

Esialgne tõlge

KOHTUJURISTI ETTEPANEK

MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA

esitatud 25. oktoobril 2017(1)

Liidetud kohtuasjad C-398/16 ja C-399/16

X BV (C-398/16),

X NV (C-399/16)

versus

Staatssecretaris van Financiën

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Hoge Raad der Nederlanden (Madalmaade kõrgeim kohus))

Eelotsusemenetlus – Juriidilise isiku tulumaks – Asutamisvabadus – Mitteresidendist tütarettevõtja osaluse omandamiseks saadud laenu intressi mahaarvamine residendist emaettevõtja poolt – Vahetuskursi muutuse tõttu mitteresidendist tütarettevõtja omatava osaluse väärtuse vähenemise mahaarvamine residendist emaettevõtja poolt – Konsolideerimisgrupp

1. Euroopa Kohtul on korduvalt olnud võimalus otsustada liikmesriikide õigusaktide üle, mis käsitlevad äriühingute kasumi maksustamist, emaettevõtja ja tema tütarettevõtjate moodustatud kontsernide puhul.(2)
2. Konkreetselt Madalmaade maksunorme konsolideerimisgrupi kohta on analüüsitud vähemalt kahes eelnevas kohtuotsuses.(3) Nende normide kohaselt saab kontsern kohaldada ühist maksustamise korda ainult siis, kui kõik kontserni äriühingud on Madalmaade residendid, mis tähendab, et mitteresidendist tütarettevõtjad jäetakse kõrvale.
3. Kohtuotsuses X Holding(4) leidis Euroopa Kohus, et põhimõtteliselt on need Madalmaade õigusaktid liidu õigusega kooskõlas (konkreetselt asutamisvabadust käsitlevate EL toimimise lepingu sätetega). Tol korral asus ta seisukohale, et mitteresidendist äriühingute sellest maksude koondamise korrast väljajätmine oli õigustatud vajadusega säilitada maksustamispädevuse jaotus liikmesriikide vahel.
4. Kohtuotsuse X Holding ulatust täpsustati aga hiljem 2. septembri 2015. aasta kohtuotsuses Groupe Steria,(5) tuletades meelde, et sellest kohtuotsusest ei saa tuletada, et „ühelt poolt ühiselt maksustatavasse kontserni kuuluvate äriühingute ja teiselt poolt taolisse kontserni mittekuuluvate äriühingute igasugune erinev kohtlemine on kooskõlas ELTL artikliga 49“. (6) Euroopa Kohus lisas,

et kohtuotsuses X Holding viidati ainult Madalmaade korra normidele, millega oli lubatud kahjumit ühiselt maksustatava kontserni sees üle kanda.(7)

5. Käesolevates eelotsusetaotlustes tõstatatud küsimustega soovib asja arutav kohus tegelikult selles küsimuses tehtud kohtupraktikat selgitada. Ta vajab seda selgitust selleks, et otsustada, kas Madalmaades kehtiv ühine maksustamise kord, mille alusel saab teatavaid finantskuluartikleid emaettevõtja raamatupidamises maha arvata, kui tema tütarettevõtja on resident, kuid mitte siis, kui tütarettevõtja ei ole resident, on liidu õigusega kooskõlas.

6. Madalmaade õiguses on ette nähtud, et kulusid (intress), mida kannab äriühing kontserni teiselt ettevõtjalt laenu saades, ei saa maha arvata, välja arvatud juhul, kui emaettevõtja ja tütarettevõtja vahel on välja töötatud ühine maksustamise skeem, mis on avatud ainult residendist äriühingutele. Kohtuasi C-398/16 käsitleb seda liikmesriigi reeglit.

7. Sama kriteeriumit kohaldatakse kapitalikasumile ja kapitalikahjumile (sealhulgas sellele, mis tuleneb valuutavahetuskursi muutusest), mida ei võeta kasumi kindlaksmääramisel arvesse. Seega emaettevõtja osalusest tütarettevõtjas tingitud valuutakahjumit ei saa maha arvata, välja arvatud juhul, kui – jällegi – mõlemad kuuluvad konsolideerimisgruppi, mis on avatud ainult residendist äriühingutele. Kohtuasjas C-399/16 kohaldataksegi just seda reeglit.

I. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus

8. ELTL artiklis 49 on ette nähtud:

„Allpool esitatud sätete kohaselt keelatakse piirangud, mis kitsendavad liikmesriigi kodaniku asutamisevabadust teise liikmesriigi territooriumil. Niiviisi keelatakse ka piirangud, mis takistavad mis tahes liikmesriigi territooriumile asunud liikmesriigi kodanikel rajada esindusi, filiaale ja tütarettevõtjaid.

Kui kapitali käsitleva peatüki sätetest ei tulene teisiti, hõlmab asutamisevabadus õigust alustada ja jätkata tegutsemist füüsilisest isikust ettevõtjana ning asutada ja juhtida ettevõtjaid, eriti äriühinguid artikli 54 teises lõigus määratletud tähenduses, neil tingimustel, mida oma kodanike jaoks sätestab selle riigi õigus, kus niisugune asutamine toimub“.

9. ELTL artikkel 54 näeb ette:

„Äriühingud, mis on asutatud vastavalt liikmesriigi seadusele ja millel on liidu piires registrijärgne asukoht, juhatuse asukoht või peamine tegevuskoht, võrdsustatakse käesoleva peatüki sätete kohaldamise korral füüsiliste isikutega, kes on liikmesriikide kodanikud.

Äriühingutena mõistetakse tsiviil- või kaubandusõiguslikke äriühinguid, samuti ühistuid ja muid avalik-õiguslikke või eraõiguslikke juriidilisi isikuid, välja arvatud mittetulundusühingud“.

B. Madalmaade õigus

1969. aasta juriidiliste isikute tulumaksuseadus (Wet op de vennootschapsbelasting 1969, edaspidi „1969. aasta seadus“)

10. Artikli 10a lõikes 2 on ette nähtud:

„Maksustatava kasumi kindlaksmääramises ei saa sidusettevõtjale võlgnetavate summade pealt tasuda tulevat intressi maha arvata, kui võlgnetavad summad on seotud sidusettevõtjas [...] osade

omandamisega, välja arvatud juhul, kui muudetakse osalus- või kontrollisuhteid selles ettevõtjas“.

11. Vastavalt artikli 10a lõikele 3 ei ole juhul, kui maksumaksja tõendab, et laen ja sellega seotud õigustoiming põhinevad ülekaalukalt majanduslikel alustel, lõige 2 kohaldatav.

12. Vastavalt artikli 13 lõikele 1 ei võeta maksustatava kasumi kindlaksmääramisel arvesse osalusega seotud soodustusi ega osaluse omandamise ning osaluse võõrandamisega seotud kulusid („osaluse maksuvabastus“).

13. Artiklis 15 on sätestatud:

„1. Kui maksukohustuslasele (emaettevõtja) kuulub õiguslikult ja majanduslikult vähemalt 95% osalusest teise maksukohustuslase (tütarettevõtja) kapitalis selle sissemakstud nimiväärtuses, maksustatakse nimetatud maksukohustuslasi nende taotlusel nii, nagu tegemist oleks ühe maksukohustuslasega ehk selliselt, et tütarettevõtja tegevus ja vara on lahutamatu osa emaettevõtja tegevusest ja varast. Maksu on kohustatud tasuma emaettevõtja. Sellisel juhul käsitatakse maksukohustuslasi koos ühise maksukohustuslasena. Ühise maksukohustuslase võib moodustada mitmest tütarettevõtjast.

[...]

3. Lõige 1 kuulub kohaldamisele üksnes juhul, kui:

[...]

b. kasumi arvutamisel kuuluvad mõlema maksukohustuslase suhtes kohaldamisele samad õigusnormid;

c. mõlemad maksukohustuslased on asutatud Madalmaades [...]“.

II. Kohtuvaidluste faktilised asjaolud ja eelotsuse küsimused

A. Kohtuasi C-398/16

14. Madalmaade äriühing(8) X BV kuulub Rootsi kontserni, millesse kuulub ka üks Itaalia äriühing. Viimases osaluse omandamiseks, mis oli kolmandate isikute käes, asutas X BV Itaalias veel ühe äriühingu, millesse ta tegi kapitali sissemakse summas 237 312 000 eurot. Seda kapitali sissemakset rahastas ta laenuga (intressiga), mille andis äriühingule X BV üks samasse kontserni kuuluv Rootsi äriühing.

15. Selle laenu tagajärjel võlgnes X BV 2004. aastal laenu andnud Rootsi äriühingule intressina 6 503 261 eurot. 2004. aasta juriidilise isiku tuludeklaratsioonis arvas X BV selle summa maha arvatava kuluna oma tuludest maha. Madalmaade maksuhaldur seda mahaarvamist teha ei lubanud, tuginedes 1969. aasta seaduse artikli 10a lõike 2 punktile b, ja esitas talle maksuotsuse, mille üle käesolevas kohtuasjas vaieldakse.

16. Selle maksuotsuse peale esitatud kaebuses väitis X BV, et laenuintressi oleks saanud maha arvata, kui tal oleks lubatud luua koos oma tütarettevõtjaga üks ühine maksukohustuslane. Kuna Madalmaade õiguses on see võimalus ette nähtud ainult residendist äriühingutele, väidab X BV, et tema asutamisvabadust on ELTL artiklite 49 ja 54 vastaselt piiratud.

17. Hoge Raad der Nederlanden (Madalmaade kõrgeim kohus), kelleni jõudis see kohtuasi kassatsiooniastmes, esitas Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas EÜ artiklit 43 ja EÜ artiklit 48 (nüüd ETL artikkel 49 ja ETL artikkel 54) tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus liikmesriigi õigusnormid, millega ei ole liikmesriigis asutatud emaettevõtjal lubatud maha arvata intressi, mis tasutakse teises liikmesriigis asutatud tütarettevõtja kapitali tehtud sissemaksega seotud laenu, samas kui mahaarvamine oleks küll lubatud siis, kui tütarettevõtja moodustaks emaettevõtjaga ühise maksukohustuslase – millel on Madalmaade ühise maksukohustuslase tunnused –, kuna sellisel juhul puuduks konsolideerimisest tulenevalt seos sellise sissemaksega?“

B. Kohtuasi C-399/16

18. Madalmaade äriühing X NV kuulub kontserni, milles on teiste hulgas ja ühise maksukohustuslase süsteemis tütarettevõtja A Holdings BV. Viimasele omakorda kuulub kogu osalus Ühendkuningriigi äriühingus A Holdings UK.

19. A Holdings BV tegi 11. novembril 2008 oma äriühingus A Holdings UK omatavate osadega sissemakse oma Ühendkuningriigi tütarettevõtjasse C.(9)

20. X NV arvas oma 2008. ja 2009. majandusaasta juriidilise isiku tuludeklaratsioonides kuluna maha oma osaluses valuutavahetuskursi muutuse tõttu tekkinud kahjumi. Madalmaade maksuhaldur 1969. aasta seaduse artikli 13 lõike 1 alusel seda mahaarvamist teha ei lubanud(10).

21. X NV esitas haldusotsuse peale kaebuse, väites, et kui tal oleks lubatud moodustada koos oma Ühendkuningriigi tütarettevõtjaga konsolideerimisgrupp, siis oleks ta tekkinud vahetuskursikahjumi võinud maha arvata. Kuna Madalmaade õiguses on selleks õigus ainult residendist äriühingutel, leiab ta, et tema asutamisvabaduse kasutamist on piiratud.

22. Seda kohtuasja kassatsiooniastmes arutav Hoge Raad der Nederlanden (Madalmaade kõrgeim kohus) esitas Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. Kas EÜ artiklit 43 ja EÜ artiklit 48 (nüüd ETL artiklid 49 ja 54) tuleb tõlgendada nii, et nendega on vastuolus liikmesriigi õigusnormid, mille alusel ei ole liikmesriigis asutatud emaettevõtjal lubatud võtta arvesse vahetuskursikahjumi seoses teises liikmesriigis asutatud tütarettevõtjasse investeeritud summaga, samas kui seda oleks küll lubatud teha, kui tütarettevõtja moodustaks maksukohustuslase sisest konsolideerimisest tulenevalt koos emaettevõtjaga, kes on asutatud esimesena nimetatud liikmesriigis, ühise maksukohustuslase, millel on Madalmaade maksukohustuslase tunnused?“

2. Kui esimesele küsimusele vastatakse jaatavalt, siis kas arvesse võetava vahetuskursikahjumi kindlakstegemisel võib või tuleb sellisel juhul eeldada, et ühise maksukohustuslase koosseisu kuuluvana käsitletakse ka (ühete või mitut) asjaomasele emaettevõtjale kaudselt – selle tütarettevõtja kaudu – kuuluvat ja Euroopa Liidus asutatud otsest ja kaudset tütarettevõtjat?

3. Kui esimesele küsimusele vastatakse jaatavalt, siis kas sellisel juhul tuleb arvesse võtta vaid vahetuskursikahjumi, mis on emaettevõtjaga ühise maksukohustuslasena käsitamise korral tekkinud aastatel, mida kohtuvaidlus puudutab, või tuleb arvesse võtta ka vahetuskursikahjumi, mis on tekkinud varasematel aastatel?“

III. Poolte seisukohtade kokkuvõte

A. Kohtuasi C-398/16

23. X BV kaitseb oma õigust kontserni kuuluvalt Rootsi tütarettevõtjalt saadud laenu intress

maha arvata. Seda oleks tal lubatud maha arvata, kui tütarettevõtja oleks olnud Madalmaade maksuresident ja see oleks moodustanud koos temaga konsolideerimisgrupi, mis ei ole Madalmaade õigusnormide kohaselt võimalik. Nende õigusnormidega kaasnev erinev kohtlemine muudab investeerimise tütarettevõtjate asutamiseks teistes liidu riikides vähem atraktiivseks kui investeerimine Madalmaades.

24. X BV lisab, et see erinevus võib olla õigustatud üksnes ülekaaluka üldise huvi tõttu, tingimusel et see ei lähe kaugemale sellest, mis on selle huvi kaitseks tingimata vajalik.

25. X BV väidab kohtuotsusele X Holding osutades, et mahaarvamise keelamine ei vasta eesmärgile hoida maksustamispädevuse jaotust liikmesriikide vahel tasakaalus, kuna mahaarvamise tõttu ei viida maksustatavat summat ühest liikmesriigist teise.

26. X BV on seisukohal, et talle kohaldatud piirangule ei saa tugineda ka vajadusest tagada konsolideerimisgrupi maksustamise korra ühtsus. Ta väidab, et Euroopa Kohus(11) ei nõustu niisuguse põhjendusega, välja arvatud juhul, kui maksusoodustuse ja seda soodustust tasakaalustava konkreetse maksu vahel on otsene seos. Vaidlusalusel juhul tema sõnul konsolideerimisgrupi kasumist laenuintressi mahaarvamise võimaluse ja eelotsusetaotluses välja toodud ebasoodsate aspektide vahel otsest seost ei ole (selles mõttes, et soodustus tasakaalustab maksu).(12)

27. X BV järeldab, et Euroopa Kohus peaks esimesele küsimusele vastama jaatavalt.

28. Komisjon on seisukohal, et Madalmaade emaettevõtja ja tema, samuti Madalmaade tütarettevõtja vahelist seost koheldakse teistmoodi kui selle emaettevõtja ja tema mitteresidentist tütarettevõtja vahelist seost. 1969. aasta seaduse artikliga 10a on lubatud kontserni ühelt äriühingult teise tütarettevõtja kapitali sissemakse tegemiseks saadud laenu intressi konsolideerimise teel maha arvata ainult esimesel juhul.

29. Komisjon juhib tähelepanu sellele, et niisugust erinevat kohtlemist otse 1969. aasta seaduse artiklist 10a ei tulene, sest selles on nimetatud teatavad tehingud sidusettevõtjate vahel, et vältida kuritarvitamist, ja see on vahet tegemata kohaldatav nii riigisisestes kui ka piiriülestes olukordades. Erinevus riigisiseste ja ühendusesiseste suhete vahel on tingitud konsolideerimisgrupi maksustamise korrast: kui riikidevahelises olukorras ei ole 1969. aasta seaduse artikli 10a kohaldamisest võimalik pääseda, siis puhtalt riigisiseses olukorras on võimalik seda teha konsolideerimisgrupi moodustamise teel.

30. Komisjon väidab kohtuotsuse X Holding põhjal, et erinev kohtlemine peab olema põhjendatud ülekaalukast üldisest huvist tulenevate põhjustega, sest olukorrad, kus residentist emaettevõtja soovib asutada ühist maksukohustuslast koos samuti residentist tütarettevõtjaga ja residentist emaettevõtja mitteresidentist tütarettevõtjaga, on objektiivselt sarnased.

31. Komisjon on liikmesriikide vahel maksustamispädevuse jaotust arvestades seisukohal, et see ei ole põhjendatud, sest käesoleval juhul on küsimus ainult Madalmaade maksustamispädevuses.

32. Mis puutub Madalmaade maksusüsteemi ühtsuse võimalikku kahjustamisse, siis komisjon arvab, et sellele ei saa tugineda, sest saadud maksusoodustuse ja selle konkreetse maksuga tasakaalustamise vahel ei ole otsest seost.⁽¹³⁾ Tema arvates on ühtsusetus Madalmaade maksusüsteemis endas, sest ühelt poolt peetakse selles vajalikuks kohaldada 1969. aasta seaduse artikli 10a kuritarvitamisvastaseid sätteid nii riigisisestes kui ka piiriülestes olukordades, samas kui teiselt poolt on lubatud puhtalt riigisisestel konsolideerimisgruppidel nende eeskirjade kohaldamisest pääseda.

33. Madalmaade valitsus väidab, et 1969. aasta seaduse artikli 10a lõige 2 ei ole iseenesest asutamisvabadusega vastuolus. Võimalikud takistused tulenevad sel juhul asjaolust, et residendist emaettevõtja ei või moodustada ühist maksukohustuslast mitteresidendist tütarettevõtjaga. Ta tugineb selle õigusnormi põhjendamiseks siiski ülekaalukast üldisest huvist tulenevatele põhjustele.

34. Intressi mahaarvamise õigus konsolideerimisgrupi siseselt tuleneb juba selle grupi olemusest endast. Konsolideerimise tõttu ei ole kapitali sissemakse emaettevõtja ja tütarettevõtja vahel ühise maksukohustuslase sees maksustamise seisukohalt nähtav, sest grupisisised tehingud neutraliseerivad üksteist. Kuna maksude koondamise korras on olemas ainult üks, emaettevõtjale omistatav vara, ei ole ühise maksukohustuslase sees kapitali sissemaksmine maksustamise seisukohalt võimalik. Seepärast ei ole sellisel juhul 1969. aasta seaduse artikkel 10a kohaldatav ja intressi mahaarvamine on otseselt ja lahutamatult seotud ühise maksukohustuslase sisese konsolideerimisega.

35. Madalmaade valitsus järeldab, et niinimetatud „konkreetsete asjaolude põhine lähenemine“, mida järgitakse pärast kohtuotsust X Holding, ei ole vaidlusalusele õigusnormile kohaldatav. Juhul aga, kui Euroopa Kohus peaks selles lähenemisest lähtuma, on erinev kohtlemine õigustatud ülekaaluka üldise huvi tõttu – intressi mahaarvamise õiguse piiramisega püütakse takistada kunstlikke skeeme, mis ei ole majanduslikult põhjendatud. Maksumaksjale 1969. aasta seaduse artikli 10a lõikega 3 antud võimalus, et ta saab tõendada, et ta ei ole kunstlikke skeeme loonud, tagab tema sõnul meetme proportsionaalsuse.

B. Kohtuasi C-399/16

1. Esimene eelotsuse küsimus

36. Äriühing X NV ja komisjon lähtuvad sellest, et Madalmaade õiguses ei saa vahetuskursikahjumit, mis on tekkinud seoses osalusega Ühendkuningriigi tütarettevõtjas, juriidiliste isikute tuludeklaratsioonis maha arvata. See sama kahjum oleks maksude koondamise korra alusel maha arvata, kui tütarettevõtja oleks asutatud Madalmaades, mis on niisuguse olukorraga, kus Madalmaade äriühing, kellel on samuti Madalmaades asutatud tütarettevõtja, tegutseb Ühendkuningriigis, objektiivselt sarnane olukord. Analoogete olukordade erinev kohtlemine takistab asutamisvabadust.

37. Selle erineva kohtlemise ainsad põhjendused oleksid liikmesriikide vahel maksustamispädevuse jaotuse tasakaalu säilitamine või Madalmaade maksusüsteemi ühtsuse kaitsmine.

38. Esimese põhjenduse suhtes on X NV ja komisjon seisukohal, et selles kohtuasjas ei ole Madalmaade maksustamispädevus kahtluse alla seatud. Madalmaade äriühingul seoses tema osalusega Ühendkuningriigi tütarettevõtjas tekkinud vahetuskursikahjum ei ole viimase raamatupidamises, mida peetakse Inglise naelades, nähtav.

39. Teise (võimaliku) põhjenduse suhtes tuletavad X NV ja komisjon meelde, et selleks, et

maksusüsteemi ühtsuse kaitse niisuguseks põhjenduseks lugemiseks peab olema otsene seos ühelt poolt maksusoodustuse andmise ja teiselt poolt selle soodustuse konkreetse maksuga tasakaalustamise vahel. Käesolevas kohtuasjas seda seost soodustuse (s.o vahetuskursikahjumi mahaarvamine) ja eelotsusetaotluse esitanud kohtu nimetatud ebasoodsate aspektide(14) vahel ei ole.

40. Madalmaade valitsus on seisukohal, et X NV püüab vältida 1969. aasta seaduse artikli 13 negatiivset tagajärge (et vahetuskursikahjumit ei ole võimalik maha arvata) ja sellegipoolest kasutada „osaluse maksuvabastust“. Madalmaade õiguses aga ei võimaldata seda „osaluse maksuvabastuse“ piiratud kohaldamist emaettevõtjale, kellel on residendist tütarettevõtja.

41. Madalmaade valitsuse sõnul leidis Euroopa Kohus kohtuotsustes X Holding ja Groupe Steria(15), et ühise maksukohustuslase moodustavate äriühingute individuaalse, emaettevõtjale omistatava kasumi ja kahjumi tasakaalustamine ja kontsernisestest tehingute neutraliseerimine on lahutamatu seotud ühise maksukohustuslase asutamisega, mille sees osalus kontserni teises äriühingus ega selle osaluse tulem maksustamises ei kajastu.

42. Konsolideerimisgrupi moodustamise võimalus ei tähenda *a priori* maksusoodustust vahetuskursikahjumi riski suhtes, sest kuigi Madalmaade õiguses ei ole viimast maha arvata lubatud, ei arvata ka vahetuskursikasumit juriidiliste isikute tulumaksuga maksustava summa sisse. Seepärast ei takista seoses osalusega mitteresidendist tütarettevõtjas tekkinud vahetuskursikahjumi väljajätmine asutamisvabadust.

43. Lisaks ei saa vahetuskursikahjumit konsolideerimisgrupi maksustamisel arvesse võtta, isegi kui „osaluse maksuvabastuse“ kohaldamine ei oleks lubatud. Kuna aktsiate omamisega seotud tegureid (nagu kasumi jaotamine ja osaluse väärtuse muutused) ühise maksukohustuslase lõpptulemi sisse ei arvata, ei anna need õigust teha mingeid mahaarvamisi. Seega ei ole vahetuskursikahjumi osas tema sõnul mitteresidendist tütarettevõtjaga emaettevõtja ja residendist tütarettevõtjaga emaettevõtja erinevat kohtlemist (kui mõlemad moodustavad konsolideerimisgrupi).

2. Teine ja kolmas eelotsuse küsimus

44. Äriühing X NV ja komisjon märgivad teise küsimuse kohta, et Madalmaade õiguses võib emaettevõtja vabalt otsustada, kas ta moodustab koos oma residendist tütarettevõtjatega konsolideerimisgrupi või mitte, ja lubatud lisaks valida, milliste tütarettevõtjatega seda moodustada. Piiriüleseid kontserne ei tohiks kindlates küsimustes kohelda ebasoodsamalt kui üleni riigisiseseid kontserne. See tähendab, kui võrdlusaluseks on vahetuskursikahjumi mahaarvamise õigus riigisiseste ühiste maksukohustuslaste maksustamisel, ei või emaettevõtjat, kelle tütarettevõtja on välisriigis, kohelda ebasoodsamalt.

45. Kolmanda küsimuse kohta väidavad X NV ja komisjon, et kaebajast äriühingut ei tohi maksustada rohkem kui riigisisest kontserni, milles emaettevõtja ja tütarettevõtjad moodustavad ühise maksukohustuslase.

46. Madalmaade valitsus leiab, et teisele ja kolmandale küsimusele tuleb vastata ühtemoodi. Ei või olla lubatud, et emaettevõtja võiks valida, millised äriühingud ja millised majandusaastad ta fiktiivse konsolideerimisgrupi deklaratsioonis arvesse võtta. Kui ta saaks seda teha, siis tehtaks valik *a posteriori*, olenevalt juba teadaolevatest andmetest, mis võimaldaks tal arvesse võttavahetuskursi muutumist ja valida, milliseid tütarettevõtjaid ja millised majandusaastad on kõige sobivam sisse arvata („cherry picking“), millega kaasneb oht, et maksustatav summa võib kahaneda.

IV. Menetlus Euroopa Kohtus

47. Eelotsusetaotlused registreeriti Euroopa Kohtu kantseleis 18. juulil 2016.
48. 9. augustil 2016 otsustati kohtuasjad C-398/16 ja C-399/16 liita.
49. Kirjalikud seisukohad esitasid X BV, X NV, Madalmaade valitsus ja Euroopa Komisjon. Kohtuistungi pidamist ei peetud vajalikuks.

V. Hinnang

A. Sissejuhatavad märkused

50. Küsimused, mille Euroopa Kohus peab käesolevate eelotsusetaotluste raames lahendama, puudutavad niisuguste kontsernide maksustamist, mille puhul võib maksustamiskord toimuda eri vormis. Ühes neist toimib kontserni iga üksus sõltumatu maksukohustuslasena, st ta maksab makse kogu saadud tulult, isegi kui osa tulust on saadud sama kontserni üksustega tehtud tehingutest.
51. Seevastu teiste õigusaktidega on kontsernidele antud võimalus valida maksustamine maksude koondamise erikorra alusel, nii et maksuteade saadetakse ainult kontsernile kui majandusüksusele (konkreetselt emaettevõtjale). See mudel eeldab, et kontserni liikmete omavahelised tehingud on maksustamise seisukohast neutraalsed, st neid ei võeta maksustatava summa kindlaksmääramisel arvesse.
52. Nendes kahes kohtuasjas on ühine asjaolu, et emaettevõtja, Madalmaade resident, väidab, et tal on tekkinud suhetes oma tütarettevõtjatega majanduslik kahju, mida ta ei saa oma juriidilise isiku tuludeklaratsioonis maha arvata, sest see ei ole selle liikmesriigi õiguses lubatud. Ta lisab, et tal oleks mahaarvamine lubatud, kui ta saaks moodustada nende mitteresidendist tütarettevõtjatega ühise maksukohustuslase (konsolideerimisgrupp).
53. Madalmaade õiguses on ette nähtud, et kontsernidel on ühist maksustamise korda kohaldada lubatud ainult siis, kui kontsern koosneb Madalmaade residendist äriühingutest. Mitteresidendist äriühingud sellesse kuuluda ei või. Nagu ma juba enne märkisin, (16) leidis Euroopa Kohus kohtuotsuses X Holding, et Madalmaade mitteresidendist tütarettevõtja kahjumit võib mitte arvesse võtta, et emaettevõtja maksustatavat summat vähendada, sest Madalmaade õiguses on konsolideerimine lubatud ainult residendist tütarettevõtjatel. Euroopa Kohus on seisukohal, et see erinev kohtlemine oli põhjendatud liikmesriikide vahel maksustamispädevuse tasakaalustatud jaotuse kaitsega.
54. Hoge Raad (kõrgeim kohus) tõlgendas kohtuotsust X Holding nii, et EÜ artiklitega 43 ja 48 ei ole vastuolus „ühise maksukohustuslase (mida on lubatud moodustada residendist äriühingutel) olemusest tulenev võimalus kahjumit ühise maksukohustuslase siseselt tasaarveldada ega muu erinev kohtlemine, mis kaasneb maksuotsuse tegemisega ja tuleneb konsolideerimisest“. Viidatud kohtuotsustega „keelas Hoge Raad (kõrgeim kohus) maksukohustuslastel kasutada asutamisvabadusele tuginedes üksikutest elementidest tulenevaid soodustusi, mis on vahetult seotud ühise maksukohustuslase (konsolideerimise) olemusega“. (17)
55. Seega võiks asja arutava kohtu arvates kohtuotsusest X Holding tuletada reegli „kõik või mitte midagi“, mille kohaselt ei ole õige valida ainult teatavaid ühise maksukohustuslase korra õiguslikke tagajärgi. Igasugune residendist tütarettevõtjatega ühise maksukohustuslase moodustamisest tulenev eelis oleks õigustatud, sest ühise maksukohustuslase suhtes ei ole võimalik lähtuda „konkreetsete asjaolude põhisest lähenemisest“. Seepärast välistati võimalus

laiendada maksualase konsolideerimise tagajärgi mitteresidendist üksustele.

56. Euroopa Kohtu hilisemad otsustused kohtuotsustes Groupe Steria ja Finanzamt Linz(18) on eelotsusetaotluse esitanud kohtul kahtlusi tekitanud. Nendes kahes kohtuasjas puudutas erinev kohtlemine, mida Euroopa Kohus ei lubanud, just nimelt emaettevõtjate ja residendist või mitteresidendist tütarettevõtjate vahelise suhte „konkreetsed asjaolusid“ (esimesel juhul emaettevõtja osaluse kulud ja maksud ning teisel juhul firmaväärtuse amortiseerimine) kontsernide maksustamise raames.

57. Konkreetselt kohtuotsuses Groupe Steria leidis Euroopa Kohus, et tuleb analüüsida eraldi „teisi maksusoodustusi peale kahjumi ülekandmise ühiselt maksustatava kontserni sees“. Alles pärast seda analüüsimist on võimalik välja selgitada, „kas liikmesriik võib anda need soodustused ühiselt maksustatavale kontsernile ja seega välistada need piiriülestes olukordades“.(19)

58. Teen sellest eeldusest lähtuvalt eelotsuse küsimuste analüüsi, mille tulemusel tuleb otsustada, kas nendes kahes kohtuasjas kohaldatav Madalmaade õigus võib minna vastuollu ELTL artikliga 49, mis kohustab asutamisvabaduse piirangud kaotama.

59. Järgin meetodit, millega Euroopa Kohus ikka ja jälle analüüsib käesolevaga sarnastes kohtuasjades otsese maksustamise kohta esitatud eelotsuse küsimusi. Selle etapiviisilise analüüsi eesmärk on kõigepealt kindlaks teha, milline on kohaldatav vabadus ja milles selle võimalik piiramine seisneb. Teise sammuna võrreldakse kaalul olevaid olukordi, et välja selgitada, kas neid on koheldud erinevalt, mis nõuab seda kohtlemist reguleerivate riigisiseste õigusnormide üksikasjalikku analüüsimist. Lõpuks uuritakse võimalikke põhjendusi, mis rajanevad ülekaalukast üldisest huvist tulenevatel põhjustel, ja kaalul olevat vabadust piirava riigisisese meetme proportsionaalsust.

60. Ütlen kohe ette ära, et emaettevõtja riigi residendist ja mitteresidendist tütarettevõtjate erinev kohtlemine maksustamisel võib tähendada emaettevõtja asutamisvabaduse takistamist, kuna see heidutab teda loomast tütarettevõtjaid teistes liikmesriikides.(20) Asjassepuutuv EL toimimise lepingu säte on seega artikkel 49 ja see residendist või mitteresidendist tüharettevõtjate erinev kohtlemine tähendab selles artiklis sätestatud vabaduse piiramist.

61. Selleks, et selline erinev kohtlemine oleks asutamisvabadust käsitlevate asutamislepingu sätetega kooskõlas, on vaja, et tegu ei oleks objektiivselt sarnaste olukordadega või et see oleks õigustatud ülekaaluka üldise huvi tõttu.(21) Isegi kui see oleks õigustatud, on samuti tingimata vaja, et selle kohaldamine oleks sobiv taotletava eesmärgi saavutamise tagamiseks ega läheks kaugemale sellest, mis on selle eesmärgi saavutamiseks vajalik.(22)

B. Kohtuasi C-398/16

62. Kokkuvõttes on faktiline lähteolukord suhe ühe kontserni kolme äriühingu vahel, mis on liidu eri riikide residendid. Ühelt poolt on üks Rootsi äriühing andnud ühele Madalmaade äriühingule intressiga laenu. Teiselt poolt on see Madalmaade äriühing investeerinud laenusumma osaluse omandamiseks ühes Itaalia tüharettevõtjas.

63. Vaidlus tekib sellepärast, et Madalmaade äriühing soovib sama kontserni äriühingule võlgnetava intressi summa oma juriidilise isiku tuludeklaratsioonis maha arvata.

64. Üldiselt on 1969. aasta seaduse artikli 10a lõikega 2 siis, kui laenuleping on sõlmitud sama kontserni ettevõtjate (sidusettevõtjad) vahel, mahaarvamine keelatud. Sellest piirangust saab aga erandi teha juhul, kui need sidusettevõtjad on valinud maksustamise konsolideerimisgrupina ehk ühise maksukohustuslasena.

65. Madalmaade õiguses reguleerivad konsolideerimisgruppide asutamist järgmised põhimõtted:

- äriühingud konsolideerimisgrupi moodustamiseks saab vabalt valida.(23)
- konsolideerimisgrupp on võimalik moodustada ainult äriühingutest, mis on Madalmaade residendid.(24)

66. Nagu nähtub eelotsusetaotluse punktist 2.8.3, seisneb erinev kohtlemine selles, et kui tütarettevõtja oleks asutatud Madalmaades, oleks saanud ta liita koos Madalmaade äriühinguga ühiseks maksukohustuslaseks. Sel juhul 1969. aasta seaduse artiklit 10a ei kohaldataks ja laenuintress oleks mahaarvatav.

67. Seega muutub investeerimine residendist tütarettevõtja kogu kapitali omandamine atraktiivsemaks kui mitteresidendist tütarettevõtja kapitali omandamine: äriühingu aktsiate või osade ostmiseks võetud laenu finantskulud (intress) on esimesel juhul õigus maha arvata, teisel aga mitte.

68. Kas need on sarnased olukorrad? Jaatava vastuse on andnud Euroopa Kohus, konkreetselt sama Madalmaade õigusnormi kohta (1969. aasta seaduse artikkel 15), mis on kohaldatav nendele kahele eelotsusetaotlusele.

69. Kohtuotsuses X Holding kinnitas Euroopa Kohus, et „[s]ellise residendist emaettevõtja olukord, kes soovib moodustada ühise maksukohustuslase residendist tütarettevõtjaga, ja sellise residendist emaettevõtja olukord, kes soovib moodustada ühise maksukohustuslase mitteresidendist tütarettevõtjaga, on põhikohtuasjas kohaldatava maksusüsteemi eesmärgi arvestades objektiivselt sarnased, kuna mõlemad emaettevõtjad soovivad kasutada eeliseid, mis tulenevad nimetatud maksustamiskorrast, mis eeskätt võimaldab ühise maksukohustuslase moodustavate äriühingute kasumi ja kahjumi konsolideerida emaettevõttesse ning tagada, et kontsernisiseste tehingute tulemusel ei teki kasumit ega kahjumit“.(25)

70. Kohtuotsus X Holding käsitles emaettevõtja õigust tütarettevõtja kahjumit maha arvata, milleks võeti arvesse tütarettevõtja kogu majandusaasta tulemit. Kuigi mahaarvamine, mida taotleti selles kohtuasjas, ei ole identne,(26) usun, et ka need kaks olukorda on objektiivselt sarnased, sest tegu on emaettevõtja finantskuluga seoses tema osalusega tütarettevõtjas, olgu siis tegu koondamisega või mitte.

71. Lisaks on siin kohtuasjaga Groupe Steria teatud rööpsus. Seal otsustati, kas niinimetatud „kulude ja maksude [proportsionaalne] osa“ (mille moodustasid emaettevõtja kulud seoses tema osalusega tütarettevõtjas) oli selles koondamiskorras, millest olid mitteresidendist tütarettevõtjad välja jäetud, maha arvatav. Siin on vaidlus emaettevõtja ühe teise kulu üle (laenuintress), et välja selgitada, kas selle kvalifitseerimine mitte maha arvatavaks kuluks ei muuda asutamisvabadust samavõrra vähem atraktiivseks.

72. Seega arvan, et „konkreetsete asjaolude põhise lähenemise“ seisukohast, millele viitab asja arutav kohus, ei saa olukordade sarnasust ja seega analoogsete maksustatavate tegevuste erinevat kohtlemist eitada.

73. Nüüd, kui on tõendatud objektiivselt sarnaste olukordade erinev kohtlemine, tuleb tähelepanu keskendada sellele, kas see on põhjendatud mõnel ülekaalukast üldisest huvist tuleneval põhjusel. Eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab sellega seoses Madalmaade kehtiva maksude koondamise korra ühtsusele.

74. Euroopa Kohus kinnitas kohtuotsuses Groupe Steria, et „[s]elleks et niisugusele põhjendusele tuginev argument oleks vastuvõetav, peab olema tõendatud otsene seos asjaomase maksusoodustuse ja soodustust tasakaalustava konkreetse maksu vahel, kusjuures otsest seost tuleb hinnata asjaomaste õigusnormide eesmärgist lähtudes (kohtuotsus, [13.3.2014], Bouanich, C?375/12, EU:C:2014:138, punkt 69 ja seal viidatud kohtupraktika)“.(27)

75. Ma ei leia eelotsusetaotluses ega Madalmaade valitsuse väidetes piisavaid põhjuseid, et selle põhjendusega nõustuda. Tegelikult piirdub valitsus oma argumentides(28) pigem sellega, et soovib kohaldada „ilma piiranguteta“ kohtuotsust X Holding, lükates „konkreetsete asjaolude põhise lähenemise“ tagasi, ning ta tugineb kohtuotsusele Groupe Steria osutades lihtsalt sellele, et on vaja säilitada tasakaalustatud maksustamispädevuse jaotus liikmesriikide vahel, sellel küsimusel pikemalt peatumata (ta ei selgita, miks tekiks käesoleval juhul tasakaalustamatus).

76. Kohtuasjas C?398/16 on väide, millele Madalmaade valitsus tugineb, et ühine maksustamise kord hõlmab sidusat soodustuste ja ebasoodsate aspektide paketti, liiga üldistav. Ta ei esita, nagu ma äsja ütlesin, mingeid andmeid, mis võimaldaksid järeltada, et konkreetselt tütarettevõtjale antud laenu intressi mahaarvamine katkestaks selle süsteemi ühtsuse.

77. Selle valitsuse seisukohad maksudest kõrvalehoidumise vastasele võitlusele kui ülekaalukast üldisest huvist tuleneva põhjuse kohta on üksikasjalikumad (mida aga eelotsusetaotluse esitanud kohus oma eelotsusetaotluse punktis 2.8.6 ei nimeta). Ta selgitab, et 1969. aasta seaduse artikli 10a eesmärk on takistada kunstlike skeemide loomist, mis ei vasta tegelikele majanduslikele ajenditele, vaid on mõeldud ainult selleks, et Madalmaade territooriumil teenitud kasumi pealt maksude maksmisest kõrvale hoiduda.(29)

78. Samamoodi väidab Madalmaade valitsus, et lubada maksumaksjal valida *a posteriori* oleks samaväärne kõige soodsama maksurežiimi eelistamisega. See argument on probleemide kohta seoses laenuintressi mahaarvamise õigusega esitatud siiski väga kokkuvõtlikult (mõnevõrra rohkem on seda käsitletud seoses kohtuasja C?399/16 esemeks oleva kahjumiga).

79. Niisugune õigusnorm nagu 1969. aasta seaduse artikli 10a lõige 2, mis on ette nähtud maksupettuse vastu võitlemiseks, võiks teatavaid asutamisvabaduse piiranguid tõepoolest õigustada.(30) Nagu Madalmaade valitsus selgitab, kui kontserni äriühingult saadud dividendid suurendavad maksustatavat summat, siis samade äriühingute vahelise laenu intressid vähendavad seda. Seega eksisteerib teatav risk maksustatava summa terviklikkusele ja püütakse nimelt vältida tulude „tasaarveldamist“ laenude vormis, millelt kogunevad intressid, mis lisaks sellele, et neid ei arvestata saaja maksustatava summa sisse, võimaldavad seda summat nende intresside summa võrra vähendada.

80. Lisaks kohaldatakse 1969. aasta seaduse artiklit 10a kontserni äriühingute vahelistele suhetele olenemata sellest, kas nende asukoht on Madalmaades või väljaspool. Seepärast ei teki raskused selle õigusnormi tagajärjel, sest maksustamise vältimise vastases võitluses koheldakse sellega residente ja mitteresidente ühtemoodi.

81. Selle seletuse lükkab aga ümber see, et see maksustamise vältimise vastane eesmärk ei puuduta residendist äriühinguid, kes on valinud maksustamise maksude koondamise korra alusel. Maksupettuse vastane võitlus võib seletada küll õigusnormi olemasolu, kuid on raske mõista, miks on kontserni äriühingute vahelistele suhetele ette nähtud nii tasakaalust väljas olev kohtlemine selle järgi, kas nad on kasutanud ühist maksustamise korda või mitte. Kui kontsernisiseseid laenuintressi ei ole üldjuhul lubatud maha arvata, olenemata äriühingute asukohast, siis konsolideerimisgrupi puhul on see lubatud.

82. Madalmaade äriühingu (emaettevõtja) laenu puhul Madalmaade tütarettevõtjale maksude koondamise kontekstis on intress esimese jaoks maha arvata. Seevastu, kui emaettevõtja annab sama laenu Itaalia tütarettevõtjale, ei ole koondamine lubatud ja intressi ei saa maha arvata. Kui maksustamise vältimise seisukohast on eesmärk, et Madalmaades asutatud emaettevõtja maksustatavat summat ei vähendataks kunstlikult, siis ei ole aru saadav, mis põhjusel seda sallitakse siis, kui tegu on ainult Madalmaade äriühingutega, aga keelatakse siis, kui mängu tuleb kolmanda liikmesriigi äriühing: nii ühel kui ka teisel juhul võib esineda sama maksustamise vältimine.

83. Kokkuvõttes ei usu ma, et võitlus maksustamise vältimise vastu oleks ülekaalukas üldine huvi, mis võimaldaks erinevat kohtlemist õigeks pidada, sest just see, kuidas on Madalmaades ühine maksustamine välja töötatud, võimaldab õiguspärast maksusoodustust residendist äriühingute kontsernidele, samas kui välistab selle kontsernide puhul, kuhu kuulub mitteresidendist äriühinguid.(31)

84. Pealegi samamoodi, nagu saaks tuvastada, kas emaettevõtja ja residendist tütarettevõtja vahel laenu andmise taga peitub kunstlik skeem, millel ei ole tõelist majanduslikku seletust, esimese maksukoormuse põhjendamatult vähendamiseks,(32) ei näe ma, miks ei saaks sama kontrolli kohaldada suhetele mitteresidendist tütarettevõtjaga. See võimalus igal üksikjuhul aluseks olevat majanduslikku tegelikkust tõendada on *a priori* lihtsalt välistatud õigusnormiga, millega see ei ole lubatud mitteresidendist äriühingute puhul, kellel on Madalmaades keelatud osaleda kontsernide maksude koondamise skeemis.

85. Lõpuks on Euroopa Kohus juba leidnud muu hulgas kohtuotsuses Euro Park Service,(33) et „sellise reegli kehtestamine, millel on üldine kohaldamisala ja mis välistab automaatselt maksusoodustuse andmise teatud liiki tehingutele, ilma et võetaks arvesse küsimust, kas ka tegelikult on tegemist maksupettuse või maksustamise vältimisega, läheb kaugemale sellest, mis on vajalik sellise pettuse või maksustamise vältimise ärahoidmiseks [...]“.

C. Kohtuasi C-399/16

86. Enne käesoleva kohtuasja eelotsuse küsimuste analüüsimist on minu arvates kohane teha kaks märkust. Esimene puudutab niisuguse vahetuskursikahjumi konkreetset valdkonda, mis mõjutab emaettevõtja osalust mitteresidendist tütarettevõtjates, kui nad tegutsevad eri valuutadega.

87. Pean selles suhtes asjakohaseks Madalmaade valitsuse lisatud nüanssi „tütarettevõtja vahetuskursikahjumi“ ja „tütarettevõtjaga seoses tekkinud vahetuskursikahjumi“ eristamisel. Esimese all on mõeldud tütarettevõtja poolt valuutas tehtud investeeringutest tekkinud kahjumi,

mida kajastatakse selle tütarettevõtja tulemis. Seevastu „tütarettevõtjaga seoses tekkinud vahetuskursikahjum“ vähendab vähemalt raamatupidamise seisukohast summat, mille emaettevõtja on investeerinud oma osalusse (välisvääringus) tütarettevõtjas ja seda kajastatakse emaettevõtja tulemis.

88. Käesolevas kohtuasjas on vahetuskursikahjum otseselt seotud osaluse väärtusega, mitte tütarettevõtjate tehtud investeeringute tulemusega. Tegu on seega nimetatud kahest võimalusest teisega.

89. Teine märkus puudutab tütarettevõtja kapitalis emaettevõtja omatava osaluse väärtuse suurenemist või vähenemist, mida võivad vahetuskursi muutused mõjutada. Seda tegurit tuleb vaadelda kahest aspektist: a) selle väärtuse kujunemine sel ajal, kui osalus on emaettevõtja vara hulgas ja b) väärtuses ilmnev erinevus osaluse väärtustamise ajal, st erinevus soetus- ja väärtustamisväärtuse vahel.

90. Minu arvates ei ole eelotsusetaotlus selles suhtes väga selge: näib, et esimeses eelotsuse küsimuses peetakse silmas osaluse omaniku vahetuse juhtu, samas kui kolmas puudutab ajavahemikku, mille vältel jäi osalus ilma üleminekuta emaettevõtja valdusse.

91. Seega tuleks vaidluse adekvaatselt piiritlemiseks esimesele küsimusele vastamisel lähtuda väärtuse vähenemisest vahetuskursi tõttu osaluse väärtustamise ajal; kolmandale küsimusele vastamisel aga vastupidi selle väärtuse vähenemisest sel ajal, kui osalus püsib emaettevõtja vara hulgas, st pelgalt arvestuslikust osaluse väärtuse vähenemisest.

1. Esimene eelotsuse küsimus

92. Arvestades poolte, eriti põhikohtuasja kaebaja seisukohti, tekib vaidlus seetõttu, et tema arvates oleks vahetuskursikahjum, mis on ilmsiks tulnud äriühingu A Holdings UK osalusega tütarettevõtjasse C sissemakse tegemise ajal, olnud maha arvatav, kui X NV oleks saanud liita oma Ühendkuningriigi tütarettevõtja oma konsolideerimisgrupi koosseisu.(34)

93. Põhjuseks on see, et 1969. aasta seaduse artikliga 13 on kehtestatud niinimetatud „osaluse maksuvabastus“: äriühingu kasumi kindlaksmääramisel ei võeta arvesse osalusest tulenevaid soodustusi ega selle osaluse soetamisel või väärtustamisel tehtud kulutusi. See reegel ei ole aga maksude konsolideerimise korral kohaldatav.

94. Eelotsusetaotluse esitanud kohus tuvastab erineva kohtlemise, märkides, et Madalmaades asutatud emaettevõtja „ei või arvesse võtta vahetuskursikahjumit seoses teises liikmesriigis asutatud tütarettevõtjasse investeeritud summaga, samas kui ta saaks seda teha aga juhul, kui tütarettevõtja kuuluks ühise maksukohustuslase koosseisu ? millel on Madalmaade ühise maksukohustuslase tunnused ? koos [Madalmaades] asutatud emaettevõtjaga ja seda ühise maksukohustuslase sisese koondamise tulemusel“.

95. Esmapilgul oleks seega täheldatav erinev kohtlemine, mis võib piirata asutamisvabaduse kasutamist. See erinevus võiks olla seda vabadust reguleerivate EL toimimise lepingu sätetega kooskõlas ainult juhul, kui see puudutaks olukordi, mis ei ole objektiivselt sarnased, või kui see oleks õigustatud ülekaaluka üldise huvi tõttu.

96. Hoge Raad (kõrgeim kohus) näeb tõstatatud probleemi lahendamiseks kolme võimalust: a) et kohaldatakse maksustamiskorda, mis on kohaldatav püsivatele tegevuskohtadele välisriikides; b) et residendist tütarettevõtjate äriühingud tegutsevad muus arvestusvaluutas kui euro, ja c) et maksustatava summa kindlaksmääramisel ei jäeta arvesse võtmata mitte ainult vahetuskursikahjum, vaid ka võimalik vahetuskursikasum.

97. Keskendun nendest kolmest lahendusviisist viimasele, ilma et kahte esimest oleks vaja kasutada. Eelotsusetaotluse esitanud kohus tugineb selles suhtes õigusega Euroopa Kohtu praktikale, mis tuleneb kohtuotsustest Deutsche Shell(35) ja X.(36) Ta pakub selle kohtupraktika põhjal välja, et asjaolu, et vahetuskursikahjumit ei ole võimalik maha arvata, võib olla põhjendatud sellega, et ka võimalikku vahetuskursikasumit ei võeta arvesse. Seda seisukohta(37) toetavad tema sõnul kohtuotsuse X punktid 38, 40 ja 41 ning kohtujurist Kokott'i ettepanek(38) selles kohtuasjas.

98. Vaidlus, mida lahendati kohtuotsuses X, puudutas samuti osaluse väärtuses vahetuskursi muutusest tingitud kapitalikahjumi mahaarvamist. Kuigi Rootsi õiguses oli küll keelatud vahetuskursikahjumit maha arvata, kui emaettevõtja müüs oma osaluse mitteresidendist tütarettevõtjas kapitalikahjumiga, ei näinud see ette ka sama tehinguga selle osaluse pealt teenitud kapitalikasumi maksustamist.

99. Euroopa Kohus kinnitas, et nendel tingimustel „ei saa EL toimimise lepingu asutamisvabadust käsitlevatest sätetest tuletada, et nimetatud liikmesriik on kohustatud teostama – pealegi asümmeetriliselt – oma maksustamispädevust selleks, et lubada niisuguse kahjumi mahaarvamist, mis tekkis selliste tehingute tegemisel, mille tulem, isegi kui see oleks olnud positiivne, ei oleks igal juhul olnud maksustatav“. Ta järeldas sellest, et „ELTL artikliga 49 ei ole vastuolus liikmesriigi maksuõigusnormid, mis põhimõtteliselt vabastavad ettevõtte tulumaksust majandustegevusega seotud osaluselt saadud kapitalikasumi, kuid välistavad samas sellise osalusega seotud kapitalikahjumi mahaarvamise, isegi kui kapitalikahjum tuleneb vahetuskursi muutustest tingitud kahjumist“.(39)

100. Kui ma tõlgendan käesoleva kohtuasja eelotsusetaotluses käsitletud Madalmaade õigusakti õigesti selles osas, mis puudutab „osaluse maksuvabastust“, ja ülejäänud õigusnorme, mis käsitlevad selle kapitalikasumi ja kapitalikahjumi maksustamist, mis on tekkinud seoses mitteresidendist tütarettevõtjates omatava osalusega vahetuskursi muutuse tõttu, leian, et sellele on kohaldatav sama lahendus mis kohtuotsuses X.

101. Kuigi kohtuasjas C-686/13, X, tekkis vaidlus emaettevõtja ja tema tütarettevõtja vahelise suhte raames väljaspool konsolideerimisgruppi, ei näe ma takistust ekstrapoleerida selles kohtuasjas tehtud kohtuotsust käesolevale kohtuasjale. Minu arvates on otsustav see, et niisugustel asjaoludel nagu käesolevas asjas ei arvata ka vahetuskursikasumit juriidiliste isikute tulumaksu maksustatava summa sisse. See tähendab, kui kasutada eelotsusetaotluse esitanud kohtu väljendust, et tegu on stsenaariumiga, „milles ei või arvesse võtta vahetuskursikasumit ega - kahjumit“.(40)

102. Kui see on nii ? nagu näib pooldavat liikmesriigi kohus oma siseriiklikust õigusest ülevaadet andes ja kinnitab Madalmaade valitsus ?, siis mitteresidendist tütarettevõtjas emaettevõtja omatava osaluse väärtusega seotud vahetuskursikahjumi erinev kohtlemine juhul, kui viimane ei või kuuluda konsolideerimisgrupi koosseisu, ei piira asutamisvabadust, samadel põhjustel, mille Euroopa Kohus esitas juba kohtuotsuses X.

103. Vastus sellele eelotsuse küsimusele välistab ülejäänud kahele asja arutava kohtu esitatud eelotsuse küsimusele vastamise. Analüüsin neid siiski lühidalt ja koos (järgides Madalmaade

valitsuse kriteeriumit) juhuks, kui Euroopa Kohus otsustab vastata esimesele küsimusele jaatavalt.

2. *Teine ja kolmas eelotsuse küsimus*

104. Kui emaettevõtja võiks arvestada oma kahjumi hulka mitteresidendist tütarettevõtjates omatavate osalustega seoses tekkinud kapitalikahjumi, mis on tingitud vahetuskursi muutusest, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus teada: a) kas see võimalus laieneb „(ühele või mitmele) otsesele ja kaudsele tütarettevõtjale, mis kuuluvad asjaomasele emaettevõtjale kaudselt, selle tütarettevõtja kaudu, ja mis on asutatud Euroopa Liidus“; ja b) kas arvesse tuleb võtta ainult kapitalikahjumi, mis on „tekkinud aastatel, mida kohtuvaidlus puudutab“, või ka varasematel majandusaastatel.

105. Eelotsusetaotluses esitatud õiguslikust raamistikust nähtub, et Madalmaade õiguses kehtestatud ühine maksustamise kord annab võimaluse valida, millised äriühingud gruppi koondada (mis moodustatakse ühise maksukohustuslasena) ja millised mitte.⁽⁴¹⁾ Seega ei ole põhimõtteliselt põhjust seda, mis on residendist tütarettevõtjatele lubatud, mitteresidendist tütarettevõtjatele keelata.

106. Põhikohtuasi aga puudutab ainult niisuguse vahetuskursikahjumi konsolideerimist, mis on seotud konkreetses mitteresidendist tütarettevõtjas omatava osalusega. Sellest tulenevalt on teise küsimuse sisu veidi hüpoteetiline: vaidlus on võimaluses liita konsolideerimisgruppi Ühendkuningriigi tütarettevõtja, mitte mis tahes muud otsesed või kaudsed tütarettevõtjad. Selliselt esitatuna muutub küsimus vastuvõetamatuks.

107. Ma ei usu ka, et Euroopa Kohus saaks anda tarvilikku vastust kolmandale eelotsuse küsimusele. Tegelikult ei tee ükski menetluse pool talle ettepanekut seda teha otseselt, liidu õiguse põhjal. Ka põhikohtuasja kaebajaks olev äriühing (X NV) pakub välja, et lahenduse küsimusele leiab pigem liikmesriigi õigusest, mitte liidu õigusest, sest maksustatava aastakasumi mõistet reguleerivad riigisisised eeskirjad.

108. Tuletan meelde, et mõisteliselt võiks eristada osaluse väärtuse vähenemist sel ajal, kui see püsib äriühingu A Holdings BV valduses, ja osaluse võõrandamisel ilmnevat väärtuse vähenemist. Näib, et küsimus puudutab osaluste väärtuse vähenemist vahetuskursi muutuste tõttu ajal, millal need on äriühingu vara osa.

109. Kui raamatupidamises tuleb näidata ettevõtja finantsolukord täpse kuupäeva seisuga, võib osaluse väärtuse vähenemist arvestuslikult määrata eri kriteeriumide järgi. Kuna need osalused on investeringu teinud äriühingu aktiva osa, saab nende väärtuse vähenemist äriühingu raamatupidamises kajastada väärtuse langusest tingitud kahjumi kirjendamiseks näiteks vastavate korrektuuride tegemisega.

110. Kui osalus on väljendatud valuutas, mis ei ole emaettevõtja kasutatav vääring, võib vahetuskursi muutumine aja jooksul tekitada suuremal või vähemal määral püsivaid majanduslikke kõikumisi. Selleks et neid kõikumisi juriidiliste isikute tulumaksuga maksustatavas summas kajastada, oleks tavaliselt vaja, et need kujutavad endast tõelist majanduskahjumit.

111. Euroopa Kohus ei saa analüüsida, kas raamatupidamises kirjendatud osaluse vähenemine kajastub liikmesriigi õiguse kohaselt maksustatava summa kindlaksmääramises. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu ülesanne on vastavalt oma maksuõigusnormile välja selgitada, kas tekkis reaalne majanduskahjum, mis mõjutab emaettevõtja tulemit, kas ainult osaluse võõrandamise aastal või kõigil eelnevatel majandusaastatel.⁽⁴²⁾

VI. Ettepanek

112. Eespool öeldut arvestades teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Hoge Raad der Nederlandenile (Madalmaade kõrgeim kohus) järgmiselt:

ELTL artikliga 49:

- on vastuolus niisugune liikmesriigi õigusnorm, mille alusel emaettevõtja, kelle asukoht on liikmesriigis, ei või teises liikmesriigis asutatud tütarettevõtja kapitali tehtud sissemaksega seotud laenuintressi maha arvata, samas kui tal oleks see mahaarvamisõigus, kui tegemist oleks tütarettevõtjaga, kes on asutatud emaettevõtjaga samas liikmesriigis;
- ei ole vastuolus liikmesriigi õigusnorm, mille alusel liikmesriigis asutatud emaettevõtja ei või oma kasumist maha arvata vahetuskursikahjumit (kapitalikahjum) seoses tema teises liikmesriigis asutatud tütarettevõtjas omatava osaluse väärtusega, kui sama õigusnormi alusel ei maksustata sümmeetriliselt sellest kursimuutusest tulenevat kasumit (kapitalikasum).

1 Algkeel: hispaania.

2 Vt muu hulgas kohtuotsused, 16.7.1998, ICI (C?264/96, EU:C:1998:370); 18.11.1999, X ja Y (C?200/98, EU:C:1999:566); 8.3.2001, Metallgesellschaft jt (C?397/98 ja C?410/98, EU:C:2001:134); 18.9.2003, Bosal (C?168/01, EU:C:2003:479); 13.12.2005, Marks & Spencer (C?446/03, EU:C:2005:763); 17.1.2008, Lammers & Van Cleeff (C?105/07, EU:C:2008:24); 27.11.2008, Papillon (C?418/07, EU:C:2008:659); 6.9.2012, Philips Electronics UK (C?18/11, EU:C:2012:532); 1.4.2014, Felixstowe Dock and Railway Company jt (C?80/12, EU:C:2014:200); 3.2.2015, komisjon vs. Ühendkuningriik (C?172/13, EU:C:2015:50); 6.10.2015, Finanzamt Linz (C?66/14, EU:C:2015:661), 17.5.2017, X (C?68/15, EU:C:2017:379).

3 Kohtuotsused, 25.2.2010, X Holding (C?337/08, edaspidi „kohtuotsus X Holding“, EU:C:2010:89), ja 12.6.2014, SCA Group Holding jt (C?39/13–C?41/13, EU:C:2014:1758).

4 Punktid 18 ja 43.

5 C?386/14, EU:C:2015:524; edaspidi „kohtuotsus Groupe Steria“.

6 *Ibidem*, punkt 27.

7 *Ibidem*, punkt 27 *in fine*.

8 Kasutan täiendit „Madalmaade“ (või Itaalia, Rootsi jne.), kuigi tegelikult oleks õigem rääkida Madalmaade või iga vastava riigi „mitteresidendist äriühingust“.

9 Osaluste läbitud tee oli keerukam ja selle võib, ilma et oleks vaja kirjeldada muid täiendavaid tehinguid, kokku võtta nii, et A Holdings BV kandis 12. detsembril 2009 oma osaluse äriühingus C üle äriühingu X NV tütarettevõtjale D, mis on osa ühisest maksukohustuslasest. Samal kuupäeval kandis D osaluse äriühingus C üle oma Luksemburgi tütarettevõtjale A Holdings Luxembourg.

10 Tuletan meelde, et selle õigusnormi kohaselt ei võeta maksustatava kasumi kindlaksmääramiseks arvesse osaluste omamisega seonduvat kasumit ega kahjumit.

11 Ta osutab kohtuotsusele, 12.6.2014, SCA Group Holding jt (C?39/13–C?41/13, EU:C:2014:1758), punkt 33.

12 Selle taotluse punktis 2.8.2.7 nimetab ta näiteks mõned maksualased ebasoodsad aspektid:

i) madalamat maksumäära saab ühise maksukohustuslase puhul kohaldada vaid ühe korra; ii) kui üks ühise maksukohustuslase koosseisu kuuluv tütarettevõtja seoses pankrotimenetluse raugemisega pankrotivara puudumise tõttu registrist kustutatakse; iii) ühise maksukohustuslase koosseisu kuuluvad tütarettevõtjad vastutavad ühiselt maksukohustuslaselt sisse nõutava juriidilise isiku tulumaksu tasumise eest solidaarselt; ja iv) ühise maksukohustuslase koosseisu kuuluvate äriühingute investeeringud liidetakse kokku, mistõttu võib investeeringute mahaarvamisele kohaldatav protsendimäär olla ühise maksukohustuslase puhul madalam, kui see oleks juhul, kui tasumisele kuuluv juriidilise isiku tulumaks arvutataks iga äriühingu puhul eraldi.

13 Ta viitab sellega seoses kohtuotsustele, 28.1.1992, Bachmann (C?204/90, EU:C:1992:35, punkt 31 jj), ja 28.2.2008, Deutsche Shell (C?293/06, EU:C:2008:129, punkt 39).

14 Need, mida on juba nimetatud 12. joonealuses märkuses.

15 Vastavalt punktid 43 ja 25.

16 Käesoleva ettepaneku punktid 3 ja 4.

17 Nii on see esitatud vastavalt kohtuasjade C?398/16 ja C?399/16 eelotsusetaotluste punktides 2.8.4 ja 2.10.1. Hoge Raad der Nederlanden (Madalmaade kõrgeim kohus) kohtuotsused, milles lähtuti sellest tõlgendusest, on 24.6.2011, NL:HR:2011:BN3537; ja 21.9.2012, NL:HR:2012:BT5858.

18 Kohtuotsus, 6.10.2015, C?66/14, EU:C:2015:661.

19 Kohtuotsus Groupe Steria, punktid 27 ja 28.

20 Kohtuotsus, 13.12.2005, Marks & Spencer (C?446/03, EU:C:2005:763, punktid 32 ja 33).

21 Kohtuotsused X Holding, punkt 20, ja Groupe Steria, punkt 21.

22 Kohtuotsus, 13.12.2005, Marks & Spencer (C?446/03, EU:C:2005:763 punkt 35).

23 Nii märgib Madalmaade valitsus oma seisukohtade punktis 21.

24 Nõutakse samuti, et maksustatava summa kindlaksmääramiseks peavad olema kohaldatavad samad õigusnormid, kuid see aspekt ei ole kohtuasjas C?398/16 oluline, küll aga kohtuasjas C?399/16.

25 Kohtuotsus X Holding, punkt 24.

26 Nüüd lähtutakse ainult kulust (laenuintress), mis ei mõjuta tütarettevõtja, vaid ainult emaettevõtja tulemit seoses investeerimisega tütarettevõtjas osaluse omandamiseks.

27 Kohtuotsus Groupe Steria, punkt 31.

28 Tema kirjalike seisukohtade punktid 52–55, mille sisule viidatakse (kohtuasja C?398/16 puhul) samade seisukohtade punktis 95.

29 1969. aasta seaduse artikli 10a lõige 3 ei välista mahaarvamisõigust absoluutselt: sellega on mahaarvamine lubatud siis, kui asjaomane äriühing tõendab, et tegu ei ole kunstliku skeemiga, millel ei ole majandusliku tegelikkusega seost.

30 Kohtuotsus, 12.9.2006, Cadbury Schweppes ja Cadbury Schweppes Overseas (C?196/04, EU:C:2006:544, punkt 51).

31 Nagu ma juba märkisin (punkt 32), juhib komisjon samamoodi tähelepanu ühtsuse puudumisele Madalmaade maksusüsteemis, mis põhimõtteliselt küll kohaldab 1969. aasta seaduse artiklit 10a nii riigisisestele kui ka piiriülestele olukordadele, kuid võimaldab puhtalt riigisisestel konsolideerimisgruppidel selle maksustamise vältimise vastase reegli kohaldamisest pääseda.

32 Vt 33. joonealune märkus.

33 Kohtuotsus, 8.3.2017 (C?14/16, EU:C:2017:177, punkt 55).

34 Kuigi eelotsusetaotluse punktis 2.5 on nimetatud äriühingu C liitmist konsolideerimisgrupi koosseisu („ja/või“), piirab asjaomane isik ise võimalikku liitmist ainult äriühinguga A Holdings UK.

35 Kohtuotsus, 28.2.2008 (C?293/06, EU:C:2008:129).

36 Kohtuotsus, 10.6.2015 (C?686/13, edaspidi „kohtuotsus X“, EU:C:2015:375).

37 Eelotsusetaotluse punkt 2.9.5: „[...] punktid 2.9.1, 2.9.2 ja 2.9.4 esitatud kaalutlused viivad järeldusele, et objektiivselt sarnastel juhtudel ei esine erinevat kohtlemist ega asutamisvabaduse takistamist, ning et asjaomase isiku tees tuleb tagasi lükata“.

38 Ettepanek kohtuasjas X (C?686/13, EU:C:2015:31).

39 Kohtuotsus X, punktid 40 ja 41. Enne seda oli Euroopa Kohus punktides 36–39 selgitanud, miks ei olnud kohtuotsuses, 28.2.2008, Deutsche Shell (C?293/06, EU:C:2008:129), antud vastus kohtuasjas X kohaldatav.

40 Eelotsusetaotluse punkt 2.9.4.

41 Vt 23. joonealune märkus.

42 Vt samas liinis analoogia alusel kohtuotsus, 28.2.2008, Deutsche Shell (C?293/06, EU:C:2008:129, punktid 24 ja 25).