

Tea Kaikkonen

**RAJAT YLITTÄVIEN TAPPIOIDEN
VEROKOHTELU
LOPULLISTEN TAPPIOIDEN PARADIGMAN
ONGELMALLISUUS**

Johtamisen ja talouden tiedekunta
Kandidaatin tutkielma
Joulukuu 2019

TIIVISTELMÄ

Tea Kaikkonen: Rajat ylittävien tappioiden verokohtelu – lopullisten tappioiden paradigman ongelmallisuus
Kandidaatin tutkielma
Tampereen yliopisto
Kauppatieteiden tutkinto-ohjelma
Joulukuu 2019

Tässä tutkielmassa tarkastellaan rajat ylittävien tappioiden verokohtelua. Tutkielmassa pyritään selvittämään Euroopan unionin tuomioistuimen antamia uusia suuntalinjoja liittyen rajat ylittävien tappioiden vähennysoikeuteen. Lisäksi tarkastellaan, miten nämä uudet suuntalinjat ovat muuttaneet aikaisempaa oikeustilaa. Käytetty aineisto koostuu EU- ja EFTA-tuomioistuinten antamista, välitöntä verotusta koskevista, ennakkoratkaisuista. Tutkielmassa selvitetään, ovatko Suomen kansallisten tuomioistuinten ja keskusverolautakunnan antamat rajat ylittäviä konserniavustuksia käsittelevät päätökset linjassa EU-oikeuden kanssa. Tarkastelun taustalla on erityisesti Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 49 artikla sijoittautumisoikeudesta. Tutkimus on lainopillinen, mutta lisäksi aihetta on lähestytty oikeusvertailun näkökulmasta. Tämän hetkisessä oikeustilassa rajat ylittävien tappioiden vähennyskelpoisuuden epääminen on suhteellisuusperiaatteen vastaista, jos tappiot ovat lopullisia. Tässä tutkielmassa pyritään avaamaan lopullisten tappioiden paradigman merkityssisältöä. Vaikka unionin jäsenvaltioilla on oikeus päättää välittömästä verotuksestaan itsenäisesti, on EU-tuomioistuimen päätöksillä merkittävä muutosvoima jäsenvaltioiden tuloverojärjestelmiin. Tästä johtuen, Suomen konserniavustusjärjestelmää tullaan todennäköisesti muuttamaan siten, että suomalainen emoyhtiö saa ottaa ulkomailla asuvan tytäryhtiön lopulliset tappiot huomioon verotuksessaan.

Avainsanat: Sijoittautumisvapaus, suhteellisuusperiaate, lopulliset tappiot, konserniavustus

Sisällysluettelo

<i>Lähdeluettelo:</i>	<i>II</i>
<i>Oikeustapaukset</i>	<i>III</i>
<i>Lyhenteet</i>	<i>IV</i>
1. JOHDANTO	1
1.1 TUTKIMUKSEN AIHE	1
1.2 TUTKIMUSKYSYMYKSET JA TUTKIELMAN RAJAUS.....	3
1.3 METODIT JA LÄHDEAINEISTON ESITTELY	4
2. EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIMEN RATKAISUKÄYTÄNNÖSTÄ	5
2.1 SUHTEELLISUUSPERIAATTEEN KASVAVA MERKITYS.....	5
2.2 MILLOIN TAPPIOT OVAT LOPULLISIA?	8
2.3 VÄHENNYSOIKEUDEN SAAJAN ASEMA.....	12
3. RAJAT YLITTÄVIEN TAPPIOIDEN VEROKOHTELU KOTIMAISESSA OIKEUSKÄYTÄNNÖSSÄ	15
3.1 TUOMIOISTUINTEN JA KESKUSVEROLAUTAKUNNAN KAPEA TULKINTALINJA.....	15
3.2 RUOTSIN KORKEIMMAN HALLINTO-OIKEUDEN LAVEAMPI TULKINTALINJA.....	21
3.3 TAPPIOILLISEN YRITYKSEN LUOVUTTAMINEN KOLMANNELLE OSAPUOLELLE.....	23
4. KONSERNIAVUSTUSJÄRJESTELMÄN TULEVAISUUS	27
4.1 KONSERNIVÄHENNYSJÄRJESTELMÄ – VASTAUS RAJAT YLITTÄVIIN TILANTEISIIN?	27
4.2 EUROOPAN UNIONI HAASTAA SUOMEN VEROPOLITIIKKAA.....	29

Lähdeluettelo:

- Andersson, E. – Ikkala, J. (2001) Elinkeinoverolainsäädännön kommentaari. Helsinki. Kauppakaari.
- Euroopan komissio. (2019). Maaliskuun kooste rikkomuspäätöksistä: tärkeimmät päätökset. Vierailtu 19.9.2019.
Saatavilla: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/FI/MEMO_19_1472
- Bezzina, J. (2002). The Treatment of Losses under the EC Merger Directive 1990. European taxation 2/2002.
- Cohrs, E. (2013). European Union/Finland – Unresolved Issues in the ECJ's Case Law on Cross-Border Intra-Group Loss Relief in the Light of A Oy. European Taxation 7/2013.
- DePamphilis, D. (2013). Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities: An intergrated approach to process, tools, cases, and solutios (7.painos). Amsterdam. Academic Press.
- Edvinsson, D. (2010). Sweden – New Rules Seek to Make Group Contribution Regime EU Law Compliant. European Taxation 7/2010.
- Euroopan unionin neuvosto. (2011). Neuvoston direktiivi (EU) 2011/16/EU hallinnollisesta yhteistyöstä verotuksen alalla ja direktiivin 77/799/ETY kumoamisesta.
- Euroopan parlamentti. (2011). The impact of the Rulings of the European Court of Justice in the Area of Direct Taxation 2010. Policy Department Economic and Scientific Policy.
- Haslehner, W.C. (2010). European Union – Cross-Border Loss Relief for Permanent establishment under EC Law. Bulletin for International Taxation 1/2010. 33-44.
- HE 92/1986 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi konserniavustuksesta verotuksessa.
- HE 92/2004 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle yritys- ja pääomaverouudistukseksi.
- Helminen, M. (2018). EU-vero-oikeus: välitön verotus. Helsinki. Alma Talent.
- Helminen, M (2019). Kansainvälinen verotus. Helsinki. Alma Talent.
- Helminen, M. (2007). Sijoittautumisoikeuden vapaus ja konserniavustusta koskeva tapaus C-231/05 Oy AA. Verotus 5/2007. 488-501.
- Holmdahl, S.E. – Ohlsson, F. (2008). Fler rättsfall om gränsöverskridande koncernbidrag. Skattenytt 5/2008. 244-252.
- KOM (2006) 824 lopullinen. Komission tiedonanto neuvostolle, Euroopan parlamentille ja Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle. Tappioiden verokohtelu rajatylittävissä tilanteissa.
- Kuivisto, E. (2010). Konserniyhtiöiden välinen tuloksentasaus – viimeaikaista kehitystä. Tilintarkastus 4/2010.
- Lang, M. (2006a). Direct Taxation: Is the ECJ Heading in a New Direction? European Taxation 9/2006. 421-430.
- Lang, M. (2014). Has the Case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line? European Taxation 12/2014. 530-540.

Lang, M. (2006). The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ’s Final Word. *European Taxation* 2/2006. 54-67.

Myllymäki, A. – Kalliokoski, P. (2006). Valtio, kunta ja Euroopan unioni. Unionijäsenyyden vaikutus valtion ja kuntien taloudelliseen päätösvaltaan. Vammala. Vierailtu 18.11.2019. Saatavilla: https://kaks.fi/wp-content/uploads/2010/04/Myllymäki_Kalliokoski.pdf

OECD raportti 2011. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD): Corporate Loss Utilization through Aggressive Tax Planning. Vierailtu 29.10.2019. Saatavilla: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/corporate-loss-utilisation-through-aggressive-tax-planning_9789264119222-en#page28

Penttilä, S. (2006). EY:n tuomioistuimen ratkaisu asiassa Marks & Spencer (C-446/03) – arvioita konserniavustusjärjestelmän kannalta. *Verotus* 1/2006. 4-13.

Penttilä, S. (2000) Konserniavustus verosopimusten ja EU-oikeuden paineissa. *Verotus* 5/2000. 556-568.

Penttilä, S. (2009). Lopulliset tappiot – loputon ongelma? *Verotus* 5/2009. 461-473.

Penttilä, S. – Mattila, P.K. – Ranta-Lassila, H. (2005). Suomen konserniavustusjärjestelmä – EY-oikeuden vaatimukset täyttävä vai ei? *Verotus* 4/2005. 355-372.

Penttilä, S. (1998). *Verotus tietoyhteiskunnassa*. Helsinki. Sitra.

Pääministeri Antti Rinteen hallituksen ohjelma 6.6.2019. (2019). Osallistuva ja osaava suomi – sosiaalisesti, taloudellisesti ja ekologisesti kestävä yhteiskunta. Helsinki.

Regeringens proposition 2009/10:194 (2010). Koncernavdrag i vissa fall.

Samuelson, L. (1994). Förlustutjämning En skatterättslig studie avseende frågan om utjämning av rörelseförluster mellan skilda beskattningsår vid beskattning av aktiebolag enligt svenska rätt. Uppsala. Iustus.

Tabrisi, A. (2014). Förlustutjämning inom svenska multinationella företagsgrupper – En analys av de svenska koncernavdragsreglernas förenlighet med unionsrättens etableringsfrihet. *Svensk Skattetidning* 2014:5. 416-427.

Valtiovarainministeriön asettamispäätös VN/11897/2019. (2019). Konserniverotuksen uudistamista ja lopullisten tappioiden verokohtelua selvittävä työryhmä. VM163:00/2019.

Verohallinto. (2016). Verohallinnon ohje *Vahvistettu tappio ja omistajanvaihdos*. Diaarinumero A223/200/2016. Vierailtu 11.11.2019.

Saatavilla: <https://www.vero.fi/syventavat-vero-ohjeet/ohje-hakusivu/48572/vahvistettu-tappio-ja-omistajanvaihdos2/>

Viitala, T. – Mattila, P. – Lindström, M. (2010). *Yritysverotus – kilpailukykyä ja kasvua*. Keskuskauppakamarin selvitys. Helsinki. Edita Prima Oy.

Wattel, P.J. (2007). Fiscal Cohesion, Fiscal Territoriality and Preservation of the (Balanced) Allocation of Taxing Power; What is the Difference? The Influence of European Law on Direct Taxation – Recent and Future Developments. Wolters Kluwer. 139-156.

Wattel, P.J. – Warres, O. – Vermeulen H. (2018). *Terra/Wattel European Tax Law Seventh Edition: Volume I (Student edition)*. Wolters Kluwer.

Oikeustapaukset

KHO 2007:92
Helsingin HAO 16/0478/6
C-446/03 Marks & Spencer
C-231/05 Oy AA
C-123/11 A Oy
C-123/11 Kokott, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus. (2012).
C-212/97 Centros
C-172/13 Komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta
C-293/06 Deutsche Shell
C-250/95 Futura Participations
C-436/00 X ja Y
E-15/16 Yara
KVL 2018/23
KVL 2019/9
RR 6512/06
RR 1650/07
RR 6511/06
RR 7322/06

Lyhenteet

IL	Inkomstskattelag
KOM	komission ehdotus
KonsAvL	laki konserniavustuksesta verotuksessa
KVL	Keskusverolautakunta
RR	Regeringsrätten
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta

1. Johdanto

1.1 Tutkimuksen aihe

Tässä tutkielmassa käsitellään rajat ylittävien tappioiden verokohtelua.

Välitön verotus kuuluu jäsenvaltioiden yksinomaiseen toimivaltaan. Vaikka säännöksiä ei olekaan EU:n tasolla harmonisoitu, on jäsenvaltioiden kuitenkin noudatettava EU:n perussopimuksia.¹ Rajat ylittävien tappioiden verokohtelu on ollut pitkään epäselvä oikeudellinen kysymys Euroopan unionin sisällä. Ongelma nousi varsinaisesti esille vuonna 2005, kun silloinen Euroopan yhteisöjen² tuomioistuin antoi ennakkoratkaisun asiassa C-446/03 Marks & Spencer.

Konserni on kahden tai useamman yrityksen muodostama taloudellinen kokonaisuus³. Osakeyhtiölain 8 luvun 12 §:ssä on todettu, että konsernissa emoyhtiöllä on välittömästi tai välillisesti muiden konserniyritysten kautta määräysvalta yhdessä tai useammassa tytäryrityksessä. Suomessa verotus perustuu erillisyyperiaatteeseen. Konserniin kuuluvat yhtiöt ovat kukin erillisiä oikeushenkilöitä ja erillisiä verovelvollisia, vaikka konsernilla onkin yhteiset taloudelliset tavoitteet⁴. Konsernirakenne on yleinen tapa järjestää yritystoiminta, kun sitä laajennetaan ulkomaille⁵.

Verotuksen neutraalisuus on hyvän verojärjestelmän ominaisuus, sillä verotuksen tulisi vaikuttaa mahdollisimman vähän päätöksentekoon.⁶ Päätösten tulisi olla toiminnan kannalta tarkoituksenmukaisia ja liiketaloudellisin syin perusteltuja. Vaikka yritykset pyrkivät maksimoimaan voittonsa, saattaa niille syntyä tappioita. Tuloverolain 119 §:n mukaan tappiot voidaan vähentää saman tulolähteen tulosta

¹ C-446/03 Marks & Spencer kohta 29

² Nimi muutettu Lissabonin sopimuksen nojalla Euroopan unionin tuomioistuimeksi. Tässä tutkielmassa tuomioistuimeen viitataan Euroopan unionin tuomioistuimena selkeyden vuoksi.

³ KOM (2006) 824 lopullinen 3.1 kohta

⁴ Penttilä 2000, s. 556

⁵ Viitala – Mattila – Lindström 2010, Keskuskauppakamarin selvitys

⁶ Helminen 2019, luku 3. Kansainvälisen vero-oikeuden keskeiset taustaperiaatteet

seuraavan kymmenen vuoden aikana, kun liiketoimintaa harjoitetaan yhdessä yksikössä. Erillisyyperiaatteen nojalla samanlainen tappiontasaus ei ole mahdollinen samaan konserniin kuuluvien yritysten välillä. Konsernirakenne ei olisi tällöin houkutteleva eikä verotus siten neutraalia, jos tappiontasausmahdollisuus evättäisiin täysin.

Suomessa konsernin sisäinen tappiontasaus toteutetaan konserniavustuksella, josta säädetään konserniavustuslaissa. Avustuksen voi antaa emoyhtiö tytäryhtiölle, tytäryhtiö emoyhtiölle tai tytäryhtiö toiselle tytäryhtiölle. Lain soveltaminen edellyttää 90-prosenttista omistusosuutta osapuolten välillä. Sekä konserniavustuksen antajan että saajan tulee olla kotimaisia yhtiöitä. Antajalleen avustus on vähennyskelpoista menoa ja saajalleen veronalaista tuloa. Myös Ruotsissa on käytössä hyvin samantapainen konserniavustusjärjestelmä⁷.

Suomi ei ollut vielä Euroopan unionin jäsen konserniavustuslain säätämisen aikaan. Tämän tutkielman kannalta olennaisin EU-jäsenyyden mukana tullut perusvapaus on sijoittautumisoikeus. Tässä tutkimuksessa sijoittautumisvapaudella tarkoitetaan sitä, että yhtiöllä on oikeus laajentaa toimintaansa muihin jäsenvaltioihin. Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 49 artiklassa on määrätty, että jäsenvaltioiden on poistettava käytöstä verosäännökset, jotka ovat omiaan rajoittamaan tätä sijoittautumisoikeutta. Toisin sanoen konserniavustuksen vähennysoikeuden rajoittaminen kotimaisiin yhtiöihin on ongelmallista SEUT 49 artiklaan viitaten. Ulkomailla operoivat konsernit ovat erilaisessa asemassa kotimaisiin konserneihin nähden, koska ne eivät pysty tasaamaan tuloksiaan. Tämä puolestaan johtaa kokonaisveroasteen nousuun.

Rajat ylittävien tappioiden verokohtelu on aiheena ajankohtainen, sillä Euroopan komissio kehotti maaliskuussa 2019 Suomea muuttamaan konserniavustusta koskevaa lainsäädäntöään. Säännökset tulisi muuttaa koskemaan myös sellaista avustusta, joka on annettu kattamaan toisessa jäsenvaltiossa tai toisessa ETA-

⁷ Kuivisto 2010, s. 40

valtiossa syntyneet lopulliset tappiot⁸. Rajat ylittävien tappioiden verokohtelun muuttaminen on mainittu myös uudessa hallitusohjelmassa.⁹

1.2 Tutkimuskysymykset ja tutkielman rajaus

Tutkimuksen tavoitteena on tarkastella rajat ylittävien tappioiden verokohtelua tämän hetkessä oikeustilassa. Tutkimus pyrkii kartoittamaan oikeustapauksille annettuja oikeuttamisperusteita sekä suhteellisuusperiaatteen soveltamista. Tutkimuksessa havainnollistetaan kansainvälisen oikeuskäytännön vaikutusta kansallisten tuomioistuimien päätöksiin.

Ensin tässä tutkimuksessa käsitellään EU-oikeuden luomia linjoja Marks & Spencer – ja Oy AA –tapauksen valossa. Toisessa luvussa tuodaan esiin myös EU- ja EFTA-tuomioistuimien antamien tuoreimpien ratkaisujen tuomat uudemmat suuntalinjat. Tämän jälkeen tarkastellaan kansallisten tuomioistuimien antamia päätöksiä ja tutkitaan ovatko ne olleet perusteltuja. Tutkimus voidaan kiteyttää seuraaviin tutkimuskysymyksiin:

1. *Mitä ovat niin sanotut lopulliset tappiot?*
2. *Miten kansalliset tuomioistuimet ovat tulkinneet, että lopullisten tappioiden kattaminen konserniavustuksella ei ole antajalleen vähennyskelpoista menoa?*
 - a) *Onko tämä ollut perusteltua?*

Ensimmäiseen kysymykseen tullaan vastaamaan läpi tutkielman, koska siihen ei voida antaa suoraa vastausta vallitsevassa oikeustilassa. Toiseen tutkimuskysymykseen pyritään vastaamaan erityisesti luvussa kolme.

Tutkielma on rajattu koskemaan tilanteita, joissa yritys on laajentanut toimintaansa yhtiömuodossa. Tutkielmassa ei siis käsitellä rajat ylittäviä tappioita kiinteiden toimipaikkojen näkökulmasta. Konserniavustusjärjestelmää

⁸ Euroopan komissio 2019, kohta 9. Verotus ja tulliliitto

⁹ Pääministeri Rinteen hallituksen ohjelma 6.6.2019, kohta 2.1

tarkastellaan ainoastaan rajat ylittävien tappioiden vero-oikeudellisesta näkökulmasta, eikä tässä tutkielmassa oteta kantaa avustuksen kirjanpidollisiin kysymyksiin.

1.3 Metodit ja lähdeaineiston esittely

Tutkielma on oikeusdogmaattinen eli lainopillinen. Tutkielmassa käytetty aineisto koostuu ensisijaisesti EU-tuomioistuimen rajat ylittävien tappioiden verokohtelua käsittelevästä ennakkoratkaisusta, joka koskee nimenomaisesti Suomen konserniavustusjärjestelmää: C-231/05 Oy AA. Tapausta C-446/03 Marks & Spencer käsitellään eritoten EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön yhteydessä. EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisujen lisäksi tutkielmassa käsitellään KHO 2007:92 ratkaisua, jonka perustelut kytkeytyvät vahvasti Oy AA -tapaukseen. Lisäksi tarkasteluun otetaan Helsingin hallinto-oikeuden päätös vuodelta 2016, johon KHO ei antanut valituslupaa. Tarkastelun tueksi otetaan myös keskusverolautakunnan antamia päätöksiä, joista on valitettu korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Lainopin ohella tutkielmassa on käytetty vertailevaa oikeustiedettä tuomalla esiin muutamia Ruotsin korkeimman hallinto-oikeuden antamia ratkaisuja koskien ulkomaille annettujen konserniavustusten vähennyskelpoisuutta. Lisäksi tutkielman lopussa tarkastellaan, kuinka rajat ylittävien tappioiden ongelmallinen verokohtelu on ratkaistu Ruotsissa. Tarkastelun keskiössä on Sopimus Euroopan unionin toiminnasta, erityisesti sopimuksen sijoittautumisoikeutta koskeva 49 artikla.

2. Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä

2.1 Suhteellisuusperiaatteen kasvava merkitys

Jäsenvaltioiden ylimmillä tuomioistuimilla on velvollisuus pyytää EU-tuomioistuimelta ennakkoratkaisua epäselviin EU-oikeuden alaan kuuluviin tulkintakysymyksiin¹⁰. Käytännössä hallinto-oikeudet saavat pyytää ennakkoratkaisua niin halutessaan, kun taas korkeimmat hallinto-oikeudet ovat siihen velvoitettuja. Tuomioistuimen ennakkoratkaisu sitoo ratkaisua pyytäneitä tuomioistuinta. Näin ollen päätöksen seurauksena saatetaan joutua muuttamaan aiempien vuosien verotusta.¹¹ Tässä luvussa tuodaan esille C-446/03 Marks & Spencer -tapauksen tuomat linjat oikeuttamisperusteista ja suhteellisuusperiaatteen soveltamisesta sekä arvioidaan näiden vaikutusta tapaukseen C-231/05 Oy AA. Lisäksi tarkastellaan tuomioistuimen uusia rajoituksia tapauksen C-608/17 Holmen AB valossa. EFTA-tuomioistuin antoi vuonna 2017 ratkaisun asiassa E-15/16 Yara, jonka lopputulos horjuttaa Suomen nykyistä konserniavustusjärjestelmää.

Rajat ylittäviä tappioita koskevissa ennakkoratkaisuissa on otettu kantaa seuraaviin kysymyksiin:

1. Onko kyseessä Euroopan unionin toiminnasta tehdyssä sopimuksessa kielletty perusvapauden rajoitus?¹²
2. Onko olemassa erityisiä syitä, joiden vuoksi syrjivä tai rajoittava säännös on oikeutettavissa?¹³
3. Ylitetäänkö perusvapautta rajoittavalla säännöksellä ne tavoitteet, joihin rajoituksella pyritään eli voidaanko rajoituksen tavoitteet saavuttaa nykyistä lievemmällä perusvapauden rajoituksella?¹⁴

¹⁰ SEUT 267 artikla

¹¹ Penttilä – Mattila – Ranta-Lassila 2005, s. 361

¹² Helminen 2018, s. 110

¹³ C-446/03 Marks & Spencer kohta 35

SEUT 49 artikla antaa yrityksille oikeuden sijoittautua vapaasti mihin tahansa EU:n jäsenvaltioon. Tuomioistuin on todennut, että säännöksen tarkoitus on sen sanamuodon mukaisesti varmistaa sijoittautumisoikeuttaan käyttävälle yritykselle samanlainen kohtelu kuin niille yrityksille, joiden kotivaltio kyseessä oleva maa on¹⁵. Kiellettyä rajoittamista on vapauden käyttämisen estäminen, sen haittaaminen tai toiseen maahan sijoittautumisen tekeminen vähemmän houkuttelevaksi¹⁶. Ensimmäistä kysymystä arvioitaessa on siten selvitettävä tilanteiden vertailukelpoisuus. Suora kansalaisuuteen perustuva syrjintä on aina kiellettyä, ellei sitä erikseen ole SEUT:ssa sallittu¹⁷. Perusvapauksia rajoittava verosäännös voi olla sallittu niin sanotun rule of reason -periaatteen nojalla. Näin ollen rajoitus voi olla perusteltu yleistä etua koskevista pakottavista syistä. Edellytyksenä kuitenkin on, että rajoitus on oikeassa suhteessa sen tavoitteisiin nähden. Toisin sanoen rajoitus ei saa olla liian rajoittava, jos päämäärät voidaan saavuttaa lievemmillä keinoilla.¹⁸

Aiemmin tuomioistuimen linjaus oli selvästi se, että vähennysoikeus tulee ulottaa koskemaan myös rajat ylittäviä tappioita. Rajat ylittävien tappioiden verokohtelua koskeva oikeustila on kuitenkin vaihtanut painopistettä perusvapauden rajoituksen arvioimisesta kohti suhteellisuusperiaatteen tarkastelua.¹⁹ Käytännössä tapauksissa on poikkeuksetta kyse sellaisesta sijoittautumisvapauden rajoituksesta, jolle on löydettävissä oikeuttamisperusteita. Rajoitus on väärässä suhteessa tavoitteisiin nähden, jos lopullisia tappioita ei saa vähentää²⁰. Lopullisten tappioiden merkityssisältö on kuitenkin jäänyt epäselväksi, koska EU-tuomioistuin ei ole käsitellyt sen tarkemmin määritellyt. Kuten edellä todettiin, jäsenvaltiot saavat itsenäisesti määrätä välittömästä verotuksesta. Tuomioistuin on joutunut selvästi ratkaisuihinsa puntaroimaan jäsenvaltioiden verosuvereniteetin ja perusvapauksien välistä tasapainoa, jotta jäsenvaltioiden toimivaltaa ei kavennettaisi liikaa. Tapauksia voisikin kuvailla ennalta-

¹⁴ C-446/03 Marks & Spencer kohta 35

¹⁵ Ks. esim. C-446/03 Marks & Spencer kohta 30

¹⁶ Penttilä 2006, s. 6

¹⁷ SEUT 52 artikla

¹⁸ Helminen 2018, s. 132

¹⁹ Lang 2014, s. 530

²⁰ Ks. esim. Marks & Spencer kohta 35

arvaamattomiksi. Jäsenvaltioilta ei selvästikään odoteta, että rajat ylittävien tappioiden tulisi olla vähennettävissä rajoituksetta. Rajoitukseton tappioiden vähentäminen johtaisi verotulojen vähenemiseen, sillä tuloja siirrettäisiin matalan verokannan maihin.²¹

Tapaus C-446/03 Marks & Spencer koski Iso-Britannian group relief -järjestelmää. Tapauksessa englantilaisella emoyhtiöllä oli tytäryhtiöitä eri puolilla Eurooppaa. Belgiassa, Saksassa ja Ranskassa sijaitsevat yhtiöt olivat olleet pitkään tappiollisia, joten emoyhtiö päätti lopettaa toimintansa näissä valtioissa. Emoyhtiö vaati tytäryhtiöiden tappioiden vähentämistä omassa verotuksessaan. Jos tytäryhtiöt olisivat olleet isobritannialaisia, olisi tappiot voitu vähentää. Toisin sanoen tilanne oli vertailukelpoinen, jolloin kyseessä oli sijoittautumisoikeuden rajoitus. C-231/05 Oy AA -tapaus käsitteli Suomen konserniavustusjärjestelmää. Suomalainen tytäryhtiö olisi halunnut vähentää isobritannialaiselle emolleen antaman konserniavustuksen verotuksessaan. SEUT 49 sanamuodon mukaisen tulkinnan perusteella tytäryhtiö ei ole käyttänyt sijoittautumisoikeutta. EU-tuomioistuin on tosin oikeuskäytännössään ulottanut perusoikeuksien rajoitusten tarkastelun konsernitasolle. Sijoittautumisvapauttaan käyttänyt englantilainen emoyhtiö on siten erilaisessa asemassa kuin suomessa sijaitseva emoyhtiö. Suomalainen tytäryhtiö voi antaa kotimaiselle emoyhtiölleen vähennyskelpoisen konserniavustuksen konserniavustuslain 3 §:n 3 momentin nojalla. Näin ollen konserniavustuksen kotimaisuusvaatimus tekee Suomeen sijoittautumisesta vähemmän houkuttelevan vaihtoehdon.

Molemmissa tapauksissa rajoituksille oli kuitenkin löydettävissä oikeuttamisperusteita. Ensinnäkin rajat ylittävä tappiontasaus vaarantaisi verotusvallan tasapainoisen jakautumisen. Emoyhtiö saisi ikään kuin valita valtion, jossa sen tuloja verotetaan. Toiseksi, jos emoyhtiö saisi rajoituksetta vähentää tytäryhtiöiden tappiot verotuksessaan, voisi syntyä vaara tappioiden käyttämisestä kahteen kertaan. Tappiot saatettaisiin siis vähentää sekä tytäryhtiön että emon verotuksessa. Peruste kuulostaa toisaalta hieman hataralta ottaen huomioon sen, että virka-apudirektiivin nojalla voidaan selvittää toisen

²¹ Wattel 2007, s. 140

jäsenvaltion viranomaisilta tiedot tappioiden käyttömahdollisuuksista²². Oy AA – tapauksessa tällaista vaaraa ei synny, sillä konserniavustusjärjestelmä ei perustu tappioiden vähentämisoikeuteen. Kolmanneksi oikeuttamisperusteeksi nostettiin veronkierron vaara, joka liittyy vahvasti verotulojen tasapainoisen jakautumisen oikeuttamisperusteeseen. Veronkierron riski nousisi, jos emoyhtiö saisi valita tulojensa verotusmaan. Tappiot saatettaisiin allokoida maahan, jossa niiden arvo olisi suurin. Toisaalta on huomioitava, että veronkiertoa ei välttämättä ole toisten jäsenvaltioiden matalamman verokannan hyödyntäminen liiketoiminnassa²³.

Tapaukset ovat yhtäältä hyvin samankaltaisia, mutta toisaalta niiden välillä on monia eroavaisuuksia. Ensinnäkin Iso-Britannian ja Suomen konserniverojärjestelmät poikkeavat toisistaan. Konserniavustusjärjestelmää voidaan pitää group relief –järjestelmää pidemmälle menevänä²⁴. Oikeastaan konserniavustusjärjestelmässä ei ole kyse tappioiden vähennysoikeudesta, sillä konserniavustuslaki ei edellytä avustuksen saajan tappiollisuutta. Lisäksi Oy AA – tapauksessa oli kyse tytäryhtiön vähennysoikeudesta, kun taas asiassa Marks & Spencer käsiteltiin emoyhtiön verotusta. Tuomioistuin arvioikin, että Oy AA - tapauksessa konserniavustusjärjestelmä on oikeassa suhteessa tavoitteisiin nähden. Olennainen ero Marks & Spencer –tapaukseen verrattuna on se, että asiassa Oy AA ei ollut kyse lopullisista tappioista. Emoyhtiön tappiollisuuden arvioitiin jatkuvan vuosina 2004 ja 2005²⁵.

2.2 Milloin tappiot ovat lopullisia?

Iso-Britannian kotimaisuusvaatimus ei ollut suhteellisuusperiaatteen mukainen, sillä emo ei saanut vähentää tyttärien lopullisia tappioita verotuksessaan. Tuomioistuin totesi, että rajoittava säännös on kohtuuton, jos: toisessa jäsenvaltiossa asuva tytäryhtiö on ensinnäkin käyttänyt loppuun kaikki sen asuinvaltiossa olevat tappiontasausmahdollisuudet eikä toisaalta ole olemassa mahdollisuutta, että itse tappiollinen tytäryhtiö tai kolmas osapuoli voisi ottaa

²² Euroopan unionin neuvosto (2011)

²³ Ks. esim. C-212/97 Centros kohta 27

²⁴ Haslehner 2010, s. 35

²⁵ C-231/05 Oy AA kohta 12

tappiot huomioon kyseisessä valtiossa tulevien verovuosien aikana.²⁶ Lausumassa erotetaan selvästi toisistaan niin sanotut väliaikaiset ja lopulliset tappiot. Yksinkertaistetusti asiassa Oy AA kysymys oli väliaikaisista tappioista, kun taas Marks & Spencerin tytäryhtiöllä oli lopullisia tappioita.

Tuomioistuimen mukaan silloin, kun jäsenvaltiossa asuva emoyhtiö pystyy osoittamaan tytäryhtiön käyttäneen loppuun kaikki tappiontasausmahdollisuutensa, on suhteellisuusperiaatteen vastaista evätä rajat ylittävien tappioiden vähennysoikeus. Sanamuodon mukaisen tulkinnan mukaan tytäryhtiö on käyttänyt kaikki mahdollisuudet loppuun, kun tappioita ei voida ottaa huomioon tulevina eikä menneinä verovuosina. Lisäksi edellytyksenä on, että kolmaskaan taho ei pysty hyödyntämään tappioita tulevina verovuosina tappiollisen yhtiön asuinvaltiossa.

Tappiontasausmahdollisuudet ja niiden aikarajoitukset vaihtelevat maiden välillä. Suomessa on käytössä niin sanottu carry forward -järjestelmä eli mahdolliset tappiot voidaan vähentää seuraavien 10 vuoden aikana saaduista elinkeinotoiminnan tuloista tuloverolain 119 §:n nojalla. Carry back -järjestelmässä yritys voi vähentää tappioitaan edellisiltä verovuosilta, mikä johtaa mahdollisiin veronpalautuksiin²⁷. Tappioiden lopullisuutta arvioitaessa tulee ottaa huomioon tytäryhtiön asuinvaltion tappiontasaus säännökset²⁸.

Emoyhtiöllä eli tapauksissa veronmaksajalla on todistustaakka tappioiden lopullisuudesta²⁹. Maassa vallitsevan tappiontasausjärjestelmän selvittäminen ei ole kovinkaan vaikeaa. Sen sijaan tappioiden vähentämiselle asetetut aikarajoitukset saattavat muodostua ongelmallisiksi todistustaakan kannalta. Mikäli tappiollisen yhtiön asuinvaltio on asettanut jonkunlaisia rajoituksia tappioiden vähentämiselle, ei tappioita voida pitää lopullisina. Esimerkiksi

²⁶ C-446/03 Marks & Spencer kohta 55

²⁷ OECD raportti 2011, s. 28

²⁸ Haslehner 2010, s. 36

²⁹ Ks. esim. C-446/03 Marks & Spencer kohta 56

kansallisten säännösten mukaan vanhentuneet tappiot eivät ole lopullisia tappioita – eivätkä siten vähennyskelpoisia³⁰.

Tuomioistuin ei ole erikseen linjannut, milloin tappioiden lopullisuus tulisi osoittaa. Se piti kuitenkin hyväksyttävänä Iso-Britannian lainsäädäntöä, jonka mukaan lopullisuus tulee osoittaa kahden vuoden kuluessa verovuodesta, jolloin tappiot syntyivät³¹. Tämä tarkoittanee sitä, että esimerkiksi maassa, jossa tappioiden vähentämiseksi on asetettu viiden vuoden aikaraja, ei ole välttämättä järkevää yrittää elvyttää liiketoimintaa, koska ei voida olla varmoja sen voitollisuudesta. Mikäli tuloja ei saada tappioiden vähentämiseksi ja tappioita on päässyt vanhentumaan, ei emoyhtiökään voi vaatia niiden vähentämistä omassa verotuksessaan. Aikarajoitukset saattavat kannustaa konserneja myymään tai ajamaan selvitysmenettelyyn tappiota tekevät ulkomaiset yhtiönsä, jolloin tappioiden lopullisuuden käsitettä voitaisiin soveltaa³².

Päätöksessään C-322/11 K tuomioistuin korosti tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännön merkitystä³³. Tilanteessa, jossa esimerkiksi tappiollisen yhtiön jäsenvaltio ei salli tietynlaisen tappion vähentämistä, ei emoyhtiö voi vedota tappioiden lopullisuuden doktriiniin, sillä mahdollisuutta ottaa tappio huomioon ei ole koskaan ollut. Tämä tarkoittanee sitä, että tappioiden vähentämiseksi asuinvaltiossa on löydyttävä aina lainsäädännöllinen mahdollisuus, jotta tappiot voisivat olla lopullisia. Toisaalta tilanteen ollessa päinvastainen, eli kun tytäryhtiön asuinvaltio sallii vähentämisen, mutta vähennystä hakeneen yhtiön asuinvaltio ei, tulisi vähennysoikeus silti myöntää lopullisten tappioiden osalta³⁴.

Mikäli tytäryhtiö ei pysty itse hyödyntämään tappioitaan, on suljettava pois vielä kolmannen osapuolen mahdollisuus tappioiden huomioon ottamiseksi tytäryhtiön asuinvaltiossa, jotta tappioiden lopullisuuden doktriinia voitaisiin soveltaa. Kolmannella osapuolella tarkoitetaan oletettavasti joko konsernin ulkopuolista henkilöä tai tappiollisen yhtiön kotivaltiossa asuvaa sisaryhtiötä. Tappioiden

³⁰ Ks. C-172/13 Komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta kohta 33

³¹ C-172/13 Komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta kohta 37

³² Cohrs 2013, s. 350

³³ Ks. C-322/11

³⁴ Lang 2014, s. 535. Ks. myös C-293/06 Deutsche Shell kohta 43

lopullisuuden selvittäminen voi olla haastavaa, jos tappiollinen yhtiö myydään ulkopuoliselle. Tappiot voivat olla lopullisia ainoastaan, jos ostaja ei kansallisen lainsäädännön nojalla saa vähentää tämän tappioita. Vaikka ostajalla olisikin mahdollisuus ottaa tappiot huomioon tulevina verovuosina, ei voida olla varmoja syntykö sellaisia voittoja, joista tappiot voitaisiin vähentää.³⁵ Ostajalla ei myöskään ole velvollisuutta kertoa tappiontasausmahdollisuuksistaan³⁶. Lailliset mahdollisuudet tappioiden käyttämiselle asuinvaltiossa olisivat tällöin olemassa, mutta tosiasiallisista mahdollisuuksista ei voida olla täysin vakuuttuneita.

Uusimmassa oikeuskäytännössään, tapauksessa C-608/16 Holmen AB, tuomioistuin korosti kolmannen osapuolen merkitystä tappioiden lopullisuuden arvioinnissa. Tapauksessa ruotsalainen emo halusi vähentää välillisesti omistamiensa tyttärien lopulliset tappiot verotuksessaan. Tytäryhtiö ja sen omistamat tytäryhtiöt muodostivat Espanjan lainsäädännön mukaisesti niin sanotun vero-oikeudellisen konsernin, jossa yksiköiden voittoja ja tappioita voidaan tietyin rajoituksin kuitata vastakkain. Holmen-konsernin espanjalaiset yhtiöt, erityisesti välillisesti omistetut tyttäret, olivat olleet pitkään tappiollisia. Ruotsissa on käytössä konserniavustusjärjestelmä, mutta vuodesta 2010 on sovellettu Ruotsin tuloverolain³⁷ 35a lukua, joka käsittelee rajat ylittävää konsernivähennystä. Ruotsalainen emoyhtiö on voinut vähentää ETA-valtiossa asuvan tytäryhtiönsä lopulliset tappiot omistusosuuden ollessa yli 90 prosenttia.

Espanjan lainsäädännössä on asetettu rajoituksia koskien kolmannen osapuolen mahdollisuuksia ottaa tappiot huomioon. Ratkaisuista päätellen tappiota tehneen yrityksen asuinvaltion lainsäädännössä asetetut rajoitukset eivät aina ole relevantteja tappioiden lopullisuutta tutkittaessa. Kuten edellä todettiin, aikaisempi oikeuskäytäntö on käsitellyt vain rajoituksia, jotka koskevat tappiota tehneen yhtiön omia mahdollisuuksia ottaa tappiot huomioon. Se, että tässä tapauksessa tytäryhtiöiden asuinvaltiot eivät salli tappioiden siirtymistä likvidoinnin yhteydessä, ei ollut yksinään merkittävä seikka tappioiden lopullisuuden kannalta. Mikäli tuomioistuin olisi noudattanut aikaisempaa

³⁵ Vrt. Luku 3.3

³⁶ Lang 2006, s. 63

³⁷ Inkomstskattelag 1999:1229, IL

linjaansa koskien laillisten mahdollisuuksien rajoituksia, olisi tappioiden lopullisuuden doktriinin soveltuminen kaventunut entisestään. Tuomioistuin totesi, että emoyhtiön on näytettävä toteen se, että tytäryhtiö on käyttänyt loppuun tappiontasausmahdollisuutensa. Huolimatta kolmannelle osapuolelle asetetuista rajoituksista, ei voida täysin sulkea pois mahdollisuutta tappioiden käyttämiseksi tytäryhtiön asuinvaltiossa. Emoyhtiön on nimittäin lisäksi näytettävä, että tappiota ei ole mahdollista ottaa huomioon tytäryhtiön luovutushinnassa.³⁸ Tuomioistuin ei kuitenkaan sen enempää avannut, miten emo voisi näyttää toteen mahdollisuuksien olemattomuuden.

2.3 Vähennysoikeuden saajan asema

EU-tuomioistuimen antama ennakkoratkaisu asiassa Oy AA aiheutti monenlaisia tulkintoja. Ensinnäkin heräsi kysymys, hyväksyikö EU-oikeus konserniavustusjärjestelmän kotimaisuusvaatimuksen kokonaisuudessaan vai olisiko Marks & Spencer -tapauksessa asetettu lopullisten tappioiden doktriini soveltunut, jos tapauksen Oy AA tappiot olisivat sellaisia olleet. EFTA-tuomioistuin antoi kysymykseen lopullisen vastauksen ratkaisullaan asiassa E-15/16 Yara. Norjalaisen emoyhtiön tuli saada vähentää tytäryhtiölleen antama konserniavustus, kun kyse oli tyttären lopullisista tappioista. Siten lopullisten tappioiden verokohtelun ei pitäisi olla riippuvainen kyseessä olevan valtion konserniverojärjestelmästä. Toisaalta sillä, että avustuksen antaa tytäryhtiö emoyhtiön sijaan, voi olla merkittävä vaikutus vähennysoikeuden hyväksyttävyyteen. Ensinnäkin, mikäli emoyhtiön tappiot olisivat lopullisia, olisi tytäryhtiöiden toiminta todennäköisesti lopetettu tai myyty. Mikäli vähennys hyväksytään vain emoyhtiön verotuksessa, vähenee yhtiön mahdollisuudet valita tulojen verotusvaltio. Näin myös veronkierron vaara vähenee.³⁹ Tällainen vaara olisi edelleen olemassa, jos tytäryhtiö saisi vähentää konserniavustuksen verotuksessaan⁴⁰.

³⁸ C-608/17 Holmen AB kohta 38

³⁹ Penttilä 2009, s. 464-465

⁴⁰ C-231/05 Oy AA kohdat 64-65

Todennäköistä lienee, että vähennysoikeus hyväksytään olosuhteiden ollessa mahdollisimman lähellä tapausta Marks & Spencer. Kyseessä on siis oltava emoyhtiöltä tytäryhtiölle annettava konserniavustus lopullisten tappioiden kattamiseksi. On myös todettu, että rajat ylittävän konserniavustuksen vähennyskelpoisuuden hyväksyminen voisi olla todennäköisempää omistuksen ollessa välitön.⁴¹ Annettu ennakkoratkaisu asiassa Holmen AB kuitenkin valaisi oikeustilaa välillisestä omistuksesta. Tytäryhtiön tytäryhtiöiden lopulliset tappiot olivat vähennettävissä emoyhtiön verotuksessa, kun välissä olevan yhtiön asuinvaltio oli sama kuin tappiollisten yhtiöiden⁴². Myös tapauksessa Marks & Spencer tappiolliset tytäryhtiöt omistettiin välillisesti hollantilaisen yhtiön kautta eli välissä oleva yhtiö sijaitsi eri valtiossa kuin tappiolliset tyttäret. Yrityksen mukaan välillisellä omistuksella ei tässä asiassa ollut kuitenkaan mitään merkitystä, joten tapausta tarkasteltiin kuin yhtiöt olisi omistettu välittömästi.⁴³ Tapauksessa Holmen tytäryhtiö ja sen tytäryhtiöt sijaitsivat kaikki Espanjassa, jolloin ei synny vaaraa emoyhtiön mahdollisuudesta valita tulojen verotusmaa⁴⁴.

Yhdessäkään aikaisemmassa tapauksessa ei siis ole otettu esiin välillistä omistussuhteita, vaikka se jossakin määrin avaa oven verotusmaan valinnalle ja siten veronkierrolle⁴⁵. Mikäli EU-tuomioistuin linjaisi tietyn tapauksen suhteellisuusperiaatteen vastaiseksi, olisi jäsenvaltioilla oikeus tulkita tapausta vielä kansallisten veronkiertosäännösten näkökulmasta. Jäsenvaltiot saavat asettaa säännöksiä, joiden tavoitteena on estää ainoastaan veroetua tavoittelevat keinotekoiset järjestelyt⁴⁶. Veronkierron estäminen on niin sanotusti poikkeuksen poikkeus, joka nostettiin esille myös tapauksessa E-15/16 Yara. Tapauksessa emoyhtiö omisti aluksi välillisesti liettualaisen UAB yhtiön ja myöhemmin osti sen koko osakekannan. Tytäryhtiön liiketoiminta oltiin myyty kolmannelle ennen osakekannan myymistä. Yara asetti tappiollisen yhtiön melkein heti oston jälkeen selvitystilaan. Keinotekoisien järjestelyjen arvioiminen jätetään kansallisten

⁴¹ Penttilä 2009, s. 467

⁴² C-608/17 Holmen AB kohta 33

⁴³ Penttilä – Mattila – Ranta-Lassila 2005, s. 250

⁴⁴ C-608/16 Holmen AB kohta 31

⁴⁵ Cohrs 2013, s. 349

⁴⁶ Ks. esim. Marks & Spencer kohta 57 ja E-15/16 Yara kohta 49

tuomioistuinten tehtäväksi⁴⁷. Lienee kuitenkin todennäköistä, että arviointiin vaikuttaa se, onko emoyhtiö itse perustanut tytäryhtiön toiseen jäsenvaltioon vai onko yhtiö ostanut sen. Kannattamattoman yrityksen ostaminen ei vaikuta liiketaloudellisesti perustellulta.

Rajat ylittävien lopullisten tappioiden vähentäminen emoyhtiössä herättää myös veroteknisiä kysymyksiä. Tuomioistuimen rajat ylittävien tappioiden siirtymistä sulautumisen yhteydessä käsitellyt ennakkoratkaisu asiassa C-123/11 A Oy vahvisti, että tappiot tulee laskea emoyhtiön asuinvaltion verosäännösten nojalla. Tällöin rajat ylittäviä ja kotimaisia tappioita kohdeltaisiin verotuksessa samalla tavalla. Toisaalta, kun kyse on emoyhtiön antamasta konserniavustuksesta lopullisten tappioiden kattamiseksi, ei tällaista uudelleenlaskentaa jouduttaisi suorittamaan. Ongelmaksi on pikemminkin nähty saajayhtiön asuinvaltion verokohtelu liittyen saatuun avustukseen⁴⁸. Mikäli saajayhtiön asuinvaltio ei pidä konserniavustusta veronalaisena tulona, seuraa siitä konsernin kokonaisveroasteen muodostuminen hyvinkin matalaksi.

⁴⁷ Ks. E-15/16 Yara kohta 50

⁴⁸ Vrt. Luku 3.2

3. Rajat ylittävien tappioiden verokohtelu kotimaisessa oikeuskäytännössä

3.1 Tuomioistuinten ja keskusverolautakunnan kapea tulkintalinja

Konserniavustusjärjestelmiä on kuvailtu ongelmallisiksi EU-oikeudelle⁴⁹. Tapaus Oy AA herätti aikoinaan erilaisia näkemyksiä järjestelmän ja lopullisten tappioiden periaatteen yhteensopivuudesta. Myöhemmin EFTA-tuomioistuimen ratkaisu asiassa Yara selkeytti, että lopullisten tappioiden poikkeus soveltuu myös konserniavustusjärjestelmään. Korkein hallinto-oikeus antoi päätöksen KHO 2007:92, jonka se perusteli Oy AA -tapauksella. KHO tällöin totesi, että tuomiota Marks & Spencer ei voida soveltaa koskemaan Suomen konserniavustusjärjestelmää. 10 vuotta myöhemmin annetun päätöksen Yara valossa korkeimman hallinto-oikeuden päätös vaikuttaa jopa väärältä tai vähintäänkin EU-oikeudellisesti ristiriitaiselta.

Tapauksessa KHO 2007:92 oli kyse siitä, olisiko suomalainen K Oy voinut vähentää sisaryhtiölle lopullisten tappioiden kattamiseksi annetun konserniavustuksen verotuksessaan. K Oy oli K Oyj:n tytäryhtiö. K Oyj omisti hollantilaisen K Holding BV:n kautta B Ltd:n, joka puolestaan omisti konserniavustuksen saajan K Energy Ltd:n. Päätöksessä KHO linjasi, että kyseessä ei alkuunkaan ole sijoittautumisvapauden rajoitus. Mielenkiintoista on kuitenkin, että KHO lisäksi luetteli oikeuttamisperusteita siltä varalta, että tilanteessa olisikin perusvapauden rajoitus. Tuomioistuin olisi periaatteessa voinut lopettaa asian arvioinnin toteamukseen vertailukelvottomuudesta⁵⁰.

K Oyj on käyttänyt sijoittautumisvapauttaan perustamalla tytäryrityksiä Suomeen ja Englantiin. Avustuksen antaja K Oy ei ole itse käyttänyt sijoittautumisoikeuttaan,

⁴⁹ Cohrs 2013, s. 350

⁵⁰ Lang 2006a, s. 421-422

mutta sijoittautumisoikeuden rajoitus voi soveltua myös tällaiseen tilanteeseen⁵¹. Konserniavustuslain mukaan suomalainen tytäryhtiö saa antaa vähennyskelpoisen avustuksen suomalaiselle sisaryhtiölleen konserniavustuslain 3 §:n 3 momentin nojalla. KHO kuitenkin perusteli vertailukelpoisuutta eri näkökulmasta viittaamalla niin sanottuun subject-to-tax -lähestymistapaan⁵². Isobritannialainen konserniyhtiö ei ole siten verrattavissa suomalaiseen konserniyhtiöön, koska ensiksi mainittu ei ole Suomen verovallan alainen yhtiö. EU-tuomioistuin ei esimerkiksi tapauksissa Marks & Spencer ja Oy AA lähestynyt vertailukelpoisuutta samalla tavalla KHO:n kanssa. Mikäli perusoikeuden rajoitusta tarkasteltaisiin näin, ei jäisi lainkaan tilaa suhteellisuusperiaatteen arvioimiselle. Tapauksen Oy AA ennakkoratkaisussa EUT myös huomautti, että ainoastaan se seikka, että ulkomaalainen yhtiö [isobritannialainen] ei ole yleisesti verovelvollinen [Suomessa] ei merkitse automaattisesti sitä, että se ei olisi samassa asemassa kuin kotimainen [suomalainen] yhtiö⁵³.

Alueperiaate tarkoittaa, että kukin valtio verottaa vain alueellaan syntyvistä tuloista ja myöntää vähennyksen ainoastaan alueellaan tapahtuvaan liiketoimintaan liittyvistä menoista⁵⁴. Konserniavustus perustuu symmetriaan. Kotimaisuusvaatimuksella halutaan turvata vähennyskelpoisen avustuksen tuloutuminen Suomessa. Näillä oikeuttamisperusteilla KHO halusi varmaankin korostaa konserniavustuksen luonteen erilaisuutta verrattuna group relief -järjestelmään. Sijoittautumisoikeutta koskeva artikla olisi kuitenkin merkityksetön, jos alueperiaate ja sitä kautta verojärjestelmän johdonmukaisuus olisivat omiaan perustelemaan rajat ylittävien tappioiden vähennyskelvottomuutta⁵⁵. Lisäksi KHO mainitsi lyhyesti, että Marks & Spencer -tuomiossa mainitut oikeuttamisperusteet pätevät myös kyseessä olevaan tapaukseen. Ratkaisussa Yara todettiin, että kotimaisuusvaatimuksella pyritään säilyttämään verotulojen tasainen jakautuminen sekä estämään tappioiden käyttäminen kahteen kertaan ja veronkierron vaara. Vaikka mahdolliselle rajoitukselle onkin löydettävissä oikeuttamisperusteita, tulee silti noudattaa

⁵¹ Ks. Luku 2

⁵² Wattel – Marres – Vermeulen 2018, luku 17.4.3

⁵³ C-231/05 Oy AA kohta 30

⁵⁴ Helminen 2007, s. 496

⁵⁵ Ks. esim. C.446/03 Marks & Spencer kohta 37

suhteellisuusperiaatetta ja pienimmän haitan periaatetta⁵⁶. Tähän KHO ei kuitenkaan sen erityisemmin ottanut kantaa.

Oikeuskäytännön perusteella vähennysoikeuden epääminen on suhteetonta, jos tappiot ovat lopullisia Marks & Spencer -tapauksen lailla. Julkisasiamies oli esittänyt Oy AA -ratkaisuehdotuksessaan, että lopullisten tappioiden ollessa kyseessä, intressi verotusvallan jakaantumisen säilyttämiseen on toissijainen sijoittautumisvapauteen nähden. Tähän liittyen KHO totesi, että Marks & Spencer -asiassa annettua tuomiota ei voida soveltaa K Oy:n tilanteeseen, koska konserniverojärjestelmät ovat erilaisia. Lisäksi KHO vetosi tapausten konserniyhtiöiden erilaiseen asemaan. EFTA-tuomioistuin vuorostaan tuli erilaiseen lopputulokseen konserniverojärjestelmien vertailukelpoisuudesta asiassa Yara. Se linjasi, että vaikka Norjan konserniavustusjärjestelmä on samanlainen Suomen järjestelmään verrattuna, ei tapauksessa Oy AA ollut kyse lopullisista tappioista. Suhteellisuuden arvioinnin tulisi keskittyä erityisesti siihen, onko lopullisten tappioiden vähennyskeltottomuus välttämätöntä oikeuttamisperusteiden tavoitteiden saavuttamiseksi.⁵⁷ Lisäksi on todettava, että konserniyhtiöiden suhteen ei pitäisi vaikuttaa merkittävästi vähennysoikeuteen, koska kansalliset konserniavustussäännökset eivät rajoita konserniavustuksen antamista tällaisissa tilanteissa⁵⁸.

Korkein hallinto-oikeus perusteli päätöstään viitaten ratkaisun Oy AA kohtiin 64 ja 65, joissa EUT tarkasteli suhteellisuusperiaatetta. Kohtien on katsottu ilmentävän tuomioistuimen tulkintaa konserniavustuksen EU-oikeudellisesta hyväksyttävyydestä ylipäättään⁵⁹. Kohdassa 64 lausutaan, että konsernit saisivat vapaasti valita tulojensa verotusmaan, jos konserniavustus laajennettaisiin koskemaan rajat ylittäviä tilanteita. Samalla sivuutettaisiin tytäryhtiön asuinvaltion verotusoikeus. Kohdassa 65 todetaan, että tällainen vaara olisi edelleen olemassa, vaikka vähennyskelpoisuus olisi ”saajayhtiön taloudellisen tilanteen takia perusteltua” eli avustuksella katettaisiin saajan lopulliset tappiot.

⁵⁶ Helminen 2007, 496. Ks. tarkemmin C-436/00 X ja Y kohdat 63-71

⁵⁷ Ks. E-15/16 Yara kohdat 29-30

⁵⁸ Euroopan Parlamentti 2011, s. 60

⁵⁹ Ks. esim. Penttilä 2009, s. 464

Oikeuskirjallisuudessa on arvioitu, että kohdat soveltuvat ainoastaan tilanteisiin, joissa tytäryhtiö antaa emolleen konserniavustuksen⁶⁰. Tämä tulkinta ilmeneekin kohdan 64 sanamuodossa.

Olennainen ero tapaukseen Oy AA verrattuna on, että tapauksessa K Oy emoyhtiö ja konserniavustuksen antaja asuivat samassa maassa eli Suomessa. Tällöin ei ole niinkään perusteltua tarkastella sisaryhtiön antamaa ja emoyhtiön antamaa avustusta erilailla. Nimittäin K Oy olisi voinut antaa emoyhtiölleen konserniavustuksen kansallisen lainsäädännön nojalla, jonka jälkeen K Oyj olisi voinut antaa ulkomaiselle tytäryhtiölleen konserniavustuksen⁶¹. Toisaalta ottaen huomioon, että K Oyj omisti englantilaisen K Energy Ltd:n hollantilaisen tytäryhtiön kautta, ei vähennysoikeuden antamista voitaisi välttämättä pitää perusteltuna nykyisen oikeustilan valossa⁶².

Helsingin hallinto-oikeus antoi rajat ylittäviä tappioita koskevan päätöksen vuonna 2016, missä se ei myöntänyt konserniavustuksen vähennysoikeutta. Tapauksessa A Oy oli antanut tanskalaiselle tytäryhtiö B:lle konserniavustuksen vuonna 2005. Tytäryhtiölle oli kertynyt tappioita jo ennen konserniavustuksen antamista. Yhtiön hallitus päätti purkaa yhtiön ja lopettaa sen toiminnan samana vuonna. Osa liiketoiminnasta myytiin seuraavana vuonna kolmannelle tanskalaiselle yhtiölle. Muu liiketoiminta lopetettiin vuoden 2006 aikana. Yhtiö asetettiin selvitystilaan ja purettiin lopullisesti vuonna 2007. Konsernin toiminta lopetettiin kokonaan Tanskassa. Yhtiö vetosi perusteluissaan tappioiden lopullisuuteen. Lisäksi se argumentoi, koska Suomessa ei ole erityisiä menettelysäännöksiä rajat ylittävän konserniavustuksen vähentämivuodesta, ei jaksotussäännös saa tarkoittaa suhteellisuusperiaatteen kannalta seuraamusta, joka johtaisi esimerkiksi koko rahallisen edun menettämiseen. Edellä todettujen seikkojen valossa on suhteellisuusperiaatteen vastaista evätä konserniavustuksen vähennysoikeus, kun sen on antanut emoyhtiö tytäryhtiön lopullisten tappioiden kattamiseksi.

⁶⁰ Penttilä 2009, s. 465

⁶¹ Ks. myös Holmdahl – Ohlsson 2008, s. 250

⁶² Vrt. C-608/17 Holmen AB kohta 33

Helsingin hallinto-oikeus katsoi, että kyseessä ei ole konserniavustuslain mukainen avustus. Lisäksi todettiin, että konserniavustuslain 4 §:n nojalla kansallisissa tilanteissa avustus luetaan antajansa verotuksessa kuluksi ja saajan verotuksessa tuotoksi sinä verovuonna, jona se on suoritettu eli tässä tapauksessa vuonna 2005. Hallinto-oikeus myös linjasi, että ”tappioiden lopullisuudella ei ole asiassa merkitystä”. Todettiin, että jaksotussäännös ei ole ristiriidassa EU-oikeuden kanssa, sillä kotimaisiin tilanteisiin sovelletaan samaa säännöstä. Argumentti lienee kuitenkin huhera ottaen huomioon, että kotimaisissa tilanteissa ei ole samanlaisia edellytyksiä tappioiden lopullisuudesta. Suomalaiset konsernit saavat antaa yhtiöiden kesken avustuksia riippumatta saajan toiminnan tappiollisuudesta konserniavustuslain 3 §:n mukaisesti.

B:n tappiot eivät olleet lopullisia vielä vuonna 2005, jolloin ei olisi välttämättä nykymuotoisen suhteellisuusperiaatteen vastaista evätä vähennysoikeutta⁶³. Mikäli yhtiö oltaisiin purettu samana vuonna, olisi vähennyskelvottomuus todennäköisemmin ollut suhteetonta. Tapauksessa ei siten ollut lainkaan kysymys lopullisten tappioiden doktriinin soveltumisesta vaan kyseessä oli pikemminkin verotekninen ongelma. Kansallisten tuomioistuinten antamat linjaukset ovat olleet niin joustamattomia, että suhteellisuusperiaatteen soveltuminen on melkein mahdotonta. EU-tuomioistuimen antamien suuntaviivojen perusteella rajat ylittävät tappiot ovat vähennettävissä vasta sitten, kun tappiot ovat tosiaan muodostuneet lopullisiksi. Usein näin on, kun yhtiö on lopettanut toimintansa ja se on ajettu selvitystilaan. Lisäksi konserniavustuslain 2 § edellyttää, että konserniavustus annetaan liiketoimintaa harjoittavalle osakeyhtiölle. Mikäli A Oy olisi antanut B:lle avustuksen vuonna 2006, olisi voitu vedota siihen, että tällainen konserniavustus ei ole annettu liiketoiminnan harjoittamista varten. Ensiksi lopullisten tappioiden doktriini ei sovellu, jos ulkomaalainen saaja harjoittaa liiketoimintaa. Päinvastoin konserniavustusta ei ole annettu liiketoiminnan harjoittamiseksi, jos saajan tappiot ovat lopullisia eli käytännössä sen liiketoiminta on lopetettu.

⁶³ HHAO 16/0478/6 mukaan tappiot muodostuivat lopullisiksi vuonna 2006

Keskusverolautakunta on antanut vuosina 2018 ja 2019 kaksi päätöstä koskien rajat ylittäviä konserniavustuksia⁶⁴. Päätökset eivät ole vielä lainvoimaisia, mutta niistä on valitettu korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Vuonna 2018 suomalainen B Oyj olisi halunnut antaa toisessa EU-jäsenvaltiossa asuvalle sisaryhtiö C:lle vähennyskelpoisen konserniavustuksen. Yhtiöt olivat molemmat kolmannessa EU-valtiossa asuvan A:n tytäryhtiöitä. C:n toiminta oltiin päätetty lopettaa ja sen tappiot olivat oletettavasti lopullisia. KVL perusteli, että kyseessä ei voinut olla sijoittautumisvapauden rajoitus, koska konserniavustuksen antaja ei ollut käyttänyt sijoittautumisoikeuttaan. Vallitsevassa oikeustilassa tällainen argumentti ei ole perusteltu, koska sijoittautumisvapauden tarkastelu on ulotettu konsernitason tasolle. Esimerkiksi tapauksessa Oy AA tarkasteltiin perusoikeuden rajoituksena, vaikka verovelvollinen itse ei ollut käyttänytään vapautta. Keskusverolautakunta katsoi myös, että konserniavustuksen saaja ei harjoittanut elinkeinotoimintaa Suomessa, jonka takia B Oyj ei voinut vähentää annettua avustusta. Kuten todettu aikaisemmin, mikäli tämä hyväksyttäisiin ainoana oikeuttamisperusteena, olisi sijoittautumisoikeutta koskeva artikla tarpeeton. Myös ratkaisu tapauksessa Yara puolustaa symmetriaperiaatteesta poikkeamista, jos kyseessä on lopulliset tappiot. Lienee todennäköistä, että tässäkin tapauksessa konserniyhtiöiden välinen suhde vaikutti päätökseen vaikka KVL ei sitä erikseen maininnutkaan.

Vuonna 2019 suomalainen emoyhtiö B Oy oli päättänyt antaa ruotsalaiselle tytäryhtiö A AB:lle konserniavustuksen. A AB:n toiminta oli päättynyt vuonna 2008 ja avustus oltaisiin annettu vuoden 2019 aikana. Tappiot olivat oletettavasti lopullisia. Tässäkin tapauksessa KVL argumentoi, että avustusta ei annetta Suomessa harjoitettavaa liiketoimintaa varten. Tappioiden lopullisuuden doktriinia siten mahdotonta soveltaa. Sekä konserniavustus- että group relief -järjestelmien tavoitteena on tappiontasauksen mahdollistaminen konserniyhtiöille⁶⁵. Kuten ratkaisussa Yara mainitaan, olisi tärkeämpää keskittyä oikeuttamisperusteiden ja suhteellisuusperiaatteen tapauskohtaiseen

⁶⁴ KVL:2018/23 ja KVL:2019/9

⁶⁵ KOM (2006) 824 lopullinen

arvioimiseen⁶⁶. Hallituksen esitöissä on sanottu, että konserniavustuksen tarkoituksena on turvata sen saajan toiminnan kannattavuus ja jatkuvuus⁶⁷. Näyttää siltä, että Suomessa päätöksiä yhä perustetaan konserniavustusjärjestelmän luonteeseen ja tarkoitukseen, vaikka uusimpien linjausten myötä tällainen ei ole perusteltua.

Ruotsissa on käytössä carry forward -järjestelmä, jossa ei ole aikarajoituksia tappioiden vähentämiseksi⁶⁸. Kuten aikaisemmin todettu, tytäryhtiön sijaintivaltion lainsäädäntö vaikuttaa vähennyskelpoisuuteen. A AB:n asuinvaltiossa on siis lainsäädännöllinen mahdollisuus tappioiden vähentämiseksi. Mikäli emoyhtiö osoittaa, että muita mahdollisuuksia vähentämiseksi asuinvaltiossa ei ole, pitäisi tappiot vallitsevan oikeuskäytännön nojalla saada vähentää Suomessa.⁶⁹ KVL kuitenkin argumentoi, että tappiot ovat vanhentuneita Suomen lainsäädännön nojalla, jolloin niiden kuittaamiseksi annettua avustusta ei voitaisi vähentää. Tällöin kyseessä ei olisi sijoittautumisvapauden rajoitus, koska kotimaisia yhtiöitä kohdellaan samalla tavalla. Perustelut johtavat jälleen konserniavustuslain ja lopulliset tappiot -käsitteen väliseen ristiriitaan.

3.2 Ruotsin korkeimman hallinto-oikeuden laveampi tulkintalinja

Ruotsin korkein hallinto-oikeus (RR)⁷⁰ antoi vuonna 2009 monia päätöksiä liittyen rajat ylittäviin konserniavustuksiin⁷¹. Ruotsissa ei vielä tällöin ollut erikseen säännöksiä ulkomaalaisten tappioiden vähennysoikeudesta⁷². Siksi on mielenkiintoista verrata KHO:n antamia ratkaisuja RR:n antamiin päätöksiin. On vartenotettavaa, että Suomen korkein hallinto-oikeus ei ole joutunut käsittelemään vielä yhtäkään täysin puhdasta rajat ylittäviä tappioita koskevaa tilannetta, johon olisi voitu soveltaa lopullisten tappioiden doktriinia ongelmitta.

⁶⁶ E-15/16 Yara kohta 45

⁶⁷ HE 92/1986 vp kohta 1.1

⁶⁸ OECD raportti 2011, s. 36

⁶⁹ Ks. luku 2.1.

⁷⁰ Nimi *Regeringsrätten* vaihtunut nimeen *Högsta förvaltningsdomstolen* (HF) vuodesta 2011 alkaen.

⁷¹ Ks. esim. RR 6512/06, RR 1650/07, RR 6511/06, RR 7322/06.

⁷² Ks. luku 4

Päätöksessä RR 6512/06 oli kyse tytäryhtiön emoyhtiölle antamasta konserniavustuksesta. Tilanne oli siis samanlainen kuin tapauksessa Oy AA, joten RR ei hyväksynyt konserniavustuksen vähennyskelpoisuutta. Se viittasi muun muassa EU-tuomioistuimen linjaukseen siitä, että tällöin olisi vaara, että konserniyritys voisi vapaasti valita tulojensa verotusmaan. RR ei myöskään antanut vähennysoikeutta konserniavustuksesta, joka annettiin toisessa maassa asuvalle sisaryhtiölle. Ruotsin korkein hallinto-oikeus olisi siis todennäköisesti päätenyt samaan lopputulokseen päätöksessä K Oy. Se linjasi, että sisaryhtiölle suoritettavat konserniavustukset eivät ole vähennyskelpoisia, vaikka tappiot olisivatkin lopullisia. RR totesi, että lopullisten tappioiden doktriini voi soveltua ainoastaan konserniavustukseen, joka annetaan emoyhtiöltä tytäryhtiölle Marks & Spencer –ratkaisun valossa.⁷³

Päätöksissään 6511/06 ja 7322/06 Ruotsin korkein hallinto-oikeus katsoi, että emoyhtiön antama konserniavustus tyttären lopullisten tappioiden kattamiseksi on vähennyskelpoinen tietyin ehdoin. Ensimmäisessä tapauksessa ruotsalaisella emoyhtiöllä oli tytäryhtiöitä Ruotsissa, Tanskassa, Suomessa, Norjassa, Saksassa sekä Alankomaissa. Hollantilainen yritys oltiin ajettu selvitystilaan, mutta loput tytäryhtiöistä jatkoivat edelleen liiketoimintaa. Näin ollen ainoastaan hollantilaisen yrityksen tappiot olivat lopullisia, joten emoyhtiö voisi vähentää vain sille annetun konserniavustuksen verotuksessaan. Näyttäisi siltä, että likvidaatio katsottiin jo ennen 35a luvun implementointia, lopullisten tappioiden doktriinin soveltumisen edellytykseksi⁷⁴.

Yhtä lailla RR linjasi, että ei ole syytä tehdä vähennyskelpoisuutta riippuvaiseksi siitä, verotetaanko avustusta saajan asuinvaltiossa. Konserniavustus ei ollut verotettavaa tuloa Alankomaissa. Tätä vastoin KHO oli tuomiossaan K Oy argumentoinut, että konserniavustuksen tulee olla veronalaista tuloa saajan asuinvaltiossa, jotta tappioiden lopullisuuden poikkeussäännös voisi soveltua⁷⁵. Ruotsin korkeimmalla hallinto-oikeudella lienee perustellumpi näkemys avustuksen veronalaisuudesta. Kyseessä ovat Ruotsin verotulot, joten

⁷³ RR 1650/07

⁷⁴ Ks. Luku 4.1

⁷⁵ Ks. KHO 2007:92

periaatteessa toisessa maassa asuvan konserniavustuksen saajan verotuksella ei pitäisi olla merkitystä vähennysoikeuden saamisen kannalta. Ruotsin hallinto-oikeus myös huomautti, että konserniavustuksen ei pitäisi ylittää lopullisten tappioiden kattamiseksi annettua määrää, jolloin saajalle ei edes muodostu veronalaista ylijäämää.

Toisessa tapauksessa ruotsalaisella emolla oli kaksi tytäryhtiötä Alankomaissa ja Italiassa. Hollantilaisen yrityksen toiminta oltiin lopetettu, joten sen tappiot olivat lopullisia. RR katsoi, että italialaisen yrityksen tappiot eivät olleet lopullisia ainoastaan tappioiden vanhenemisen takia. Tämä tulkinta lienee linjassa nykyisen oikeustilan kanssa. Ratkaisu C-172/13, joka käsitteli tappioiden vanhenemisen vaikutusta vähennysoikeuden saamisen kannalta, tuli vasta vuonna 2015. KVL puolestaan katsoi ratkaisussaan KVL 2019/9, että emoyhtiön asuinmaa määrittää vähennysoikeuden aikarajat.

Näyttää siis perustellusti siltä, että Suomen ja Ruotsin korkeimmat hallinto-oikeudet ovat tulkinneet EU-tuomioistuimen antamia ratkaisuja eri tavoin. Ruotsissa annetuissa päätöksissä todettiin, että konserniavustusjärjestelmään voidaan soveltaa Marks & Spencer -tapausta, kunhan kyse on tytäryhtiön lopullisista tappioista. Tällainen tilanne oli käsillä hallinto-oikeuden antamassa päätöksessä, mutta hallinto-oikeus sivuutti kysymyksen tappioiden lopullisuudesta täysin. Se, miten tuomioistuimet ja keskusverolautakunta ovat tulkinneet konserniavustuslakia ja EU-tuomioistuimen antamia suuntalinjoja on ollut hyvin kapea-alaista. Käytännössä on mahdotonta sovittaa yhteen lopullisten tappioiden poikkeussääntö ja konserniavustuslain liiketoimintavaatimus.

3.3 Tappiollisen yrityksen luovuttaminen kolmannelle osapuolelle

Edellä esille tuoduissa oikeustapauksissa on käsitelty enemmänkin tappiollisen yrityksen omia mahdollisuuksia hyödyntää tappiot asuinvaltiossaan. Kolmannen osapuolen mahdollisuudesta ottaa tappiot huomioon on ainoastaan todettu, että emoyhtiön tulee näyttää toteen, ettei tällaista mahdollisuutta ole. Useat valtiot ovat

joskin rajoittaneet yhtiöiden oikeutta vähentää tappioitaan tilanteissa, joissa yhtiön osakkeet ovat vaihtaneet omistajaa. Näiden rajoitusten tarkoitus on estää kaupankäynti tappioilla.⁷⁶

Tapauksessa Marks & Spencer ranskalainen tytäryhtiö oltiin myyty kolmannelle osapuolelle. EU-tuomioistuin totesi, että lopulliset tappiot voidaan vähentää, jos kolmas ei pysty niitä hyödyntämään.⁷⁷ Tämä tarkoittanee tappioiden vähennyskelpoisuuden riippuvan Ranskan lainsäädännöstä. Mikäli paikallinen lainsäädäntö evää vähennysoikeuden omistajan vaihtuessa, voi emo vähentää luovutetun tytäryhtiön lopulliset tappiot. Monissa EU-valtioissa on rajoitettu tappioiden vähentämisoikeutta, jos yrityksessä tapahtuu omistajanvaihdos⁷⁸. Kansallisen tuloverolain 122 §:n 1 momentin nojalla yhteisön tappiota ei vähennetä, jos tappiovuoden aikana tai sen jälkeen yli puolet sen osakkeista on vaihtanut omistajaa. Yhteisö voi kuitenkin hakea niin sanottua poikkeuslupaa tappioiden vähentämiseksi tuloverolain 122 §:n 3 momentin nojalla. Luvan saaminen edellyttää muun muassa, että tappiot eivät ole kaupankäynnin kohteena. Lisäksi edellytetään toiminnan jatkuvuutta.⁷⁹ Omistajanvaihdostilanteet eivät eroa kotimaisen ja rajat ylittävän tilanteen välillä. Tappioiden vähennysoikeus siis menetetään samoin ehdoin tilanteissa, joissa ulkomaalainen yhtiö ostaa tappiollisen tytäryhtiön Suomesta. Käsitellyissä tapauksissa melkein jokaisen tappiollisen yhtiön toiminta oltiin lopetettu, jolloin yhtiöillä ei ollut enää mahdollisuuksia käyttää tappioita asuinvaltioissaan itse. Siten poikkeusluvan saaminen lienee mahdotonta Suomen kaltaisessa poikkeuslupajärjestelmässä.

EU-tuomioistuin kuitenkin totesi ratkaisussaan Holmen, että tappiollisen yhtiön asuinvaltiolla ei ole aina merkitystä, kun kyseessä on kolmannen osapuolen mahdollisuus ottaa tappiot huomioon. Kuten sanottu, asuinvaltio on saattanut rajoittaa kolmannen osapuolen tappiontasausmahdollisuuksia. Verovelvollisen tulee tällöin osoittaa, ettei tappioita ole mahdollista ottaa huomioon esimerkiksi

⁷⁶ Bezzina 2002, s. 58

⁷⁷ Ks. C-446/03 Marks & Spencer kohdat 21 ja 55

⁷⁸ OECD raportti 2011, s. 36

⁷⁹ Verohallinnon ohje 20.12.2016, Diaarinumero A223/200/2016, 3.1 Poikkeusluvan myöntämisen edellytykset

luovuttamalla yhtiö hintaan, jossa otetaan huomioon sen veroedun arvo, joka saataisiin voitaessa vähentää tappiot tulevina vuosina⁸⁰. Mikäli Suomessa asuva verovelvollinen myisi kotimaisen tai emo-tytäryhtiödirektiivin mukaisen tytäryhtiönsä osakkeet, soveltuisi todennäköisesti EVL 6b §:n 1 momentti. Sen mukaan yrityksen käyttöomaisuusosakkeiden luovutusvoitto on verovapaata tuloa. Vastaavasti luovutustappio on vähennyskelvotonta menoa. Vastaavanlaisia verovapaussäännöksiä on käytössä muissakin EU-jäsenvaltioissa⁸¹. Tappioita voidaan pitää siis lopullisina vasta, kun emoyhtiö osoittaa, ettei ole olemassa mahdollisuutta ottaa tappioita huomioon luovutushinnassakaan.

Näyttää siltä, että kolmannen osapuolen mahdollisuudet ottaa tappiot huomioon ovat rajallisia kansallisten lakien nojalla. Raskaasti tappiollisen yrityksen arvo saattaa muodostua ainoastaan tappioiden mahdollisesta vähennysoikeudesta, jolloin voidaan kyseenalaistaa liiketaloudellisten ostosyiden olemassaolo. Toisaalta yrityksestä tai sen liiketoiminnasta voitaisiin ehkä olla valmiita maksamaan ylihintaa, jos yrityksellä on ostajan näkökulmasta esimerkiksi arvokasta aineetonta omaisuutta.

Valtiot ovat rajoittaneet myös tappioiden siirtymistä vastaanottavalle yhtiölle sulautumisen yhteydessä estääkseen omistajanvaihdoksiin liittyvien rajoitusten kiertämisen⁸². Tapauksessa C-123/11 A Oy oli kyse suomalaisen yhtiön oikeudesta vähentää ruotsalaisen yhtiön B Ab:n lopulliset tappiot fuusion yhteydessä. A Oy:llä ja B Ab:lla oli yhteinen emoyhtiö C Oyj, joka omisti suomalaisen X Oy:n kautta kaksi muuta ruotsalaista tytäryhtiötä. Mikäli nämä sisaryhtiöt eivät olisi olleet myös tappiollisia, olisi tappioita voitu mahdollisesti tasata konserniavustuksilla Ruotsissa⁸³. Kolmannella osapuolella voidaan siis tarkoittaa myös samassa valtiossa asuvaa toista konserniyhtiötä, joka voisi mahdollisesti ottaa tappiot huomioon asuinvaltion konserniverojärjestelmän puitteissa.

⁸⁰ C-608/17 Holmen AB kohdat 38 ja 39

⁸¹ HE 92/2004 vp, s. 28-29

⁸² Andersson – Ikkala 2001, s. 528-529

⁸³ Ks. esim. C-123/11 Kokott, Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus (2012) kohta 60

Liiketoimintakaupassa kaupan kohteena on kohdeyhtiön liiketoiminta tai sen osa, mikä johtaa siihen että myyjäyhtiön tappiot eivät siirry ostajalle⁸⁴. Hallinto-oikeuden päätöksessä osa tappiollisen B:n liiketoiminnasta oli myyty kolmannelle osapuolelle, jonka asuinvaltio oli myös Tanskassa⁸⁵. Norjan hallitus totesi tapauksessa Yara, että liiketoiminnan myyminen ilman tappioiden siirtymistä voi olla jossakin määrin kyseenalaista. Argumentoitiin, että järjestelyllä yhtiö varmistaa, ettei kolmas voisi hyödyntää tappioita asuinvaltiossaan.⁸⁶ Lausunto kuulostanee epäloogiselta, koska substanssikaupassa tappioita ei voida ottaa huomioon. Tällä todennäköisesti viitattiin kuitenkin Yara-tapauksen peräkkäisiin liiketoimintajärjestelyihin, joita Norjan hallitus kuvaili keinotekoisiksi⁸⁷. Kuten sanottu, monet valtiot ovat rajoittaneet tappiontasausmahdollisuuksia omistajan vaihtuessa. Tällaisia kaupankäyntiä rajoittavia säännöksiä on pidetty myös osittain ongelmallisina, koska ne vaikuttavat yrityskauppojen ja -järjestelyjen toteutukseen. Verotuksen neutraalisuusperiaatteen kannalta on tarkoituksenmukaista rajoittavilla säännöksillä estää ainoastaan kannustin ostaa yhtiöitä tappioiden hyödyntämiseksi.⁸⁸ Ostajalle saattaa olla tarkoituksenmukaisempaa ostaa liiketoiminta, jolloin sen ei tarvitse ottaa velkoja huolehtiakseen.

⁸⁴ DePamphilis 2013, s. 404

⁸⁵ Ks. HHAO 16/0478/6

⁸⁶ Ks. E-15/16 Yara kohta 25

⁸⁷ Ks. luku 2.3

⁸⁸ Samuelson 1994, s. 68 ja 70-71

4. Konserniavustusjärjestelmän tulevaisuus

4.1 Konsernivähennysjärjestelmä – vastaus rajat ylittäviin tilanteisiin?

31. lokakuuta 2019 valtiovarainministeriö muodosti työryhmän, jonka on tarkoitus selvittää konserniverotuksen uudistamista ja lopullisten tappioiden verokohtelua. Uudistamistarve liittyy hallitusohjelmaan ja EU:n komission antamaan huomautukseen. Lopullisten tappioiden verokohtelu pitäisi mahdollistaa Suomen veropohjaa turvaavalla tavalla.⁸⁹ Ruotsin ja Suomen konserniverojärjestelmät ovat samankaltaisia konserniavustusta koskevien säännöksiä osalta. Tämän vuoksi on erittäin todennäköistä, että Suomen konserniverojärjestelmään tehdään Ruotsin tuloverolain IL 35a lukua muistuttava lisäys.

Ruotsin tuloverolain 35a luvun 1 §:n nojalla ruotsalainen emoyhtiö voi vähentää toisessa ETA-valtiossa asuvan tytäryhtiön lopulliset tappiot. Kyse on siis verovähennyksestä, eikä konserniavustuksen kaltaisesta voiton siirrosta. Ruotsin hallituksen esityksestä käy ilmi, että konserniavustusta ei voitu ulottaa rajat ylittäviin tilanteisiin sen hallinnollisen raskauden vuoksi. Lisäksi konserniavustuslainsäädäntö on sidottu kansalliseen lakiin ja symmetriaperiaatteeseen.⁹⁰ Ero vähennyksellä konserniavustukseen verrattuna on se, että vähennyskelpoisuus myönnetään ainoastaan tappioiden ollessa lopullisia ja omistusosuuden ollessa suora sekä yli 90 prosenttia. Ruotsin hallituksen esitystä kommentoineet tahot esittivät kritiikkiä suoran omistuksen vaatimuksesta⁹¹. EU-tuomioistuin linjasi myöhemmin päätöksessään Holmen AB, että suoran omistuksen vaatimus tulee sivuuttaa mikäli tytäryhtiöt ja niiden tytäryhtiöt sijaitsevat samassa valtiossa. Vaaraa tulojen verotusvaltion valinnasta ei tällaisessa tilanteessa synny. Vähennysoikeuden saaminen edellyttää lisäksi, että

⁸⁹ Valtiovarainministeriön asettamispäätös VM/11897/2019 (2019), VM163:00/2019, s. 2

⁹⁰ Regeringens proposition 2009/10:194 2010, s. 9

⁹¹ Regeringens proposition 2009/10:194 2010, s. 22

emoyhtiö lopettaa toimintansa kokonaan tappiollisen tytäryhtiön asuinvaltiossa. On kuitenkin argumentoitu, että tällainen edellytys voi olla liian rajoittava kansainvälisille suuryrityksille, joilla on useampia tytäryhtiöitä yhdessä maassa⁹². Tapauksessa Holmen, kaikki toiminta Espanjassa lopetettiin, joten edellytyksen EU-oikeudellisuutta ei tarvinnut tämän tapauksen kannalta enempää käsitellä. Toisaalta, mikäli tappiollisen yhtiön asuinvaltiossa jatkettaisiin liiketoimintaa, saattaisi olla olemassa mahdollisuus käyttää tappiot kyseisen valtion sisällä.

Ruotsin tuloverolain 35a luvun 5 §:n nojalla tytäryhtiön tulee olla asetettuna selvitystilaan, jotta ruotsalainen emoyhtiö voi saada vähennysoikeuden. Vähennys tehdään sen verovuoden tulosta, jolloin yhtiö on purettu lopullisesti. Tappiot ovat siis lopullisia vasta, kun yhtiö on purettu kokonaan. Lisäksi Ruotsin tuloverolain 35a luvun 6 §:ssä on määritelty kaksi ehtoa tappioiden lopullisuudelle. Määritelmän pohjalla on selvästi Ruotsin korkeimman hallinto-oikeuden aikaisemmat päätökset, jotka ovat koskeneet rajat yli annettujen konserniavustusten vähennyskelpoisuutta⁹³. Tappio on lopullinen, jos sitä ei voida hyödyntää tulevana verovuotena tytäryhtiön tai jonkun kolmannen osapuolen toimesta tytäryhtiön asuinvaltiossa. Mikäli tytäryhtiöllä ei ole mahdollisuutta käyttää tappioita tulevana vuosina, vähennyskelvottomuus ei saa johtua siitä, että tytäryhtiöllä ei ole siihen juridista mahdollisuutta tai mahdollisuus vähentämiseen on vanhentunut. Tämä tarkoittanee luvun säätämisen jälkeen tulleen oikeuskäytännön valossa, että tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädäntö vaikuttaa vähennysoikeuden saamiseen emoyhtiön kotivaltiossa⁹⁴.

Konsernivähennystä koskevan 35a luvun 7-11 §:issä käsitellään konsernivähennyksen laskemista. Ruotsin konsernivähennyksen määrä perustuu alimman arvon periaatteeseen, ja tappiot lasketaan yhteensä neljä kertaa. Tappioiden suuruus selvitetään sekä tytäryhtiön asuinvaltion että emoyhtiön kotivaltion lainsäädännön mukaan kahden eri ajankohdan arvoihin perustuen. Aikaikkunat ovat viimeisen kokonaisen verovuoden loppu sekä selvitysmenettelyn

⁹² On epätodennäköistä, että ne lopettaisivat kaiken toimintansa valtiossa yhden tappiollisen yrityksen takia. Ks. myös Edvinsson 2010, s. 330

⁹³ Ks. C-446/03 Marks & Spencer kohta 55

⁹⁴ Ks. luku 3.1. Ks. myös C-172/13 Komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta kohta 33

päätyminen. Vähennyksen määrää pienentää myös tietyt erikseen 9 ja 10 §:ssä säädetyt erät. Laskentatapaa on kritisoitu, koska se johtaa hallinnollisen taakan kasvuun ja käytännön ongelmiin⁹⁵. EU-tuomioistuimen aikaisemmissa ratkaisuissa hallinnollisten kustannusten kasvun on katsottu olevan ristiriidassa sijoittautumisvapauden kanssa⁹⁶. Kuten aikaisemmin on tuotu esille, EU-tuomioistuimen vuonna 2013 antamassa ratkaisussa todettiin, että sulautuvan yhtiön tappioiden arvo tulee selvittää ainoastaan vastaanottavan yhtiön asuinvaltion lainsäädännön nojalla. Tällöin rajat ylittäviä tilanteita kohdeltaisiin samalla tavalla kuin kotimaisia.

Kuten voi huomata, Ruotsin konsernivähennysjärjestelmä on osittain ristiriidassa EU-tuomioistuimen vastikään antamien linjausten kanssa. On myös kritisoitu, että Ruotsin vuonna 2010 voimaan astunut lainsäädäntö konsernivähennyksestä on sijoittautumisoikeuden vastainen⁹⁷. SEUT 49 artiklan mukaan yhtiötä ei saisi kohdella eri tavalla ainoastaan siitä syystä, että se on käyttänyt sijoittautumisoikeuttaan. Yhtiö, joka on sijoittautunut ulkomaille ja yhtiö, joka toimii ainoastaan kotimaassaan eivät ole siten samanlaisessa asemassa, kun ulkomaille perustetun tytäryhtiön tappioiden vähentämisedellytykset ovat huomattavasti tiukemmat. Rajoitukselle on kuitenkin löydettävissä oikeuttamisperusteita, eikä rajoituksilla todennäköisesti ylitetä sitä mikä on tarpeen tavoitteiden toteuttamiseksi. Edellytyksellä tappioiden lopullisuudesta on haluttu turvata Ruotsin verotusvaltaa. Mikäli tällaista vaatimusta ei olisi, olisi emoyhtiöllä mahdollisuus valita tappioiden verotusmaa. Toisaalta kuten todettu edellä, lopullisten tappioiden periaatteen soveltaminen käytäntöön on haasteellista sen epäselvän merkityssisällön vuoksi. Edellä sanotusta lienee pääteltävissä, että argumentti Ruotsin konsernivähennysjärjestelmästä sijoittautumisoikeutta rajoittavana on pelkkä kurioositeetti niin kauan, kun Euroopan unionin jäsenvaltioiden lainsäädännöt koskien välitöntä verotusta ovat harmonisoimatta.

4.2 Euroopan unioni haastaa Suomen veropolitiikkaa

⁹⁵ Regeringens proposition 2009/10:194 2010, s. 39

⁹⁶ Ks. esim. C-250/95 Futura Participations

⁹⁷ Ks. esim. Tabrisi 2014, s. 420

Uusien säännösten implementoiminen EU-oikeuden suuntaan onkin haastavaa jäsenvaltioiden ja unionin motiivien ollessa toisistaan poikkeavat. Jäsenvaltiot haluavat pitää kiinni verosuvereniteetistaan, vaikka toimivien sisämarkkinoiden luominen vaatii lainsäädäntöjen harmonisointia. Kuten valtiovarainministeriön asettamispäätöksestäkin käy ilmi, rajat ylittävien tappioiden vähennysoikeuden salliminen on fiskaalisesti merkittävä asia⁹⁸.

Miksi EU-tuomioistuin on ylipäätään asettanut vähennyskelpoisuuden rajan juuri lopullisiin tappioihin? Rajat ylittävien tappioiden verokohtelu on myös oikeuspoliittisesti hankala kysymys, minkä takia EU-tuomioistuin näyttäisi päätyneen ratkaisuun, joka on jäsenvaltioiden kannalta jokseenkin hyväksyttävissä. On selvää, että tuomioistuimeen kohdistuu poliittista painetta, koska sen ratkaisun perusteella saatetaan joutua muuttamaan aikaisempienkin vuosien verotusta⁹⁹. Tämä on jokseenkin paradoksaalista, kun jäsenvaltioilla on toisaalta yksinomainen toimivalta määrätä välittömästä verotuksestaan, mutta samalla EU-tuomioistuimen yksittäisellä päätöksellä saattaa olla merkittävä vaikutus valtion tuloverojärjestelmään¹⁰⁰.

Marks & Spencer -ratkaisun viimeisessä kohdassa tuomioistuin mainitsi jokseenkin irrallisena lisähuomiona: ”mikäli on mahdollista löytää muita vähemmän rajoittavia toimenpiteitä, tällaiset toimenpiteet edellyttävät joka tapauksessa yhteisön lainsäätäjän antamia yhdenmukaistamissäännöksiä”. Muilla vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä tuomioistuin tarkoittanee joitakin muita keinoja kuin vähennysoikeuden myöntämistä lopullisten tappioiden osalta. Tuomioistuimella ei ole toimivaltaa määrätä jäsenvaltioita ottamaan käyttöön tiettyjä verosäännöksiä osaksi kansallista verolainsäädäntöä. Positiivisen integraation puute onkin johtanut oikeuskäytännön merkityksen kasvuun ja lopullisten tappioiden paradigman syntyyn.

⁹⁸ Valtiovarainministeriön asettamispäätös VM/11897/2019 (2019), VM163:00/2019, s. 2

⁹⁹ Ks. esim. Lang 2006, s. 61

¹⁰⁰ Ks. esim. C-446/03 Marks & Spencer kohta 29. Ks. myös. Myllymäki – Kalliokoski 2006, s. 102

Lopuksi mainittakoon, että hyvälle verojärjestelmälle ominainen piirre on sen ennustettavuus. Veroratkaisujen tulisi olla ennakoitavissa.¹⁰¹ Marks & Spencer –tapauksesta on kulunut 14 vuotta, eikä lopullisten tappioiden käsitteen sisältö ole vielääkään selvillä. Käsite on rakentunut oikeuskäytännön myötä nykyiseen muotoonsa, mutta ratkaisut ovat toisinaan olleet yllättäviäkin. Jatkuvasti muokkautuvaa lopullisten tappioiden paradigmaa ei näin ollen voida pitää ennustettavana. Jäsenvaltioiden lainsäädäntöjen harmonisointi lisääisi oikeusvarmuutta ja ennustettavuutta rajat ylittävien tilanteiden osalta. Euroopan unionin jäsenmaiden lainsäädäntöjen yhtenäistäminen voi olla kuitenkin pitkä prosessi, sillä verotuskäytäntö vaihtelee merkittävästi valtioiden kesken. Suomen kaltaiset pohjoismaiset hyvinvointivaltiot ehkä pelkäävät sosiaaliturvajärjestelmän rahoittamisen puolesta kun taas matalan verokannan maat kilpailukykyä menettämisen puolesta.

¹⁰¹ Penttilä 1998, s. 12