



Vaasan yliopisto
UNIVERSITY OF VAASA

Linda Reunanen

Tappioiden siirtyminen rajat ylittävässä sulautumisessa

Lopulliset tappiot

Laskentatoimen ja rahoituksen yksikkö
Talousoikeuden pro gradu -tutkielma
Talousoikeuden maisteriohjelma

Vaasa 2021

VAASAN YLIOPISTO**Laskentatoimen ja rahoituksen yksikkö**

Tekijä:	Linda Reunanen		
Tutkielman nimi:	Tappioiden siirtyminen rajat ylittävässä sulautumisessa : Lopulliset tappiot		
Tutkinto:	Kauppätieteiden maisteri		
Oppiaine:	Talousoikeus		
Työn ohjaaja:	Juha Lindgren		
Valmistumisvuosi:	2021	Sivumäärä:	80

TIIVISTELMÄ:

Tutkielmassa arvioidaan lopullisten tappioiden käsitettä ja lopullisille tappioille oikeuskäytännössä asetettuja edellytyksiä. Tutkielma on oikeusdogmaattinen, jonka avulla pyritään selvittämään voimassa olevan oikeuden mukainen tilanne rajat ylittävän sulautumisen tappioiden verokohtelun osalta. Tarkoituksena on selvittää, millaisilla edellytyksillä ulkomaisen tytäryhtiön tappiot ovat vähennyskelpoisia kotimaisen vastaanottavan yhtiön verotuksessa.

Lopullisen tappion käsite perustuu EU-oikeuteen ja EU -tuomioistuimen tarkemmin määriteltyihin kriteereihin. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomio C-446/03 Marks & Spencer on keskeisin rajat ylittävään tappiontasaukseen liittyvä ratkaisu, jossa mainittiin ensimmäisen kerran lopullisen tappion käsite. EU-tuomioistuin katsoi ratkaisussaan, että sijoittautumisvapautta rajoittava säännös oli sallittua muun muassa jäsenvaltioiden verotusvallan tasapainoisen jakautumisen perusteella. Rajoittava säännös ei kuitenkaan täyttänyt suhteellisuusperiaatteen vaatimuksia, jonka perusteella lopullisten tappioiden osalta tulee jäsenvaltion sallia vähennysoikeus. Tuomiossa määriteltiin lopulliset tappiot siten, että kun toisessa jäsenvaltiossa asuva tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikki sen mahdollisuudet tappioiden hyödyntämiseksi asuinvaltiossaan eikä ole mahdollisuutta, että kolmas osapuoli voisi ottaa ne huomioon. Tuomio jätti kuitenkin jälkeensä tulkintaongelmia tappioiden lopullisuuden edellytyksistä. Marks & Spencer tuomion jälkeisissä tuomioissa EU-tuomioistuin on pyrkinyt täsmentämään lopullisten tappioiden käsitettä muun muassa tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännöstä johtuvien lopullisten tappioiden osalta, tytäryhtiön asuinvaltion tulojen merkityksestä sekä mahdollisuudesta siirtää tappiot kolmannelle osapuolelle.

Tutkielmassa käydään läpi sitä, että milloin ulkomaisen sulautuvan yhtiön tappiot ovat vähennyskelpoisia kotimaisen vastaanottavan yhtiön verotuksessa. Suomessa lopulliset tappiot ovat vähennyskelpoisia rajat ylittävissä sulautumisissa korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun 2013:155 myötä. EU-oikeuskäytännön mukaan näyttövelvollisuus tappioiden lopullisuudesta on vastaanottavalle yhtiölle ja näyttövelvollisuus tappioiden lopullisuudesta on korkea. Tätä linjaa näyttää korkeimman hallinto-oikeuden myös noudattavan ratkaisussaan KHO 2020:51. Vastaanottavan yhtiön tulee osoittaa tappioiden lopullisuuden olemassaolo tytäryhtiön asuinvaltiossa sekä poissulkea mahdollisuudet tappioiden hyödyntämiseksi tytäryhtiön itse tai kolmannen osapuolen toimesta tulevaisuudessa.

EU-tuomioistuimen ja korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännön perusteella voidaan sanoa, että lopullisten tappioiden käsite on edelleen tulkinnanvarainen, ja sen sisältö vaatii edelleen tulkintaa verovelvollisilta ja tuomioistuimilta. Tappioiden lopullisuuden arvioinnissa tulee tutkia EU-tuomioistuimen ja KHO:n oikeuskäytäntöä.

AVAINSANAT: EU-oikeus, lopulliset tappiot, kansainvälinen vero-oikeus, rajat ylittävä sulautuminen

Sisällys

1	Johdanto	6
1.1	Tutkielman tausta	6
1.2	Tutkielman tarkoitus	9
1.3	Tutkimusmetodi ja käytetty aineisto	11
1.4	Tutkielman rakenne ja rajaus	12
2	EU-vero-oikeus ja EU:n perusvapaudet rajat ylittävissä yritysjärjestelyissä	15
2.1	Jäsenvaltioiden verosuvereniteetti	15
2.2	EU-oikeuden suora soveltaminen	18
2.3	EU:n sisämarkkinatavoite	19
2.3.1	Sisämarkkinoita turvaavat perusvapaudet	19
2.3.2	Syrjintäkielto ja rule of reason – testi	22
2.4	Yritysjärjestelydirektiivi	24
2.5	EU – tuomioistuin perusvapauksien suojaajana	27
2.5.1	Negatiivinen integraatio	27
2.5.2	Oikeuskäytännön kehitys	29
3	Tappioiden siirtyminen sulautumisessa	32
3.1	Sulautuminen elinkeinoverolaissa	32
3.2	Vahvistetun tappion siirtyminen	35
3.2.1	Yleiset edellytykset	35
3.2.2	Vastaanottavan yhtiön omistusedellytys sulautuvasta yhtiöstä	36
3.2.3	Omistajanvaihdosten vaikutus tappioiden vähennysoikeuteen	38
3.2.4	Vastaanottavan yhtiön oikeus käyttää tappioita	39
4	Tappioiden siirtyminen rajat ylittävissä sulautumisissa EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan	42
4.1	Lopullisen tappion käsitteen lähtökohdat	42
4.2	Lopullisen tappion rajoituksia	46

4.2.1	Tytäryhtiön tulot asuinjäsenvaltiossa	46
4.2.2	Lainsäädännölliset syyt	47
4.2.3	Kolmannen osapuolen mahdollisuus hyödyntää tappiot	50
5	Rajat ylittävän sulautumisen tappioiden verokohtelu kotimaisessa oikeuskäytännössä	54
5.1	Lopullisen tappion periaatteiden laajentuminen rajat ylittäviin sulautumisiin	54
5.2	Vastaanottavan yhtiön ankara näyttövelvollisuus	61
5.3	Lopullisen tappion käsite kansallisessa verolainsäädännössä	66
6	Johtopäätökset	70
	Lähteet	74
	Oikeustapausluettelo	78

LYHENTEET

ETA	Euroopan talousalue
EU	Euroopan unioni
EU-oikeus	Euroopan unionin oikeus
EVL	Laki elinkeinotulon verottamisesta 24.6.1968/360
HE	Hallituksen esitys
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KVL	Keskusverolautakunta
Muutosdirektiivi	Neuvoston direktiivi 2009/133/EY eri jäsenvaltioissa olevia yhtiöitä koskeviin sulautumisiin, jakautumisiin, osittaisjakautumisiin, varojensiirtoihin ja osakkeiden vaihtoihin sekä eurooppayhtiön (SE) tai eurooppa-osuuskunnan (SCE) sääntömääräisen kotipaikan siirtoon jäsenvaltioiden välillä sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä
OYL	Osakeyhtiölaki 21.7.2006/624
SEU	Sopimus Euroopan unionista
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
TVL	Tuloverolaki 30.12.1992/1535
VOVA	Veronsaajien oikeudenvallontayksikkö
Yritysjärjestelydirektiivi	Neuvoston direktiivi 90/434/ETY eri jäsenvaltioissa olevia yhtiöitä koskeviin sulautumisiin, diffuusioihin, varojensiirtoihin ja osakkeidenvaihtoihin sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä

1 Johdanto

1.1 Tutkielman tausta

Konserniyhtiöiden välinen tappioiden tasaaminen on merkittävä asia niin kansallisissa kuin rajat ylittävissä tilanteissa. Verovelvollinen pystyy tasaamaan tulostaan vähentämällä tappioita, ja vähentämättömät tappiot halutaankin huomioida yritysjärjestelyissä. Vuonna 2018 vahvistettuja tappioita oli 96 500 yhteisöllä, ja verovuoden vahvistettujen tappioiden kokonaismäärä kaikista tulolähteistä oli yhteensä hieman alle 7,2 miljardia euroa ¹. Suomessa on ollut 34 vaatimusta tappioiden vähentämisestä rajat ylittävissä sulautumisessa vuosina 2005-2020. Vaatimusten yhteissumma on ollut noin 790 miljoonaa euroa. Kuitenkin rajat ylittävien sulautumisten tappioita on hyväksytty emoyhtiöiden vähennettäväksi vain yhteensä noin 180 miljoonaa euron arvosta.² Jos tappiot menetetään yritysjärjestelyssä, se voi estää koko yritysjärjestelyn toteuttamisen.

Sulautuminen on yksi yritysjärjestelymuoto, jonka avulla yhtiöt voivat yksinkertaistaa konsernirakennettaan ³. Verotus ohjaa laajasti yritysjärjestelyiden toteuttamistapaa ⁴. Yritysjärjestelydirektiivi tarjoaa veroneutraaleja sääntöjä sulautumiseen silloin, kun sulautuminen on tehty sen asettamien edellytysten puitteissa. Yritysjärjestelydirektiivin säännökset sisällytettiin elinkeinoverolain 52-52 g §:iin. Lähtökohtana yritysjärjestelysäännöksissä on, että säädetyssä muodossa tehdyt yritysjärjestelyt voidaan tehdä ilman välittömiä tuloveroseuraamuksia. ⁵ Yritysjärjestelydirektiivi ei kuitenkaan vastaa kaikkiin verotuksellisiin ongelmiin, kuten tappioiden siirtymiseen vastaanottavalle yhtiölle rajat ylittävissä sulautumisessa. Yritysjärjestelysääntöjen direktiivitausta antaa yritysjärjestelyille kuitenkin EU-oikeudellisen ulottuvuuden, ja tulkinnoissa tulee ottaa laajasti huomioon säännösten direktiivitausta.

¹ Verohallinnon tilastoja: Yritysten verovuoden tulos sekä yhteisöjen tuloverot vuonna 2018

² HE 185/2020, s. 28

³ Honkamäki, Kujanpää & Pennanen, 2018, s. 121

⁴ Mähönen ja Seppo, 2009, s. 7

⁵ Helminen, 2018, s. 192

Verotustappio voi siirtyä pääsääntöisesti vain kotimaisten yhtiöiden välillä, mutta se voi tietyin ehdoin siirtyä myös rajat ylittävissä sulautumisissa. Suomessa sulautuminen on tehtävä elinkeinoverolakia noudattaen. Tappioiden siirtyminen ratkeaa sulautumisissa TVL 122 ja 123 §:n mukaisesti. TVL 123 § määrittää säännökset tappioiden siirtymisestä sulautumisessa sulautuvalta yhtiöltä vastaanottavalle yhtiölle.⁶ Tappiot eivät saa muodostua kauppatavaraksi, jonka takia on säädetty TVL 122 §, jossa on sääntely omistajanvaihdosten vaikutuksesta tappioiden siirtymiseen. Näin ostaja ei voi hyötyä edellisen omistajan aikana syntyneistä tappioista.⁷ Tuloverolaissa ei ole säännöksiä ulkomaisten yhtiöiden tappioiden siirtymisestä eri jäsenvaltioissa asuvien yhtiöiden välisissä sulautumisissa. Tuloverolain 123 §:ssä viitataan kuitenkin TVL 119 §:ään, jonka perusteella ainoastaan elinkeinoverolain mukaan vahvistetut tappiot olisivat vähennettävissä. Ulkomaisella yhtiöllä ei voi olla elinkeinoverolain mukaan vahvistettua tappiota, jolloin ulkomaisen yhtiön tappiot eivät olisi vähennettävissä rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä.⁸ Tilanne on näin EU-oikeuden näkökulmasta ongelmallinen, kun vastaavassa kotimaisessa sulautumisessa tappiot siirtyisivät.

Jäsenvaltioiden verotuksen tarkoituksena on turvata verotusvaltansa rajat ylittävissä yritysjärjestelyissä. EU:n säännöksiä ja perusvapauksia on noudatettava, kun rajat ylittävät yritysjärjestelyt tapahtuvat EU:n alueella. EU-oikeutta ei ole harmonisoitu välittömän verotuksen alalla, ja se kuuluukin jäsenvaltioiden yksinomaiseen toimivaltaan. Jäsenvaltioiden käyttäessä tätä toimivaltaa tulee niiden noudattaa EU:n perussopimuksia ja niistä johdettuja velvoitteita.⁹ Rajat ylittävässä tappiontasauksessa on EU:n primäärioikeutta pidettävä vahvasti velvoittavana oikeuslähteenä. Tappioiden siirtymistä yhtiöistä toiseen rajat ylittävissä tilanteissa on täten arvioitava SEUT:n ja sen takaaman sijoittautumisvapauden pohjalta. EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan kansallisia ja rajat ylittäviä tilanteita on kohdeltava samalla tavalla. Säännös on sijoittautumisvapautta

⁶ Immonen, 2018, s. 276-277

⁷ Penttilä, 2019

⁸ Penttilä, 2013, s. 2

⁹ Helminen, 2018, s. 25-26

rajoittava, jos samanlaista kansallista ja rajat ylittävää tilannetta kohdellaan eri tavalla verotuksessa. Oikeuskäytännön mukaan rajoittava säännös voidaan kuitenkin hyväksyä, jos rajoittavalle säännökselle löytyy hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita ja säännös on suhteellisuusperiaatteen mukainen.¹⁰ EU-tuomioistuimen ratkaisuilla on korostunut asema EU-oikeuden tulkinnassa niin kotimaisissa kuin rajat ylittävissä tilanteissa¹¹. EU-tuomioistuin toimii perusvapauksien suojaajana, ja pyrkii välittömän verotuksen ratkaisuisaan tasapainottelemaan sisämarkkinoille tärkeiden perusvapauksien suojan ja jäsenvaltioiden fiskaalisten tavoitteiden välillä¹².

Rajat ylittävien tappioiden verokohtelu on ollut pitkään epäselvä oikeudellinen kysymys Euroopan unionissa, sillä yritysjärjestelydirektiivin sääntelyn ulkopuolelle jää tilanne, jossa rajat ylittävän sulautumisen jälkeen sulautuvan yhtiön sijaintivaltioon ei jää vastaanottavan yhtiön kiinteätä toimipaikkaa. Aihe nousi varsinaisesti esille vasta vuonna 2005, kun silloinen Euroopan yhteisöjen tuomioistuin antoi ennakkoratkaisun asiassa C-446/03 Marks & Spencer. Ratkaisussa ensimmäistä kertaa tuomioistuin otti esille käsitteen lopullisista tappioista, jota se on siitä asti pyrkinyt täsmentämään ratkaisuisaan. Tuomioistuin katsoi, että suhteellisuusperiaatteen mukaisesti lopulliset tappiot ovat vähennyskelpoisia vastaanottavan yhtiön verotuksessa rajat ylittävässä tappiontasauksessa. Kuitenkin se määritelmä, että mitä näillä tappioilla tarkoitetaan, on jäänyt epäselväksi. Oikeuskirjallisuudessa mainitaan, että Marks & Spencer sanojen olevan jo synonyymejä kaaokselle ja epätoivoille. Tuomio jätti jälkeensä tulkintakysymyksiä, kuten miten pitkälle lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuuden poikkeus ulottuu ja milloin voidaan katsoa tappioiden olevan lopullisia.¹³

¹⁰ Malmgrén, 2013, s.150-151

¹¹ Verohallinnon ohje: Yritysjärjestelyt ja verotus – sulautuminen, kohta 1. Yleistä yritysjärjestelyistä

¹² ks. Urpilainen, 2012, s. 64-65

¹³ Asia C-123/11, A Oy, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus Juliane Kokott, EU:C:2012:488, kohta 1

Hyvän verojärjestelmän yksi ominaisista piirteistä on sen ennustettavuus. Se luo edellytykset arvioida verokohtelua tulevaisuudessa, ja siten vaikuttaa yritysten tekemiin päätöksiin.¹⁴ Lopullisen tappion käsite haastaa verotuksen ennustettavuutta, sillä se on jäänyt edelleen tulkinnanvaraiseksi käsitteeksi. Tämän pohjalta yritysten on vaikea arvioida siihen liittyvää verokohtelua tulevaisuudessa. Oikeusvarmuutta ja ennustettavuutta lisääisi se, että jäsenvaltioiden verolainsäädäntöjä harmonisoidisiin rajat ylittävien sulautumisen tappioiden siirtymisessä. Tällainen harmonisointi voi kuitenkin kestää kauan, sillä jäsenvaltioiden välillä verojärjestelmät poikkeavat toisistaan paljon ja uusien sääntöjen asettaminen on haasteellista, kun otetaan huomioon jäsenvaltioiden ja EU:n poikkeavat tavoitteet. Jäsenvaltiot haluavat pitää kiinni verosuvereniteetistaan ja turvata veropohjaansa, johon rajat ylittävien tappioiden vähennysoikeuden salliminen olisi fiskaalisesti merkittävä asia¹⁵.

1.2 Tutkielman tarkoitus

Tutkielman tarkoituksena on selvittää tappioiden vähennysoikeutta rajat ylittävissä sulautumisissa sekä kotimaisissa sulautumisissa ja tutkia vähennysoikeutta rajoittavia tekijöitä. Tutkielmassa käydään läpi kotimaiset säännökset vahvistetun tappion siirtymisestä sulautumisen yhteydessä. Tutkielmassa käydään läpi EU-oikeuskäytännön kehitykseen vaikuttaneita syitä sekä tarkastellaan EU-tuomioistuimen antamia ratkaisuja EU-oikeuden periaatteiden ja sijoittautumisvapauden valossa. Tutkielma pyrkii selvittämään oikeustapauksille annettuja oikeuttamisperusteita sekä suhteellisuusperiaatteen soveltamista. Tutkielmassa selvitetään tämänhetkinen oikeustila tappioiden verokohtelusta rajat ylittävissä sulautumisissa, kun vastaanottavana yhtiönä on kotimainen yhtiö.

Tutkielmassa vastataan seuraaviin tutkimuskysymyksiin:

- Mitä tarkoitetaan lopullisilla tappioilla?

¹⁴ Myrsky, 2013, s. 95

¹⁵ Valtionvarainministeriö asettamispäätös VN/1189772019, s. 2

- Millä edellytyksillä kotimainen vastaanottava yhtiö voi hyödyntää omassa verotuksessaan toisessa jäsenvaltiossa olevan sulautuneen yhtiön tappiot?

Lopullisten tappioiden tarkastelu on aiheena ajankohtainen, sillä komissio kehotti maaliskuussa 2019 Suomea muuttamaan konserniavustusta koskevaa lainsäädäntöä. Komissio katsoi, että Suomen lainsäädäntö ei ole EU-oikeuden mukainen, sillä Suomi ei salli toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan tytäryhtiön konserniavustusten vähennyskelpoisuutta. Tämän takia hallitus antoi eduskunnalle esityksen laiksi Euroopan talousalueelle sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä ja laiksi elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 18 a §:n muuttamisesta, jonka eduskunta hyväksyi. Laki sisältää määritelmän tappioiden lopullisuudesta. Konsernivähennyslaissa otetaan huomioon lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuus, joten niin kuin lain valmisteluaineistossa mainitaan, olisi perusteltua konserniverolain lisäksi säätää lopullisten tappioiden vähennysoikeudesta rajat ylittävissä sulautumisissa.¹⁶

Korkein hallinto-oikeus antoi 15.5.2020 useamman päätöksen, joissa ratkaistiin sitä, että saako kotimainen vastaanottava yhtiö sulautumisessa vähentää verotuksessaan sulautuneen yhtiön asuinvaltiossa syntyneet tappiot. Päätöksissä ratkaistiin myös sitä kysymystä, että onko sulautuneen yhtiön toisessa jäsenvaltiossa syntyneet tappiot lopullisia niin kuin EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä vaaditaan. Kaikissa tapauksissa korkein hallinto-oikeus katsoi, että kotimainen vastaanottava yhtiö ei ole osoittanut sitä, että tytäryhtiön tappiot ovat tosiasiallisesti lopullisia tappioita. Tämän perusteella on ajankohtaista selvittää milloin kotimainen vastaanottava yhtiö voi vähentää sen toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön tappioita sulautumisen yhteydessä ja tarkastella vastaanottavalle yhtiölle asetetun näyttövelvollisuuden edellytyksiä tappioiden lopullisuudesta.

¹⁶ HE 185/2020 vp, s. 15

1.3 Tutkimusmetodi ja käytetty aineisto

Tutkielmassa käytettävä tutkimusmetodi on oikeusdogmaattinen. Oikeusdogmaattisella eli lainopilla tarkoitetaan tutkimustapaa, jonka ensisijaisena tehtävänä on selvittää voimassa olevan oikeuden mukainen tilanne. Lainopilla on tulkintatehtävä sekä systemaistointitehtävä. Lainopilla esitetään tulkintakannanotto oikeusnormin merkityssisällöstä ja siten se esittää normikannanoton siitä, että kyseinen oikeusnormi kuuluu voimassa olevaan oikeuteen.¹⁷ Voimassa olevan oikeustilan tutkiminen keskittyy ennakkopäätösten tutkimiseen ja päätösten merkitysten arvioimiseen¹⁸. Lainopillisen tutkimusmetodin avulla pyritään tutkielmassa kartoittamaan sulautumisen tappioiden siirtymiseen liittyvien sääntöjen soveltamismahdollisuudet ja toisaalta soveltamisen rajoitukset. Tutkimuksessa käytettyjen oikeuslähteiden avulla saadaan tietoa voimassa olevan oikeuden sisällöstä.

Vero-oikeudessa ennakkopäätöksillä on vahva ohjaava rooli, sillä verolain tulkinta voi muuttua myös ilman, että sitä vastaava laki muuttuu. Tämän takia oikeuslähteiden joukossa ennakkopäätökset ovat avainasemassa. Säännön sisältö täsmentyy, kun valitaan tietty tulkinta muista tulkintavaihtoehdoista, ja tästä seuraa täsmennettyjä sääntöjä. Kun täsmennettyjä sääntöjä käytetään johdonmukaisesti ja ratkaisulinja vakiintuu, syntyy niin sanottu vallitseva oikeustila. Kirjoitettujen sääntöjen tunteminen ei vielä anna täsmällistä kuvaa oikeusjärjestyksestä vaan vallitsevan oikeustilan tunteminen antaa yksityiskohtaisemman kuvan oikeusjärjestyksestä.¹⁹ Vero-oikeudellisten ennakkoratkaisujen tärkeän aseman takia niitä tutkimalla voidaan muodostaa käsitys vallitsevasta tulkintakäytännöstä. Tämän takia tutkimuksen tärkeimpinä oikeuslähteinä toimivat KHO:n ennakkopäätökset, joista tutkielmalle keskeisimpinä on ratkaisut KHO 2020:51 ja KHO 2013:155.

¹⁷ Hirvonen, 2011, s. 21-25

¹⁸ Myrsky, 2011, s.50 & 181-182

¹⁹ Myrsky, 2011, s. 54

Lopullisten tappioiden käsite perustuu EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, jonka takia on tärkeää selvittää käsitteen lähtökohdat ja periaatteet. EU-tuomioistuimen ratkaisut ovat merkittävässä asemassa tutkielmassa, jonka takia ne muodostavat suurimman osan käytetystä lähdeaineistosta. Tutkielmassa tutkitaan tarkemmin EU-tuomioistuimen ratkaisuja asioissa C-446/03 Marks & Spencer, C-123-11 A Oy, C-172/13 Euroopan komissio vs. Ison Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta sekä C-607/17 Memira Holding. EU:n perussopimukset ovat myös keskeinen oikeuslähde, joista erityisesti nousee keskiöön Sopimus Euroopan unionin toiminnasta ja siinä turvattu sijoittautumisvapaus.

Vero-oikeudellisen kirjallisuuden avulla pystytään selvittämään vallitsevaa oikeustilaa esittämällä perusteltuja kannanottoja tutkielmassa. Tutkimuksessa hyödynnetäänkin monipuolisesti Verotus -lehden julkaisuja sekä Verohallinnon ohjeita, joihin verotuspäätökset usein pohjautuvat. Kirjallisuuden avulla pystytään hahmottamaan vero-oikeudellinen todellisuus ja sen avulla pyritään antamaan kuva voimassa olevasta oikeudesta.²⁰ Tärkeänä lähteenä tutkimuksessa toimii myös hallituksen esitys eduskunnalle laiksi Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion vähennyksestä ja laiksi elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 18 a §:n muuttamisesta.

1.4 Tutkielman rakenne ja rajaus

Tutkielma jakautuu kuuteen eri päälukuun, joista toisesta luvusta alkaa tutkielman varsinainen tarkastelu. Ensimmäisessä luvussa johdatellaan lukija aiheeseen ja esitetään tutkimuskysymykset. Johdantoluvussa käydään myös läpi tutkielmassa käytetty tutkimusmenetelmä sekä tutkielmassa käytetty aineisto.

²⁰ Myrsky, 2011, s. 52-53

Toisessa pääluvussa perehdytään EU-vero-oikeuteen ja EU-oikeuden suhteeseen kansalliseen sääntelyyn. Luvussa tutkitaan EU:n primäärioikeuteen kuuluvaa sijoittautumisvapautta ja sen rajoittamisen hyväksyttävyyttä oikeuttamisperusteita vastaan. Käsitellyn aiheen keskiöön nousee yritysjärjestelydirektiivi, joka käydään läpi myös toisessa luvussa. Tämän lisäksi toisessa luvussa sivutaan EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisumenettelyä sekä oikeuskäytännön kehitystä. Toinen luku muodostaa kokonaisuuden EU-vero-oikeudesta, jonka avulla pystytään hahmottamaan tutkielman edetessä EU-tuomioistuimen antamien ratkaisuihin vaikuttavia tekijöitä. Kolmannessa luvussa käydään läpi sulautumista ja sulautumisen tappioiden vähennysoikeuteen vaikuttavia kansallisia säännöksiä käyttäen avuksi oikeustapauksia.

Neljännessä luvussa tutkitaan tarkemmin rajat ylittävän sulautumisen tappion vähentämistä ja tutkitaan lopullisen tappion käsitettä. Luvussa käydään yksityiskohtaisesti läpi EU-tuomioistuimen ratkaisu asiassa C-446/03 Marks & Spencer, jossa ensimmäisen kerran määriteltiin lopullisen tappion käsite. Tämän jälkeen käydään läpi ratkaisun jälkeen annettuja EU-tuomioistuimen ratkaisuja, jotka täsmentävät lopullisen tappion käsitettä. Viidennessä pääluvussa tutkitaan tarkemmin korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuja rajat ylittävän sulautumisen tappion siirtymisestä vastaanottavalle kotimaiselle yhtiölle. Tämän kautta pyritään tuomaan esille vallitseva oikeustila rajat ylittävän sulautumisen tappioiden vähentämisestä kotimaisissa tilanteissa. Kuudennessa pääluvussa tehdään tutkielman pohjalta yhteenvetoa ja vastataan tutkimuskysymyksiin.

Yritysjärjestelydirektiivin 6 artiklassa säädetään tappioiden siirtymisestä sulautuvan yhtiön asuinvaltioon syntyvälle vastaanottavan yhtiön kiinteälle toimipaikalle. Säännös kuitenkin soveltuu vain tilanteisiin, joissa vastaanottavalle yhtiölle syntyy kiinteä toimipaikka sulautuvan yhtiön jäsenvaltioon. Tappioiden siirtyminen kiinteiden toimipaikkojen osalta on jätetty tutkielman ulkopuolelle, joten tutkielmassa tutkitaan vain tilanteita, joissa sulautuvan yhtiön jäsenvaltioon vastaanottavalle yhtiölle ei synny kiinteätä toimipaikkaa.

Tutkielman aihetta sivuaa myös rajat ylittävän konserniavustuksen vähennyskelpoisuus silloin, kun konserniavustus on annettu ulkomaisen konserniyhtiön tappioiden kattamiseksi. Konserniavustus voi olla vähennyskelpoinen EU tai ETA- valtiossa sijaitsevalle tytäryhtiölle, jos se katsotaan annettavan EU- tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitettujen lopullisten tappioiden kattamiseksi. Molemmissa aihepiireissä joudutaan näin pohtimaan lopullisen tappion käsitettä. Konserniavustusta koskevia oikeustapauksia sivutaan tutkielmassa ja aiheen liityntä nostetaan esille luvussa 5.3, mutta muutoin aihe on rajattu tutkielman ulkopuolelle.

2 EU-vero-oikeus ja EU:n perusvapaudet rajat ylittävissä yritys-järjestelyissä

2.1 Jäsenvaltioiden verosuvereniteetti

Perussopimukset²¹ ja niiden nojalla EU:lle siirretyn lainsäädäntövallan perusteella annetut oikeudelliset normit muodostavat EU-oikeuden²². EU:lla on oma itsenäinen oikeusjärjestyksensä, jota on kuvailtu myös ylikansalliseksi, joka eroaa sekä kansallisesta että kansainvälisestä oikeudesta²³. EU-oikeus vaikuttaa jäsenvaltioiden kansallisiin verojärjestelmiin ennen kaikkea Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen ja siihen nojautuvien oikeusperiaatteiden, Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön ja verotusta koskevien direktiivien kautta²⁴. EU:n veropolitiikan päätavoitteina on sisämarkkinoiden häiriötön toiminta²⁵.

EU-jäsenvaltiot ovat säilyttäneet laajan suvereniteetin välittömän verotuksen osalta. Tämä tarkoittaa sitä, että jäsenvaltiot toteuttavat verotusvaltaansa kansallisten verolakien ja säädösten puitteissa. Jäsenvaltioiden käyttäessä välittömän verotuksen toimivaltaa on niiden noudatettava EU:n perussopimuksia ja niistä johdettuja velvoitteita. Tämä velvoite on tunnustettu useissa EU-tuomioistuimen ratkaisuissa kuten, C-270/83 Komissio vastaan Ranska, C-279/93 Schumacker ja C-311/97 Royal Bank of Scotland²⁶. EU-vero-oikeus vaikuttaa kunkin jäsenvaltion kansalliseen verolainsäädäntöön vain siinä määrin kuin se on tarpeen sisämarkkinoiden toteutumisen kannalta. Jäsenvaltioiden lainsäädäntöjä on pyrittävä harmonisoimaan siltä osin kuin ne vaikuttavat suoraan sisä-

²¹ 1.12.2009 Lissabonin sopimukseen perustuvat perussopimukset, Sopimus Euroopan unionin toiminnasta (SEUT) ja Sopimus Euroopan unionista (SEU)

²² Helminen, 2016, s. 24

²³ Wikström, Ossa & Urpilainen, 2015, s. 51

²⁴ Knuutinen, 2020, s. 301

²⁵ KOM (2001) 0260 lopullinen, s.1

²⁶ Asia C-270/83, *Komissio vastaan Ranska*, EU:C:1986:37, kohta 24, asia C-279/93, *Schumacker*, EU:C:1995:31, kohta 21 & asia C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, EU:C:1999:216, kohta 19

markkinoiden toteuttamiseen. EU:n neuvoston antamat direktiivit ovat tärkeimpiä harmonisoinnin välineitä välittömän verotuksen alalla. Direktiivit ovat sitovia lainsäädäntöohjeita, jotka jäsenvaltioiden tulee implementoida omaan kansalliseen lainsäädäntöönsä määräajan puitteissa. Sisämarkkinoiden toiminnan kannalta on välttämätöntä, että jäsenvaltioiden verolainsäädäntöjä harmonisoidaan.²⁷

Verotus eri muodoissaan on rajat ylittävän kaupan ja taloudellisen liikkuvuuden este, joka aiheuttaa lisäksi yksityisille hallinnollisia kustannuksia. Aitoja sisämarkkinoita ei voida saavuttaa niin kauan kuin eri jäsenvaltiossa sovelletaan erilaisia verosääntöjä. Tämän takia verotuksen riittävää harmonisointi on sisämarkkinatavoitteen toteutumisen kannalta välttämätöntä.²⁸ Huomattavaa on, että muut EU-oikeuden alat ovat enemmän harmonisoituja kuin EU-vero-oikeus. Tämä johtuu siitä, että lainsäädäntötoimet EU-oikeudessa vaativat jäsenvaltioiden yksimielisyyttä, jota hankaloittaa jäsenvaltioiden halu pitää kiinni verosuvereniteetistaan.²⁹

Verotuksen avulla valtiot pystyvät takaamaan yhteiskunnan tehokkaan toiminnan. Jäsenvaltiot päättävät itsenäisesti verojärjestelmiensä peruselementeistä, kuten veropohjasta ja verokannoista. EU-vero-oikeudellisen sääntely perustuu sisämarkkinatavoitteen turvaamiseen, kun taas jäsenvaltioiden kansallinen verolainsäädäntö keskittyy turvaamaan niiden fiskaaliset tavoitteet.³⁰ Jäsenvaltioiden verotusvallan tasapainoinen jakautuminen on yksi hyväksyttävä oikeuttamisperuste EU-oikeuskäytännössä, jonka kautta veropohjan turvaaminen on ainakin joiltain osin tunnistettu EU-oikeuskäytännössä. Jäsenvaltioiden verotusvallan tasapainoisen jakautumisen perusteella on voitu pitää hyväksyttävänä verovelvollisten erilainen kohtelu, jotta jäsenvaltio pystyy turvaamaan verotusvaltansa sen alueella toteutettujen toimintojen osalta.³¹ EU:n sisämarkkinatavoitteiden ja jäsenvaltioiden fiskaalisten intressien yhtensovittaminen ei ole kuitenkaan

²⁷ Kaila, 2006, s. 1030-1031

²⁸ Urpilainen, 2012, s. 22

²⁹ Wikström, Ossa & Urpilainen, 2015, s. 52

³⁰ Wikström, Ossa & Urpilainen, 2015, s. 52

³¹ Asia C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*, EU:C:2007:194, kohta 42

täysin ongelmattonta, jonka seurauksena kansainväliseen yritysverotukseen EU-alueella liittyy edelleen avoimia olevia kysymyksiä³².

EU-vero-oikeudella on huomattava vaikutus vähäisestä harmonisoinnista huolimatta jäsenvaltioiden kansalliseen vero-oikeuteen muun muassa yritysjärjestelydirektiivin sekä EU-tuomioistuimen ratkaisujen kautta. Tätä vaikutusta rajoittaa kuitenkin toissijaisuusperiaate. SEUT 5 artiklan mukaan EU puuttuu jäsenvaltioiden verolainsäädäntöjen yhtenäistämiseen vain, jos tarpeellinen yhtenäistäminen ei toteudu riittävästi jäsenvaltioiden omilla toimilla. Periaatteen lähtökohtana on, että päätösvallan käyttäminen ja toimeenpano on ensisijaisesti jäsenvaltioiden vastuulla. Kuitenkin jos löytyy hyviä perusteita, voidaan ne fokusoida EU-tasolle³³. EU-vero-oikeuden tarkoituksena ei ole täydellisesti harmonisoida verolainsäädäntöjä, jonka takia vain, jos kyseinen yhtenäistäminen ei muutoin toteudu, EU puuttuu siihen³⁴.

Toissijaisuusperiaate liittyy vahvasti suhteellisuusperiaatteeseen. SEU 5 artiklan mukaan EU:n toiminta ei saa ylittää sitä, mikä on tarpeen perussopimuksissa määriteltyjen tavoitteiden saavuttamiseksi. EU-tuomioistuimen mukaan suhteellisuusperiaate edellyttää, että kyseisillä toimenpiteillä ei saa ylittää sitä, mikä on tarkoituksenmukaista ja tarpeellista asianomaisella lainsäädännöllä tavoiteltujen päämäärien toteuttamiseksi.³⁵ Suhteellisuusperiaatteen arvioiminen on tärkeässä asemassa siinä, kun arvioidaan perusoikeuksien rajoittamista. Suhteellisuusperiaatteen mukaan rajoituksen on oltava välttämätön ja oikeasuhtainen. Välttämättömyyden vaatimus liittyy siihen, että tietyn perusvapauden rajoituksen tulee olla välttämätön jonkin hyväksyttävän tarkoituksen saamiseksi. Oikeasuhteisuuden vaatimus liittyy siihen, että jokin rajoitus on sallittu ainostaan, jos tavoitetta ei ole saavutettavissa perusoikeuteen vähemmän puuttuvilla keinoin.³⁶

³² Malmgrén, 2008, s. 40

³³ Mäenpää, 2011, s. 294

³⁴ Helminen, 2018, s. 26

³⁵ Asia C-101/98, *UDL*, EU:C:1999:615, kohta 30

³⁶ Ojanen, 2006, s. 51

2.2 EU-oikeuden suora soveltaminen

Kunkin jäsenvaltion kansallinen vero-oikeus koostuu EU-vero-oikeudesta, jäsenvaltion solmimista verosopimuksista sekä kyseisen valtion kansallisesta verolainsäädännöstä. Nämä kolme säännöskokonaisuutta voi aiheuttaa ristiriitoja, kun ne otetaan huomioon yhtä aikaa. Näiden ristiriitojen ratkaisemisessa tulee ottaa huomioon niiden keskinäinen suhde ja etusijajärjestys.³⁷

EU-oikeuden ja jäsenvaltioiden kansallisen lainsäädännön keskinäisestä suhteesta ei löydy nimenomaista säännöstä. EU-oikeuden etusijaperiaate on lähtöisin EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä. C-6/64 *Costa v. Enel* ratkaisussa ensimmäistä kertaa yhteisöjen tuomioistuin otti huomioon yhteisön oikeuden ensisijaisuuden verrattuna jäsenvaltioiden kansalliseen oikeuteen.³⁸ Tuomioistuin katsoi ratkaisussaan, ettei kansallisia säännöksiä voida asettaa tuomioistuimessa etusijalle perustamissopimukseen perustuvaan oikeuteen nähden, koska muuten perustamissopimuksen nojalla annettu lainsäädäntö menettäisi yhteisöluonteensa ja itse yhteisön oikeudellinen perusta saatetaan kyseenalaiseksi³⁹. Etusijaperiaatteen mukaan EU-oikeuden normit syrjäyttävät sen kanssa ristiriidassa olevan kansallisen lainsäädännön normin. Periaate estää myös jäsenvaltioita säätämästä lakeja, jotka ovat ristiriidassa EU-oikeuden kanssa. Välitön verotus kuuluu jäsenvaltioiden toimivaltaan, mutta niiden on noudatettava EU-oikeuden sääntöjä ja periaatteita käyttäessään tätä toimivaltaa⁴⁰.

EU-oikeuden etusija, EU-oikeuden suora sovellettavuus ja EU-oikeuden välitön vaikutus ovat tärkeitä periaatteita vaikuttaen EU-oikeuden ja kansallisen oikeuden keskinäiseen

³⁷ Helminen, 2018, s. 26-27

³⁸ Wikström, Ossa & Urpilainen, 2015, s. 42

³⁹ Asia C-6/64, *Costa v. ENEL*, EU:C:1964:66, kohta 3

⁴⁰ Helminen, 2018, s. 28

suhteeseen⁴¹. Suora sovellettavuus tarkoittaa, että EU-oikeuden säännös on osa jäsenvaltion oikeusjärjestystä ilman erityisiä muuntamistoimia⁴². Välitön oikeusvaikutus tarkoittaa, että säännös voi sellaisenaan perustaa velvollisuuksia ja oikeuksia verovelvolliselle, joihin verovelvollinen voi vedota verotusasioissaan. Välittömän oikeusvaikutuksen vaatimuksena on kuitenkin, että EU-oikeuden säännös on riittävän selvä, täsmällinen ja ehdoton. Verovelvollisten verotus voidaan ratkaista EU-oikeuden säännösten mukaisesti kansallisesta säännöksestä poikkeavalla tavalla, mutta ratkaisu ei voi olla lähtökohdaisesti epäedullisempi kuin kansallisen säännöksen mukainen ratkaisu.⁴³ Välitön oikeusvaikutus koskee verotuksen osalta ennen kaikkea SEUT:n syrjintäkieltoartikkelia⁴⁴ ja perusvapauksia takaavia artikloja⁴⁵ sekä direktiivejä, kuten yritysjärjestelydirektiivin, riittävän yksityiskohtaisia säännöksiä⁴⁶. Direktiiveillä on välitön oikeusvaikutus, joihin voidaan vedota kansallisia säännöksiä vastaan silloin, jos direktiiviä ei ole implementoitu asianmukaisesti osaksi kansallista lainsäädäntöä ja direktiivin säännökset ovat sisältönsä osalta ehdottomia ja riittävän täsmällisiä⁴⁷.

2.3 EU:n sisämarkkinatavoite

2.3.1 Sisämarkkinoita turvaavat perusvapaudet

EU-oikeuden perustan muodostavien perustamissopimusten keskeisinä tavoitteina on jäsenvaltioiden taloudellinen yhtenäistäminen ja sisämarkkinoiden luominen ilman veroesteitä⁴⁸. Nämä tavoitteet edellyttävät ennen kaikkea sitä, että tavaroiden, henkilöi-

⁴¹ Penttilä, 2012, s. 30

⁴² Helminen, 2018, s. 30

⁴³ Penttilä, 2012, s.30

⁴⁴ SEUT 18 artikla

⁴⁵ SEUT 21,45, 49, 56 ja 63 artikla

⁴⁶ Helminen, 2018, s. 29-30

⁴⁷ Yhdistetyt asiat C-6/90, C-9/90, *Francovich*, EU:C:1991:428, kohta 11

⁴⁸ KOM (2001) 582 lopullinen, s. 1

den, palveluiden ja pääomien vapaata liikkuvuutta rajoittavat esteet poistetaan jäsenvaltioiden väliltä⁴⁹. Sisämarkkinoilla tarkoitetaan aluetta, jolla ei ole sisäisiä rajoja ja jolla tavaroiden, henkilöiden, palvelujen ja pääomien vapaa liikkuvuus turvataan perussopimuksen määräysten mukaisesti⁵⁰. SEUT:n takaamia vapauksia kutsutaan taloudellisiksi perusvapauksiksi. EU:n taloudellisten perusvapauksien asema on hyvin vahva, joka ilmenee jo siitä, että perusvapauksia turvaavat artiklat löytyvät EU:n perussopimuksista. Niin kuin edellä mainittiin, välitön verotus kuuluu lähtökohtaisesti jäsenvaltioiden toimivaltaan, mutta toimivaltaa tulee käyttää niin ettei sisämarkkinoiden toteutumista tai perusvapauksien käyttämistä haitata. EU:n sisämarkkinatavoitteen toteutumisen kannalta avainasemassa on taloudelliset perusvapaudet sekä perustamissopimukseen sisältyvä syrjintäkielto. Tappioiden siirtymistä rajat ylittävissä sulautumisissa on arvioitava SEUT:n pohjalta.

Rajat ylittävässä tappiontasauksessa korostuu EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä erityisesti sijoittautumisvapaus taloudellisista perusvapauksista⁵¹. Sijoittautumisvapauden takaava SEUT 49 artikla kieltää rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisen vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle. Myös kielletään rajoitukset, jotka estävät jäsenvaltion alueelle sijoittautuneita jäsenvaltion kansalaisia perustamasta kauppaedustajan liikkeitä, sivuliikkeitä ja tytäryhtiöitä. Jollei pääomia koskevan luvun määräyksistä muuta johdu, sijoittautumisvapautteen kuuluu oikeus ryhtyä harjoittamaan itsenäistä ammattia sekä oikeus perustaa ja johtaa yrityksiä, niillä edellytyksillä, jotka sijoittautumisvaltion lainsäädännön mukaan koskevat sen kansalaisia. Sijoittautumisvapaus soveltuu jäsenvaltioihin, joiden alueelle sijoitaudutaan. Se soveltuu myös silloin kuin jäsenvaltion kansalainen sijoittautuu toiseen jäsenvaltioon.⁵²

⁴⁹ SEUT 18, 21, 45, 56 ja 63 artiklat

⁵⁰ Myrsky, 2013, s. 285

⁵¹ Weckström, 2019, s. 18

⁵² Asia C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, kohta 31

SEUT 54 artiklassa laajennetaan tätä sijoittautumisvapauden soveltamisalaa niin, että jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti perustetut yhtiöt, joiden sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on unionin alueella, rinnastetaan tämän luvun määräyksiä sovellettaessa luonnollisiin henkilöihin, jotka ovat jäsenvaltion kansalaisia. EU-jäsenvaltion kansalainen tulee käyttää oikeuttaan sijoittautua toiseen jäsenvaltioon, jotta sijoittautumisvapautta voidaan soveltaa tilanteeseen.

EU- kansalaiset saavat vapaasti valita, missä EU- jäsenvaltiossa ja missä oikeudellisessa muodossa he harjoittavat liiketoimintaansa. Tätä valintaa ei saa rajoittaa jäsenvaltioiden verotuksella.⁵³ Jäsenvaltion verolainsäädäntö ei saa kohdella kotimaista emoyhtiötä huonommin, jos sillä on toisessa jäsenvaltiossa tytäryhtiö verrattuna tilanteeseen, että sillä olisi tytäryhtiö samassa jäsenvaltiossa.⁵⁴ EU- tuomioistuimen mukaan kansallisia ja rajat ylittäviä tilanteita on kohdeltava samalla tavalla, jos tilanteet ovat samanlaisia. Jos tilanteet ovat kuitenkin erilaisia, on erilainen verotus sallittua. SEUT:n mukainen kielletty rajoitus tulee kyseeseen, jos tilanteet ovat samanlaisia, mutta verotus on erilaista.⁵⁵ Jäsenvaltioiden on annettava samanlaiset veroedut kaikille alueelleen toimiville. Taloudelliset perusvapaudet soveltuvat myös ETA-valtioihin ETA-sopimuksen perusteella⁵⁶.

SEUT:n vastaisen säännöksen ei tarvitse olla syrjivä vaan riittää, että se rajoittaa taloudellisten perusvapauksien toteutumista⁵⁷. Toimet, jotka kieltävät, haittaavat tai tekevät perusvapauksien käytön vähemmän houkuttelevaksi muodostavat kielletyn rajoituksen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan⁵⁸. Taloudelliset perusvapaudet ovat EU- oikeuden yleisiä oikeusperiaatteita, joita EU-tuomioistuin suojaa. Huomattava osa verotuksen

⁵³ Asia C-231/05, *Oy AA*, EU:C:2007:439, kohta 40 & Asia 270/83, *komissio vastaan Ranska*, EU:C:1986:37, kohta 22

⁵⁴ Helminen, 2007, s. 489

⁵⁵ Malmgrén, 2013, s. 151

⁵⁶ Helminen, 2018, s. 73

⁵⁷ Helminen, 2018, s. 75

⁵⁸ Asia C-157/07, *Krakenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, EU:C2008:588, kohta 30.

yhdentymisestä perustuu EU-tuomioistuimen perussopimusten ja täten perusvapauksien tulkinnoista.⁵⁹

2.3.2 Syrjintäkielto ja rule of reason – testi

Kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä, jonka yleissäännös on säädetty SEUT 18 artiklassa. Yritysjärjestelyiden verotuksessa syrjintäkieltoa koskeva tilanne on, kun on kyse rajat ylittävstä yritysjärjestelystä ja käytetään jotakin SEUT:n takaamaa taloudellista perusvapautta esimerkiksi sijoittautumisvapautta. Syrjintäkiellon soveltaminen on hyvin vähäistä välittömän verotuksen alalla, sillä taloudelliset perusvapaudet ovat ensisijaisia suhteessa syrjintäkieltoon. Syrjinnästä voi olla kyse, jos kahta samantilaista tilannetta kohdellaan eri tavalla tai jos kahta erilaista tilannetta kohdellaan samalla tavalla, niin että toinen joutuu epäedullisempaan asemaan. Syrjinnän tutkimisessa tehdään verrannollisuusanalyysi, jossa verrataan tilanteita toisiinsa. Rajat ylittävän tilanteen poikkeava verokohtelu verrattuna samanlaiseen kotimaiseen tilanteeseen on kiellettyä. Poikkeava verokohtelu on kuitenkin sallittua, jos rajat ylittävä tilanne ei ole vertailukelpoinen kotimaiseen tilanteeseen verrattuna.⁶⁰

Syrjintä ja perusvapauksien rajoittaminen voi kuitenkin joissakin tilanteissa olla hyväksyttävää EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä kehittyneen rule of reason -testin mukaan. Se on hyväksyttävää, jos toimenpiteellä pyritään perustamissopimuksen mukaiseen, sallittuun tavoitteeseen ja jos se voidaan perustella yleistä etua koskevilla pakottavilla syillä. Tämän lisäksi toimenpiteen tulee olla sovelias kyseisen tavoitteen saavuttamiseksi, eikä tällä toimenpiteellä saada ylittää sitä, mikä on välttämätöntä kyseisen tavoitteen saavuttamiseksi.⁶¹ Ensimmäisen lauseen yleistä etua koskevat pakottavat syyt tarkoittavat oikeuttamisperusteita. Toinen lause ilmentää suhteellisuusperiaatteen

⁵⁹ Asia 29/69, *Stauder*, EU:C:1969:57, kohta 7

⁶⁰ Helminen, 2018, s. 66-68

⁶¹ Asia C-250/95, *Futura*, EU:C:1997:239, kohta 26 & asia C-55/94, *Gebhard*, EU:C:1995:411, kohta 37

vaatimuksia siitä, että säännösten pitää olla kohtuullisessa suhteessa yleiseen etuun. Oikeuttamisperusteet ovat tärkeä väline EU-tuomioistuimelle taloudellisten perusvapauksien ja fiskaalisten tavoitteiden yhteensovittamisen kannalta ⁶².

Rule of reason -testiä tuomioistuin sovelsi ensimmäisen kerran tavaroiden vapaata liikkuvuutta liittyvässä C-120/78 *Cassis de Dijon* ratkaisussa. Ratkaisussa tuomioistuin tunnusti muiden kuin perustamissopimuksessa nimenomaisesti mainittujen syrjintäperusteiden olemassaolon. Tuomioistuin kehitti ratkaisussa pakottavien syiden opin, jonka mukaan jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen välisistä eroista johtuvat vapaan liikkuvuuden rajoitukset ovat hyväksyttäviä siltä osin, kun niitä voidaan pitää välttämättöminä sellaisen yleistä etua koskevien tavoitteiden saavuttamiseksi, ja joille on annettava etusija vapaaseen liikkuvuuteen nähden. ⁶³ Ratkaisun jälkeen oikeuttamisperusteiden luettelo on oikeuskäytännön kehityksen avulla laajentunut, ja niitä on myöhemmin sovellettu syrjivän ja perusvapauksia rajoittavan säännöksen hyväksymiseen välittömän verotuksen alalla ⁶⁴.

Jäsenvaltio voi siis vedota johonkin hyväksyttävään syyhyn, joka oikeuttaa perustamissopimuksissa kielletyn rajoituksen. Jäsenvaltiot voivat argumentoida säännöksiensä puolesta tukeutuen yhteen tai useampaan oikeuttamisperusteeseen ⁶⁵. Hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita välittömän verotuksen alalla on EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan muun muassa:

1. verovalvonnan ja veronkannon tehokkuuden turvaaminen ⁶⁶
2. veron kierron estäminen ⁶⁷

⁶² Urpilainen, 2012, s. 81

⁶³ Asia C-120/78, *Cassis de Dijon*, EU:C:1979:42, kohta 8

⁶⁴ Äimä, 2003, s. 49 & 199

⁶⁵ Asia C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, kohta 51 & asia C-337/08, *X Holding*, EU:C:2010:89, kohta 33

⁶⁶ Esim. asia C-250/95, *Futura*, EU:C:1997:239, kohta 31

⁶⁷ Esim. asia C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, kohta 49, jossa katsottiin, että veronkierron estäminen on hyväksyttävä oikeuttamisperuste yhdessä vaaran tappioiden käyttämisestä kahteen kertaan ja jäsenvaltioiden välisen verotusvallan tasaisen jakautumisen kanssa.

3. jäsenvaltioiden välisen verotusvallan tasainen jakautuminen ⁶⁸
4. tappioiden kahdenkertaisen käytön estäminen ⁶⁹
5. alue- eli territoriaaliperiate ⁷⁰

Oikeuskäytännön mukaan hyväksyttävä oikeuttamisperuste perusvapauksia rajoittavalle säännökselle ei voi olla puhtaasti taloudellinen ⁷¹. Hyväksyttävien oikeuttamisperusteiden löytymisen jälkeen perusvapauksia rajoittavan säännöksen on oltava vielä suhteellisuusperiaatteen mukainen eli säännöksen tulee olla kohtuullisessa suhteessa yleiseen etuun. EU-tuomioistuimen useiden ratkaisujen perusteella voidaan todeta, että rule of reason -periaatteeseen vetoaminen on useissa tilanteissa johtanut hylkävään ratkaisuun, koska rajoittava säännös ei ole ollut suhteellisuusperiaatteen mukainen. ⁷²

2.4 Yritysjärjestelydirektiivi

Sisämarkkinoiden toimintaan liittyvään lainsäädäntöön voidaan antaa direktiivejä, jotka kuuluvat EU-oikeuden sekundäärioikeuteen. Huolimatta välittömän verotuksen vähäisestä harmonisoinnista, on rajat ylittäviin yritysjärjestelyihin annettu direktiivi. Tietyt yritysjärjestelyt, niin kuin sulautuminen omaavat oman direktiivipohjaisen lainsäädännön. Yritysjärjestelydirektiivi on vuonna 1990 säädetty. Direktiiviä muutettiin vuonna 2005⁷³, jota kutsutaan muutosdirektiiviksi. Muutosdirektiivillä yritysjärjestelydirektiiviin

⁶⁸ Esim. asia C-337/08, *X Holding*, EU:C:2010:89, kohta 33, jossa jäsenvaltioiden välisen verotusvallan tasainen jakautuminen oli yksin hyväksyttävä oikeuttamisperuste rajoittavalle säännökselle.

⁶⁹ Esim. asia C-414/06, *Lidl Belgium*, EU:C:2008:278, kohta 42, jossa rajoittava säännös oli perusteltua jäsenvaltioiden verotusvallan tasaisen jakautumisen ja tappioiden kahdenkertaisen käytön estämisellä.

⁷⁰ Esim. asia C-480/16, *Fidelity*, EU:C:2018:480, kohta 70

⁷¹ Esim. asia C-325/85, *Bond van Adveteerders*, EU:C:1988:196 & asia C-398/95, *SETTG*, EU:C:1997:282, kohta 23

⁷² Helminen, 2018, s. 133-134

⁷³ 2005/19/EC/17.2.2005

tarkennettiin alkuperäisen direktiivin säännösten tarkoitusta.⁷⁴ Direktiivi kodifioitiin nykyiseen muotoon vuonna 2009. Yritysjärjestelydirektiivin perusteella on säädetty kotimaiset yritysjärjestelysäännökset EVL 52-52 g §.⁷⁵

Yritysjärjestelydirektiivi koskee yritysrakenteiden uudelleenjärjestelyjä, joissa osapuolena ovat kahdessa tai useammassa Euroopan unionin jäsenvaltiossa sijaitsevat yhtiöt⁷⁶. Yritysjärjestelydirektiivin johdanto-osan 2 kohdan mukaan eri jäsenvaltioissa sijaitsevia yhtiöitä koskevat sulautumiset, jakautumiset, osittaisjakautumiset, varojensiirrot ja osakkeiden vaihdot ovat tarpeellisia, jotta pystytään luomaan toimivat sisämarkkinat ja pystytään turvaamaan sen toimivuus. Jotta tällaiset sisämarkkinat pystytään luomaan, ei yllä mainittuja toimia saa estää jäsenvaltioiden verosäännöksillä. Tällaisia estäviä tekijöitä jäsenvaltioiden verosäännöksissä on rajoittavat, haittaavat tai vääristävät säännökset. Tästä syystä yritysjärjestelydirektiivissä on otettu käyttöön veroneutraaleja sääntöjä, jotta yrityksillä on mahdollisuus pärjätä sisämarkkinoilla, kasvattaa tuottavuuttaan ja vahvistaa kansainvälistä kilpailukykyään. Direktiivin tavoitteena on poistaa verotuksellisia esteitä yritysjärjestelyiltä EU-alueella kuitenkin niin, että jäsenvaltioiden fisikaaliset tavoitteet eivät vaarannu. Direktiivin mukaisista yritysjärjestelyistä ei aiheudu välittömiä veroseuraamuksia yritysjärjestelyihin osallistuville yrityksille tai niiden omistajille, jotta pystytään saavuttamaan direktiivin tavoite.⁷⁷

Yritysjärjestelydirektiiviä sovelletaan järjestelyihin, joissa on osallisina yhteisöt, joilla on kotipaikka kahdessa tai useammassa EU:n jäsenvaltiossa. Direktiivi ei koske yritysjärjestelyjä, joissa on kyse yhden valtion sisäisestä järjestelystä. Kuitenkin jäsenvaltiot, jotka ovat implementoineet direktiivin säännökset, ovat samalla ottaneet lainsäädäntöönsä huomioon samat verotukselliset hyödyt koskemaan kotimaisia yritysjärjestelyitä kuin rajat ylittäviä järjestelyitä. Niin kuin esimerkiksi kotimaisissa yritysjärjestelyissä myönne-

⁷⁴ HE 247/2006 vp, s.2

⁷⁵ Andersson & Penttilä, 2014, s. 710

⁷⁶ Viitala ja muut, 2000, luku 21. Yritysjärjestelyt

⁷⁷ HE 177/1995 vp, s. 5

tään samat verotukselliset hyödyt, jotka direktiivi edellyttää annettavaksi rajat ylittävässä järjestelyissä. Pääsyitä tähän on, että ei syntyisi houkutusia käyttää ulkomaisia yhtiöitä yritysjärjestelyissä kotimaisten yhtiöiden sijaan.⁷⁸ Direktiivi soveltuu myös silloin kun yritysjärjestelyiden osallisena on Euroopan talousalueeseen kuuluva maa sijoitautumisoikeuden perusteella⁷⁹.

Yritysjärjestelydirektiivin merkitys on jäänyt yleissääntelyksi, sillä on pitänyt ottaa huomioon sen sopeuttamisessa eri jäsenvaltioiden poikkeavat verolainsäädännöt. Yleissääntely jättää jäsenvaltioille harkintavaltaa ja mahdollisuuden sopeuttaa direktiivi omaan kansalliseen lainsäädäntöönsä niin kuitenkin, että direktiivin tavoite eli välittömien veroseuraamusten lykkääntyminen yritysjärjestelyissä toteutuu.⁸⁰

Yritysjärjestelydirektiivi asettaa vähimmäisedellytykset yritysjärjestelyiden verotukselle niin, että kansallisessa verolainsäädännössä ei saa säätää direktiiviä ankarampaa vero-kohtelua. Direktiivi ei estä jäsenvaltioita määräämstä lainsäädännössään pidemmälle menevistä veron lievennyksistä. Järjestelystä, joka ei taas kuulu direktiivin soveltamisalaan, voi jäsenvaltiot verottaa direktiiviä ankarammin.⁸¹ Direktiivin johdanto-osan 13 kohdan mukaan direktiiviä ei tarvitse soveltaa, jos yritysjärjestelyn tarkoituksena on yksinomaan kiertää tai välttää vero. Yritysjärjestelydirektiivin lähtökohtana on, että rajat ylittäviä järjestelyitä kohdellaan yhtä edullisesti kuin kotimaisia järjestelyjä⁸².

Yritysjärjestelydirektiivi ei vastaa kaikkiin yritysjärjestelyihin liittyviin verotuskysymyksiin, joista yksi on tappioiden siirtyminen yritysjärjestelytilanteissa⁸³. Yritysjärjestelydirektiivin 6 ja 10 artikloissa säädetään direktiivissä tarkoitettujen yritysjärjestelyiden tappioiden verokohtelusta. Artiklassa 6 säädetään sulautuvan yhtiön vähentämättä olevien

⁷⁸ HE 177/1995 vp, s. 5

⁷⁹ Helminen, 2013, s. 368 ja ks. KVL 2007/38.

⁸⁰ Penttilä, 2012, s. 32-33

⁸¹ Immonen, 2018, s. 248

⁸² Helminen, 2018, s. 192

⁸³ Andersson & Penttilä, 2014, s.873

tappioiden siirtymisestä sulautuvan yhtiön jäsenvaltion alueelle syntyvälle vastaanottavan yhtiön kiinteälle toimipaikalle. Säännös kuitenkin soveltuu vain tilanteisiin, joissa vastaanottavalle yhtiölle syntyy kiinteä toimipaikka sulautuvan yhtiön sijaintivaltioon. Direktiivin 10 artikla koskee kiinteän toimipaikan tappioiden palauttamista tulon kiinteän toimipaikan siirtyessä pois jäsenvaltion verotusvallasta⁸⁴. Yritysjärjestelydirektiivissä ei säädetä yhdessä jäsenvaltiossa syntyneiden tappioiden siirtymistä toiseen jäsenvaltioon vähennettäväksi rajat ylittävän sulautumisen myötä. Jäsenvaltioiden verosäännelyt yritysjärjestelysääntöjen osalta on toisistaan poikkeavia, sillä direktiivissä ei ole säännelty rajat ylittävien yritysjärjestelyiden verokohtelusta. Yritysjärjestelydirektiiviä on sovellettava SEUT:n takaamien perusvapauksien mukaisesti.

2.5 EU – tuomioistuin perusvapauksien suojaajana

2.5.1 Negatiivinen integraatio

EU-oikeus välittömän verotuksen alalla on ensisijaisesti tuomioistuin vetoista, oikeuskäytäntöön pohjautuvaa oikeutta⁸⁵. EU-vero-oikeuden tulkinnassa on EU-tuomioistuimen ratkaisuilla korostunut asema niin kotimaisissa kuin rajat ylittävissä tilanteissa⁸⁶. EU-tuomioistuimen tulkinta selventää ja täsmentää säännöksen merkitystä. Tuomioistuimen tulkinnasta tulee esille se, miten oikeussääntöä täytyy tai olisi täytynyt tulkita ja soveltaa.⁸⁷

Välittömän verotuksen alalla negatiivinen integraatio perustuu EU-tuomioistuimen kautta tapahtuvaan lainsäädännöllisen harmonisointiin. Negatiivinen integraatio on si-

⁸⁴ Suomessa TVL 123 b:ssä on säädelty vastaava säännös yritysjärjestelydirektiivin 10 artiklasta

⁸⁵ Urpilainen, 2012, s. 45

⁸⁶ Verohallinnon ohje: Yritysjärjestelyt ja verotus – sulautuminen, kohta 1. Yleistä yritysjärjestelystä

⁸⁷ Asia C-453/00, *Kühne & Heitz*, EU:C:2004:17, kohta 21

sämarkkinoita suojaavien kieltojen kautta etenevää oikeudellista verotuksen integraatiota⁸⁸. Suurin osa negatiivisesta integraatiosta toteutuu ennakkoratkaisumenettelyssä. Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 19 artiklan mukaan EU-tuomioistuimen tehtävä on huolehtia siitä, että perussopimusten tulkinnassa ja soveltamisessa noudatetaan lakia. Jäsenvaltioiden tuomioistuimilla on oikeus pyytää EU-tuomioistuimelta ennakkoratkaisua EU-oikeuden tulkinnasta. Ylimmillä tuomioistuimilla, kuten korkeimmalla hallinto-oikeudella, on velvollisuus pyytää ennakkoratkaisua epäselviin EU-oikeuden tulkintakysymyksiin. Ennakkoratkaisumenettelyllä on kolme keskeistä tavoitetta: tae EU-oikeuden yhtenäiselle tulkinnalle ja soveltamiselle jäsenvaltioissa, EU:n toimielinten toiminnan laillisuuden valvonta sekä kansallisen oikeuden EU-oikeuden mukaisuuden valvonta.⁸⁹

Välittömän verotuksen alalla syrjintäkiellon ja taloudellisten perusvapauksien soveltaminen perustuu perussopimusten ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön tulkintaan⁹⁰. EU-oikeuden tulkintakysymyksestä ei tarvitse hakea ennakkoratkaisua, jos kansallisessa tuomioistuimessa esille tulleesta EU-oikeuden kysymyksestä on jo olemassa EU-tuomioistuimen käytäntöön perustuva selkeä tulkintaohje (*acte éclairé*) tai jos ratkaisu on muuten ilmeinen kansalliselle tuomioistuimelle (*acte clair*). Ennakkoratkaisu sitoo ratkaisua pyytäneitä kansallista tuomioistuinta sekä muita kansallisia muutoksenhakuviranomaisia niiden käsitellessä samaa asiaa. Etusijaperiaatteen mukaisesti EU-oikeutta sovelletaan, jos EU-oikeus ja kansallinen lainsäädäntö on ristiriidassa. Täten EU-tuomioistuimen ratkaisuilla on merkitystä lain soveltamisessa. EU-tuomioistuin tuo esille EU-oikeuden tulkintaan liittyvät tekijät, joiden perusteella kansallinen tuomioistuin pystyy arvioimaan kansallisen lainsäädännön yhteensopivuutta EU-oikeuden kanssa. EU-tuomioistuin ei tuo esille sitä, onko kansalliset oikeussäännöt yhteensopivia EU-oikeuden säännösten kanssa.⁹¹ EU-tuomioistuimen ratkaisut eivät sisällä suoria vastauksia siihen, että

⁸⁸ Urpilainen, 2012, s. 23

⁸⁹ Ojanen, 2006, s. 218-219

⁹⁰ Urpilainen, 2012, s. 24

⁹¹ Helminen, 2018, s. 384-386 & asia C-443/06, *Hollman*, EU:C:2007:600, kohta 18

millaisia sääntelyjä tulisi tulla kiellettyjen verotuksellisten toimenpiteiden tilalle. Ratkaisussa ilmaistut periaatteet on sopeutettava jäsenvaltion verojärjestelmään sopivaksi.⁹² EU-tuomioistuimen päätökset rajoittavat yhä useammin jäsenvaltioiden päätöksentekoa, sillä EU-tuomioistuimen päätöksiä on noudatettava kaikissa jäsenvaltiossa⁹³.

Lainsäädännön kautta tapahtuvan jäsenvaltioiden verolainsäädäntöjen harmonisointi on väistynyt negatiivisen integraation tieltä. Tämä antaa EU-tuomioistuimille ja niiden ratkaisuille entistä tärkeämmän aseman. Välittömän verotuksen keskeiset periaatteet ovat tiiviisti sidoksissa EU-tuomioistuimen tulkintoihin ja ratkaisuihin.⁹⁴ Negatiivisen integraation avulla pystytään purkamaan sisämarkkinoita haittaavia verotuksellisia esteitä. EU:n perussopimus luo EU-tuomioistuimelle riittävän toimivaltaperustan negatiiviselle integraatiolle. EU-tuomioistuimen vastuulla on yksin sisämarkkinatavoitteen tulkinta, ja täten myös taloudellisten perusvapauksien tulkinta.⁹⁵

2.5.2 Oikeuskäytännön kehitys

Välittömän verotuksen alalla oikeuskäytäntö kehittyi vasta myöhäisessä vaiheessa. Ensimmäinen sijoittautumisvapautta koskeva ratkaisu oli asiassa 270/83 komissio vastaan Ranska vuonna 1985. Tapaus yleisimmin tunnetaan nimellä *Avoir fiscal*, ja sitä usein kuvaillaan välittömän verotuksen oikeuskäytännön alkupisteenä. Tapauksessa Ranskan katsottiin jättäneen noudattamatta jäsenyysvelvoitteitaan, kun se ei ulottanut eräitä lehtien kustantajille suunnattuja verohelpotuksia Ranskan ulkopuolella painettuihin julkaisuihin. Kyseessä oli ensimmäinen välitöntä verotusta koskeva tapaus, jota tuomioistuin käsitteli nimenomaan taloudellisten perusvapauksien kannalta. Tämän jälkeen tuomioistuin antoi vain yhden tai kaksi välitöntä verotusta koskevaa ratkaisua vuoteen 2006 asti. Alkuvaiheen ratkaisuissa korostettiin taloudellisten perusvapauksien merkitystä ja

⁹² Urpilainen, 2012, s. 24

⁹³ Myrsky, 2013, s. 282

⁹⁴ Urpilainen, 2012, s. 46-47

⁹⁵ Urpilainen, 2012, s. 51

useissa tapauksissa päädyttiinkin verovelvolliselle myönteiseen lopputulokseen, joissa jäsenvaltion verolainsäädäntö katsottiin syrjiväksi tai perusvapauksia rajoittavaksi. Syrjiville tai perusvapauksia rajoittaville verosäännöksille oli erittäin harvoin löydettävissä tuomioistuimen EU-oikeudellisesti hyväksyttävää oikeuttamisperustetta.⁹⁶

EU-tuomioistuimen tulee välittömän verotuksen tapauksissa punnita jäsenvaltioiden fiskaalisia tavoitteita ja toisaalta EU:n sisämarkkinatavoitetta. Maduro kuvailee tätä tasapainoa kahden neutraliteetin säännöllä. Kansallisten verosäännösten on oltava mahdollisimman neutraaleja liikkumisvapauden harjoittamisen kannalta. Toisaalta liikkumisvapauden käyttämisen tulee olla mahdollisimman neutraalia jäsenvaltioiden verojärjestelmien kannalta.⁹⁷

Ratkaisussa C-446/03 *Marks & Spencer* vuonna 2005 tuomioistuin katsoi, ettei yrityksillä ole sijoittautumisvapauten perustuvaa oikeutta rajoittamattomaan rajat ylittävään tappiontasaukseen ja tulkitsi oikeuttamisperusteita jäsenvaltiolle myönteisempään suuntaan. Ratkaisussa tuomioistuin omaksui tulkintasuunnan, joka on aikaisempaa tasapainohakuisempi EU:n sisämarkkinatavoitteiden ja jäsenvaltioiden fiskaalisten tavoitteiden välisestä suhteesta.⁹⁸ Ratkaisussa rajoittavan säännöksen hyväksyttävänä oikeuttamisperusteina oli jäsenvaltioiden välisen verotusvallan tasapainoinen jakautuminen, vaara tappioiden käyttämisestä kahteen kertaan sekä veronkierron vaara. Tuomion jälkeen annetuissa tuomioissa muun muassa C-231/05 *Oy AA*, C-607/17 *Memira Holding*, C-123/11 *A Oy*, C-608/17 *Holmen AB* ja C-337/08 *X Holding* sijoittautumisvapauden rajoitukselle oli löydettävissä yksi tai useampi hyväksyttävä oikeuttamisperuste. Tapauksessa *X Holding* jäsenvaltion verotusvallan tasapainoinen jakautuminen yksin toimi hyväksyttävänä oikeuttamisperusteena perusvapauksia rajoittavalle verokohtelulle.⁹⁹ Ra-

⁹⁶ Urpilainen, 2012, s. 56 & s. 62

⁹⁷ Asia C-446/03, *Marks & Spencer*, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus M. Poiares Maduro, EU:C:2005:201, kohta 67

⁹⁸ Urpilainen, 2012, s. 63

⁹⁹ Helminen, 2018, s. 142

jat ylittävien tappioiden verokohtelua koskeva oikeuskäytäntö on vaihtanut painopistettä perusvapauden rajoituksen tulkitsemisesta kohti suhteellisuusperiaatteen tulkittamista¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Lang, 2014, s. 530

3 Tappioiden siirtyminen sulautumisessa

3.1 Sulautuminen elinkeinoverolaissa

Verotuksen kehitys EU:ssa ja Suomen liittyminen EU:n jäseneksi sai aikaan, että yritysjärjestelyiden verotusta muutettiin 1.1.1996 lukien voimaan tullessa EVL:n muutoksessa. Tätä aikaisemmin yritysjärjestelyistä löytyi vaan hajanaisia säännöksiä. Muutoksen taustalla on EY:n direktiivikehitys, josta yritysjärjestelydirektiivi teki mahdolliseksi jäsenvaltioiden rajat ylittävän yritysjärjestelyiden verottamisen. Suomessa direktiivipantiin täytäntöön vuoden 1996 alusta lukien. Yritysjärjestelydirektiivin säännökset sisällytettiin EVL 52-52 g §:iin.¹⁰¹ Yritysjärjestelydirektiivin voimaan saattaminen lisäsi selvästi yritysjärjestelymahdollisuuksia, ja se merkitsi myös rajat ylittävien yritysjärjestelyiden mahdollistamista EU-jäsenvaltioiden osalta. Yritysjärjestelydirektiivi koskee vain rajat ylittäviä tilanteita, mutta direktiiviin perustuvien sääntöjen tulkinnassa tulee ottaa huomioon direktiivi, sen tavoitteet ja direktiivin tulkintaa koskevat EU-tuomioistuimen ratkaisut. EVL yritysjärjestelysäännösten soveltamisessa on kyse EU-oikeuden välillisestä soveltamisesta.¹⁰²

Yritysjärjestely käsitteenä on alun perin otettu käyttöön vero-oikeudessa. Tuloverolaissa yritysjärjestelyistä tehtiin legalitermi, sillä se esiintyy lain 2 osan luvun 4 otsikkona. Elinkeinoverolaissa ei käytetä nimenomaisesti yritysjärjestely käsitettä, mutta siihen liittyviä säännöksiä EVL 52-52 h kutsutaan vakiintuneesti EVL:n yritysjärjestelysäännöksiksi.¹⁰³ Yritysjärjestelyillä tarkoitetaan tavallisesta EVL 52-52h §:ssä säänneltyjä järjestelyitä: sulautuminen, jakautuminen, liiketoimintasiirto ja osakevaihto sekä rekisteröidyn kotipaikan siirtyminen toiseen jäsenmaahan. EVL:n yritysjärjestelysäännökset luovat tietynlaisen kehikon, johon järjestely tulee sopeuttaa. Lähtökohtana EVL:n yritysjärjestelysään-

¹⁰¹ Malmgrén & Myrsky, 2020, s. 397

¹⁰² Penttilä, 2012, s. 29-30

¹⁰³ Immonen, 2018, s. 18

nöksissä on, että säädetyssä muodossa tehdyt yritysjärjestelyt voidaan tehdä ilman välittömiä tuloveroseuraamuksia. Järjestelyssä siirtyneiden varojen tai vastikkeiden verotus siirtyy siihen, kunnes järjestelyissä saadut osakkeet luovutetaan edelleen. Tällöin voidaan puhua järjestelyiden olevan veroneutraaleja tai verotehokkaita.¹⁰⁴ Yritysjärjestelysäännökset pyrkivät takaamaan myös veronsaajien fiskaalisia etuja, niin ettei verotuksellinen hyöty muodostuisi lopulliseksi¹⁰⁵. Verotuksessa on asetettu tiukat vaatimukset sille, milloin järjestely on hyväksyttävä ja sitä kautta tuottaa yhtiölle verotehokkaita seurauksia. Tiukat vaatimukset johtavat siihen, että yritysjärjestelyistä on paljon tulkintaa ja sen seurauksena myös huomattavasti oikeuskäytäntöä.¹⁰⁶ EVL yritysjärjestelysäännösten tulkinnassa tulee ottaa huomioon sääntöjen direktiivitausta¹⁰⁷.

Sulautumisessa eli fuusiossa sulautuvan yhtiön tai yhtiöiden varat ja velat siirtyvät vastaanottavalle yhtiölle. Pääasiallisesti sulautumisesta maksetaan sulautumisvastiketta, joka on vastaanottavan yhtiön osakkeita. Sulautumisvastike voi myös olla rahaa.¹⁰⁸ Sulautumisessa sovelletaan jatkuvuusperiaatetta, joka tarkoittaa sitä, että verotuksessa sulautuvan yhtiön ei katsota purkautuvan. Sulautumisessa siirtyneiden hyödykkeiden hankintamenot ja muut menot vähennetään vastaanottavat yhtiön verotuksessa, niin kuin ne vähennettäisiin sulautuvan yhtiön verotuksessa.¹⁰⁹ Jatkuvuusperiaatteen mukaisesti sulautuvan yhtiön varaukset eivät purkaudu eikä hankintamenoista tehdyt poisotot palaudu¹¹⁰. Jatkuvuusperiaate merkitsee myös sitä, ettei sulautumisen vuoksi tapahdu tuloutuksia yhtiön viimeisessä verotuksessa¹¹¹.

EVL 52 b § 1 momentin mukaan verotuksessa ei synny vähennyskelpoista sulautumistappiota tai veronalaista sulautumisvoittoa. Fuusiosäännökset ovat nykyisin EVL 52a-b §:ssä. Verotuksessa hyväksyttävän sulautumisen edellytykset säädetään EVL 52 a §:ssa,

¹⁰⁴ Ossa, 2020, s. 298

¹⁰⁵ Immonen, 2018, s. 30

¹⁰⁶ Ossa, 2020, s. 299

¹⁰⁷ Immonen, 2018, s. 248-249

¹⁰⁸ Honkamäki, Kujanpää ja Pennanen, 2018, s. 121

¹⁰⁹ HE 177/1995 vp, s.4

¹¹⁰ Malmgrén & Myrsky, 2020, s. 461

¹¹¹ Andersson & Penttilä, 2014, s. 737

jonka jälkeen siihen sovelletaan EVL 52 b:ssä määriteltyä sulautumisen verokohtelua. Mikäli sulautuminen toteutetaan niin ettei EVL:n fuusiosäännösten edellytykset täyty, jatkuvuusperiaatetta ei sovelleta ja katsotaan yhtiön verotuksellisesti purkautuvan, jolloin poistoja palautuu tuloon, realisoitumattomat arvonnousut tulotuvat ja varaukset purkautuvat.¹¹²

Verotuksessa hyväksytään vain osakeyhtiölain mukaisesti toteutettu sulautuminen, mutta kaikkia osakeyhtiölain mukaisesti toteutettuja sulautumisia ei hyväksytä¹¹³. Absorptiosulautuminen, tytäryhtiösulautuminen ja kombinaatiosulautuminen ovat hyväksyttäviä sulautumistapoja verotuksessa. Osakeyhtiölaissa on määritelty kolmikantasulautuminen, jossa muu taho kuin vastaanottava yhtiö antaa sulautumisvastikkeen sulautuvan yhtiön osakkeenomistajille. Tätä sulautumistapaa ei hyväksytä verotuksessa, koska se ei täytä EVL 52 a § edellytyksiä siitä, että sulautumisvastike tulee olla annettu vastaanottavan yhtiön toimesta.¹¹⁴ Tuloverolaissa ei ole sulautumissäännöstöä vaan silloin tulee sovellettavaksi TVL 28 §:ää. TVL 28 § mukaan yhteisöjen ja yhtymien sulautuksessa sovelletaan soveltuvin osin EVL sulautumissäännöksiä, vaikka yhtiöt eivät kuuluisi elinkeinoverolain piiriin¹¹⁵.

¹¹² Malmgrén & Myrsky, 2020, s. 462-463

¹¹³ ks. KVL 2020/20. Päätöksessä katsottiin, että kun sulautuminen ei ollut osakeyhtiölain 16 luvussa tarkoitettu sulautuminen, jolloin tapaukseen ei voitu soveltaa EVL:n sulautumissäännöksiä.

¹¹⁴ Immonen, 2018, s. 255-256

¹¹⁵ Andersson & Penttilä 2014, s. 723

3.2 Vahvistetun tappion siirtyminen

3.2.1 Yleiset edellytykset

Tappiontasauksessa käytetään carry over -järjestelmä, jonka mukaan tappiot vähennetään seuraavien verovuosien tulosta ¹¹⁶. EVL 119 §:n mukaan elinkeinotoiminnan verovuoden tappio vähennetään elinkeinotoiminnan tuloksesta seuraavan 10 verovuoden aikana sitä mukaan kuin tuloa syntyy. Sulautuvalla yhtiöllä voi olla jäänyt vähentämättä olevia tappioita, joiden siirtyminen vastaanottavalle yhtiölle edellyttää, että sulautuminen on tehty EVL:n yritysjärjestelysäännösten mukaisesti. Tilanne oli esillä ratkaisussa KHO 2012:23, jossa korkein hallinto-oikeus katsoi, että sulautuminen ei täyttänyt EVL 52 a §:ssä asetettuja edellytyksiä eikä näin voitu soveltaa sulautumiseen sulautumissäännöksiä. Tällöin sulautuminen verotetaan kuin yhtiö olisi purkautunut ja sovelletaan EVL 51 b §:ää.

Sulautuneen yhtiön omistus tappiovuodesta alkaen vaikuttaa siihen, miten verotuksessa vahvistetut tappiot siirtyvät vastaanottavalle yhtiölle. Tappioiden siirtymiseen sovelletaan TVL 122 ja 123 §:ää, joista TVL 123 § varsinaisesti määrittelee tappioiden siirtymisen sulautumisessa. TVL 122 §:ssä on säännös omistajanvaihdosten vaikutuksesta tappioiden siirtymiseen. ¹¹⁷ TVL:ssä ei ole säännöksiä tappioiden siirtymisestä, kun toisesta jäsenvaltiosta oleva yhtiö sulautuu kotimaiseen yhtiöön, vaan tällöin tappioiden siirtymistä on arvioitava TVL 123 §:n ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella ¹¹⁸.

¹¹⁶ Viitala, Tikka, Nykänen & Juusela, 2000, luku 23. Tappiontasaus

¹¹⁷ Immonen, 2018, s. 277

¹¹⁸ Penttilä, 2009, s. 469

3.2.2 Vastaanottavan yhtiön omistusedellytys sulautuvasta yhtiöstä

Lähtökohtaisesti vastaanottava yhtiö saa vähentää verotuksessaan sulautuneen yhtiön tappiot. Vähennyskelpoisuutta on kuitenkin supistettu TVL 123.2 § säännöksellä, jonka mukaan yhteisön sulaututtua on vastaanottavalla yhteisöllä oikeus vähentää verotettava tulostaan sulautuneen yhteisön tappio TVL 119 ja 120 §:ssä säädetyllä tavalla, mikäli vastaanottava yhteisö taikka sen osakkaat tai jäsenet taikka yhteisö ja sen osakkaat tai jäsenet yhdessä ovat tappiovuoden alusta lukien omistaneet yli puolet¹¹⁹ sulautuneen yhteisön osakkeista tai osuuksista. Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjapäätöksen perusteluissa KHO 2019:51 katsottiin, että TVL 123.2 §:n säännöksen tarkoituksena on estää se, että vastaanottava yhteisö voisi käyttää hyväkseen sellaisen sulautuvan yhteisön tappion, joka on syntynyt aikana, jolloin sulautunut yhteisö ei ole kuulunut vastaanottavan yhteisön intressipiiriin. Säännöksen tavoitteena on estää se, että tappiolliset yhtiöt tulisivat kauppatavaraksi sekä se, että kierrettäisiin omistajanvaihdokseen liittyvä TVL 122 § säännös¹²⁰. Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisuissa KHO 1994-B-515 ja KHO 1997:17 katsottiin, että sulautumisjärjestyksellä on merkitystä niin, ettei sulautuvan yhtiön osakkuusasema tappiollisessa osakeyhtiössä voi sulautumisessa siirtyä TVL 123.2 §:n näkökulmasta. Tämä johtaa siihen, että tappiot ovat vähennyskelpoisia, jos tappiolliset yhtiöt sulautetaan alkaen rakenteen alimman portaan yhtiöstä¹²¹.

Säännöksen edellyttämä omistus voi olla myös vastaanottavan yhtiön oman omistuksen lisäksi vastaanottavan yhtiön osakkeenomistajan omistus sulautuvassa yhtiössä¹²². Omistus lasketaan sulautuvan yhtiön kaikkien osakkeiden lukumäärästä, jolloin osakkeiden tuottamalla äänivallalla ei ole merkitystä omistuksen arvioinnissa. Osakkeiden

¹¹⁹ KVL 1976/306. Ratkaisussa määriteltiin, että omistuksen tulee olla yli puolet eikä säännöksen edellytys täyty, jos omistus on tasan puolet.

¹²⁰ Andersson & Penttilä, 2014, s. 875

¹²¹ Nuotio, 2020, s. 270

¹²² Nuotio, 2012, s. 304

enemmistön siirtyminen estää tappioiden vähentämisen estymisen, vaikka määräysvalta ei siirtyisikään.¹²³ Vastaanottava yhtiö ei saa vähentää tappioita, jos sulautuvan yhtiön osakkeet on hankittu vasta sulautumisvuonna vaan omistuksen tulee olla alkanut siitä asti, kun tappiot on syntyneet¹²⁴. Hyväksyttävää on myös, jos vastaanottava yhtiö on perustettu sulautuvan yhtiön tappiovuoden alun jälkeen¹²⁵.

Sulautuvalla yhtiöllä on itsellään oltava myös oikeus vähentää tappiot, jotta ne siirtyisivät vastaanottavalle yhtiölle. Ratkaisussa KHO 2002:72 sulautuvan yhtiön tappiot, jotka se oli menettänyt omistajanvaihdoksen vuoksi, ja joiden vähentämiseksi ei sulautuva yhtiö ollut hakenut käyttö lupaa, eivät siirtyneet sulautumisessa suoraan vastaanottavan yhtiön tulosta vähennettäväksi. Jos sulautuvalla yhtiöllä ei ole ollut oikeutta käyttää tappioita, ei vastaanottava yhtiö voi saada seuraajana oikeutta tappioiden vähentämiseen. Ratkaisussa KHO 2019:131 vastaanottavalle yhtiölle siirtyi sulautumisessa sulautuvan yhtiön tappiot, joihin sulautuvalla yhtiöllä oli Verohallinnon myöntämä poikkeuslupa. Vastaanottava voi hyödyntää sulautuvan yhtiön tappiot, jos TVL 123.2 §:ssä määritelty omistusta koskeva edellytys täyttyy ja jos sulautuvassa yhtiössä ei ole tapahtunut tappion vähentämisen estävää TVL 122.1 §:ssä määriteltyä omistajanvaihdosta. TVL 122.1 §:ssä määritelty omistajanvaihdos ei täysin estä tappion hyödyntämistä, jos sulautuvalla yhtiöllä on TVL 122.3 §:ssä määritelty poikkeuslupa tappioiden hyödyntämiseen omistajanvaihdoksesta huolimatta.

¹²³ Kukkonen & Walden, 2010, s. 35

¹²⁴ Mähönen & Seppo, 2009, s. 581 ja KHO 1994-B-515

¹²⁵ Immonen, 2018, s. 280

3.2.3 Omistajanvaihdosten vaikutus tappioiden vähennysoikeuteen

Omistajanvaihdossäännöksen eli TVL 122 §:n mukaan yhteisön ja elinkeinoyhtymän tappiota ei vähennetä, jos tappiovuoden aikana tai sen jälkeen yli puolet sen osakkeista tai osuuksista on muun saannon kuin perinnön tai testamentin vuoksi vaihtanut omistajaa tai yli puolet sen jäsenistä vaihtunut. Niin kuin välittömissä omistajanvaihdoksissa, myös välilliset omistajanvaihdokset voivat vaikuttaa tappioiden menettämiseen. Välillisellä omistajanvaihdoksella tarkoitetaan, jos tappiollisen yrityksen osakkeista tai osuuksista vähintään 20 prosenttia omistavan yhteisön tai yhtymän osakkeista tai osuuksista yli puolet on vaihtanut omistajaa. Tilanteessa otetaan huomioon vain välittömät omistajanvaihdokset tappiollisen yrityksen osakasyhtiössä.¹²⁶

Sulautuvan yhtiön tappioiden vähentäminen vastaanottavassa yhteisön verotuksessa edellyttää, että tappiot olisivat olleet sulautuvan yhteisön itsensä käytettävissä. Täten jos sulautuvassa yhtiössä on tapahtunut omistajanvaihdos ennen sulautumista, tappioita ei voi vähentää ilman poikkeuslupaa, vaikka TVL 123.2 §:n edellytykset täyttyisivät. Sama tilanne on, jos vastaanottavassa yhtiössä on tapahtunut omistajanvaihdos sulautuvan yhtiön tappiovuoden aikana tai sen jälkeen, jolloin vastaanottavalla yhtiöllä ei ole oikeutta vähentää sille sulautumisen kautta siirtyneitä tappioita ilman poikkeuslupaa. Tällainen tilanne voi tulla kyseeseen esimerkiksi, jos vastaanottavassa yhtiössä tapahtuu sulautumisen yhteydessä 122 §:ssä tarkoitettu omistajanvaihdos, jos sulautumisvastikeosakkeina annetut osakkeet ovat yli puolen vastaanottavan yhtiön osakkeiden kokonaismäärästä. Tällöin vastaanottava yhtiö ei saa käyttää sille aiemmin vahvistettuja tappioita hyväkseen. Yhtiö voi kuitenkin hakea poikkeuslupaa näissä tilanteissa Verohallinnolta tappioiden hyödyntämisestä, vaikka yhtiössä on tapahtunut omistajanvaihdos.¹²⁷ KHO 1979-B-II-527 katsottiin, että sulautuminen ei ole omistuksen vaihtava saanto, jolloin sitä ei pidetä TVL 122 §:n tarkoittamana omistajanvaihdoksena.

¹²⁶ Verohallinnon ohje: Vahvistettu tappio ja omistajanvaihdos, kohta 1. Omistajanvaihdoksen vaikutus tappioiden vähentämiseen, alakohta 1.7 Välillinen omistajanvaihdos

¹²⁷ Honkamäki, Kujanpää & Pennanen, 2018, s. 162

Verohallinto voi antaa poikkeusluvan tappioiden käyttämiseksi TVL 122 § tarkoitetun omistajanvaihdoksesta huolimatta. Poikkeusluvan saamiseksi tulee kuitenkin olla erityisiä syitä sekä tappion käyttämisen on yhteisön toiminnan jatkumisen kannalta oltava tarpeellista.¹²⁸ TVL 123 §:ssä ei ole määritelty poikkeusluvan myöntämisestä tappioiden käyttämiseksi. Sulautuvalla yhtiöllä voi olla poikkeuslupa hyödyntää tappiot omistajanvaihdoksesta huolimatta, mutta jos TVL 123 §:ssä määritelty omistusedellytys ei täyty, tappiot eivät siirry vastaanottavalle yhtiölle¹²⁹. Vastaanottavalle yhtiölle voi siirtyä sulautuvan yhtiön poikkeuslupa silloin, kun TVL 123 §:ssä määritellyt edellytykset ovat täyttyneet. Tapauksessa KHO 2003:23 yhtiö oli ennen sulautumista saanut poikkeusluvan tappioidensa vähentämiseen omistajanvaihdoksesta huolimatta, mutta tappiot eivät siirtyneet vastaanottavalle yhtiölle, sillä TVL 123.2 § mukainen omistusedellytys ei täyttynyt.

3.2.4 Vastaanottavan yhtiön oikeus käyttää tappioita

Sulautuvan yhtiön tappiot vähennetään samalla tavalla vastaanottavan yhtiön verotuksessa kuin ne olisi vähennetty sulautuvan yhtiön verotuksessa¹³⁰. Sulautuvan yhtiön verotuksessa vahvistetun tappion saa vastaanottava yhtiö käyttää tappion jäljellä olevana vähentämisaikana, jota sulautuminen ei pidennä eikä lyhennä. Vastaanottava yhtiö voi käyttää siirtyneen tappion samalla tavalla kuin omat tappionsa.¹³¹ Sulautuvan yhtiön toimintaa ei tarvitse vastaanottavan yhtiön jatkaa eikä edellytyksenä ole, että sulautuvalla yhtiöllä tarvitsisi olla enää ollenkaan toimintaa, jotta tappiot olisivat vähennyskelpoisia vastaanottavan yhtiön verotuksessa¹³².

¹²⁸ Immonen, 2018, s. 283

¹²⁹ Honkamäki, Kujanpää & Pennanen, 2018, s. 157

¹³⁰ Verohallinnon ohje: Yritysjärjestelyt ja verotus – sulautuminen, kohta 3.5 Tappioiden siirtyminen, alakohta 3.5.1 Sulautumisen vaikutus tappioiden vähentämiseen

¹³¹ Mähönen & Seppo, 2009, s. 580 ja Immonen, 2018, s. 279

¹³² Immonen, 2018, s. 278

TVL 119 ja 120 §:n mukaan kunkin tulolähteen tappio vähennetään saman tulolähteen tulosta. EVL 1 § 2 momentin mukaan, jos yhtiön toimintaa verotetaan suoraan yhteisömuodon perusteella EVL:n mukaan, yhtiöllä ei ole nykyisin enää henkilökohtaista tulolähdettä. Jos tappiot ovat syntyneet 2019 vuonna tai aiemmin, niin tällaisen yhtiön omat sekä sulautumisessa siirtyneet tappiot on mahdollista vähentää elinkeinotoiminnan tulolähteessä. Kuitenkin jos tappiot ovat syntyneet tulolähdejaon poistamisen jälkeen, eivät henkilökohtaisen tulolähteen tappiot ole vähennyskelpoisia, vaikka ne olisivat siirtyneet sulautumisen seurauksena vastaanottavalle yhtiölle.¹³³

EVL 52h §:n veronkiertosäännöksen avulla pyritään estämään se, että yritykset saisivat verotuksellisen hyödyn matalin perustein tai ilman liiketaloudellista syytä. Sen avulla pyritään estämään yritysjärjestelysäännöksiin sisältyvien verotuksellisten etujen saaminen silloin, kun verotukselliset tekijät ovat järjestelyn yksinomainen tai yksi pääasiallisista tarkoituksista.¹³⁴ Jos katsotaan, että sulautuminen tehdään vain sen takia, että pystytään hyödyntämään tappiot, voidaan tapaukseen soveltaa yleisiä veronkiertämissäännöksiä. Yleisien veronkiertämissäännösten soveltamiseen ei vaikuta se, että TVL 123.2 §:n mukainen omistusedellytys täyttyisi tai, että vastaanottavalla yhtiöllä olisi muutoin oikeus käyttää sille siirtynyt tappio. Ratkaisussa KHO 1995-B-507 katsottiin, että sulautumisen toteuttamisen pääsyyinä oli sulautuvan yhtiön vahvistettujen tappioiden hyödyntäminen, jonka takia hylättiin vaatimus tappioiden vähentämisestä¹³⁵.

Ratkaisussa KHO 2013:126 tappiot siirtyivät vastaanottavalle yhtiölle, koska vastaanotettava yhtiö esitti sulautumisjärjestelylle verotuksesta riippumattomia taloudellisia syitä eikä ollut ilmeistä, että järjestelyiden yksinomaisena tai yhtenä pääasiallisista tarkoituksista ollut veron kiertäminen tai veron välttäminen EVL 52 h:ssa tarkoitetulla tavalla. Sulautumisen ei katsottu tuovan yritysjärjestelyä koskevien säännösten vastaista verotusta. Ratkaisu asetti linjauksen siitä, että toimimattomien tai melkein toimimattomien

¹³³ Verohallinnon ohje: Yritysjärjestelyt ja verotus – sulautuminen, kohta 3.5 Tappioiden siirtyminen, alakohta 3.5.1 Sulautumisen vaikutus tappioiden vähentämiseen

¹³⁴ Ossa, 2020, s.300

¹³⁵ Ratkaisu KHO 1995-B-507 on vanhojen sulautumissäännösten ajalta. Veron kiertämisestä on nykyisten sulautumista koskevien säännösten ajalta hyvin vähän.

yhtiöiden sulauttaminen ja siten niiden tappioiden siirtyminen vastaanottavalle yhtiölle on sallittua.¹³⁶

¹³⁶ Andersson & Penttilä, 2014, s. 881

4 Tappioiden siirtyminen rajat ylittävissä sulautumisissa EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan

4.1 Lopullisen tappion käsitteen lähtökohdat

Yritysjärjestelydirektiivi sääntelee tappioiden siirtymistä sulautumisissa varsin suppeasti. Direktiivi sääntelee tappioiden vähentämistä vain niin, että sulautuvan yhtiön sijaintivaltioon muodostuu vastaanottavalle yhtiölle kiinteä toimipakka. Säännös näin soveltuu vain tilanteisiin, joissa vastaanottavalle yhtiölle syntyy kiinteä toimipaikka sulautuvan yhtiön asuinvaltioon. Yritysjärjestelydirektiivissä ei ole säännöksiä siitä, että miten ja millä edellytyksillä sulautuvan yhtiön asuinvaltiossa vahvistetut tappiot siirtyvät rajat ylittävissä sulautumisessa vastaanottavalle yhtiölle.

EU-tuomioistuin on hyväksynyt sen lähtökohdan, että emoyhtiöllä ei ole yleisesti mahdollisuutta vähentää toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan tytäryhtiön tappioita. Jos kyseessä on kuitenkin lopulliset tappiot, on vähennysoikeus mahdollinen. Lopullisten tappioiden käsite on saanut alkunsa EU-oikeudesta sekä EU-tuomioistuimen tarkemmin määritellyistä edellytyksistä. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen (EYT¹³⁷) tuomio asiassa C-446/03 Marks & Spencer on keskeisin ratkaisu rajat ylittävästä tappiontasauksesta, jossa ensimmäisen kerran otettiin käyttöön käsite lopullisista tappioista. Tuomioistuin asetti ratkaisullaan rajat ylittävään tappiontasaukseen periaatteita, joita EU-tuomioistuin on sen jälkeen annetuissa tuomioissa pyrkinyt täsmentämään.¹³⁸ Jotta lopulliset tappiot voidaan käydä kattavasti läpi, on sen ymmärtämiseksi tutkittava tarkemmin Marks & Spencer ratkaisua.

Isossa-Britanniassa on käytössä niin sanottu group relief -sääntö, jossa konserniyhtiö saa verotuksessaan vähentää toisen konserniyhtiön tappion. Vähennyksen edellytyksenä on

¹³⁷ 1.12.2009 alkaen Euroopan unionin tuomioistuin EUT

¹³⁸ HE 185/2020 vp, s. 15

se, että tappion siirtävä yhtiö on Isossa-Britanniassa asuva yhtiö. Marks & Spencer päätti lopettaa Belgiassa ja Saksassa sijainneiden tytäryhtiöiden tappiollisen liiketoiminnan vuonna 2001. Yhtiö haluaa vähentää Ison-Britannian verotuksessa liiketoimintansa lopettaneiden tytäryhtiöiden tappiot. Ison-Britannian group relief -säännön mukaan tappiot olisivat olleet emoyhtiön verotuksessa vähennyskelpoisia, jos yhtiöt olisivat olleet kotimaisia yhtiöitä.

EY-tuomioistuin katsoi Marks & Spencerin käyttäneen sijoittautumisvapauttaan, kun yhtiö oli perustanut tytäryhtiöt Saksaan ja Belgiaan. Sijoittautumisvapaus on sisämarkkinoiden häiriöttömän toiminnan kannalta tärkeä, jonka osalta jäsenvaltioiden on kunnioitettava sitä. EY-tuomioistuin katsoi, että Ison-Britannian lainsäädäntö rajoitti tätä EY:n perustamissopimuksen 43 artiklan turvaamaa yritysten vapaata sijoittautumisoikeutta, sillä kohdellaan verotuksessa eri tavalla Isossa-Britanniassa olevan tytäryhtiön tappioita ja toisessa jäsenvaltiossa olevan tytäryhtiön tappioita. Tällaiselle perustamissopimuksessa kielletylle rajoitukselle tulee olla hyväksyttävä oikeuttamisperuste, jotta rajoitus on jäsenvaltiossa sallittua.¹³⁹

Rajoittavalle säännökselle oli kuitenkin löydettävissä kolme hyväksyttävää oikeuttamisperustetta. Ensimmäiseksi se vaarantaisi jäsenvaltioiden välisen verotusvallan tasapainoisen jakautumisen, jos emoyhtiö saisi ilman rajoituksia valita valtion, jonka perusteella sen tuloja verotettaisiin. Toiseksi se vaarantaisi tappioiden käyttämisen kahteen kertaan, jos emoyhtiö saisi rajoituksetta vähentää tytäryhtiöiden tappioita verotuksessa ja ne saatettaisiin vähentää niin emoyhtiön kuin tytäryhtiön verotuksessa. Kolmanneksi oikeuttamisperusteeksi ilmaistiin veronkierron vaara, joka voisi nousta esille, jos emoyhtiö saisi valita sen tulojen verotusmaan. Tämä saattaisi johtaa siihen, että tappiot kohdenettaisiin maahan, jossa niiden arvo olisi suurin.¹⁴⁰

¹³⁹ Asia C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, kohdat 30-35

¹⁴⁰ Asia C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, kohdat 43, 46-49 & 51

Lopullisten tappioiden vähennysoikeutta on hyvä arvioida oikeuttamisperusteiden tavoitteita vastaan. Suhteellisuusperiaate vaatii, että pitää valita vähemmän rajoittava toimenpide, joka ei kuitenkaan vaaranna hyväksytyin oikeuttamisperusteen taustalla olevien tavoitteiden saavuttamista. Penttilän mukaan se, että kysymyksessä on lopulliset tappiot, vaikuttavat siihen, että oikeuttamisperusteen liittyvien tekijöiden merkitys supistuu. Ensinnäkin vaaraa siitä, että tappiot vähennettäisiin kahteen kertaan poistuu, kun kyse on lopullisista tappioista. Toiseksi tapauksessa oli kyse tytäryhtiön tappion vähentämisestä emoyhtiön verotuksessa, jolloin emoyhtiön mahdollisuus valita, että missä jäsenvaltiossa tappiot vähennetään, on rajattu. Veronkierron vaara myös vähennee. Lopullisten tappioiden osalta vähennysoikeus ei vaikuta niin paljoa jäsenvaltioiden verotusvallan tasapainoiseen jakautumiseen.¹⁴¹

Sijoittautumisvapautta rajoittava säännös ei kuitenkaan täyttänyt suhteellisuusperiaatteen kriteereitä. Oikeuttamisperusteiden tarkoitukset rajoittavan säännöksen hyväksyttävyydelle voidaan saavuttaa vähemmän rajoittavalla toimenpiteellä. Tämän takia rajoittava säännös oli liian pitkälle menevä. Silloin jäsenvaltion on sovellettava tätä vähemmän rajoittavaa toimenpidettä nykyisten säännösten sijaan. Tuomioistuimen mukaan suhteellisuusperiaate edellytti, että Ison-Britannian tulee sallia lopullisten tappioiden vähentäminen.¹⁴² EY-tuomioistuin määritteli lopullisten tappioiden edellytykset ratkaisun 55 kohdassa seuraavalla tavalla:

- verotuksellisesti toisessa jäsenvaltiossa asuva tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikkien asuinvaltiossa olemassa olevat tappioiden huomioon ottamista koskevat mahdollisuudet tappiontasausta koskevassa hakemuksessa tarkoitetun verovuoden ja aikaisempien verovuosien osalta siirtämällä kyseiset tappiot tarvittaessa kolmannelle tai vähentämällä mainitut tappiot tytäryhtiölle aikaisempien verovuosien aikana toteutuneista voitoista, ja
- ei ole olemassa mahdollisuutta siihen, että joko ulkomainen tai tytäryhtiö itse tai kolmas etenkin siinä tapauksessa, että tytäryhtiö on myyty sille, voi ottaa kyseisen tytäryhtiön tappiota huomioon sen asuinvaltiossa tulevien verovuosien aikana.

¹⁴¹ Penttilä, 2009, s. 463

¹⁴² Asia C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, kohta 59

Tappioiden lopullisuutta tulee näin arvioida kolmen ajankohdan mukaan. Ensimmäiseksi tytäryhtiö ei pysty hyödyntämään tappioita aiempina verovuosina. Toisekseen se ei pysty hyödyntämään niitä tappiontasauksesta annetun hakemuksen verovuonna. Kolmanneksi se ei pysty hyödyntämään tappioita tulevina verovuosina. Jos tytäryhtiö ei pysty hyödyntämään näitä tappioita näinä kolmena ajankohtana, voidaan tappioita pitää lopullisina. Tämän lisäksi huomioon tulee ottaa kolmannen osapuolen mahdollisuus hyödyntää tappiot.¹⁴³ EU-oikeudessa on katsottu, että toisessa jäsenvaltiossa olevan tytäryhtiön tappiot tulee saada vähentää toisessa jäsenvaltiossa olevan emoyhtiön verotuksessa, siltä osin, kun kyse on edellä kuvatuista lopullisista tappioista. Emoyhtiön on osoitettava asuinvaltionsa veroviranomaisille tappioiden lopullisuuden edellytysten täyttyminen. Näin kansallisen tuomioistuimen ratkaistavaksi jää emoyhtiön näyttövelvollisuuden arvioiminen.¹⁴⁴

Yksi välittömän verotuksen perusongelmista on konsernien rajat ylittävän tappiontasaukseen liittyvät kysymykset niin EU:n sisämarkkinatavoitteiden, että jäsenvaltioiden verotusvallan kannalta¹⁴⁵. Jäsenvaltioiden oikeus verottaa alueellaan tapahtuvaa taloudellista toimintaa edellyttää tasapainoa kunkin jäsenvaltion vähennyskelpoisten menojen ja siellä veronalaisten tulojen välillä. Se edellyttää myös, että tämä tasapaino säilyy.¹⁴⁶

Marks & Spencer tuomiossa tuomioistuin katsoi, että jäsenvaltioiden välisen verotusvallan jaon säilyttäminen johtaa siihen, että yhdessä jäsenvaltiossa sijoittuneen yhtiön taloudelliseen toimintaan on tarpeen soveltaa pelkästään kyseisen valtion verosääntöjä niin voittojen kuin tappioidenkin osalta. Verotusvallan tasapainoista jakautumista jäsenvaltioiden välillä vaarantaa huomattavasti se, että yhtiölle annetaan mahdollisuus valita missä valtiossa tappiot otetaan huomioon, koska veron määräytymisperuste kasvaisi en-

¹⁴³ HE 185/2020 vp, s. 19

¹⁴⁴ Asia C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, kohdat 56-

¹⁴⁵ Urpilainen, 2012, s. 131

¹⁴⁶ Urpilainen, 2012, s. 125

simmäisessä valtiossa ja pienuisi jälkimmäisessä valtiossa siirrettyjen tappioiden määrää vastaavasti.¹⁴⁷ Jäsenvaltioiden verojen määrään sekä verotuksen valvontaan voi vaikeuttaa se, että verovelvollisella on oikeus vähentää sellaisia kustannuksia, joita vastaavaan tuloon jäsenvaltiolla ei ole ollut verotusvaltaa¹⁴⁸. EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä pystytään tekemään johtopäätöksiä siitä, että jäsenvaltioiden verotusvallan tasapainoinen jakautuminen on saanut korostetun aseman rajat ylittävien tappioiden vähennysoikeuden rajoittamista koskevaksi oikeuttamisperusteeksi¹⁴⁹.

EU-tuomioistuimen antama tuomio asiassa Marks & Spencer jätti jälkeensä tulkintaongelmia liittyen lopullisen tappion käsitteeseen esimerkiksi se, että milloin tappioiden lopullisuuteen asetetut edellytykset tytäryhtiölle tappioiden loppuun käyttämisestä tulevat täyteen¹⁵⁰. EU-tuomioistuin on pyrkinyt Marks & Spencer -tuomion jälkeen antaissa tuomioissa täsmentämään niitä edellytyksiä millä tavalla tappioiden lopullisuutta tulee arvioida¹⁵¹.

4.2 Lopullisen tappion rajoituksia

4.2.1 Tytäryhtiön tulot asuinjäsenvaltiossa

Marks & Spencer tuomion jälkeen kiistat jatkuivat vielä pitkään Isossa-Britanniassa yhtiön ja verohallinnon välillä. Euroopan komissio nosti kanteen asiasta, sillä perusteella, että Isossa-Britanniassa asetetaan EU-oikeuden vastaisia edellytyksiä lopullisten tappioiden vähentämiselle. EU-tuomioistuimen antaman Marks & Spencer tuomion jälkeen verolainsäädäntöä oli muutettu Isossa-Britanniassa niin, että rajat ylittävä tappionta-

¹⁴⁷ Asia C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, kohdat 45-46

¹⁴⁸ Urpilainen, 2012, s. 124

¹⁴⁹ Haapaniemi, 2021, s. 18

¹⁵⁰ Haapaniemi, 2021, s. 4

¹⁵¹ HE 185/2020 vp, s. 18

saus olisi mahdollista tietyin edellytyksin. Komissio katsoi kuitenkin, että Marks & Spencer tuomion jälkeen tehtyjen verolainsäädännön muutosten jälkeenkin Ison-Britannian tappiontasausta koskeva järjestelmä ei ollut EU-oikeuden mukainen.¹⁵² EU-tuomioistuimien täsmensi ratkaisussaan, että tappioiden lopullisuus voidaan todeta vasta, kun tytäryhtiö ei enää saa mitään tuloja asuinjäsenvaltiostaan. Jos tytäryhtiö saa edes vähäisiä tuloja, on olemassa mahdollisuus sille, että syntyneet tappiot voidaan vähentää sen asuinjäsenvaltiossaan tulevaisuudessa tuottamista voitoista.¹⁵³ EU-tuomioistuimen ratkaisussa C-388/14 Timac Agro Deutschland GmbH otettiin myös kantaa tytäryhtiön tuloihin asuinjäsenvaltiossa. Jos kiinteä toimipaikka saa edes vähäisiä tuloja, on olemassa mahdollisuus, että syntyneet tappiot voidaan kompensoida sen itsensä tai kolmannen toimesta kyseisessä asuinjäsenvaltiossa tulevaisuudessa tuottamista voitoista.¹⁵⁴

EU-tuomioistuin on ratkaisuisaan vahvistanut ankaraa linjaansa siitä, että tytäryhtiö ei saa saada tulevaisuudessa edes minimaalisia tuloja. Tytäryhtiöllä ei saa olla mitään mahdollisuutta tuloihin, jotta ulkomaisen tytäryhtiön tappioita voitaisiin pitää lopullisina. Tämä tarkoittaa sitä, että niin kauan kuin tytäryhtiöllä on edes jotain toimintaa tai varoja, on sillä mahdollisuus pieniin tuloihin, joista tappiot pystyttäisiin tulevaisuudessa kuittaamaan. Tytäryhtiön toiminta tulee olla näin kokonaan lopetettu eikä tytäryhtiöllä saa olla mitään varoja, jotta tappiot olisivat lopullisia.¹⁵⁵

4.2.2 Lainsäädännölliset syyt

Marks & Spencer tuomion jälkeen keskustelua syntyi oikeuskirjallisuudessa siitä, että miksei lopullisia tappioita määritelty tarkemmin tuomiossa. Erotus pitäisi tehdä tosiasia-

¹⁵² Asia C-172/13, *Euroopan komissio vs. Ison Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta*, EU:C:2015:50, kohdat 3-8

¹⁵³ Asia C-172/13, *Euroopan komissio vs. Ison Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta*, EU:C:2015:50, kohta 36

¹⁵⁴ Asia C-388/14, *Timac Agro Deutschland GmbH*, EU:C:2015:829, kohta 55

¹⁵⁵ HE 185/2020 vp, s. 21

alliselle tappiolle (factual reasons) ja lainsäädännölliselle tappiolle (legal reasons). Oikeuskirjallisuudessa esitettiin näkemyksiä, jonka mukaan lopullisuuden käsite tulisi rajata koskemaan vain sellaisia tappioita, jotka ovat tulleet lopullisiksi tosiasiallisista syistä eikä niitä tappioita, jotka eivät ole olleet sulautuneen yhtiön käytettävissä johtuen lainsäädännöllisistä syistä. Tämän näkemys tukee sitä näkökulmaa, että jäsenvaltion ei tarvitsisi sallia tappioita vähennettäväksi, jos näitä tappioita ei voida vähentää toisessa jäsenvaltiossa tämän valtion lainsäädännöstä johtuvista syistä. Asiasta annettiin kuitenkin toisenlaisia näkemyksiä oikeuskirjallisuudessa, joiden mukaan sekä tosiasialliset että lainsäädännölliset syyt voivat aiheuttaa tappioiden lopullisuuden.¹⁵⁶

EU-tuomioistuimen antamassa tuomiossa C-172/13 Euroopan komissio vastaan Ison-Britannian kuningaskunta vahvisti periaatetta, että tappioiden lopullisuus ei voi aiheutua lainsäädännöstä johtuvista syistä. Tappioiden lopullisuus ei voi siis johtua siitä, että kyseisen tytäryhtiön asuinvaltio ei salli minkäänlaista mahdollisuutta tappioiden siirtämiseksi tuleville verovuosille tai tappioiden vähentäminen ei ole mahdollista tappioiden vähentämisen asetetun aikarajoituksen takia. Silloin kuin tytäryhtiön asuinvaltio ei ole säätänyt mahdollisuudesta ottaa huomioon tappioita, ei tällaista mahdollisuutta ei ole milloinkaan ollut. Tällaisessa tilanteessa emoyhtiön asuinjäsenvaltio voi kieltäytyä hyväksymästä rajat ylittävän tappioiden vähentämisoikeuden eikä tällaisessa tilanteessa riko sijoittautumisoikeutta.¹⁵⁷

EU-tuomioistuin korosti päätöksessään asiassa C-322/11 K tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännön merkitystä. Tuomioistuin totesi ratkaisussaan, että tilanteessa, jossa toinen jäsenvaltio ei ole säätänyt mahdollisuutta ottaa huomioon kyseessä olevia tappioita, tällaista mahdollisuutta ei milloinkaan ole edes ollut. Tosiseikoilla, joiden mukaan tappio

¹⁵⁶ Ahonen, Pykönen & Salmikivi, 2016, s. 541

¹⁵⁷ Asia C-172/13, *Euroopan komissio vs. Ison Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta*, EU:C:2015:50, kohta 33

saattaisi olla lopullinen, ei ole vaikutusta pääasiassa kyseessä olevan rajoittavan toimenpiteen oikeasuhteisuuteen.¹⁵⁸ Lopullisten tappioiden edellytyksenä on näin se, että sulautuneen yhtiön asuinvaltion verolainsäädännön mukaan tulee olla käytettävissä olevia tappioita silloin, kun sulautuminen toteutetaan. Tappiot, jotka sulautunut yhtiö on menettänyt esimerkiksi käyttöajan rajoitusten tai omistajanvaihdosten vuoksi, ei voida pitää EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitettuina lopullisina tappioina.¹⁵⁹ Tämä on looginen linjaus, sillä jos sulautuvan yhtiön asuinvaltion verolainsäädännön mukaan tappiot eivät olisi vähennyskelpoisia eikä otettaisi huomioon tämän valtion verolainsäädäntöä, olisi mahdollisuus sille, että vähennyskelvoton tappio muuttuisi vähennyskelpoiseksi tappioksi rajat ylittävässä sulautumisessa¹⁶⁰. Käyttöajan rajoitusten tai omistajanvaihdosten vuoksi menetettyjen tappioiden siirtyminen tarkoittaisi rajat ylittävän tilanteen edullisempaa kohtelua verrattuna kotimaiseen tilanteeseen¹⁶¹.

EU-tuomioistuin ei määritellyt tarkemmin sitä, että milloin tappioiden lopullisuus tulisi osoittaa. EU-tuomioistuin salli tuomiossa sen, että lopullisuutta voidaan arvioida verovuosiakohtaisesti aina sen mukaisten olosuhteiden perusteella. Tämän perusteella emoyhtiön tulee pystyä osoittamaan tappioiden lopullisuuteen tarpeellisen näytön verovuosiakohtaisesti. Haapaniemen mukaan tämä supistaa merkittävästi tappioiden vähentämisoikeutta silloin, kun yhtiö lopettaa pitkään jatkuneen tappiollisen toimintansa vasta useiden vuosien kuluttua. Vastaanottavan yhtiön tulee pystyä osoittamaan tällaisten tappioiden lopullisuus, joka voi olla hyvin hankalaa johtuen siitä, että tappiot voidaan todeta vasta, kun yritys on lopettanut toimintansa tai silloin, kun ei ole enää mahdollisuutta, että sille kertyy tuloja.¹⁶²

¹⁵⁸ Asia C-322/11, K, EU:C:2013:716, kohdat 76-77 & 81

¹⁵⁹ Ahonen, Pykönen & Salmikivi, 2016, s. 542

¹⁶⁰ Ahonen, Pykönen & Salmikivi, 2016, s. 551

¹⁶¹ Helminen, 2020b, s. 543

¹⁶² Haapaniemi, 2021, s. 12

4.2.3 Kolmannen osapuolen mahdollisuus hyödyntää tappiot

EU-tuomioistuimen periaatteen mukaan voi siirtyä vain sellainen tappio, jonka sulautuva yhtiö on käyttänyt loppuun kaikki sillä asuinvaltiossa käytettävissä olevat keinot tappion vähentämiseen. Huomioon ei oteta pelkästään tytäryhtiön omia tappioiden käyttömahdollisuuksia, vaan myös se, olisiko kolmas osapuoli voinut hyödyntää tappiot. Huomioon tulee ottaa myös se, että olisiko kolmas osapuoli voinut ottaa huomioon tappiot tulevaisuudessa. EU-tuomioistuin selvensi ratkaisuisaan asioissa C-607/17 *Memira Holding* ja C-608/17 *Holmen* sitä, milloin tappiot ovat Marks & Spencer tapauksessa tarkoitetulla tavalla lopullisia.

Asiassa C-607/17 *Memira* oli kysymys tappioiden siirtämisestä sulauttamalla saksalainen tytäryhtiö ruotsalaiseen emoyhtiöön. Saksalaisen tytäryhtiön tappiot olivat 7,6 miljoonaa euroa. Ruotsin lainsäädännön mukaan sulautuvan yhtiön vahvistetut tappiot voitiin vähentää vastaanottavassa yhtiössä, kun on kyse kansallisesta sulautumisesta. Saksan lainsäädännön mukaan ei ole mahdollista siirtää tappioita sulautumisen yhteydessä toiseen Saksassa verovelvolliseen yritykseen.¹⁶³

Ruotsin keskusverolautakunta katsoi, että tappioiden vähentäminen Ruotsissa ei ole mahdollista kyseessä olevassa sulautumisessa Ruotsin lainsäädännön nojalla, koska tytäryhtiö ei ollut verovelvollinen Ruotsissa. Ruotsin keskusverolautakunnassa erimielisyyttä aiheutti se, että onko tytäryhtiön tappioiden lopullisuutta arvioitaessa otettava huomioon tytäryhtiön sijaintivaltion sääntelyn muille oikeussubjekteille asettamat rajoitukset ja jos on, miten tämä sääntely on otettava huomioon emoyhtiön sijaintivaltiossa. Myös erimielisyyttä aiheutti se, että jos ensimmäisen kysymyksen osalta on rajoitus otettava huomioon, niin onko otettava huomioon se, että tytäryhtiön sijaintivaltiossa on

¹⁶³ Asia C-607/17, *Memira Holding*, EU:C:2019:510, kohdat 6 & 10-13

olemassa toinen subjekti, joka olisi voinut vähentää tappiot, jos vähentäminen olisi sallittu. Näiden kahden kysymyksen osalta Ruotsin korkein hallinto-oikeus esitti EU-tuomioistuimelle ennakkoratkaisupyynnön.¹⁶⁴

EU-tuomioistuin katsoi asiassa, että pelkästään se seikka, että tytäryhtiön sijaintivaltio ei salli tappioiden siirtymistä sulautumisen yhteydessä ei yksinään merkitse sitä, että tappiot olisivat lopullisia. Jos emoyhtiö pystyy muutoin osoittamaan, että sen on mahdollonta hyödyntää tappiot taloudellisesti esimerkiksi myymällä siten, että tappiot voidaan hyödyntää kolmannen osapuolen verotuksessa tulevien verovuosien aikana, tappiot voidaan katsoa lopullisiksi. EU-tuomioistuin huomautti myös, että vaikka näytettäisiin toteen kaikki muut tuomion Marks & Spencer 55 kohdassa mainitut tilanteet, mutta on mahdollisuus, että tappiot voidaan käyttää taloudellisesti hyväksi siirtämällä ne kolmannelle, ei tappioita voisi pitää lopullisena. Mahdollista on, että joku kolmas osapuoli voi hyödyntää tytäryhtiön tappiot verotuksessaan tytäryhtiön asuinvaltiossa esimerkiksi tytäryhtiö voidaan myydä hintaan, jossa tappioiden vähentämismahdollisuudesta saatu etu ostajalle on otettu huomioon.¹⁶⁵ Se, että Saksan lainsäädännön mukaan tappiot eivät ole vähennyskelpoisia toiselle saksalaiselle yritykselle sulautumisessa, ei ole ratkaisevaa merkitystä. Emoyhtiön tulee näyttää, ettei toisen yrityksen ole mahdollista käyttää tappioita muulla tavalla, kuten luovutuksen kautta. Asiaan ei tehnyt vaikutusta myöskään se, että tytäryhtiön asuinvaltiossa ei ole muita subjekteja, joille tytäryhtiön tappiot olisi voitu siirtää sulautumisen yhteydessä, mikäli vähentäminen olisi ollut sallittua.¹⁶⁶

Tappioiden lopullisuuden arviointiin ei vaikuta se, että tappioita ei voida käyttää tytäryhtiön asuinvaltiossa lainsäädännön mukaan tässä valtiossa. Jos tappioiden hyödyntämistä ei sallita oikeudellisesti tytäryhtiön asuinvaltiossa, ei kyseiset tappiot ole lopullisia. Tytäryhtiön tulee olla käyttänyt loppuun kaikki sen mahdollisuudet tappioiden hyödyn-

¹⁶⁴ Asia C-607/17, *Memira Holding*, EU:C:2019:510, kohdat 9-13

¹⁶⁵ Asia C-607/17, *Memira Holding*, EU:C:2019:510, kohdat 22-27

¹⁶⁶ Haapaniemi, 2021, s. 13

tämiseksi asuinvaltiossaan, joihin kuuluu myös tappioiden realisointi siirtämällä ne kolmannelle, jotta tappiot katsottaisiin lopullisiksi. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessa katsotaan, että näihin mahdollisuuksiin kuuluu myös tappioiden realisointi sulautumalla kolmannen kanssa, joka ei tapauksessa ollut mahdollista Saksassa. Mahdollisuuksiin kuuluu myös realisointi myymällä yhtiö kolmannelle, joka on tapauksessa rajoitetusti mahdollinen, mutta tätä mahdollisuutta Memira ei käyttänyt. Näiden perusteiden takia julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessa katsotaan, että tapauksessa kyseessä olevia tappioita ei voida pitää lopullisina.¹⁶⁷

EU-tuomioistuin antamassa ratkaisussa asiassa C-608/17 Holmen AB totesi myös, että tappiollisen yhtiön asuinvaltiolla ei ole aina merkitystä, kun kyseessä on kolmannen osapuolen mahdollisuus ottaa tappiot huomioon. Asuinvaltio on saattanut rajoittaa kolmannen osapuolen mahdollisuuksia ottaa huomioon tappiot, jolloin emoyhtiön tulee osoittaa, ettei tappiota ole mahdollista ottaa huomioon esimerkiksi luovuttamalla tytäryhtiö hintaan, jossa otetaan huomioon sen veroedun arvo, joka saadaan voitaessa vähentää tappiot tulevina vuosina.¹⁶⁸

Tappiot eivät ole lopullisia, jos on olemassa mahdollisuus käyttää ne taloudellisesti hyväksi siirtämällä ne kolmannelle osapuolelle. EU-tuomioistuin totesi molemmissa ratkaisuissa, että ei voida suoralta kädeltä sulkea pois kolmannen osapuolen mahdollisuutta hyödyntää tappiot verotuksessaan tytäryhtiön asuinvaltiossa¹⁶⁹. EU-tuomioistuin antaa näin merkitystä sille, että mahdollisuus tappioiden hyödyntämisestä kolmannen osapuolen toimesta voitaisiin sulkea pois, kun arvioidaan kolmannen osapuolen mahdollisuutta käyttää tappiot taloudellisesti hyväkseen¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Asia C-607/17, *Memira Holding*, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus Juliane Kokott, EU:C:2019:8, kohdat 77 & 79

¹⁶⁸ Asia C-608/17, *Holmen AB*, EU:C:2019:511, kohdat 38-39

¹⁶⁹ Asia C-607/17, *Memira Holding*, EU:C:2019:510, kohdat 25-26 & asia C-608/17, *Holmen AB*, EU:C:2019:511, kohta 38

¹⁷⁰ HE 185/2020 vp, s. 23

Ratkaisevaa ei ole tytäryhtiön asuinvaltion muille oikeussubjekteille asetetut rajoitteet siitä, että voidaanko tappiot vähentää ja näin eivät ole merkityksellisiä, kun arvioidaan tappioiden lopullisuutta. EU-tuomioistuimen mukaan tappiot voivat tulla lopullisiksi, jos emoyhtiö pystyy näyttämään toteen, että sen on mahdotonta hyödyntää tappiot taloudellisesti esimerkiksi luovutuksen kautta.¹⁷¹

¹⁷¹ Haapaniemi, 2021, s. 14-15

5 Rajat ylittävän sulautumisen tappioiden verokohtelu kotimaisessa oikeuskäytännössä

5.1 Lopullisen tappion periaatteiden laajentuminen rajat ylittäviin sulautumisiin

Suomen lainsäädäntö on tulkinnanvarainen sen suhteen, että voidaanko ulkomaisen tytäryhtiön tappioita ottaa huomioon kotimaisen yhtiön verotuksessa sulautumisen yhteydessä. Tuloverolaissa säädetään tappioiden siirtymisen edellytyksiä sulautumisessa. Tuloverolain 123 § ei tee eroa suomalaisten ja ulkomaisten yhtiöiden välillä. Siinä viitataan kuitenkin TVL 119 §:ään, jonka perusteella ainoastaan elinkeinoverolakien mukaan vahvistetut tappiot olisivat vähennettävissä. Sijoittautumisvapaus kuitenkin edellyttää josain tapauksissa ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden vähentämistä.¹⁷² EU-tuomioistuinten oikeuskäytännöllä on korostunut asema arvioitaessa ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden vähennysoikeutta kotimaisen vastaanottavan yhtiön verotuksessa. EU-tuomioistuinten oikeuskäytännön mukaan ulkomaisten tytäryhtiöiden tappioiden on tietyissä tilanteissa katsottu siirtyvän rajat ylittävässä sulautumisessa vastaanottavalle yhtiölle. Ulkomaisen sulautuvan yhtiön tappioiden siirtymistä kotimaiselle vastaanottavalle yhtiölle on ollut esillä ratkaisuissa KHO 2013:155, johon korkein hallinto-oikeus pyysi EU-tuomioistuimelta ennakkoratkaisua.

KHO 2013:155 oli kyse siitä, että saako suomalainen emoyhtiö A Oy vähentää verotuksessaan sen ruotsalaiselle tytäryhtiölle B AB:lle Ruotsin verolainsäädännön mukaan vahvistetut tappiot tuloverolain 123§: 2 momentin mukaisesti, jos tytäryhtiö sulautuu emoyhtiöön. Korkeimman hallinto-oikeuden mukaan A Oy saa vähentää siihen sulautuvalle ruotsalaiselle tytäryhtiölle vahvistetut tappiot Suomen verolainsäädännön mukaisesti, jos emoyhtiö näyttää toteen, että ruotsalainen tytäryhtiö on käyttänyt loppuun mahdollisuudet kyseisten tappioiden huomioon ottamiseksi eikä ole mahdollisuutta siihen, että joko tytäryhtiö itse tai kolmas osapuoli saisi ottaa ne huomioon Ruotsissa tulevien vero vuosien osalta. Vähentämisen edellytyksenä oli, että tappiot voitaisiin vähentää vastavassa suomalaisten yhtiöiden välisessä sulautumisessa.

¹⁷² Helminen, 2021, kohta 13. Kansainväliset yritysjärjestelyt, alakohta Sulautumisen veroseuraamukset

Ruotsalaisen tytäryhtiön vahvistetut tappiot vuosilta 2001-2007 olivat noin 44,8 miljoonaa kruunua. Keskusverolautakunnan ennakkoratkaisun mukaan suomalainen emoyhtiö ei saa vähentää verotuksessaan sen ruotsalaisen tytäryhtiön Ruotsissa vahvistettuja tappioita sulautumisessa. Keskusverolautakunta perusteli päätöstään tukeutuen tuloverolain 119 §:n 2 momentin kohtaan, jonka mukaan elinkeinotoiminnan tappiolla tarkoitetaan elinkeinotulon verottamisesta annetun lain mukaan laskettua tappiollista tulosta. Ulkomaisella yhtiöllä ei voi olla EVL:n mukaan laskettua tappiollista tulosta muuta kuin täällä sijaitsevan kiinteän toimipaikan osalta, minkä perusteella keskusverolautakunta katsoi, ettei Ruotsin verolainsäädännön mukaan vahvistettuja tappioita voida pitää tuloverolain 119 §:n 2 momentin tarkoitettuina tappioina. Verovelvollinen valitti ratkaisustaan korkeimpaan hallinto-oikeuteen, joka pyysi asiassa ennakkoratkaisua EU-tuomioistuimelta.

Tilanne on EU-oikeuden näkökulmasta ongelmallinen, kun vastaavassa kotimaisten yhtiöiden välisessä sulautumisessa tappiot siirtyisivät vastaanottavalle yhtiölle. Korkein hallinto-oikeus totesi EU-tuomioistuimelle, että Suomen laki ei mahdollista sulautuvan tytäryhtiön tappioiden vähentämistä silloin, kun sulautuva yhtiö sijaitsee toisessa jäsenvaltiossa. Korkein hallinto-oikeus pyysi EU-tuomioistuimelta ennakkoratkaisua juuri siihen, että rajoittaako TVL:n säännöstö SEUT:n takaamaa sijoittautumisvapautta. Tapauksessa tytäryhtiön toiminta oli lopetettu ja sulautumisessa oli kysymys tämän jälkeisestä tytäryhtiön olemassaolon lopettamisesta, josta tuli ratkaistavaksi, että kuuluuko tällainen lainkaan sijoittautumisvapauden soveltamisen piiriin. EU-tuomioistuin katsoi, että rajat ylittävissä sulautumisissa on kyse erityisesti sijoittautumisoikeuden käyttömuodosta, jonka takia sijoittautumisvapautta tulee soveltaa tilanteessa¹⁷³. Suomalainen emoyhtiö on käyttänyt sen sijoittautumisvapautta koskevaa oikeutta, kun on perustanut tytäryhtiön Ruotsiin. EU-tuomioistuin totesi, että sulautuvan yhtiön tappioiden käsittely rajat ylittävässä tilanteessa kotimaisista sulautumisista poikkeavalla tavalla on sijoittautumisvapauden rajoittamista¹⁷⁴.

¹⁷³ Asia C-123/11, *A Oy*, EU:C:2013:83, kohta 24

¹⁷⁴ Asia C-123/11, *A Oy*, EU:C:2013:83, kohdat 31-32

Tällainen erilainen kohtelu on sallittua, jos se koskee tilanteita, jotka eivät ole objektiivisesti arvioituna rinnastettavissa toisiinsa tai se on perusteltua yleistä etua koskevasta pakottavasta syystä. EU-tuomioistuin toteaa, että emoyhtiön tilanne, jossa haluaa sulautua samassa maassa olevan tytäryhtiön kanssa tai toisessa jäsenvaltiossa olevan tytäryhtiön kanssa ovat objektiivisesti rinnastettavissa toisiinsa¹⁷⁵. Näin kotimaisen tytäryhtiön ja ulkomaisen tytäryhtiön sulautumista kotimaiseen vastaanottavaan yhtiöön pidetään samanlaisina tilanteina, jolloin EU- tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan verotuksen on oltava samanlainen, jos erilaiselle verotukselle ei löydy oikeuttamisperustetta ja suhteellisuusperiaate ei toteudu.

EU-tuomioistuimen mukaan oli löydettävissä vastaavat oikeuttamisperusteet kuin Marks & Spencer tuomiossakin, johon kuului jäsenvaltioiden verotusvallan tasapainoisen jakautumisen säilyttäminen, tappioiden kaksinkertaisen käytön vaara sekä veronkiertoon liittyvien vaarojen estäminen¹⁷⁶. Jäsenvaltioiden välisen verotusvallan tasapainoisen jakautumisen säilyttäminen tulee kyseeseen, koska Suomi ei ole voinut verottaa ruotsalaisen tytäryhtiön tuloja niin vastaavasti ruotsalaisen tytäryhtiön menot ei voisi olla vähennyskelpoisia. Kotimaisen sulautuvan tytäryhtiön osalta Suomi olisi voinut verottaa sen tuloa elinkeinoverolain mukaisesti, jolloin vastaavasti tappiot olisivat vähennyskelpoisia.¹⁷⁷

Tilanteessa, jossa ulkomaisen sulautuvan yhtiön tappiot siirtyisivät sulautumisessa vastaanottavalla kotimaiselle yhtiölle, annettaisiin yhtiölle vapaus valita, että missä jäsenvaltiossa tappiot vähennetään. Tämänlainen valinnanvapaus olisi omiaan vaarantamaan verotusvallan tasapainoista jakautumista jäsenvaltioiden välillä. Tilanteessa, jossa kon-

¹⁷⁵ Asia C-123/11, *A Oy*, EU:C:2013:83, kohta 35

¹⁷⁶ Asia C-123/11, *A Oy*, EU:C:2013:83, kohta 40

¹⁷⁷ Malmgrén, 2013, s. 157

sernilla olisi enemmän yhtiöitä sulautuvan yhtiön asuinvaltiossa ja sulautuminen toteutetaan rajat ylittäen toisessa jäsenvaltiossa olevaan konserniyhtiöön, yhtiön mahdollisuus valita verotusmaa korostuu.¹⁷⁸

Vaarana rajat ylittävässä tappiontasauksessa on myös tappioiden käyttäminen kahteen kertaan. Tappioiden käyttäminen kahteen kertaan olisi mahdollista silloin, kun yhtiö arvostaa siirtyvät varansa käypään arvoon ja vähentäisi siitä syntyneestä voitosta sulautuvan yhtiön tappioita. Tappiot käytettäisiin näin kahteen kertaan, jos Ruotsissa vähennetyt vahvistetut tappiot vähennettäisiin myös Suomessa. Vaarana on myös veronkierto, jonka riskit nousevat, jos emoyhtiö saa valita verotusmaan.¹⁷⁹ Julkisasiamiehen mukaan ratkaisevana tekijänä rajoittavan säännöksen oikeuttamisella on vain se, että kansallisella säännöksellä pyritään säilyttämään verotusvallan jakautuminen. Sillä on itsenäinen merkitys, jota tappioiden kaksinkertaisen käytön estämistä koskevalla tavoitteella taas ei ole. Julkisasiamies katsoo, että sijoittautumisvapauden rajoittaminen kieltämällä ulkomaisten tappiontasausten siirtäminen on välttämätöntä verotusvallan jakautumisen säilyttämistä koskevan tavoitteen kannalta.¹⁸⁰

Sijoittautumisvapautta rajoittava säännös ei kuitenkaan täyttänyt suhteellisuusperiaatteen vaatimuksia. Oikeuskäytännön mukaan rajoittavalla säännöksellä ylitetään se, mikä on tarpeen kyseisen toimenpiteen tavoitteiden saavuttamiseksi olennaisilta osin niiden tappioiden osalta, jotka tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikki olemassa olevat tappioiden huomioon ottamista koskevat mahdollisuudet. EU-tuomioistuimien sovelsi tapaukseen näin C-446/03 *Marks & Spencer* asetettuja lopullisille tappioille asetettuja edellytyksiä¹⁸¹. Asiassa huomautuksia teki muun muassa Saksan hallitus, joka katsoi, että tytäryhtiön vahvistetut tappiot voitiin vähentää sellaisista tuloista, joita tytäryhtiö sai Ruotsissa, jol-

¹⁷⁸ Malmgrén, 2013, s. 157

¹⁷⁹ Malmgrén, 2013, s. 158

¹⁸⁰ Asia C-123/11, *A Oy*, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus Juliane Kokott, EU:C:2012:488, kohdat 49 & 54

¹⁸¹ Asia C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, kohdat 55-56, joissa määritelty lopullisten tappioiden edellytykset

loin tappiota ei voitaisi katsoa olevan lopullisia. EU-tuomioistuin näytti hyväksyvän tämän näkemyksen.¹⁸² Huomionarvoista on se, että julkisasiamiehen antama ratkaisuehdotus on ristiriidassa tämän EU-tuomioistuimen antaman ratkaisun kanssa. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksen mukaan ei ole yritysjärjestelydirektiivin tai sijoittautumisvapauden vastaista sellainen kansallinen säännös, jonka mukaan kotimainen vastaanotettava yhtiö ei saa verotuksessaan vähentää siihen sulautuneen toisessa jäsenvaltiossa asuneen yhtiön tappioita silloin, kun kyseinen toiminta on toisen jäsenvaltion yksinomaisen verotusvallan piirissä.¹⁸³

EU-oikeuskäytännössä on vahvistettu, että jäsenvaltion kansallisen tuomioistuimen tehtävä on määrittää se, että onko emoyhtiö osoittanut riittävän näytön tappioiden lopullisuudesta¹⁸⁴. Kansallisen tuomioistuimen tehtävä on ratkaista se, että onko emoyhtiö osoittanut tosiasiallisesti, että tytäryhtiö on käyttänyt loppuun tappioiden huomioon ottamista koskevat mahdollisuudet. Jos emoyhtiö on täyttänyt sen näyttövelvollisuuden, on sijoittautumisvapauden vastaista hylätä emoyhtiön mahdollisuus vähentää ulkomailla sijaitsevan tytäryhtiön tappiot sulautumisen yhteydessä.¹⁸⁵ EU-tuomioistuin jätti kansalliselle tuomioistuimelle sen vaikeimman osuuden eli ennustamisriskin ja todennäköisyysarvioinnin, joiden lainkäyttö ei ole yhteensopiva oikeusvarmuuden toteutumisen kanssa. Tulkinnanvaraiseksi jää se, että milloin vastaanottavan yhtiön voidaan katsoa täyttäneen näyttövelvollisuutensa tappioiden lopullisuudesta.¹⁸⁶

Korkeimman hallinto-oikeuden ennakkoratkaisupyynnössä kysyttiin myös sitä, että tulee mahdollinen vähennettävä tappioiden määrä laskea Suomen lainsäädännön mukaan vai pidetäänkö vähennettävänä määränä sulautuvan yhtiön sijaintivaltiossa vahvistettujen tappioiden määrää. EU-tuomioistuin totesi vain, että sulautumisessa siirtyvät ulkomaisen tytäryhtiön tappiot tulee laskea yhdenvertaisesti verrattuna siihen, että su-

¹⁸² Asia C-123/11, *A Oy*, EU:C:2013:83, kohta 53

¹⁸³ Asia C-123/11, *A Oy*, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus Juliane Kokott, EU:C:2012:488, kohta 69

¹⁸⁴ Esim. asia C-388/14, *Timac Agro Deutschland GmbH*, EU:C:2015:829, kohta 57

¹⁸⁵ Asia C-123/11, *A Oy*, EU:C:2013:83, kohdat 54-55

¹⁸⁶ Haapaniemi, 2021, s. 9

lautuva yhtiö olisi kotimainen yhtiö. Korkeimman hallinto-oikeuden viimeisessä päätöksessä, joka pohjautui EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisuun, että ruotsalaisen tytäryhtiön tappiot tulee laskea niiden vähentämistä varten elinkeinotulon verottamisesta annetun lain säännösten mukaisesti.

Tappioiden laskeminen EVL:n mukaan tarkoittaa sitä, että tappio tulee selvitettäväksi jälkikäteen ja sen voi edellyttää EVL:n mukaisen tuloksen selvittämistä pitkältikin ajalta. Ruotsalaisen tytäryhtiön tappion selvittämisessä joudutaan myös ottamaan huomioon valuuttakurssien muutosten vaikutus, joka voi johtaa poikkeavaan tappion määrään verrattuna siihen, joka sulautuvalla yhtiöllä on vähentämättä asuinvaltionsa verotuksessa. Kun siirtyvien tappioiden määrä tulee laskea EVL:n mukaan, voi olla, että tappiot voidaan vähentää Suomessa myös siltä osin kuin ne ylittävät sulautuneen yhtiön asuinvaltion lainsäädännön mukaisten tappioiden määrän. Penttilä kuitenkin katsoo, että kun otetaan huomioon vain lopulliset tappiot, voidaan katsoa, ettei tältä osin tappiot mene lopullisten tappioiden määritelmään eikä näin voisi olla vähennyskelpoisia.¹⁸⁷ Penttilän näkemystä tukee myös EU-tuomioistuimen ratkaisussa ilmi käyvä periaate siitä, että tappiot eivät ole lopullisia siltä osin, kun niitä ei ole voitu ottaa huomioon tytäryhtiön lainsäädännöstä johtuvista syistä¹⁸⁸. Näin ollen voidaan katsoa, että Suomessa vähennettävien tappioiden enimmäismääränä voidaan pitää sulautuneen yhtiön asuinvaltiossa syntyneitä tappiota.

Verohallinnon kannan mukaan elinkeinoverolain mukaiseen laskentaan otetaan huomioon vain niiden verovuosien sulautuvan yhtiön tappiot, jotka on sulautuvan yhtiön asuinvaltion verotuksessa vahvistettu. Enimmäismääränä sulautuvan yhtiön tappioista pidetään sitä määrää tappiosta, jotka on vahvistettu sulautuvan yhtiön asuinvaltiossa. Tappiot tulee vähentää 10 vuoden kuluttua niiden muodostumisesta sulautuvalle yhtiölle eikä sulautuminen pidennä tätä vähentämisaikaa vastaanottavassa yhtiössä.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Penttilä, 2013, s. 3-4

¹⁸⁸ Asia C-322/11, K, EU:C:2013:716, kohdat 75-79

¹⁸⁹ Verohallinnon ohje: Yritysjärjestelyt ja verotus – sulautuminen, kohta 3.5 Tappioiden siirtyminen, alakohta 3.5.3 Tappioiden siirtyminen rajat ylittävissä sulautumisissa

Korkein hallinto-oikeus kumosi aiemman ennakkoratkaisun ja uuden ennakkoratkaisun mukaan suomalainen emoyhtiö sai vähentää siihen sulautuvalle ruotsalaiselle tytäryhtiölle vahvistetut tappiot Suomen verolainsäädännön mukaisesti, jos emoyhtiö näyttää toteen, että ruotsalainen tytäryhtiö on käyttänyt loppuun mahdollisuudet kyseisten tappioiden huomioon ottamiseksi eikä ole mahdollisuutta siihen, että joko tytäryhtiö itse tai kolmas osapuoli saisi ottaa ne huomioon Ruotsissa tulevien verovuosien osalta.

Vähentämisen edellytyksenä oli, että tappiot voitaisiin vähentää vastaavassa kotimaisen yhtiöiden välisessä sulautumisessa. Näin ollen vastaanottavalla kotimaisella yhtiöllä on oikeus vähentää sulautuneen ulkomaisen yhtiön tappiot niiltä vuosilta, joiden osalta TVL 123 §:ssä säädetty omistusedellytys täyttyy. Korkein hallinto-oikeus perusti ratkaisunsa EU-tuomioistuimelta asiassa pyydettyyn ennakkoratkaisuun. Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa ei ratkaistu kysymystä tappioiden vähentämiselle Suomen lainsäädännössä asetettujen edellytysten täyttymisestä. Suomen verolainsäädännössä yleisesti asetettujen edellytysten täyttymistä on arvioitava yhtiöiden toiminnan luonteen, aiempien omistajanvaihdosten ja muiden seikkojen valossa¹⁹⁰. Korkein hallinto-oikeus perusteli tätä sillä, että keskusverolautakunnan ja osapuolten lausumisissa ei ole tähän kysymykseen esitetty tosiasiatietoja ja oikeudellisia näkökohtia. Tältä osin Penttilä kyseenalaistaa EU-tuomioistuimelle asetetun ennakkoratkaisupyynnön tarpeellisuuden, jos tässä tilanteessa tappiot eivät olisi siirtyneet kotimaisessakaan sulautumisessa¹⁹¹.

EU-tuomioistuimen asiassa annettu tuomio on olennaisilta osilta samanlainen kuin asiassa C-446/03 Marks & Spencer annettu tuomio, laajentaen sijoittautumisvapauden rajoituksen soveltamisalaa konsernisisäisestä tappiontasauksesta eri jäsenvaltioiden välillä toteutettuihin sulautumisien tappioiden siirtymiseen. Perustuen EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisuun Suomen on sijoittautumisvapauden nojalla hyväksyttävä toi-

¹⁹⁰ Ahonen, Pykönen & Salmikivi, 2016, s. 539

¹⁹¹ Penttilä, 2013, s. 4

sessä jäsenvaltiossa sijaitsevan tytäryhtiön tappioiden siirtäminen kotimaiselle vastaanottavalle yhtiölle sulautumisen yhteydessä silloin, kun kyse on emoyhtiön näyttämistä lopullisista tappioista. Muutoin Suomen lainsäädäntö on ristiriidassa EU-oikeuden kanssa. EU-tuomioistuin määritteli ratkaisussa oikeudellisia ja tosiasiallisia syitä sille, milloin tappioita ei voida pitää lopullisina. Tämän perusteella ei edellytetä täyttä varmuutta siitä, että tappiot voidaan ottaa huomioon tytäryhtiön asuinvaltiossa, vaan riittävän suuri todennäköisyys siihen estää tappioiden vähentämisen rajat ylittävästi. Tappioiden lopullisuuden arvioinnissa tulee ottaa huomioon tytäryhtiön pienetkin tulot asuinjäsenvaltiossa, joka voi tarkoittaa tappioiden vähentämistä pitkänkin aikajänteen kuluessa. Tähän liittyy useita epävarmuustekijöitä.¹⁹²

Tämä kotimainen ratkaisu on merkittävä ja vaatimuksia ulkomaisen tytäryhtiöiden lopullisten tappioiden vähentämisestä kotimaisissa tilanteissa on tullut suurimmaksi osaksi vasta vuosikirjaratkaisun KHO 2013:155 julkaisemisen jälkeen¹⁹³. KHO 2013:155 ratkaisuun liittyvä ennakkoratkaisu annettiin jo vuonna 2009, mutta lopullinen ratkaisu tapaukselle saatiin vasta vuonna 2020. Tällaiset pitkät oikeusprosessit ovat omiaan heikentämään verotuksen ennustettavuutta ja oikeusvarmuutta.

5.2 Vastaanottavan yhtiön ankara näyttövelvollisuus

Emoyhtiön on pystyttävä osoittamaan lopullisten tappioiden olemassaolo tytäryhtiön asuinjäsenvaltiossa¹⁹⁴. Tämän lisäksi näyttövelvollisuus edellyttää, että emoyhtiön tulee osoittaa, että tappiot ovat lopullisia EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla sekä pystyä poissulkemaan mahdollisuus tappioiden käyttämisestä¹⁹⁵.

¹⁹² Haapaniemi, 2021, s. 8-9

¹⁹³ HE 185/2020 vp, s. 13

¹⁹⁴ Asia C-446/03, *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763, kohta 56, jossa todetaan emoyhtiön velvollisuudesta osoittaa kohdan 55 mukaisten edellytysten täyttyminen.

¹⁹⁵ HE 185/2020, s. 23

Näyttövelvollisuuteen EU-tuomioistuin on ottanut kantaa ratkaisuisaan C-607/17 *Memira Holding* ja C-608/17 *Holmen*, joissa emoyhtiön oli pystyttävä osoittamaan tappioiden lopullisuus EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla¹⁹⁶. Korkein hallinto-oikeus on vastaavasti tarkentanut ratkaisussaan KHO 2020:51 verovelvollisen näyttövelvollisuutta tappioiden lopullisuudesta.

KHO 2020:51 tapauksessa oli kyse, siitä saiko sulautumisessa suomalainen vastaanottava yhtiö vähentää verotuksessaan sulautuneen yhtiön toisessa jäsenvaltiossa syntyneet tappiot, silloin kun TVL 123 §:n asettamat omistajuusedellytykset tappioiden siirtymisestä täyttyivät. A AS oli A-konsernin emoyhtiön Latviaan vuonna 2006 perustama osakeyhtiö, jonka osakekannan A-konsernin emoyhtiö oli vuonna 2013 luovuttanut kokonaan omissamalleen tytäryhtiö A Oy:lle. A AS:n toiminta oli ollut tappiollista, ja yhtiön toiminta oli lopetettu vuonna 2017, ja samana vuonna yhtiö oli myynyt kaiken vaihto- ja käyttöomaisuutensa. A AS oli tarkoitus sulauttaa emoyhtiöönsä A Oy:öön. A AS varojen määrä ylitti yhtiön velkojen määrän sulautumissuunnitelmaan mukaan. Latvian verolainsäädännössä oli asetettu rajoituksia tappion vähennysoikeuden säilymiselle tilanteessa, jossa tappiollisen yhtiön omistus muuttuu, ja tilanteessa, jossa tappiollinen yhtiö sulautuu. Verohallinnon vuonna 2017 antaman ennakkoratkaisun mukaan emoyhtiö voi vähentää verotuksessaan tytäryhtiönsä verovuosien 2008-2017 lopulliset, EVL:n mukaisesti lasketut tappiot TVL 119§:ssä tarkoitetulla tavalla tytäryhtiön sulaututtua EVL 52-52 b §:n mukaisesti emoyhtiöön. Hallinto-oikeus oli hylännyt Veronsaajien oikeudenvallontayksikön valituksen.

Korkein hallinto-oikeus katsoi, että A Oy:n oli näytettävä toteen, että A AS oli käyttänyt loppuun kaikki sen asuinvaltiossaan olemassa olevat tappioiden huomioon ottamista koskevat mahdollisuudet. Korkein hallinto-oikeus katsoi, ettei A Oy ole osoittanut, ettei A AS voisi saada asuinvaltiossaan tulevien vuosien aikana edes vähäisiä rahoitus- tai muita tuloja eikä sitä, ettei ollut olemassa mahdollisuutta siihen, että kolmas taho voisi ottaa huomioon A AS:n tappioita Latviassa tulevien verovuosien aikana. Näiden perusteluiden kautta korkein hallinto-oikeus lausui uutena ennakkoratkaisuna, ettei A Oy voi vähentää verotuksessaan tytäryhtiönsä A AS:n verovuosien 2008-2017 tappioita A AS:n sulaututtua Oy:öön.

Verohallinnon ennakkoratkaisussa katsottiin, että latvialaisen tytäryhtiön tappiot ovat lopullisia ja näin kotimainen vastaanottava yhtiö voisi ne vähentää verotuksessaan sulautumisen yhteydessä. Veronsaajien oikeudenvallontayksikkö valitti Verohallinnon päätöksestä perustellen, että tytäryhtiön tappioita ei voida pitää lopullisina, sillä tytär-

¹⁹⁶ Asia C-607/17, *Memira Holding*, EU:C:2019:510, kohta 30 & asia C-608/17, *Holmen AB*, EU:C:2019:511, kohdat 38-39

yhtiöllä on ollut vielä sulautumisvuonna tuloja Latviassa. Näin tappiot pystyttäisiin hyödyntämään kuittaamalla ne tulevien vuosien tuloista, jos Latviassa aloitettaisiin uusi toiminta. Hallinto-oikeus hylkäsi VOVA:n valituksen ja katsoi, että tytäryhtiö ei voi vähentää tappioita mahdollisista tulevista voitoistaan eikä niitä voitu myöskään siirtää toiselle konserniyhtiölle Latviassa tai muullekaan kolmannelle taholle, joka olisi voinut ottaa huomioon nämä tappiot verotuksessaan. Hallinto-oikeus arvioi tilannetta EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa samansuuntaisesti niin, että oikeuttamisperusteet eivät oikeuta hylkäämään tappioiden vähennysoikeutta silloin kun tappiot on osoitettu olevan lopullisia. Täten hallinto-oikeus katsoi, että tytäryhtiön hakemuksessa kuvatuissa olosuhteissa olevia tappioita tulee pitää lopullisina, jotka vastaanottava yhtiö voisi EVL:n mukaisesti verovuosikohtaisesti laskettuina vähentää verotuksessaan. VOVA valitti asiasta korkeimpaan hallinto-oikeuteen vaatien, että hallinto-oikeuden päätös ja Verohallinnon antama ennakkoratkaisu kumotaan.

Korkein hallinto-oikeus katsoi ensinnäkin, että tytäryhtiön Latviassa toimitetussa verotuksessa kertyneet tappiot eivät ole EVL:n mukaan laskettuja tappioita eikä niitä voida sen perusteella vähentää emoyhtiön verotettavasta tulosta. KHO tukeutui TVL 119 §:n 2 momentin määritelmään, jonka mukaan elinkeinotoiminnan tappiolla tarkoitetaan ainoastaan EVL:n mukaan laskettua tappiollista tulosta. Tytäryhtiön Latviassa toimitetussa verotuksessa kertyneet tappiot eivät ole EVL:n mukaan laskettuja tappiota, eikä niitä siten voida vähentää TVL:n nojalla. Tällaisen ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden vähentämiseen liittyvä veroedun epääminen tarkoittaa sijoittautumisvapauden rajoittamista, joka on perusteltua tietyin oikeuttamisperustein.

Oikeuttamisperusteiksi KHO toteaa muun muassa jäsenvaltioiden verotusvallan tasapainoisen jakautumisen, tappioiden kaksinkertaisen käyttämisen estämisen sekä veron kierron vaaran. EU-oikeuden suhteellisuusperiaatteen mukaan oikeuttamisperusteet eivät oikeuta sijoittautumisvapauden rajoittamiseen siltä osin, kun kyseessä on EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä tarkoitetut lopulliset tappiot. Niin kuin tapauksissa C-123/11 A Oy ja C-607/17 Memira Holding, on kansallisen tuomioistuimen määritettävä,

onko kotimainen vastaanottava yhtiö näyttänyt tosiasiallisesti toteen, että ulkomainen tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikki sen asuinjäsenvaltiossaan olemassa olevat tappioiden huomioon ottamista koskevat mahdollisuudet.

EU -tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan niin kauan kuin tytäryhtiö saa edes vähäisiä tuloja on sillä mahdollisuus vähentää syntyneet tappiot sen asuinjäsenvaltiossaan tulevaisuudessa tuottamista tuloista, joka tarkoittaa, ettei tappioita voisi tällaisessa tapauksessa katsoa lopullisiksi. Tytäryhtiöllä on ollut tuloja vuonna 2017 Latviassa sekä sulautumissuunnitelman luonnoksen mukaan sen varojen määrä on ylittänyt velkojen määrän. KHO toteaa, että nämä seikat osoittavat, että emoyhtiö ei ole näyttänyt tosiasiallisesti toteen, ettei tytäryhtiö olisi voinut saada asuinjäsenvaltiossaan vähäisiä tuloja tulevien vuosien aikana eikä näin voida katsoa tappioiden olevan lopullisia.

EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan myöskään ulkomailla olevan tytäryhtiön tappioiden lopullisuus ei voi johtua siitä, että tytäryhtiön asuinjäsenvaltio ei salli minäkäänlaista mahdollisuutta tappioiden siirtämiseksi. Näin ollen Latvian verolainsäädännössä tappion vähentämiselle asetetut rajoitukset eivät vielä osoita, ettei ole mahdollisuutta siihen, että kolmas taho ottaisi nämä tappiot huomioon tulevina verovuosina.

Näiden perustelujen kautta KHO hyväksyi VOVA:n valituksen ja kumosi hallinto-oikeuden päätöksen sekä Verohallinnon ennakkoratkaisun lausuen uutena ennakkoratkaisuna, että lopullisten tappioiden edellytykset eivät täyty edellä esitettyjen olosuhteiden perusteella eikä siten suomalainen vastaanottava yhtiö voi vähentää latvialaisen tytäryhtiön vahvistettuja tappioita verotuksessaan sulautumisen yhteydessä. Ratkaisua ei päätetty korkeimmassa hallinto-oikeudessa yksimielisesti, sillä äänestyksessä yksi oli eri mieltä. Äänestyslauseunnossa eri mieltä olleen mukaan hallinto-oikeuden päätöksen perustelut ja sen soveltamat oikeusohjeet sekä KHO:ssa esitetyt vaatimukset ja asiassa saadun selvityksen mukaan hallinto-oikeuden päätöksen muuttamiseen ei ole perusteita. Se, miksi hallinto-oikeus ja korkein hallinto-oikeus päätyi eri ratkaisuihin, on niiden erilaisessa suhtautumisessa tytäryhtiön saamiin tuloihin asuinvaltiossaan. Hallinto-oikeus

katsoi, että tytäryhtiö ei saa sellaisia tuloja asunvaltiossaan, joista tappiot voitaisiin vähentää. KHO taas katsoi, että tytäryhtiön saamat vähäiset tulot osoittavat, että tytäryhtiön on mahdollista vähentää tappiot verotuksessaan tulevina vuosina, vaikka tytäryhtiö oltiin sulauttamassa emoyhtiöönsä ja siten käytännössä sellaista mahdollisuutta ei todennäköisesti enää ollut.

Hallituksen konsernivähennyslain esityksessä onkin todettu, että EU-tuomioistuin on asettanut emoyhtiölle hyvin ankaran näyttövelvollisuuden siitä, että tytäryhtiön tappioita ei voida hyödyntää tulevaisuudessa¹⁹⁷. Tätä samaa EU-oikeuden asettamaa korkean näyttövelvollisuuden linjaa voidaan katsoa KHO:n noudattavan ratkaisussaan KHO 2020:51¹⁹⁸. Verohallinnon ja Helsingin hallinto-oikeuden ratkaisuissa emoyhtiö olisi saanut vähentää tytäryhtiön lopulliset tappiot, jonka korkein hallinto-oikeus kuitenkin hylkäsi perustellen emoyhtiön puutteellista näyttöä tappioiden lopullisuudesta. Huomionarvoista on se, että Verohallinnolla sekä hallinto-oikeudella oli tapauksessa myöntyvämpi ratkaisu tappioiden lopullisuudesta kuin aiemmassa kotimaisessa ratkaisussa KHO 2013:155.

Vuosikirjaratkaisun KHO 2020:51 lisäksi korkein hallinto-oikeus ratkaisi 15.5.2020 useamman päätöksen¹⁹⁹. Kaikissa tapauksissa oli kyse siitä, saiko sulautumisessa kotimainen emoyhtiö vähentää verotuksessaan toisessa jäsenvaltiossa syntyneet tytäryhtiön tappiot silloin, kun TVL 123 § määrittämät edellytykset tappioiden siirtymisestä täyttyivät. Tapauksissa ratkaistiin sitä, että oliko sulautuneen yhtiön jäsenvaltiossa syntyneet tappiot EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla lopullisia. Ratkaistavana oli kaikkiaan viisi tapausta mukaan lukien edellä läpi käydyn KHO 2013:155 ratkaisua koskeva valitus.²⁰⁰

¹⁹⁷ HE 185/2020 vp, s. 24

¹⁹⁸ Helminen, 2020b, s. 541

¹⁹⁹ Tapaukset ovat julkaisemattomia: KHO 15.5.2020 taltio 2104, KHO 15.5.2020 taltio 2015, KHO 15.5.2020 taltio 2106 ja KHO 15.5.2020 taltio 2107.

²⁰⁰ HE 185/2020 vp, s. 24

Kaikista päätöksistä tekee mielenkiintoisen se, että KHO hylkäsi kotimaisen vastaanottavan yhtiön oikeuden vähentää ulkomaisen sulautuneen yhtiön tappiot. KHO katsoi kaikissa päätöksissä, että kotimainen vastaanottava yhtiö ei ole osoittanut, että tytäryhtiö oli käyttänyt loppuun kaikki sen asuinvaltiossaan olemassa olevat tappioiden huomioon ottamista koskevat mahdollisuudet.²⁰¹ Korkeimman hallinto-oikeuden perusteluissa ensinnäkin katsottiin, että sulautuneen yhtiön varallisuusaseman perusteella ei oltu näytetty toteen ettei sulautunut yhtiö voinut saada asuinvaltiossaan edes vähäisiä tuloja tulevien verovuosien aikana. Toisekseen ei näytetty toteen, ettei kolmas voinut ottaa huomioon sulautuneen yhtiön tappioita siinä tapauksessa, että sulautunut yhtiö olisi myyty sille.²⁰²

Verovelvollisen on tämän perusteella vaikeata arvioida, milloin lopulliset tappiot saadaan vähentää yksittäisessä tapauksessa ja sitä, että milloin näyttövelvollisuus lopullisista tappioista täyttyy. Oikeuskäytännössä on lähinnä esimerkkejä siitä, milloin tappioita ei ainakaan voida katsoa lopullisiksi eikä siitä, milloin tappioita olisi pidetty lopullisina. Tappioiden lopullisuuden arvioimisessa tulee ottaa huomioon EU-tuomioistuimen ja KHO:n oikeuskäytäntö. Tämän lisäksi tulee selvittää sulautuvan yhtiön asuinvaltion lainsäädäntö. Nämä toimet aiheuttavat huomattavaa hallinnollista taakkaa sekä Verohallinnolle että verovelvolliselle.²⁰³

5.3 Lopullisen tappion käsite kansallisessa verolainsäädännössä

Komissio on kehottanut Suomea muuttamaan konserniverojärjestelmää. Komissio katsoi, että Suomen lainsäädäntö ei ole EU-oikeuden mukainen, sillä Suomi ei salli toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan tytäryhtiön konserniavustusten vähennyskelpoisuutta. Tämän takia hallitus teki esityksen eduskunnalle laiksi Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä ja laiksi elinkeinotulon verottamisesta

²⁰¹ HE 185/2020 vp, s. 12 & 23

²⁰² Järvinen & Torkkel, 2020

²⁰³ Ahonen, Pykönen & Salmikivi, 2016, s. 551

annetun lain 18 a §:n muuttamisesta.²⁰⁴ Hallituksen esitys hyväksyttiin eduskunnassa, ja 30.12.2020 astui voimaan laki Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä.

Tuloverolaissa tai muualla Suomen lainsäädännössä ei olla ennen konsernivähennyslain voimaantuloa erikseen määritelty lopullisten tappioiden käsitettä. Konsernivähennykseksi kutsutaan sitä määrää, joka voidaan vähentää emoyhtiön veronalaisesta elinkeinotoiminnan tuloksesta tytäryhtiön lopullisten tappioiden määrän perusteella. Konsernivähennyslain 4 §:ssä säädetään, milloin tappioita pidetään lopullisina ja 5 §:ssä määritellään niiden lopullisuuden arvioinnista. Tämä antaa lopullisille tappioille legaalitermin aseman Suomen verolainsäädännössä. Konsernivähennyslain 4 § määrittelee lopulliset tappiot seuraavasti:

” Lopullisina tappioita pidetään sellaisia tytäryhtiön tappioita, joita tytäryhtiö tai mikään muu taho ei ole voinut eikä voi käyttää tytäryhtiön verotuksellisessa kotipaikassa tai muualla.”

EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella on löydettävissä tiettyjä edellytyksiä lopullisen tappion määrittämiselle, jotka on sisällytetty konsernivähennyslain 5 §:ään. Muun muassa seuraavat edellytykset on määritelty lopullisten tappioiden kriteereiksi:

- 1) *Tytäryhtiön toiminta on lopetettu*
- 2) *Tappiot ovat olemassa tytäryhtiön kotivaltion verolainsäädännön mukaan*
- 3) *Tappioiden käyttämättä jääminen tytäryhtiössä ei johdu siitä, että se ei ole ollut oikeudellisesti mahdollista tai että tappioiden käyttö on ollut ajallisesti rajoitettu*
- 4) *Emo yhtiö osoittaa, että tytäryhtiö tai mikään muu taho ei ole voinut eikä voi käyttää tappioita tytäryhtiön verotuksellisessa kotipaikassa tai muualla.*

Tappioiden lopullisuuden käsite konsernivähennyslaissa perustuu vakiintuneeseen EU-oikeuskäytäntöön, jota on esitelty aiemmin tutkielmassa. Tappioita voidaan siirtää myös

²⁰⁴ HE 185/2020, s. 15

sulauttamalla toisessa jäsenvaltiossa sijaitseva tytäryhtiö kotimaiseen emoyhtiöön. Konsernivähennyslaissa otetaan huomioon lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuus, joten niin kuin lain valmisteluaineistossa mainitaan, olisi perusteltua konserniverolain lisäksi säätää lopullisten tappioiden vähennysoikeudesta rajat ylittävissä sulautumisissa.²⁰⁵

Valtionvarainministeriö on kuitenkin tehnyt asiantuntijatyöryhmän, jonka tehtävänä on selvittää konserniverotuksen uudistamista sekä lopullisten tappioiden verokohtelua. Konserniavustusjärjestelmän lisäksi ulkomaisten tytäryhtiöiden tappioita pystytään siirtämään sulauttamalla ulkomainen tytäryhtiö kotimaiseen emoyhtiöön. Tämän takia asiantuntijatyöryhmä selvittää myös sulautumiseen liittyviä tappioiden siirtymistä koskevia säännöksiä. Tarkemmin lopullisten tappioiden osalta työryhmä selvittää millä edellytyksillä ulkomaisten tytäryhtiöiden lopulliset tappiot olisivat vähennyskelpoisia Suomessa. Asiantuntijaryhmä selvittää myös sitä, että miten mahdollistettaisiin lopullisten tappioiden vähentäminen EU-oikeuden edellyttämällä tavalla niin kuitenkin, että turvattaisiin samalla Suomen veropohja ja verotuksen ennakoitavuus.²⁰⁶

Rajat ylittävän sulautumisen tappion siirtymiseen liittyvän problematiikan riittäväksi ratkaisuksi ei riitä oikeuskäytännön täsmentyminen. EU-oikeuden vaatimukset tulisi ottaa huomioon lainsäädännössä, niin kuin EU-oikeus ja oikeusvarmuus sitä edellyttävät.²⁰⁷ Hallituksen esitysluonnokseen annetuissa lausunnoissa mainittiin myös, että lopullisten tappioiden siirtymisestä rajat ylittävissä sulautumisissa olisi ollut hyvä säännellä samaan aikaan, kun valmisteltiin ja säädettiin konsernivähennyslaki²⁰⁸. Kuitenkaan nyt säädetty laki ei sisällä säännöksiä siihen liittyen, mutta vastaavia muutoksia on hallituksen esityksen perusteella odotettavissa. EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön tulee koko ajan lisää tapauksia, mutta siitä huolimatta lopullisten tappioiden käsite on edelleen epäselvä

²⁰⁵ HE 185/2020, s. 15

²⁰⁶ Valtionvarainministeriö asettamispäätös VN/1189772019, s. 1

²⁰⁷ Helminen, 2020b, s. 544

²⁰⁸ HE 185/2020, s. 36

²⁰⁹. Haapaniemen mukaan ei ole odotettavissa, että tulisi sellaista uutta EU-tuomioistui-
men oikeuskäytäntöä, joka täydentäisi tämänhetkisen sääntelyn puutteellisuuden ²¹⁰.

²⁰⁹ Viitala, 2020, kohta 1. Yleisarvio ja tarve muutokselle

²¹⁰ Haapaniemi, 2021, s. 18

6 Johtopäätökset

Yritysjärjestelydirektiivi tarjoaa pohjan rajat ylittävälle yritysyritykselle. Kuitenkin sen sääntelyn ulkopuolelle jää tappioiden siirtyminen vastaanottavalle yhtiölle rajat ylittävässä sulautumisessa. EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan säännös, joka estää rajat ylittävän tappiontasauksen, muodostaa sijoittautumisvapauden rajoituksen. Rajoitus voi kuitenkin olla sallittua, jos sille on löydettävissä hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita. Näistä EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella on havaittavissa, että jäsenvaltioiden verotusvallan tasapainoinen jakautuminen on saanut korostuneen aseman.

EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöllä on suuri merkitys jäsenvaltioille, sillä sen avulla jäsenvaltiot pystyvät turvaamaan jäsenvaltioidensa alueellisen verotusvallan. Näin jäsenvaltiot pystyvät rajoittamaan niiden tappioiden vähentämistä, joiden tuloille jäsenvaltioilla ei ole ollut verotusvaltaa. Täysivaltaista rajoittamista estää kuitenkin tuomiossa C-446/03 Marks & Spencer luotu periaate lopullisista tappioista. Marks & Spencer tuomiossa katsottiin, että ulkomaisten tappioiden vähennyskelvottomuutta voidaan pitää suhteellisuusperiaatteen vastaisena. EU-tuomioistuin katsoi, että suhteellisuusperiaatteen mukaan lopullisten tappioiden osalta vähennyskelvottomuus tulee sallia. Lopullisilla tappioilla tarkoitetaan tappioita, joiden osalta tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikki sen asuinjäsenvaltiossa olevat tappioiden huomioon ottamista koskevat mahdollisuudet. EU-tuomioistuin on Marks & Spencer tuomion jälkeisissä tuomioissa vahventanut tätä lopullisten tappioiden periaatetta ja pyrkinyt täsmentämään sitä.

EU-tuomioistuimen vahvisti linjaansa ratkaisussaan asiassa C-172/13 komissio vastaan Yhdistynyt kuningaskunta, että tappioiden lopullisuus ei voi johtua lainsäädännöllisistä syistä. Tappioiden lopullisuus ei voi johtua siitä, että tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädäntö ei salli minkäänlaista mahdollisuutta tappioiden siirtämiseksi tai jos tappiot on menetetty niiden käyttöaikaa koskevien rajoitusten vuoksi. Samaisessa tuomiossa tuomioistuin korosti myös sitä näkemystä, että tappiot eivät voi olla lopullisia, jos tytäryhtiö

saa edes vähäisiä tuloja asuinvaltiossaan. EU-tuomioistuimen ratkaisussa C-607/17 *Me-mira Holding* ja C-608/17 *Holmen* vahvistettiin sitä näkemystä, että pelkästään sillä seikalla, että tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädäntö ei mahdollista yhtiön tappioiden siirtämistä, ei tee tappioista lopullisia. Emoyhtiön on osoitettava, ettei sen ole mahdollista hyödyntää kyseisiä tappioita niin, että kolmas osapuoli voi ottaa tappiota huomioon tulevien verovuosien verotuksessa.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun KHO 2013:155 mukaan lopullisten tappioiden siirtymisen edellytyksenä on, että ne olisi voitu vähentää myös vastaavassa kotimaisessa sulautumisessa. Tuloverolain 117-120 § tappioiden vähentämistä koskevissa säännöissä määritellään, että ainoastaan elinkeinoverolain mukaan vahvistetut tappiot olisivat vähennettävissä. Ulkomaisella yhtiöllä ei voi olla elinkeinoverolain mukaan vahvistettua tappiota. Tuloverolain 123 §:n mukaan vastaanottavalla yhtiöllä on oikeus vähentää verotettavasta tulostaan sulautuneen yhtiön tappiot TVL 119 ja 120 §:ssä säädetyllä tavalla, mikäli vastaanottavan yhtiön tai sen osakkaat tai nämä yhdessä ovat tappiovuoden alusta lukien omistaneet yli puolet sulautuneen yhtiö osakkeista tai osuuksista. Joissain tilanteissa sijoittautumisvapaus voi kuitenkin edellyttää ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden vähentämisoikeuden myöntämistä.

KHO 2013:155 ratkaisun perusteella kotimainen vastaanottava yhtiö saa vähentää siihen sulautuvan tytäryhtiön tappiot TVL 123 §:ssä määriteltyjen edellytysten täytyessä myös silloin, kun sulautuva yhtiö on toisesta EU- tai ETA-valtiosta. Edellytyksenä tappioiden vähentämiseen on kuitenkin, että vastaanottava yhtiö osoittaa, että tappiot ovat lopullisia. Edellä kuvatun mukaisesti näillä tarkoitetaan niitä tappioita, joiden huomioon ottamiseksi tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikki mahdollisuudet eikä ole olemassa mahdollisuutta siihen, että joko tytäryhtiö itse tai kolmas osapuoli pystyisi ottamaan ne huomioon tytäryhtiön asuinjäsenvaltiossa tulevana verovuosina. Näyttötaakka tappioiden lopullisuudesta lankeaa siis verovelvollisella.

Näyttötaakka uusimpien EU-tuomioistuimen ratkaisujen mukaan on laaja kokonaisuus, jossa verovelvollisen tulee pystyä osoittamaan, ettei ole mitään mahdollisuutta muiden edellytysten lisäksi siihen, että kolmaskaan ei pystyisi hyödyntämään sulautuvan yhtiön tappiota. Tätä samaa EU-tuomioistuimen asettamaa korkean näyttövelvollisuuden linjaa voidaan katsoa korkeimman hallinto-oikeuden noudattavan ratkaisuisaan KHO 2020:51. Ratkaisun perusteella voidaan päätellä, että tytäryhtiön vähäisetkin tulot asuinvaltiossaan voivat muodostaa esteen tappioiden katsomiseksi lopullisiksi sekä päätös asetti ankaran näyttövelvollisuuden emoyhtiölle tappioiden lopullisuuden osoittamisesta. Korkein hallinto-oikeus on antanut useamman päätöksen vuosikirjaratkaisun KHO 2020:51 lisäksi, joissa kaikissa selvitettiin sitä, että oliko sulautuneen yhtiön jäsenvaltiossa syntyneet tappiot EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitettulla tavalla lopullisia. Kaikissa KHO:n ratkaisemissa tapauksissa hylättiin kotimaisen vastaanottavan yhtiön oikeus vähentää sulautuneen yhtiön tappiot, sillä kotimainen vastaanottava yhtiö ei ole näyttänyt tosiasiallisesti toteen tappioiden lopullisuutta. Selkeää linjanvetoa ei ole vedetty siitä, että milloin näyttövelvollisuus lopullisista tappioista täyttyy, jonka johdosta verovelvollisen on vaikea arvioida, milloin lopulliset tappiot saadaan vähentää yksittäisessä tapauksessa.

Hyvän verojärjestelmän yksi piirteistä on sen ennustettavuus, jota ei voida liittää lopullisen tappion käsitteeseen. Lopullisen tappion käsite vaatii edelleen tulkintaa niin verovelvollisilta kuin tuomioistuimilta. Vähennyskelpoisuuden arvioiminen edellyttää EU-tuomioistuimen ja KHO:n oikeuskäytännön selvittämistä sekä sulautuvan yhtiön lainsäädännön tuntemusta. Odotettavissa on, että jatkossakin tulee uutta oikeuskäytäntöä, jossa lopullisen tappion käsitettä tullaan vielä joiltain osin selventämään. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin nostettu esille, että sellaista oikeuskäytäntöä ei ole odotettavissa, joka korvaisi sääntelyn puutteellisuuden.

Jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen harmonisoiminen lisäisi oikeusvarmuutta ja ennustettavuutta rajat ylittävien sulautumisen tappioiden siirtymisessä. Suomessa ei ole vielä

asetettu säännöksiä ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden vähentämisestä kotimaisen vastaanottavan yhtiön verotuksessa. Näissä mahdollisissa sääntelymuutoksissa tulee ottaa huomioon EU-vaatimukset sekä samalla pyrkiä turvaamaan Suomen veropohja. Tarkasteltaessa rajat ylittävää tappioiden vähentämistä on selvää, että tappiot tulisi voida aina vähentää jossain. Tämä tulisi olla keskeinen peruslähtökohta EU:ssa. Weckström katsoo, että lopullisten tappioiden doktriinista tulisi jo luopua ja tehdä jäsenvaltioiden rajat ylittävästä konsolidoinnista sitova normi.²¹¹

²¹¹ Weckström, 2019, s.32

Lähteet

- Ahonen, T., Pykönen, E. & Salmikivi, J. (2016). Tappioiden lopullisuudesta ja vähentämisestä rajat ylittävissä yritysjärjestelytilanteissa. *Verotus*, Numero 5, s. 539-551
- Andersson, E. & Penttilä, S. (2014). *Elinkeinoverolain kommentaari* (14., uudistettu painos). Talentum 2014.
- Haapaniemi, M. (2021). Tappioiden lopullisuudesta ja siirtymisestä rajat ylittävissä tilanteissa EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön valossa. *Edilex*. Noudettu 2021-02-18 osoitteesta <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/21953.pdf>.
- HE 177/1995 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle yritysjärjestelyjä koskevien elinkeinotulon verottamisesta annetun lain ja eräisen muiden lakien muuttamisesta
- HE 185/2020 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä ja laiksi elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 18 a § :n muuttamisesta.
- HE 247/2006 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle eräitä yritysjärjestelyjä koskeviksi muutoksiksi verolainsäädäntöön.
- Helminen, M. (2007). Sijoittautumisoikeuden vapaus ja konserniavustusta koskeva tapaus C-231/05 Oy AA. *Verotus*, Numero 5, s. 488-501.
- Helminen, M. (2013). *Kansainvälinen tuloverotus* (2., uudistettu painos). Edita Publishing Oy.
- Helminen, M. (2018). *EU-vero-oikeus : välitön verotus* (4., uudistettu painos). Talentum Pro 2016.
- Helminen, M. (2020a). Lausunto asiassa: HE 185/2020 vp Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä ja elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 18 a §:n muuttamisesta. Noudettu 2021-02-18 osoitteesta <https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/JulkaisuMetatieto/Documents/EDK-2020-AK-330759.pdf>.
- Helminen, M. (2020b). Rajat ylittävä konserniavustus, vapaa sijoittautumisoikeus ja lopulliset tappiot – aika ottaa seuraava askel kohti lisääntyvää konserniajattelua. *Verotus*, Numero 5, s. 535-550.

- Helminen, M. (2021). *Kansainvälinen verotus*. Alma Talent Oy. (Alun perin julkaistu 2001).
- Hirvonen, A. (2011). *Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan*. Helsinki 2011.
- Honkamäki, T., Kujanpää, E. & Pennanen, M. (2018). *Yritysjärjestelyjen käsikirja: kirjanpito, verotus ja yhtiöoikeus* (2., uudistettu painos). Alma Talent Oy 2018.
- Immonen, R. (2018). *Yritysjärjestelyt* (7., uudistettu painos). Helsinki: Alma Talent 2018.
- Järvinen, J. & Torkkel, T. (2020, 2. kesäkuuta). KHO linjasi oikeudesta käyttää sulautuneen yhtiön jäsenvaltiossa syntyneet tappiot. KPMG. Noudettu 2021-01-12 osoitteesta <https://home.kpmg/fi/fi/home/Pinnalla/2020/06/kho-linjasi-oikeudesta-kayttaa-sulautuneen-yhtion-jasenvaltiossa-syntyneet-tappiot.html>
- Kaila, H. (2006). Ajankohtaista Eurooppaoikeutta – Aktueellt inom Europarätten. *Defensor Legis*, Numero 6, s. 1030-1043.
- Knuutinen, R. (2020). *Verosuunnittelun oikeudelliset ja yhteiskunnalliset rajat*. Helsinki, Alma Talent Oy 2020.
- KOM (2001) 260 lopullinen*. Komission tiedonanto neuvostolle, Euroopan parlamentille ja talous- ja sosiaalikomitealle. Euroopan unionin veropolitiikan ensisijaisista tavoitteista tulevina vuosina.
- KOM (2001) 582 lopullinen*. Komission tiedonanto neuvostolle, Euroopan parlamentille ja talous- ja sosiaalikomitealle. Kohti sisämarkkinoita, joilla ei ole veroesteitä. Strategia yhtenäistetyn yhtiöveropohjan luomiseksi yritysten EU :n laajuista toimintaa varten.
- Kukkonen, M. & Walden, R. (2010). *Konsernin verosuunnittelu*. WSOYpro Oy Helsinki
- Lang, M. (2014). Has the Case Law of the EJC on Final Losses Reached the End of the Line? *European taxation*, Numero 12, s. 530-540.
- Malmgrén, M. & Myrsky, M. (2020). *Elinkeinotulon verotus* (5., uudistettu painos). Helsinki: Alma Talent 2020.
- Malmgrén, M. (2008). *Oikeushenkilön asuinvaltio verotuksessa ja yrityksen kansainvälistyminen*. Edita 2008.

- Malmgrén, M. (2013). Tappioiden siirtyminen rajat ylittävissä tilanteissa. Edilex. Noudettu 2021-02-18 osoitteesta <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/10488.pdf>.
- Malmgrén, M. (2017). *Kansainvälinen henkilö- ja yritysverotus* (3., uudistettu painos). Alma 2017.
- Myrsky, M. (2011). *Ennakkopäätökset verotuksessa*. Talentum Media cop. 2011.
- Myrsky, M. (2013). *Suomen veropolitiikka*. Talentum 2013.
- Mäenpää, O. (2011). *Eurooppalainen hallinto-oikeus* (3., uudistettu painos). Talentum cop. 2011.
- Mähönen, J. & Seppo, V. (2009). *Osakeyhtiö. IV, Osakeyhtiö ja verotus*. Talentum 2009.
- Nuotio, V.P (2012). *Tappiontasaus tuloverotuksessa*. Talentum 2012.
- Nuotio, V.P. (2020). Uutta oikeuskäytäntöä tappiontasauksesta yleisseuraantotilanteissa. *Verotus*, Numero 3, s. 269-278.
- Ojanen, T. (2006). *EU-oikeuden perusteita*. Edita 2006.
- Ossa, J. (2020). *Yritystoiminnan verotus* (3., uudistettu painos). Kauppakamari 2020.
- Penttilä, S. (2009). Lopulliset tappiot – loputon ongelma? *Verotus*, Numero 5, s. 461-473.
- Penttilä, S. (2012). EU-oikeudelliset näkökohdat elinkeinoverolain yritysjärjestelysääntösten tulkinnassa. *Verotus*, Numero 1, s. 29-40.
- Penttilä, S. (2013). Tappioiden siirtyminen rajat ylittävissä sulautumisessa – KHO 2013:155. *Edilex*. Noudettu 2021-02-18 osoitteesta <http://www.edilex.fi/lakikirjasto/16078.pdf>
- Penttilä, S. (2019). Tappioiden siirtyminen sulautumisessa. Tilisanomat. Noudettu 2021-02-23 osoitteesta <https://tilisanomat.fi/lakiratkaisut-ja-suositukset/kho-ja-kvl-tuloverotus/tappiot-sulautuminen>
- Urpilainen, M. (2012). Vapaa liikkuvuus ja verosuvereniteetti Euroopan unionin sisämarkkinoilla. Lakimiesliiton kustannus 2012.
- Valtionvarainministeriö asettamispäätös VN/11897/2019. Konserniverotuksen uudistamista ja lopullisten tappioiden verokohtelua selvittävä työryhmä.
- Verohallinnon ohje 16.12.2020 dnro VH/8356/00.01.00/2019. Yritysjärjestelyt ja verotus -sulautuminen

Verohallinnon ohje 24.6.2020 dnro VH/2186/00.01.00/2020. Vahvistettu tappio ja omistajanvaihdos.

Verohallinto (2020). Verohallinnon tilastoja: Yritysten verovuoden tulos sekä yhteisöjen tuloverot verovuonna 2018. Noudettu 2020-12-1 osoitteesta https://www.vero.fi/tietoa-verohallinnosta/tilastot/yhteisoasiakkaiden_tuloverotilastoj/yhteisoasiakkaiden-tuloverotilastoja-verovuodelta-2018/verohallinnon-tilastoja-yritysten-verovuoden-tulos-seka-yhteisojen-tuloverot-verovuonna-2018/

Viitala, T., Tikka, K.S., Nykänen, O. & Juusela, J. (2000). *Yritysverotus I-II*. WSOYpro 2000- Sanoma Pro Talentum Media Alma Talent.

Viitala, T. (2020). Lausunto asiassa: HE 185/2020 vp Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä ja laiksi elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 18 a §:n muuttamisesta. Noudettu 22-03-2021 osoitteesta: <https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/JulkaisuMetatieto/Documents/EDK-2020-AK-331202.pdf>

Weckström, J. (2019). Rajat ylittävien tappioiden vähentäminen EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön valossa – missä mennään, tulisiko tappioiden lopullisuuden doktriinista luopua? *Verotus*, Numero 1, s. 18-32.

Wikström, K., Ossa, J. & Urpilainen M. (2015). *Vero-oikeuden yleiset opit*. Helsingin Kamari Oy 2015.

Äimä, K. (2003). *EY-oikeuden vaikutukset välittömään verotukseen*. Talentum, Lakimiesliiton kustannus 2003.

Oikeustapausluettelo

EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö

15.07.1964 Asia C-6/64	Costa v. ENEL	18 s.
12.11.1969 Asia C-29/69	Stauder	22 s.
20.02.1979 Asia C-120/78	Cassis de Dijon	23 s.
28.01.1986 Asia C-270/83	Komissio vastaan Ranska	15, 30 s.
26.04.1988 Asia C-325/85	Bond van Adveteerders	24 s.
19.11.1991 Asia C-6/90 & C-9/90	Francovich	19 s.
14.02.1995 Asia C-279/93	Schumacker	15 s.
30.11.1995 Asia C-55/94	Gebhard	23 s.
15.05.1997 Asia C-250/95	Futura	23-24 s.
05.06.1997 Asia C-398/95	SETTG	24 s.
29.04.1999 Asia C-311/97	Royal Bank of Scotland	15 s.
16.12.1999 Asia C-101/98	UDL	17 s.
13.01.2004 Asia C-453/00	Kühne & Heitz	28 s.
07.04.2005 Asia C-446/03	M.Poiares Maduro, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus	30 s.
13.12.2005 Asia C-446/03	Marks & Spencer	8-9, 14, 21, 24, 30-31, 42-47, 57, 61 s.
29.03.2007 Asia C-347/04	Rewe Zentralfinanz	17 s.
18.07.2007 Asia C-231/05	Oy AA	21, 31 s.
11.10.2007 Asia C-443/06	Hollman	29 s.
15.05.2008 Asia C-414/06	Lidl Belgium	24 s.
23.10.2008 Asia C-157/07	Krakenheim	22 s.
19.07.2012 Asia C-123/11	Juliane Kokott, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus	9, 57-58 s.
21.02.2013 Asia C-123/11	A Oy	55-61, 31 s.
07.11.2013 Asia C-322/11	K	48-49, 59 s.

03.02.2015 Asia C-172/13	Euroopan komissio vastaan Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta	47-49, 70-71 s.
17.12.2015 Asia C-388/14	Timac Agro Deutschland GmbH	47, 58 s.
21.06.2018 Asia C-480/16	Fidelity	24 s.
10.01.2019 Asia C-607/17	Juliane Kokott, julkisasiamiehe ratkaisuehdotus	52 s.
19.06.2019 Asia C-607/17	Memira Holding	31, 50-52, 60, 71 s.
19.06.2019 Asia C-608/17	Holmen AB	31, 50, 52, 60, 71 s.
 <i><u>Korkein hallinto-oikeus</u></i>		
30.11.1979 taltio 4953	KHO 1979-B-II-527	38 s.
26.05.1994 taltio 2438	KHO 1994-B-515	36-37 s.
19.12.1995 taltio 5249	KHO 1995-B-507	40 s.
06.11.2002 taltio 2804	KHO 2002:72	37 s.
09.05.2003 taltio 1140	KHO 2003:23	39 s.
27.03.2012 taltio 688	KHO 2012:23	35 s.
5.7.2013 taltio 2305	KHO 2013:126	40 s.
4.10.2013 taltio 3150	KHO 2013:155	54-61, 65, 71 s.
12.4.2019 taltio 1487	KHO 2019:51	36 s.
15.10.2019 taltio 4788	KHO 2019:131	37 s.
15.5.2020 taltio 2103	KHO 2020 :51	61-66, 72 s.
15.5.2020 taltio 2104 (ei julk.)		65-66 s.
15.5.2020 taltio 2015 (ei julk.)		65- 66 s.
15.5.2020 taltio 2106 (ei julk.)		65-66 s.
15.5.2020 taltio 2107 (ei julk.)		65-66 s.

Keskusverolautakunta

	KVL 1976/306	36 s.
12.9.2007	KVL 2007/38	26 s.
16.06.2020	KVL 2020/20	34 s.