itselleen edullisimmalla tavalla.[51] Tämä on kuitenkin sallittua ainoastaan siltä osin kuin järjestely on aito eli se ei ole täysin keinotekoinen rakenne, jolla pyritään käyttämään väärin ja kiertämään kansallista verolainsäädäntöä.[52] Esimerkiksi pelkästään sen perusteella, että kotimainen

48 – Edellä alaviitteessä 26 mainitussa asiassa Marks & Spencer annettu tuomio, 49 ja 50 kohta.

49 – Edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Lankhorst-Hohorst annettu tuomio; asia C-436/00, X ja Y, tuomio 21.11.2002 (Kok. 2002, s. I-10829) ja edellä alaviitteessä 47 mainitussa asiassa ICI annettu tuomio.

50 – Asia C-28/95, Leur-Bloem, tuomio 17.7.1997 (Kok. 1997, s. I-4161) ja asia C-255/02, Halifax, tuomio 21.2.2006 (Kok. 2006, s. I-1609). Ks. myös asia C-367/96, Kefalas, tuomio 12.5.1998 (Kok. 1998, s. I-2843) ja asia C-110/99, Emsland-Stärke, tuomio 14.12.2000 (Kok. 2000, s. I-11569).

51 – Ks. esim. yhteisöjen tuomioistuimen edellä alaviitteessä 50 mainitussa asiassa Halifax antama tuomio, 73 kohta. Ks. myös yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-294/97, Eurowings, 26.10.1999 antama tuomio (Kok. 1999, s. I-7447): "Mahdollinen palvelujen tarjoajien saama verotuksellinen etu, joka johtuu niiden siinä jäsenvaltiossa maksaman veron vähäisyydestä, johon ne ovat sijoittautuneet, ei oikeuta toista jäsenvaltiota perustelemaan sillä tähän valtioon sijoittautuneiden palvelujen saajien epäedullisempaa verokohtelua – – Kuten komissio on perustellusti huomauttanut, tällaiset luonteeltaan hyvittävät verotukselliset maksut vahingoittaisivat itse sisämarkkinoiden perusteita" (44 ja 45 kohta).

52 – Ks. erityisesti toteamukset, joita yhteisöjen tuomioistuin on esittänyt edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Lankhorst-Hohorst annetussa tuomiossa ja alaviitteessä 47 mainitussa asiassa ICI annetussa tuomiossa.

yhtiö perustaa sivutoimipaikan toiseen jäsenvaltioon, ei voida soveltaa yleistä veropetoksen tai veronkierron olettamaa, [53] vaikka verotus olisi kyseisessä jäsenvaltiossa verrattain keveää (tai vaikka kyseessä olisi järjestely, joka kuuluu yritysverotukseen sovellettavien menettelysääntöjen mukaisen "vahinkoa aiheuttavien verotoimenpiteiden" määritelmän soveltamisalaan). [54]

64. Seuraavaksi on tutkittava, onko Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädäntö asianmukainen keino tämän tavoitteen saavuttamiseksi. Selvästi näin on: mikäli Yhdistyneen kuningaskunnan tavoitteena on estää se, että rajat ylittävät konsernit luonnehtisivat vilpillisesti ja keinotekoisesti lainojen korkomaksuiksi suorituksia, jotka ovat todellisuudessa voitonjakoa, koron pitäminen voitonjakona on selvästikin tehokas keino tällaisen vilpillisen menettelyn estämiseksi.

65. Viimeinen tutkittava seikka on se, onko väärinkäytösten estämiseksi annettu Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädäntö oikeassa suhteessa tähän tavoitteeseen ja sovelletaanko sitä suhteellisuusperiaatteen mukaisesti.

66. Katson tässä yhteydessä, että lainsäädäntö, jonka tavoitteena on estää alikapitalisointi, saattaa lähtökohtaisesti olla oikeasuhteinen toimenpide väärinkäytösten estämiseksi, mutta tämä riippuu sen sanamuodosta ja soveltamistavasta. Pitää paikkansa, että se ajatus, että yrityksillä on oikeus rakentaa liiketoimintansa haluamallaan tavalla, merkitsee lähtökohtaisesti sitä, että niiden pitäisi saada rahoittaa tytäryhtiöitään omalla pääomalla tai velalla. Tämä mahdollisuus ylittää kuitenkin rajat silloin, kun yrityksen valinta merkitsee lain kiertämistä. Vaikuttaa siltä, että markkinaehtoisuuden periaate (arm's length principle), joka on hyväksytty kansainvälisessä vero-oikeudessa asianmukaiseksi keinoksi estää rajat ylittävien liiketoimien keinotekoiset manipuloinnit, on asianmukainen lähtökohta arvioitaessa sitä, onko liiketoimi vilpillinen vai ei. Käyttääkseni perusteluja, joita yhteisöjen tuomioistuin on kehittänyt välillisen verotuksen alalla ja muun kuin verotuksen alalla, markkinaehtoisuuden testi on tässä yhteydessä objektiivinen tekijä, jonka avulla voidaan arvioida, onko kyseessä olevien toimien keskeinen päämäärä verotuksellisen edun saaminen. [55] Lisäksi on mielestäni sallittua ja jopa suositeltavaa, että jäsenvaltiot asettavat tiettyjä järkeviä edellytyksiä, joiden mukaan ne arvioivat liiketoimen yhteensopivuutta markkinaehtoisuuden periaatteen kanssa, ja mikäli nämä edellytykset eivät täyty, ne olettavat,

53 – Ks. julkisasiamies Léger'n edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Cadbury Schweppes antama ratkaisuehdotus, 53 ja 56 kohta. Ks. myös edellä alaviitteessä 49 mainitussa asiassa C-436/00, X ja Y, annettu tuomio, 62 kohta.

54 – Ks. julkisasiamies Léger'n edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Cadbury Schweppes antama ratkaisuehdotus, 54 kohta.

55 – Ks. edellä alaviitteessä 50 mainitussa asiassa Halifax annettu tuomio, 86 kohta.

että liiketoimi on vilpillinen, ellei toisin osoiteta.[56] Tällaisten edellytysten asettaminen on mielestäni verovelvollisten oikeusvarmuuden mukaista ja veroviranomaisten kannalta käyttökelpoista. Tätä lähestymistapaa on verrattava esimerkiksi siihen, että kaikissa tapauksissa sovelletaan yhtä kiinteää edellytystä – kuten kiinteää velka–oma pääoma -suhdetta – mikä ei mahdollista muiden seikkojen huomioon ottamista.

67. Tällaisen testin sanamuodon ja käytännön soveltamisen on kuitenkin myös täytettävä suhteellisuusperiaatteen vaatimukset. Tämä merkitsee mielestäni seuraavia seikkoja:

– Verovelvollisella täytyy olla mahdollisuus osoittaa, että vaikka sen liiketoimia ei ole toteutettu markkinaehtoisesti, liiketoimelle oli kuitenkin olemassa aitoja liiketaloudellisia syitä, eikä sitä suoritettu verotuksellisen edun saamiseksi. Toisin sanoen, kuten yhteisöjen tuomioistuin totesi asiassa Halifax antamassaan tuomiossa, "väärinkäytön kiellolla ei ole merkitystä, kun kyseessä oleville toimille on jokin muu peruste kuin pelkkä verotuksellisten etujen saaminen".[57] Esimerkkinä tästä on tilanne asiassa Lankhorst-Hohorst, jossa lainan tarkoituksena, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuin sen hyväksyi, oli yritys pelastaa tytäryhtiö minimoimalla sen kulut ja säästämällä pankkikoroissa. Voitaisiin kuitenkin ajatella, että vastaavanlaiset tilanteet (eli tilanteet, joissa liiketointa ei toteuteta markkinaehtoisesti mutta kuitenkin vilpittömässä mielessä eikä ainoastaan verotuksellisen edun saamiseksi) olisivat verrattain poikkeuksellisia.[58]

– Mikäli verovelvollinen esittää tällaisia liiketaloudellisia syitä, niiden hyväksyttävyyttä pitäisi arvioida tapauskohtaisesti, jotta saadaan selville, olisiko liiketoimia pidettävä täysin keinotekoisina yksinomaan verotuksellisen edun saamiseksi käyttöön otettuina toimina.

– Tiedot, joita verovelvollisen edellytetään toimittavan olettaman kumoamiseksi, eivät saisi olla suhteettomia tai liian vaikeita tai mahdottomia hankkia.

56 – Tämä on nähtävissä esim. edellä alaviitteessä 50 mainitussa asiassa Kefalas annetun tuomion (26 kohta ja sitä seuraavat kohdat) kaltaisista tapauksista, sillä yhteisöjen tuomioistuin totesi siinä, että väärinkäyttöä koskevan olettaman soveltaminen silloin, kun verovelvollinen ei ollut toteuttanut tiettyä liiketointa, oli yhteisön oikeuden vastaista (kyseisessä asiassa perustamissopimuksen 58 artiklan 2 kohdassa tarkoitetuilta yhtiöiltä niiden jäsenten sekä ulkopuolisten etujen suojaamiseksi osakeyhtiöitä perustettaessa sekä niiden pääomaa säilytettäessä ja muutettaessa 13 päivänä joulukuuta 1976 annetun toisen neuvoston direktiivin 77/91/ETY (EYVL 1977, L 26, s. 1) 29 artiklan 1 kohdan mukaisen etuoikeuden käyttämisen vastaista). Sellaisissa tapauksissa tekijää, johon olettama perustuu, ei voitaisi – toisin kuin tässä tapauksessa markkinaehtoisuuden testiä – pitää objektiivisena tekijänä, jonka perusteella voitaisiin arvioida, oliko kyseisen liiketoimen keskeisenä tarkoituksena verotuksellisen edun saaminen.

57 – Edellä alaviitteessä 50 mainitussa asiassa Halifax annettu tuomio, 74 ja 75 kohta.

58 – Edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Lankhorst-Hohorst annettu tuomio.

– Tapauksissa, joissa maksut todetaan edellä tarkoitetulla tavalla vilpillisiksi (peitelty voitonjako), ainoastaan sitä ylimääräistä osaa maksuista, joka ylittää sen, mistä olisi sovittu markkinaehtoisesti, olisi pidettävä voitonjakona ja siitä pitäisi kantaa vero tytäryhtiön kotipaikkavaltiossa.

– Tällaisen tutkinnan tulos on voitava saattaa tuomioistuinten harjoittaman valvonnan kohteeksi. [59]

68. En ole myöskään sitä mieltä, että jäsenvaltioiden pitäisi EY 43 artiklaa noudattaakseen välttämättä ulottaa alikapitalisointia koskeva lainsäädäntö koskemaan täysin valtionsisäisiä tilanteita, joihin ei liity väärinkäytösten vaaraa. On erittäin valitettavaa, että se, että EY 43 artiklaan perustuvan väärinkäyttöä koskevan perustelun soveltamisalan selkeyden puute on johtanut tilanteeseen, jossa jäsenvaltiot, jotka eivät ole selvillä siitä, voivatko ne ottaa käyttöön väärinkäytöksiä estäviä lakeja, jotka vaikuttavat ensi arviolta "syrjiviltä", ovat katsoneet olevansa pakotettuja "turvaamaan selustansa" ulottamalla sääntönsä koskemaan täysin valtionsisäisiä tilanteita, joihin ei liity väärinkäytösten vaaraa. [60] Tällainen lainsäädännön ulottaminen tilanteisiin, jotka jäävät täysin sen tarkoituksen ulkopuolelle, yksinomaan muodollisista syistä ja sillä seurauksella, että kotimaisille yrityksille ja maan veroviranomaisille aiheutuu huomattavia ylimääräisiä hallinnollisia rasitteita, on täysin turhaa ja jopa talouden tehokkuuden vastaista. Sellaisenaan se on vahingollista sisämarkkinoille.

69. Lisättäköön, että olen komission kanssa samaa mieltä siitä, että jotta alikapitalisointisääntöjen soveltaminen olisi oikeassa suhteessa niiden tarkoitukseen, näitä sääntöjä soveltavan jäsenvaltion on varmistettava kaksinkertaisen verotuksen ehkäisemiseksi tehdyllä sopimuksella, että liiketoimen uutta luonnehdintaa sen verotustoimivallan alueella vastaa samanlainen uusi luonnehdinta (eli korkotulosta osinkotuloksi) emoyhtiön jäsenvaltiossa. Mikäli näin ei meneteltäisi, ylitettäisiin mielestäni se, mikä on tarpeen alikapitalisointisääntöjen tarkoituksen saavuttamiseksi, ja tällä asetettaisiin suhteeton taakka (kaksinkertainen verotus) konsernille kokonaisuutena. Olen jo toisessa yhteydessä huomauttanut, että verosopimusten vaikutukset verovelvollisen tilanteeseen on otettava huomioon arvioitaessa sitä, onko jäsenvaltion lainsäädäntö EY 43 artiklan mukainen. [61] Tämä ei vaikuta siihen, että EY 43 artiklan rikkomista koskevan kanteen

59 – Ks. edellä alaviitteessä 50 mainitussa asiassa Leur-Bloem annettu tuomio, 41 kohta.

60 – Esimerkkinä tästä on Saksan alikapitalisointisääntöjen ulottaminen koskemaan täysin valtionsisäisiä tilanteita edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Lankhorst-Hohorst annetun tuomion jälkeen.

61 – Ks. edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa ACT antamani ratkaisuehdotus, 71 kohta ja sitä seuraavat kohdat, sekä edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa Denkavit antamani ratkaisuehdotus, 33 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

yhteydessä ei voida puolustautua vetoamalla siihen, että verosopimuksen toinen sopimuspuoli oli laiminlyönyt sopimukseen perustuvat velvoitteensa, koska se ei kohdellut emoyhtiöltä saatuja maksuja sen mukaan kuin Yhdistynyt kuningaskunta oli niitä luonnehdinut. [62]

70. Edellä esitetyn perusteella on selvää, että tietyn alikapitalisointilainsäädännön sanamuoto ja tapa, jolla sitä käytännössä sovelletaan, ovat olennaisen tärkeitä arvioitaessa sitä, onko se suhteellisuusperiaatteen mukainen.

71. Kun tarkastellaan esimerkiksi sitä ainoaa muuta tapausta, jossa yhteisöjen tuomioistuin on tähän mennessä tarkastellut kansallista alikapitalisointilainsäädäntöä – Lankhorst-Hohorst – kyseisessä asiassa riidanalaisessa Saksan lainsäädännössä säädettiin, että maksuja luonnehdittaisiin uudelleen, mikäli lainapääoma olisi enemmän kuin kolme kertaa osakkeenomistajan osuus omasta pääomasta (eli kiinteä edellytys), ja tämä olettama oli kumottavissa ainoastaan, jos tytäryhtiö "olisi voinut saada vieraan pääoman muuten vastaavissa olosuhteissa myös kolmannelta tai jos lainatulla vieraalla pääomalla on tarkoitus rahoittaa normaalin pankkitoiminnan piiriin kuuluvia liiketoimia". [63] Tämä merkitsi sitä, että kuten edellä huomautin, ei ollut mahdollista kumota kyseistä olettamaa niissä tapauksissa, joissa väärinkäytöstä ei ollut mutta laina ei siitäkään huolimatta täyttänyt lainsäädännössä asetettua edellytystä (kuten kyseisessä tapauksessa, jossa yhteisöjen tuomioistuin totesi, että laina oli annettu tappiollisen tytäryhtiön avustamiseksi vähentämällä sen pankkilainasta aiheutuvia korkokuluja tilanteessa, jossa tappio ylitti merkittävästi emoyhtiölle maksetun koron). Lisäksi vaikuttaisi siltä, että Saksan lainsäädännössä luonnehdittiin uudelleen paitsi sen maksun ylitystä, joka olisi myönnetty markkinaehtoisesti, myös koko maksua tytäryhtiöltä emoyhtiölle. Lopuksi tuomion sanamuodon perusteella vaikuttaisi siltä, että ei ollut olemassa mitään sovellettaviin verosopimuksiin perustuvaa mekanismia, jolla olisi varmistettu, että muut sopimuspuolina olleet jäsenvaltiot olisivat kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi "hyvittäneet" sen, että Saksa luonnehti korkoa uudella tavalla.

72. Nyt käsiteltävässä asiassa tarkasteltavan Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännön tilanne oli (ja on) monessa mielessä erilainen, kuten Yhdistynyt kuningaskunta lausumissaan huomauttaa.

73. Kun käsitellään ensin vuoteen 1995 saakka sovellettua Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädäntöä, kaikkea lainakorkoa, jota yhtiö maksoi – kotimaiselle tai ulkomaiselle lainanantajalle – ja joka oli määrältään enemmän kuin kohtuullinen markkinaehtoinen tuotto lainalle, oli pidettävä voitonjakona siltä osin kuin se ylitti tällaisen tuoton (TA:n

62 – Ks. esim. edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa Denkavit antamani ratkaisuehdotus, 43 kohta.

63 – Edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Lankhorst-Hohorst annettu tuomio, 3 kohta.

209 §:n 2 momentin d kohta). Kuitenkin kaikkea korkoa, joka maksettiin samaan konserniin kuuluvalle ulkomaiselle lainanantajalle (muuta kuin korkoa, jota pidettiin voitonjakona jo 209 §:n 2 momentin d kohdan nojalla), kohdeltiin joka tapauksessa voitonjakona.[64] Tämä säännös oli selvästi edellä kuvatussa mielessä kahdestakin syystä suhteeton. Ensinnäkin sellaisen emoyhtiön, jolla oli verotuksellinen kotipaikka toisessa jäsenvaltiossa, Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevalle tytäryhtiölle myöntämää lainaa oli joka tapauksessa pidettävä voitonjakona ilman minkäänlaista markkinaehtoisuuden testin noudattamista koskevaa arviointia. Toiseksi tällaisella tytäryhtiöllä ei ollut minkäänlaista mahdollisuutta osoittaa, että laina olisi annettu hyväksyttävistä liiketaloudellisista syistä eikä ainoastaan vilpillisesti verotuksellisen edun saamiseksi. Tällä yleissäännöllä ylitettiin se, mikä oli kohtuullisesti tarpeen Yhdistyneen kuningaskunnan tavoitteen saavuttamiseksi.

74. Yhdistynyt kuningaskunta väittää kuitenkin, että sen muiden jäsenvaltioiden kanssa tekemien verosopimusten vaikutuksesta korko oli todellisuudessa vähennyskelpoinen, kunhan ja siltä osin kuin se ei ollut liian suuri. Korko oli liian suuri, mikäli se vuoden 1963 mallisopimukseen perustuvien vanhempien verosopimusten osalta[65] ylitti markkinaehtoisen koron, kun otettiin huomioon lainan määrä, tai, kun kyseessä olivat myöhempiin OECD-mallisopimuksiin perustuneet uudemmat verosopimukset,[66] mikäli koron määrä ylitti mistä tahansa syystä sen, mikä olisi maksettu markkinaehtoisesti, koska joko korko tai itse lainan määrä ei ollut liiketaloudellisten periaatteiden mukainen. Lisäksi verosopimusten jälkimmäisen ryhmän osalta vuodesta 1992 lähtien säännökset niistä olosuhteista, joissa lainan määrä tai siitä maksettujen korkojen suuruus ylittivät sen, josta olisi sovittu markkinaehtoisesti, sisältyivät TA:n 808A §:ään. Näissä säännöksissä edellytettiin, että markkinaehtoisuutta koskevaa arviointia tehtäessä otettaisiin huomioon kaikki tekijät, myös se, olisiko lainaa myönnetty ollenkaan, mikäli erityissuhdetta ei olisi ollut (lainanantajan ja -ottajan välillä), lainan suuruus sellaisena kuin se olisi ollut, mikäli suhdetta ei olisi ollut, ja koron määrä ja muut lainaehdot, joista olisi sovittu, mikäli suhdetta ei olisi ollut.[67]

75. Kummankin näiden verosopimusryhmän sanamuoto on minusta lähtökohtaisesti oikeassa suhteessa ilmoitettuun Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännön väärinkäytösten estämisen tavoitteeseen. Arvioinnin perustana on kummassakin tapauksessa lähinnä markkinaehtoisuuden periaate. Kummassakaan tapauksessa ei ole olemassa mitään ehdottomasti vahvistettua määräystä (kuten kiinteää velka–oma pääoma -suhdetta) siitä, mikä on sallittua: kummassakin ryhmässä sallitaan käytetyn sanamuodon perusteella se, että kunkin yksittäistapauksen

64 – TA:n 209 §:n 2 momentin e kohdan iv ja v alakohta.

65 – Esim. Luxemburgin, Saksan, Espanjan ja Itävallan kanssa tehdyt verosopimukset.

66 – Esimerkiksi Alankomaiden, Ranskan, Irlannin ja Italian kanssa tehdyt verosopimukset.

67 – TA:n 808A §:n 2 momentti.

olosuhteet otetaan huomioon määritettäessä sitä, mikä on markkinaehtoista. Lisäksi kummassakin tapauksessa ainoastaan rajat ylittävien maksujen ylimääräinen osa (joka ylittää sen, mitä olisi markkinaehtoisesti maksettu) katsotaan vointonjaoksi. Tällaiset säännökset ovat siten mielestäni lähtökohtaisesti perusteltavissa EY 43 artiklalla. Tämä päätelmä ei kuitenkaan vaikuta seuraaviin merkittäviin varauksiin, joiden selvittäminen on kansallisen tuomioistuimen tehtävänä.

76. Ensinnäkin verovelvollisella on täytynyt olla mahdollisuus osoittaa ilman perusteettomia rasitteita se, että liiketoimi todellakin toteutettiin aidoista liiketaloudellisista syistä eikä verotuksellisen edun saamiseksi. Kuten edellä huomautin, vaikka voidaan kuvitella, että tilanteet, joissa tämä voidaan osoittaa, ovat verrattain harvinaisia (esimerkkinä tilanne, jossa emoyhtiö pelastaa tytäryhtiönsä), yhteisöjen tuomioistuimelle esimerkkinä esitetyn verosopimuksen perusteella on epäselvää, oliko tätä mahdollisuutta Yhdistyneen kuningaskunnan järjestelmän perusteella olemassa. Kansallisen tuomioistuimen on varmistettava tämä käsiteltävänään olevan asian tosiseikkojen perusteella.

77. Tekemäni tulkinta perustuu toiseksi yksinomaan yhteisöjen tuomioistuimelle esitettyjen verosopimusten muodolliseen sanamuotoon. Mikäli esimerkiksi Yhdistyneen kuningaskunnan viranomaiset soveltaisivat näitä määräyksiä käytännössä siten, että kyseessä olisi täysin joustamaton sääntö, jota sovellettaisiin ilman kulloinkin käsiteltävän yksittäistapauksen olosuhteiden huomioon ottamista, eikä verovelvollisella olisi todellista mahdollisuutta valittaa ja vaatia tällaisten seikkojen huomioon ottamista (tai verosopimuksen määräyksiä ei sovellettaisi lainkaan, mikä merkitsi sitä, että 209 §:n 2 momentin e kohdan iv ja v kohtaa sovellettaisiin), tämä olisi kuitenkin suhteetonta. Tässä yhteydessä on todettava, että vaikka ennakkotietomenettely (advance clearance procedure), jolla verovelvolliset voivat varmistaa asemansa, ennen kuin alikapitalisointisääntöjä voidaan soveltaa niihin, lisää tervetullutta läpinäkyvyyttä ja varmuutta jäsenvaltioiden verojärjestelmiin hyvän hallinnon periaatteiden mukaisesti, tämä ei ole mielestäni ratkaisevaa sen kannalta, ovatko muutoin oikeasuhteiset kansalliset säännökset EY 43 artiklan mukaisia. Esimerkkiyhtiöt riitauttavat nyt käsiteltävässä asiassa ennakkotietomenettelyn tehokkuuden ja luotettavuuden, vaikka Yhdistynyt kuningaskunta on nojautunut siihen perustelujaan tukeakseen.

78. Kolmanneksi tätä tulkintaa sovelletaan tietenkin ainoastaan siltä osin kuin Yhdistynyt kuningaskunta on todellisuudessa tehnyt tämänsisältöisen verosopimuksen asianomaisen jäsenvaltion kanssa. Ennakkoratkaisupyynnöstä ei ilmene, kuinka monta samanlaista verosopimusta on tehty Yhdistyneen kuningaskunnan ja muiden jäsenvaltioiden välillä.

79. Todettakoon lopuksi, että myös sellaisissa tapauksissa, joihin sovelletaan tällaisia verosopimuksia, sääntöjen yhteensopivuus EY 43 artiklan kanssa riippuisi, kuten olen edellä huomauttanut, siitä, että verosopimuksen toisena sopimuspuolena oleva jäsenvaltio hyväksyy vastavuoroisesti Yhdistyneen kuningaskunnan uuden luonnehdinnan (jotta varmistetaan erityisesti se, että uusi luonnehdinta ei aiheuta kaksinkertaista verotusta). Kuten olen edellä huomauttanut, Yhdistynyt kuningaskunta ei voi puolustuksekseen vedota siihen, että verosopimuksen toisena sopimuspuolena oleva valtio on laiminlyönyt verosopimuksen mukaiset velvoitteensa, koska se ei ole kohdellut emoyhtiön vastaanottamia maksuja Yhdistyneen kuningaskunnan uuden luonnehdinnan mukaisesti. Vaikka Yhdistynyt kuningaskunta väittää tässä tapauksessa, että tällainen mukautus todellisuudessa lähes aina tehtiin, kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on tutkia, oliko tilanne sen käsiteltävänä olevassa asiassa todellakin tällainen.

80. Lisättäköön, että toisin kuin esimerkkiyhtiöt väittävät, se, että kotimainen markkinaehtoisuuden "testi" 209 §:n 2 momentin d kohdan mukaista uutta luonnehdintaa varten saattaa poiketa "verosopimustestistä" (ja olla laajempi kuin se), ei sinänsä tarkoita sitä, että Yhdistyneen kuningaskunnan säännöt olisivat EY 43 artiklan vastaisia: kuten olen edellä huomauttanut, jäsenvaltioiden ei voida kohtuullisesti vaatia arvioivan täysin kotimaisia konserninsisäisiä lainoja samalla tavoin kuin rajat ylittäviä konserninsisäisiä lainoja tässä tarkoituksessa. Lisäksi arvioinnin laajentaminen siten, että siinä yhteydessä ei tutkita ainoastaan sitä, oliko korko markkinaehtojen mukainen, vaan myös sen tutkiminen, oliko lainan määrä tällainen, näyttää täysin vastaavan Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännön väärinkäytösten estämistä koskevaa tavoitetta, koska lainan suuruuden kasvattaminen epäliiketaloudellisiin määriin saattaisi teoriassa olla yhtä tehokas keino "siirtää" voittojen verottaminen toiseen verotusvaltioon.

81. Käsittelen seuraavaksi vuonna 1995 käyttöön otettujen muutosten oikeasuhteisuutta. Kuten Yhdistynyt kuningaskunta huomauttaa, näillä muutoksilla otettiin lähinnä käyttöön lainsäädännössä markkinaehtoisuuden periaate, joka oli aikaisemmin vaikuttanut verosopimusten välityksellä. Muutoksissa säädettiin siis siitä, että konsernin jäsenten välillä maksettavaa korkoa, joka ylitti sen määrän, joka olisi maksettu markkinaehtoisesti, oli pidettävä voitonjakona.[68] Laina katsottiin myönnetyn muutoin kuin markkinaehtoisesti silloin, jos korko oli kokonaan tai osittain "määrältään sellainen, että sitä ei olisi maksettu toiselle yritykselle, mikäli yritysten välillä ei olisi ollut (kyseisiä arvopapereita lukuun ottamatta) suhdetta, järjestelyjä tai muita yhteyksiä, paitsi siltä osin kuin tällainen voitonjako ei ole määrältään sellainen".[69] Lisäksi lainsäädännössä vahvistettiin luettelo edellytyksistä, joita oli käytettävä ratkaistaessa sitä, oliko korkomak-

68 – TA:n 209 §:n 2 momentin da kohta.

69 – TA:n 209 §:n 2 momentin da kohdan ii kohta.

suja pidettävä voitonjakona. Näitä olivat lainanottajan kokonaisvelkaantuneisuus, se, voidaanko olettaa, että lainanottaja ja tietty henkilö olisivat ryhtyneet liiketoimeen, johon sisältyy arvopaperin liikkeeseen laskeminen liikkeeseenlaskijan toimesta tai lainan tai tietynsuuruisen lainan antaminen tälle yhtiölle, sekä korkokanta ja muut ehdot, joita voitaisiin olettaa sovellettavan missä tahansa yksittäistapauksessa tällaiseen liiketoimeen.

82. Tässä lainsäädännössä asetetut edellytykset näyttävät samoista syistä, kuin vuotta 1995 edeltäneen lainsäädännön osalta todettiin, lähtökohtaisesti oikeasuhteisilta tähän tavoitteeseen nähden, sanotun vaikuttamatta edellä esitettyihin neljään tärkeään varaukseen. Uutta luonnehdintaa koskeva testi perustuu nimenomaisesti markkinaehtoisuuden periaatteeseen, kuten luettelon perusteissa täsmennetään. Nyt käsiteltävässä asiassa ei ole väitetty, että näissä perusteissa ja lainsäädännön sanamuodossa ei ilmaistaisi asianmukaisesti markkinaehtoisuuden periaatetta. Tässäkään tapauksessa se, että säännöksiä ei sovelleta, mikäli koron maksaja ja maksun saaja ovat molemmat Yhdistyneessä kuningaskunnassa yhtiöverovelvollisia, [70] ei sinänsä merkitse sitä, että ne olisivat suhteettomia.

83. Täsmälleen samaa voidaan todeta tarkasteltaessa Yhdistyneen kuningaskunnan vuonna 1998 sääntöihin tekemien muutosten oikeasuhteisuutta, kun niissä käsitellään alikapitalisointia osana Yhdistyneen kuningaskunnan yleisiä siirtohinnoittelusääntöjä. Tässäkin tapauksessa viitekohtana on markkinaehtoisuuden standardi, joka on tässä yhteydessä ilmaistu sanamuodolla "poikkeavat siitä, millaisia ne olisivat olleet, jos yhtiöt eivät olisi olleet yhteisessä määräysvallassa". Tässäkin yhteydessä pätevät samat varaumat kuin edellä.

84. Vaikka Yhdistynyt kuningaskunta muutti siirtohinnoittelusääntöjään vuonna 2004 siten, että niitä sovelletaan myös silloin, jos liiketoimen molemmat osapuolet ovat Yhdistyneessä kuningaskunnassa verovelvollisia, edellä esitetyn perusteella on selvää, että tämä ei ole mielestäni tarpeen, jotta säännöt olisivat EY 43 artiklan mukaisia.

b) Perusteltavuus verotuksen johdonmukaisuudella?

85. Yhdistynyt kuningaskunta esittää vaihtoehtoisena perusteluna, että riidanalainen lainsäädäntö oli välttämätön verojärjestelmän johdonmukaisuuden varmistamiseksi. Yhdistynyt kuningaskunta väittää, että sen lainsäädännön tarkoituksena oli varmistaa, että peitellystä voitonjaosta kannettaisiin vero vain kerran ja tarkoituksenmukaisessa verotusvaltiossa (eli verotusvaltiossa, jossa voitot olivat syntyneet). Yhdistynyt kuningaskunta väittää lisäksi, että jos verotuksen

70 – TA:n 212 §:n 1 ja 3 momentti.

johdonmukaisuutta tarkastellaan konserninlaajuisesta ja yhteisönlaajuisesta näkökulmasta, sen alikapitalisointisäännöillä varmistettiin johdonmukaisuus, koska niillä taattiin se, että voittoja ei kyettäisi keinotekoista rakennelmaa käyttämällä "viemään" verotettavaksi verotusvaltioon, jossa voittoja ei ollut ansaittu.

86. Tätä väitettä voidaan käsitellä lyhyesti, koska tässä yhteydessä siinä tuodaan mielestäni esiin täysin sama ongelma ja sitä koskevat samat rajoitukset kuin ne, joita on käsitelty edellä väärinkäytösten estämiseen liittyvien perusteiden hyväksyttävyyden yhteydessä.

87. Se antaa kuitenkin mahdollisuuden esittää joitakin yleisempiä huomautuksia varsin epämääräiseen "verotuksen johdonmukaisuuteen" perustuvan oikeuttamisperusteen luonteesta ja tehtävästä. Yhteisöjen tuomioistuin on hyväksynyt tämän oikeuttamisperusteen nimenomaisesti vain yhdessä tapauksessa – asiassa Bachmann [71] – vaikka se on sittemmin tuotu menestyksettä esiin hyvin monissa tapauksissa. Yhteisöjen tuomioistuin käytti tätä käsitettä asiassa Bachmann ilmaisemaan sen näkemyksen, että Belgia sai perustellusti säilyttää "yhteyden" eläke- ja henkivakuutussopimusmaksujen vähennyskelpoisuuden ja sen välillä, että kyseisten sopimusten perusteella maksettavista summista kannetaan myöhemmin vero Belgiassa. Belgia sai perustellusti rajoittaa maksujen vähennyskelpoisuuden sellaisiin tapauksiin, joissa Belgia kykeni kantamaan veron myöhemmin maksetuista summista. Sittemmin yhteisöjen tuomioistuin on todennut, että jotta tähän puolustautumisperusteeseen voidaan nojautua, verotuksellisen edun myöntämisen ja tätä etua kompensoivan veron välillä on oltava "suora yhteys". Se korosti esimerkiksi asiassa Verkooijen antamassaan tuomiossa, että asiassa Bachmann verotuksellinen etu ja verorasite liittyivät samaan veroon ja samaan verovelvolliseen, ja hylkäsi tämän oikeuttamisperusteen soveltamisen käsiteltävänään olleessa asiassa, koska se koski kahta erillistä, eri verovelvollisilta kannettavaa veroa. [72] Tätä näkemystä noudatettiin myös esimerkiksi asioissa Baars ja Bosal. [73]

88. Muun muassa julkisasiamies Kokott arvosteli asiassa Manninen antamassaan ratkaisuehdotuksessa ja julkisasiamies Maduro asiassa Marks & Spencer antamassaan ratkaisuehdotuksessa [74] tämän oikeuttamisperusteen rajoittamista formalistiseen muotoon "yksi vero, yksi verovelvollinen". Yhteisöjen tuomioistuin näyttikin näissä asioissa antamissaan tuomioissa omaksuvan laajemman näkemyksen tästä käsitteestä. Vaikka se hylkäsi asiassa Manninen antamassaan tuomiossa tämän perusteen soveltamisen kyseisessä asiassa, se katsoi, että

71 – Edellä alaviitteessä 46 mainittu asia Bachmann (ks. myös rinnakkainen asia C-300/90, komissio v. Belgia, tuomio 28.1.1992 (Kok. 1992, s. I-305), joka koskee hyvin samanlaisia ongelmia.

72 – Asia C-35/98, Verkooijen, tuomio 6.6.2000 (Kok. 2000, s. I-4071, 58 kohta).

73 – Edellä alaviitteessä 19 mainittu asiassa Baars annettu tuomio ja asia C-168/01, Bosal, tuomio 18.9.2003 (Kok. 2003, s. I-9409).

74 – Asia C-319/02, Manninen, tuomio 7.9.2004 (Kok. 2004, s. I-7477) ja edellä alaviitteessä 26 mainitussa asiassa Marks & Spencer annettu tuomio.

Suomen järjestelmän johdonmukaisuus ei vaarantunut niin kauan kuin osakkeenomistajalle myönnetty verotuksellinen etu (yhtiöveron hyvitys) ja kyseisiin osakkeisiin sisältyvistä voitoista maksettu yhtiövero vastasivat toisiaan (yhteys). Se, että yhtiöveroa ei ollut maksettu Suomessa vaan Ruotsissa, ei poistanut tätä vastaavuutta. [75] Yhteisöjen tuomioistuin esitti asiassa Marks & Spencer perustelunsa hieman eri tavoin ja käytti käsitettä "verotusvallan tasapainoinen jakaantuminen jäsenvaltioiden välillä". [76] Vaikka kotimaisen emoyhtiön suorittamaa kotimaisten tytäryhtiöiden tappioiden tasaamista rajoittavan kansallisen lainsäädännön tavoite oli lähtökohtaisesti hyväksyttävä eli verotusvallan tasapainoisen jakaantumisen suojeleminen – koska sillä, että tytäryhtiöille annettaisiin mahdollisuus valita, otetaanko niiden tappiot huomioon niiden verotuksellisessa kotipaikassa vai toisessa valtiossa, vaarantaisi tasapainon – Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännössä tämän tavoitteen saavuttamiseksi valitut keinot olivat kyseisessä tapauksessa yhteisöjen tuomioistuimen mielestä suhteettomia.

89. Tämän perusteella on ymmärrettävissä, että tämän oikeuttamisperusteen laajuudesta ja tehtävästä vallitsee epävarmuutta. Katson kuitenkin, että useimmissa tapauksissa, joissa yhteisöjen tuomioistuin on hylännyt tämän oikeuttamisperusteen sovellettavuuden (vastauksena asianosaisten tältä osin erikseen esittämiin lausumiin), se on todellisuudessa ilmaissut vain perustavanlaatuisia syrjintäkiellon periaatteita, joita olen hahmotellut asioissa ACT, FII, Kerkhaert ja Morres sekä Denkavit antamissani ratkaisuehdotuksissa, eli 1) mikäli jäsenvaltiot ovat kotipaikkavaltiona, ne eivät saa syrjiä ulkomaalaisesta lähteestä saatua tuloa kotimaisesta lähteestä saatuun tuloon nähden, sikäli kuin ne käyttävät verotustoimivaltaa ulkomaiseen tuloon ja 2) mikäli jäsenvaltiot ovat lähdevaltiona, ne eivät saa syrjiä ulkomailla asuvien tuloa kotimaassa asuvien tuloon nähden, sikäli kuin ne käyttävät verotustoimivaltaa ulkomailla asuviin. [77] Tästä ovat selkeinä esimerkkeinä asioissa Verkooijen ja Manninen annetut tuomiot, joissa yhteisöjen tuomioistuin lähinnä pysytti kotipaikkavaltiolle asetetun syrjintäkiellon noudattamisen velvoitteen hylätessään Alankomaiden ja Suomen hallitusten väitteet, joiden mukaan verotuksellisen edun (verovapaus ja yhtiöveron hyvitys) ja maksetun veron (joka oli maksettu ulkomaisena tulona toisessa jäsenvaltiossa) välillä ei ollut riittävää yhteyttä. [78] Yhteisöjen tuomioistuin ilmaisi myös asiassa Marks & Spencer antamassaan tuomiossa lähinnä syrjintäkieltoa koskevan (kotipaikkavaltiolle asetetun) velvoitteen rajat – koska Yhdistyneellä kuningaskunnalla ei ollut verotustoimivaltaa Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevien emoyhtiöiden ulkomaisten tytäryhtiöiden osalta, oli lähtökohtaisesti johdonmukaista, että se ei sallinut sitä, että Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitseva emoyhtiö olisi vähentänyt näiden tytäryhtiöiden tappiot. [79] Mahdolliset näistä tappionta-

75 – Edellä alaviitteessä 74 mainitussa asiassa Manninen annettu tuomio, 46 kohta.

76 – Edellä alaviitteessä 26 mainitussa asiassa Marks & Spencer annettu tuomio, 46 kohta.

77 – Ks. edellä alaviite 27.

78 – Edellä alaviitteessä 72 mainitussa asiassa Verkooijen annettu tuomio ja alaviitteessä 74 mainitussa asiassa Manninen annettu tuomio.

79 – Edellä alaviitteessä 26 mainitussa asiassa Marks & Spencer annettu tuomio.

sausta koskevista rajoituksista rajat ylittävälle toiminnalle aiheutuvat "rajoitukset" eivät olisi seurausta syrjinnästä vaan kvasirajoituksista.

90. Tällaisissa tapauksissa "verotuksen johdonmukaisuuteen perustuvan oikeuttamisperusteen" sovellettavuuden arviointi ei todellisuudessa ollut käsitteellisesti erotettavissa sen määrittämisestä, oliko kansallinen lainsäädäntö syrjivä. Näin ollen useimmissa tapauksissa voitaisiin todellakin kyseenalaistaa se, onko "verotuksen johdonmukaisuutta" koskevalla oikeuttamisperusteella todellisuudessa mitään järkevää erillistä tehtävää.

91. Nyt käsiteltävässä asiassa verotuksen johdonmukaisuutta koskevien perustelujen soveltamisen lopputulos on mielestäni täysin sama kuin edellä on todettu väärinkäytösten estämistä koskevan perustelun osalta. Vaikka on siis lähtökohtaisesti perusteltavissa, että Yhdistynyt kuningaskunta pyrkii ottamaan käyttöön sen omaan verotustoimivaltaan kuuluvan alueen sisällä sovellettavia sääntöjä ja estämään niiden väärinkäytön (eli koron ja voitonjaon erilainen kohtelu verotuksessa) hyväksytyn markkinaehtoisuuden jakoperiaatteen perusteella, sen on siinä yhteydessä noudatettava suhteellisuusperiaatetta.

4. Ensimmäistä kysymystä koskeva päätelmä

92. Edellä esitetyistä syistä kansallisen tuomioistuimen ensimmäiseen kysymykseen pitäisi mielestäni vastata, että nyt käsiteltävässä asiassa riidanalaisten Yhdistyneen kuningaskunnan säännösten kaltaisten kansallisten verosäännösten voimassa pitäminen ja soveltaminen ei ole EY 43 artiklan vastaista, kun niissä rajoitetaan markkinaehtoisuutta koskevan testin perusteella sellaisen tytäryhtiön, jonka verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa, mahdollisuutta vähentää verotuksessa sellaisen lainarahoituksen korot, jonka on myöntänyt sellainen välitön tai välillinen emoyhtiö, jonka verotuksellinen kotipaikka ei ole Yhdistyneessä kuningaskunnassa, kun tytäryhtiöön ei sovellettaisi tällaisia rajoituksia, jos emoyhtiön verotuksellinen kotipaikka olisi Yhdistyneessä kuningaskunnassa, niin kauan kuin 1) tytäryhtiöllä on kuitenkin mahdollisuus osoittaa ilman perusteettomia rasitteita se, että liiketoimi todellakin toteutettiin aidoista liiketaloudellisista syistä eikä verotuksellisen edun saamiseksi ja 2) Yhdistynyt kuningaskunta varmistaa, että emoyhtiön kotipaikkavaltio tunnustaa vastavuoroisesti sen, jos Yhdistynyt kuningaskunta on katsonut tytäryhtiön maksaman koron voitonjaoksi.

C *Toinen kysymys*

93. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee toisella kysymyksellään lähinnä, vastattaisiinko sen ensimmäiseen kysymykseen eri tavalla,

jos lainarahoitusta tytäryhtiölle, jolla on verotuksellinen kotipaikka Yhdistyneessä kuningaskunnassa, ei myöntäisi suoraan emoyhtiö vaan samaan konserniin kuuluva välitason lainanantajayhtiö ja jos tällaisen lainanantajayhtiön ja/tai emoyhtiön verotuksellinen kotipaikka ei olisi toisessa jäsenvaltiossa vaan jossain kolmannessa maassa.

94. Edellä olen jo todennut, että koska riidanalaista Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädäntöä sovelletaan ainoastaan tilanteisiin, joissa yhdellä yrityksellä on selvä vaikutusvalta toisen yrityksen päätöksiin yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla, sen yhteensopivuutta pitäisi tarkastella yksinomaan EY 43 artiklan kannalta. Kyseiseen artiklaan nyt käsiteltävän asian kannalta sisältyvä merkityksellinen kielto on kielto, jonka mukaan jonkin jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti perustettujen yritysten, joiden sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on yhteisön alueella, oikeutta perustaa tytäryhtiöitä ei saa rajoittaa. [80]

95. Tämä merkitsee mielestäni sitä, että niin kauan kuin välittömällä tai välillisellä emoyhtiöllä – jonka sijoittautumisvapautta väitetään rajoitettavan – on verotuksellinen kotipaikka jossain jäsenvaltiossa (muussa kuin Yhdistyneessä kuningaskunnassa), EY 43 artiklaa (ja edellä esitettyä selvitystä) sovelletaan. Se mahdollisuus, että välitason lainanantajayhtiöllä, joka todellisuudessa myöntää lainan, saattaa olla verotuksellinen kotipaikka jossain kolmannessa maassa, ei vaikuta tähän päätelmään. Siten ratkaisu on täysin sama kuin edellä ensimmäisen kysymyksen osalta, kun kyseessä ovat toisen kysymyksen a kohdassa esitetyt vaihtoehdot (sekä emoyhtiön että lainanantajayhtiön verotuksellinen kotipaikka on jossain toisessa jäsenvaltiossa).

96. Jos toisaalta välittömällä tai välillisellä emoyhtiöllä on verotuksellinen kotipaikka jossain kolmannessa maassa, EY 43 artiklaa ei lähtökohtaisesti sovelleta siinäkään tapauksessa, että laina todellisuudessa myönnetään konsernin toisen sellaisen jäsenen välityksellä, jolla on verotuksellinen kotipaikka jossain toisessa jäsenvaltiossa. Tämän seurauksena toisen kysymyksen d kohdassa esitetyssä tilanteessa (sekä emoyhtiöllä että lainanantajayhtiöllä on verotuksellinen kotipaikka joissain kolmansissa maissa) EY 43 artiklaa ei sovelleta (eikä mitään muutakaan vapaata liikkuvuutta koskevaa perustamissopimuksen määräystä).

97. Poikkeuksena tästä olisi tilanne, jossa lainanantajayhtiöllä itsellään on vaikutusvaltaa Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevan tytäryhtiön päätöksiin (eli jos Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitseva yritys on todellisuudessa lainanantajayhtiön tytäryhtiö) ja jossa Yhdistyneen kuningaskunnan säännöissä syrjitään Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevaa tytäryhtiötä lainanantajayhtiön sijainnin perusteella. Tällaisessa tapauksessa väitetty rajoitus olisi lainanantajayhtiön eikä jossain kolmannessa maassa sijaitsevan emoyhtiön sijoittautumisvapauden rajoitus. Siten toisen kysymyksen b ja c kohdassa esitetyissä tilanteissa (lainanantajayhtiön verotuksellinen kotipaikka on jossain toisessa jäsenvaltiossa, emoyhtiön verotuk-

80 – Ks. EY 48 artikla.

sellinen kotipaikka jossain kolmannessa maassa) edellä EY 43 artiklan osalta esitetty tulkinta pätee vain siinä tapauksessa, että Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitseva lainanottaja on lainanantajayhtiön tytäryhtiö. Tämä pätee myös toisen kysymyksen c kohdassa esitetyn muunnelman osalta (laina, jonka myöntää sellaisen lainanantajayhtiön jossain kolmannessa maassa sijaitseva sivuliike, jolla itsellään on verotuksellinen kotipaikka jossain jäsenvaltiossa), kunhan lainanantajayhtiö itse täyttää EY 43 artiklan soveltamisedellytykset sellaisina kuin ne on esitetty EY 48 artiklassa (eli se on perustettu jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti ja sillä on sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka yhteisön alueella).

98. Näistä syistä kansallisen tuomioistuimen toiseen kysymykseen pitäisi vastata, että EY 43 artiklaa ja ensimmäiseen kysymykseen antamassani vastauksessa esittämääni tulkintaa sovelletaan, kun a) lainan antaa lainanantajayhtiö eikä emoyhtiö itse, jos näillä molemmilla yhtiöillä on verotuksellinen kotipaikka jossain toisessa jäsenvaltiossa kuin Yhdistyneessä kuningaskunnassa, tai kun b) lainanantajayhtiöllä on verotuksellinen kotipaikka jossain toisessa jäsenvaltiossa kuin Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja lainanottajayhtiö on lainanantajayhtiön tytäryhtiö, vaikka niiden yhteisellä emoyhtiöllä olisi verotuksellinen kotipaikka jossain kolmannessa maassa tai lainanantajayhtiö antaisi lainan jossain kolmannessa maassa sijaitsevasta sivuliikkeestä. EY 43 artiklaa ei kuitenkaan sovelleta, kun a) lainanantajayhtiöllä on verotuksellinen kotipaikka jossain muussa jäsenvaltiossa kuin Yhdistyneessä kuningaskunnassa, lainanottajayhtiö ei ole lainanantajayhtiön tytäryhtiö ja niiden yhteisellä emoyhtiöllä on verotuksellinen kotipaikka jossain kolmannessa maassa tai kun b) lainanantajayhtiöllä ja lainanantajayhtiön ja lainanottajayhtiön kaikilla yhteisillä välittömillä tai välillisillä emoyhtiöillä on verotuksellinen kotipaikka joissain kolmansissa maissa.

D *Kolmas kysymys*

99. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee kolmannella kysymyksellään, vaikuttaisiko se mitenkään ensimmäiseen ja toiseen kysymykseen annettaviin vastauksiin, jos kyettäisiin osoittamaan, että lainanotto merkitsi sellaista oikeuksien väärinkäyttöä tai oli osa sellaista keinotekoista järjestelyä, jolla pyrittiin lainanottajayhtiön kotipaikkana olevan jäsenvaltion verolainsäädännön kiertämiseen. Koska olen vastannut tähän kysymykseen osana ensimmäiseen kysymykseen antamaani vastausta ja erityisesti jaksossa, joka koskee Yhdistyneen kuningaskunnan esittämän väärinkäytösten estämistä koskevan perustelun sovellettavuutta, en vastaa siihen erikseen tässä yhteydessä.

E *Neljäs kysymys*

100. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee neljännellä kysymyksellään sitä, että jos

kyseessä on EY 56 artiklassa tarkoitettu pääomanliikkeiden rajoittaminen jäsenvaltioiden ja kolmansien maiden välillä, oliko tällainen rajoitus EY 57 artiklan soveltamisen kannalta voimassa 31.12.1993. Koska olen vastannut tähän kysymykseen edellä V.A jaksossa, jossa katsoin, että Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädäntöä pitäisi arvioida vain sen osalta, onko se EY 43 artiklan mukainen, eikä sen osalta, onko se EY 49 tai EY 56 artiklan mukainen, en vastaa siihen erikseen tässä yhteydessä.

F *Viides, kuudes, seitsemäs, kahdeksas, yhdeksäs ja kymmenes kysymys*

101. Ennakkoratkaisupyynnön viidennessä, kuudennessa, seitsemännessä, kahdeksannessa, yhdeksännessä ja kymmenennessä kysymyksessä tuodaan esiin kysymyksiä, jotka liittyvät niiden oikeussuojakeinojen luonteeseen, joita pitäisi olla asianomaisten Yhdistyneessä kuningaskunnassa sijaitsevien tytäryhtiöiden tai muiden samaan konserniin kuuluvien yhtiöiden käytettävissä, mikäli jotkin Yhdistyneen kuningaskunnan riidanalaisista säännöksistä ovat ristiriidassa joidenkin näissä kysymyksissä mainittujen yhteisön oikeussääntöjen kanssa.

102. Ensimmäiseen kysymykseen antamani vastauksen perusteella on selvää, että oikeussuojakeinoja koskevan ongelman pitäisi tulla esiin verrattain harvoissa tilanteissa, koska Yhdistyneen kuningaskunnan säännökset ovat mielestäni suurimmaksi osaksi EY 43 artiklan mukaisia. Siten oikeussuojakeinoja koskeva kysymys tulee esiin vain sellaisissa tilanteissa, joissa 1) verovelvollinen kykenee osoittamaan, että maksut, jotka Yhdistynyt kuningaskunta on katsonut näiden säännösten perusteella voitonjaoksi, suoritettiin todellisuudessa liiketaloudellisista syistä eikä verotuksellisen edun saamiseksi, (2) sellaisissa tilanteissa, joihin sovelletaan vuoteen 1995 saakka voimassa olleita säännöksiä, ei ollut olemassa sovellettavaa verosopimusta, jossa olisi määrätty markkinaehtoisuuden testistä, ja verovelvollinen kykenee osoittamaan, että maksut, jotka Yhdistynyt kuningaskunta on katsonut näiden säännösten perusteella voitonjaoksi, olisivat täyttäneet markkinaehtoisuuden testin tai että tällaiset maksut suoritettiin todellisuudessa aidoista liiketaloudellisista syistä eikä verotuksellisen edun saamiseksi, tai 3) emoyhtiön kotipaikan jäsenvaltio ei ollut tunnustanut vastavuoroisesti Yhdistyneen kuningaskunnan maksun osalta tekemää uutta luonnehdintaa, mikä johti maksun kaksinkertaiseen verottamiseen, mitä ei olisi muutoin tapahtunut.

103. Koska nämä tilanteet ovat harvinaisia ja olen käsitellyt hyvin samankaltaisia kysymyksiä asiassa Test Claimants in the FII Group Litigation antamassani ratkaisuehdotuksessa,[81] vastaan näihin kysymyksiin varsin suppeasti.

104. Kuten huomautin asiassa FII antamassani ratkaisuehdotuksessa,[82] yhteisöjen tuomioistuin on vakiintuneesti katsonut, että oikeus saada takaisin sellaiset verot, jotka jäsenvaltio on kantanut yhteisön oikeuden

81 – Edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa FII annettu ratkaisuehdotus, 125 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

82 – Saman ratkaisuehdotuksen 126 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

vastaisesti, seuraa ja täydentää niitä oikeuksia, joita yksityisille on annettu yhteisön oikeussäännöillä, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuin on näitä oikeussääntöjä tulkinnut. Jäsenvaltiolla on siten pääsääntöisesti velvollisuus palauttaa yhteisön oikeuden vastaisesti kannetut verot.[83] Koska yhteisö ei ole antanut säännöksiä perusteettomasti maksettujen summien takaisin perimisestä, kunkin jäsenvaltion sisäisessä oikeusjärjestyksessä voidaan määrittää toimivaltaiset tuomioistuimet ja antaa menettelysäännöt sellaisia oikeussuojakeinoja varten, joilla pyritään turvaamaan yhteisön oikeuteen perustuvat oikeussubjektien oikeudet; edellytyksenä tältä osin on kuitenkin se, että nämä menettelysäännöt eivät saa olla epäedullisempia kuin ne, jotka koskevat samankaltaisia jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvia vaatimuksia (vastaavuusperiaate), eivätkä ne saa olla sellaisia, että yhteisön oikeudessa vahvistettujen oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa (tehokkuusperiaate).[84]

105. Nyt käsiteltävässä asiassa esitetty kysymys on täysin sama kuin asiassa FII esitetty kysymys eli se, pitäisikö valittajan vaatimuksia pitää palautusvaatimuksina, vahingonkorvausvaatimuksina vai perusteettomasti evättyä etua vastaavaa määrää koskevina vaatimuksina.

106. Huomautin kyseisessä asiassa (yhdistetyissä asioissa Metallgesellschaft annettuun tuomioon viitaten), että on lähtökohtaisesti kansallisten tuomioistuinten tehtävänä ratkaista, miten siinä nostettuja kanteita pitäisi luonnehtia kansallisen oikeuden perusteella. Tältä osin edellytetään kuitenkin, että esimerkkiyhtiöillä on käytettävissään tehokas oikeussuojakeino, jotta ne voivat saada palautuksen tai vahingonkorvauksen siitä taloudellisesta menetyksestä, jonka ne ovat kärsineet ja josta asianomaisen jäsenvaltion viranomaiset ovat hyötyneet sen takia, että tytäryhtiöt ovat maksaneet lainvastaisen veron.[85] Tämä velvoite merkitsee sitä, että kansallisen tuomioistuimen on luonnehtiessaan kanteita kansallisen oikeuden perusteella otettava huomioon se, että vahingonkorvauksen suorittamisen edellytykset, sellaisina kuin ne on asetettu asiassa Brasserie du Pêcheur annetussa tuomiossa, eivät ehkä täyty tietyssä yksittäistapauksessa, ja tällaisessa tapauksessa varmistettava, että tehokas oikeussuojakeino tästäkin huolimatta annetaan.

107. Kun tätä sovelletaan nyt käsiteltävään asiaan, vaikuttaa siltä, että esimerkkiyhtiöiden esittämiä perusteita pitäisi arvioida perusteettomasti perittyjen maksujen palauttamista koskevassa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä esitettyjen periaatteiden perusteella, eli Yhdistyneelle kuningaskunnalle ei pitäisi koitua hyötyä eikä yrityksille (tai konserneille), joita on vaadittu maksamaan lainvastainen vero, saa aiheutua tappiota veron kantamisesta.[86] Jotta esimerkkiyhtiöille annettu oikeussuojakeino

83 – Sama kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

84 – Edellä alaviitteessä 27 mainitussa asiassa FII annettu ratkaisuehdotus, 127 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

85 – Edellä alaviitteessä 36 Metallgesellschaft annettu tuomio, 96 kohta.

86 – Ks. julkisasiamies Fennellyn edellä alaviitteessä 36 mainituissa yhdistetyissä asioissa Metallgesellschaft antama ratkaisuehdotus, 45 kohta.

olisi tehokas keino palautuksen saamiseksi tai niille aiheutuneen ja asianomaisen jäsenvaltion viranomaisille hyötyä aiheuttaneen taloudellisen vahingon korvaamiseksi, tämän oikeussuojakeinon pitäisi mielestäni ulottua kaikkiin veron lainvastaisesta kantamisesta aiheutuviin suoriin seurauksiin. Tämä sisältäisi mielestäni ensi arviolta 1) lainvastaisesti kannetun yhtiöveron palauttamisen (viidennen kysymyksen a, b, c ja d kohta), 2) lainvastaisesti kannetun yhtiöveron maksamisen yhteydessä käytetyn vähennyksen korvaamisen (viidennen kysymyksen e kohta) ja 3) virheellisesti voitonjaoksi katsotuista maksuista kannetun käyttämättömän yhtiöveroennakon palauttamisen (viidennen kysymyksen f kohta). Korostaisin kuitenkin, että kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on varmistua siitä, että vahinko, jota vaatimus koskee, oli lainvastaisesti kannetun veron suora seuraus.

108. Lisättäköön, että esitin asiassa FII, joka koski osinkojen kohtelua Yhdistyneen kuningaskunnan verotuksessa, vakavia epäilyjä siitä, täyttyivätkö yhdistetyissä asioissa Brasserie du Pêcheur annetussa tuomiossa [87] asetetut edellytykset – ja erityisesti edellytys, jonka mukaan rikkomisen on oltava riittävän ilmeinen – yhteisön oikeuden vastaisten Yhdistyneen kuningaskunnan järjestelmän osien osalta. Tätä koskevat epäilykseni ovat vieläkin vahvempia nyt käsiteltävänä olevassa asiassa. Yhteisöjen tuomioistuin vahvisti EY 43 artiklan sovellettavuuden kansalliseen alikapitalisointilainsäädäntöön vasta vuonna 2002 asiassa Lankhorst-Hohorst antamassaan tuomiossa, [88] eikä soveltamisala ole tämän tuomion antamisen jälkeenkään ollut täysin selvä. Lisäksi Yhdistynyt kuningaskunta on muuttanut lainsäädäntöään useaan kertaan ja tehnyt sääntöjensä soveltamisesta läpinäkyvämpää sekä ilmeisesti pitänyt vuoden 2004 muutosten yhteydessä mielessä sen, että yhteisön oikeutta on noudatettava. Tämä ei mielestäni riitä siihen, että kyseessä olisi yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla sen harkintavallan rajojen selvä ja vakava ylittäminen.

109. Totean lopuksi vastauksena kansallisen tuomioistuimen kymmenenteen kysymykseen, joka koskee sitä, onko vahinkoa kärsineiden henkilöiden tappioiden rajoittamiseksi osoittamalla kohtuullisella varovaisuudella merkitystä, että kuten yhteisöjen tuomioistuin totesi yhdistetyissä asioissa Metallgesellschaft ja kuten kansallisen prosessiautonomian yleinen periaate edellyttää, pääasioissa esitettyjen kaltaisiin kanteisiin sovelletaan kansallisia menettelysääntöjä, joissa voidaan muun muassa asettaa pääasioiden kantajille velvollisuus toimia kohtuullisen huolellisesti vahingon välttämiseksi tai sen rajoittamiseksi mahdollisimman vähäiseksi. [89] Tätäkin koskevat kuitenkin periaatteet, joiden mukaan menettelysääntöjen on vastattava niitä menettelysääntöjä, joita sovelletaan vastaaviin kansallisiin kanteisiin, eikä niillä saa tehdä yhteisön lainsäädännössä annettujen oikeuksien käyttämisestä käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi esimerkiksi yhdistetyissä asioissa Metallgesellschaft antamassaan tuomiossa, että tätä tehokkuusperiaatetta ei noudatettaisi, mikäli

87 – Yhdistetyt asiat C-46/93 ja C-48/93, Brasserie du Pêcheur ja Factortame, tuomio 5.3.1996 (Kok. 1996, s. I-1029).

88 – Edellä alaviitteessä 2 mainitussa asiassa Lankhorst-Hohorst annettu tuomio.

89 – Edellä alaviitteessä 36 mainituissa yhdistetyissä asioissa Metallgesellschaft annettu tuomio, 102 kohta.

kansallinen tuomioistuin epää palautusvaatimuksen tai aiheutunutta taloudellista tappiota koskevan vahingonkorvausvaatimuksen tai vähentää sitä yksinomaan sillä perusteella, että kantajat eivät olleet vaatineet veroviranomaisilta, että ne saisivat hyväkseen tietyn verojärjestelyn suoraan yhteisön lainsäädäntöön perustuvien oikeuksiensa perusteella, huolimatta siitä, että kansallisessa lainsäädännössä evättiin "joka tapauksessa" niiltä mahdollisuus valita tämä verotusjärjestelmä. Huomautan tässä yhteydessä, että ennakkoratkaisupyynnöstä ei ilmene, olisivatko kansalliset säännökset jossain tapauksessa, luettuina yhdessä sovellettavien verosopimusten kanssa, joka tapauksessa johtaneet siihen päätelmään, että ensimmäisen kysymyksen mukaisia rajoituksia olisi sovellettu. Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on ratkaista, onko riidanalainen menettelysäännös todellisuudessa tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden mukainen.

110. Viidenteen, kuudenteen, seitsemänteen, kahdeksanteen, yhdeksänteen ja kymmenenteen kysymykseen pitäisi siten mielestäni vastata, että koska yhteisö ei ole antanut säännöksiä perusteettomasti maksettujen summien takaisin perimisestä, kunkin jäsenvaltion sisäisessä oikeusjärjestyksessä voidaan määrittää toimivaltaiset tuomioistuimet ja antaa menettelysäännöt sellaisia oikeussuojakeinoja varten, joilla pyritään turvaamaan yhteisön oikeuteen perustuvat verovelvollisten oikeudet, mukaan lukien se, miten kantajien kansallisissa tuomioistuimissa nostamia kanteita on oikeudellisesti luonnehdittava. Kansallisten tuomioistuinten on tätä toimivaltaa käyttäessään kuitenkin varmistettava, että kantajilla on käytettävissään tehokas oikeussuojakeino, jotta ne voivat saada palautuksen tai vahingonkorvauksen taloudellisesta tappiosta, jota niille on aiheutunut yhteisön oikeuden vastaisesti kannetun veron suorana seurauksena.

G *Ajallinen rajoittaminen*

111. Yhdistyneen kuningaskunnan hallitus vaati suullisissa lausumissaan, että mikäli yhteisöjen tuomioistuin toteaisi sen rikkoneen tässä asiassa yhteisön oikeutta, sen pitäisi harkita tuomionsa ajallisten vaikutusten rajoittamista. Se esittää, että Yhdistyneen kuningaskunnan kannalta kielteisen ratkaisun potentiaaliset kustannukset olisivat 300 miljoonaa euroa, kun otetaan huomioon asiaan liittyvien kantajien suuri määrä. Lisäksi se vaatii, että nyt käsiteltävän asian esimerkkiyhtiöitä ei saisi vapauttaa mahdollisten ajallisten rajoitusten vaikutuksista.

112. Tässä yhteydessä on riittävää huomauttaa, että koska tilanteet, joissa Yhdistyneen kuningaskunnan säännökset ovat olleet EY 43 artiklan vastaisia, ovat olleet erittäin vähäisiä, kuten olen edellä esittänyt, määrät,

joihin tuomio vaikuttaa, ovat hyvin todennäköisesti huomattavasti pienempiä kuin Yhdistynyt kuningaskunta on arvioinut. Kuten huomautin asiassa FII antamassani ratkaisuehdotuksessa, on joka tapauksessa Yhdistyneen kuningaskunnan asiana, kun se vaatii ajallista rajoittamista, varmistaa se, että yhteisöjen tuomioistuimella on riittävät tiedot asian ratkaisemiseksi. Yhteisöjen tuomioistuimen pitäisi hylätä vaatimus samoista syistä kuin esitin kyseisessä asiassa – jossa Yhdistynyt kuningaskunta niin ikään esitti ajallista rajoittamista koskevan vaatimuksen vasta oikeudenkäynnin suullisessa vaiheessa ilmoittamatta sitä, miten se oli päätynyt arvioonsa tapauksen kustannuksista, ja esittämättä perusteluja tuomion vaikutusten ehdotetulle määräpäivälle.

VI Ratkaisuehdotus

113. Edellä esitetyistä syistä ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin antaisi seuraavan vastauksen High Court of Justice of England and Wales, Chancery Divisionin ennakkoratkaisukysymyksiin:

– Nyt käsiteltävässä asiassa riidanalaisten Yhdistyneen kuningaskunnan säännösten kaltaisten kansallisten verosäännösten voimassa pitäminen ja soveltaminen ei ole EY 43 artiklan vastaista, kun niissä rajoitetaan markkinaehtoisuutta koskevan testin perusteella sellaisen tytäryhtiön, jonka verotuksellinen kotipaikka on Yhdistyneessä kuningaskunnassa, mahdollisuutta vähentää verotuksessa sellaisen lainarahoituksen korot, jonka on myöntänyt sellainen välitön tai välillinen emoyhtiö, jonka verotuksellinen kotipaikka ei ole Yhdistyneessä kuningaskunnassa, kun tytäryhtiöön ei sovellettaisi tällaisia rajoituksia, jos emoyhtiön verotuksellinen kotipaikka olisi Yhdistyneessä kuningaskunnassa, niin kauan kuin 1) tytäryhtiöllä on kuitenkin mahdollisuus osoittaa ilman perusteettomia rasitteita se, että liiketoimi todellakin toteutettiin aidoista liiketaloudellisista syistä eikä verotuksellisen edun saamiseksi, ja 2) Yhdistynyt

kuningaskunta varmistaa, että emoyhtiön kotipaikkavaltio tunnustaa vastavuoroisesti sen, jos Yhdistynyt kuningaskunta on katsonut tytäryhtiön maksaman koron voitonjaoksi.

– EY 43 artiklaa ja edellä esitettyä tulkintaa sovelletaan, kun a) lainan antaa lainanantajayhtiö eikä emoyhtiö itse, jos näillä molemmilla yhtiöillä on verotuksellinen kotipaikka jossain toisessa jäsenvaltiossa kuin Yhdistyneessä kuningaskunnassa, tai kun b) lainanantajayhtiöllä on verotuksellinen kotipaikka jossain toisessa jäsenvaltiossa kuin Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja lainanottajayhtiö on lainanantajayhtiön tytäryhtiö, vaikka niiden yhteisellä emoyhtiöllä olisi verotuksellinen kotipaikka jossain kolmannessa maassa tai lainanantajayhtiö antaisi lainan jossain kolmannessa maassa sijaitsevasta sivuliikkeestä. EY 43 artiklaa ei kuitenkaan sovelleta, kun a) lainanantajayhtiöllä on verotuksellinen kotipaikka jossain muussa jäsenvaltiossa kuin Yhdistyneessä kuningaskunnassa, lainanottajayhtiö ei ole lainanantajayhtiön tytäryhtiö ja niiden yhteisellä emoyhtiöllä on verotuksellinen kotipaikka jossain kolmannessa maassa tai kun b) lainanantajayhtiöllä ja lainanantajayhtiön ja lainanottajayhtiön kaikilla yhteisillä välittömillä tai välillisillä emoyhtiöillä on verotuksellinen kotipaikka joissain kolmansissa maissa.

– Koska yhteisö ei ole antanut säännöksiä perusteettomasti maksettujen summien takaisin perimisestä, kunkin jäsenvaltion sisäisessä oikeusjärjestyksessä voidaan määrittää toimivaltaiset tuomioistuimet ja antaa menettelysäännöt sellaisia oikeussuojakeinoja varten, joilla pyritään turvaamaan yhteisön oikeuteen perustuvat verovelvollisten oikeudet, mukaan lukien se, miten kantajien kansallisissa tuomioistuimissa nostamia kanteita on oikeudellisesti luonnehdittava. Kansallisten tuomioistuinten on tätä toimivaltaa käyttäessään kuitenkin varmistettava, että kantajilla on käytettävissään tehokas oikeussuojakeino, jotta ne voivat saada palautuksen tai vahingonkorvauksen taloudellisesta tappiosta, jota niille on aiheutunut yhteisön oikeuden vastaisesti kannetun veron suorana seurauksena.