



Vaasan yliopisto
UNIVERSITY OF VAASA

Julia Ranta

Mitä ovat lopulliset tappiot?

Tarkastelussa lopullisten tappioiden nykyinen oikeustila ja sen muodostuminen Suomen verojärjestelmässä

Laskentatoimen ja rahoituksen akateeminen yksikkö
Talousoikeuden pro gradu -tutkielma
Kauppatieteiden maisteriohjelma

Vaasa 2023

VAASAN YLIOPISTO**Laskentatoimen ja rahoituksen akateeminen yksikkö**

Tekijä:	Julia Ranta		
Tutkielman nimi:	Mitä ovat lopulliset tappiot?: Tarkastelussa lopullisten tappioiden nykyinen oikeustila ja sen muodostuminen Suomen verojärjestelmässä		
Tutkinto:	Kauppatieteiden maisteri		
Oppiaine:	Yritysverotus		
Työn ohjaaja:	Juha Lindgren		
Valmistumisvuosi:	2023	Sivumäärä:	86

TIIVISTELMÄ:

Tutkielmassa käsitellään Euroopan unionin tuomioistuimen C-446/03 Marks & Spencer -tuomiossa luotua lopullisten tappioiden käsitettä. Tutkielman menetelmä on oikeusdogmaattinen ja tutkielmassa pyritään siten selvittämään, mitä lopulliset tappiot ovat, millainen on voimassa olevan oikeuden tila ja miten siihen on päädytty. Lopullisten tappioiden käsitteeseen liittyy olennaisesti myös se, miten niiden olemassaolo voidaan näyttää toteen. Tutkielmassa etsitään siksi myös vastausta siihen, millaisissa olosuhteissa tappioiden vähentämistä vaativa yhtiö voi näyttää toteen niiden lopullisuuden.

EUT on tuonut esiin ja määritellyt lopullisten tappioiden käsitteen ensimmäistä kertaa Marks & Spencer -tuomiossa, jonka mukaan konserninsisäisen rajat ylittävän tappionsiirron rajoittaminen on sijoittautumisvapautta loukkaava järjestely, jolle ei ole hyväksyttäviä suhteellisuusperiaatteita noudattavia oikeuttamisperusteita siltä osin, kun kyse on lopullisista tappioista. Lopullisilla tappioilla tarkoitetaan yksinkertaistettuna tappiota, jossa tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikki tappion hyödyntämismahdollisuudet sen verotuksellisessa kotipaikassa ja muualla aiempina ja tulevina vuosina sekä kuluvana vuonna eikä myöskään kolmannella ole tai ole ollut mahdollisuutta hyödyntää tappioita.

Suomessa konserninsisäinen tappiontasaus on ollut mahdollista vuodesta 1987 lähtien konserniavustusta käyttäen. Konserniavustusjärjestelmän EU-oikeudenmukaisuus on kuitenkin kyseenalaistettu jo vuosia sitten, sillä konserniavustuslaissa (825/1986) edellytetään sekä avustuksen antajan että saajan olevan kotimaisia yhtiöitä. Vuonna 2019, lähes 15 vuotta Marks & Spencer -tuomion jälkeen, Euroopan komission aloittama rikkomusmenettely Suomea vastaan pakotti Suomea uudistamaan konserniverotuksen lainsäädäntöä siltä osin, kun kyse oli lopullisten tappioiden vähentämisen mahdollistamisesta. Suomen lainsäädännön saattamiseksi EU-oikeuden vaatimusten mukaiseksi säädettiin uusi laki Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön konsernivähennyksestä (1198/2020).

Lopullisten tappioiden käsite on ongelmallinen sen tarkasti määrittelemättömien vaatimusten vuoksi. Jotta tappio voitaisiin osoittaa lopulliseksi, on emoyhtiön tai vastaanottavan yhtiön näyttävä toteen tappioiden lopullisuus useasta eri näkökulmasta sekä usean vuoden ajalta. Käytännössä tappion lopulliseksi osoittaminen tarkoittaa, että on voitava näyttää toteen, että tappion hyödyntäminen on ollut ja on tulevaisuudessa mahdotonta. Asian ongelmallisuutta lisää se, että edellytykset tappion lopulliseksi katsomiselle ovat tiedossa EUT:n oikeuskäytäntöön ripoteltuina, mutta edellytyksiä ja konkreettista vaatimukset täyttävää tilannetta tosiseikkoineen ei ole yhdistetty oikeuskäytännössä. Suomen oikeuskäytännössä ei toistaiseksi ole ollut tapauksia, jossa tappion on katsottu olevan EU-oikeuden edellyttämällä tavalla lopullinen.

AVAINSANAT: Lopulliset tappiot, tappiontasaus, EU-oikeus, konserniverotus, konsernivähennys

Sisällys

1	Johdanto	5
1.1	Tutkimusaiheen kuvaus	5
1.2	Tutkielman tavoite	8
1.3	Tutkimusmenetelmä ja lähdeaineisto	9
1.4	Tutkielman rakenne ja rajaus	12
2	EU-oikeus lopullisten tappioiden käsitteen taustalla	14
2.1	EU-oikeuden lähteet ja tulkinta	14
2.2	EU-oikeuden asema ja tulkinta kansallisen lainsäädännön rinnalla	16
2.3	Suhteellisuusperiaate	19
2.4	Sijoittautumisvapaus ja sen rajoittaminen	21
2.4.1	Yleistä sijoittautumisvapaudesta	21
2.4.2	Sijoittautumisvapauden rajoittaminen	24
3	Lopullisten tappioiden käsitteen kehittyminen osaksi Suomen verolainsäädäntöä	27
3.1	Konserniavustuslaki konsernivähennyslain taustalla	27
3.2	Lopullisten tappioiden käsitteen synty Marks & Spencer -tuomiossa	30
3.3	Suomen konserniavustusjärjestelmä EUT:n arvioitavana tapauksessa Oy AA	34
3.4	Suomea vastaan käynnistetty rikkomusmenettely	40
3.5	Konsernivähennyssäätelyn tavoitteet ja riskit	42
3.6	Konsernivähennyksen osapuolet	44
4	Lopullisten tappioiden määritelmä ja muodot	48
4.1	Lopullisten tappioiden määritelmä	48
4.1.1	Tytäryhtiön on mahdotonta hyödyntää tappiota itse	50
4.1.2	Tappioiden hyödyntäminen on oikeudellisesti mahdollista	52
4.1.3	Tappiota on mahdotonta hyödyntää kolmannen osapuolen kautta	54
4.2	Kiinteiden toimipaikkojen lopulliset tappiot	56
4.3	Tytäryhtiön sulautumisessa siirtyvät lopulliset tappiot	60
5	Tappioiden lopullisuuden osoittaminen	68
6	Yhteenvedo	76

Lyhenteet

ETA	Euroopan talousalue
EY	Euroopan yhteisö
EU	Euroopan unioni
EU-oikeus	Euroopan unionin oikeus
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EVL	Laki elinkeinotulon verottamisesta 24.6.1968/360
HE	Hallituksen esitys
KHO	Korkein hallinto-oikeus
Konserniavustuslaki	Laki konserniavustuksesta verotuksessa 21.11.1986/825
KonsAvL	Laki konserniavustuksesta verotuksessa 21.11.1986/825
Konsernivähennyslaki	Laki Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä 30.12.2020/1198
KVL	Keskusverolautakunta
OYL	Osakeyhtiölaki 21.7.2006/624
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
TVL	Tuloverolaki 30.12.1992/1535
Yritysjärjestelydirektiivi	Neuvoston direktiivi 2009/133/EY

1 Johdanto

1.1 Tutkimusaiheen kuvaus

Yritystoiminnan kehitys valtioiden rajat ylittäväksi on aiheuttanut muutospaineita Suomen verojärjestelmään. Verolainsäädäntöä on tullut vuosien varrella muokata huomioidaan myös kansainvälisiä tilanteita sekä erilaisia yritysmuotoja. Yrityksen kansainvälisyydessä on pohdittava sitä, millä tavalla toisissa valtioissa yritystoimintaa kannattaisi harjoittaa. Usein ulkomaille perustetaan tytäryhtiö tai kiinteä toimipaikka. Tytäryhtiötä perustettaessa muodostuu myös konserni. Konserni muodostaa yhden taloudellisen kokonaisuuden, mutta jokaista konsernin yhtiötä verotetaan Suomessa kuitenkin erillisenä verovelvollisena. Tämä perustuu näkökulmaan siitä, että konsernin yhtiöt ovat oikeudellisesti itsenäisiä subjekteja.

Euroopan unionin sisämarkkinat pyrkivät varmistamaan sujuvan yritystoiminnan Euroopan sisällä jäsenvaltioiden rajat ylittävissä tilanteissa. Sisämarkkinoiden toimivuus perustuu Euroopan unionin perustamissopimuksessa määriteltyihin neljään vapauteen: tavaroiden, palveluiden, pääomien ja henkilöiden vapaaseen liikkuvuuteen¹. Sijoittautumisvapaus ja palveluiden tarjoamisen vapaus mahdollistavat elinkeinon- ja ammatinharjoittajille sekä oikeushenkilöille vapauden tarjota ja suorittaa palveluita kaikissa jäsenvaltioissa². Euroopan unionin jäsenvaltioilla on velvollisuus toteuttaa perustamissopimuksen määräyksiä, mutta perustamissopimuksen käytännön soveltaminen jatkuvasti kehittyvään yritystoimintaan ja käytännön tilanteisiin aiheuttaa välillä tulkintakysymyksiä.

Suomen konserniverotusjärjestelmä kohtelee konsernin yhtiöitä erillisinä verovelvollisina, joten voi olla mahdollista, että toiset yhtiöt konsernissa ovat tappiollisia ja toiset voitollisia. Mahdollisuus tappioiden tasaamiseen niiden syntyvuoden verotuksessa on

¹ Työ- ja elinkeinoministeriö, n.d.

² Euroopan parlamentti, 12/2021.

merkittävä asia, sillä jos tappioita ei voitaisi tasata konserniyhtiöiden välillä verovuoden aikana, aiheuttaisi se konsernille monia epäedullisia tilanteita. Voitollinen yhtiö joutuisi maksamaan verot voitosta ja tappiollisen yhtiön tappio jäisi sille kuluvarannoksi odottamaan mahdollisia myöhempiä voittoja. Tappion käyttäminen vasta myöhemminä vuosina on myös konsernille korkohaitta. Tappion käytön rajoituksista ajallisesti tai omistajanvaihdosten vuoksi on myös mahdollista, että tappio saattaa jäädä kokonaan tai osittain käyttämättä ja yhtiön kokonaisverorasitus kasvaa.³ Konsernin yhtiöiden välillä tapahtuva tappiontasaus on etu, jossa korostuu ajatus konsernin kohtelusta yhtenä taloudellisena kokonaisuutena.

Konsernin sisällä tappioiden siirtämismahdollisuudet yhtiöltä toiselle vaihtelevat valtiotain. Mahdollisuudet tappionsiirtoon on ryhmitelty konserniavustusjärjestelmiin, konsernin tappiontasausjärjestelmiin sekä konsernin yhteisverotukseen. Konserniavustusjärjestelmässä yhtiöt voivat siirtää tietyin edellytyksin konsernin sisällä tulostaan toisille yhtiöille. Suomessa käytössä konserniavustus kuuluu tähän ryhmään. Yleensä konserniavustusjärjestelmissä edellytetään varojen tosiasiallista siirtämistä taikka vähintään kirjaamista yhtiöiden kirjanpidossa saamiseksi ja velaksi. Konsernin tappiontasausjärjestelmässä tappio voidaan siirtää konserniyhtiöltä toiselle niin, että tappio vähennetään toisen tuloksesta eikä tappiota tehnyt yhtiö pysty itse käyttämään tappiota. Konsernin yhteisverotusjärjestelmässä konsernin tulokset ja tappiot lasketaan yhteen muodostaen konsernin kokonaistulos. Kokonaistulos muodostetaan jonkun konsernin yhtiön, yleensä emoyhtiön, alle ja tätä yhtiötä verotetaan konsernin lopullisesta kokonaistuloksesta.⁴

Konsernin sisäinen tappiontasaus on ollut Suomessa kotimaisten yhtiöiden kesken mahdollista konserniavustuksen avulla jo verovuodesta 1987 lähtien, kun laki konserniavustuksesta verotuksessa (825/1986) on tullut voimaan. Konserniavustuslain 3 §:n mukaan konserniavustuksen antaminen on mahdollista vain tilanteessa, jossa sen antaja ja saaja ovat molemmat kotimaisia yhtiöitä. Konsernit, joissa on yrityksiä useassa eri valtiossa

³ Malmgren, 2013, s. 147.

⁴ Malmgren, 2013, s. 148.

eivät täten voi käyttää konserniavustusta jäsenvaltioiden rajat ylittävästi tappioiden siirtämiseen. Vaikka tappiontasauksen toteuttamistapa riippuu valtiosta, tulee tavan olla kuitenkin EU-oikeuden kanssa yhteensopiva.

Euroopan komissio käynnisti vuoden 2019 maaliskuussa rikkomusmenettelyn Suomea vastaan. Syynä menettelylle oli, että KonsAvL 3 §:n yhtiöiden kotimaisuusvatimusta pidettiin sijoittautumisvapauden vastaisena, kun niin sanottujen lopullisten tappioiden vähentäminen ei ollut sallittua rajat ylittävissä tilanteissa. Lopullisten tappioiden vähentämismahdollisuuden puuttuminen rajat ylittäviltä tilanteilta asetti eri jäsenvaltioissa olevat konserniyhtiöt epätasa-arvoiseen asemaan vailla hyväksyttävää ja oikeasuhteista perustetta.⁵ Sijoittautumisvapauden loukkauksen toteamisen taustalla oli useita EUT:n tuomioita, joissa on käsitelty rajat ylittävää tappiontasausta sijoittautumisvapauden näkökulmasta. Merkittävä ja asiassa ensimmäinen tuomio on C-446/03 Marks & Spencer, joka nosti esiin kokonaan uuden käsitteen, lopulliset tappiot. Mikäli emoyhtiö pystyy osoittamaan tytäryhtiöllään käyttämättä olevien tappioiden olevan Marks & Spencer -tuomiossa tarkoitetulla tavalla lopullisia, on EUT:n mukaan suhteellisuusperiaatteen vastaista evätä niiden vähentäminen, vaikka muita tappioita koskien sijoittautumisvapauden rajoitus olisikin hyväksyttävä.

Rikkomusmenettelyn seurauksena Suomella oli velvollisuus uudistaa konserniverolainsäädäntöään ja säädettiin laki Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä (1198/2020), jossa mahdollistettiin rajat ylittävien tappioiden vähentäminen tilanteessa, jossa on EUT:n oikeuskäytännössä määritellyn mukaisesti kyse lopullisista tappioista. Tappion lopulliseksi katsomisen edellytyksiä ja niiden vähennysoikeuden soveltamisedellytyksiä on käsitelty ennen lain säätämistä usean vuoden ajan oikeuskirjallisuudessa. Konsernivähennyslakia kuitenkin sovelletaan ensimmäisen kerran vuoden 2021 verotuksessa, joten lopullisten tappioiden käsitteen tarkastelu ei voi olla tämän ajankohtaisempaa.

⁵ HE 185/2020 vp., luku 2.5.

Lopullisen tappion käsite on varsin uusi Suomen vero-oikeudessa eikä oikeuskäytäntöä ole kuin muutamalta vuodelta. Lopullisten tappioiden käsite on mielenkiintoinen, sillä kotimaiseen verolainsäädäntöömme sisällytettynä se on kuitenkin tiiviisti yhteydessä EU-oikeuteen. EUT:n tuomioilla on merkittävä asema tappioiden lopullisuuden arvioinnissa, sillä käsite ja sen sisältö on EUT:n tuomioiden luoma ja KHO on perustellut vahvasti EUT:n päätösten kautta lopullisiin tappioihin liittyviä tuomioitaan. Erityisesti tässä vaiheessa, kun asiaan liittyvä kotimainen lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö on erittäin tuoretta, ei EUT:n asemaa tarkastelussa voida sivuuttaa.

Kokonaisuudessaan EUT on antanut lopullisista tappioista useita tuomioita. Tuomiot koskevat konserniverotusta⁶, rajat ylittävissä sulautumisissa tapahtuvaa lopullisten tappioiden siirtämistä⁷ sekä ulkomaisen kiinteän toimipaikan tappioita⁸. Tappioiden lopulliseksi osoittaminen vaatii emoyhtiöltä merkittävää panostusta, sillä sen tulee pystyä osoittamaan, ettei tytäryhtiö tai kolmas ole voinut tai pysty tulevaisuudessa käyttämään tappioita hyödykseen. Emoyhtiöön kohdistuvan näyttötaakan voidaan katsoa olevan suuri, mutta vähintään yhtä suuri kysymysmerkki on myös se, miten käytännössä lopullisten tappioiden todeksi osoittaminen on mahdollista.

1.2 Tutkielman tavoite

Tutkielman tavoite voidaan tiivistää kahteen tutkimuskysymykseen:

- Mitä lopullisella tappiolla tarkoitetaan?
- Millaisia olosuhteita tappion lopulliseksi katsominen edellyttää?

Tutkielman tavoitteena on tutkimuskysymysten kautta selvittää, millainen vaikutus lopullisilla tappioilla on Suomen verojärjestelmässä. Vastaus löydetään tutkimalla, millaisia

⁶ Ks. esim. C-446/03 Marks & Spencer, C-172/13 Komissio vs. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta ja C-608/17 Holmen.

⁷ Ks. esim. C-123/11 A Oy ja C-607/17 Memira Holding.

⁸ Ks. esim. C-414/06, Lidl Belgium; C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee; C-48/13, Nordea Bank; C-388/14, Timac Agro, ja C-650/16, A/S Bevola ja Trock.

edellytyksiä tappion lopullisuuteen liittyy ja millaisessa tilanteessa lopullisia tappioita voidaan käytännössä päästä hyödyntämään suomalaisen yrityksen verotuksessa. Keskeistä lopullisten tappioiden käsitteen ymmärtämisessä on myös hahmottaa mille pohjalle käsite on rakennettu ja mitkä asiat ovat vaikuttaneet käsitteen Suomen lainsäädäntöön implementoinnissa.

Lopullisen tappion määritelmään liittyy olennaisesti sijoittautumisvapaus ja sen rajoittaminen, sillä lopulliset tappiot EUT:n näkemyksen mukaan poikkeus, jossa tappio tulisi saada siirtää rajat ylittävässä tilanteessa. Täten tutkielmassa syvennytään myös siihen, mitä sijoittautumisvapaudella tarkoitetaan sekä miten sitä voidaan rajoittaa ja rajoituksen hyväksyttävyyttä arvioida.

1.3 Tutkimusmenetelmä ja lähdeaineisto

Tutkielmassa käytetty tutkimusmetodi vero-oikeuden tutkimuksessa vallalla oleva oikeusdogmaattinen eli lainopillinen menetelmä. Oikeusdogmaattisen tutkimuksen tavoitteet voidaan jakaa tulkinta- ja systematisointitehtäviin. Tulkintatehtävä on tutkimuksen ensisijainen tavoite, jonka näkökulmasta oikeusdogmaattisen tutkimuksen tarkoituksena on selvittää voimassa olevan oikeuden tila ja löytää ratkaisuja oikeusnormien tulkinta-ongelmiin. Systematisointitehtävällä pyritään jatkamaan lainsäätäjän työtä ja saamaan aikaan selkeämpi kokonaisuus oikeudellisesta lähdemateriaalista.⁹ Koska lopullisten tappioiden vähentäminen on Suomen lainsäädännössä tuore aihe, mutta EUT:n oikeuskäytäntöä on paljon, on perusteltua lähteä tutkimaan aihetta selvittämällä voimassa olevaa oikeustilaa Suomea vahvasti velvoittavan EU-oikeuden kautta. Aiheen tuoreudesta aiheutuu myös se, että KHO:n tuomioissa on tukeuduttu tiukasti EUT:n oikeuskäytännössä esitettyihin perusteluihin.

⁹ Myrsky, 2011, s. 49–50 ja s. 181.

Tutkielman aineisto valikoidaan ensisijaisesti oikeuslähdeopin avulla, josta yleisimmässä tavassa oikeuslähteet jaetaan vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin sen mukaan, millainen merkitys ja painoarvo laintulkinnassa oikeuslähteelle tulisi antaa. Oikeuslähdeoppi myös ohjaa laintulkitsijaa asettamaan oikeuslähteet keskenään etusijajärjestykseen. Tätä suomalaisessa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa omaksuttua oppia kutsutaan *peczenikiläis-aarniolaiseksi oikeuslähdeopiksi*. Jaottelu vahvasti ja heikosti velvoittaviin oikeuslähteisiin on saanut vuosien varrella kritiikkiä, mutta se on edelleen suuri merkitys oikeuslähteiden systematisoinnissa.¹⁰ Aarnio on esittänyt ensimmäiset käsitykset oikeuslähdeopistaan jo viime vuosituhannen puolella, joten on luonnollista, että oikeuslähteiden kategorioiden sisältö on vaatinut päivittämistä muun muassa Suomen liittyttyä Euroopan unionin jäseneksi¹¹. Oikeuslähdeopin kantava idea velvoittavuuden mukaan jaottelussa on kuitenkin säilynyt. Vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden, kuten Euroopan unionin oikeuden ja lain, noudattaminen on lainkäyttäjälle pakollista, heikosti velvoittaviin oikeuslähteisiin, kuten hallituksen esityksiin, tukeutuminen lisää laintulkinnan oikeudellista vakuuttavuutta ja sallitut oikeuslähteet, kuten reaaliset argumentit, vahvistavat tulkinnan perusteluja.¹²

Tutkielman aineistona käytetään lainsäädäntöä, lainvalmisteluaineistoa, oikeuskirjallisuutta, vero-oikeuden alan artikkeleita sekä oikeuskäytäntöä. Oikeuskäytännöllä on vero-oikeudessa korostettu merkitys oikeuslähteiden joukossa, jonka vuoksi ne on huomioitu keskeisenä lähdeaineistona myös tässä tutkielmassa. Oikeuskäytännön avulla voidaan havaita, miten voimassa olevan oikeuden mukaan lakia on tarkoitus tulkita. Lisäksi saadaan täsmällisempi käsitys ratkaisulinjasta tai sen puuttumisesta sekä vallitsevasta oikeustilasta.¹³

Oikeuskäytäntöä, erityisesti KHO:n ratkaisuita, lähteenä käytettäessä on kuitenkin muistettava, että oikeuden käsittely eivät sisällä ainoastaan oikeudellisten ongelmien

¹⁰ Määttä & Paso, 2022, s. 16.

¹¹ Aarnio, 2006, s. 291–292.

¹² Karhu, 2003, s. 792; Aarnio, 2006, s. 292.

¹³ Myrsky, 2011, s. 53–54.

ratkaisua, vaan käsittelyssä ovat yhteisvaikutuksessa lainsäädäntö, esitetty aineisto sekä argumentointi. Asiassa on ratkaistava usein se, mikä on relevantti oikeustositseikka ja millainen vaikutus sillä on sovellettavan normin kannalta. Oikeuslähteet ja tapaukseen liittyvät faktat siis vaikuttavat toisiinsa ja ovat täten toisiinsa sidottuja.¹⁴

Tutkielman ydinaineistoa on erityisesti Euroopan unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisut. Lopullisten tappioiden määritelmä ja arvioinnin edellytykset on luotu EUT:n tuomioissa, joten myös kotimainen lopullisia tappioita koskeva oikeuskäytäntö nojautuu EUT:n määrittelemien perusteiden varaan. Ainoastaan EUT:n oikeuskäytännön kautta voidaan todella selvittää lopullisten tappioiden käsitteeseen liittyvät lähtökohdat. Myös tutkielmassa käytetty vero-oikeudellinen kirjallisuus ja lainopilliset artikkelit pohjautuvat hyvin pitkälti EUT:n ratkaisuihin ja niistä tehtyihin tulkintoihin, joten EUT:n ratkaisujen roolia ei voi korostaa liikaa. EUT:n oikeuskäytäntö on myös oikeuslähdeopillisesti korkeassa asemassa, sillä se on vahvasti velvoittavaa ja sillä on ensisijaisuusperiaatteen mukaisesti etusija kansalliseen lainsäädäntöön nähden normien ristiriitatilanteessa¹⁵. EUT:n ratkaisut sisältävät kuitenkin usein tulkinnanvaraisia seikkoja eikä kaikkeen anneta suoraa vastausta. Tämän vuoksi tutkielmassa on välttämätöntä etsiä ratkaisuja tutkimuskysymyksiin täydentävistä oikeuslähteistä ja tulkita EU-oikeutta kansallisen lainsäädännön kautta.

Koska tutkielmassa keskitytään lopullisten tappioiden käsitteeseen erityisesti Suomen vero-oikeudessa, on perusteltua käyttää lähteenä myös kansallista lainsäädäntöä sekä siihen liittyvää lainvalmisteluaineistoa. Lainvalmisteluaineiston avulla voimme saada selville lainsäätäjän tahdon eli sen, mihin lainsäädännöllä on pyritty.¹⁶

¹⁴ Myrsky, 2011, s. 24–25.

¹⁵ Myrsky, 2011, s. 28.

¹⁶ Myrsky, 2011, s. 40.

1.4 Tutkielman rakenne ja rajaus

Tutkielman käsittely on rajattu käsittelemään rajat ylittäviä tilanteita koskevaa lopullisen tappion käsitettä ja sen vaikutuksia yksinomaan Suomen verojärjestelmässä. Tutkielman rakenteella on kuitenkin pyritty saavuttamaan mahdollisimman kattava ymmärrys lopullisten tappioiden taustasta, nykyisestä oikeustilasta ja sen muodostumisesta Suomen verojärjestelmässä. Tutkielmasta on rajattu pois lopullisten tappioiden käsittely muiden jäsenvaltioiden verojärjestelmissä lukuun ottamatta muutamaa tilannetta, jossa se on oikeustapauksen kannalta relevanttia. Tutkielmasta on myös rajattu pois lopullisista tappioista muodostuvan konsernivähennyksen määrän laskeminen.

Tutkielma koostuu kuudesta eri pääluvusta. Tutkielma alkaa johdannolla, jossa esitellään tutkittavan aiheen taustaa, tutkimuskysymykset sekä käytettävä aineisto ja tutkielman rakenne. Toisessa pääluvussa keskitytään käsittelemään EU-oikeutta lopullisten tappioiden käsitteen taustalla. Luvussa käsitellään EU-oikeuden oikeuslähteitä ja niiden merkitystä sekä soveltamista kansallisen lainsäädännön rinnalla. Oikeuslähteistä tarkastelussa on erityisesti suhteellisuusperiaate, joka on keskeisessä roolissa lopullisia tappioita koskevissa EUT:n ratkaisuisissa. Luvussa käsitellään myös lopullisten tappioiden käsitteen syntyyn vaikuttanutta SEUT 49 artiklassa säädettyä sijoittautumisvapautta sekä sen rajoittamisen edellytyksiä ja hyväksyttävyyden arviointia. Sijoittautumisvapaus on lopullisten tappioiden vähennysoikeuden taustalla oleva perusoikeus, jonka mukaan puhtaasti kotimaisia ja ulkomaisia järjestelyjä on kohdeltava samalla tavalla, elleivät ne ole objektiivisesti tarkasteltuna erilaisessa asemassa ja erilaiselle kohtelulle on olemassa hyväksyttävät sekä oikeasuhtaiset oikeuttamisperusteet.

Kolmannessa pääluvun alussa käsitellään aikaa ennen konsernivähennyslain säätämistä konserniavustuksen ollessa ainoa konsernin sisäinen tappiontasauskeino. Luvussa syvennytään myös C-446/03 Marks & Spencer tuomioon, jossa EUT toi esiin ja määritteli ensimmäistä kertaa lopullisten tappioiden käsitteen sekä Suomen konserniavustusjärjestelmästä annettuun C-231/05 Oy AA tuomioon, joka pohjautui pitkälti ensimmäisenä mainittuun tapaukseen. EUT ei kuitenkaan nostanut Oy AA:n ratkaisussa esiin lopullisten

tappioiden käsitettä. Luvussa käsitellään lisäksi EU:n komission Suomea vastaan käynnistämää rikkomusmenettelyä sekä sen seurauksena luodun konsernivähennyslain tavoitteita, riskejä ja osapuolia.

Neljäs pääluku keskittyy vastaamaan suoraan siihen, miten lopullisten tappioiden käsite voidaan määritellä ja millaisissa tilanteissa tappioiden lopullisuudesta voi olla kyse. Lopullisten tappioiden määritelmää lähdetään selkeyden vuoksi purkamaan osiin käsittelemällä aluksi Suomen konsernivähennyslainsäädännön eli toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön lopullisten tappioiden vähentämiseen emoyhtiön verotuksessa konsernivähennyksenä. Lopullisten tappioiden käsitettä laajennetaan sen jälkeen koskemaan myös EU-oikeuden mahdollistamia kiinteisiin toimipaikkoihin ja sulautumisiin liittyviä tappioiden siirtoja. Viides pääluku keskittyy tappioiden lopullisuuden osoittamiseen ja vaadittavan näytön pohdintaan. Kuudes luku on yhteenveto, jossa tutkimuskysymysten vastaukset ja niistä tehdyt päätelmät esitetään.

2 EU-oikeus lopullisten tappioiden käsitteen taustalla

2.1 EU-oikeuden lähteet ja tulkinta

EU-vero-oikeuden normien taustalla on EU:n päämäärien, kuten toimivien sisämarkkinoiden, tasapainoisen talouskasvun ja hintavakauden, varmistaminen¹⁷. Tämä tapahtuu perustamissopimuksessa muun muassa pääoman, henkilöiden, tavaroiden ja palveluiden vapaan liikkuvuuden varmistamisella ja niihin kohdistuvien veroesteiden poistamisella jäsenvaltioiden väliltä. EU:n päämäärien toteutumisen varmistamiseksi jäsenvaltioiden lainsäädäntöä voidaan yhtenäistää unionin toimesta tarpeen mukaan. Verolainsäädännön integraatio voi olla joko negatiivista tai positiivista. Näistä ensimmäisellä tarkoitetaan EU-oikeuden säännösten vastaisen lainsäädännön poistamista jäsenvaltion toimesta, kun taas positiivinen integraatio tarkoittaa unionin aloitteesta tapahtuvaa verolainsäädännön yhdenmukaistamista esimerkiksi direktiivien tai asetusten avulla.¹⁸

EU-oikeuden lähteet jaetaan primaarioikeuteen ja sekundaarioikeuteen eli unionin johdettuun oikeuteen¹⁹. Primaarioikeus on Euroopan unionin ylintä oikeutta, joka luo perustan unionin toiminnalle. Primaarioikeuteen kuuluvat unionin perustamissopimukset, perustamissopimusten pöytäkirjat, liittymissopimukset, Euroopan unionin perusoikeuskirja sekä EU-oikeuden yleiset oikeusperiaatteet²⁰. Primaarioikeus on siis sopimuksia, jotka jäsenvaltiot ovat keskenään solmineet unionin perustamiseksi ja mihin unionin toiminta perustuu.²¹

EU-oikeudelliset oikeusperiaatteet ovat niin EU-vero-oikeuden kehityksen, soveltamisen kuin tulkinnan kannalta erittäin keskeisiä oikeuslähteitä. EU-vero-oikeuden oikeusperiaatteiden perustana voidaan nähdä joukko perusperiaatteita, jotka ovat tuttuja niin

¹⁷ Euroopan unioni, n.d.

¹⁸ Helminen, 2021.

¹⁹ Euroopan parlamentti, 10/2021.

²⁰ Helminen, 2021.

²¹ Raitio & Tuominen, 2020, s. 72.

Euroopan ihmisoikeussopimuksesta kuin jäsenvaltioiden perustuslaeista sekä rakenteellisia periaatteita, jotka määrittelevät unionin suhdetta jäsenvaltioihin. Peruseriaatteista mainittakoon esimerkiksi vapaus, syrjinnän kieltä, yksityisyyden ja omaisuuden suoja, oikeusvaltioperiaate, kansanvalta, tasa-arvo ja perus- ja ihmisoikeuksien suoja. Rakenteellisia periaatteita taas ovat esimerkiksi suora sovellettavuus, välitön vaikutus, ensisijaisuus ja autonomisuus. EU-oikeudessa vaikuttaa myös joukko hallinnollisia ja prosessuaalisia periaatteita, kuten kuulemisperiaate, luottamuksensuoja ja oikeusvarmuus.²²

Eri oikeuseriaatteiden painoarvo vaihtelee merkittävästi, mutta periaatelähtöinen argumentaatio on EU-oikeuden laintulkinnassa kuitenkin korostetussa roolissa kotimaiseen oikeuteen verrattuna. Oikeuseriaatteiden luonteeseen kuuluu, että ne eivät voi suoraan olla toistensa kanssa loogisessa ristiriidassa, toisin kuin oikeusnormit, joten ne eivät sovellettaessa suoraan sulje toisiaan pois. EUT:n ennakkoratkaisut sisältävät paljon erilaisiin periaatteisiin ja tavoitteisiin liittyvää argumentaatiota, jotka ovat yhteydessä perustamissopimuksen määräyksiin.²³ Periaate voi olla vaikutukseltaan muun muassa lainsäätämisperiaate, laintulkintaperiaate tai niiden väliltä. Lainsäätämisperiaatteella tarkoitetaan, että kyseessä on lakiin kirjoitettu periaate, jonka mukaan kyseistä lakia on säädetty. Laintulkintaperiaatteella taas tarkoitetaan periaatetta, jonka mukaan kyseistä laki on tulkittava. On kuitenkin olemassa periaatteita, joilla on sekä lainsäätämisen että laintulkintaperiaatteen piirteitä. Näistä mainittakoon neutraliteettiperiaate, joka voidaan nähdä molempien tyyppien periaatteena sekä kokonaisemman ymmärryksen luoja jana lain tulkinnan ja säätämisen välillä.²⁴

Sekundaarioikeuteen kuuluvat perustamissopimusten valtuutuksen perusteella EU:n toimielinten antamat direktiivit ja asetukset. Sekundaarioikeudesta käytetään joskus termiä johdettu oikeus, sillä sekundaarioikeuden normit on johdettu primaarioikeudesta EU:lle annetun toimivallan perusteella.²⁵ Asetukset ovat jäsenvaltioissa välittömästi

²² Helminen, 2021.

²³ Raitio, 2013, s. 224–225.

²⁴ Määttä, 2013, s. 189.

²⁵ Raitio & Tuominen, 2020, s. 72–73.

sellaisenaan samanlaisena voimaantulevia säädöksiä²⁶. Direktiivit ovat välittömästi jäsenvaltioita sitovia lainsäädäntövelvoitteita, joiden määräykset jäsenvaltion on määräajassa implementoitava omaan lainsäädäntöönsä sekä varmistettava direktiivin saavan täyden vaikutuksen käyttäen SEUT 288 artiklan mukaisesti jäsenvaltion viranomaisten valitsemia keinoja ja muotoa. Jäsenvaltiolle on direktiivin implementoinnissa asetettu tietyt tavoitteet ja vaatimukset, jotka sen tulee toteuttaa, mutta jäsenvaltio saa päättää itsenäisesti direktiivin täytäntöönpanevan lainsäädännön yksityiskohdista.²⁷ Unioni on valtuutettu antamaan direktiivejä SEUT 115 artiklan nojalla yksimielisellä päätöksellä sellaisista kansallisen lainsäädännön määräyksistä, jotka vaikuttavat välittömästi sisämarkkinoiden toteutumiseen ja toimintaan.

2.2 EU-oikeuden asema ja tulkinta kansallisen lainsäädännön rinnalla

EU-jäsenyydestä ja solmituista kansainvälisistä sopimuksista aiheutuvat velvoitteet luovat Suomelle lainsäädäntövelvoitteita ja ovat laajasti muokanneet oikeusjärjestelmämme normihierarkiaa. Suomi ei kuitenkaan ole luopunut lain säätämisen suvereniteetistaan kansainvälisen verotuksen suhteen kokonaan, vaan EU:n vero-oikeudella ohjataan kuitenkin jäsenvaltioiden verolainsäädäntöä ainoastaan siinä määrin kuin se on välttämätöntä unionin tavoitteiden toiminnan kannalta. Tätä kutsutaan toissijaisuusperiaatteeksi.²⁸

Jäsenvaltioiden on tulkittava lainsäädäntöään ja verosopimuksiaan EU-oikeuden mukaisesti johtuen EU-oikeuden etusijasta sekä SEUT 4 artiklan lojaliteettivelvoitteesta²⁹. EU-oikeus on etusijalla kansalliseen lainsäädäntöön nähden, vaikka siitä ei ole olemassa nimenomaista säännöstä. EUT:n ratkaisukäytännöstä³⁰ periaate käy kuitenkin selvästi ilmi. Etusijaperiaate koskee laajasti niin EU:n perustamissopimuksia kuin direktiivejä.

²⁶ Myrsky, 2011, s. 27.

²⁷ Helminen, 2021.

²⁸ Helminen, 2021.

²⁹ Helminen, 2021.

³⁰ Ks. esim. C-314/08 Filipiak, kohdat 81–85.

Käytännössä EU-oikeuden etusijasta seuraa, että EU-oikeuden normi syrjäyttää minkä tahansa sen kanssa ristiriidassa olevan kansallisen lainsäädännön normin, riippumatta yleisistä *lex specialis* ja *lex posterior* -kollisionormeista. EU-oikeuden etusija koskee myös tilannetta, jossa kansallinen normi olisi säädetty perustuslain säätämisyjärjestyksessä. Normien ristiriitatilanteessa jäsenvaltiolla on velvollisuus muuttaa lainsäädäntönsä EU-oikeuden mukaisiksi.³¹ Kansallisen oikeusjärjestelmän ollessa ristiriidassa unionin oikeuden kanssa, EU-oikeuden vilpittömän yhteistyön periaate on korostetussa asemassa ja konkretisoituu jäsenvaltion velvollisuutena ryhtyä toimiin ristiriidan poistamiseksi³².

EU-oikeuden erityispiirre on sen välitön vaikutus ja suora sovellettavuus eli se on osa jokaisen jäsenvaltion oikeusjärjestystä ilman erillisiä kansallisia lainsäädäntötoimia. EU-oikeus aiheuttaa siis automaattisesti oikeuksia ja velvollisuuksia jäsenvaltioille ja niiden kansalaisille sekä EU:n toimielimille. EU-oikeuden välitön vaikutus aiheuttaa sen, että kansallisessa tuomioistuimessa voidaan vedota välittömästi vaikuttavaan periaatteeseen. EU-oikeuden ensisijaisuus, suora sovellettavuus ja välitön vaikutus liittyvät keskeisesti toisiinsa. Voidaan ajatella, että ensisijaisuusperiaatteella mahdollistuu EU-oikeuden suora sovellettavuus ja välitön vaikutus. Siten voidaan ajatella myös välittömän oikeusvaikutuksen edellyttävän ensisijaisuusperiaatetta ja suoran sovellettavuutta.³³

EU-oikeuden tulkinnassa oikeuslähteiden käyttö ja niille annettu merkitys eroaa pohjoismaisesta tavasta³⁴. Eurooppaoikeuden tulkinnassa on olennaista sen jatkuva vuorovaikutteisuus perustamissopimusten, sekundaarinormien ja EUT:n oikeuskäytännön välillä. Tulkinnan suunnannäyttäjänä toimii EUT:n oikeuskäytäntö, jolle on vakiintunut huomattava merkitys, vaikka ennakkoratkaisu onkin sitova vain sen pyytäjälle. EUT:n ennakkoratkaisu nähdään lainsoveltajien keskuudessa sitovana oikeusohjeena pidettävänä EU-oikeuden tulkinnan kannanottona, joka ohjaa tehokkaasti lainkäyttötoimintaa.³⁵ EUT:n

³¹ Helminen, 2021.

³² Raitio & Tuominen, 2020, s. 207.

³³ Raitio & Tuominen, 2020, s. 241–242.

³⁴ Helminen, 2021.

³⁵ Raitio & Tuominen, 2020, s. 74–75.

ennakkoratkaisujen merkitystä nostaa myös se, että yhteisön oikeus on etusijalla kansalliseen oikeuteen verrattuna. EU-oikeuden normien väljän muotoilun on myös katsottu olleen osasy sille, miksi EUT:n ratkaisuille on syntynyt niin korostunut merkitys. EUT:n tulkintaratkaisuisa korostuu teleologinen eli tavoitteet, kuten sisämarkkinoiden toimivuuden toteutumisen, huomioon ottava tulkintatapa.³⁶

Eurooppaoikeuden laintulkinnassa oikeusperiaatteisiin nojautuvalla argumentaatiolla on merkittävä rooli³⁷. Yleisiä oikeusperiaatteita käytetään usein apuna EU:n primaari- ja sekundaarioikeuden tulkinnassa³⁸. Oikeusperiaatteille on ominaista, ettei niiden soveltuvuutta voida usein tarkasti määrittää, vaan ne soveltuvat tilanteisiin enemmän tai vähemmän, joten ne eivät ristiriitatilanteissa sulje toisiaan täysin pois. Oikeusperiaatteiden ristiriitaa varten ei myöskään ole olemassa kollisionormeja, ja niiden soveltamiseen liittyy aina kokonaisharkintaa.

Yleisellä tasolla lain tulkintaongelmissa on yleensä kyse siitä, ettei tiedetä, miten verolainkohdan voidaan tulkita soveltuvan yksittäistapaukseen. Tulkintaongelmissa tulee palata oikeuslähdeopin äärelle ja tunnistaa, mitä oikeuslähteitä tapauksessa on ja missä järjestyksessä niitä on sovellettava. Normit voidaan oikeuskirjallisuudessa jaotella tarkkarajaisiin ja joustaviin.³⁹ Tarkkarajainen normi ei anna lainsäätäjälle tulkintavaraa yhtä paljon kuin joustava normi, jossa valta lain tulkinnasta jää suurelta osin sen soveltajalle. Kaikki normit ovat kuitenkin enemmän tai vähemmän joustavia, sillä täydellistä lakia ei ole olemassa. Tälle syynä on esimerkiksi erilaisten maailmantilojen ja yksilöllisten olosuhteiden runsaus, oikeuden dynaamisuus sekä lainkiertämisen estäminen. Moni normeista voidaan nähdä myös puolijoustavana.⁴⁰ Vero-oikeuden korostuneesta legaliteettiperiaatteesta johtuen normien tulisi olla tarkkarajaisia, mutta näin ei usein todellisuudessa ole⁴¹. Tämä voidaan huomata myös lopullisten tappioiden sääntelyssä.

³⁶ Helminen, 2021.

³⁷ Raitio, 2013, s. 224.

³⁸ Raitio & Tuominen, 2020, s. 270.

³⁹ Määttä, 2013, s. 178.

⁴⁰ Määttä, 2012, s. 101–103.

⁴¹ Määttä, 2013, s. 178.

Lähtökohtana tulkinnassa on yleensä tiettyä asiaa sääntelevä sekundaarinormi ja siihen liittyvä käytännön tilanne, joita tulkitaan perustamissopimusten ja aikaisemman EUT:n oikeuskäytännön valossa⁴². Ennakkoratkaisussa EUT ottaa kantaa EU-oikeuden säädöksen tulkinnasta tapaukseen sekä selventää ja täsmentää oikeussäännön merkitystä. EUT:n päätöksen seurauksena kansallinen tuomioistuin ratkaisee asian tosiseikkojen, kansallisen lainsäädännön ja EUT:n kannanoton perusteella eikä jäsenvaltion tuomioistuin voi poiketa ennakkoratkaisukysymyksen tulkinnasta. Koska ennakkoratkaisu on sen hakijalle sitova, voidaan varmistua siitä, että unionin oikeutta sovelletaan jäsenvaltioissa yhdenmukaisesti.⁴³ Joskus uuden EUT:n tuomion perusteella kodifioidaan sekundaarinormia antamalla uusi säädös, jossa aiempaan säädökseen tehdyt muutokset asetetaan voimaan. Usein EUT:n ratkaisuissa punnitaan direktiivin artikloita peilaten niitä unionin arvoihin ja näin oli myös esimerkiksi yhdistetyssä tapauksessa C-331/16 ja C-366/16, K ja H.F.⁴⁴

2.3 Suhteellisuusperiaate

Keskeinen periaate EU:n toimivallan soveltamisessa on suhteellisuusperiaate, jonka näkökulmasta unionin kaiken toiminnan sisällöllistä hyväksyttävyyttä voidaan arvioida. Suhteellisuusperiaatteella tarkoitetaan SEUT 5 artiklan mukaan, että unionin toiminnan on oltava oikeassa suhteessa sillä tavoiteltuihin päämääriin nähden. Periaatteeseen liittyy olennaisesti vaatimus toimien kohtuullisesta, tarpeellisesta ja oikeasuhtaisesta mitoittamisesta ottaen huomioon tapauksen tilannekohtaiset tekijät. Suhteellisuusperiaatteen toteutumisen arviointi ei tapahdu yksinään, vaan se on välittömässä vaikutuksessa muihin EU-oikeuden periaatteisiin. Periaatteen soveltamisala on täten laaja ja sen sisältö asiayhteydestä riippuvainen. Soveltamisala on laaja myös siksi, että periaatteen

⁴² Raitio & Tuominen, 2020, s. 74.

⁴³ Myrsky, 2011, s. 29–30.

⁴⁴ Raitio & Tuominen, 2020, s. 74.

vaikutukset suuntautuvat moniin eri tahoihin: jäsenvaltioihin, unionin toimielimiin ja yksityisiin tahoihin.⁴⁵

Suhteellisuusperiaatetta voidaan katsoa EU-oikeudessa kolmesta näkökulmasta. Ensimmäisessä näkökulmassa suhteellisuusperiaate ohjaa toissijaisuusperiaatteen kanssa EU:n toimivallan käyttöä⁴⁶. Suhteellisuusperiaatteen yhteys toimivallan käyttöön ilmenee selvimmin SEUT 5 artiklan 4 kohdassa, jonka mukaan: *”Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti unionin toiminnan sisältö ja muoto eivät saa ylittää sitä, mikä on tarpeen perussopimusten tavoitteiden saavuttamiseksi”*. SEUT 5 artiklan 1 kohdan mukaisesti suhteellisuusperiaate toimii toissijaisuusperiaatteen kanssa yhdessä toimivallan syvemmissä arviointikysymyksissä. Toissijaisuusperiaate määrittää, voiko unioninlaajuisia toimia käyttää asiassa vai tulisiko toimet ohjata jäsenvaltioiden tasolle. Mikäli vastaus unionin laajuisille toimille on myönteinen, suhteellisuusperiaate määrittää minkälaisiin toimiin tapauksessa voidaan ryhtyä. Toissijaisuusperiaatteen näkökulmassa korostuu enemmän poliittinen harkinta, kun taas suhteellisuusperiaatteen arvioinnissa on kyse sisällöllisestä harkinnasta.⁴⁷ Tätä ajatustapaa periaatteiden suhteesta voidaan kutsua toissijaisuus-suhteellisuudeksi⁴⁸.

Toisesta näkökulmasta suhteellisuusperiaate on keskeinen myös yleisenä oikeusperiaatteenä EU:n toimenpiteiden sisällöllisessä rajoittamisessa⁴⁹. Toimet voivat liittyä esimerkiksi perusoikeuksien rajoittamisen arviointiin, joiden osalta periaate mainitaan myös perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohdassa, jonka mukaan perusoikeuksien rajoituksia voidaan tehdä vain, jos: *”ne ovat välttämättömiä ja vastaavat tosiasiallisesti unionin tunnustamia yleisen edun mukaisia tavoitteita tai tarvetta suojella muiden henkilöiden oikeuksia ja vapauksia”*. Myöskään perusoikeuteen kohdistuvalla rajoituksella ei saa ylittää sitä, mikä on välttämätöntä rajoitustoimella tavoitellun päämäärän saavuttamiseksi.

⁴⁵ Raitio, 2013, s. 315–317.

⁴⁶ Raitio & Tuominen, 2020, s. 274.

⁴⁷ Raitio & Tuominen, 2020, s. 220 ja 222–224.

⁴⁸ Kosta, 2019, s. 5.

⁴⁹ Raitio & Tuominen, 2020, s. 274.

Lisäksi rajoituksen hyväksyttävyyden suhteellisuusperiaatteen näkökulmasta edellyttää, ettei rajoituksen tavoite ole saavutettavissa perusoikeuteen vähemmän puuttuvilla toiminna. Hyväksyttävyydessä on arvioitava myös rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin, kuten veronkierron estämisen, merkittävyyttä suhteessa rajoitettavaan perusoikeuteen.⁵⁰ Kolmanneksi suhteellisuusperiaatetta voidaan käyttää arvioitaessa jäsenvaltioiden kansallisten toimien hyväksyttävyyttä EU-oikeuden näkökulmasta⁵¹.

EU-tuomioistuimen arvioidessa suhteellisuusperiaatteen toteutumista, sisältää se yleensä kolme vaihetta. Ensimmäisessä vaiheessa arvioidaan toimenpiteen sopivuutta päämäärän toteuttamiseksi muun muassa punnitsemalla sen vaikutusten ja sillä tavoiteltavan päämäärän tehokkuutta ja asianmukaisuutta. Toisessa vaiheessa arviointia keskitytään toimen tarpeellisuuden ja välttämättömyyden tarkasteluun ottaen huomioon erityisesti sen näkökulma, jonka etuihin ja oikeuksiin toimi kohdistuu. Kolmannessa vaiheessa kutsutaan joskus varsinaiseksi suhteellisuusperiaatteen tarkasteluksi, sillä vasta siinä vaiheessa punnitaan toimenpiteen oikeasuhteisuutta eli sitä, onko toimi paras mahdollinen tavoitteen toteuttamiseksi ottaen huomioon toimenpiteen vaikutukset, kuten yksityiseen kohdistuvan perusoikeuden rajoituksen.⁵²

2.4 Sijoittautumisvapaus ja sen rajoittaminen

2.4.1 Yleistä sijoittautumisvapaudesta

Tutkielman aiheen kannalta keskeisin EU:n neljään perusvapauden kuuluvasta henkilöiden vapaan liikkuvuuden osa-alueesta on sijoittautumisvapaus eli vapaa sijoittautumis-oikeus, joka turvataan SEUT 49–54 artikloissa. Vapaus takaa EU:n kansalaiselle oikeuden sijoittautua harjoittamaan yritystoimintaa mihin tahansa EU-valtioon sekä oikeuden toimia toisessa EU-valtiossa tytäryhtiön, sivuliikkeen tai muun edustuksen kautta samoilla

⁵⁰ PeVM 25/1994, s. 5.

⁵¹ Raitio & Tuominen, 2020, s. 274.

⁵² Raitio & Tuominen, 2020, s. 275.

oikeuksilla kuin sijoittautumisvaltion lainsäädäntö antaa kansalaisilleen. Sijoittautumisvapaus turvaa sen, ettei jäsenvaltioiden verotus saa rajoittaa EU:n kansalaisen mahdollisuuksia harjoittaa toimintaansa itse valitsemissaan valtioissa ja oikeudellisessa muodossa.⁵³ SEUT 54 artiklan 1 kohdan mukaan EU:n kansalaisiin rinnastetaan täten myös EU-valtion lakien mukaan perustetut yhtiöt ja yritykset, joiden sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on jossakin EU-valtiossa riippumatta siitä, minkä maan kansalaisia yhtiön omistajat ovat.

SEUT 49 artiklan sanamuoto kieltää jäsenvaltion kansalaiseen kohdistuvat sijoittautumisoikeuden rajoitukset ja täten vaikuttaa viittaavan ainoastaan kansalaisuuteen perustuvaan syrjintään. Kuitenkin varsinaisen syrjinnän lisäksi SEUT:n perusvapaudet suojaavat syrjinnän lisäksi myös kaikkia vapaata liikkuvuutta uhkaavia rajoituksia, jotka eivät varsinaisesti sisällä syrjintää. Verotus on siis sijoittautumisoikeutta loukkaavaa, mikäli se tekee perusteettoman rajoituksen vapaalle sijoittautumiselle toiseen EU-valtioon.⁵⁴

Käytännössä vapaa sijoittautumisoikeus tarkoittaa esimerkiksi sitä, ettei kansallinen lainsäädäntö saa aiheuttaa emoyhtiölle epäedullisempaa kohtelua sen perusteella, että tytäryhtiö on perustettu toiseen EU-valtioon kotimaan sijaan⁵⁵. Myöskään samassa maassa asuvia tytäryhtiöitä ei saa kohdella eri tavalla niiden emoyhtiön kotipaikan vuoksi, jos se on omiaan aiheuttamaan sen, että muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneille yhtiöille on vähemmän houkuttavaa perustaa tai hankkia tytäryhtiö valtiosta⁵⁶.

Sijoittautumisvapauden toteutumisen arviointi ja täten SEUT 49 artiklan soveltaminen edellyttää rajat ylittävää tilannetta, jossa EU-valtion kansalainen on sijoittautunut toiseen valtioon⁵⁷. Sijoittautumisen käsite on EUT:n mukaan laaja ja se tarkoittaa ”pysyväisluonteista taloudellisen toiminnan tosiasiallista harjoittamista toisessa jäsenvaltiossa

⁵³ Helminen, 2021 ja C-446/03 Marks & Spencer, kohta 30.

⁵⁴ Helminen, 2007, s. 489.

⁵⁵ C-231/05 Oy AA kohta 43.

⁵⁶ Helminen, 2020, s. 539, ja C-231/05 Oy AA, kohta 39 ja 43.

⁵⁷ Helminen, 2021.

sijaitsevasta kiinteästä toimipaikasta käsin”.⁵⁸ Toiminnan tosiasiallisena harjoittamisena voidaan pitää yleensä esimerkiksi asettautumista toiseen valtioon tytäryhtiön tai sivuliikkeen välityksellä, mutta myös passiivinen toimintakin on hyväksytty⁵⁹.

Sijoittautumisvapauteen sisältyy myös oikeus lähteä, jonka seurauksena jäsenvaltion verotus ei myöskään saa estää tai rajoittaa kotimaisten yhtiöiden sijoittautumista toisiin EU-valtioihin⁶⁰. Sijoittautumisvapaus ei koske pelkästään sitä, että kahdesta eri jäsenvaltiosta olevaa kansalaista on kohdeltava samoin, vaan kiellettyä on myös kohdella eri asemassa olevia eri jäsenvaltioiden kansalaisia samalla tavalla asettaen toinen epäedullisempaan asemaan⁶¹. Kotimaisten ja rajat ylittävien tilanteiden on oltava objektiivisesti toisiinsa rinnastettavissa samanlaisen kohtelun edellyttämiseksi⁶².

Esimerkiksi kotimaisen ja ulkomaisen yrityksen katsotaan olevan objektiivisesti tarkastelun samanlaisessa asemassa ja erilainen kohtelu on kiellettyä, jos ulkomaisella yhtiöllä on kiinteä toimipaikka kotimaisen yhtiön jäsenvaltiossa. EU-jäsenvaltiossa asuvan yhtiön toisessa jäsenvaltiossa olevan kiinteän toimipaikan tulisi saada samanlaista verokohtelua sen sijaintivaltiossa kuin kyseisessä valtiosta asuvien yhtiöiden riippumatta siitä, vaikka kyseessä onkin rajoitetusti verovelvollinen. Ulkomaisen yhtiön rajoitetun verovelvollisuuden ei myöskään katsota olevan sellainen syy, joka oikeuttaisi asettamaan sen yleisesti verovelvollisen yhtiön kanssa erilaiseen asemaan.⁶³

Sijoittautumisvapauden loukkaamisen raja on häilyvä. Kielletystä syrjinnästä ei esimerkiksi ole kyse tilanteessa, jossa jäsenvaltion verojärjestelmä on edullisempi kuin toisella valtiolla. Ei myöskään ole kiellettyä joko yksipuolisesti tai verosopimusten avulla jakaa

⁵⁸ C-221/89 Factorame II, kohta 20.

⁵⁹ Helminen, 2021. Passiivisesta toiminnasta ks. C-81/87 Daily Mail, kohta 17.

⁶⁰ Helminen, 2021; C-446/03 Marks & Spencer, kohta 33 ja C-538/20 W, kohta 15.

⁶¹ Helminen, 2021.

⁶² HE 185/2020 vp. s. 7–8.

⁶³ Helminen, 2007, s. 491–492.

verotusoikeutta jäsenvaltioiden välillä niin, että toisen valtion verotuksesta muodostuu ankarampaa kuin toisen, kunhan erilainen kohtelu ei perustu kansalaisuuteen.⁶⁴

2.4.2 Sijoittautumisvapauden rajoittaminen

Sijoittautumisvapaus ei ole absoluuttinen oikeus, vaan SEUT 52 ja 53 artikloissa on määritetty, että sitä saa rajoittaa syystä, joka liittyy yleiseen järjestykseen, turvallisuuteen tai terveyteen taikka muusta yleisen edun vaatimasta pakottavasta syystä rule of reason -periaatteen nojalla⁶⁵. Periaate tarkoittaa, että sijoittautumisvapauden rajoittamista voidaan pitää perusteltuna vain, jos sille on yleistä etua koskeva pakottava syy ja se perustuu SEUT:n mukaiseen lailliseen tavoitteeseen⁶⁶. Toimenpiteen tulee kuitenkin oikeuttamisperusteen lisäksi täyttää edellä mainitun suhteellisuusperiaatteen vaatimukset: sen tulee olla soveltuva tavoitteen saavuttamiseen ja rajoituksella ei saa ylittää sitä, mikä on tilanteessa välttämätöntä⁶⁷.

Oikeuttamisperusteiksi verotukseen liittyvissä sijoittautumisvapauden rajoittamistilanteissa on esitetty muun muassa veronkierron estämistä, alueperiaatetta, vaara tappioiden vähentämisestä kahteen kertaan, verovalvonnan tehokkuuden turvaamista sekä verotusvallan jaon tasapuolinen jakautumista⁶⁸. EUT on jättänyt oikeuttamisperusteiksi hyväksymättä esimerkiksi verotulojen vähenemisen, muut valtiontalouteen liittyvät syyt, verolakien harmonisoimattomuuden ja haitan kompensoivan edun⁶⁹.

⁶⁴ Helminen, 2007, s. 491

⁶⁵ Helminen, 2007, s. 490

⁶⁶ HE 185/2020 vp., s. 7, C-231/05 Oy AA, kohta 44 ja C-414/06 Lidl Belgium, kohta 27; Helminen, 2007, s. 493

⁶⁷ Helminen, 2007, s. 493

⁶⁸ Helminen, 2007, s. 493; Tarpeesta estää tappioiden käyttäminen kahteen kertaan C-446/03 Marks & Spencer, kohta 51; Verovalvonnan tehokkuuden turvaamisesta C-250/95 Futura, kohta 31; Verojärjestelmän sisäisen eheyden turvaamisesta C-204/90 Bachmann, kohta 35 Veronkierron estämisestä C-315/02 Lenz, kohta 27; Jäsenvaltioiden välisen verotusvallan tasapuolisesta jakautumisesta C-446/03 Marks & Spencer, kohta 51.

⁶⁹ Helminen, 2007, s. 493–494; Verotulojen vähentymisestä esim. C-168/01 Bosal, kohta 42, muista valtiontalouteen liittyvistä syistä esim. C-484/93 Svensson ja Gustavsson, kohta 15 sekä verolakien harmonisoimattomuudesta ja haittaa kompensoivasta edusta C-270/83 Komissio v. Ranska (avoir fiscal) kohdat 21 ja 24.

EUT:n mukaan perusoikeuden rajoittamisen oikeuttamisperusteiden hyväksyttävyyttä on tarkasteltava yhdessä. Tilanteessa on tutkittava, onko olemassa sellaisia tilanteeseen liittyviä objektiivisia seikkoja, joiden valossa sijoittautumisoikeuden rajoittaminen ja siitä saatavan edun epääminen olisi perusteltua.⁷⁰ Oikeuttamisperusteiden yhteistarkastelussa on todettu, että vaikka jokin perusteista ei yksinään riittäisi perusvapauden rajoituksen vaatimaksi yleisen edun mukaiseksi pakottavaksi syyksi, voi se yhteistarkastelussa muiden perusteiden kanssa oikeuttaa perusoikeuden rajoituksen⁷¹. Hyväksyttävyyttä ratkaistaan siis perusteiden muodostaman kokonaisuuden valossa.

EUT:n on ottanut kantaa oikeuttamisperusteiden kelvollisuuteen myös jonkin verran yksittäin. EUT on katsonut, että sijoittautumisvapauden rajoittamista voidaan perustella hyväksyttävästi veronkiertoon liittyvien riskien poistamisella tilanteissa, joissa on kyse täysin keinotekoisista, vailla todellisuuspohjaa olevien, järjestelyiden estämisestä. Kuitenkaan pelkästään veronkierron estämistä ei pidetä hyväksyttävänä oikeuttamisperusteena sijoittautumisvapauden rajoittamiselle.⁷² Oikeuttamisperusteeksi ei EUT:n mukaan voida hyväksyä, että jäsenvaltiossa asuvalta tytäryhtiöltä, jonka toisessa jäsenvaltiossa asuvan emoyhtiön tuloja ei voida verottaa tytäryhtiön asuinvaltiossa, evätään kaikki veroedut. Sitä vastoin EUT on katsonut, että hyväksyttävä oikeuttamisperuste voi olla olemassa, kun yritysten sijoittautumisjärjestely on omiaan vaarantamaan jäsenvaltion oikeuden verottaa sen omalla alueella tapahtuvia toimia.⁷³

Mikäli sijoittautumisvapauden rajoittamiselle on hyväksyttävä syy, on EUT:n mukaan tarkasteltava seuraavaksi sitä, täyttääkö rajoitus suhteellisuusperiaatteen vaatimukset eli toimenpiteillä ei ylitetä sitä, mikä on välttämätöntä päämäärän saavuttamiseksi⁷⁴. Se

⁷⁰ C-446/03 Marks & Spencer, kohdat 38 ja 51.

⁷¹ Helminen, 2020, s. 634.

⁷² Yhdistetyt asiat C-39/13, C-40/13 ja C-41/13 SCA Group Holding ym., kohta 42; Helminen, 2020, s. 541

⁷³ C-231/05 Oy AA kohta 53–54.

⁷⁴ C-446/03 Marks & Spencer, kohdissa 35–51 käsitellään oikeuttamisperusteita, jonka jälkeen, kun hyväksyttävien perusteiden olemassaolo on todettu, siirrytään käsittelemään toimien oikeasuhteisuutta kohdasta 53 lähtien.

että perusoikeuden rajoitus on ylittänyt suhteellisuusperiaatteen asettaman oikeasuhteisuuden rajat, on ollut EUT:n tuomioissa usein syy sille, miksi rajoitus on katsottu perusoikeuksia loukkaavaksi⁷⁵.

⁷⁵ Ks. aiheesta esim. tapaukset C-250/95 Futura, C-80/94 Wielockx ja C-264/96 ICI, kohta 28.

3 Lopullisten tappioiden käsitteen kehittyminen osaksi Suomen verolainsäädäntöä

3.1 Konserniavustuslaki konsernivähennyslain taustalla

Yritystoimintaa harjoitetaan nykyään usein monen yhtiön muodostamassa konsernissa. Konserniavustus mahdollistaa konsernissa toimivien osakeyhtiöiden ja osuuskuntien konserninsisäisen tuloksentasauksen. Ilman konserninsisäisiä tuloksentasausmahdollisuuksia voisi verotus olla konsernissa raskaampaa kuin yhtenä yhtiönä toimiminen, sillä mikäli joku konserniyhtiöistä olisi tappiollinen, ei tappiota päästäisi hyödyntämään verotuksessa ilman tuloksentasausmahdollisuutta yhtiöiden välillä.⁷⁶

Verotuksen keskeinen tavoite on neutraalisuus, jolla tavoitellaan toimintavaihtoehtoja, jotka ovat verotuksessa taloudellisesti yhtä kannattavia. Neutraali verotus ei siis saisi vaikuttaa esimerkiksi yritys- tai rahoitusmuotoa taikka investointeja koskeviin päätöksiin.⁷⁷ Mikäli konsernimuodossa toimiminen johtaisi suurempaan verorasitukseen, olisi tämä neutraalisuustavoitteen kanssa ristiriidassa⁷⁸. Laki konserniavustuksesta verotuksessa (1986/825, KonsAvL) eli konserniavustuslaki on ollut Suomessa voimassa vuoden 1987 alusta lähtien. Konserniavustuksen taustalla olevana ajatus on mahdollistaa konsernin yhtiöiden välinen tuloksentasaus niin, että konserniavustuksen antaja saa vähentää avustuksen kuluna ja sen saaja kirjaa suorituksen tuloksi symmetrisyyperiaatteen mukaisesti.

Konserniavustusjärjestelmän tarkoituksena on siis poistaa konsernimuodossa toimimisesta aiheutuvia verohaittoja. Jos konsernissa on sekä voitollisia että tappiollisia yhtiöitä, saadaan konserninsisäistä tulosta tasattua. Konsernirakenne asetetaan samalle viivalle

⁷⁶ Andersson & Penttilä, 2014, s. 895–897 ja 907.

⁷⁷ Äimä, 2011, s. 99.

⁷⁸ Andersson & Penttilä, 2014, s. 897.

yhdessä yhtiössä toimivan liiketoiminnan kanssa konsernin etujen puolustamiseksi.⁷⁹ Konserniavustusta koskevassa hallituksen esityksessä nostettiin esille myös konserniavustuksen säätämistä puoltava näkökulma siitä, että avustuksen antaminen heikosti menestyvälle yhtiölle konsernissa voi auttaa sitä turvaamaan toimintansa ja parantamaan toimintaedellytyksiä jatkossa. Pitkällä tähtäimellä avustetun konserniyhtiön toiminnan elpessä tämä toisi yrityksiltä lisää tuloverotuloja.⁸⁰ Samaisessa hallituksen esityksessä nostettiin esille myös se tosiseikka, että ennen konserniavustuslain säätämistä konsernissa tuloksentasausta on tapahtunut peitellysti esimerkiksi sisäisen hinnoittelun kautta. Huomatessa ongelma esimerkiksi verotarkastustilanteessa, tulee sen selvittämisestä ja oikaisemisesta hallinnollisia haasteita.⁸¹ Lisäksi esityksessä konserniavustuslain säätämisen tavoitteet liittyvät pitkälti verotuksen neutraalisuustavoitteeseen sekä liike-taloudellisiin näkökohtiin⁸².

Konserni on määritelty lainsäädännössä usealla toisistaan poikkeavalla tavalla. Konsernin yhtiöoikeudellinen määritelmä sisältyy osakeyhtiölain (2006/624) 8 luvun 12 §:ään. Sekä konserniavustuslain 3 §:ssä että elinkeinotulon verottamisesta annetun lain (360/1968) 6 b.7 §:ssä on tästä poikkeavat määritelmät.⁸³ OYL 8 luvun 12 §:n mukaan konsernirakenne muodostuu tilanteessa, jossa osakeyhtiöllä on kirjanpitolain (1336/1997) 1 luvun 5 §:ssä tarkoitettu määräysvalta toisessa kotimaisessa tai ulkomaisessa yhteisössä tai säätiössä. Määräysvalta voi saman OYL 8:12:n mukaan muodostua myös osittain tai kokonaan välillisesti toisten tytäryhteisöjen määräysvallan hallinnan kautta. Kirjanpitolain 1 luvun 5 §:n mukaan määräysvalta voi muodostua kolmessa erilaisessa tilanteessa: kun kirjanpitovelvollinen omistaa vähintään puolet toisen yrityksen osakkeiden tai omistusten tuottamasta äänimäärästä, se voi nimittää tai erottaa enemmistön toisen yrityksen hallituksesta tai muusta vastaavassa toimielimessä tai se voi muuten käyttää määräysvaltaa yrityksessä.

⁷⁹ C-231/05 Oy AA, kohta 22.

⁸⁰ HE 92/1986 vp., s. 2–3.

⁸¹ HE 92/1986 vp., s. 2–3.

⁸² Andersson & Penttilä, 2014, s. 900.

⁸³ Andersson & Penttilä, 2014, s. 898–899.

Konserniavustuslain konsernilta edellytetään osakeyhtiölain määritelmästä poiketen suurempaa omistusta sekä osapuolina olevien yritysten kotimaisuutta. Konsernilla tarkoitetaan konserniavustuslain 3.1 §:n mukaan kotimaista osakeyhtiötä tai osuuskuntaa, jossa emoyhteisö omistaa vähintään yhdeksän kymmenesosaa tytäryhteisön osakepääomasta tai osuuksista. KonsAvL 3.2 §:n mukaan omistus voi kertyä myös välillisesti. Omistusosuus voi kertyä välillisesti myös ulkomaisten yhtiöiden kautta KonsAvL 3.1 §:n kotimaisuusvaatimuksesta huolimatta, sillä on katsottu, että EU:n syrjintäkiellon perusteella ei ole sallittua evätä suomalaisen tytäryhtiön ja suomalaisen emoyhtiön välillä annettua konserniavustusta sillä perusteella, että emoyhtiö omistaa tyttären välillisesti ulkomaisen konserniyhtiön kautta.⁸⁴

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa konserniavustusjärjestelmän EU-oikeudenmukaisuus kyseenalaistettu monesti jo vuosia sitten⁸⁵. Keskeisin ongelma on ollut, että konserniavustuslain sanamuoto edellyttää sen 3 §:n mukaan sekä konserniavustuksen antajan että saajan olevan suomalaisia yhtiöitä⁸⁶. Yhtiöiden kotimaisuusvaatimusta on ei ole perusteltu konserniavustuslain säätämistä koskevassa hallituksen esityksessä lainkaan, mutta koska kyseessä on vanha säädös ajalta, jolloin Suomi ei vielä ollut EU:n jäsen, on ymmärrettävää, miksi näkökohtaa ulkomaisesta konsernista ei ole otettu huomioon. Esiin on kuitenkin nostettu kotimaisuusvaatimuksen puolesta esimerkiksi se näkökulma, että vaatimuksella voidaan estää voitonsiirto ulkomaille Suomen verotusvallan alta.⁸⁷

⁸⁴ Andersson & Penttilä, 2014, s. 904–906. Ks. myös tapaukset KHO 1992 B 509 ja KHO 1992 B 510, joissa on katsottu, että konserniavustuksen vähennyskelpoisuuteen ei vaikuta se, täyttyykö välillinen omistusosuus ulkomaisten tytäryhtiöiden kautta.

⁸⁵ Helminen, 2020, s. 535. Helminen kertoo ilmaiseensa ajatuksensa konserniavustuslain ongelmallisuudesta EU-oikeuden kannalta jo vuonna 1992 ilmestyneessä julkaisussaan. Myös Penttilä, Mattila & Ranta-Lassila, 2005 ovat pohtineet konserniavustusjärjestelmän EY-oikeuden mukaisuutta jo ennen C-446/03 Marks & Spencer -tuomion ratkaisua.

⁸⁶ Helminen, 2020, s. 536.

⁸⁷ Andersson & Penttilä, 2014, s. 906.

Rajat ylittävästä tuloksentasausmahdollisuudesta EU:n alueella on ollut keskustelussa jo pitkään ja aiheesta on tehty EY-direktiiviesitys⁸⁸ jo vuonna 1990. Direktiiviesityksessä pyrittiin säätämään mahdollisuudesta ottaa huomioon eri jäsenvaltioissa olevien kiinteiden toimipaikkojen ja tytäryhtiöiden tappiot toisessa jäsenvaltiossa asuvan emoyhtiön verotuksessa. Harmonisointitoimenpiteitä ei kuitenkaan ole saatu aikaan, vaan direktiiviesitys hylättiin vuonna 2001. Rajat ylittävät tuloksentasausmahdollisuudet ovat edelleen tälläkin hetkellä riippuvaisia EUT:n sen oikeuskäytännössä asettamista näkemyksistä sijoittautumisvapauden suhteen.⁸⁹ Kansainvälisissä konserneissa tavanomainen ongelma on ollut se, ettei valtioiden tuloksentasausjärjestelmiä ole ulotettu rajat ylittäviin tilanteisiin soveltuvaksi. Kuitenkin vuonna 2005 oikeustilaan tuli merkittävä muutos, kun EUT nosti tuomiossaan C-446/03 Marks & Spencer esiin näkökulman, jossa tappiot tulisi hyväksyä siirrettäväksi myös rajat ylittävissä tilanteissa, kun tappioita voitaisiin pitää lopullisina tuomiossa määritellyllä tavalla⁹⁰.

3.2 Lopullisten tappioiden käsitteen synty Marks & Spencer -tuomiossa

Vuonna 2005 annetussa C-446/03 Marks & Spencer -tuomiossa EUT⁹¹ on ottanut ensimmäistä kertaa kantaa rajat ylittävään tuloksentasaukseen. Tapauksessa oli kyse Iso-Britannialaisen konserniverojärjestelmän tappioiden siirrosta (group relief), jossa emoyhtiön oli mahdollista vähentää tytäryhtiönsä tappioita omista voitoistaan vain siinä tilanteessa, jossa tytäryhtiö sijaitti Isossa-Britanniassa⁹². Tapauksessa oli ratkaistavana, onko sijoittautumisvapautta hyväksyttävää rajoittaa niin, että tytäryhtiön asuinvaltio vaikuttaa tappioiden vähennysoikeuteen. Arvioinnin kohteena oli, voidaanko toisessa jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvan tytäryhtiön kärsimien tappioiden vähennysoikeus

⁸⁸ Direktiiviesitys Proposal for a council directive concerning arrangements for taking into account by enterprises of the losses of their permanent establishments and subsidiaries situated in other Member States, CoM (90) 595 final [91/C53/03].

⁸⁹ Helminen, 2007, s. 491.

⁹⁰ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 59.

⁹¹ EUT oli tuomion antamisaikaan vielä nimeltään Euroopan yhteisöjen tuomioistuin.

⁹² C-446/03 Marks & Spencer, kohta 12.

perustellusti evätä EY 43 ja EY 48 artikloita⁹³ loukkaamatta vai tuleeko tappiot hyväksyä vähennettäväksi emoyhtiön asuinvaltiossa sijoittautumisvapauden vaikutuksesta.⁹⁴

EUT katsoi päätöksessään konsernin sisäisen tappiontasausmahdollisuuden olevan yhtiölle veroetu, jonka epäminen sen vuoksi, että tytäryhtiö asuu toisessa jäsenvaltiossa, on sijoittautumisoikeuden rajoitus. Tällainen rajoitus voidaan hyväksyä ainoastaan, jos sille on hyväksyttävä oikeuttamisperuste, joka on oikeasuhteinen, perustamissopimuksen mukainen ja se on perusteltavissa yleistä etua koskevilla pakottavilla syillä.⁹⁵ Tapauksessa oikeuttamisperusteiksi sijoittautumisvapauden rajoittamiselle oli esitetty veronkierron vaara, vaara tappioiden vähentämisestä kahteen kertaan sekä verotusvallan tasapuolinen jakautuminen voittojen ja tappioiden epäsymmetrisen kohtelun vuoksi⁹⁶.

EUT on perusteluissaan katsonut, ettei verotusvallan epätasapainoisesta jakautumisesta johtuvaa verotulojen vähentymistä voida pitää yleistä etua koskevana pakottavana syynä⁹⁷. EUT ilmaisi, että mikäli jokin järjestely antaa yhtiölle annetaan mahdollisuuden valita, missä jäsenvaltiossa sen tappiot otetaan huomioon, vaarantaisi se huomattavasti verotusvallan tasapainoista jakautumista. Tappioiden kaksinkertaisen käytön vaaran EUT myöntää olevan olemassa tilanteissa, joissa myös toisessa jäsenvaltiossa asuvien tytäryhtiöiden tappioihin laajennetaan konsernin sisäisen tappiontasauksen mahdollisuus. Mahdollisuus siirtää toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön tappioita toisessa jäsenvaltiossa asuvalle yhtiölle on myös omiaan aiheuttamaan EUT:n mukaan vaaran siitä, että tappioita siirretään korkean verokannan valtioihin, joissa tappioista konserni voi eniten hyötyä. EUT tunnisti sekä veronkierron että tappioiden kaksinkertaista vähentämistä es-täväksi seikaksi sen, ettei toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön tappioita voisi siirtää

⁹³ EY 43 ja EY 48 artiklat vastaavat SEUT 49 ja 54 artikloita.

⁹⁴ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 27.

⁹⁵ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 32–35.

⁹⁶ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 42–43.

⁹⁷ C-319/02 Manninen, kohta 49 ja C-446/03 Marks & Spencer, kohta 44.

toiseen jäsenvaltioon.⁹⁸ Jäsenvaltioiden tulee saada estää tällainen tappioiden kaksinkertaisen käytön vaara sekä varmistaa verotusvallan tasapuolinen jakautuminen⁹⁹.

Sijoittautumisvapauden ei katsottu olevan esteenä lainsäädännölle, jossa emoyhtiö ei saa vähentää toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneen tytäryhtiön tappioita, vaikka tämä olisi sallittua vastaavassa tilanteessa, jossa tytäryhtiö olisi kotimainen¹⁰⁰. Oikeuttamisperusteiden yhteistarkastelussa EUT totesi, että tapauksessa ilmenevälle sijoittautumisvapauden rajoittamiselle tytäryhtiön tappioiden jäsenvaltion rajat ylittävän siirron osalta on yleistä etua koskevat pakottavat syyt, sallitut tavoitteet ja tappionsiirtoa rajoittavalla lainsäädännöllä voidaan saavuttaa tavoitellut päämäärät¹⁰¹.

Vaikka EUT:n mukaan sijoittautumisvapauden rajoittamista koskevalle lainsäädännölle oli hyväksyttävät oikeuttamisperusteet, ei suhteellisuusperiaatteen kuitenkaan katsottu toteutuneen tilanteissa, joissa kyse oli niin sanotuista lopullisista tappioista. Lopullisten tappioiden tilanteessa jäsenvaltiosta toiseen olevan tappionsiirron rajoittamisella ylitettiin EUT:n mukaan se, mikä oli tarpeen rajoituksella tavoiteltavien päämäärien saavuttamiseksi.¹⁰² Sijoittautumisvapauden vastaista on EUT:n mukaan evätä tietyssä jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvalta emoyhtiöltä mahdollisuus vähentää verotettavasta tulostaan toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön tappiot, mikäli emoyhtiö osoittaa asuinvaltionsa veroviranomaisille tappioiden olevan EUT:n määrittelemällä tavalla lopullisia¹⁰³. Lopullisten tappioiden osalta suhteellisuusperiaatteen vaatimukset eivät täytyneet, vaan EUT katsoi, että kieltä tappioiden vähentämisestä oli tältä osin liian pitkälle menevä ja rajoituksella tavoiteltavat päämäärät olisivat saavutettavissa vähemmän rajoittavilla säännöksillä¹⁰⁴.

⁹⁸ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 45–50.

⁹⁹ Malmgrén, 2013, s. 152.

¹⁰⁰ Malmgrén, 2013, s. 152.

¹⁰¹ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 51.

¹⁰² C-446/03 Marks & Spencer, kohta 55.

¹⁰³ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 56.

¹⁰⁴ Penttilä, 2009, s. 463.

EUT määrittelee tuomion 55. kohdassa ensimmäistä kertaa lopullisten tappioiden edellytykset luoden määritelmän, johon on tämän jälkeen tukeuduttu oikeuskäytännössä lukuisia kertoja¹⁰⁵. Tuomion periaatteet ovat myöhemmin laajentuneet sekä kiinteitä toimipaikkoja koskevaksi, rajat ylittäviin sulautumisiin sekä pääoman vapaata liikkuvuutta koskeviin tapauksiin.

EUT:n kannan mukaan ei täten ole sijoittautumisvapauden vastaista säätää lainsäädäntöä, jossa toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön tappiot eivät lähtökohtaisesti ole siirrettävissä toisessa jäsenvaltiossa asuvalle emoyhtiölle verotuksessa hyödynnettäväksi. Kuitenkin sijoittautumisvapauden vastaisena voidaan pitää järjestelyä, jossa tytäryhtiön tappioita ei voida vähentää edes sellaisessa tilanteessa toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneen yhtiön verotuksessa, kun kyse on lopullisista tappioista.¹⁰⁶

Lopullisten tappioiden vähentäminen rajat ylittävässä tilanteessa voi syntyä tilanteessa, jossa sijoittautumisvapauden rajoittamiselle ei ole olemassa hyväksyttävää oikeuttamisperustetta, ja rajat ylittävä tilanne on objektiivisesti rinnastettavissa kansalliseen tilanteeseen kansallisella verolainsäädännöllä tavoitellut päämäärät huomioiden. EUT on myöhemmin ilmaissut, ettei kaikkien Marks & Spencerin oikeuttamisperusteiden tarvitse täytyä, jotta sijoittautumisvapautta rajoittava kansallinen lainsäädäntö olisi perusteltu¹⁰⁷. Rajat ylittävien tappioiden siirtämisen vähennysoikeus voi koskea myös tilannetta, jossa oikeuttamisperusteet ovat olemassa, mutta ne eivät täytä suhteellisuusperiaatteen vaatimuksia.¹⁰⁸

Lopullisten tappioiden vähentämisen sallimisen on ajateltu perustuvan siihen, että tappioiden ollessa lopullisia, eivät oikeuttamisperusteet enää ole riittäviä eikä suhteellisuusperiaatteen vaatimus täyty. Tappioiden ollessa lopullisia, ei ole enää vaaraa sen kaksinkertaisesta vähentämisestä, ja verotusvallan tasapainoinen jakautuminen

¹⁰⁵ ks. esim. tapaukset C-607/17 Memira Holding AB ja C-231/05 Oy AA.

¹⁰⁶ C-446 Marks & Spencer, kohta 59.

¹⁰⁷ C-414/07 Lidl Belgium, kohdat 38–40.

¹⁰⁸ Haapaniemi, 2021, s. 4.

jäsenvaltioiden välillä on paremmin turvattu. Lisäksi EUT linjasi Marks & Spencer -tuomion 56. kohdassa, että lopullisten tappioiden hyväksyminen koskee vain tytäryhtiön tappion vähentämistä emoyhtiön verotuksessa. Tällaisessa tilanteessa valinnanmahdollisuus tappioiden käyttövaltiosta on rajattu ja vaara tappionsiirrosta korkean verokannan valtioihin on vähäisempi, joka pienentää myös vaaraa veronkierrosta.¹⁰⁹

Lopullisten tappioiden osoittamisen vastuu on vähennystä vaativalla emoyhtiöllä, jonka tulee osoittaa valtionsa veroviranomaisille tuomiossa määriteltyjen edellytysten täyttyvän tappioiden lopullisuudesta¹¹⁰. EUT ei kuitenkaan ole tapauksessa kommentoinut tarkasti sitä, millaisen konkreettisen näytön katsotaan olevan kokonaisuudessaan riittävää, vaan ottanut kantaa ainoastaan ennakkoratkaisuille ominaisesti tapauskohtaisiin olosuhteisiin.

3.3 Suomen konserniavustusjärjestelmä EUT:n arvioitavana tapauksessa Oy AA

Suomen konserniavustusjärjestelmä on ollut silloisen Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten (nykyisen EUT:n) tarkasteltavana Marks & Spencer -tuomion jälkeen vuonna 2007 annetussa ennakkoratkaisussa C-231/05 Oy AA. Tapauksessa suomalainen Oy AA aikoi antaa konserniavustuksen sen välillisesti omistavalle emoyhtiölle, jonka kotipaikka oli Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Kysymys oli siitä, voiko Oy AA vähentää verotuksessaan antamansa konsernivähennyksen, kun kaikki muut edellytykset vähennyskelpoisuudesta täyttyvät saajan kotipaikkaa lukuun ottamatta.¹¹¹ Tapauksessa oli siis ratkaistava rajoit- taako konserniavustuslaissa säädetty vaatimus konserniavustuksen saajan ja antajan kotimaisuudesta sijoittautumisvapautta sekä onko rajoituksella hyväksyttävää, suhteellisuusperiaatteen vaatimukset täyttävää, oikeuttamisperustetta.

¹⁰⁹ Penttilä, 2009, s. 463.

¹¹⁰ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 56.

¹¹¹ C-231/05 Oy AA, kohdat 2 ja 15–16; Penttilä, 2009, s. 463.

Suomen konserniavustusjärjestelmässä konserniavustuksen antajan ja saajan on molempien oltava kotimaisia yhtiöitä. Lainsäädännössä on siis evätty mahdollisuus siihen, että toisessa jäsenvaltiossa asuvalle emoyhtiölle annetun konserniavustuksen saisi vähentää kotimaisen tytäryhtiön verotuksessa kuluna. Tämä asettaa Suomessa asuvat tytäryhteisöt eriarvoiseen asemaan verotuksessa riippuen niiden emoyhtiön asuinvaltiosta.¹¹² Kuten aikaisemmin on jo todettu, voidaan tällaista rajoitusta pitää sijoittautumisvapauden rajoittamisena, sillä se on omiaan aiheuttamaan sen, että säännös tekee epähoukuttelevammaksi muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneille yhtiöille perustaa, hankkia tai pitää tytäryhtiötä Suomessa. Konserniavustusjärjestelmää pidettiin siis sijoittautumisvapautta rajoittavana.¹¹³

Oy AA:n tapauksessa konserniavustuslain vaatimusta sekä tytär- että emoyhtiön kotimaisuudesta on perusteltu olevan oikeutettu verojärjestelmän johdonmukaisuuden turvaamisen tarpeen, alueperiaatteen sekä jäsenvaltioiden verotusvallan jakautumisen ja veronkierron estämisen takia¹¹⁴. Käytännössä tapauksessa ehdotettiin oikeuttamisperusteiksi lähes kaikkia samoja perusteita, joita EUT on aikaisemmin hyväksynyt sijoittautumisvapauden rajoittamiselle¹¹⁵. Suomen konserniavustusjärjestelmästä esitetyt oikeuttamisperusteet pohjautuvat lisäksi vahvasti Marks & Spencer -tapauksessa hyväksytyihin oikeuttamisperusteisiin.

Alueperiaatteen oikeuttamisperusteeksi lukeminen perustuu Suomen hallituksen mukaan siihen, että periaate ja siihen perustuva järjestelmä pohjautuvat ajatukseen verotusvallan tasapuolisesta kansainvälisestä jakautumisesta ja siihen liittyvästä yhteisymmärryksestä. Mikäli konserniavustus voitaisiin antaa toisessa jäsenvaltiossa asuvalle yhtiölle, saisi verovelvollinen valita verottavan jäsenvaltion. Tähän kytkeytyy olennaisesti myös jäsenvaltioiden verotusvallan tasapuolisen jakautumisen loukkaaminen, kun

¹¹² C-231/05 Oy AA, kohta 31–32.

¹¹³ C-231/05 Oy AA, kohdat 39 ja 42–43.

¹¹⁴ C-231/05 Oy AA, kohta 46.

¹¹⁵ Helminen, 2007, s. 493–494.

jäsenvaltio menettäisi oikeutensa käyttää verotusvaltaa omalla alueellaan alueperiaatteen vastaisesti.¹¹⁶

Suomen konserniavustusjärjestelmän peruselementteihin kuuluu KonsAvL 4 ja 5 §:n mukaan se, että avustus kirjataan sen saajan verotuksessa tuloksi ja edellisen toteutuessa myös antajan verotuksessa vähennyskelpoiseksi kuluksi. EUT nostaa ratkaisussaan esiin, että mikäli konserniavustusta voitaisiin antaa jäsenvaltioiden rajat ylittävästi, ei avustuksen antajan jäsenvaltio voi varmistaa, että avustus on tosiasiallisesti kirjattu tuloksi toisessa jäsenvaltiossa¹¹⁷. Tilanteessa Suomen ja muiden maiden hallitukset ovat nostaneet esiin vaaran siitä, että tytäryhtiön voittoa ei lopulta veroteta lainkaan¹¹⁸. EUT ei ottanut tähän uhkaan kuitenkaan ratkaisussaan lainkaan nimenomaisesti kantaa, mutta seikan voidaan katsoa olevan tiiviisti yhteydessä veronkierron vaaraan ja verotulojen tasapuolisen jakautumisen oikeuttamisperusteiden tarkasteluun.

Suomen ja muiden maiden hallitusten mukaan olemassa myös realistinen uhka veronkierrosta, että konserni järjestetään tavalla, jossa Suomessa veronalaiset voitot siirrettäisiin toisessa jäsenvaltiossa varta vasten tätä varten perustetulle yhtiölle pienemmällä verokannalla verotettavaksi.¹¹⁹ Myös EUT myönsi uhan olemassaolon ratkaisussaan ja vahvisti vaaran todennäköisyyttä myös sillä, ettei Suomen konserniavustusjärjestelmä edellytä tappion kertymistä.¹²⁰ Koska Suomen järjestelmässä ei ole kyse tappioiden vähentämisestä, ei vaara tappioiden kaksinkertaisesta vähentämisestä ole oikeuttamisperuste konserniavustussäätelyssä olevalle sijoittautumisvapauden rajoittamiselle¹²¹. EUT on esitetyistä oikeuttamisperusteista todennut Marks & Spencer -tapauksen tavoin, että yhtiöille annettu valinnanvapaus tappioiden käyttövaltiosta vaarantaa huomattavasti verotusvallan tasapuolista jakautumista. Yhtiö saisi tällöin suoraa vaikuttaa siihen, missä valtiossa voitot verotetaan. Tämä aiheuttaa, että tytäryhtiön jäsenvaltion tulisi

¹¹⁶ C-231/05 Oy AA, kohdat 47–48.

¹¹⁷ C-231/05 Oy AA, kohta 35–36.

¹¹⁸ C-231/05 Oy AA, kohta 49.

¹¹⁹ C-231/05 Oy AA, kohta 50.

¹²⁰ C-231/05 Oy AA, kohta 58.

¹²¹ Helminen, 2007, s. 495.

mahdollisesti luopua oikeudestaan verottaa tytäryhteisön voittoa emoyhtiön jäsenvaltion hyväksi konsernin valinnan perusteella.¹²²

Oikeuttamisperusteiden yhteistarkastelussa EUT totesi, että Suomen konserniavustusjärjestelmän vaatimus yhtiöiden kotimaisuudesta on omiaan estämään veron välttämistä tavoittelevia järjestelyjä ja turvaa verotusvallan tasapuolista jakautumista. Tällä tavoitellaan perustamissopimuksessa sallittuja yleistä etua koskeviin pakottaviin syihin liittyviä päämääriä. Rajaamalla konserniavustuksen soveltaminen vain kotimaisiin yhtiöihin, voidaan varmistaa tavoitteiden tehokas toteutuminen.¹²³ Konserniavustusjärjestelmän voidaan katsoa olevan tehokas estämään eri jäsenmaiden veropohjien ja verokantojen eroista hyötyviä järjestelyitä yhtiöiden kotimaisuusvaatimuksen avulla¹²⁴.

EUT myös totesi konserniavustusjärjestelmän olevan suhteellisuusperiaatteen mukainen. Vaikka ratkaisussa tunnistettiin, että kotimaisuusvaatimus rajoittaa myös muita kuin veron välttämiseksi luotuja täysin keinotekoisia järjestelyjä, katsottiin konserniavustuslainsäädännön olevan oikeasuhtainen tavoiteltuihin päämääriin nähden. Konserniavustuslainsäädännön laajentaminen rajat ylittäviin tilanteisiin aiheuttaisi sen, että konserni saisi vapaasti valita, missä valtiossa sen voittoja verotetaan.¹²⁵ Tämän voidaan katsoa olevan liian suuri riski veronkierron ja jäsenvaltioiden verotusvallan tasapuolisen jakautumisen kannalta, joten tuomiossa päädyttiin lopputulokseen, että Suomen konserniavustusjärjestelmä ei ollut EU-oikeuden vastainen sijoittautumisvapauden näkökulmasta¹²⁶. Sijoittautumisvapauden rajoituksella saavutettavia tavoitteita ei katsottu olevan mahdollista saavuttaa suppeammilla rajoituksilla¹²⁷. Suomen konserniavustusjärjestelmä on täten EUT:n mukaan sijoittautumisvapautta loukkaava, mutta sallittu yleisen edun vaatimista pakottavista syistä¹²⁸.

¹²² C-231/05 Oy AA, kohta 55–56 ja C-446/03 Marks & Spencer, kohta 46.

¹²³ C-231/05 Oy AA, kohdat 58–60 ja 62.

¹²⁴ Helminen, 2007, s. 499.

¹²⁵ C-231/05 Oy AA, kohdat 44, 60–63.

¹²⁶ C-231/05 Oy AA, kohta 67.

¹²⁷ Helminen, 2007, s. 500.

¹²⁸ Helminen, 2007, s. 488.

Ennakkoratkaisun johdosta on tulkittu, että EUT suhtautuu vakavasti järjestelyihin, joihin liittyy uhka veronkierrosta tai jäsenvaltioiden verotusvallan tasapainoisen jakautumisen vaarantuminen. Vaikka vapaa sijoittautumisoikeus tulee olla turvattu, ei sen voida tulkita olevan niin absoluuttinen oikeus, että sille ei voitaisi asettaa rajoja valtioiden verotusvallan suojaksi. EUT:n sijoittautumisoikeutta rajoittavat päätökset, mukaan lukien Marks & Spencer sekä Oy AA, ovat pohjautuneet pitkälti tilannekohtaisten seikkojen arviointiin, joka on aiheuttanut epävarmuutta siitä, minkä katsotaan olevan hyväksyttävä ja oikeasuhteinen peruste sijoittautumisoikeuden rajoittamiselle.¹²⁹

Oy AA -tapauksesta on myöhemmin nostettu esiin kysymys siitä, miksi suhteellisuusarvioinnissa on päädytty eri lopputulokseen kuin Marks & Spencerin tapauksessa. Marks & Spencer -tuomion kohdassa 55 todettiin rajoitusten olevan suhteellisuusperiaatteen vastaisia siltä osin kuin kyse on tappioista, joiden voidaan katsoa olevan lopullisia. On siis epäselvää, miksi Oy AA:n tapauksessa perusteluissa ei nostettu esiin lopullisten tappioiden vähentämismahdollisuutta päätyen Marks & Spencerin kanssa samanlaiseen lopputulokseen. On kuitenkin pohdittu myös sitä, voisiko vaikutusta perustelun poisjättämiseen olla myös sillä, että tapauksessa Oy AA käsiteltiin perustelujen 64–65 mukaan ainoastaan tytäryhtiön emoyhtiölleen antamaa konserniavustusta eikä tapauksessa ollut mainintaa emoyhtiöltä tytäryhtiölle annettavasta konserniavustuksesta. Tästä voitaisiin tulkita, ettei emoyhtiölle tyttären antama konserniavustus olisi vähennyskelpoista rajat ylittävissä tilanteissa edes lopullisten tappioiden kattamiseksi, kun taas tilanteessa, jossa avustuksen antaja on emoyhtiö ja saajana tytäryhtiö, tulisi vähennyskelpoisuutta arvioida Marks & Spencerin perusteluiden valossa.¹³⁰

Toisaalta on myös nostettu esiin tulkinta siitä, tulisiko EUT:n ratkaisua Oy AA:n perusteluiden 64–65 valossa tulkita niin, että Suomen konserniavustusjärjestelmä katsottaisiin EUT:n kokonaisuudessaan hyväksymäksi. Toisaalta samoista perusteluista on pohdittu

¹²⁹ Helminen, 2007, s. 501.

¹³⁰ Penttilä, 2009, s. 464.

myös, voisiko perusteluista 64–65 päätellä, että EUT olisi muuttanut linjaansa niin, ettei enää edellyttäisi lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuutta.¹³¹ Tässä vaiheessa kuitenkin tiedämme jälkimmäisen vaihtoehdon olevan virheellinen tulkinta perusteluista.

Ennakkoratkaisun pohjalta annetussa tuomiossa KHO 2007:92 ei hyväksytty Yhdistyneessä kuningaskunnassa asuvalle konserniyhtiölle annettavaa konserniavustusta vähennyskelpoiseksi sen suomalaisen tytäryhtiön verotuksessa, sillä vaikka kyseessä oli niin sanottujen lopullisten tappioiden kattamiseksi annettu konserniavustus, eivät tappiot olleet samalla tavoin esillä asiassa C-231/05 Oy AA kuin tapauksessa C-446/03 Marks & Spencer. Tapauksessa C-231/05 Oy AA ei vedottu lainkaan siihen, ettei ulkomaisella tytäryhtiöllä ollut muuta tapaa tappioiden käyttämiseksi kuin konserniavustus. KHO:n mukaan asiassa ei täten ollut näytetty toteen olevan kyse sellaisista olosuhteista, joissa Marks & Spencer -tuomion lopullisten tappioiden käsitteellä olisi vaikutusta asiaan.¹³²

On tulkittu, että KHO:n esittämät perustelut ratkaisulle viittaavat siihen, että KHO olisi tulkinnut EUT:n kokonaisuudessaan hyväksyneen Suomen konserniavustusjärjestelmän riippumatta siitä onko emo- vai tytäryhtiö avustuksen antajana vai saajana eikä Marks & Spencerissä kuvatuilla lopullisilla tappioilla olisi vaikutusta asiaan. KHO:n käsityksen mukaan tapauksessa Oy AA eivät siis olleet esillä Marks & Spencer -tuomiosta tutut niin sanotut lopulliset tappiot.¹³³ Tuomion jälkeen jäi täten vielä epäselväksi, tulisiko rajat ylittävä konserniavustus hyväksyä vähennyskelpoiseksi, jos se on annettu lopullisten tappioiden kattamista varten. Tiivistettynä voidaan todeta, ettei Oy AA:n ratkaisu Marks & Spencer -tuomion perustelut huomioiden tarjonnut ratkaisuja kaikkiin asiassa ilmenneisiin asioihin, sillä EUT vastaa tuomiossaan ainoastaan ennakkoratkaisuhakemuksessa esitettyihin kysymyksiin eikä täten voida olla varmoja, mihin lopputuloksiin ratkaisuissa olisi päädytty, jos olosuhteet tai ennakkoratkaisukysymykset olisivat olleet hieman erilaiset.

¹³¹ Penttilä, 2009, s. 464.

¹³² KHO 2007:92 ja Andersson & Penttilä, 2014, s. 908.

¹³³ Penttilä, 2009, s. 466.

KHO on Oy AA tuomion pohjalta antanut edellä mainitun ratkaisun KHO 2007:92 lisäksi myös vuosikirjaratkaisun KHO 2007:93, jossa on ratkaistu, että konserniavustus on vähennyskelpoista tilanteessa, jossa sen osapuolina ovat suomalainen yhtiö sekä ruotsalaisen yhtiön Suomessa oleva kiinteä toimipaikka. KHO perusteli päätöstään sijoittautumisvapaudella sekä erityisellä kiinteiden toimipaikkojen syrjäntäkieltomääräyksellä, joka perustuu Pohjoismaiden välisen tulo- ja varallisuusverosopimuksen.¹³⁴ Ratkaisu on ymmärrettävä, sillä Suomessa olevan ulkomaisen yrityksen täytyy maksaa Suomeen veroa tuloverolain (1992/1535) 9.3 §:n mukaan kiinteään toimipaikkaan kuuluvaksi luettavista tuloista. Päätösten KHO 2007:92 ja KHO 2007:93 jälkeen on tulkittu konserniavustuksen olevan vähennyskelpoista ulkomaiselle yhtiölle ainoastaan siinä tilanteessa, kun sillä on Suomessa kiinteä toimipaikka, jolle avustus annetaan.

3.4 Suomea vastaan käynnistetty rikkomusmenettely

EU:n komissio voi käynnistää perustamissopimusten mukaisen rikkomusmenettelyn sitä jäsenvaltiota vastaan, joka ei täytä EU-lainsäädännön mukaisia velvoitteita. Vaikka Suomen konserniavustusjärjestelmä todettiin päätöksellä C-231/05 Oy AA EU-oikeuden mukaiseksi niiltä osin kuin EUT otti siihen kantaa, Euroopan unionin komissio käynnisti maaliskuussa 2019 Suomea vastaan rikkomusmenettelyn Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen rikkomisesta¹³⁵. Syynä rikkomusmenettelylle oli, että komissio katsoi Suomen konserniavustuslain olevan SEUT 49 artiklan sijoittamisvapauden ja ETA-sopimuksen 31 artiklan vastainen siltä osin kuin siinä vaaditaan sekä tytäryhtiön kotipaikan olevan Suomessa eikä lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuus ollut lain mukaan mahdollista¹³⁶. Rajat ylittävien konserniavustusten vähennyskelpoisuuden puuttuminen on omiaan aiheuttamaan avustuksen antajan verorasituksen nousua ja täten tekee suomalaiselle yhteisölle epäedullista perustaa tytäryhtiötä toiseen

¹³⁴ Malmgren, 2013, s. 153.

¹³⁵ Euroopan komission rikkomusasia INFR(2018)4041.

¹³⁶ Ulkoministeriö, 2020, s. 41; HE 185/2020 vp., s. 14.

jäsenvaltioon¹³⁷. Konserniavustusjärjestelmä asettaa täten komission mukaan muussa jäsenvaltiossa tai ETA-valtiossa kuin Suomessa asuvat tytäryhtiöt eriarvoiseen asemaan vähennyskelpoinen konserniavustus tulisi sallia myös niille lopullisten tappioiden osalta¹³⁸.

Komission mukaan konserniavustuksen tulisi olla vähennyskelpoinen annettaessa se toisessa jäsenvaltiossa tai ETA-valtiossa asuvalle konserniyhtiölle, jos konserniyhtiöllä on EUT:n oikeuskäytännön mukaisia lopullisia tappioita¹³⁹. Lopullisten tappioiden vähentämisen mahdollisuus rajat ylittävissä tilanteissa ei tuolloin sisältynyt Suomen lainsäädäntöön. EUT:n asiassa Marks & Spencer tehdyt huomiot lopullisten tappioiden hylkäämisen suhteellisuusperiaatteen vastaisuudesta näyttävät rikkomusmenettelyn mukaan siis kuitenkin soveltuvan myös Suomen verojärjestelmään. Täten Suomessa asuvan yhteisön ulkomaisen tytäryhteisön lopullisten tappioiden vähennysoikeuden epääminen ylittäisi komission mukaan sen, mikä on välttämätöntä ja oikeasuhteista konserniavustusjärjestelmän kotimaisuusvaatimuksen oikeuttamisperusteiden, verotusoikeuden tasapuolisen jakautumisen sekä veronkierron ehkäisemisen, saavuttamiseksi.¹⁴⁰

Rikkomusmenettelyn pohjalta Suomelle tuli velvollisuus uudistaa konserniavustusjärjestelmäänsä ja säädettiin konsernivähennyslaki eli laki Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä (1198/2020). Alun perin tarkoituksena oli uudistaa Suomen konserniverojärjestelmää kokonaisuudessaan ja samalla liittää siihen rajat ylittävän lopullisen tappion vähentämisen käsite. Komissio kuitenkin katsoi, että lainsäädäntömuutokset tulisi tehdä suunnitelmaa nopeammalla aikataululla. Uudistus lopullisten tappioiden suhteen tehtiin säätämällä kokonaan uusi laki konserniavustuslain laajentamisen sijaan. Tämä johtui hallituksen esityksen mukaan siitä, että konserniavustuksen antamisessa tulee tosiasiallisesti siirtää varoja kirjaamalla avustus velaksi

¹³⁷ HE 185/2020 vp., s. 14.

¹³⁸ Euroopan komission rikkomusasia INFR(2018)4041.

¹³⁹ Haapaniemi, 2021, s. 2.

¹⁴⁰ HE 185/2020 vp., s. 14.

ja saamiseksi tai maksamalla avustus sekä tosiasiallisesti tekemällä nämä meno- ja tulokirjaukset kirjanpidossa.¹⁴¹

Lopullisten tappioiden vähentäminen päätettiin säätää huomioitavaksi erillisenä konsernivähennyksenä, jonka suuruus perustuu lopullisten tappioiden määrään¹⁴². Tappioiden lopullisuuden arvioinnissa tulee muun muassa todistaa, ettei tytäryhtiöllä ole mahdollisuutta saada vähäisiäkään tuloja asuinvaltiostaan¹⁴³. Konserniavustuksessa siirrettävästä tulosta johtuen voisi syntyä tilanne, jossa tytäryhtiö voisikin saada esimerkiksi vastaavia korkotuloja ja tämä aiheuttaisi sen, ettei tappioita enää voitaisi pitää EUT:n oikeuskäytännön edellyttämällä tavalla lopullisina.¹⁴⁴ Emoyhtiön verotuksessa lopputulos on sama sekä konsernivähennyksessä että -avustuksessa. Erilainen toimintatapa on kotimaisten ja rajat ylittävien tilanteiden verotuksessa sallittua eikä merkitse sijoittautumisoikeuden rajoitusta, sillä rajat ylittäviä tilanteita ei aseteta huonompaan asemaan kotimaisten tilanteiden kanssa¹⁴⁵.

3.5 Konsernivähennyssääntelyn tavoitteet ja riskit

Konsernivähennyssääntelyn ensisijaisena tavoitteena on ollut poistaa kansallisen lainsäädännön konsernin tuloksentasaussääntelyä koskeva ristiriita EU-oikeuden kanssa kehittämällä lainsäädäntöä, jolla ulkomaisen tytäryhtiön lopulliset tappiot voidaan ottaa huomioon. Konsernivähennyssääntelyn mahdollistama rajat ylittävä konsernin sisäinen tappiontasaus voidaan nähdä veroetuna, joka sekä parantaa konsernin kokonaistaloudellista tilannetta että nopeuttaa tappioiden vähentämistä. EU-oikeuden ja kansallisen lainsäädännön ristiriidan lisäksi konsernivähennyslakia koskevassa hallituksen

¹⁴¹ HE 185/2020 vp., s. 15–16.

¹⁴² HE 185/2020 vp., s. 16.

¹⁴³ C-172/13 Euroopan komissio v. Iso-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta, kohta 36.

¹⁴⁴ HE 185/2020 vp., s. 16.

¹⁴⁵ Helminen, 2020, s. 545.

esityksessä on kuitenkin nostettu esiin myös tavoite luoda Suomen veropohjaa turvaava sääntely¹⁴⁶.

Konsernin tuloksentasauksen ulottaminen Suomessa asuvien yhtiöiden ulkopuolelle on omiaan aiheuttamaan laajempia veroriskejä, joita ovat muun muassa tappioiden kaksinkertainen vähentäminen emo- ja tytäryhtiön jäsenvaltioissa, veronkierto siirtämällä tappioita korkeamman verokannan valtioihin sekä tappioiden keinotekoinen kasvattaminen. EUT on nimennyt kaksi ensimmäistä sekä verotusvallan tasapuolisen jakautumisen kolmeksi oikeuttamisperiaatteeksi, joilla rajat ylittävän tappiontasauksen ja sijoittautumisvapauden rajoitus voidaan tietyin edellytyksin hyväksyä.¹⁴⁷ Verotusvallan tasapuolisen jakautumisen osalta EUT on kuitenkin huomauttanut, että jäsenvaltioiden verotusvallan jaon säilyttäminen voi johtaa siihen, että tapaukseen sovelletaan ainoastaan yhden valtion verosäännöksiä voittojen ja tappioiden osalta¹⁴⁸.

Tappioiden keinotekoisesta kasvattamisesta uhka on otettu huomioon myös konsernivähennys-sääntelyssä. Esiin on nostettu järjestely, jossa keinotekoisilla liiketoimilla kasvatettaisiin ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden määrää käyttämällä apuna esimerkiksi etuyhteisyriä ja tämä tappio siirrettäisiin vähennettäväksi kotimaisen emoyhtiön verotuksessa. Täten on päädytty säätämään rajoituksista koskien vastikkeettomia ja alihintaisia luovutuksia: lopullisen tappion määrästä vähennetään edellisen viiden vuoden aikana tapahtuneista tytäryhtiön etuyhteisyriä tekemistä alihintaisen tai vastikkeettoman luovutuksista verraten saamatta jääneen tulon ja markkinaehtoista hinnoittelua. Samoilla tavoitteilla on toteutettu sääntelyä myös Isossa-Britanniassa ja Ruotsissa.¹⁴⁹ Tästä on myöhemmin muodostunut konsernivähennyslain 10 §.

¹⁴⁶ HE 185/2020 vp., s. 15.

¹⁴⁷ Haapaniemi, 2021, s. 3.

¹⁴⁸ C-414/06, Lidl Belgium, kohta 30–31; Marks & Spencer, kohta 45.

¹⁴⁹ HE 185/2020 vp., s. 26–27.

3.6 Konsernivähennyksen osapuolet

Konsernivähennyslakia sovelletaan sen 1.1 §:n mukaan edellytyksistä, joiden täytyessä Suomessa yleisesti verovelvollinen osakeyhtiö tai osuuskunta voi vähentää verotettavaa tulostaan Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön laissa tarkoitettuja lopullisia tappioita vastaavan määrän konsernivähennyksenä. Lakia sovelletaan sen 1.2 §:n mukaan osakeyhtiöihin ja osuuskuntiin, jotka voivat olla myös konserniavustuksen antajina tai saajina.

Konsernivähennyksen tekijän määritelmä on sama kuin konserniavustuslaissa määritellyn konserniavustuksen antaja tai saaja lukuun ottamatta tytäryhteisön kotimaisuusvaatimusta. Konsernivähennyslain 2 § ja 3 § sisältävät erityiset määritelmät siitä, mitä laissa tarkoitetaan emo- ja tytäryhtiöillä sekä konsernivähennyksen määrällä. Konsernivähennyslain 2.1.1 §:n mukaan emoyhtiöltä edellytetään, että se on kotimainen osakeyhtiö tai osuuskunta, joka omistaa välittömästi vähintään yhdeksän kymmenesosaa tytäryhtiön osakepääomasta tai osuuksista. Lisäksi konsernivähennyslain 2.1.1 §:n mukaan emoyhtiön verotuksellisen kotipaikan on oltava verosopimusten mukaan Suomessa.

Konsernivähennyslain 2.2 §:ssä rinnastetaan kotimaiseen osakeyhtiöön ja osuuskuntaan myös Euroopan talousalueella olevan valtion lainsäädännön mukaan perustettu yhtiö, joka on Suomessa yleisesti verovelvollinen ja sen sääntömääräinen kotipaikka, keskuhallinto tai päätoimipaikka on ETA-alueella. Emoyhteisön tulee siis täyttää kaikki kolme vaatimusta ja yhdenkin puuttuminen poistaa oikeuden konsernivähennykseen. Se, että emoyhteisön tulee olla ETA-valtion lainsäädännön mukaan perustettu ja sen sääntömääräinen kotipaikka, keskuhallinto ja päätoimipaikka on ETA-alueella, pohjautuu siihen, että yhteisö voi vedota SEUT 54 artiklan 1 kohdan sijoittautumisoikeuteen ja sen pohjalta on oikeutettu lopullisten tappioiden vähentämiseen¹⁵⁰. Täten vaikka yhteisö olisi Suomessa yleisesti verovelvollinen, se ei kuitenkaan voi tehdä konsernivähennystä, mikäli se on perustettu ETA-valtion ulkopuolella. Myöskään ulkomainen yhteisö, jolla on

¹⁵⁰ HE 185/2020 vp., s. 17.

Suomessa vain kiinteä toimipaikka eli on rajoitetusti verovelvollinen, ei voi tehdä konsernivähennystä Suomessa riippumatta siitä, minkä toisen valtion lakien mukaan yhteisö on perustettu.¹⁵¹ Tämä siis tarkoittaa käytännössä sitä, ettei ETA-valtion lainsäädännön mukaan perustettu yhtiö saa automaattisesti oikeutta Suomen konsernivähennykseen.

Konsernivähennyslakiin on otettu vaatimus emoyhtiön yleisestä verovelvollisuudesta Suomessa. Tietyissä olosuhteissa, kun voidaan katsoa objektiivisesti tilanteiden olevan erilaisia, rajoitetusti verovelvollisen ja yleisen verovelvollisen erilainen kohtelu on oikeutettua.¹⁵² Verotuksellinen asuinpaikka voi joissain olosuhteissa, ei siis kaikissa tilanteissa, olla hyväksyttävä syy asianomaisessa jäsenvaltiossa ja toisessa jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvan erilaiseen kohteluun¹⁵³. Kun ottaa huomioon, että konsernivähennyslain tavoitteena on ollut poistaa Suomen lainsäädännön EU-oikeuden vastaisuus sijoittautumisvapauden osalta siltä osin, kun on kyse toisessa EU-valtiossa asuvan tytäryhtiön lopullisista tappioista, voidaan pitää perusteltuna, ettei soveltamisalaa ole laajennettu koskemaan rajoitetusti verovelvollisia, kun emoyhteisön vaatimukset ovat pysyneet samana.

Konsernivähennyslain tytäryhtiöllä tarkoitetaan konsernivähennyslain 2.1.2 §:n mukaan Euroopan talousalueella asuvaa yhteisöä, jossa yhtiöllä on myös kyseisen valtion verolainsäädännön mukaan kotipaikka. Yhtiön tulee myös tyypiltään rinnastua kotimaiseen osakeyhtiöön tai osuuskuntaan eikä yhtiön kotipaikan saa olla verosopimusten mukaan Euroopan talousalueen ulkopuolisessa valtiossa.

Konsernivähennyslain 2 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan emoyhtiön tulee omistaa välittömästi vähintään yhdeksän kymmenesosaa tytäryhtiön osakepääomasta tai osuuksista. Omistussuhteen tulee konsernivähennyslain 5.1.5 §:n mukaan olla voimassa tappiovuoden alusta yhtiön purkuhetkeen saakka. Vaikka konsernivähennyslain 2 §:n 1 momentin 1 kohdassa nimenomaisesti mainitaan, että emoyhtiön omistus tytäryhtiöstä

¹⁵¹ Verohallinto, 2021.

¹⁵² Malmgrén, 2011, s. 77.

¹⁵³ C-446/03, Marks & Spencer, kohta 37.

tulisi olla välitön, sallitaan konsernivähennykslain 3 §:ssä myös välillinen omistus. Välillisen omistuksen tilanteissa konsernivähennyksen voi 3 §:n mukaan tehdä kuitenkin vain, jos emoyhtiön ja tytäryhtiön välissä oleva yhtiön tai yhtiöiden verotuksellinen kotipaikka on tytäryhtiön kanssa samassa Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa eikä yhtiön tai yhtiöiden kotipaikan ei kaksinkertaisen verotuksen välttämistä koskevan sopimuksen mukaan katsota olevan toisessa valtiossa. Välitöntä omistusta koskevaa pääsääntöä luodessa on pyritty estämään tilanne, jossa tappioiden käyttövaltio voitaisiin päättää konsernin sisällä¹⁵⁴.

Konsernivähennyksen antaminen toisessa ETA-valtiossa sijaitsevalta tappiolliselta tytäryhtiöltä sen suomalaiselle sisaryhtiölle ei ole mahdollista. Vähennyksen antaminen on siis sallittua vain tytäryhtiöltä emoyhtiölle. Sisaryhtiölle annettava konsernivähennyksen mahdollisuus on suljettu pois konserniavustuksen osapuolia koskevassa tapauksessa KVL 23/2018 (ei muutosta KHO 11.6.2020 T 2571), sillä on katsottu, ettei sijoittautumisvapaus ole esteenä vähennyksen epäämiselle.¹⁵⁵ Tämä johtuu siitä, ettei suomalainen tytäryhtiö ole kolmannessa jäsenvaltiossa asuvansa sisaryhtiön emoyhtiö tai muutenkaan sijoittautunut kyseiseen kolmanteen jäsenvaltioon¹⁵⁶.

Välillistä omistusta toisen tytäryhtiön kautta on käsitelty tapauksessa C-608/17 Holmen AB, jonka perusteluissa nousi ilmi vaara siitä, että mikäli tytäryhtiö ja tyttären tytäryhtiö tai -yhtiöt asuisivat eri valtiossa, konsernissa voitaisiin valita, missä jäsenvaltiossa lopulliset tappiot tullaan hyödyntämään ja tästä voisi seurata verotusvallan jakautumisen epätasapainoa ja riski tappioiden vähentämisestä useaan kertaan¹⁵⁷. EUT on nostanut esimerkiksi tapauksessa C-231/05 Oy AA esiin sen, että verotusvallan tasapainoisen jakautumisen vaarantuu huomattavasti tilanteessa, jossa yhtiöt saavat valita, missä valtiossa tappiot huomioidaan¹⁵⁸. EUT katsoo siis, ettei ole sijoittautumisvapauden vastaista evätä

¹⁵⁴ HE 185/2020 vp., s. 19.

¹⁵⁵ Järvinen, 2021, s. 416–417.

¹⁵⁶ HE 185/2020 vp., s. 17.

¹⁵⁷ C-608/17, Holmen AB, kohdat 26–28.

¹⁵⁸ C-231/05, Oy AA, kohta 55.

lopullisten tappioiden siirtämistä tilanteessa, jossa jäsenvaltiossa asuva emoyhtiö omistaa toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön kolmannessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön kautta. Tällaisessa tilanteessa verotusvallan tasapainoisen jaon vaarantuminen ja riski tappioiden vähentämisestä kahteen kertaan voidaan katsoa olevan niin merkittäviä, että sijoittautumisvapautta voidaan rajoittaa.

4 Lopullisten tappioiden määritelmä ja muodot

4.1 Lopullisten tappioiden määritelmä

Lopullisten tappioiden määritelmä pohjautuu pitkälti sen ensimmäisen kerran esiin tuoneeseen C-446/03 Marks & Spencer -tapaukseen, jossa kysymyksenä on toisessa jäsenvaltiossa asuvan tytäryhtiön lopullisten tappioiden vähentäminen emoyhtiön verotuksessa. Lopullisten tappioiden käsite on sisällytetty Suomen verolainsäädännössä kuitenkin ainoastaan konsernivähennyslakiin. Suomessa ei siis ole olemassa erillistä lainsäädäntöä lopullisten tappioiden siirtymisestä kiinteiden toimipaikkojen tai tytäryhtiösulautumisten osalta rajat ylittävissä tilanteissa. EUT:n oikeuskäytännöstä kuitenkin ilmenee, että sijoittautumisvapauden vastaista on evätä myös lopullisten tappioiden siirtäminen toisessa jäsenvaltiossa olevan kiinteän toimipaikan osalta tai rajat ylittävissä sulautumisissa¹⁵⁹. EU-oikeuden oikeuslähdeopillisesta asemasta johtuen EUT:n oikeuskäytäntö ohjaa kuitenkin vahvasti Suomen verolainsäädännön tulkintaa ja täten lopullisten tappioiden voidaan katsoa olevan siirrettävissä myös toisessa jäsenvaltiossa olevan kiinteän toimipaikan lopettamisessa ja rajat ylittävissä sulautumisissa.

Lopullisen tappion määritelmä on sisällytetty konsernivähennyslain 4 §:ään, jonka mukaan: ”Lopullisina tappioina pidetään sellaisia tytäryhtiön tappioita, joita tytäryhtiö tai mikään muu taho ei ole voinut eikä voi käyttää tytäryhtiön verotuksellisessa kotipaikassa tai muualla.” Konsernivähennyslakiin sisällytetty sinänsä yksinkertainen määritelmä on aiheuttanut monikerroksisuudellaan kuitenkin monia kysymyksiä siitä, miten tappion lopullisuus voidaan käytännössä arvioida ja todistaa. Lopullisten tappioiden määritelmä määräytyy pitkälti EU-oikeuden nojalla, jossa käsitteen sisältö on luotu. Käsitteen olennainen kytkös EU-oikeuteen aiheuttaa myös sen, että käsitteen kansalliseen sisältöön vaikuttaa olennaisesti niin nykyinen kuin tuleva EUT:n oikeuskäytäntö.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Ks. aiheista esimerkiksi tapaukset C123/11 A Oy ja C-650/16 A/S Bevola ja Trock.

¹⁶⁰ HE 185/2020 vp, s. 21.

C-446/03 Marks & Spencer -tapauksen mukaan tappiot ovat lopullisia, kun toisessa jäsenvaltiossa asuva tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikki mahdollisuudet tappioiden käyttämiseksi sen asuinvaltiossa niin kyseisen verovuoden kuin aikaisempien verovuosienkaan osalta koskien myös tarvittaessa tappioiden siirtämistä kolmannelle taikka vähentämällä tappiot tytäryhtiön aiempien verovuosien voitoista¹⁶¹. Täten lopullisten tappioiden määritelmä suuntautuu voittoihin aikaisemmilta vuosilta ja tulevilta vuosilta katkaen tappioiden vähennystavoista sekä *loss carry back* että *loss carry forward* -järjestelmät¹⁶². Lisäksi tappion lopullisuudessa edellytetään, ettei ole olemassa mahdollisuutta, jossa ulkomainen tytäryhtiö itse taikka joku kolmas etenkin siinä tapauksessa, että tytäryhtiö on myyty sille, voisi ottaa tappiot huomioon tytäryhtiön asuinpaikkavaltiossa tulevien verovuosien aikana¹⁶³. Tappioiden lopullisuuden arvioinnissa painotetaan kolme eri ajankohtaa: aiempia verovuosia, nykyistä verovuotta sekä tulevia verovuosia. Lisäksi arvioinnissa on kolmen ajankohdan lisäksi kaksi näkökulmaa, josta jokaista ajankohtaa tulisi tarkastella: tytäryhtiö itse sekä kolmas osapuoli.

Konsernivähennyslain 5 § sisältää lisäedellytyksiä tappion lopullisuuden arviointiin. Edellytyksenä sille, että tappioita voidaan pitää lopullisina 4 §:ssä tarkoitetulla tavalla, on lisäksi, että:

- 1) *tytäryhtiön toiminta on lopetettu;*
- 2) *tytäryhtiö on asetettu selvitystilaan tai sitä vastaavaan menettelyyn kotivaltiossaan ja selvitystila tai sitä vastaava menettely on saatettu loppuun viimeistään toiminnan lopettamisvuotta seuraavan verovuoden aikana;*
- 3) *tappiot ovat olemassa tytäryhtiön kotivaltion verolainsäädännön mukaan;*
- 4) *tappioiden käyttämättä jääminen tytäryhtiössä ei johdu siitä, että se ei ole ollut oikeudellisesti mahdollista tai että tappioiden käyttö on ollut ajallisesti rajoitettu;*
- 5) *emoyhtiö on omistanut tytäryhtiön osakkeet tai osuudet 2 §:n 1 momentin 1 kohdassa tai 3 §:ssä tarkoitetulla tavalla tappiovuoden alusta lukien; sekä*

¹⁶¹ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 55.

¹⁶² Penttilä, 2009, s. 463.

¹⁶³ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 55.

6) emoyhtiö osoittaa, että tytäryhtiö tai mikään muu taho ei ole voinut eikä voi käyttää tappioita tytäryhtiön verotuksellisessa kotipaikassa tai muualla.

Poiketen siitä, mitä 1 momentin 2 kohdassa säädetään selvitystilan tai sitä vastaavan menettelyn loppuunsaattamisen ajankohdasta, emoyhtiö voi antaa selvityksen tytäryhtiön kotivaltion lainsäädännön mukaisesta pidemmästä selvitysmenettelyyn tai sitä vastaavaan menettelyyn tarvittavasta ajasta, jota sovelletaan mainitussa kohdassa säädetyn ajankohdan sijaan.

Tappioiden käyttämisellä tarkoitetaan käytännössä mitä tahansa tapaa hyödyntää tappiot ja sitä arvioidaan tytäryhtiön omien tappionkäyttömahdollisuuksien lisäksi myös kolmannen osapuolen mahdollisuuksia hyötyä tappioista. Lisäksi tappioiden käyttöä arvioidaan useasta eri ajankohdasta: aiempien vuosien, kuluvan vuoden sekä tulevien vuosien näkökulmasta.¹⁶⁴

4.1.1 Tytäryhtiön on mahdotonta hyödyntää tappiota itse

Tappioiden hyväksyminen lopulliseksi edellyttää, että emoyhtiö osoittaa tytäryhtiön käyttäneen loppuun kaikki mahdolliset keinot hyödyntää tappio verotuksellisessa asuinvaltiossaan tai muualla¹⁶⁵. Tulevina vuosina tytäryhtiö ei saa tuloja asuinvaltiostaan eikä ole mahdollisuutta siihen, että tulevina vuosina tytäryhtiö voi ottaa tappiot huomioon¹⁶⁶. Ei ole mahdollista, että tytäryhtiö voisi ottaa tappiot huomioon tulevaisuudessa esimerkiksi varojen veronalaisen arvonnousun kautta tai niitä ei voida vähentää aikaisempien verovuosien voitoista¹⁶⁷.

Konsernivähennyslain 5 §:n 1 momentin 1 ja 2 kohdissa säädetään siitä, että tappio voidaan katsoa olevan lopullinen vasta, kun tytäryhtiön toiminta on lopetettu ja tytäryhtiö purettu. Konsernivähennys tehdään sinä vuonna, kun tytäryhtiö on purettu. Tämä on

¹⁶⁴ Verohallinto, 2021.

¹⁶⁵ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 55.

¹⁶⁶ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 55 ja C-172/13 Euroopan komissio v. Iso-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta, kohta 36.

¹⁶⁷ C-123/11 A Oy, kohta 53 ja C-446/03 Marks & Spencer, kohta 55.

linjassa tuomion C-172/13 Komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta kanssa, jonka mukaan tappio on lopullinen vasta, kun ulkomailla asuva tytäryhtiö ei voi saada tuloja asuinvaltiostaan. Niin kauan, kun tytäryhtiö voi saada edes vähäisiä tuloja, voidaan tulkita olevan olemassa mahdollisuus siihen, että tytäryhtiö voisi käyttää tappioita tulevista voitoista. Toiminnan lopettamisella ja yhtiön purkamisella varmistetaan se, ettei yhtiölle voi enää kertyä tuloja.¹⁶⁸

Käytännössä niin kauan, kun yhtiö on olemassa ja sillä on edes vähäisiä tuloja tai varoja, ei tappioiden voida katsoa olevan lopullisia. Vähäiset tulot voivat aiheuttaa sen, että yhtiölle kertyisi verotettavaa tuloa, josta tappioita voitaisiin myöhemmin vähentää. Yhtiön asettaminen selvitystilaan ja purkaminen on edellytys tappioiden lopullisuudelle, sillä niin kauan, kun yhtiö on olemassa, on mahdollista, että sen toiminta aloitetaan uudelleen ja tappioita voitaisiin päästä hyödyntämään.¹⁶⁹ EUT:n mukaan se, ettei tytäryhtiö voi saada enää edes vähäisiä tuloja, voidaan varmistaa näyttämällä toteen, että tytäryhtiö on välittömästi lopettanut liiketoimintansa sekä myynyt tai muuten luovuttanut kaiken tuloja tuottavan omaisuutensa heti sen verovuoden jälkeen, jona tappiot ovat syntyneet.¹⁷⁰

Yhtiön purkamiselle on säädetty konsernivähennyslain 5 §:n 1 momentin 2 kohdassa aikaraja, jonka mukaan purkamismenettely on saatettava loppuun viimeistään toiminnan lopettamisvuotta seuraavan verovuoden aikana. Tällä on pyritty estämään se, ettei konsernissa voitaisi viivyttää yhtiön purkamista ja siten päättää minä vuonna konsernivähennys tehtäisiin¹⁷¹. Kuitenkin jäsenvaltioiden veronlainsäädännön eroista johtuen, on mahdollista esittää selvitys pidemmästä selvitysmenettelyn vaatimasta ajasta konsernivähennyslain 5.2 §:n mukaisesti.

¹⁶⁸ C-172/13 Komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta, kohta 36–37; C-388/14 Timac Agro Deutschland GmbH, kohta 54.

¹⁶⁹ HE 185/2020 vp., s. 21.

¹⁷⁰ C-172/13 Komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta, kohta 36–37.

¹⁷¹ HE 185/2020 vp., s. 21.

4.1.2 Tappioiden hyödyntäminen on oikeudellisesti mahdollista

Kuten konsernivähennyslain 5 §:n 3 ja 4 kohdissa on säädetty, ei tappio voi olla lopullinen, jos tytäryhtiön asuinvaltiossa tappio ei koskaan ole ollut olemassa tai se ei ole ollut jostain syystä oikeudellisesti mahdollista. Jos tappion vähentäminen ei jostain syystä ole ollut mahdollista tytäryhtiön jäsenvaltiossa, ei toisessa jäsenvaltiossa asuva emoyhtiö ole velvollinen hyväksymään tappioita siirrettäväksi syystä, joka johtuu tyttären jäsenvaltion lainsäädännön erityispiirteistä¹⁷².

Tappion vähennysoikeus oli menetetty esimerkiksi tapauksessa KHO 2020:36, jossa A Oy:n kokonaan omistama ruotsalaisen tytäryhtiö B AB:n tappioita ei saanut vähentää A Oy:n antamaa konserniavustusta vastaan verovuonna 2019, sillä tappiot olivat syntyneet jo tilikausina 2001–2003 ja 2008, eivätkä ne tällä perusteella olisi vastaavassa kotimaisessa tilanteessa vähennyskelpoisia TVL 119 §:n 1 momentin 10 vuoden määräajan nojalla. Tytäryhtiön toiminta oli tilanteessa päättynyt vuoteen 2008 eikä yhtiöllä ollut enää tuloja, mutta korkein hallinto-oikeus välttyi ottamasta kantaa tappioiden lopullisuuteen niiden vanhentumisen vuoksi. KHO painotti tilanteessa sitä, että ulkomaisen yhtiön tappioiden vähentäminen edellyttää, että tappiot olisivat vähennyskelpoisia kotimaisessa tilanteessa. Tytäryhtiön asuinvaltiossa vanhentuneiden tappioiden vähentämisen epäämisen ei myöskään katsota olevan sijoittautumisvapauden rajoittamista.¹⁷³

EUT on erotellut tappioiden lopullisuuden syyt tapauksessa C-172/13 Komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta tosiasiallisiin syihin (factual reasons) ja lainsäädännöllisiin syihin (legal reasons) linjaten, ettei lainsäädännöllisistä syistä lopullisiksi tulleita rajat ylittäviä tappioita voida vähentää. Tytäryhtiön jäsenvaltion lainsäädännöllisistä syistä johtuvien lopullisten tappioiden sallimisen ei nähdä olevan tarpeellista emoyhtiön jäsenvaltion kustannuksella.¹⁷⁴ Jos tytäryhtiöllä ei ole sen

¹⁷² Vande Velde, 2016, s. 135; C-322/11 K, kohdat 75–79.

¹⁷³ KHO 2020:36.

¹⁷⁴ Haapaniemi, 2021, s. 12.

asuinvaltion lainsäädännön mukaan ollut missään vaiheessa mahdollisuutta käyttää tappiota tai tappion hyödyntämismahdollisuus on jostain syystä, esimerkiksi omistajanvaihdoksen tai tappion vanhentumisen vuoksi, menetetty, ei tappion katsota olevan rajat ylittäviä tilanteita koskeva vähennyskelpoinen lopullinen tappio¹⁷⁵. EUT on myös tapauksessa C-322/11 K katsonut, ettei verovelvollisen voida katsoa käyttäneen loppuun kaikkia tappioiden hyödyntämismahdollisuuksia, jos tappion hyödyntämismahdollisuudesta ei ole säädetty toisen jäsenvaltion lainsäädännössä ja täten tosiseikkoja koskevat olosuhteet ovat merkityksettömiä¹⁷⁶.

Tuomiossa C-607/17 Memira Holding AB EUT linjasi myös siitä, mikä merkitys tappioiden lopullisuuden arvioinnissa on annettava sille, ettei tappioiden siirtäminen sulautumisessa ollut mahdollista tytäryhtiön kotimaisen lainsäädännön mukaan¹⁷⁷. Tapauksessa oli tarkoitus sulauttaa saksalainen tytäryhtiö ruotsalaiseen emoyhtiöön eikä Saksan lainsäädäntö sallinut tappioiden siirtoa sulautumisessa. EUT:n mukaan pelkällä tappioiden siirtorajoituksella tytäryhtiön asuinvaltiossa ei kuitenkaan ole ratkaisevaa merkitystä tappioiden lopullisuuden arvioinnissa. Siirtorajoituksella voi kuitenkin olla vaikutusta sen asian todistamisessa, ettei tappioita voitaisi hyödyntää kolmannen osapuolen kautta tulevina verovuosina myymällä yhtiö.¹⁷⁸ Jos tytäryhtiön asuinjäsenvaltiossa ei ole mitään mahdollisuutta tappioiden siirtämiseksi, voi emoyhtiön asuinvaltio suoraan evätä tappioidentasauksen yhtiöiden välillä sijoittautumisvapautta loukkaamatta¹⁷⁹. EUT:n ratkaisun C-608/17 Holmen AB mukaan myöskään tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännössä olevilla tappioiden siirtorajoituksilla yhtiön purkamisen yhteydessä likvidaatiovuoden aikana ei yksinään ole ratkaisevaa merkitystä arvioidessa tappioiden lopullisuutta.

¹⁷⁵ C-388/14 Timac Agro Deutschland GmbH, kohta 55; C-172/13, Euroopan komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta, kohta 33.

¹⁷⁶ Ahonen, Pykönen & Salmikivi, 2016, s. 542; C-322/11, K, kohdat 75–79.

¹⁷⁷ C-607/17 Memira Holding AB, kohdat 11 ja 19. Lisäksi EUT on ilmaissut saman asian myös tapauksissa tapausten C-172/13 Euroopan komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta kohdassa 33 ja C-388/14 Timac Agro Deutschland GmbH kohdassa 55.

¹⁷⁸ C-607/17 Memira Holding AB, kohdat 27–28; HE 185/2020 vp., s. 22.

¹⁷⁹ C-172/13 Euroopan komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta, kohta 33; Helminen 2020, s. 540.

Kuitenkin samoin kuten Memira Holding AB:n tapauksessa, voi tällaisella rajoituksella olla merkitystä arvioitaessa emoyhtiön mahdollisuuksia hyötyä tappioista kolmannen kautta.¹⁸⁰

4.1.3 Tappiota on mahdotonta hyödyntää kolmannen osapuolen kautta

Tappion lopullisuuden edellytyksenä on myös, että edes kolmannen ei ole mahdollista ottaa huomioon tytäryhtiön tappioita tulevien verovuosien aikana tytäryhtiön asuinvaltiossa tai muualla¹⁸¹. Tällä tarkoitetaan EUT:n oikeuskäytännön mukaan esimerkiksi tilannetta, jossa tytäryhtiö myydään kolmannelle ja hinnassa huomioidaan ostajalle tulevasta tappioiden käyttömahdollisuudesta saatava veroetu¹⁸². Osittainen este tappioiden hyödyntäminen kolmannen osapuolen kautta voi muodostua silloin, kun voidaan osoittaa, ettei tytäryhtiön asuinvaltion tai kiinteän toimipaikan sijaintivaltion lainsäädäntö salli minkäänlaisia mahdollisuuksia tappioiden siirtämiseksi esimerkiksi myyntitilanteessa.

Tuomion C-172/13 Euroopan komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta kohdassa 33 käytetään nimenomaista ilmaisua, ettei tappioiden lopullisuus voi johtua seikasta, ettei tytäryhtiön jäsenvaltio salli minkäänlaista mahdollisuutta tappioiden *siirtämiseksi*¹⁸³. EUT:n käyttämää sanavalintaa siirtämisestä voidaan pitää tulokinnanvaraisena siitä, tarkoitetaanko siirtämisellä myös muita yritysjärjestelyitä kuten sulautumista. On siis epäselvää, voidaanko tappiota pitää lopullisena, jos tappio ei siirtyisi tytäryhtiön asuinvaltion verolainsäädännön mukaan esimerkiksi sulautumisessa.¹⁸⁴

¹⁸⁰ C-698/17 Holmen AB, kohdat 39–40. Vrt. myös kohtaa 40 tapauksen C-607/17 Memira Holding AB kohtaan 28.

¹⁸¹ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 55.

¹⁸² C-608/17 Holmen AB, kohdat 37–38 ja C-607/17 Memira Holding AB, kohdat 24–26.

¹⁸³ C-172/13, Euroopan komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta, kohta 33.

¹⁸⁴ Ahonen, Pykönen & Salmikivi, 2016, s. 542.

Emoyhtiön tulisi siis osoittaa, että tappiot ovat mahdottomia hyödyntää taloudellisesti edes kolmannelle luovuttamisen kautta tavalla, jossa kolmas voisi hyödyntää tappiot verotuksessa tulevien vuosien aikana¹⁸⁵. Tappioita ei myöskään voida hyväksyä lopullisiksi, jos ne olisi ollut aikaisempina verovuosina mahdollista siirtää kolmannelle ja sitä kautta saada hyödynnetyksi¹⁸⁶. Kolmannelle osapuolelle myynnin mahdollisuuksissa tulee huomioida myös tytäryhtiön asuinvaltioon jäävän toiminnan vaikutus tappioiden hyödyntämisessä. Mikäli asuinvaltioon jää esimerkiksi toinen saman konsernin yhtiö tai kiinteä toimipaikka, tulee pystyä osoittamaan, ettei tämä yhtiö voisi hyödyntää tytäryhtiöltä jääneitä tappioita esimerkiksi valtion sisäisessä lainsäädännössä määriteltyjen konsernin tuloksentasausmahdollisuuksien kautta. Kolmannella voidaan siis ulkopuolisen toimijan lisäksi myös saman konsernin yrityksiä.

EUT:n tuomiota C-172/13 Euroopan komissio v. Iso-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta voidaan pitää jatkumona C-446/03 Marks & Spencer tapaukselle ja ensiksi mainittua kutsutaankin usein nimellä Marks & Spencer II. Tuomio C-172/13 on annettu Euroopan komission nostamasta kanteesta, jonka mukaan Ison-Britannia ja Pohjois-Irlanti ovat Marks & Spencer tuomion perusteella asettaneet tappioiden lopullisuudelle suhteettomia edellytyksiä, jotka tekevät lähes mahdottomaksi niiden soveltamisen¹⁸⁷. Huomionarvoista on myös prosessin pitkä kesto, sillä tuomio C-172/13 Euroopan komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta on annettu 10 vuotta tuomion C-446/03 Marks & Spencer jälkeen, joka osoittaa asian lopullisten tappioiden käsitteen sekä niiden vähennyskelpoisuuden tulkinnanvaraisuuden.¹⁸⁸

¹⁸⁵ C-607/17 Memira Holding AB, kohta 28.

¹⁸⁶ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 55.

¹⁸⁷ C-172/13 Euroopan komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta, kohta 1.

¹⁸⁸ Ahonen, Pykönen & Salmikivi, 2016, s. 540.

4.2 Kiinteiden toimipaikkojen lopulliset tappiot

Rajoitetusti verovelvollisella yhteisöllä voi olla Suomessa elinkeinon harjoittamista varten kiinteä toimipaikka eli TVL 13 a §:n mukaan erityinen liikepaikka tai paikka, jossa on ryhdytty erityisiin järjestelyihin. Kiinteä toimipaikka voi olla TVL 13 a §:n mukaan esimerkiksi yhtiön toimisto, sivuliike, johto, tuotantolaitos, myymälä taikka muu pysyvä ostotai myyntipaikka. Mikäli ulkomaiselle yhteisölle muodostuu Suomeen elinkeinon harjoittamiseen liittyvä kiinteä toimipaikka, on se velvollinen suorittamaan veroa Suomeen kaikista toimipaikan tuloista. Kiinteä toimipaikka on vastoin TVL 9 §:n 1 momentin 2 kohdan ja 2 momentin rajoituksia velvollinen maksamaan veroa myös niihin liittyvistä tuloista, jos tulot luetaan kuuluvan kiinteälle toimipaikalle.

SEUT 49 artiklan sijoittautumisvapaus edellyttää, että objektiivisesti katsottuna samanlaisessa asemassa olevien ulkomaisten ja kotimaisten yritysten on saatava yhtä edullista verokohtelua, vaikka kyseessä olisikin rajoitetusti verovelvollisen verotus. Toisessa EU-valtiossa kuin yrityksen kotijäsenvaltiossa olevan kiinteän toimipaikan olemassaoloa voidaan pitää asiana, joka asettaa kiinteän toimipaikan ja kiinteän toimipaikan kanssa samassa jäsenvaltiossa asuvan yhtiön objektiivisesti tarkasteltuna samanlaiseen asemaan.¹⁸⁹

EUT on linjannut kiinteiden toimipaikkojen olevan verotuksellisesti samanlaisessa asemassa ja niiden olevan oikeutettu yhtä edulliseen verokohteluun kuin sen sijaintivaltion kotimaiset yhtiöt saavat ensimmäisen kerran tapauksessa C-311/97 Royal Bank of Scotland. Asiassa oli kyse siitä, voidaanko Yhdistyneessä kuningaskunnassa asuvan yhtiön Kreikassa pankkitoimintaa harjoittava kiinteän toimipaikka katsoa rinnastettavaksi Kreikan tuloverolain tarkoittamaksi ulkomaiseksi yhtiöksi, joka oikeuttaa soveltamaan siihen korkeampaa verokantaa. EUT vahvisti tuomiossa toisessa jäsenvaltiossa asuvan yhtiön toiseen jäsenvaltioon perustaman kiinteän toimipaikan olevan objektiivisesti tarkasteltuna samassa asemassa jäsenvaltiossa asuvien yhtiöiden kanssa ja täten ulkomaisille

¹⁸⁹ Helminen, 2021.

yhtiöille suunnattua korkeamman verokannan soveltamista pidetään sijoittautumisvapauden vastaisena syrjintänä.¹⁹⁰ EUT on vahvistanut tapauksessa C-18/11 Philips Electronics jäsenvaltiossa asuvan yhtiön toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan kiinteän toimipaikan olevan oikeutettu siirtämään tappiot sen kanssa samassa jäsenvaltiossa sijaitsevalle konserniyhtiölle samoin edellytyksin kuin se olisi mahdollista samassa valtiossa täysin kotimaisessa tilanteessa¹⁹¹.

Tytäryhtiöiden ja kiinteiden toimipaikkojen yhtä edullinen verokohtelu koskee siis sekä tytäryhtiön asuinjäsenvaltiota että kiinteän toimipaikan sijaintivaltiota. Kuitenkin lähtövaltiolla on oikeus kohdella ulkomaisia tappioita eri tavalla riippuen siitä, onko kyseessä ulkomainen tytäryhtiö vai kiinteä toimipaikka.¹⁹² Toiseen jäsenvaltioon perustettu kiinteän toimipaikan ja tytäryhtiön ei katsota olevan samanlaisessa asemassa niin, että emoyhtiötä sekä kiinteän toimipaikan perustanutta yritystä tulisi aina kohdella niiden asuinvaltiossa samalla tavalla. Ulkomaisiin kiinteisiin toimipaikkoihin sekä ulkomaisiin tytäryhtiöihin ei täten tarvitse soveltaa samaa verojärjestelmää. On sallittua, että emoyhtiön asuinjäsenvaltiot saavat päättää erilaisten ulkomaillesijoittautumismuotojen verokohtelusta, kunhan ulkomaille sijoittautuvia emoyhtiöitä ei syrjitä asettamalla niitä epäedullisempaan asemaan kuin täysin kotimaahan sijoittautuneet emoyhtiöt¹⁹³.

Emoyhtiön asuinvaltion oikeutta kohdella ulkomaisen tytäryhtiön ja ulkomaisen kiinteän toimipaikan tappioita eri tavalla on käsitelty tapauksessa C-337/08 X Holding, jossa EUT on perustellut erilaisuutta sillä, että ulkomainen kiinteä toimipaikka ja ulkomainen tytäryhtiö jakavat verotusvaltaa eri tavoin: ulkomainen kiinteä toimipaikka ei ole yleisesti verovelvollinen sijaintivaltiossaan toisin kuin siellä asuva tytäryhtiö. Täten esimerkiksi kotimaisen emoyhtiön verotuksessa ei tarvitse saada huomioida toisessa jäsenvaltiossa

¹⁹⁰ C-311/97 Royal Bank of Scotland.

¹⁹¹ Helminen, 2020, s. 537.

¹⁹² Helminen, 2020, s. 537.

¹⁹³ Helminen, 2021; yhdistetyt asiat C-439/07 ja C-499/07 KBC Bank, kohdat 80–82.

olevan tytäryhtiön tappioita, vaikka tappiot voitaisiin huomioida toisessa jäsenvaltiossa olevan kiinteän toimipaikan osalta.¹⁹⁴

Tapauksessa C-293/06 Deutsche Shell oli kyse kiinteän toimipaikan lopettamisesta aiheutuneiden valuuttakurssitappioiden käyttämisestä, kun saksalaisen yhtiön Italiassa oleva kiinteä toimipaikka lopetettiin eikä tappioita voitu ottaa huomioon kummassakaan valtiossa. EUT ilmaisi tapauksen perusteluissa, ettei sijoittautumisvapautta tule ymmärtää niin, että jäsenvaltion tulisi laatia kansallinen verolainsäädäntönsä niin, että siinä huomioidaisiin kaikissa tilanteissa toisen valtion verojärjestelmän eroavuudet. Lisäksi tuomiossa todetaan, ettei jäsenvaltiota voida edellyttää ottavan toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan kiinteän toimipaikan tappioita huomioon pelkästään siitä syystä, ettei niitä voida verotuksessa huomioida siinä jäsenvaltiossa, jossa kiinteä toimipaikka sijaitsee.¹⁹⁵

Kuitenkin tilanne on erilainen silloin kun on kyse kiinteän toimipaikan lopullisista tappioista. Lopullisten tappioiden vähentämiseen rajat ylittävissä tilanteissa liittyvät periaatteet soveltuvat tytäryhtiö-emo-yhtiö-suhteen lisäksi myös kiinteisiin toimipaikkoihin. Tapauksessa C-414/07 Lidl Belgium EUT linjasi, että toisessa jäsenvaltiossa sijaitseviin kiinteisiin toimipaikkoihin soveltuvat samat sijoittautumisvapauden periaatteet tappioiden säilymisestä kuin muissa rajat ylittävissä tilanteissa.¹⁹⁶ On täten SEUT 49 artiklan sijoittautumisoikeuden vastaista evätä toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan kiinteän toimipaikan tappioiden rajat ylittävä siirtyminen, mikäli toisessa jäsenvaltiossa asuva yhtiö näyttää toteen tuomion Marks & Spencer 55 kohdassa määriteltyjen lopullisten tappioiden olemassaolon. Kiinteän toimipaikan tappioiden lopullisuutta arvioidaan siis samoin vaatimuksin kuin tytäryhtiön tappioita ja tappioiden lopullisuus voidaan todeta vasta, kun kiinteä toimipaikka ei saa enää mitään tuloja sen sijaintivaltiosta. Tappioiden lopullisuus ei siis voi aiheutua siitä, ettei jäsenvaltion, jossa kiinteä toimipaikka sijaitsee, lainsäädäntö salli mitään mahdollisuutta tappioiden vähentämiselle.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Helminen, 2021; C-337/08 X Holding, kohdat 37–40.

¹⁹⁵ C-293/06 Deutsche Shell, kohdat 42–43.

¹⁹⁶ C-414/06 Lidl Belgium, kohdat 18–20.

¹⁹⁷ C-388/14 Timac Agro Deutschland GmbH, kohta 53–55.

Konsernivähennys on täten mahdollista tehdä myös sellaisen Suomessa sijaitsevan kiinteän toimipaikan verotuksessa, jonka perustajayhtiö asuu toisessa jäsenvaltiossa. Tämä johtuu jo aiemmin todettuna siitä, ettei Suomessa ulkomaisen yhtiön perustaman kiinteän toimipaikan verotus saa olla epäedullisempaa kuin Suomessa yleisesti verovelvollisen verotus.

Tapauksessa C-650/16 A/S Bevola ja Trock oli kyse Suomessa sijaitsevan kiinteän toimipaikan tappioiden vähentämisestä Tanskassa. Tapauksessa EUT on linjannut, että lopullisiin tappioihin liittyvää oikeuskäytäntöä C-446/03 Marks & Spencer ja C-172/13 Euroopan komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta osalta voidaan soveltaa analogisesti ulkomaisiin kiinteisiin toimipaikkoihin¹⁹⁸. Täten myös kiinteiden toimipaikkojen tappiot voidaan katsoa lopullisiksi, mikäli toimipaikan omistava yhtiö tai mikään muu taho ei ole voinut eikä tulevaisuudessa voisi käyttää tappioita kiinteän toimipaikan sijaintijäsenvaltiossa tai muualla eikä toimipaikalla ole minkäänlaisia tuloja¹⁹⁹. Kotimaisen yhtiön omistaman ulkomaisen kiinteän toimipaikan lopulliset tappiot eivät siis EUT:n mukaan ole eri asemassa verrattuna kotimaisen yhtiön omistamaan kotimaiseen kiinteään toimipaikkaan²⁰⁰. Suomessa yleisesti verovelvollisen verotus ei saa olla lievempää kuin EU- tai ETA-valtiosta olevan emoyhtiön Suomessa sijaitsevan kiinteän toimipaikan verotus²⁰¹. Ulkomaisen kiinteän toimipaikan omistaja voi siis ”maahantuoda” toisessa jäsenvaltiossa muodostuneita lopullisia tappioita vähennettäväksi omassa kansallisessa verotuksessaan²⁰².

EUT on kuitenkin tuomiossa C-405/18 Aures Holding a.s. todennut, ettei A/S Bevola ja Trock -tapauksen näkökulmaa kiinteän toimipaikan lopullisen tappion osalta voida soveltaa siihen, että yhtiö siirtää johtopaikkansa ja täten asuinpaikkansa toiseen jäsenvaltioon

¹⁹⁸ Järvinen, 2021, s. 416.

¹⁹⁹ C-650/16 A/S Bevola ja Trock, kohta 64 ja Weckström, 2019, s. 20.

²⁰⁰ C-650/16 A/S Bevola ja Trock, kohta 38.

²⁰¹ Helminen, 2020, s. 545.

²⁰² Cordewener, 2018, s. 230. Asiasta kirjoittanut myös Weckström, 2019, s. 20.

ja saisi vähentää ensimmäisessä jäsenvaltiossa aikaisemmalla verokaudella syntyneet tappiot, jotka yksinomaan olivat ensimmäisen jäsenvaltion verotusvallan alla²⁰³.

4.3 Tytäryhtiön sulautumisessa siirtyvät lopulliset tappiot

Lopullisten tappioiden vähentämisen on katsottu EUT:n oikeuskäytännössä olevan mahdollista myös rajat ylittävissä sulautumisissa SEUT 49 ja 54 artiklojen nojalla. Lopullisten tappioiden siirtyminen sulautumisissa on ollut esillä esimerkiksi tapauksissa C-123/11 A Oy, C-607/17 Memira Holding AB ja C-608/17 Holmen AB. Oikeuskäytännöstä ei erikseen käy ilmi, koskeeko lopullisten tappioiden siirto ainoastaan tytäryhtiösulautumista, jossa vastaanottava yhtiö omistaa kaikki tytäryhtiön osakkeet ja muut osakkeisiin liittyvät erityiset oikeudet. Missään edellä mainitussa kolmessa tuomioista asiaan ei ole otettu suoraan kantaa, mutta tapauksessa A Oy on nimenomaisesti mainittu emoyhtiön omistavan tytäryhtiön kokonaan, jota taas Memira Holding AB:n ja Holmen AB:n tapauksissa ei ole tehty.

Verolainsäädännön mukaisessa EVL 52 a §:ssä määritellyssä sulautumisessa yksi tai useampi yhtiö purkautuu selvitysmenettelyttä siirtäen kaikki varansa ja velkansa vastaanottavalle yhtiölle. Sulautuvan yhtiön osakkeenomistajat saavat EVL 52 a §:n mukaan sulautumisessa vastineeksi vastaanottavan yhtiön osakkeita omistettujen osakkeiden mukaisessa suhteessa. Vastineeksi voi saada myös rahaa, mutta sen enimmäismäärä on 10 % vastineena annettavien osakkeiden nimellisarvosta tai vastaavasta osuudesta osakepääomaa. Tytäryhtiösulautuminen on absorptiosulautumisen erikoismuoto ja samalla suosituin sulautumisen muoto, jossa sulautumiseen osallistuva emoyhtiöt omistavat kaikki sulautuvan tytäryhtiön osakkeet ja osakkeiden erityiset oikeudet. Täten esimerkiksi sulautumisvastiketta ei anneta. Tytäryhtiösulautumisen suosiota selittää sen

²⁰³ C-405/15 Aures Holding a.s., kohdat 44–45 ja 48.

yksinkertaisempi menettely, sillä kaikkien osakkeiden ollessa vastaanottavan yhtiön omistuksessa, ei tarvitse huolehtia vähemmistöosakkeenomistajien oikeuksista.²⁰⁴

Rajat ylittävät sulautumiset ovat olleet mahdollisia EU-asetuksen (2157/2001) mukaisten eurooppayhtiöiden osalta 8.10.2004 ja muiden yhtiöiden osalta EU:ssa 15.12.2007 lähtien, jolloin direktiivin EU:n pääomayhtiöiden rajat ylittävistä sulautumisista (2005/434/EY) oli implementoitava jäsenvaltioiden lainsäädäntöön²⁰⁵. Rajat ylittävien yritysjärjestelyjen verottamisen puitteet on luotu alun perin jo vuonna 1990 annetussa EY:n yritysjärjestelydirektiivissä (90/434/ETY), jota on myöhemmin muutettu vuonna 2005 ja direktiivi on kodifioitu nykymuotoonsa muutospäätöksellä (2009/133/EY).²⁰⁶

Yritysjärjestelydirektiivin tavoitteena on poistaa verotuksen esteitä jäsenvaltioiden rajat ylittäviltä yritysjärjestelyiltä mahdollistamalla tietyin edellytyksin verotuksen lykkääntyminen omaisuuden luovutusajankohtaan jatkuvuusperiaatteen mukaisesti. Lisäksi direktiivin perusteissa korostetaan verotuksen neutraalisuutta, jonka toivotaan edistävän koko EU:n alueella yritysten kansainvälistä kilpailukykyä, tuottavuutta ja kilpailuolosuhteita mahdollistamalla jäsenvaltioiden rajat ylittäviä yritysjärjestelyitä.²⁰⁷

Sulautumisen verovaikutuksista säädetään EVL 52–52 b §:ssä, jotka pohjautuvat yritysjärjestelydirektiiviin. Yritysjärjestelydirektiivin lähtökohtana on, ettei rajat ylittäviä järjestelyjä kohdeltaisi verotuksessa ankarammin kuin puhtaasti kotimaisia järjestelyjä. Yritysjärjestelydirektiiviä koskevassa hallituksen esityksessä elinkeinoverolain muutoksesta on nostettu esiin näkökulma siitä, että mikäli kansainväliset yritysjärjestelyt saisivat verotetuja, joita kotimaisessa yritysjärjestelyssä lainsäädäntö ei mahdollistaisi, voisi syntyä houkutus käyttää ulkomaisia yhtiöitä hoitamaan tosiasiasa vain kotimaahan suuntautuvaa toimintaa. Yritysjärjestelydirektiivin vaikutukset on päädytty ulottamaan Suomessa

²⁰⁴ Immonen, 2022, s. 239–240.

²⁰⁵ Helminen, 2001.

²⁰⁶ Immonen, 2022, s. 302.

²⁰⁷ Immonen, 2022, s. 303–305.

koskemaan myös puhtaasti kotimaisia järjestelyjä.²⁰⁸ Täten myöskään kotimaisten järjestelyjen tulkinnassa voidaan täysin sivuuttaa EU-oikeudellista näkökulmaa, kuten direktiivin valmisteluaineistoa²⁰⁹.

Ennen sulautumiseen liittyvää lopullisten tappioiden siirtymisen arviointia on tutkittava, täytyvätkö sulautumisen muodolliset sekä liiketaloudelliset edellytykset. Mikäli sulautuminen täyttää EVL 52 a §:n vaatimukset, järjestely ei aiheuta välittömiä veroseurauksia. Sulautuva yhtiö purkautuu selvitysmenettelyttä ja sen kaikki varat ja velat siirtyvät vastaanottavalle yhtiölle. Varsinaisesti yhtiö ei siis purkaannu verotuksessa, vaan varojen ja velkojen siirtymisessä noudatetaan jatkuvuusperiaatetta niin osakkeenomistajien kuin yhtiöiden verotuksessa. Omaisuus siirtyy yhtiöltä toiselle samoista arvoista, omaisuuden hankinta-ajankohdat pysyvät samoina, fuusiotulos ei ole veronalaista tuloa tai tappio vähennyskelpoista, poistot eivät palaudu, varaukset eivät purkaudu ja hankintamenot sekä muut vähennyskelpoiset menot saadaan vähentää vastaanottavan yhtiön verotuksessa aivan kuten ne olisi saatu sulautuneen yhtiön verotuksessa vähentää.²¹⁰

Mikäli EVL 52 a §:ssä määritellyt edellytykset eivät täyty tai sulautumisjärjestelyyn tulee soveltaa EVL 52 h §:n veronkiertosäännöstä, ei TVL 123 §:n sulautumista koskevaa tappioiden siirtosäännöstä voida soveltaa²¹¹. Oikeuskäytännössä on todettu tappioiden siirtymisen TVL 123 §:n tavalla edellyttävän sitä, että sulautuminen katsotaan EVL 52 a §:n mukaiseksi²¹². Koska tappioiden lopullisuuden edellytyksenä on se, että tappiot ovat oikeudellisesti käytettävissä myös vastaavassa kotimaisessa tilanteessa, on myös EVL 52 a § edellytys tappioiden lopullisuudelle Suomen lainsäädännössä²¹³. Jos järjestely ei täytä EVL 52 a §:n vaatimuksia, verotuksessa sulautuminen käsitellään sulautuvan yhtiön purkautumisena.

²⁰⁸ HE 177/1995 vp., s. 7.

²⁰⁹ Immonen, 2018, s. 303.

²¹⁰ Helminen, 2001.

²¹¹ Ahonen, Pykönen & Salmikivi, 2016, s. 543.

²¹² KHO 2012:23 mukaan TVL 123 §:n 2 momentin mukaisena sulautumisena ei voida pitää sulautumista, joka ei täytä EVL 52 a §:n edellytyksiä.

²¹³ KHO 2020:36

Tappioiden siirtyminen sulautumisissa on erikseen säännelty, eikä jatkuvuusperiaate niiden siirtymisen osalta aina toteudu. EVL 52 a §:n vaatimukset täyttävässä sulautumisessa sulautuvan yhtiön tappiot siirtyvät kotimaisessa sulautumisessa vastaanottavalle yhtiölle, mikäli tappioyhtiön omistus ei vaihdu liikaa TVL 122 ja 123 §:n edellytysten mukaisesti. Yleisesti tappion siirtymistä omistajanvaihdostilanteissa koskee TVL 122 §, mutta lisäksi varsinaisesta sulautuvan yhtiön tappioiden siirtymisestä sulautumisessa säädetään TVL 123 §:ssä.

Vastaanottavan yhtiöiden tappioista ei ole olemassa sulautumista koskevia erityisiä säännöksiä, vaan siihen sovelletaan TVL 122 §:n omistajanvaihdoksen periaatteita. Kotimaisen sulautumisen jälkeen vastaanottava yhtiö menettää sulautumisessa saatujen tappioiden käyttöoikeuden, mikäli tappiovuoden aikana tai sen jälkeen yli puolet osakkeista tai osuuksista vaihtaa omistajaa muun saannon kuin perinnön tai testamentin välityksellä eikä Verohallinto anna erillistä poikkeuslupaa tappioiden käyttämiselle. Myös mikäli tappioyhtiöstä yli 20 % omistavan yhtiön omistuksessa tapahtuu vastaava yli puolen osakkeiden omistajanvaihdos, tappioiden vähennysoikeus menetetään. Julkisen kaupankäynnin kohteena olevan yhtiön osakkeiden omistajanvaihdokselle on määritelty TVL 123.2 §:ssä lievempiä määräyksiä.²¹⁴

TVL 122 §:n ja 123 §:n mukaan sulautuvan yhtiön tappioiden siirto edellyttää, että vastaanottavan yhtiön tai sen osakkaiden on tullut omistaa yli puolet sulautuvan yhtiön osakkeista tai osuuksista tappiovuoden alusta. Yritysjärjestelydirektiivi ei määrittele sitä, voidaanko suomalaiseen yhtiöön sulautuvan ulkomaisen yhtiön tappioita vähentää vastaanottavan yhtiön verotuksessa, joten vähennysoikeus on riippuvainen jäsenvaltioiden sisäisestä lainsäädännöstä. Suomen verolait eivät suoraan tee eroa kotimaisen sulautumisen ja rajat ylittävän sulautumisen välille tappion siirron osalta TVL 123 §:ssä, mutta säädöksessä viitataan TVL 119 §:ään, jonka perusteella voitaisiin päätellä, että vain Suomen

²¹⁴ Immonen, 2022, s. 333–334.

verolainsäädännön mukaan vahvistetut tappiot voisivat siirtyä vähennettäviksi.²¹⁵ Tästä poikkeuksen muodostaa kuitenkin ulkomaisen yhtiön Suomessa sijaitsevaan kiinteään toimipaikkaan liittyvät tappiot, joiden verotus ei saa olla epäedullisempaa kuin Suomessa asuvan yleisesti verovelvollisen verotus.

Vapaan sijoittautumisoikeuden vastaista on kuitenkin evätä rajat ylittävässä sulautumisessa sellaisen sulautuvan yhtiön tappioiden siirtyminen kotimaisia tilanteita vastaavalla tavalla, kun vastaanottava yhtiö osoittaa tappioiden olevan lopullisia²¹⁶. Tappioiden lopulliseksi katsomisen edellytykset sulautumisessa vastaavat C-446/03 Marks & Spencer tuomiossa määriteltyjä edellytyksiä. Vastaanottavan yhtiön tulee näyttää toteen, että sulautuva yhtiö on käyttänyt loppuun kaikki mahdollisuudet tappioiden käyttämiselle sen verotuksellisessa kotipaikassa ja muualla, aiempina ja tulevina vuosina sekä kuluvana vuonna eikä myöskään kolmannella ole ollut tai ole mahdollisuutta hyödyntää tappioita. EUT on ratkaissut näyttövelvollisuuden tappioiden lopullisuudesta olevan myös sulautumisissa tappioiden hyödyntämistä hakevalla taholla eli vastaanottavalla yhtiöllä²¹⁷.

Samalla tavalla kuin rajat ylittävässä tappiontasauksessa konsernivähennyksen kautta, jotta tappioiden voitaisiin katsoa olevan lopullisia, sulautuvalla yhtiöllä ei saa olla enää tuloja, joista sen tappioita voitaisiin vähentää. Jos tuloja ei ole, täytyy tappion lopullisuutta arvioidessa ottaa huomioon kuitenkin se mahdollisuus, voisiko sulautuva yhtiö saada tuloja sellaisessa tilanteessa, jossa se sulauttamisen sijaan purettaisiin ja purkamisessa saataisiin mahdollista verotettavaa tuloa, josta tappioita voisi vähentää. On myös huomioitava seikka, onko sulautuvalla yhtiöllä sen asuinvaltiossa avoinna esimerkiksi verotuksen muutoksenhakutapauksia, joista verotettavaa tuloa voisi mahdollisesti vielä saada.²¹⁸

²¹⁵ Helminen, 2001.

²¹⁶ Helminen, 2001.

²¹⁷ C-123/11 A Oy, kohdat 54–55; C-607/17 Memira Holding AB, kohdat 26–27.

²¹⁸ Ahonen, Pykönen & Salmikivi, 2016, s. 542.

Myös sulautumisessa tappioiden ei katsota olevan lopullisia, jos sulautuvan yhtiön tappiot sen sijaintivaltion lainsäädännössä eivät ole olleet vähennyskelpoisia. Sulautuvan yhtiön tappioiden lopullisuutta arvioidaan samalla tavalla kuin tytäryhtiöiden sekä kiinteiden toimipaikkojen tappioita. Kynnys tappioiden lopulliseksi katsomiseksi on verrattain korkea.²¹⁹ Myös lopullisten tappioiden käyttömahdollisuus voidaan kuitenkin menettää Suomessa TVL 122 §:n ja 123 §:n kaltaisissa tilanteissa, joissa yhtiön omistus muuttuu liian paljon.

Tapauksessa C-123/11 A Oy oli kyse suomalaisen emoyhtiön Ruotsissa sijaitsevan tappiollisen tytäryhtiö B AB:n sulauttamisesta tytäryhtiösulautumisella emoyhtiöön. A:lla ei olisi tämän jälkeen enää Ruotsissa kiinteää toimipaikkaa tai muuta tytäryhtiötä. Ennakoratkaisuhakemuksessa KHO on todennut, ettei Suomen lainsäädäntö mahdollista tappioiden siirtämistä sulautumisessa silloin, kun sulautuva yhtiö asuu toisessa jäsenvaltiossa.²²⁰ Asiassa oli siis ratkaistavana se, onko SEUT 49 ja SEUT 54 artikloiden vastaista, että rajat ylittävässä sulautumisessa vastaanottava kotimainen emoyhtiö ei saa vähentää toisessa jäsenvaltiossa asuneen sulautuneen tytäryhtiön edellisten verovuosien tappioita, vaikka se on mahdollista muuten vastaavassa tilanteessa, mutta tytäryhtiö olisi kotimainen.

EUT on tuomiossaan C-123/11 katsonut, että kyseessä on sijoittautumisvapauden rajoitus ja sille on olemassa hyväksyttävät oikeuttamisperusteet, joilla tavoitellaan perustamissopimuksen kanssa yhteensopivia, yleistä etua koskevia pakottavia syitä koskevia päämääriä, ja toimilla voidaan taata näiden päämäärien toteutuminen. Sulautumisessa tapahtuvan tappioiden siirtomahdollisuuden epäämisen tilanteessa, jossa sulautuva yhtiö on toisessa jäsenvaltiossa asuva, ei katsota olevan suhteellisuusperiaatteen mukainen, kun on kyse lopullisista tappioista. Lähtökohtaisesti siis SEUT 49 ja SEUT 54 artiklat eivät siis ole esteenä kansalliselle lainsäädännölle, jossa evätään tytäryhtiön tappioiden siirtyminen rajat ylittävässä sulautumisessa, vaikka se olisi mahdollista kotimaisten

²¹⁹ Helminen, 2001.

²²⁰ C-123/11 A Oy.

yhtiöiden välisessä sulautumisessa. Lopulliset tappiot muodostavat tästä kuitenkin poikkeuksen ja ne tulisi hyväksyä rajat ylittävissä sulautumisen jälkeen kotimaisen emoyhtiön verotettavasta tulosta vähennettäväksi.²²¹

EUT:n tuomion C-123/11 A Oy mukaan tappioiden lopullisuuden osoittamiseksi ei kuitenkaan yksin riitä se, että sulautumisen jälkeen kotimaisella emoyhtiöllä ei ole sulautuneen yhtiön asuinvaltiossa tytäryhtiötä tai kiinteää toimipaikkaa²²². Tästä voidaan päätellä, että mikäli emoyhtiölle jää sulautumisen jälkeen tytäryhtiön jäsenvaltioon kiinteä toimipaikka tai toinen konserniyhtiö, on erittäin epätodennäköistä, että emoyhtiö voisi osoittaa tappioiden olevan lopullisia niin, ettei kiinteä toimipaikka tai konserniyhtiö voisi hyötyä niistä toisessa jäsenvaltiossa. Voidaan myös pohtia, mikä painoarvo tulee antaa tilanteelle, jossa sulautuva yhtiö olisi voitu sulauttaa sen kanssa samassa asuinvaltiossa olevaan saman konsernin yhtiöön ja täten aiempien verovuosien tappiot olisivat voineet siirtyä sinne.²²³

Korkein hallinto-oikeus on antanut tapauksessa KHO 2013:155 tuomion EUT:n ennakkoratkaisussa C-123/11 A Oy käsitellystä asiasta. KHO on päätöksessään lausunut, että A Oy saa vähentää B AB:n sulauttamisen jälkeen B AB:n vanhat tappiot, mikäli A Oy osoittaa, että B AB on käyttänyt loppuun kaikki mahdollisuudet tappioiden huomioimiseksi sen asuinvaltiossa ja muualla eikä ole olemassa tilannetta, jossa joku kolmas voisi ottaa tappiot huomioon. Tapauksessa KHO ei kuitenkaan ottanut kantaa siihen, täyttyvätkö sulautumisissa tapahtuvan tappionsiirron yleiset TVL 122 §:n ja 123 §:n edellytykset.²²⁴

Rajat ylittävissä sulautumisessa tytäryhtiön tappioiden siirron edellytykset muodostuvat kotimaisen lainsäädännön sekä EU-oikeuden summasta. Kotimainen lainsäädäntö muodostaa tappioiden siirtymisen perusedellytykset, sillä vähennysoikeus on riippuvainen jäsenvaltioiden sisäisestä lainsäädännöstä. Sulautumisessa tappioiden siirto

²²¹ C-123/11 A Oy.

²²² C-123/11 A Oy kohdat 50–51.

²²³ Ahonen, Pykönen, Salmikivi, 2016, s. 540–541.

²²⁴ KHO 2013:155

kotimaisessa tilanteessa vaatii yritysjärjestelydirektiivin mukaisen EVL 52 a §:n mukaisen järjestelyn, tytäryhtiön omistusosuuksien säilyvän TVL 122 ja 123 §:ssä edellytetyllä tavalla. Mikäli kotimaisen lainsäädännön edellytykset tappion siirrolle sulautumisessa eivät täyty, ei tappioiden voida katsoa olevan lopullisia, sillä lopullisuuden edellytyksenä on tappion olevan oikeudellisesti käytettävissä. Vasta kun voidaan todeta tappioiden olevan kotimaisen lainsäädännön näkökulmasta siirrettävissä, voidaan arvioida tappioiden lopullisuuden edellytysten täyttymistä vastaavalla tavalla, kuten tappiot voivat siirtyä tytäryhtiötä purkaessa.

5 Tappioiden lopullisuuden osoittaminen

Lopullisten tappioiden olemassaolon näyttövelvollisuus on emoyhtiöllä, jonka täytyy näyttää toteen Marks & Spencer -tuomion 55. kohdan edellytysten täyttyminen²²⁵. Emoyhtiön näyttövelvollisuus ilmenee myös konsernivähennyslaista, jonka 5 §:n 1 momentin 6 kohdan mukaan emoyhtiön tulee, jotta tappioita voidaan pitää lopullisena osoittaa, että tytäryhtiö tai mikään muu taho ei ole voinut eikä voi käyttää tappioita tytäryhtiön verotuksellisessa kotipaikassa tai muualla. Emoyhtiön tulee näyttää tappioiden olemassaolo ja niiden lopullisuus toteen EUT:n oikeuskäytännössä määritetyllä tavalla sulkien pois mahdollisuus siitä, että tappiot voitaisiin muulla tavalla käyttää²²⁶.

EUT:n oikeuskäytännön mukaisesti lopullisten tappioiden osoittamisessa on näytettävä toteen, ettei tytäryhtiö itse tai kolmas osapuoli voi tai ole voinut käyttää tappioita hyödykseen. Lopullisuutta osoittaessa on täten huomioitava kolme eri ajankohtaa, aikaisemmat verovuodet, kuluva verovuosi sekä tulevat verovuodet²²⁷. Käytännössä emoyhtiön tulee täten osoittaa kuudesta eri näkökulmasta tappioiden lopullisuus:

- 1) Tytäryhtiö ei ole voinut käyttää tappioita aikaisempina verovuosina
- 2) Tytäryhtiö ei ole voinut käyttää tappiota kuluvana verovuonna
- 3) Tytäryhtiö ei voi käyttää tappiota seuraavina verovuosina
- 4) Kolmas osapuoli ei ole voinut käyttää tappioita aikaisempina verovuosina
- 5) Kolmas osapuoli ei ole voinut käyttää tappioita kuluvana verovuonna
- 6) Kolmas osapuoli ei voi käyttää tappioita seuraavina verovuosina

Tappion lopullisuuden osoittamista voidaan tarkastella myös hieman toisenlaisesta näkökulmasta, kuin yllä esitettyjen näkökulmien kautta. Lopullisuuden voidaan katsoa tulevan näytetyksi myös, jos verovelvollinen voi osoittaa, että tappio on olemassa, sen

²²⁵ C-446/03 Marks & Spencer, kohta 56.

²²⁶ HE 185/2020 vp., s. 23

²²⁷ Järvinen, 2021, s. 418.

hyödyntäminen olisi teoreettisesti mahdollista, mutta tosiasiallisesti sitä olisi mahdollista käyttää.²²⁸

EUT on tapauksessa C-172/13 Euroopan komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta hyväksynyt näkemyksen siitä, että sijoittautumisvapauden mukaisena voidaan pitää Yhdistyneen kuningaskunnan lainsäädännön vaatimusta siitä, että emoyhtiön on voitava osoittaa tappioiden lopullisuus erikseen verovuosittain. Tuomiossa EUT oli kiristänyt tulkintalinjaansa aikaisemmasta tulkinnasta, jonka mukaan pidettiin mahdollisena, että näyttö tappioiden lopullisuudesta voidaan toimittaa sen jälkeen, kun tytäryhtiö on lopetettu ja purettu.²²⁹ EUT:n aikaisemman tuomion C-123/11 A Oy ratkaisussa tuotiin selvästi esille, että lopullisena tappiona vähennettäväksi voitaisiin hyväksyä myös aikaisempien kuin viimeisimmän verovuoden tappioita. EUT ei kuitenkaan ole antanut selkeää kannanottoa siitä, onko verovuosikohtainen tappioiden lopullisuuden näyttämisen välttämätön vaatimus tappioiden lopulliseksi katsomiselle vai ainoastaan seikka, jota jäsenvaltiolla on oikeus vaatia. Jälkimmäisen vaihtoehdon sallittavuutta voidaan pohtia sijoittautumisvapauden valossa. Toisaalta voidaan pohtia myös sitä, miksi EUT ei ole esimerkiksi ennen tuomiota C-172/13 määrännyt asiasta tuomioidensa perusteluissa.

Tuomion C-172/13 Euroopan komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta ja siinä hyväksytyin tiukan linjan tappioiden lopulliseksi osoittamisen ajankohdasta merkitystä on pohdittu myös oikeuskirjallisuudessa. On katsottu, että joko Yhdistyneen kuningaskunnan omaksuma linja on vähimmäisvaatimus, Yhdistyneen kuningaskunnan linja on suopeampi kuin EU:n vähimmäisvaatimus tai tappioiden osoittamisajankohdasta ei voida tehdä yleistyksiä tuomion valossa²³⁰. Todennäköisimmältä vaihtoehdolta vaikuttaa myöhemmin katsottuna viimeinen vaihtoehdoista, sillä tappion lopullisuuden todentaminen välittömästi verovuoden päättymisen jälkeen aiheuttaa

²²⁸ Pinetz & Spies, 2015, s. 313.

²²⁹ Vande Valde, 2016, s. 136.

²³⁰ Pinetz & Spies, 2015, s. 314.

ongelmia, jotka ovat ristiriidassa oikeuskirjallisuuden sekä muun myöhemmän EUT:n oikeuskäytännön kanssa. Lisäksi Yhdistyneen kuningaskunnan rajat ylittävän tappiontasauksen sääntelyn erityispiirteistä johtuen EUT:n ei ole tarvinnut ottaa tuomiossa muihin verovuosiin kantaa. Epäselvyys tappioiden lopullisuuden näyttämisen ajankohdasta on nostettu esille myös konsernivähennyslakia koskevassa hallituksen esityksessä, jossa pidettiin mahdollisena, että EUT pitää lopullisten tappioiden käsitettä myös oikeudenalasta ja kansallisesta säännöksestä riippuvaisena, jolloin johtopäätöksiä ei voida tehdä²³¹.

Kun yllä mainittuun kuuden kohdan listaukseen tappioiden lopullisuuden toteen näyttämässä huomioitavista näkökulmista yhdistetään vielä se, että tappion lopullisuus tulisi mahdollisesti osoittaa verovuosikohtaisesti, voidaan havaita lopullisuuden osoittamisen olevan todella työlästä. Tapauksessa C-172/13 Euroopan komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta on jäänyt epäselväksi, tuleeko lopullisina tappioina vähennettäväksi hyväksyä vain viimeisen verovuoden aikana kertyneet tappiot vai voiko vahvistettuja lopullisia tappioita kertyä kumulatiivisesti monen vuoden ajalta²³². Vaikka tapauksessa EUT on hyväksynyt lähtökohdan siitä, että tappion lopullisuus voidaan arvioida välittömästi tappiovuoden jälkeen, on voinut asiaan vaikuttaa myös se, että Ison-Britanniassa rajat ylittävä tappiontasaus voi kuitenkin ylipäättään koskea vain viimeisen verovuoden lopullisia tappioita²³³.

Tuomiosta C-172/13 jäi epäselväksi myös EUT:n kanta siitä, voidaanko kyseessä olevissa tilanteissa edellyttää tappioiden lopullisuuden arviointia erikseen jokaisen tappiovuoden jälkeen. Mikäli tappiot tulisi näyttää lopulliseksi jokaisen tappiovuoden päättymisen jälkeen erikseen, ei muita kuin viimeisenä verovuonna syntyneitä tappioita voida näyttää välittömästi tappiovuoden loppumisen jälkeen lopulliseksi. Tämä johtuu siitä, ettei tappion voida katsoa olevan lopullinen, kun tytäryhtiö edelleen jatkaa toimintaansa.

²³¹ HE 185/2020, vp. s. 20.

²³² Haapaniemi, 2021, s. 12.

²³³ HE 185/2020, vp., s. 19–20.

Aikaisemmin pohdittu tappion verovuosikohtainen lopulliseksi toteamisen voidaan tästä näkökulmasta katsoa olevan merkityksetöntä, jos ainoastaan viimeisen vuoden tappiolla on tosiasiasa mahdollisuus olla lopullinen. Täten vaatimus tappion lopullisuuden verovuosikohtaisesta osoittamisesta vaikuttaa lähinnä merkityksettömältä vaatimukselta, joten tällaista näyttöä tuskin edellytetään. EUT on lopullisia tappioita koskevissa tuomioissa tuonut esiin vaatimuksen siitä, että tappion voidaan katsoa olevan lopullinen niin, ettei tappiota ole voitu hyödyntää kolmena eri ajankohtana: menneinä verovuosina, kuuluvana verovuotena tai tulevina verovuosina. Linja ei kuitenkaan ole täysin selkeä, sillä EUT on antanut ratkaisun, jossa on viitattu ainoastaan tuleviin verovuosiin.²³⁴

Myös oikeuskirjallisuudessa on katsottu tapausten C-338/14 Timac Agro Deutschland GmbH ja C-608/17 Holmen osoittavan, että lopullinen tappio voi tarkoittaa myös aikaisempien verovuosien tappioita²³⁵. Voisi siis olla perusteltua ajatella, että ei tappioiden lopullisuutta tarvitsisi osoittaa jokaisen verovuoden osalta välittömästi kyseisen vuoden päättymisen jälkeen tilanteessa, jossa lopulliseksi voitaisiin katsoa myös muiden vuosien kuin viimeisimmän verovuoden tappioita. Vaatimus tappioiden lopulliseksi osoittamisesta välittömästi viimeisimmän tilikauden loppumisen jälkeen on todettu erittäin ongelmalliseksi, sillä on lähes mahdotonta näyttää, että yritys on lopettanut tai lopettaa liiketoimintansa ennen toiminnan tosiasiallista lopettamista²³⁶. On myös epäselvää, minkä aikavälin tarkkuudella tappioiden lopullisuus tulee osoittaa ja riittääkö tarkasteluun esimerkiksi menneisyyden, nykyisyyden ja tulevaisuuden näkökulmat. Todennäköisimmältä vaikuttaa, että emoyhtiö tai vastaanottava yhtiö voisi osoittaa oikeudellisesti käytettävissä olevien, mutta käyttämättä jääneiden tappioiden lopullisuuden tappioiden rajat ylittävää siirtämistä koskevassa verotuksessa luvun alussa mainittujen kuuden näkökulman kautta.

²³⁴ EUT on viitannut kolmeen eri ajankohtaan esimerkiksi tuomiossa C-446/03 Marks & Spencer, kohta 55 ja C-650/16 A/S Bevola ja Trock, kohta 62. Kuitenkin tuomion C-123/11 A Oy kohdassa 56 EUT mainitsee vain tulevien verovuosien näkökulman.

²³⁵ Vande Velde, 2016, s. 136.

²³⁶ Pinetz & Spies, 2015, s. 318.

Emoyhtiön on myös voitava osoittaa, ettei tytäryhtiöllä ole tai ole ollut omaa mahdollisuutta käyttää tappioita sen verotuksellisessa kotipaikassa tai muualla. Tytäryhtiöllä ei saa olla käytännössä mitään mahdollisuutta saada edes vähäisiä tuloja tappioiden lopullisuuden hyväksymiseksi. EUT on katsonut, että ainut tapa todistaa se, ettei tyttäreillä ole tulevaisuudessa mitään mahdollisuutta käyttää tulevia tappioita on lopettaa tyttären liiketoiminta, myydä tai luovuttaa sen kaikki omaisuus sekä purkaa yhtiö²³⁷. Emoyhtiön on myös voitava osoittaa, ettei tytäryhtiöllä ole ollut mahdollisuutta aikaisemminkaan käyttää tappioita.

EUT:n oikeuskäytännöstä voidaan päätellä tytäryhtiön tuloja ja varallisuusasemaa koskevalla selvityksellä olevan merkittävä painoarvo tappioiden lopullisuuden arvioinnissa. Esimerkiksi tuomioissa C-172/13 Euroopan komissio v. Iso-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta, C-388 Timac Agro Deutschland GmbH, C-123/11 A Oy EUT on päättänyt lopputulokseen, jossa toimitettu näyttö tytäryhtiön tuloista ja varallisuudesta ei ole riittänyt tappioiden lopullisuuden osoittamiseksi johtuen mahdollisuudesta saada vähäisiä tuloja. Täten emoyhtiön tulisi siis kiinnittää erityistä huomiota varallisuusasemasta ja tuloista annettavaan selvitykseen.

EUT on päätöksissään antanut kansallisille tuomioistuimille tehtävän määritellä sen, onko tappioiden lopullisuus katsottu näytetyksi²³⁸. Korkein hallinto-oikeus on vuoden 2020 antanut muutamia lopullisia tappioita koskevia päätöksiä, joista mainittakoon erityisesti vuosikirjaratkaisu KHO 2020:51 sekä KVL 2021/8 (ei muutosta KHO 28.9.2021/H3271). Jokaisessa päätöksistä KHO on ratkaissut asian niin, ettei tapauksessa ole näytetty EUT:n oikeuskäytännön edellyttämällä tavalla tappioiden lopullisuutta. Tapauksissa emoyhtiöt eivät olleet näyttäneet, että tytäryhtiö oli käyttänyt loppuun kaikki tappion hyödyntämismahdollisuudet.²³⁹

²³⁷ C-172/13 Komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta, kohta 36–37

²³⁸ Ks. esim. C-388/14 Timac Agro Deutschland GmbH, kohta 57 ja C-123/11 A, kohta 54.

²³⁹ HE 185/2020 vp., s. 23

EUT:n tuomiota C-123/11 A Oy ja sen johdosta annettua korkeimman hallinto-oikeuden päätöstä KHO 2020:51 voidaan pitää merkittävänä ratkaisuna koskien emoyhtiön näyttövelvollisuutta tappioiden lopullisuudesta. Tapauksessa Latviaan vuonna 2006 perustettu yhtiö A AS haluttiin sulauttaa sen kokonaan omistamaan emoyhtiöön A Oy. Yhtiön toiminta oli tappiollista ja sen kaikki vaihto- ja käyttöomaisuus oli myyty ja liiketoiminta lopetettu vuonna 2017. Yhtiötä ei oltu purettu, vaan emoyhtiöön sulautumisen katsottiin olevan helpompi toteuttaa. Varat näyttivät kuitenkin sulautumissuunnitelman luonnoksen mukaan ylittävän sen velat.²⁴⁰

Konsernissa A AS:n myynnin ei katsottu olevan varteenotettava vaihtoehto, koska yhtiöllä ei ole omaisuutta tai toimintaa, joka kolmatta voisi kiinnostaa. Lisäksi Latvian verolainsäädännön mukaan tappiot voidaan omistajanvaihdostilanteessa menettää, jos yhtiön pääasiallinen toiminnan luonne muuttuu niin, että yhtiön pääasiallisen tulon lähde muuttuu verrattuna siihen, mitä se oli omistajanvaihdosta edeltävät kaksi vuotta. Lisäksi sulautumisessa tappiot siirtyvät Latvian lainsäädännön mukaan ainoastaan, jos määräysvalta säilyy samalla taholla sekä sulautuvalla että vastaanottavalla yhtiöllä.²⁴¹

A Oy oli tapauksessa esittänyt Latvian verolainsäädännön tappionsiirto rajoitukset merkityksellisenä seikkana tappioiden lopullisuuden kannalta. Kuitenkin KHO katsoi tämän seikan olevan merkityksetön vedoten EUT:n oikeuskäytäntöön siitä, ettei tappioiden lopullisuuden kannalta ole merkitystä sillä, ettei tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädäntö salli minkäänlaisia mahdollisuuksia tappioiden siirtämiseksi.²⁴²

A AS:n myynti ei emoyhtiön mukaan ollut vaihtoehto eikä tappioiden hyödyntämistä kolmannen kautta ollut selvitetty, joten KHO katsoi, ettei tapauksessa ole näytetty toteen,

²⁴⁰ KHO 2020:51

²⁴¹ KHO 2020:51

²⁴² KHO 2020:51; KHO on perustellut lainsäädännöstä johtuvan tappioiden siirto rajoituksen merkityksetömyyttä tapausten C-172/13 Euroopan komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kunin-gaskunta kohdan 33 ja C-388/14 Timac Agro Deutschland GmbH kohdan 55 avulla.

etteikö kolmas osapuoli voisi ottaa tappioita huomioon siinä tapauksessa, että esimerkiksi A AS myytäisiin sille. A AS:n esittämät Latvian verolainsäädännön tappion siirtorajoitukset eivät yksinään riittäneet osoittamaan, ettei tappioita voisi hyödyntää kolmannen kautta myymällä yhtiö kolmannelle. Merkitystä ei ollut sillä, että A AS:n toiminnan oli tapauksessa kerrottu olevan sellaista, joka ei kiinnostaisi ulkopuolisia. Täten tappioita ei voitu pitää lopullisina EUT:n oikeuskäytännössä määritellyllä tavalla.²⁴³

A AS:n tapauksesta voidaan päätellä myyntimahdollisuuksien näyttämisen koostuvan tytärvaltion lainsäädännön myyntitapahtumassa mahdollisten tappionsiirtotapojen tarkastelusta sekä tosiasiallisista mahdollisuuksista myydä yhtiö kolmannelle. Tapauksessa toinen tarkasteltavista näkökulmista eli kolmannen osapuolen tappioiden siirtyminen kolmannelle myyntitilanteessa oli jätetty näyttämättä. EUT:n päätöksestä jää avoimeksi, vaaditaanko tappion lopulliseksi katsomiselle, että molemmat näkökulmista täyttyvät vai onko tosiasiallinen mahdollisuus myydä tytäryhtiö ulkopuoliselle vain lisäpainoa tuottava seikka eikä lainkaan ratkaiseva.

Tappioiden lopulliseksi katsomista vastaan on myös se, että A AS:n sulautumissuunnitelman luonnoksessa ilmoitetut varat ylittivät sen velkojen määrän, joten myös tämän seikan valossa KHO katsoi, että A Oy ollut osoittanut, etteikö A AS voisi saada asuinvaltiostaan enää edes vähäisiä rahoitus- tai muita tuloja²⁴⁴. EUT:n oikeuskäytännön mukaan vähäistenkin tulojen saamisen mahdollisuus tekee sen, ettei tappioiden voida katsoa olevan lopullisia, koska mahdollisuus tappioiden vähentäminen tulevista voitoista on edelleen olemassa²⁴⁵.

Myöskin tapauksessa KVL 2021/8 (ei muutosta KHO 28.9.2021/H3271) katsottiin, ettei emoyhtiö ollut tarpeeksi luotettavasti osoittanut, ettei tappioiden hyödyntämiselle ole mitään muuta tapaa. Tapauksessa A Oyj omisti Espanjasta tytäryhtiönsä B S.A:n, yhtiön

²⁴³ KHO 2020:51

²⁴⁴ KHO 2020:51

²⁴⁵ C-172/13, Euroopan komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta, kohta 36 ja C-388/14, Timac Agro Deutschland GmbH, kohta 54.

C ja C:n tytäryhtiö D. Yhtiön B S.A. toiminta oli ollut voitollista vuodesta 2017 alkaen, mutta sillä oli vanhoja tappioita osittain käyttämättä vuosilta 2012–2016. Emoyhtiö A Oy halusi lopettaa B S.A:n toiminnan ja purkaa yhtiön. Koska Espanjaan jäi kuitenkin kaksi muuta konsernin yhtiötä ja Espanjan verolainsäädännössä paikallisten konserniyhtiöiden oli mahdollista käyttää toistensa tappioita kondolisoimalla yhtiöt niin sanotuksi veroryhmäksi.²⁴⁶

KVL katsoi ratkaisussaan, ettei emoyhtiö ollut osoittanut tappioiden lopullisuutta. A Oy:ltä oli jäänyt osoittamatta, ettei tappioita voitu käyttää uudelleenjärjestelemällä Espanjan konserniyhtiöiden toimintaa eikä sitä, ettei A S.A. voinut saada edes vähäisiä tuloja tulevaisuudessa, joista tappioita voisi vähentää.²⁴⁷ Tapauksesta on huomattavasti selkeämmin havaittavissa A Oy:n toimittama puutteellinen selvitys tappioiden lopullisuudesta. A S.A:n toiminta oli ollut voitollista tappiovuosien jälkeen, joten on perusteltua katsoa, etteivät vuosina 2012–2016 kertyneet tappiot ole lopullisia, sillä niitä oli osittain jo vähennetty jo voitollisina vuosina yhtiön verotuksessa.

²⁴⁶ KVL 2021/8

²⁴⁷ KVL 2021/8

6 Yhteenveto

Oikeuskirjallisuudessa on lukuisia kertoja käsitelty lopullisiin tappioihin liittyviä haasteita²⁴⁸. Ylivoimaisesti suurimpana haasteena on nähty lopullisen tappion käsitteen moniulotteisuus sekä se, miten käytännön tilanne voidaan näyttää vaadittuja olosuhteita vastaavaksi. EUT:n oikeuskäytännöllä on keskeinen merkitys lopullisten tappioiden käsitteen muodostumisessa ja siihen tukeudutaan myös kotimaisten oikeustapausten perusteluissa. Toistaiseksi Suomen oikeuskäytännössä ei olla vielä päädytty tilanteeseen, jossa tappioita olisi pidetty lopullisina konsernivähennyksien EU-oikeuden edellyttämällä tavalla.

EUT on ratkaisuisissa antanut kansallisille tuomioistuimille vallan arvioida tappioiden lopullisuuden edellytysten täyttymistä. Muiden jäsenvaltioiden oikeustapauksista voidaan ottaa vain varovaisesti suuntamerkkejä erilaisesta kansallisesta verolainsäädännöstä johtuen. Koska tappion lopullisuuden ei ole vielä Suomen oikeuskäytännössä katsottu täyttyvän, ei ole tarkkaa tietoa siitä, millainen näyttö riittäisi osoittamaan tappion lopullisuuden. On vain tietoa siitä, millainen näyttö ei ainakaan ole riittävää ja millaisia vaatimuksia muiden jäsenvaltioiden verojärjestelmissä on. Lopullisten tappioiden kohtelu Suomen verotuksessa on siis suuri kysymysmerkki. Tilanne on erityisen ongelmallinen, sillä vallitsevassa tilanteessa verovelvollisen on erittäin haastava ennakoida omaa verotuskohteluaan.

Tutkielman tarkoituksena oli selvittää, mitä lopullisilla tappioilla tarkoitetaan sekä millaisia olosuhteita tappion lopulliseksi katsominen edellyttää. Lopullisten tappioiden määritelmä on moniulotteinen eikä tapauskohtaisten tilanteiden vuoksi voida tyhjentävästi määritellä, mitä kaikkea lopullisuus tarkoittaa. Tämä on myös lopullisten tappioiden käsitteen suurin ongelma. Oikeuskäytännöstä, lainsäädännöstä ja muista oikeuslähteistä on luotu rajauksia sille, mitä tappion lopulliseksi katsominen vaatii. Oikeusnormin

²⁴⁸ Esim. Ahonen, Pykönen & Salmikivi, 2016, s. 539–551; Penttilä, 2009, s. 461–473; Helminen, 2020, s. 535–550.

soveltumista jokaiseen yksittäiseen tilanteeseen ei kuitenkaan voida tietää etukäteen. Lopullisten tappioiden määritelmän väljyys on sekä hyvä että huono asia. Hyväksi määritelmän tekee se, että merkittävää painoarvoa annetaan tapauksen tosiasiallisille olosuhteille. Käsitteestä huonon tekee kuitenkin sen absoluuttisuus: monen eri näkökulman kautta tappion hyödyntämisen mahdottomaksi osoittaminen on sekä työlästä että haastavaa.

Jotta tappio voidaan katsoa lopulliseksi, on emoyhtiön tai vastaanottavan yhtiön näytettävä toteen tappioiden lopullisuus useasta eri näkökulmasta ja usean vuoden ajalta. Näyttökynnys tappioiden lopullisuudelle on siis erittäin korkea ja todistustaakka lopullisuudesta on yksiselitteisesti verovelvollisella. Tappioiden lopullisuuden näyttäminen edellyttää tapaukseen liittyvien olosuhteiden poikkeuksellisen kattavaa selvittämistä niin verovelvollisen kuin Verohallinnon näkökulmasta. Kaikkien osapuolten on tosiseikkojen lisäksi perehdyttävä tytäryhtiön verolainsäädäntöön sekä EUT:n ja KHO:n oikeuskäytäntöön. Tappioiden lopullisuuden arvioinnista aiheutuva hallinnollinen taakka on täten merkittävä eikä asian yksinkertaisuudesta ole tietoaakaan.

Tappion lopullisuuden edellytyksiä tutkielmassa aiemmin tarkasteltaessa, on huomattu tappion lopullisuuden määritelmän olevan varsin tiukka, mutta käytännön toteutus on epämääräinen. Marks & Spencer -tapauksista on julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotuksessa kuvailtu synonyymeiksi kaaokselle ja epätoivolle. Julkisasiamies on lisäksi kyseenalaistanut sitä, onko edes mahdollista, että lopullisen tappion muottiin sopiva tilanne joissain olosuhteissa olemassa.²⁴⁹ Edellytykset tappion lopulliseksi katsomiselle ovat EUT:n oikeuskäytäntöön ripoteltuina tiedossa, mutta edellytyksiä ja konkreettista vaatimukset täyttävää tilannetta tosiseikkoineen ei ole yhdistetty. EUT:n ja KHO:n oikeuskäytännöstä saa vaikutelman, että jokaisessa tapauksessa on olemassa jokin seikka, jota ei ole osattu huomioida näyttöä toimitettaessa.

²⁴⁹ C-123/11, A Oy, julkisasiamies Juliane Kokottin ratkaisuehdotus, kohdat 1–2.

Viimeaikaiset kehityslinjat ovat osoittaneet, että monenlaisissa rajat ylittävissä tilanteissa niin tytäryhtiöiden, sulautumisten kuin kiinteiden toimipaikkojen suhteen on olemassa mahdollisuus vähentää tappioita, mikäli onnistuu osoittamaan ne lopullisiksi. Lopullisten tappioiden doktriini on vuosien varrella laajentunut konsernin sisäisestä tappiontasauksesta sulautumisiin sekä kiinteisiin toimipaikkoihin. Tämä on avannut lopullisten tappioiden käsitteeseen uusia ulottuvuuksia, sillä tappion siirron tavat ja säännökset saattavat vaihdella riippuen siitä, onko kyse tytäryhtiön sulautumisesta, tytäryhtiön lopettamisesta vai kiinteästä toimipaikasta. Myös jäsenvaltioiden sisäisten lainsäädäntöjen eroavaisuudet tuovat lopullisten tappioiden käsitteen soveltumisen ennakoitavuuteen haasteita.

Lopullisten tappioiden siirtotilanteissa herää myös kysymys siitä, millainen merkitys on annettava konsernin yritysjärjestelyille tai toiminnan uudelleenjärjestelyille, jotka on tehty ennen toiminnan lopettamista tytäryhtiön tai kiinteän toimipaikan asuinvaltiossa. Teoriassa voisi olla mahdollista, että toisessa jäsenvaltiossa asuva tytäryhtiö järjestelisi toimintaansa niin, että saisi siirrettyä itselleen suuremman tappion, jonka myöhemmin hakea vähennettäväksi lopullisena tappiona Suomessa. Lopullisten tappioiden määrittelyssä ei esimerkiksi ole otettu huomioon sitä, miten käsitellään tilannetta, jossa tappiota on kasvatettu jäsenvaltion sisäisillä tappionsiirtotoimilla ennen tappioiden siirtämistä valtion rajojen ylitse tai tarkoituksellisesti luotu tytäryhtiön asuinvaltioon tilanne, joka tukee myöhemmin osoitettavaksi tulevaa tappioiden lopullisuutta.

Koska kyseessä on kotimaisessa oikeuskäytännössä suhteellisen tuore asia ja konsernivähennyslakia sovelletaan ensimmäisen kerran vasta vuoden 2021 verotuksessa, on syytä uskoa, että lähivuosina lopullisen tappion määritelmä ja vaadittava näyttö tulee varmasti täsmentymään tulevan oikeuskäytännön myötä. Ajan kuluessa voidaan tehdä laajempaa tutkimusta lopullisuuden osoittamiseksi vaadittavasta konkreettisesta näytöstä, mutta asiasta ei ole tällä hetkellä tarpeeksi oikeuskäytäntöä. Tuomiosta C-446/03 Marks & Spencer on kuitenkin tällä hetkellä reilusti yli kymmenen vuotta aikaa, mutta oikeustila on edelleen epäselvä, joten voidaan siis pohtia, voiko oikeustila koskaan selkeytyä ja

onko lopullisten tappioiden mahdollisuus täysin teoreettinen? Oikeuskirjallisuudessa lopullisten tappioiden käsitettä on kritisoitu voimakkaasti jopa ehdottamalla koko käsitteestä luopumista tai soveltamisalan supistamista äärimmäisen rajoiteuksi²⁵⁰.

EU:n komission käynnistäessä rikkomusmenettely Suomea vastaan, perustettiin Suomeen myös konserniverotuksen uudistamista ja lopullisten tappioiden verokohtelua selvittävä työryhmä. Työryhmän toimikausi on päättynyt vuoden 2021 tammikuussa, mutta työryhmä ei ole tähän päivään mennessä julkaissut minkäänlaista selvitystä asiasta.²⁵¹ Myös tämä kertoo siitä, kuinka monimutkaisesta ja epäselvästä aiheesta on kyse.

Hyvän verojärjestelmän tulisi sisältää tehokkuuden, oikeusvarmuuden, ennakoitavuuden, hallinnollisen yksinkertaisuuden, neutraaliuden, joustavuuden sekä kansainvälisen niveltävyvyyden ja kilpailukyvyn piirteet²⁵². Perinteisemmästä näkökulmasta hyvä verojärjestelmä on yksinkertainen, oikeudenmukainen, hallinnollisesti toimiva sekä tehokas²⁵³. Tiivistettynä voidaan todeta, että lopullisiin tappioihin liittyvä sääntely on monien asioiden osalta ristiriidassa siitä, mitä hyvältä verojärjestelmältä voidaan edellyttää. Lopullisten tappioiden osalta ennakoitavuuden sekä hallinnollisen yksinkertaisuuden ei voida katsoa toteutuvan. Tällä hetkellä verovelvollisen on erittäin haastava arvioida oman tilanteensa soveltumista tappioiden lopullisuuden määritelmään ja hyväksymiseen vaadittava näyttö on kattava.

Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti verovelvolliseen kohdistettavien näyttövaatimusten on oltava oikeasuhteisia ja asianmukaisia eivätkä ne saa olla ylimitoitettuja tai kohtuuttomia²⁵⁴. Kuitenkin lopullisten tappioiden osalta verovelvolliselta vaadittava näyttö sisältää lukuisan eri skenaarion mahdottomaksi todistamisen, mutta pienikin epäily esimerkiksi vähäisistä tulevista tuloista saattaa estää lopullisuuden täyttymisen. Oman

²⁵⁰ Kofler, 2020, s. 111.

²⁵¹ VM 163:00/2019.

²⁵² Äimä, 2011, s. 99.

²⁵³ Myrsky, 2013, s. 131.

²⁵⁴ Ryytänen, 2001, s. 263.

verotuskohtelun ennakointi on haastavaa myös siksi, ettei tilannetta, jossa tappioiden katsottaisiin olevan lopullisia, ole toistaiseksi olemassa. Täten verovelvollisen on lähes mahdoton arvioida oman näyttönsä riittävyttä. Voidaan myös kyseenalaistaa, kannattaako korkean näyttökynnyksen vuoksi edes alkaa keräämään vaadittavaa selvitystä, jos kaikki aikaisemmat oikeustapaukset ovat johtaneet hylkäävään lopputulokseen.

Lähteet

- Aarnio, A. (2006). *Tulkinnan taito: Ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta*. Talentum Media. <https://URN:ISBN:978-952-63-2844-7>
- Ahonen, T., Pykönen, E. & Salmikivi, J. (2016). Tappioiden lopullisuudesta ja vähentämisestä rajat ylittävissä yritysjärjestelytilanteissa. *Verotus*, 5/2016, s. 539–551.
- Andersson, E. & Penttilä, S. (2014). *Elinkeinoverolain kommentaari* (14., uudistettu painos.). Talentum. <https://URN:ISBN:978-952-14-2200-3>
- Cordewener, A. (2018). Cross-Border Loss Compensation and EU Fundamental Freedoms: The ‘Final Losses’ Doctrine Is Still Alive!. *EC Tax Review*, 2018–5, s.230–236.
- Euroopan komission rikkomusasia INFR(2018)4041.
- Euroopan parlamentti. (10/2021). *Euroopan unionin oikeuden lähteet ja soveltamisala*. Faktatietoja Euroopan unionista, Euroopan parlamentti. Noudettu 7.4.2022 osoitteesta <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fi/sheet/6/euroopan-unionin-oikeuden-lahteet-ja-soveltamisala>
- Euroopan parlamentti. (12/2021). *Sijoittautumisvapaus ja palvelujen tarjoamisen vapaus*. Faktatietoja Euroopan unionista, Euroopan parlamentti. Noudettu 14.10.2021 osoitteesta <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fi/sheet/40/sijoittautumisvapaus-ja-palvelujen-tarjoamisen-vapaus>
- Euroopan unioni. (n.d.). *EU:n päämäärät ja arvot*. Noudettu 22.3.2022 osoitteesta https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/principles-and-values/aims-and-values_fi.
- Haapaniemi, M. (2021). *Tappioiden lopullisuudesta ja siirtymisestä rajat ylittävissä tilanteissa EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön valossa*. Edilex, 1/2021.
- HE 92/1986 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi konserniavustuksesta verotuksessa.
- HE 177/1995 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle yritysjärjestelyjä koskevien elinkeinotulon verottamisesta annetun lain ja eräiden muiden lakien säännösten 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.

Helminen, M. (2001). *Kansainvälinen verotus*. Alma Talent. Päivitetty 7.11.2022. Luettu 14.12.2022. <https://URN:ISBN:978-952-14-2352-9>

Helminen, M. (2007). Sijoittautumisoikeuden vapaus ja konserniavustusta koskeva tapaus C-231/05 Oy AA. *Verotus*, 5/2007, s. 488–501.

Helminen, M. (2020). Rajat ylittävä konserniavustus, vapaa sijoittautumisoikeus ja lopulliset tappiot – aika ottaa seuraava askel kohti lisääntyvää konserniajattelua. *Verotus*, 5/2020, s. 535–550.

Helminen, M. (2021). *EU-vero-oikeus: Välitön verotus*. Alma Talent. Päivitetty 7.11.2022. Luettu 14.12.2022.

Immonen, R. (2022). *Yritysjärjestelyt* (8., uudistettu painos.). Alma Talent. <https://URN:ISBN:978-952-14-4589-7>

Järvinen, T. (2021). Lopullisten tappioiden konsernivähennys. *Verotus*, 4/2021, s. 413–424.

Karhu, J. (2003). Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. *Lakimies*, 5/2003, s. 789–807.

Kofler, G. (2022). Should We Cut ‘Final’ Losses?. *EC Tax Review*, 2022–3, s. 108–114.

Kosta, V. (2019). The Principle of Proportionality in EU Law: An Interest-based Taxonomy. Teoksessa Mendes, Joana (toim.), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*. Oxford University Press 2019, s. 198–219.

Malmgrén, M. (2011). *Oikeushenkilön asuinvaltio verotuksessa ja yrityksen kansainvälistyminen*. Edita. <https://URN:ISBN:987-951-37-5373-3>

Malmgrén, M. (2013). *Tappioiden siirtyminen rajat ylittävissä tilanteissa*. Teoksessa Mieho, A. (toim.), *Vero ja Finanssi Juhlakirja Matti Myrsky 60 vuotta*, s. 147–160. Edita.

Myrsky, M. (2011). *Ennakkopäätökset verotuksessa* (1. p.). Talentum Media. <https://URN:ISBN:978-952-14-2473-1>

- Myrsky, M. (2013). Millainen on hyvä verojärjestelmä? *Verotus*, 2/2013, s. 131–144.
- Määttä, K. (2012). *Sääntelytarkkuuden monet kasvot*. Teoksessa A. Pakarinen, A. Hyvärinen & K. Ervasti (toim.), LAINVALMISTELU, TUTKIMUS, YHTEISKUNTA Jyrki Talan juhlakirja, s. 101–110.
- Määttä, K. (2013). *Mietteitä verolain tulkinnasta*. Teoksessa Mieho, A. (toim.), Vero ja Finanssi Juhlakirja Matti Myrsky 60 vuotta, s. 177–191. Edita.
- Määttä, T., & Paso, M. (2022). *Johdatus oikeudellisen ratkaisun teoriaan* (Uudistettu painos.). Helsingin yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta. <https://URN:ISBN:978-951-51-6974-7>
- Penttilä, S. (2009). Lopulliset tappiot - loputon ongelma? *Verotus*, 5/2009, s. 461–473.
- Penttilä, S., Mattila, P. & Ranta-Lassila, H. (2005). Suomen konserniavustusjärjestelmä – EY-oikeuden vaatimukset täyttävä vai ei? *Verotus*, 4/2005, s. 355–372.
- PeVM 25/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- Pinetz, E. & Spies, K. (2015). ‘Final Losses’ after the Decision in Commission v. UK (‘Marks & Spencer II’). *EC Tax Review*, 2015–6, s. 309–319.
- Raitio, J. (2013). *Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat* (3., uudistettu painos.). Talentum. <https://URN:ISBN:978-952-14-1943-0>
- Raitio, J. & Tuominen, T. (2020). *Euroopan unionin oikeus* (2., uudistettu painos.). Alma Talent. <https://URN:ISBN:978-952-14-3627-7>
- Ryynänen, O. (2001). Selvittämisvelvollisuus ja todistustaakka verotuksessa. *Defensor Legis*, 2/2001, s. 262–285.
- Työ- ja elinkeinoministeriö. (n.d.) *EU:n sisämarkkinat ja vapaa liikkuvuus*. Noudettu 14.10.2021 osoitteesta <https://tem.fi/eu-n-sisamarkkinat>.
- Vande Velde, I. (2016). How Does the CJEU’s Case Law on Cross-Border Loss Relief Apply to Cross-Border Mergers and Divisions? *EC Tax Review*, 2016–3, s. 132–145.
- Verohallinto. (2021). *Konsernivähennys*. Verohallinnon syventävä vero-ohje, diaarinumero VH/761/00.01.00/2021. Noudettu 1.12.2022 osoitteesta

<https://www.vero.fi/syventavat-vero-ohjeet/ohje-hakusivu/97219/konserniv%C3%A4hennys/>.

VM 163:00/2019. Valtiovarainministeriön asettamispäätös. Konserniverotuksen uudistamista ja lopullisten tappioiden verokohtelua selvittävä työryhmä.

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

Äimä, K. (2011). *Veroprosessioikeus: Ihmis- ja perusoikeuksien sekä EU-oikeuden vaikutukset verotusmenettelyyn ja muutoksenhakuun erityisesti tuloverotuksessa*. Talentum Media. <https://URN:ISBN:978-952-63-2860-7>

Ulkoministeriö. (2020). *Suomen hallituksen toiminta EU-tuomioistuinasioissa ja EU-rikkomusasioissa 1.1.–31.12.2020*. Noudettu 3.9.2022 osoitteesta: https://um.fi/documents/35732/0/EU_tuomio_verkkojulkaisu.pdf/d1fbad13-0927-74a3-6b7d-4b4139084ccc?t=1616417247674

Oikeustapaustuettelo

Kansallinen oikeuskäytäntö

KHO 1992 B 509

KHO 1992 B 510

KHO 2007:92

KHO 2007:93

KHO 2012:23

KHO 2013:155

KHO 2020:51

KHO 2020:36

KHO 11.6.2020 T 2571

KHO 28.9.2021/H3271

KVL 2021/8

KVL 2018/23

Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö

- C-270/83 Komissio v. Ranska (avoir fiscal)
- C-221/89 Factorame II
- C-81/87 Daily Mail
- C-204/90 Bachmann
- C-484/93 Svensson ja Gustavsson
- C-80/94 Wielockx
- C-250/95 Futura
- C-264/96 ICI
- C-311/97 Royal Bank of Scotland
- C-168/01 Bosal
- C-315/02 Lenz
- C-446/03 Marks & Spencer
- C-231/05 Oy AA
- C-293/06 Deutsche Shell
- C-414/06 Lidl Belgium
- C-157/07 Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee
- C-337/08 X Holding
- C-314/08 Filipiak
- C-18/11 Philips Electronics
- C-123/11 A Oy
- C-322/11 K
- C-172/13 Komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta
- C-388/14 Timac Agro Deutschland GmbH
- C-650/16 A/S Bevola ja Trock
- C-608/17 Holmen AB
- C-607/17 Memira Holding AB

C-405/18 Aures Holding a.s.

Yhdistetyt asiat C-439/07 ja C-499/07 KBC Bank

Yhdistetyt asiat C-39/13, C-40/13 ja C-41/13 SCA Group Holding ym.

Yhdistetyt asiat C-331/16 ja C-366/16 K ja H.F.