

Milka Koivisto

**LOPULLISET TAPPIOT SUOMEN KONSERNI-
VEROJÄRJESTELMÄSSÄ**
Konsernivähennys

Johtamisen ja talouden tiedekunta
Pro gradu -tutkielma
Huhtikuu 2021

TIIVISTELMÄ

Milka Koivisto: Lopulliset tappiot Suomen konserniverojärjestelmässä – Konsernivähennys
Pro gradu -tutkielma
Tampereen yliopisto
Kauppatieteiden tutkinto-ohjelma, vero-oikeus
Huhtikuu 2021

Tutkielmassa käsitellään Suomessa vuoden 2021 alussa voimaan tullutta konsernivähennyslakia (laki Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä, 1198/2020). Laki säädettiin vastauksena Euroopan komission Suomea vastaan kohdistamaan rikkomusmenettelyyn. Suomen konserniverojärjestelmä, tarkemmin sanottuna konserniavustusjärjestelmä, on ollut ristiriidassa SEUT 49 artiklassa tarkoitetun sijoittautumisvapauden kanssa siltä osin, kun ulkomaisten tytäryhtiöiden lopullisten tappioiden vähentäminen ei ole ollut mahdollista kotimaisen emoyhtiön verotuksessa.

Tutkielmassa tarkastellaan unionin tuomioistuimen jäsenvaltioiden konserniverojärjestelmiin liittyvää oikeuskäytäntöä. Jäsenvaltion lainsäädäntö on sijoittautumisvapautta rajoittava, jos rajat ylittävissä tilanteissa ei ole mahdollisuutta samanlaiseen tappiontasaukseen kuin kotimaisissa tilanteissa. Yleensä tällainen rajoitus on kuitenkin sallittua, jotta voidaan säilyttää verotusvallan tasapainoinen jakautuminen jäsenvaltioiden välillä. Hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita rajoituksille ovat olleet myös esimerkiksi kaksinkertaisen vähentämisen estäminen sekä veronkierron estäminen. Poikkeuksena tähän ovat ne tilanteet, joissa tappioiden käyttö tytäryhtiön asuinvaltiossa tai muualla ei ole mahdollista, eli ne ovat niin sanotusti lopullisia. Tutkielmassa on pyritty selvittämään tappioiden lopullisuuden käsitettä sekä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön että sille konsernivähennyslaissa annetun merkityksen kautta. Konsernivähennyslain 5.1 §:ssä on annettu kuuden kohdan lista kriteereistä, joiden mukaan tappioiden lopullisuus arvioidaan. Tutkielmassa on havaittu, että nämä kriteerit vastaavat lähes täysin unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä kehittyneitä periaatteita. Ainoastaan vaatimus tytäryhtiön asettamisesta selvitystilaan sekä tappioiden kertymisestä omistusaikana eivät perustu unionin tuomioistuimessa lausumaan. Tilanteet, joissa tappiot katsottaisiin lopullisiksi, jäävät kriteerien tiukkuuden vuoksi todennäköisesti erittäin harvinaisiksi. Se, mitä näyttöä emoyhtiön olisi esitettävä siitä, ettei tytäryhtiö tai mikään muu taho voi käyttää tytäryhtiön asuinvaltiossa tai muualla, ei ole täysin selvää. Näyttökynnys on muodostunut KHO:ssa lopullisia tappioita sulautumisen yhteydessä koskevilla ratkaisuisilla korkeaksi.

Tutkielmassa on myös selvitetty konsernivähennyksen mahdollisuutta muissa kuin lakitekstin mukaisessa tilanteessa. Konsernivähennys on lain mukaan mahdollinen vain kotimaiselle emoyhtiölle sen ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden perusteella. Tutkielmassa on päädytty siihen, että sijoittautumisvapaus edellyttää kiinteän toimipaikan tekemän konsernivähennyksen sallimista silloin, kun tappiollisen tytäryhtiön osakkeet liittyvät kiinteään toimipaikkaan. Myös verosopimusten kiinteiden toimipaikkojen syrjäntäkielto edellyttäneen samaa ainakin niiden verosopimusten osalta, jotka on solmittu ennen vuotta 2008. Silloin OECD:n malliverosopimuksen kommentaariin tehtiin lisäys, jonka mukaan kiinteitä toimipaikkoja ei tarvitse ottaa osaksi konsernin tappiontasauksista niiden sijaintivaltiossa. Tutkielmassa havaittiin lisäksi, että ulkomaisten yhteisöjen yleiseen verovelvollisuuteen liittyviä kysymyksiä ei ole täysin huomioitu konsernivähennyslaissa. Myös verosopimuksen syrjäntäkiellon vaatima ETA:n ulkopuolella perustetun yleisesti verovelvollisen yhtiön oikeus konsernivähennykseen on sivuutettu. Lisäksi havaittiin, että lopullisten tappioiden kertymistä omistusaikana ei ole rajattu konserniavustuslakia vastaavasti siihen, kun ulkomainen yhteisö on ollut Suomessa yleisesti verovelvollinen.

Avainsanat: vero-oikeus, konsernivähennys, konserniavustus, lopulliset tappiot, sijoittautumisvapaus

Tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin OriginalityCheck –ohjelmalla.

Sisällys

Lähteet.....	ii
Oikeustapaukset	x
Lyhenteet.....	xii
1 Johdanto.....	1
1.1 Tutkimusaiheen tausta.....	1
1.2 Kysymyksenasettelu ja tutkielman rakenne	4
1.3 Metodit ja lähdeaineisto	7
2 EU-oikeus ja konserniverojärjestelmät.....	11
2.1 EU-oikeuden syrjintäkielto ja sijoittautumisvapaus	11
2.2 Konserniverojärjestelmät EUT:n oikeuskäytännössä.....	16
2.2.1 Marks & Spencer I.....	16
2.2.2 C-231/05, Oy AA ja E-15/16, Yara International ASA.....	18
2.2.3 C-337/08, X Holding	20
2.2.4 Kiinteät toimipaikat	21
2.2.5 Passiivinen omistus.....	24
2.3 Oikeuttamisperusteet ja sijoittautumisvapauden rajoittaminen	25
3 Suomen konserniverojärjestelmä	28
3.1 Konserniavustus	28
3.2 Konsernivähennys	32
3.2.1 Konsernivähennyslaki	32
3.2.2 Konsernivähennykseen oikeutetut yhteisöt	34
4 Lopulliset tappiot EU:n oikeuskäytännössä	39
4.1. Lähtökohta tappioiden lopullisuuden arvioinnille.....	39
4.2 Oikeudelliset ja tosiasialliset syyt	40
4.3 Tappioiden kertymisaika	43
4.4 Kolmannen mahdollisuus hyödyntää tappiot	45
4.5 Lopulliset tappiot johtopaikan siirtämisen yhteydessä.....	48
4.6 Lopullisten tappioiden doktriinin vaihtoehto – <i>recapture</i> -säätö	50
5 Tappioiden lopullisuus konsernivähennyslain mukaan	53
5.1 Kriteerit lopullisuuden arvioinnille	53
5.2. Konsernivähennyksen määrä.....	59
5.3 Emoyhtiön näyttövelvollisuus ja näyttökynnys.....	64
6 Verosopimusten syrjintäkiellot ja konsernivähennys.....	68
7 Johtopäätökset.....	74

Lähteet

Andersson & Penttilä 2014

Andersson, Edward & Penttilä, Seppo: Elinkeinoverolain kommentaari. Alma Talent Oy, 2014.

Asianajaliitto 2020

Lausunto luonnoksesta hallituksen esitykseksi koskien lakia Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä sekä elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 18 a §:n muuttamisesta.). Saatavilla: <https://vm.fi/hanke?tunnus=VM124:00/2020>. Luettu 14.3.2021.

Bezzina 2002

Bezzina, Juanita: The Treatment of Losses under the EC Merger Directive 1990. European Taxation 2/2002, s. 57–71.

Boulogne & Slavnic 2012

Boulogne, Frederik & Slavnic, Nana: Cross-Border Restructuring and “Final Losses.” European Taxation, 10/2012. Julkaistu sähköisesti 3.9.2012, IBFD.

Brodic 2007

Brodic, Dunja: Swedish Advance Rulings: Group Contribution Regime Contrary to EC Law. European Taxation 3/2007, s. 153–155.

CFE 2009

Confédération Fiscale Européenne: Opinion Statement of the CFE ECJ Taskforce on Losses Compensation within the EU for Individuals and Companies Carrying Out Their Activities through Permanent Establishments. European Taxation, 2009, No.10. Julkaistu sähköisesti 10.9.2009, IBFD.

COM (90) 595 final

Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE concerning arrangements for the taking into account by enterprises of the losses of their permanent establishments and subsidiaries situated in other Member States.

Danish 2015

Danish, Melissa: What Remains of the Marks & Spencer Exception for Final Losses? - Examining the Impact of Commission v. United Kingdom (Case C-172/13). *European Taxation*, 2015, No. 9. Julkaistu sähköisesti 30.7.2015, IBFD.

Edvinsson 2010

Edvinsson, Dunja: New Rules Seek to Make Group Contribution Regime EU Law Compliant. *European Taxation*, 2010, No. 7. Julkaistu sähköisesti 10.6.2010, IBFD.

Euroopan komissio 2020

Euroopan komissio: Toukokuun kooste rikkomuspäätöksistä: tärkeimmät päätökset. 14.5.2020. Saatavilla https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fi/INF_20_859. Luettu 30.3.2021.

Gerson 2011

Gerson, Anna: The Negative Harmonization Process of Losses in Foreign EU Subsidiaries: The Swedish Case. *EC Tax Review* 2011-6. s. 273–282.

Haslehner 2015

Haslehner, Werner: Is there such a Thing as Definitive Losses? And if so, when? *Kluwer International Tax Blog*, 2015. Saatavilla <http://kluwertax-blog.com/2015/03/13/is-there-such-a-thing-as-definitive-losses-and-if-so-when/>. Luettu 21.1.2021.

HE 92/1986 vp

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi konserniavustuksesta verotuksessa.

HE 201/1998 vp

Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi yhtiöveron hyvityksestä annetun lain 5 a ja 8 §:n sekä tuloverolain 122 §:n muuttamisesta.

HE 257/2018 vp

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi elinkeinotulon verottamisesta annetun lain, tuloverolain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta.

HE 136/2020 vp

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tuloverolain, elinkeinotulon verottamisesta annetun lain sekä konserniavustuksesta verotuksessa annetun lain 2 ja 7 §:n muuttamisesta.

HE 185/2020 vp

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä ja laiksi elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 18 a §:n muuttamisesta.

HE 185/2020 vp, luonnos

Luonnos hallituksen esitykseksi eduskunnalle laeiksi Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä ja elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 18 a §:n muuttamisesta. Saatavilla <https://vm.fi/hanke?tunnus=VM124:00/2020>

Helminen 2001

Helminen, Marjaana: Kansainvälinen verotus. Helsinki: WSOYpro., 2001. Sähköinen versio Alma Talent, päivitetty 10.9.2020, luettu 14.3.2021.

Helminen 2005

Helminen, Marjaana: 'The Esab Case (C-231/05) and the Future of Group Taxation Regimes in EU. Intertax, 2005, Issue 12, s. 595-602.

Helminen 2007

Helminen, Marjaana: Sijoittautumisoikeuden vapaus ja konserniavustusta koskeva tapaus C-231/05 Oy AA. Verotus 5/2007, s. 488 – 501.

Helminen 2011

Helminen, Marjaana: Must the Residence State Allow a Deduction for Foreign-Source Losses in the European Union? European Taxation, 2011, No. 11. Julkaistu sähköisesti 4.10.2011, IBFD.

Helminen 2014

Helminen, Marjaana: KHO 2013/1704 (93) ja OECD:n malliverosopimuksen kommentaarin merkitys verosopimusten tulkinnassa. Edita Publishing Oy 2014. Saatavilla: <https://www.edilex.fi/artikkelit/13132>. Luettu 11.4.2021.

Helminen 2018

Helminen, Marjaana: EU-vero-oikeus: Välitön verotus. 4., uudistettu painos. Helsinki: Alma Talent, 2018.

Helminen 2020a

Professori Marjaana Helmisen lausunto luonnoksesta 17.9.2020 hallituksen esitykseksi eduskunnalle laeiksi Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä ja elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 18 a §:n muuttamisesta (Hanke VM124:00/2020; VN/19056/2020). Saatavilla: <https://vm.fi/hanke?tunnus=VM124:00/2020>.
Luettu 14.3.2021.

Helminen 2020b

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

Helminen 2021

Helminen, Marjaana: Cross-Border Group Contribution, Freedom of Establishment and Final Losses. European Taxation, 2021, No. 2/3. Julkaistu sähköisesti 12.1.2021, IBFD.

Immonen 2018

Immonen, Raimo: Yritysjärjestelyt. 7., uudistettu painos. Helsinki: Alma Talent, 2018.

KOM (2001) 582 lopullinen

Komission tiedonanto neuvostolle, Euroopan parlamentille ja talous- ja sosiaalikomitealle: Kohti sisämarkkinoita, joilla ei ole veroesteitä. Strategia yhtenäistetyn yhtiöveropohjan luomiseksi yritysten EU:n laajuista toimintaa varten.

KOM (2006) 824 lopullinen

Komission tiedonanto neuvostolle, Euroopan parlamentille ja Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle: Tappioiden verokohtelu rajat ylittävissä tilanteissa.

KOM (2016) 683 lopullinen

Ehdotus: Neuvoston direktiivi yhteisestä yhdistetystä yhteisöveropohjasta (CCCTB).

KOM (2016) 685 lopullinen

Ehdotus: Neuvoston direktiivi yhteisestä yhteisöveropohjasta.

KPMG 2019

KPMG Oy Ab: ”Parikymmentä senttiä vain” - Konserniavustusten ja lopullisten tappioiden vero-ongelma ratkaistava. Saatavilla: <https://home.kpmg/fi/fi/home/Pinnalla/2019/06/konserniavustusten-ja-lopullisten-tappioiden-vero-ongelma-ratkaistava.html>, luettu 23.11.2020.

Laaksonen & Virolainen 2013

Laaksonen, Jarno ja Virolainen, Matti: Rajat ylittävä tappion vähentäminen. Teoksessa Seppo Penttilä (toim.) Yritysverotus: EU-tuomioistuimen ratkaisut ja niiden tulkinta. Helsinki: KHT-Media, 2013, s.75–100.

Lang 2006

Lang, Michael: The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ’s Final Word. European Taxation, 2/2006, s. 54–67.

Lang 2014

Lang, Michael: Has the Case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line? European Taxation, 12/2014. Julkaistu sähköisesti 6.11.2014, IBFD.

Lang 2018

Lang, Michael: Double Taxation Conventions in the Case Law of the CJEU. Intertax, 2018, Issue 3, s. 181–193.

Leppiniemi & Walden 2000

Leppiniemi, Jarmo & Walden, Risto: Tilinpäätös- ja verosuunnittelu. Helsinki: WSOYpro., 2000.

Malmgrén 2008

Malmgrén, Marianne: Oikeushenkilön asuinvaltio verotuksessa ja yrityksen kansainvälistyminen. Helsinki. Edita Publishing Oy, 2008.

Malmgrén 2020

Malmgrén, Marianne: Lausunto hankkeesta VM124:00/2020 – laki Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä. Saatavilla: <https://vm.fi/hanke?tunnus=VM124:00/2020>. Luettu 14.3.2021.

Marinin hallitus 2019

Pääministeri Sanna Marinin hallituksen ohjelma 10.12.2019. Osallistava ja osaava Suomi – sosiaalisesti, taloudellisesti ja ekologisesti kestävä yhteiskunta. Valtioneuvoston julkaisuja 2019:31.

Nieminen 2014

Nieminen, Martti: OECD Commentaries under the Vienna Rules. Tampereen yliopisto, 2014.

Nuotio 2012

Nuotio, Vesa-Pekka: Tappiontasaus tuloverotuksessa. Helsinki: Talentum, 2012.

Nykänen 2020

Nykänen, Pekka: Ulkomaisen konserniyhtiön yli 10 vuotta vanhat tappiot ja konserniavustus – KHO 2020:36. Edita Publishing Oy 2020. Saatavilla: www.edilex.fi/artikkelit/20892 Luettu 16.3.2021.

OECD 2017

OECD 2017, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing. Saatavilla: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en

Penttilä 2009

Penttilä, Seppo: Lopulliset tappiot – loputon ongelma? Verotus 5/2009, s.461 – 473.

Pezzella 2014

Pezzella, Domenico: Final Losses under EU Tax Law: Proposal for a Better Approach. European Taxation, 2014, No. 2/3. Julkaistu sähköisesti 30.1.2014, IBFD.

Pinetz & Spies 2015

Pinetz, Erik & Spies, Karoline: ‘Final Losses’ after the Decision in Commission v. UK (‘Marks & Spencer II’). EC Tax Review, 2015–6, s. 309–319.

Schön 2015

Schön, Wolfgang: Neutrality and Territoriality – Competing or Converging Concepts in European Tax Law? Bulletin for International Taxation, 2015, No. 4/5. Julkaistu sähköisesti 19.3.2015, IBFD.

Ranta-Lassila 2002

Ranta-Lassila, Hannele: Konsernit ja verotuksen neutraalisuus. Kauppa- ja talousministeriön julkaisu, 2002.

Regeringens proposition 2010

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

Skatteverket 2020

Skatteverket: *Koncernavdrag*. 2020. Saatavilla: <https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2020.15/331638.html>. Luettu 4.1.2021.

Terra & Wattel 2005

Terra, Ben & Wattel, Peter: European Tax Law. Fourth edition, 2005. Kluwer Law International.

Ulkoministeriö 2019

Ulkoministeriö: Suomen hallituksen toimet EU-tuomioistuinasioissa ja EU-rikkomusasioissa 1.1.–30.6.2019. Saatavilla: <https://um.fi/documents/35732/0/Suomen-hallituksen-toimet-EU-tuomioistuinasioissa-ja-EU-rikkomusasioissa-puolivuotiskatsaus-0101-3006-2019.pdf/e5d724df-082b-6410-a4d9-507c11e2cce1?t=1571753971399> . Luettu 30.3.2021.

Urpilainen 2020

Urpilainen, Matti: Lausunto hallituksen esitysluonnoksesta (17.9.2020) laeiksi Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä ja elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 18a §:n muuttamisesta. Saatavilla: <https://vm.fi/hanke?tunnus=VM124:00/2020> . Luettu 14.3.2021.

Valtiovarainministeriö 2013

Valtiovarainministeriö: Elinkeinoerotuksen asiantuntijatyöryhmän muis-tio. 2013. Saatavilla: https://www.edilex.fi/ministerioiden_julkaisut/10580.pdf.

van den Broek 2020

van den Broek, Harm: Final Losses in Respect of Cross-Border Mergers: Memira (Case C-607/17) and Holmen (Case C-608/17). European Taxation 2020,2/3. Julkaistu sähköisesti 28.1.2020, IBFD.

Vapaavuori 2003

Vapaavuori, Ahti: Eurooppaoikeus ja kansainvälinen verotus: EY:n primäärioikeudellisten normien vaikutuksesta kansainvälisen vero-oikeuden peruseriaatteiden alalla. Helsinki: Talentum, 2003.

Verohallinto 2020

Verohallinto, syventävät vero-ohjeet: Vahvistettu tappio ja omistajanvaihdos (VH/2186/00.01.00/2020, 24.6.2020). Luettu 10.3.2021. Saatavilla: vero.fi.

Verohallinto 2021a

Verohallinto, syventävät vero-ohjeet: Konserniavustus
(VH/8085/00.01.00/2020, 1.1.2021). Luettu 3.1.2021. Saatavilla: vero.fi.

Verohallinto 2021b

Verohallinnon päätös veroilmoituksessa annettavista tiedoista
(VH/6270/00.01.00/2020, 1.1.2021). Luettu 18.2.2021. Saatavilla: vero.fi.

VM163:00/2019

Valtiovarainministeriön hanke VM163:00/2019: Konserniverotuksen uudistamista ja lopullisten tappioiden verokohtelua selvittävä työryhmä. Saatavilla: <https://vm.fi/hanke?tunnus=VM163:00/2019> . Luettu 14.3.2021.

Weckström 2019

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

Oikeustapaukset

Euroopan unionin tuomioistuin

C-270/83, komission v. Ranska (avoir fiscal)

C-279/93, Schumacker

C-336/96, Gilly

C-200/98, X AB ja Y AB

C-141/99, AMID

C-436/00, X ja Y

C-169/03, Wallentin

C-446/03, Marks & Spencer (Marks & Spencer I), *julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 7.4.2005, Maduro*

C-196/04, Cadbury Schweppes

C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, *julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 23.2.2006, Geelhoed*

C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation

C-231/05, Oy AA, *julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 12.9.2006, Kokott*

C-418/07, Papillon

C-414/06, Lidl Belgium

C-157/07, Krankenhaus

C-337/08, X Holding

C-371/10, National Grid Indus BV, *julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 8.9.2011, Kokott*

C-18/11, Philips Electronics UK

C-123/11, A Oy, *julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 19.7.2012, Kokott*

C-322/11, K

C-388/14, Timac Agro Deutschland GmbH

C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta (Marks & Spencer II), *julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 23.10.2014, Kokott*

C-170/05, Denkavit Internationaal and Denkavit France

C-650/16, A/S Bevola

C-203/16, P - Andres (faillite Heitkamp BauHolding) v. komissio

C-607/17, Memira Holding AB, *julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 10.1.2019, Kokott*

C-608/17, Holmen AB

C-405/18, Aures Holdings a.s, *julkisiamiehen ratkaisuehdotus 17.10.2019, Kokott*

Korkein hallinto-oikeus

KHO 1991 B 514

KHO 1995 B 509

KHO 2002:26

KHO 2003:79

KHO 2007:30

KHO 2007:92

KHO 2007:93

KHO 2013:93

KHO 2013:155

KHO 2019:150

KHO 2020:36

KHO 2020:51

KHO 15.5.2020 T 2104 (julkaisematon)

KHO 15.5.2020 T 2105 (julkaisematon)

KHO 15.5.2020 T 2106 (julkaisematon)

KHO 15.5.2020 T 2107 (julkaisematon)

Muut

E-15/16, Yara International ASA

KVL 2018/23

Lyhenteet

CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
ETA	Euroopan talousalue
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EVL	Laki elinkeinotulon verottamisesta (24.6.1968/360)
KHO	Korkein hallinto-oikeus
Konserniavustuslaki	Laki konserniavustuksesta verotuksessa (21.11.1986/825)
Konsernivähennyslaki	Laki Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä (1198/2020)
KVL	Keskusverolautakunta
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
TVL	Tuloverolaki (30.12.1992/1535)
VML	Laki verotusmenettelystä (18.12.1995/1558)

1 Johdanto

1.1 Tutkimusaiheen tausta

Konserni on erityisesti kansainvälisesti toimiville yrityksille tärkein liiketoiminnan organisoitumismuoto. Konsernina toimimiselle on pääasiassa verotuksesta riippumattomia syitä, kuten vastuu-, riski- tai rahoituskysymykset taikka eri liiketoimintojen jakaminen eri yhtiöihin. Vaikka konserniyhtiöt ovat juridisesti erillisiä yhtiötä, ne muodostavat taloudellisen kokonaisuuden.¹ Myös verotuksessa konserniin kuuluvat yhtiöt ovat erillisiä verovelvollisia. Toimiminen konsernina voi olla epäedullista verrattuna yhtenä yksikkönä toimimiseen esimerkiksi silloin, kun konserniin kuuluu tappiollinen yritys, ja tappioita ei voi käyttää toisen konserniyhtiön voittoja vastaan. Tällöin verotuksen neutraalisuus, eli pyrkimys siihen, ettei verotus ohjaa valintoja taloudellisessa toiminnassa, ei toteudu. Konsernina toimimisen neutraalisuutta pyritään useissa valtioissa parantamaan sääntelyllä, joka huomioi konsernina toimimisen.²

Useimmissa Euroopan unionin (EU) jäsenvaltioissa onkin käytössä jokin järjestelmä, joka mahdollistaa voittojen ja tappioiden tasaamisen kotimaisten konserniyhtiöiden välillä. Suomessa on vuodesta 1987 alkaen ollut käytössä konserniavustusjärjestelmä, josta on säädetty lailla konserniavustuksesta verotuksessa (21.11.1986/825, jatkossa konserniavustuslaki). Konserniavustus mahdollistaa avoimen tuloksentasauksen konsernissa³. Konserniavustuslain mukaan konserniin kuuluva yhtiö voi tiettyjen edellytysten täytyessä antaa toiselle konserniyhtiölle konserniavustuksen, joka on antajan verotuksessa vähennyskelpoinen ja saajan verotuksessa veronalainen. Konserniavustus annetaan usein tappioiden kattamiseksi, mutta se voidaan antaa myös esimerkiksi tytäryhtiöiden voittojen keräämiseksi emoyhtiöön⁴. Myös Ruotsissa on käytössä vastaava järjestelmä. Konserniavustusjärjestelmän lisäksi EU-jäsenvaltioissa on käytössä esimerkiksi *group relief* -järjestelmä (Iso-Britannia), jossa tappioita voidaan siirtää toiselle konserniyhtiölle ja *fiscal unity* -järjestelmä (Alankomaat), jossa konsernissa voidaan valita konserniyhtiöiden

¹ Ranta-Lassila 2002, s. 1–4.

² Andersson & Penttilä 2014, s. 897–898.

³ ks. esim. HE 92/1986 vp., s.2.

⁴ Andersson & Penttilä 2014, s. 902.

erillinen verotus tai yhteisverotus⁵. Edellä kuvatut järjestelmät kuitenkin rajoittuvat pääasiassa kotimaisten yhtiöiden välillä sovellettavaksi. Myös Suomen konserniavustusjärjestelmä soveltuu vain kotimaisiin tilanteisiin joitakin rajattuja poikkeuksia lukuun ottamatta. Kun kyseessä on kansainvälisesti toimiva konserni, rajat ylittävän tappiontasausmahdollisuuden puuttuminen johtaa siihen, että kokonaistulokseltaan negatiivinen konserni maksaa kuitenkin veroja niissä valtioissa, joihin sijoittautuneet yhtiöt tekevät voittoa ja toisissa valtioissa syntyneet tappiot jäävät käyttämättä. Voidaan ajatella, että rajat ylittävän tappiontasausmahdollisuuden puutteesta on eniten haittaa pienissä jäsenvaltioissa, joissa yritysten kotimarkkinat ovat pienet. Silloin on epätodennäköisempää, että sekä voitot että tappiot syntyvät saman jäsenvaltion alueella.⁶ Tappiontasausmahdollisuuden puuttumisella voi olla kielteinen vaikutus rajat ylittäviin investointeihin ja kilpailuun markkinoilla, mikä ei edesauta esimerkiksi innovointia⁷. Veronsaajan osallistuminen epäonnistuneen kansainvälistymisyrittäksen kustannuksiin myös lisäisi yritysten riskinotto-kykyä⁸.

Suuret yritykset pitävät kotimarkkinanaan koko EU:ta, ja rajat ylittävien tappioiden vähennysmahdollisuuden puuttuminen haittaa niiden toimintaa. Komission mukaan rajat ylittävä tappioiden tasaus on yksi liike-elämälle tärkeimmistä kysymyksistä. Samalla se on sisämarkkinoita haittaavista veroesteistä vaikeimmin ratkaistavissa.⁹ Konserniverotusta koskevissa tilanteissa, joissa yrityksillä olisi tarve rajat ylittävään tappioiden hyödyntämiseen, on tasapainoteltava kansainvälisessä vero-oikeudessa yleisesti käytössä olevan alueperiaatteen ja EU:n sisämarkkinoiden neutraalisuustavoitteen välillä. Alueperiaatteen mukaan kunkin valtion verotuksessa huomioidaan tulot ja menot, jotka liittyvät valtion alueella tapahtuvaan toimintaan. Neutraalisuutta taas ilmentää EU:ssa pyrkimys rajat ylittävästi toimivien yritysten yhdenvertaiseen kohteluun.¹⁰ Aidon tarpeen lisäksi rajat ylittävien tappioiden vähentämiseen liittyy vaara siitä, että tappioita siirrettäisiin vähennettäväksi korkeamman verokannan valtioihin tai samoja tappioita vähennettäisiin useissa valtioissa.

⁵ Laaksonen & Virolainen 2013, s.77.

⁶ Terra & Wattel 2005, s. 655–656.

⁷ ks. KOM (2006) 824 lopullinen, s. 3.

⁸ ks. KPMG 2019.

⁹ ks. KOM (2001) 582 lopullinen, s. 4, 13.

¹⁰ ks. Schön 2015, luku 2.1. Neutrality between domestic and cross-border activities ja 3.1. Respect for territoriality in EU law.

EU-oikeus, tarkemmin sanottuna sijoittautumisvapaus, edellyttää, että rajat ylittävä tilanne ei saa joutua verotuksellisesti ankaramman kohtelun kohteeksi kuin kotimainen tilanne. Sijoittautumisvapaus taataan EU-kansalaisille Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 49 artiklassa. EU:n jäsenvaltiot ovat ymmärrettävästi olleet vastahakoisia hyväksymään niiden verotusvallan ulottumattomissa syntyneitä tappioita vähennettäväksi, mikä havainnollistuu esimerkiksi lukuisissa Euroopan unionin tuomioistuimessa (EUT) käsitellyissä rajat ylittävien tappioiden kohtelua koskevissa tapauksissa. Tilanteeseen on vaikea löytää ratkaisua, koska siihen liittyy vastakkaisia intressejä. Euroopan komissio on jo vuonna 1990 antanut direktiiviehdotuksen rajat ylittävien tappioiden huomioimisesta, mutta tällainen harmonisointi vaatisi kaikkien jäsenvaltioiden yksimielisyyttä. Direktiiviehdotus hylättiin vuonna 2001. Positiivisen integraation puuttuessa tappioiden vähentämistä ohjaa EUT:n tuomioissa määräytyt periaatteet. Tämä negatiivinen integraatio tapahtuu siten, että EUT toteaa jäsenvaltion lainsäädännön olevan EU-oikeuden vastaista, eli tässä yhteydessä sijoittautumisoikeutta rajoittavaa. Sillä ei kuitenkaan ole toimivaltaa antaa määräyksiä siitä, miten asiaa koskeva lainsäädäntö tulisi tarkalleen toteuttaa, vaan se vastaa esitettyyn kysymykseen.¹¹ Yleensä jäsenvaltioiden esittämät ennakkoratkaisukysymykset on muotoiltu niin, että niissä kysytään, onko tietty kansallinen säännös ristiriidassa EU-oikeuden kanssa.

EUT:n oikeuskäytännössä on muodostunut niin sanottu lopullisten tappioiden doktriini, joka merkitsee poikkeusta siihen pääsääntöön, ettei jäsenvaltioiden lähtökohtaisesti tarvitse hyväksyä vähennettäväksi toisessa jäsenvaltiossa harjoitetusta toiminnasta aiheutuneita tappioita. Lopullisten tappioiden käsite tuotiin ensimmäisen kerran sovellettavaksi vuonna 2005 asiassa C-446/03, *Marks & Spencer (Marks & Spencer I)*. *Marks & Spencer I*:n 55 kohdassa luodusta lopullisten tappioiden huomioimisesta käytetään erityisesti kansainvälisessä kirjallisuudessa termejä *Marks & Spencer -exception* ja *M&S-exception*. Tässä tutkielmassa samassa merkityksessä käytetään termiä lopullisten tappioiden poikkeus tai puhutaan vain lopullisista tappioista.

Tutkimusaihe on erittäin ajankohtainen, sillä Euroopan komissio, joka valvoo lainsäädännön noudattamista EU:n jäsenvaltiossa, käynnisti vuonna 2019 Suomea vastaan rikko-

¹¹ ks. *Terra & Wattel* 2005, s. 28–29.

musmenettelyn katsottuaan konserniavustuslain olevan ristiriidasta suhteessa sijoittautumisvapauteen. Komission virallisen huomautuksen mukaan Suomen konserniavustusjärjestelmää koskeva lainsäädäntö rikkoo SEUT 49 artiklan mukaista sijoittautumisvapautta siltä osin, kun se ei mahdollista konserniavustuksen vähennyskelpoisuutta silloin, kun se annetaan toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevalle yhtiölle lopullisten tappioiden kattamiseksi. Komissiolle vastattiin Suomen muuttavan lainsäädäntöään.¹² Hallitusohjelmaan kirjattiin tavoite uudistaa konsernien tuloksentasausta ja mahdollistaa lopullisten tappioiden vähentäminen, sekä todettiin pidemmän aikavälin tavoite konsernien verottamisesta yhtenä kokonaisuutena¹³. Lainsäädännön uudistamista varten asetettiin työryhmä, jonka tehtävänä oli selvittää konserniverotuksen uudistamista ja lopullisten tappioiden verokohtelua¹⁴. Toukokuussa 2020 komissio lähetti Suomelle perustellun lausunnon, jonka mukaan Suomen oli annettava ehdotus lain muuttamisesta neljän kuukauden kuluessa. Komission mukaan tarvittava muutos koski rajattua tilannetta eikä järjestelmän kokonaisuudistusta.¹⁵

Asiaa koskeva hallituksen esitys eduskunnalle laiksi Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä ja laiksi elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 18 a §:n muuttamisesta annettiin 22.10.2020 ja vuoden 2021 alusta alkaen Suomessa sovelletaan lakia Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä (1198/2020, jatkossa konsernivähennyslaki). Konsernivähennyksen kautta suomalainen emoyhtiö voi laissa määritettyjen edellytysten täytyessä vähentää toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan tytäryhtiönsä lopulliset tappiot.

1.2 Kysymyksenasettelu ja tutkielman rakenne

Tutkielmassa pyritään selvittämään, missä tilanteissa ja millä edellytyksillä konsernin rajat ylittävä tappiontasaus on mahdollinen Suomen kansallisen lainsäädännön mukaan, ja mitä vaatimuksia EU-oikeus ja toisaalta verosopimusoikeus asettavat Suomen konserni-verojärjestelmälle. Aihetta lähestytään seuraavien tutkimuskysymyksiensä kautta:

¹² Virallinen huomautus 8.3.2019 (2018/4041), ks. *Ulkoministeriö* 2019, s. 28.

¹³ *Marinin hallitus* 2019, s. 21 ja 192.

¹⁴ ks. VM163:00/2019.

¹⁵ ks. HE 185/2020 vp, s. 14–15 ja *Euroopan komissio* 2020.

1. *Mikä merkitys SEUT 49 artiklan vapaalla sijoittautumisoikeudella on rajat ylittävän tappiontasauksen kannalta ja milloin sijoittautumisoikeutta voidaan EUT:n ratkaisukäytännön mukaan rajoittaa?*

Tämä kysymys on lähtökohtana sen arvioinnille, miltä osin Suomen järjestelmä ei ole ollut riittävä EU-oikeuden kannalta. Sijoittautumisvapautta ja sen oikeuskäytännöstä ilmeneviä rajoituksia tarkastelemalla pyritään saamaan ensinnäkin käsitys siitä, miksi rajat ylittävä tappioiden vähentäminen on ongelmallista. Toisaalta tappiot tulisi aina voida vähentää jossain, mutta se on ristiriidassa esimerkiksi verotusvallan tasapainoisen jakautumisen kanssa. Toiseksi, kysymykseen vastaamalla pyritään selvittämään, milloin jäsenvaltioiden ei tarvitse hyväksyä toisessa jäsenvaltiossa syntyneiden tappioiden vähentämistä. Vastaamalla tähän kysymykseen hahmotetaan myös konsernivähennyksen taustaa ja niitä ongelmia, joihin uudella lailla vastataan. Kysymykseen vastataan pääasiassa tutkielman luvussa 2, jossa käsitellään sijoittautumisvapautta ja tappioiden rajat ylittävää vähentämistä koskevaa EUT:n oikeuskäytäntöä.

2. *Milloin ulkomaisen tytäryhtiön tappiot voidaan todeta lopullisiksi siten, että ne voidaan huomioida emoyhtiön verotuksessa konsernivähennyksenä?*

Se, mitä pidetään lopullisina tappioina ei muun muassa EUT:n myöhemmän oikeuskäytännön valossa ole niin selkeää kuin *Marks & Spencer I* -tuomion kohdan 55 perusteella voisi olettaa. Tappioiden lopullisuutta pyritään selvittämään ja määrittelemään huomioiden kaksi käsitteeseen liittyvää ulottuvuutta: EUT:n oikeuskäytäntö ja konsernivähennyslaissa säädetyt tappioiden lopullisuuden arvioinnin kriteerit. Lopullisten tappioiden käsite on peräisin EU-oikeudesta ja EUT on *Marks & Spencer I:n* jälkeen antanut tuomioita, joissa käsitettä on tapaus tapaukselta määritelty lähinnä osoittamalla seikkoja, joiden perusteella tappiot eivät ole lopullisia. Osa EUT:n lopullisia tappioita koskevista tuomioista liittyy rajat ylittäviin yritysjärjestelyihin, eikä suoraan konserniavustukseen tai muiden jäsenvaltioiden tarkoitukseltaan vastaaviin järjestelmiin. Näillä ratkaisuilla on kuitenkin merkitystä lopullisten tappioiden määrittelyssä, joten myös niitä käsitellään soveltuvin osin. Konsernivähennyslaissa puolestaan annetaan kuuden kohdan lista edellytyksistä, joiden on täyttyttävä, jotta lopullisten tappioiden konsernivähennys on mahdollinen. Tämä

on ensimmäinen kerta, kun lopullisista tappioista säädetään kansallisella tasolla Suomessa. Tähän kysymykseen lopullisten tappioiden määrittelystä vastataan luvuissa 4 ja 5.

3. *Miten konsernivähennyslaki vastaa EU-oikeuden ja verosopimusten syrjäntäkieltoihin liittyviä vaatimuksia?*

Konsernivähennyslain tarkoitus on mahdollistaa rajat ylittävä tappiontasaus EU-oikeuden edellyttämällä tavalla, eli silloin kun ulkomaisen tytäryhtiön tappiot ovat lopullisia. Uusi lainsäädäntö on toteutettu Suomen veropohjaa turvaavasti¹⁶. Koska konsernivähennyksen soveltumisedellytykset ovat osittain tiukemmat kuin konserniavustuksen edellytykset, on mahdollista, että se ei ole täysin linjassa EU-oikeuden kanssa. Lisäksi on huomioitava verosopimukset ja erityisesti niiden kiinteitä toimipaikkoja koskevat syrjäntäkiellot.¹⁷ Tähän kolmanteen kysymykseen vastataan EU-oikeuden osalta luvussa 3 ja verosopimusten osalta luvussa 6, sekä yhteen vetäen luvussa 7. Rajat ylittävää tilannetta tulee aina verrata kotimaiseen, ja jotta esimerkiksi sijoittautumisvapauden mahdollisesta rajoituksesta voidaan tehdä päätelmiä, konsernivähennystä on verrattava konserniavustukseen. Konserniavustusta ei kuitenkaan käsitellä kaiken kattavasti tässä tutkielmassa. Sen soveltumislanteita on kuitenkin määritettävä, koska EU-oikeus edellyttää rajat ylittävää tappiontasausta vain samassa laajuudessa, kuin se on mahdollinen jäsenvaltiossa asuville yhtiöille. Lisäksi niiltä osin, kun konserniavustus soveltuu rajat ylittävään tilanteeseen, konsernivähennystä ei tarvitse ulottaa samoihin tilanteisiin.

Tutkielman pääpaino on EU-oikeudessa ja tytäryhtiöiden tappiossa. Kuitenkin, koska rajat ylittävä tappiontasaus on olennainen myös kiinteiden toimipaikkojen kannalta ja lopullisten tappioiden doktriinia sovelletaan myös niihin, ei kiinteisiin toimipaikkoihin liittyviä kysymyksiä ole rajattu tutkielman ulkopuolelle. Koska kaksinkertainen verotus poistetaan Suomen verosopimuksien mukaan ainoastaan muutamaa poikkeusta lukuun ottamatta hyvitysmenetelmällä, kotimaisten yhtiöiden muualla sijaitsevien kiinteiden toimipaikkojen tappioihin ei liity samanlaista ongelmaa kuin tytäryhtiöiden tappioihin¹⁸. Sen sijaan suurempi merkitys on ulkomaisen yhteisön täällä olevan kiinteän toimipaikan oikeudella tappiontasaukseen. Luvussa 6 käsitellään verosopimusten vaikutusta konsernivähennykseen. Konsernivähennyslakiin liittyy kysymyksiä, joissa verosopimusoikeus

¹⁶ HE 136/2020 vp, s. 15.

¹⁷ ks. *Malmgrén* 2020, s. 2.

¹⁸ ks. kiinteiden toimipaikkojen tappioista *Nuotio* 2012, s.111–112.

saattaa käytännön tilanteissa tulla sovellettavaksi. Verosopimusten syrjintäkiellot on tuotu esille myös hallituksen esityksen lausuntokierroksella¹⁹, ja tässä tutkielmassa tarkastellaan sitä mahdollisuutta, että verosopimusten syrjintäkiellot saattavat laajentaa konsernivähennyksen soveltamisalaa.

1.3 Metodit ja lähdeaineisto

Tutkielmassa selvitetään sekä Suomen kansallisen lainsäädännön että EU- ja verosopimus oikeuden asettamia vaatimuksia rajat ylittävälle tappioiden vähentämiselle. Koska tarkoitus on tutkia voimassa olevaa oikeutta, tutkimusmenetelmänä on oikeusdogmatiikka eli lainoppi. Lainoppi tutkii, mikä on voimassa olevaa oikeutta, sekä lain ja oikeuslähteiden merkitystä. Tutkimuksessa selvitetään konsernivähennyksen soveltumista ja lopullisen tappioiden määritelmää lain, lain esitöiden ja oikeuskäytännön pohjalta. Lainoppi kuvaa oikeutta, mutta kuvaukset ovat myös kannanottoja siitä, miten voimassa olevaa oikeutta tulkitaan ja systematisoidaan. Lainopin menetelmillä päästään oikeuslähteistä ja tosiseikoista tulkintakannanottoon. Voimassa olevan oikeuden tulkinnassa ja systematisoinnissa hyödynnetään oikeuslähdeoppia, joka määrittää käytettävissä olevat oikeuslähteet ja niiden keskinäisen järjestyksen.²⁰

Pohjoismaisen oikeuslähdeopin mukaan oikeuslähteet jaetaan vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin²¹. Tämä ei ole ainoa tapa jaotella oikeuslähteitä, mutta sen selkeyden vuoksi sitä käytetään tässä tutkimuksessa lähdeaineiston valinnan apuna. Tämä tutkimuksen kannalta tärkeitä vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä ovat laki konserniavustuksesta verotuksessa (myöhemmin konserniavustuslaki) ja laki Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä (myöhemmin konsernivähennyslaki). Lakien merkitystä oikeuslähteenä ja siten myös tutkielman lähteenä korostaa perustuslain mukainen legaliteettiperiaate, jonka mukaan verotuksesta on säädettävä lailla. Legaliteettiperiaatteen vuoksi vero-oikeudessa lähtö-

¹⁹ ks. *Malmgrén* 2020, s. 2–3.

²⁰ *Hirvonen* 2001, s.21–26, 38, 41.

²¹ *Määttä* 2014, s. 13.

kohtana on lain sanamuodon mukainen tulkinta. Myös Euroopan unionin oikeus on vahvasti velvoittavaa ja normiristiriitatilanteessa sillä on etusija suhteessa kansalliseen lakiin.²² Kansallista lainsäädäntöä on tulkittava ja sovellettava EU-oikeuden vaatimusten mukaisesti, ja EU-oikeuden vastaiset säännökset on muutettava vastaamaan EU-oikeuden vaatimuksia ristiriidan tullessa ilmi²³. Tällä on olennainen merkitys tutkimusaiheen kannalta, koska Suomen konserniavustusjärjestelmän katsottiin olevan ristiriidassa EU-oikeuden kanssa. Sen seurauksena säädettiin konsernivähennyslaki.

Hallituksen esitykset kuuluvat heikosti velvoittaviin oikeuslähteisiin. Hallituksen esityksistä ilmenee yleensä lain tarkoitus ja tavoite, ja niihin voi sisältyä esimerkkejä siitä, miten lakia on tarkoitus soveltaa.²⁴ Tämän tutkimuksen yhtenä keskeisenä lähteenä on hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä ja elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 18 a §:n muuttamisesta (HE 185/2020 vp). Hallituksen esitys laiksi konserniavustuksesta verotuksessa (HE 92/1986 vp) on oleellinen lähde konserniavustuksen tarkoituksen selvittämisessä.

Vero-oikeudessa ennakkopäätöksillä on huomattava rooli. Ennakkopäätöksinä voidaan pitää korkeimman hallinto-oikeuden julkaistuja ratkaisuja. Vuosikirjaratkaisut ovat velvoittava oikeuslähde, tosin heikosti velvoittava.²⁵ Tutkimuksessa käsitellään KHO:n ratkaisuja, joista olennaisia ovat muun muassa lopullisia tappioita koskevat vuosikirjaratkaisut KHO 2020:36 ja KHO 2020:51.

EU-oikeudessa verotuksessa olennaisin on EU:n primäärioikeuteen sisältyvä Sopimus Euroopan unionin toiminnasta (SEUT). EU-oikeus voi rajoittaa kansallista itsenäistä verotusoikeutta lähinnä silloin, kun kyseisessä tilanteessa on liittymä useampaan kuin yhteen jäsenvaltioon.²⁶ EU-vero-oikeudessa EUT:n ratkaisuilla on korostunut asema. EUT:n ratkaisuissa määritetään, mikä merkitys EU-oikeudella ja SEUT:lla on kansalli-

²² Määttä 2014, s. 65–66, 185.

²³ Helminen 2018, s. 27–28.

²⁴ Määttä 2014, s. 166–167.

²⁵ Määttä 2014, s. 224, 226.

²⁶ Helminen 2018, s. 24.

seen verotukseen jäsenvaltioissa. Ratkaisuilla pyritään siihen, että EU-oikeutta sovelletaan jäsenvaltioissa samalla tavalla.²⁷ Tässä tutkimuksessa käsitellään laajasti EUT:n konserniverojärjestelmiä ja lopullisia tappioita koskevia ratkaisuja, joista tärkeimpinä voidaan mainita lopullisten tappioiden doktriinin aloittanut C-446/03, *Marks & Spencer*, Suomen konserniavustusjärjestelmää koskeva C-231/05, *Oy AA* ja lopullisten tappioiden käsitteen tulkinnassa merkittävät tapaukset C-322/11, *K* ja C-608/17, *Holmen AB*.

Verosopimukset saatetaan Suomessa voimaan lailla, ja ne ovat siten osa kansallista lainsäädäntöä. Suomen solmimat verosopimukset perustuvat pääosin OECD:n malliverosopimukseen, ja niiden tulkinnassa käytetään yleisesti apuna OECD:n malliverosopimuksen kommentaaria. Kommentaarilla on kansainvälisesti merkittävä asema ja myös Suomessa KHO käyttää sitä verosopimusten tulkinnassa²⁸. Samoin EUT on hyväksynyt sen, että jäsenvaltiot seuraavat OECD:n malliverosopimusta ja kansainvälisiäkäytäntöjä²⁹. Kommentaari ei kuitenkaan ole velvoittava oikeuslähde, vaan sitä voidaan pitää valtiosopimuksien tulkintaa ohjaavan Wienin yleissopimuksen 32 artiklan mukaisena verosopimusten valmistelutöihin verrattavana täydentävänä tulkintakeinona³⁰. OECD:n malliverosopimus kommentaareineen on olennainen lähde erityisesti verosopimusoikeutta käsittelevässä luvussa 6.

Tutkielmassa hyödynnetään edellä mainittujen lisäksi sekä kotimaista että ulkomaista kirjallisuutta ja tutkimusta. Oikeuskirjallisuus kuuluu sallittuihin oikeuslähteisiin³¹. Kotimaisesta kirjallisuudesta lähteenä käytetään muun muassa Marjaana Helmisen aiheeseen liittyvää kirjallisuutta, josta tärkeimpinä voidaan mainita teos *EU-vero-oikeus* (2018) ja useista Helmisen konsernien tappiontasausta käsittelevistä artikkeleista esimerkkinä Verotus-lehdessä julkaistu *Sijoittautumisoikeuden vapaus ja konserniavustusta koskeva tapaus C-231/05 Oy AA*. Myös laajasti EU-j a verosopimusoikeutta käsittelevä Ahti Vapaavuoren *Eurooppaoikeus ja kansainvälinen verotus* antaa tutkielmalle aiempaan tutkimukseen perustuvaa pohjaa. Tutkimusaiheen EU-oikeudellisen ja kansainvälisen luonteen

²⁷ Helminen 2018, s. 62.

²⁸ ks. esim. KHO 2002:26.

²⁹ C-336/96, Gilly, kohta 31.

³⁰ Nieminen 2014, s. 114 ja Wienin yleissopimuksen artikla 32. On myös esitetty, että kommentaari voitaisiin rinnastaa Wienin yleissopimuksen 31 artiklassa mainittuihin verosopimuksen liiteasiakirjoihin, jolloin sen asema olisi ensisijaisena tulkinta lähteenä vielä merkittävämpi. Ks. Vapaavuori 2012, s. 48 alaviitteineen.

³¹ Määttä 2014, s. 15.

vuoksi tutkielman tärkeitä lähteitä ovat verotukseen keskittyvissä vertaisarvioituissa julkaisuissa (European Taxation, EC Tax Review, ja Intertax) kansainvälisesti julkaistut artikkelit. Artikkeleista merkittävänä lähteenä voidaan mainita esimerkiksi EUT:n tuomioita käsittelevät Erik Pinetzin ja Karoline Spiesin *'Final Losses' after the Decision in Commission v. UK ('Marks & Spencer II')* ja Michael Langin *Has the Case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line?*

2 EU-oikeus ja konserniverojärjestelmät

2.1 EU-oikeuden syrjäntäkielto ja sijoittautumisvapaus

Välitöntä verotusta ei ole harmonisoitu EU:ssa. Vaikka jäsenvaltiot ovat säilyttäneet suvereniteetin välittömän verotuksen alalla, niiden tulee soveltaa siihen liittyvää kansallista lainsäädäntöä EU-oikeuden mukaisesti. Välittömän verotuksen osalta EU-oikeuteen kuuluu direktiivit ja perussopimuksen määräykset. Konsernien rajat ylittävän tappiontasauksen kannalta näistä olennainen on perussopimus ja siihen sisältyvät määräyksen syrjäntäkiellosta ja sijoittautumisvapaudesta. Perussopimuksessa ei viitata suoraan verotukseen, mutta perussopimus on jokaisella oikeudenalalla jäsenvaltioita sitovaa EU-oikeutta.³² Nykyisillä direktiiveillä ei ole merkitystä käsiteltävän aiheen kannalta. Vaikka esimerkiksi emo-tytäryhtiödirektiivi liittyykin konsernien sisäiseen voitonjakoon, rajat ylittävässä tappiontasauksessa ei ole kyse direktiivissä tarkoitettusta voiton verokohtelusta³³.

EUT:lla on yksinomainen oikeus tulkita perussopimuksia, ja jäsenvaltioiden tuloverojärjestelmien integraatio tapahtuu pääasiassa EUT:n oikeuskäytännön vaikutuksesta. Integraatio onkin ollut pitkälti negatiivista integraatiota, eli se on tapahtunut perussopimuksen tulkinnan kautta niin, että jäsenvaltion lainsäädäntö todetaan perussopimuksen vastaiseksi.³⁴ Juuri näin on tapahtunut rajat ylittävän tappiontasauksen kohdalla, kun EUT on arvioinut jäsenvaltion konserniverojärjestelmiä sijoittautumisvapauden kannalta. Sisämarkkinoiden tavoite ilmenee SEUT 26 artiklasta, jonka mukaan sisämarkkinat käsittelevät alueen, jolla ei ole sisäisiä rajoja ja jolla tavaroiden, henkilöiden, palvelujen ja pääomien vapaa liikkuvuus taataan perussopimusten määräysten mukaisesti. Sijoittautumisvapaus edistää sisämarkkinoiden tavoitteita mahdollistamalla esimerkiksi yritysten toimimisen eri jäsenvaltioissa, mutta on samaan aikaan ristiriidassa jäsenvaltioiden pyrkimykseen suojata omaa veropohjaansa.

³² *Malmgrén* 2008, s. 42–43.

³³ ks. C-231/05, *Oy AA*, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 13 ja 14.

³⁴ *Vapaavuori* 2003, s. 4.

Euroopan unionin toiminnasta tehtyyn sopimukseen (SEUT) sisältyy kahdenlasia syrjintäkieltoja: SEUT 18 artiklan kansalaisuuteen perustuva syrjintäkielto ja perusvapauksiin³⁵ liittyvät, eli erityiset syrjintäkiellot. SEUT 18 artiklassa kielletään kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä. EU:n kansalaisia ovat paitsi kaikki jonkin jäsen valtion kansalaisia olevat luonnolliset henkilöt, myös kaikki jonkin EU-valtion lakien mukaan perustetut yhtiöt, joilla on sääntömääräinen kotipaikka, päätoimipaikka tai keskushallinto EU-alueella. Yhtiöillä tarkoitetaan voittoa tavoittelevia siviili- ja kauppaoikeudellisia yhtiöitä, osuustoiminnallisia yhtiöitä sekä muita julkis- tai yksityisoikeudellisia oikeushenkilöitä. SEUT 18 artiklan syrjintäkielto on yleissäännös. Se tulee yksinään sovellettavaksi vain tilanteissa, joihin SEUT:n perusvapauksia koskevat artiklat, eli erityiset syrjintäsäännökset, eivät sovellu. Se soveltuu vain rajat ylittäviin tilanteisiin, eikä kiellä jäsenvaltioiden omien kansalaisten, jotka eivät ole käyttäneet perusvapauksiaan, epäedullisempaa kohtelua suhteessa rajat ylittäviin tilanteisiin.³⁶ Kansalaisuuteen perustuva, eli suora syrjintä ei voi koskaan olla sallittua verotuksessa, sillä se voidaan oikeuttaa vain yleisen järjestyksen tai turvallisuuden tai kansanterveyden perusteella³⁷. Myös esimerkiksi sellainen pohjimmiltaan kansalaisuuteen perustuva syrjintä, jossa erilainen kohtelu perustuu asuinpaikkaan mutta johtaa samaan tulokseen kuin suoraan kansalaisuuteen perustuva syrjintä, on kiellettyä. Kyseessä on kielletty syrjintä, jos samassa asemassa olevia kohdellaan eri lailla tai toisaalta eri asemassa olevia kohdellaan samalla tavalla.³⁸

Erityisistä syrjintäkielloista tässä yhteydessä oleellinen on SEUT 49 artiklan vapaa sijoittautumisoikeus. Artiklassa kielletään rajoitukset, jotka koskevat jäsenvaltion kansalaisen vapautta sijoittautua toisen jäsenvaltion alueelle ja jotka estävät jäsenvaltion alueelle sijoittautuneita jäsenvaltion kansalaisia perustamasta kauppaedustajan liikkeitä, sivuliikkeitä ja tytäryhtiöitä. Artiklan mukaan sijoittautumisvapautteen kuuluu myös oikeus ryhtyä harjoittamaan ja harjoittaa itsenäistä ammattia sekä oikeus perustaa ja johtaa yrityksiä

³⁵ 1. tavaroiden vapaa liikkuvuus (SEUT 28), 2. henkilöiden vapaa liikkuvuus, sis. EU-kansalaisten ja työntekijöiden vapaan liikkuvuuden (SEUT 21 ja 45) sekä sijoittautumisoikeuden vapauden (SEUT 49-54), 3. palveluiden vapaa tarjoaminen ja vastaanottaminen (SEUT 56) ja 4. pääomien ja maksujen vapaa liikkuminen (SEUT 63, soveltuu myös suhteessa kolmansiin valtioihin).

³⁶ Helminen 2018, s. 66, 68. ks. myös Malmgrén 2008, s. 47, jonka mukaan EY:n perustamissopimuksen 12 artiklaa (eli SEUT 18) ei ole sovellettu EY:n tuomioissa verotukseen liittyen.

³⁷ ks. samoin Helminen 2007, s. 493.

³⁸ ks. Helminen 2018 s.67–69.

niillä edellytyksillä, jotka koskevat sijoittautumisvaltion kansalaisia. Jäsenvaltioiden sisäinen lainsäädäntö ei saa rajoittaa EU-kansalaisten vapaata valintaa liittyen siihen, missä jäsenvaltiossa ja oikeudellisessa muodossa he harjoittavat liiketoimintaa³⁹. Tällainen kielletty rajoitus voi yksinkertaisimmillaan olla kyseessä esimerkiksi silloin, jos kansallinen lainsäädäntö kohtelee kotimaista emoyhtiötä epäedullisemmin silloin, kun emoyhtiöllä on toisessa jäsenvaltiossa tytäryhtiö verrattuna siihen, että tytäryhtiö olisi emoyhtiön asuinvaltiossa. Sijoittautumisvapaus merkitseekin paitsi sitä, ettei jäsenvaltiossa saa kohdella sinne muualta sijoittautuvaa verovelvollista epäedullisemmin kuin jäsenvaltion omia kansalaisia, niin myös sitä, ettei omia kansalaisia saa estää sijoittautumasta muuhun jäsenvaltioon⁴⁰. Voidaan puhua oikeudesta tasa-arvoon markkinoilla sekä oikeudesta päästä markkinoille⁴¹. Kansallinen lainsäädäntö on sijoittautumisoikeutta rajoittava jo sillä perusteella, että se on omiaan rajoittamaan sijoittautumisoikeuden käyttämistä. Sillä, onko kansallisesta lainsäädännöstä tosiasiallisesti seurannut se, että yhteen jäsenvaltioon sijoittautuneet yhtiöt ovat luopuneet tytäryhtiön hankkimisesta tai perustamisesta toiseen jäsenvaltioon, ei ole ratkaisevaa merkitystä.⁴²

Myös sijoittautumisoikeutta voidaan yleisesti rajoittaa yleisen järjestyksen tai turvallisuuden taikka kansanterveyden perusteella⁴³. Lisäksi vapaata sijoittautumisoikeutta, kuten muitakin perusvapauksia, voidaan rajoittaa *rule of reason* -periaatteen mukaan, eli jos rajoitukselle on yleisen edun vaatimia pakottavia syitä. EU:n tuomioistuinkäytännössä hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita ovat olleet esimerkiksi verovalvonnan tehokkuuden turvaaminen, tarve estää tappioiden käyttäminen kahteen kertaan, verojärjestelmän sisäisen eheyden turvaaminen, alueperiaate, veronkiertämisen estäminen ja jäsenvaltioiden välisen verotusvallan tasapainoisen jakautumisen turvaaminen. Silloinkaan, kun rajoittamiselle on oikeuttamisperiaate, rajoituksella ei saada ylittää sitä, mikä on tarpeen SEUT:n mukaisen sallitun tavoitteen saavuttamiseksi. Suhteellisuusperiaatteen mukaan käytettä-

³⁹ Helminen 2018, s. 91.

⁴⁰ Helminen 2018, s. 94.

⁴¹ ks. *Terra & Wattel* 2005, s. 48. Kirjoittajat käyttävät termejä *market equality* ja *market access*.

⁴² esim. C-231/05 Oy AA kohta 42.

⁴³ ks. SEUT 52 artikla. Tämä EU-oikeudessa yleensä, mutta nämä perusteet eivät liity verotukseen ja eivät siten ole relevantteja tämän tutkimuksen kannalta.

vien keinojen ja tavoiteltavien päämäärien tulee olla oikeassa suhteessa toisiinsa. Suhteellisuusperiaate voi toteutua vain, jos vähemmän rajoittavaa keinoa ei ole käytettävissä. Lisäksi käytetyn keinon tulee soveltua tavoitteen saavuttamiseen.⁴⁴

Syrjintäkieltojen yhteydessä on arvioitava, onko kyseessä suora vai epäsuora syrjintä tai perusvapauden rajoitus. Tämä on olennaista, koska oikeuttamisperusteita voidaan soveltaa vain jälkimmäisiin. Luonnollisten henkilöiden osalta suora ja epäsuora syrjintä ovat selkeämmin erotettavissa kuin oikeushenkilöiden osalta, koska on selkeämpää, johtuuko se asuinpaikasta vai kansalaisuudesta.⁴⁵ Yhtiöiden kotipaikka määrittää niiden kuuluminen jäsenvaltion oikeusjärjestykseen vastaavasti, kuin kansalaisuus luonnollisten henkilöiden osalta⁴⁶. Yleinen ja rajoitettu verovelvollisuus perustuvat yleensä asumiseen. Usein yleisesti verovelvollisen ja rajoitetusti verovelvollisen voidaan katsoa olevan eri tilanteissa, jolloin erilainen verotus on sallittua. Kuitenkin, jos objektiivisesti katsottuna kyseessä ei ole erilainen tilanne, erilainen kohtelu on kiellettyä syrjintää, jollei sille ole hyväksyttävää oikeuttamisperustetta.⁴⁷ Lähtökohtaisesti yleisesti ja rajoitetusti verovelvolliset ovat samassa asemassa⁴⁸. Asiassa C-279/93, Schumacker todettiin, että ulkomailla asuva on samassa asemassa lähdevaltiossa asuvan kanssa silloin, kun hän saa lähes kaikki tulonsa lähdevaltiosta. Tapauksessa oli kyse henkilöstä, joka asui yhdessä jäsenvaltiossa, mutta sai pääosan tuloistaan toisesta jäsenvaltiosta. Asuinvaltio ei voinut tulojen vähyyden vuoksi huomioida verovelvollisen henkilö- ja perhekohtaista tilannetta verotuksessa, vaikka se lähtökohtaisesti olisi asuinvaltion velvollisuus. Tapauksen olosuhteissa siitä, että työskentelyvaltio ei myöntäisi rajoitetusti verovelvolliselle samoja henkilö- ja perhekohtaiseen tilanteeseen perustuvia veroetuja kuin yleisesti verovelvollisille, muodostui kiellettyä syrjintää.⁴⁹ Sama todettiin myöhemmin myös tapauksessa C-169/03, *Wallentin*⁵⁰.

⁴⁴ Helminen 2007, s. 493–494.

⁴⁵ Vapaavuori 2003, s. 232–233.

⁴⁶ ks. esim. Commission v. Ranska (avoir fiscal), kohta 18.

⁴⁷ Helminen 2018, s. 67–72. Esimerkiksi yleisesti verovelvollisen progressiivinen verotus ja rajoitetusti verovelvollisen lähdeverotus on sallittua erilaista kohtelua.

⁴⁸ Terra & Wattel 2005, s. 89.

⁴⁹ C-279/93, Schumacker, kohdat 31, 32, 36, 37 ja 41. Tapauksessa sovellettava perusvapaus oli henkilöiden vapaa liikkuvuus.

⁵⁰ ks. C-169/03, Wallentin, kohdat 17, 18 ja 24. Kyseessä oli jäsenvaltiossa asuva opiskelija, joka työskenteli lyhyen ajan toisessa jäsenvaltiossa. Asuinvaltiosta saadut tulot olivat sen valtion lainsäädännön mukaan verovapaita.

Samoin kuin luonnollisten henkilöiden kohdalla, myös ulkomaisen ja kotimaisen yhtiön erilainen kohtelu on sallittua vain, jos ne ovat objektiivisesti katsottuna eri asemassa. Rajoitettu verovelvollisuus ei tarkoita eri asemaa. Erityisesti ulkomaisen yhtiön kiinteä toimipaikka on yleensä samassa asemassa, kuin jäsenvaltiossa asuvat yhtiöt. Kiinteä toimipaikka nimittäin on sijaintivaltiossaan verovelvollinen kaikesta siihen liittyvästä tulosta⁵¹, ja siten pitkälti samassa tilanteessa kuin yleisesti verovelvolliset. Vaikka kiinteää toimipaikkaa ei olisi, rajoitetusti verovelvollinen voi kuitenkin olla samassa asemassa kuin jäsenvaltiossa asuva yhtiö.⁵² Kiinteän toimipaikan tulos on yleensä myös osa pääliikkeen tulosta, joten se ei siinä eroa kotimaisesta sivuliikkeestä. Toisiinsa ovat rinnastettavissa esimerkiksi jäsenvaltiossa asuva yhtiö ja ulkomaisen yhtiön tässä jäsenvaltiossa sijaitseva kiinteä toimipaikka sekä yhtiön kotimainen toimipaikka ja ulkomainen kiinteä toimipaikka⁵³. Tytäryhtiöiden osalta rinnastettavuuden periaate on hieman erilainen. Tytäryhtiöitä tulee lähtökohtaisesti kohdella yhtä edullisesti riippumatta siitä, onko niiden emoyhtiö samassa vai eri jäsenvaltiossa⁵⁴. Saman aseman arvioinnissa on huomioitava asiaan liittyvän kansallisen lainsäädännön tavoite, joka konserniverojärjestelmien yhteydessä on verotuksen neutraalisuus riippumatta siitä, harjoitetaanko toimintaa yhtenä yhtiönä vai konsernina⁵⁵. Rinnastettavuutta on arvoitu useissa Unionin tuomioistuimen ratkaisuuksissa, ja sitä käsitellään myös myöhemmissä luvuissa muun ohella, koska sillä on merkittävä rooli lopullisten tappioiden doktriinin muodostumisessa.

Konserniverojärjestelmää arvioidaan sijoittautumisvapauden eikä esimerkiksi pääomien vapaan liikkuvuuden perusteella. EU-kansalaisen katsotaan käyttävän sijoittautumisvapautta silloin, kun kansalaisella on määräysvalta toisessa jäsenvaltiossa olevassa yhtiössä. Konserniavustuksen omistusosuusvaatimuksesta seuraa se, että konserniavustuksen osapuolien välillä toisella on määräysvalta⁵⁶. SEUT 49 artikla ei tule sovellettavaksi silloin,

⁵¹ Esimerkiksi OECD:n malliverosopimuksen mukaan yrityksen harjoittaessa liiketoimintaa toisessa valtiossa sijaitsevan kiinteän toimipaikan kautta, tämän toiminnan tulosta verotetaan kiinteän toimipaikan sijaintivaltiossa (Artikla 7(1)).

⁵² Helminen 2007, s. 491–492.

⁵³ ks. C-141/99, AMID, kohdat 25–31. Tämä tosin ei päde kaikissa tilanteissa, sillä rinnastettavuudessa on huomioitava kansallisen lain tarkoitus.

⁵⁴ ks. esim. C-231/05, Oy AA, kohdat 38–39.

⁵⁵ ks. esim. C-231/05, Oy AA, kohta 22.

⁵⁶ Omistusosuusvaatimus 90 %, määräysvalta voi syntyä myös 100, 75, 66,66, 50 tai 25 % omistusosuudella (suora omistus). ks. *Malmgrén* 2008, s. 55.

kun sijoittautumisvapautta ei ole käytetty. Esimerkiksi keskusverolautakunnan ratkaisussa KVL 2018/23⁵⁷, jossa oli kyse siitä, voiko toisessa EU-valtiossa sijaitsevan emoyhtiön suomalainen tytäryhtiö antaa konserniavustusta kolmannessa EU-valtiossa olevalle sisaryhtiölleen, ei tullut arvioitavaksi, kohtelee ko Suomen konserniavustusjärjestelmä epäedullisemmin tapauksessa kyseessä ollut tilannetta kuin sellaista tilannetta, jossa konserniavustuksen saaja ja konserniavustuksen antaja ovat molemmat kotimaisia yhtiöitä. Suomalainen yhtiö ei ollut kolmanteen jäsenvaltioon sijoittautuneen yhtiön emoyhtiö eikä se ollut muutenkaan sijoittautunut tähän kolmanteen valtioon. Konserniavustuksella olisi katettu sisaryhtiön tappioita, mutta sijoittautumisvapauden rajoittamista ei tarvinnut arvioida Suomessa vaan se olisi voinut tulla tehtäväksi sijoittautumisvapautta käyttäneen emoyhtiön sijaintivaltiossa.

Konserniavustusjärjestelmän, tai muun vastaavaan järjestelmän, mahdollista sijoittautumisvapauden vastaisuutta arvioitaessa edetään EUT:n tuomioissa, hyvänä esimerkkinä C-231/05, *Oy AA*, pääasiassa seuraavalla tavalla: Ensimmäiseksi on kysyttävä, onko sijoittautumisvapautta käytetty ja kohdellaanko toisiinsa rinnastettavia tilanteita eri tavalla. Jos edellä esitetyt pitävät paikkaansa, on arvioitava, onko erilaisella kohtelulla, eli toisin sanoen sijoittautumisvapauden rajoitukselle hyväksyttävä oikeuttamisperustetta. Jos oikeuttamisperustetta ei ole, kansallinen lainsäädäntö on SEUT 49 artiklan vastaista. Jos taas rajoitus voidaan oikeuttaa, on vielä arvioitava, onko rajoitus suhteellisuusperiaatteen mukainen ja päästäänkö sillä tavoiteltuun päämäärään. Seuraavassa luvussa käsitellään konserniverojärjestelmiä koskevia EUT:n tuomioita tarkoituksena osoittaa, miten edellä kuvatun kautta on päädytty siihen lopullisten tappioiden doktriiniin, jonka seurauksena Suomenkin konserniavustusjärjestelmää oli muutettava.

2.2 Konserniverojärjestelmät EUT:n oikeuskäytännössä

2.2.1 Marks & Spencer I

Konsernien rajat ylittävän tappiontasauksen kannalta ensimmäisessä ja merkittävässä tapauksessa C-446/03, *Marks & Spencer (Marks & Spencer I)* oli kyse siitä, voiko isobri-

⁵⁷ Ennakkoratkaisu verovuodelle 2018, KHO 11.6.2020 T 2571 (ei muutosta).

tannialainen emoyhtiö vähentää Iso-Britanniassa verotettavasta voitostaan Belgiaan, Saksaan ja Ranskaan sijoittautuneille tytäryhtiöilleen syntyneet tappiot. Tapaus koski Iso-Britannian lainsäädännön mukaista *group relief* -järjestelmää, jossa tappiontasaus toteutetaan siirtämällä tappiollisen konserniyhtiön tappiot voitolliselle konserniyhtiölle siinä määrin, kuin sillä on voittoa. Järjestelmä soveltuu lähtökohtaisesti vain kansallisiin tilanteisiin.⁵⁸ Myös ulkomaisen yhtiön Iso-Britanniaan sijoittautuneen kiinteän toimipaikan tappiot voidaan siirtää toiselle konserniyhtiölle vähennettäväksi ja toisin päin⁵⁹.

Tapauksessa verrattiin Marks & Spencerin tilannetta, jossa tytäryhtiöiden tappiot olivat syntyneet toisissa jäsenvaltioissa tilanteeseen, jossa tytäryhtiöt olisivat sijoittautuneet Iso-Britanniaan ja tappiot olisivat siten syntyneet siellä. Asiassa huomautuksia esittäneiden jäsenvaltioiden mukaan tilanteet eivät olisi rinnastettavissa tappiontasausjärjestelmän kannalta. Alueperiaatteen mukaan tappiot kuuluvat niiden valtioiden verotusvaltaan, joissa tytäryhtiöt harjoittavat taloudellista toimintaa. Vaikka alueperiaate on tunnustettu myös yhteisön oikeudessa, se ei automaattisesti johda siihen, ettei myös ulkomailla syntyneitä tappioita tulisi hyväksyä konsernin sisäiseen tappiontasaukseen. Koska kyseessä oli sijoittautumisoikeuden rajoitus, tuli arvioida, oliko rajoitukselle hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita. Niitä esitettiin kolme: verotusvallan tasapainoinen jakautuminen, tappioiden kahdenkertaisen käytön vaara ja veronkierron vaara. Näillä kolmella oikeuttamisperusteella yhdessä on perussopimuksen mukainen sallittu tavoite, ja yleisesti ei ole EU-oikeuden vastaista, ettei emoyhtiö voi vähentää toisessa jäsenvaltiossa olevan tytäryhtiön tappioita. Iso-Britannian lainsäädännöstä johtuva rajoitus ei kuitenkaan ollut suhteellisuusperiaatteen mukainen siltä osin, kun emoyhtiö osoittaa, että tytäryhtiö on käyttänyt asuinvaltiossaan kaikki mahdollisuudet tappioiden käyttämiseksi eikä tytäryhtiö itse tai kolmas voi tulevaisuudessa ottaa tappioita huomioon asuinvaltiossa.⁶⁰ Tällä suhteellisuusperiaatteen soveltamisella luotiin lopullisten tappioiden käsite ja niihin perustuva poikkeus.

EUT on useissa *Marks & Spencer I*:een perustuvissa ratkaisuisissa todennut, asuinvaltion ei tarvitse hyväksyä tappioiden vähentämistä, jos ne liittyvät toimintaan toisessa jäsenvaltiossa ja verotusoikeus vastaaviin voittoihin on vain lähdevaltiolla. Näin on esimerkiksi silloin, kun kyseessä on itsenäisen tytäryhtiön tappio tai kiinteiden toimipaikkojen

⁵⁸ Laaksonen & Virolainen 2013, s. 77–78.

⁵⁹ ks. C-446/03, Marks & Spencer, kohta 17.

⁶⁰ ks. ks. C-446/03, Marks & Spencer, kohdat 36–56.

osalta verosopimuksen mukaan sovelletaan vapautusmenetelmää.⁶¹ Tämä on pääsääntö, johon poikkeuksena on lopullisten tappioiden tilanteet, joissa rajat ylittävä tappiointaus on hyväksyttävä samoin edellytyksin kuin kansallisiin tilanteisiin sovellettavissa konserniverojärjestelmissä.

Marks & Spencer I ratkaisun jälkeen Iso-Britannian oli muutettava järjestelmänsä niin, että se mahdollistaa lopullisten tappioiden vähentämisen. Sitä, täyttikö uusi järjestelmä EU-oikeuden vaatimukset, arvioitiin tapauksessa C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta (*Marks & Spencer II*). Ratkaisussaan EUT piti lopullisten tappioiden poikkeuksen voimassa, mutta antoi uusia tiukempia kriteerejä sen soveltumiselle.⁶² Lopullisia tappioita käsitellään laajemmin luvuissa 4 ja 5.

2.2.2 C-231/05, Oy AA ja E-15/16, Yara International ASA

Suomen konserniavustusjärjestelmää koskevassa tapauksessa C-231/05, *Oy AA*, oli kyse siitä, voisiko suomalainen konserniyhtiö vähentää Suomessa verotuksessaan Iso-Britanniassa asuvalle emoyhtiölleen annettavan konserniavustuksen. Emoyhtiö AA Ltd omisti Oy AA:n välillisesti kokonaan ja kaikki konserniavustuslain edellytykset lukuun ottamatta kotimaisuusvaatimusta täyttyivät. KHO pyysi asiassa EUT:lta ennakkoratkaisua siitä, ovatko Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 43 ja 56 artiklat (SEUT 49 ja 63) esteenä Suomen konserniavustusjärjestelmälle, jossa konserniavustuksen vähennyskelpoisuuden edellytyksenä verotuksessa on se, että sekä konserniavustuksen antaja että sen saaja ovat kotimaisia yhteisöjä.

EUT katsoi tuomiossaan, että Suomen järjestelmä on sijoittautumisvapautta rajoittava. Konserniavustusjärjestelmän tavoite on poistaa konsernirakenteen verohaittoja siten, että se toimii tuloksentasauskeinona konsernissa, johon sisältyy sekä voitollisia että tappiollisia yhtiöitä. Rajat ylittävässä tilanteessa ei voida varmistaa, että saatu avustus luetaan saajan verotettavaan tuloon ja tavoite toteutuu. Kuitenkaan järjestelmän tavoite huomioon

⁶¹ Schön 2015, luku 5.2. Cross-border loss compensation.

⁶² ks. esim Danish 2015, luvut 1 ja 4.

ottaen ei voida erotella toisistaan tilanteita, joissa suomalaisen tytäryhtiön emo on sijoittautunut Suomeen, tai toiseen jäsenvaltioon eikä ole siten Suomessa verovelvollinen. Toisiinsa rinnastettavien tilanteiden erilainen kohtelu on sijoittautumisoikeuden rajoitus.⁶³

Tapauksessa vedottiin sijoittautumisvapauden rajoittamisen oikeuttamisperusteina verojärjestelmän johdonmukaisuuteen, jäsenvaltioiden verotusvallan tasapainoiseen jakautumiseen, veronkierron ehkäisemiseen, alueperiaatteeseen ja tappioiden kaksinkertaisen vähentämisen estämiseen. Näistä EUT hyväksyi verotusvallan tasapainoisen jakautumisen ja veronkierron ehkäisemisen. Ne liittyvät toisiinsa, koska keinotekoiset järjestelyt, joilla pyritään välttämään asuinvaltiossa harjoitettavasta toiminnasta tavallisesti maksettavaksi tuleva vero, vaarantavat jäsenvaltioiden oikeuden käyttää verotusvaltaansa ja haittaavat verotusvallan tasapainoista jakautumista jäsenvaltioiden välillä.⁶⁴ Yleensä veronkiertoon ei voida puuttua perusvapauksia rajoittavasti, jos järjestely ei ole puhtaasti keinotekoinen tai sen pääasiallisena tarkoituksena ei ole veron minimointi, eli järjestelyllä on olemassa taloudellinen todellisuusperusta. Tuomio kuitenkin osoittaa, että veronkierron ehkäisemistä voidaan pitää hyväksyttävänä oikeuttamisperusteena silloinkin, kun kyse ei ole keinotekoisesta järjestelystä, jos rajoitukselle on muitakin perusteita.⁶⁵

Toisena oikeuttamisperiaatteena ratkaisussa on verotusvallan tasapainoinen jakautuminen jäsenvaltioiden välillä. Toiseen valtioon annetun konserniavustuksen vähentämisen hyväksyminen tarkoittaisi käytännössä tulonsiirron sallimista jäsenvaltioiden välillä, mikä horjuttaa verotusvallan tasapainoista jakautumista.⁶⁶ Silloin konsernissa voitaisiin vapaasti valita, missä jäsenvaltiossa sen voittoa verotetaan ja siten valtion oikeus verottaa sen alueella harjoitetun toiminnan tuloa sivuutettaisiin. Konserneilla olisi laajat mahdollisuudet valita missä verotus tapahtuu, vaikka rajat ylittävän tappiontasauksen ehtona olisi konserniavustuksen saajan taloudellinen tilanne.⁶⁷ Myös muissa konserniverojärjestelmiä koskevissa tapauksissa EUT on huomioinut sen, että verovelvolliset eivät perusvapauksista huolimatta saa vapaasti siirtää veropohjaa lainkäyttöalueiden välillä esimerkiksi

⁶³ C-231/05. Oy AA kohdat 35, 36, 38, 39 ja 43.

⁶⁴ C-231/05, Oy AA kohdat 45, 60 ja 62.

⁶⁵ *Helminen* 2007, s. 498–499. Helmisen mukaan veronkierron ehkäiseminen on saanut tuomioistuinkäytännössä aiempaa vahvemman aseman oikeuttamisperusteena.

⁶⁶ *Helminen* 2007, s. 499.

⁶⁷ ks.C-231/05, Oy AA, kohdat 64 ja 65

niin, että voitot siirretään matalan verotuksen alueelle ja tappiot korkeamman verotuksen alueelle⁶⁸.

Nämä oikeuttamisperusteet huomioon ottaen se, että suomalainen tytäryhtiö voi vähentää emoyhtiölleen antamansa konserniavustuksen vain, jos emoyhtiön kotipaikka on Suomessa, ei ole ristiriidassa sijoittautumisvapautta koskevan artiklan kanssa. Suomen konserniavustusjärjestelmän tavoitteet ovat SEUT:n mukaisia ja rajoittavat toimenpiteet ovat tehokkaita päämäärien saavuttamiseksi.

Koska *Marks & Spencer I* koski *group relief* -järjestelmää eikä asiaan otettu kantaa *Oy AA:n* tapauksessa, ei ollut varmuutta, tuleeko lopullisten tappioiden poikkeusta soveltaa myös muihin konserniverojärjestelmiin⁶⁹. Tämä ratkaistiin Efta-tuomioistuimen⁷⁰ Norjan konserniavustusjärjestelmää koskevassa asiassa E-15/16, *Yara International ASA*, jossa norjalainen emoyhtiö antoi konserniavustuksen liettualaiselle tytäryhtiölleen. Tapauksessa käsiteltiin samoja oikeuttamisperusteita kuin edellä käsitellyissäkin tapauksissa, esimerkiksi verotusvallan tasapainoista jakautumista ja veronkiertämisen ehkäisemistä. Tuomiossa kuitenkin todettiin, että konserniavustusjärjestelmän vaatimus molempien osapuolten kotimaisuudesta ei ole suhteellisuusperiaatteen mukainen silloin, kun tytäryhtiöiden tappiot ovat lopullisia.⁷¹

2.2.3 C-337/08, X Holding

Alankomaissa on käytössä *fiscal unity* -järjestelmä, jossa konserniyhtiöt voivat vuosittain hakea yhteisverotusta, jossa ne muodostavat verotettavan yksikön (*fiscal unity*). Yksikköön kuuluvien konserniyhtiöiden verotettavat tulokset lasketaan yhteen eikä niille vahvisteta erillisiä verotettavia tuloksia.⁷² Tapauksessa C-337/08, *X Holding* oli kyse siitä, tuliko alankomaalaisen yhtiön omistama Belgiassa asuva yhtiö hyväksyä osaksi verotet-

⁶⁸ ks. Schön 2015, luku 4.2.3. Balanced allocation of taxing powers.

⁶⁹ ks. esim. KHO 2007:92, kohdasta Valtiovarainministeriön lausunto.

⁷⁰ ETA-sopimuksen perusvapaudet vastaavat SEUT:n perusvapauksia. Sopimusta tulkitaan EUT:n oikeuskäytännön mukaisesti, kunhan sopimusten säännöt vastaavat sisällöllisesti toisiaan. SEUT 49 artiklana vastaa ETA-sopimuksen 31 artikla. Ks. Helminen 2018, s. 48.

⁷¹ ks. E-15/16, *Yara International ASA*, kohta 55.

⁷² Laaksonen & Virolainen 2013, s. 77.

tavaa yksikköä. Alankomaiden lainsäädännön mukaan yksikön voivat muodostaa sellaiset verovelvolliset, joihin sovelletaan samoja säännöksiä voiton laskemiseksi, eli käytännössä Alankomaissa asuvat yhtiöt. EUT:n tuomion mukaan järjestelmä on sijoittautumisvapautta rajoittava. Tilanteet, joissa emoyhtiö haluaa muodostaa yksikön samassa jäsenvaltiossa olevan tytäryhtiön kanssa ja toisessa jäsenvaltiossa olevan tytäryhtiön kanssa ovat objektiivisesti rinnastettavissa, kun otetaan huomioon järjestelmän tarkoitus. Sijoittautumisvapauden rajoitus oli kuitenkin hyväksyttävä, koska se mahdollisti verotusvallan tasapainoisen jakautumisen säilymisen erityisesti tilanteessa, jossa yksikön muodostamisesta voidaan päättää vuosittain ja siten tappioihin sovellettava sääntely ja se missä tappiot vähennetään, voitaisiin aina vapaasti valita.⁷³

2.2.4 Kiinteät toimipaikat

Kiinteän toimipaikan määritelmä sisältyy kansalliseen lainsäädäntöön sekä verosopimuksiin. Suomen lainsäädännössä kiinteällä toimipaikalla tarkoitetaan TVL 13a §:n mukaista pysyvää elinkeinonharjoittamista varten perustettua liikepaikkaa tai muuta paikkaa, jossa esimerkiksi liikkeen johto tai sivuliike sijaitsee. OECD:n malliverosopimuksen mukainen kiinteä toimipaikka on 5 artiklassa määritetty kiinteäksi liikepaikaksi, josta yrityksen toimintaa kokonaan tai osaksi harjoitetaan. Kiinteiden toimipaikkojen tappiota tarkasteltaessa on huomioitava se, että kiinteän toimipaikan tuloa voidaan verottaa paitsi sen sijainnivaltiossa, eli lähdevaltiossa, niin myös pääliikkeen asuinvaltiossa eri tavalla kuin tytäryhtiöin tuloa. Jos asuinvaltio verottaa maailmanlaajuisista tuloista, tappiotkin huomioidaan asuinvaltiossa. Jos taas asuinvaltio verottaa vain sen alueella syntyvää tuloa, se ei huomioi toisessa valtiossa muodostuvaa kiinteän toimipaikan tappiota. Silloin tappioiden vähentäminen viivästyy tai niitä ei voida vähentää ollenkaan. Kysymys on lopulta sama kuin tytäryhtiöidenkin tappioiden osalta – jos jäsenvaltio ei verota tuloa, miksi siellä pitäisi saada vähentää tappiotakaan.⁷⁴

Asiassa C-414/06, *Lidl Belgium* oli kyse tilanteesta, jossa saksalaisella yhtiöllä oli kiinteä toimipaikka Luxemburgissa. Kiinteän toimipaikan tulos oli tappiollinen, ja saksalainen

⁷³ C-337/08, X Holding kohdat, 19, 24 ja 31–34.

⁷⁴ ks. CFE 2009, luku 1. Generalities on the International Tax Background.

yhtiö vaati tappioiden huomioimista sen verotuksessa Saksassa. Kiinteään toimipaikkaan sovellettiin verosopimuksen mukaan vapautusmenetelmää⁷⁵. Se, että yhtiön asuinvaltiossa ei voida vähentää ulkomailla olevan kiinteän toimipaikan tappioita mutta samassa maassa olevan kiinteän toimipaikan tappiot voidaan, on sijoittautumisvapauden rajoitus. Rajoitus on kuitenkin oikeutettu, koska järjestelmällä voidaan estää se, että yhtiö voisi valita käytetäänkö tappiot asuinvaltiossa vai kiinteän toimipaikan sijaintivaltiossa. Lisäksi ilman rajoitusta tappiot saatettaisiin vähentää molemmissa valtioissa.⁷⁶ Kiinteän toimipaikan tappioita ei siis tarvitse hyväksyä asuinvaltiossa, jos verosopimuksen mukaan sovelletaan vapautusmenetelmää. Tilannetta voidaan verrata tytäryhtiön tappioihin. Tapauksessa ei ollut kyse lopullisista tappioista. Jos olisi ollut, niin *Marks & Spencer I:n* mukainen poikkeus olisi tullut tuomion perusteluista päätellen sovellettavaksi. Myös asiassa C-48/13, *Nordea Bank Danmark* oli kyse kiinteiden toimipaikkojen tappioista. Tapauksessa tanskalaisella yhtiöllä oli kiinteitä toimipaikkoja muissa Pohjoismaissa. Uudelleenjärjestelyn yhteydessä kiinteiden toimipaikkojen toiminta lopetettiin ja toimintaa jatkettiin näissä maissa olevien muiden konserniyhtiöiden kautta. Edellä käsitellystä tapauksesta *Lidl Belgium* poiketen, kiinteisiin toimipaikkoihin sovellettiin verosopimuksen mukaisesti hyvitysmenetelmää, ja siten niiden tappioita oli vähennetty Tanskassa. Kun kiinteiden toimipaikkojen toiminnat luovutettiin muille yhtiöille, aiemmin vähennetyt tappiot lisättiin tanskalaisen yhtiön verotettavaan voittoon. Samanlaista lisäystä ei olisi tehty, jos kiinteä toimipaikka olisi myös ollut Tanskassa. Vaikka ulkomaiset ja kotimaiset kiinteät toimipaikat eivät lähtökohtaisesti ole rinnastettavissa jäsenvaltion kaksinkertaisen verotuksen poistamiseksi tekemien toimenpiteiden (verosopimukset) kannalta, tässä tapauksessa ne olivat rinnastettavia, koska Tanska oli verottanut myös ulkomaisia kiinteitä toimipaikkoja. Tapauksessa ei ollut myöskään hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita.⁷⁷

⁷⁵ Vapautusmenetelmällä poistetaan kahdenkertainen verotus siten, että esimerkiksi kiinteän toimipaikan tuloa ei veroteta lainkaan pääliikkeen asuinvaltiossa eivätkä menot ole vähennyskelpoisia. Toinen yleisesti käytetty tapa kaksinkertaisen verotuksen poistamiseen on hyvitysmenetelmä. Hyvitysmenetelmää sovellettaessa kiinteän toimipaikan tulot ja menot huomioidaan osana pääliikkeen verotusta, ja kiinteän toimipaikan sijaintivaltioon maksettu vero vähennetään pääliikkeen tuloverosta. Ks. tarkemmin esim. *Nuotio* 2012, s. 111–112.

⁷⁶ ks. C-414/06, *Lidl Belgium*, kohdat 26, 32, 36 ja 52.

⁷⁷ ks. C-48/13, *Nordea Bank Danmark*, kohdat 3–5, 10–13, 21, 24 ja 40.

Asiassa C-18/11, *Philips Electronics UK* oli puolestaan kyse Alankomaissa asuvan yhtiön Yhdistyneissä kuningaskunnissa sijaitsevan kiinteän toimipaikan tappioiden vähentämisestä samaan konserniin kuuluvan Yhdistyneissä kuningaskunnissa asuvan yhtiön verotuksessa. Ratkaisun mukaan jäsenvaltiossa asuvan yhtiön ja ulkomailla asuvan yhtiön jäsenvaltiossa olevan kiinteän toimipaikan katsotaan olevan objektiivisesti arvioituna toisiinsa rinnastettavia konsernin tappiontasauksen osalta. Siten kiinteiden toimipaikkojen osalta ei voida edellyttää sitä, että tappioita ei voida käyttää ulkomailla silloin, kun sitä ei edellytetä myöskään jäsenvaltioissa asuvan yhtiön siellä tekemien tappioiden siirtämiseksi. Myös tässä tapauksessa arvioitiin oikeuttamisperusteina jäsenvaltioiden verotusvallan tasapainoista jakautumista ja tappioiden kahdenkertaisen vähentämisen estämistä. Sillä, että kiinteän toimipaikan tappiot, jotka liittyvät jäsenvaltiossa harjoitettuun liiketoimintaan, vähennetään samassa jäsenvaltiossa asuvan konserniyhtiön tulosta, ei ole vaikutusta verotusvallan jakautumiseen. Koska tappiot kuuluvat joka tapauksessa kiinteän toimipaikan sijaintivaltion verotuksen piiriin, jäsenvaltion verotusoikeuden kannalta ei ole merkitystä, vaikka tappiot voitaisiinkin huomioida myös toisen valtion verotuksessa. Sijoittautumisvapauden rajoitukselle ei ollut tapauksessa hyväksyttävää oikeuttamisperustetta.⁷⁸

Verotusvallan erilaisen määräytymisen takia ulkomaisia tytäryhtiöitä ja ulkomaisia kiinteitä toimipaikkoja ei tarvitse kohdella samalla tavalla, koska ne eivät ole rinnastettavissa toisiinsa⁷⁹. Tämä koskee nimenomaan sen jäsenvaltion lainsäädäntöä, jossa asuva yhtiö perustaa tytäryhtiön toiseen jäsenvaltioon tai sijoittautuu toiseen jäsenvaltioon kiinteän toimipaikan kautta. Sijoittautumisvapautteen sinänsä SEUT:n mukaan kuuluu oikeus valita sopivin oikeudellinen muoto toiminnalle, eikä valintaa saa rajoittaa verotuksen keinoilla. Kuitenkin erilainen kohtelu voidaan perustella sillä, että kiinteä toimipaikka ei ole erillinen juridinen yksikkö, mutta tytäryhtiö on. Jos näitä oikeudellisen muodon valintoja kohdeltaisiin aina samalla tavalla, valinta menettäisi merkityksensä sillä se tehdään juuri erilaisen verotuksen perusteella.⁸⁰

⁷⁸ ks. C-18/11, *Philips Electronics UK*, kohdat 19, 20, 25–27 ja 31.

⁷⁹ ks. C-337/08, *X Holding BV*, kohdat 38–40. Koska *fiscal unity* -järjestelmässä ulkomailla sijaitseva kiinteä toimipaikka voi olla osa yksikköä, arvioitiin tapauksessa myös sitä, tuleeko ulkomainen tytäryhtiö ja ulkomainen kiinteä toimipaikka rinnastaa toisiinsa.

⁸⁰ *Terra & Wattel* 2005, s. 148–149.

2.2.5 Passiivinen omistus

EUT:n oikeuskäytännön mukaan konsernisuhteen muodostumisessa on huomioitava myös passiivinen omistus. Asiassa C-418/07, *Papillon*, oli kyse toisessa jäsenvaltiossa asuvan yhtiön kautta muodostuvasta konsernisuhteesta. Tapauksessa ranskalainen yhtiö *Papillon* omisti kokonaan alankomaalaisen yhtiön, joka puolestaan omisti 99,99 prosenttisesti toisen ranskalaisen yhtiön. Ranskassa oli mahdollista muodostaa keskitetty konserni, johon voitiin sisällyttää yhtiön välillisesti tai välittömästi vähintään 95 prosenttisesti omistamat yhtiöt. Verotus tapahtui konserniin kuuluvien kokonaistuloksen perusteella. Koska *Papillonin* tapauksessa välillinen omistus tapahtui alankomaalaisen yhtiön kautta, siltä evättiin keskitetyn konsernin muodostaminen alankomaiden kautta omistetun yhtiön kanssa. Ranskan järjestelmä johti erilaiseen kohteluun sen perusteella, muodostuuko emoyhtiön välillinen omistus Ranskassa vai ulkomailla asuvan tytäryhtiön kautta. Jälleen Ranskan lainsäädännön päämäärä, eli konserniyhtiöiden tulosten konsolidointi, huomioon ottaen, nämä tilanteet ovat kuitenkin rinnastettavissa toisiinsa eikä erilainen kohtelu siten ole hyväksyttyä. Tappiot olisi kirjattu ja vähennetty samassa jäsenvaltiossa, hyväksyttävissä oikeuttamisperusteita sijoittautumisvapauden rajoittamiselle ei ollut.⁸¹ Konserniyhtiöiden tulosten konsolidointi on siis hyväksyttävä myös silloin, kun omistus tapahtuu passiivisesti toisessa jäsenvaltiossa asuvan yhtiön kautta. Konserniavustuksen kannalta tämä merkitsee sitä, että passiivinen omistus tulee ottaa huomioon konserniavustuslain kotimaisuusvaatimuksesta huolimatta.

Ruotsin konserniavustusta koskevassa tapauksessa C-200/98, X AB ja Y AB, puolestaan oli kyse siitä, onko sijoittautumisvapautta koskevan artiklan perusteella tarvittavan omistussuuden täyttymisessä huomioitava sellainen omistus, joka syntyy useassa eri jäsenvaltiossa, joiden kanssa Ruotsilla oli syrjäntäkiellon sisältävä verosopimus, asuvien yhtiöiden kautta. Veroetu myönnettiin silloin, kun omistus tapahtui sellaisten yhtiöiden kautta, jotka asuivat Ruotsissa tai yhdessä jäsenvaltiossa, jonka kanssa Ruotsilla oli syrjäntäkiellon sisältävä verosopimus. Olisi ollut sijoittautumisoikeuden rajoittamista, jos useammassa valtiossa syntyvää omistusta ei olisi huomioitu.⁸²

⁸¹ ks. C-418/07, *Papillon*, kohdat 3, 7–8, 22, 28, 30, 39 ja 61–62.

⁸² ks. C-200/98, X AB ja Y AB, kohta 31.

2.3 Oikeuttamisperusteet ja sijoittautumisvapauden rajoittaminen

Kuten edellä käsitellyistä EUT:n tuomioistakin ilmenee, useissa jäsenvaltioissa lainsäädännön tarkoitus ei ole mahdollistaa rajat ylittävää tappiontasausta. Järjestelmät ovat lähtökohtaisesti sijoittautumisvapautta rajoittavia, mutta rajoitukselle on EUT:n oikeuskäytännössä ollut soveltuvia oikeuttamisperusteita. Edelleen on syytä muistaa, että silloinkin kun rajoitukselle on olemassa oikeuttamisperuste, myös suhteellisuus- ja tehokkuusperiaatteiden tulee toteutua. *Marks & Spencer I* osoittaa sen, että oikeuttamisperusteista huolimatta suhteellisuusperiaate määrää lopulta, katsotaanko jäsenvaltion lainsäädäntö SEUT:n vastaiseksi.

Asiassa *Marks & Spencer I* todettiin, että verotusvallan tasapainoisen jakautumisen säilyttämiseksi ja kaksinkertaisen vähennyksen uhan sekä veronkierron estämiseksi sijoittautumisvapautta voidaan rajoittaa. Nämä kolme oikeuttamisperustetta yhdessä muodostivat hyväksyttävän yleisen edun vaatiman pakottavan syyn. Kaikkien kolmen ei kuitenkaan tarvitse toteutua kaikissa tilanteissa. Esimerkiksi asiassa C-414/06, *Lidl Belgium*, rajoituksen perusteeksi riittivät verotusvallan tasapainoinen jakautuminen ja tappioiden kahdenkertaisen käyttämisen riski. Kahdenkertaisen vähennyksen vaara voidaan estää Hallinnollisen yhteistyön direktiivin 2011/16/EU mukaisen tietojenvaihdon avulla. Veronkierron välttäminen oikeuttamisperusteena taas soveltuu pääasiassa silloin, kun jäsenvaltion lainsäädännön nimenomainen tarkoitus on estää täysin keinotekoiset järjestelyt. Siten nämä kaksi oikeuttamisperustetta eivät yksinään riitä, mutta voivat kuitenkin vahvistaa sijoittautumisvapauden rajoituksen oikeutusta yhdessä verotusvallan tasapainoisen jakautumisen kanssa.⁸³ Vain verotusvallan tasapainoinen jakautuminen voi yksinään olla suhteellisuusperiaatteen mukainen. Tämä todettiin asiassa C-157/07, *Krankenheim*, jossa tosin merkittävänä osana rajoituksen oikeuttamista oli myös verojärjestelmän johdonmukaisuus⁸⁴. Verotusvallan tasapainoinen jakautuminen ja verojärjestelmän johdonmukaisuus ovat jossain määrin päällekkäisiä oikeuttamisperusteita⁸⁵.

⁸³ ks. Pezzella 2014, luku 2.2. "Taken together", but in the right order.

⁸⁴ C-157/07, *Krankenheim*, kohdat 41–45.

⁸⁵ ks. C-371/10, *National Grid Indus BV*, kohta 80 ja julkisasiamiehen ratkaisuehdotus kohta 99.

Johdonmukaisuutta arvioitaessa EUT:n oikeuskäytännössä on tapauksia, joissa oikeuttamisperusteen hyväksyttävyyden edellyttäjänä on, että veroetu ja -haitta kohdistuvat samaan verovelvolliseen ja samaan tuloon⁸⁶. Tapauksessa *Marks & Spencer I* taas rajoitus olisi voitu oikeuttaa muiden perusteiden ohella voittojen ja tappioiden symmetrialla, vaikka tässä vaatimus samasta verovelvollisesta ei täyty⁸⁷. Samoin kuin *group relief* -järjestelmässä, konserniavustuksessakaan veroetu ja -haitta eivät liity samaan verovelvolliseen. Vaikuttaa olevan riittävää, että veroedun ja -rasitteen välillä on suora yhteys, mutta niiden ei tarvitse toteutua saman verovelvollisen verotuksessa⁸⁸.

Suomen konserniavustusta koskevassa asiassa C-231/05, *Oy AA*, oikeuttamisperusteina hyväksyttiin verotusvallan tasapainoinen jakautuminen ja veronkierron estäminen. Tapauksessa vedottiin myös tappioiden kahdenkertaisen vähentämisen estämiseen, alueperiaatteeseen ja verojärjestelmän johdonmukaisuuteen. Vaikka saadulla konserniavustuksella voidaankin kattaa tappioita, konserniverojärjestelmä ei koske tappioiden vähentämistä ja tappioiden kahdenkertaisen vähentämisen estämistä ei hyväksytty oikeuttamisperusteeksi. Tuomioistuin ei ottanut kantaa alueperiaatteeseen eikä johdonmukaisuuteen. Jos alueperiaate hyväksyttäisiin yksinään oikeuttamisperusteeksi, sallittaisiin samalla lähtökohtaisesti yleisesti ja rajoitetusti verovelvollisen erilainen kohtelu.⁸⁹

Verovalvonnan tehokkuuden turvaamista ei ole hyväksytty välitöntä verotusta koskevissa tapauksissa, koska samoin kuin tappioiden kahdenkertaisen käyttämisen osalta, jäsenvaltioita koskee virka-apudirektiivi, joka mahdollistaa tietojen saamisen⁹⁰. Yleisen edun vaatimiksi pakottaviksi syiksi ei ole hyväksytty myöskään verotulojen vähentymistä tai muita valtiontalouteen liittyviä syitä, haitan kompensoivan edun myöntämistä eikä verolakien harmonisoimattomuutta.⁹¹ Yritykset voivat vapaasti valita mihin jäsenvaltioon sijoittautuvat, ja esimerkiksi se, että tytäryhtiön sijoittautumisvaltiossa sovelletaan matalampaa verokantaa ei oikeuta jäsenvaltioita poistamaan tätä etua emoyhtiön ankarammalla kohtelulla⁹². Verosopimustilanteissa sopimusvaltiot ovat vastavuoroisesti sopineet

⁸⁶ Helminen 2007, s.495.

⁸⁷ C-446/03, *Marks & Spencer plc*, kohdat 34 ja 51.

⁸⁸ ks. C-231/05, *Oy AA*, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 31.

⁸⁹ Helminen 2007, s. 494–497.

⁹⁰ Helminen 2007, s. 494.

⁹¹ Helminen 2007, s. 494.

⁹² ks. esim C-196/04, *Cadbury Schweppes*, kohta 49.

luopuvansa osittain tai kokonaan kansalliseen lainsäädäntöönsä perustuvasta verotusoi-
keudesta. Vastavuoroisuusperiaate ei ole hyväksyttävä oikeuttamisperiaate rajat ylittävän
tilanteen ankarammalle kohtelulle.⁹³

⁹³ *Malmgrén* 2008, s. 187.

3 Suomen konserniverojärjestelmä

3.1 Konserniavustus

Ennen vuotta 2021 konserniyhtiöiden välinen tappiontasaus on ollut mahdollinen vain konserniavustuslain mukaisesti. Vaikka konserniavustuslakia on pidetty toimivana ratkaisuna konsernina toimimisen neutraliteetin edistämiseksi, siihen on aina liittynyt ongelmia kansainvälisesti toimivien konsernien kannalta. Konserniavustukseen liittyvät ongelmat ovat korostuneet EU-oikeuden oikeuskäytännössä tapahtuneen kehityksen myötä.⁹⁴ Suomalaisen konserniavustuksen soveltamisala on kansallisissakin tilanteissa suppea, eikä se ole kaikkien konsernien tai konserniyhtiöiden käytettävissä⁹⁵. Konserniavustuslaissa säädetty edellytykset konserniavustuksen vähennyskelpoisuudelle antajan verotuksessa koskevat sekä puhtaasti kotimaisia että rajat ylittäviä tilanteita. Edellytykset koskevat elinkeinoverolain soveltamista, omistusosuutta, kotimaisuutta, kirjanpidon kirjauksia, konsernisuhteen kestoa ja tilikausia⁹⁶. Tässä yhteydessä käsitellään tarkemmin vain niitä konserniavustuksen edellytyksiä, joilla on erityistä merkitystä rajat ylittävissä tilanteissa. Tällaisia edellytyksiä ovat konserniavustuslain 3 §:n omistusosuutta ja niin sanottua kotimaisuusvaatimusta koskevat määräykset.

Konserniavustuslain 3§:n 1 momentin mukaan, jos kotimainen osakeyhtiö tai osuuskunta (emoyhteisö) omistaa vähintään yhdeksän kymmenesosaa toisen kotimaisen osakeyhtiön tai osuuskunnan (tytäryhteisö) osakepääomasta tai osuuksista, emoyhteisö saa vähentää tytäryhteisölleen suorittamansa konserniavustuksen veronalaisesta elinkeinotulosta. Suoritetun konserniavustuksen määrä luetaan tytäryhteisön veronalaiseksi elinkeinotuloksi. Tämä konserniavustuslain mukainen yhdeksän kymmenesosan omistusosuus toisesta yhtiöstä on yksi verotuksessa yleisesti käytettävistä konsernimääritelmistä⁹⁷. Omistusosuuden laskeminen perustuu osake- tai osuuspääomaan. Äänimäärällä ei ole omistusosuuden kannalta merkitystä. Tytäryhteisönä pidetään konsernivähennyslain 3 §:n 2 momentin mukaan myös sellaista osakeyhtiötä tai osuuskuntaa, jonka osakepääomasta tai osuuksista

⁹⁴ ks. *Helminen* 2020a, s. 1.

⁹⁵ *Leppiniemi & Walden* 2000, Tavoitetulos ja kuluvarasto, Konserniavustus.

⁹⁶ ks. vähennyskelpoisen konserniavustuksen edellytyksistä yleisesti esim. *Andersson & Penttilä* 2014, s. 985 alkaen.

⁹⁷ *Ranta-Lassila* 2002, s. 9. Vrt. konsernin muodostumista esim. OYL 8:12 ja KPL 1:5.

emoyhteisö yhden tai useamman tytäryhteisönsä kanssa omistaa vähintään yhdeksän kymmenesosaa. Epäsuoraa omistusta laskettaessa huomioidaan emo- ja tytäryhtiöiden omistukset kokonaisuudessaan, eikä suhteellisina osuuksina. Kuitenkin vain niiden tytäryhtiöiden, joista emo omistaa vähintään yhdeksän kymmenesosaa, kautta tapahtuva välillinen omistus lasketaan mukaan.⁹⁸ Myös tytäryhtiö voi konserniavustuslain 3 §:n 3 momentin mukaan antaa konserniavustusta sekä emoyhtiölle että emoyhtiön toiselle tytäryhtiölle.

Kuten edellä esitetystä konserniavustuslain 3 §:n 1 momentista ilmenee, konserniavustuksen osapuolien tulee nimenomaisesti olla kotimaisia yhteisöjä. Tämä kotimaisuusvaatimus on sisältynyt lakiin sen voimaantulosta asti, mutta sitä ei oikeastaan ole perusteltu lain esitöissä (HE 92/1986 vp.). Kotimaisuusvaatimus kuitenkin takaa sen, että se vähennyksen määrä, joka tehdään Suomen verotuksessa, vastaavasti tuloutuu saajan verotuksessa Suomessa verotettavaksi⁹⁹. Konserniavustusjärjestelmään perustuu myös kotimaisissa tilanteissa symmetrisyyperiaatteeseen; antajan verotuksessa tehtävä vähennys tuloutuu saajan verotuksessa. Myös kotimaisuusvaatimus ilmentää osaltaan tätä symmetrisyyperiaatetta. Rajat ylittävissä tilanteissa, lähinnä silloin kun konserniavustus annetaan Suomesta ulkomaille, sekä tulo että vähennys eivät vaikuta Suomen verotuksen piirissä, vaan Suomessa verotettava tulo pienenee ilman vastaavaa lisäystä. Konserniavustuksen tarkoitus ei olekaan mahdollistaa voitonsiirtoa pois Suomen verotusvallasta.¹⁰⁰ Kotimaisuusvaatimus on siten ennen kaikkea Suomen veropohjaa turvaava säännös.

Kotimaisen yhteisön määritelmä ei ole aiemmin perustunut lakiin, mutta sen vakiintuneena määritelmänä on pidetty perustamista Suomen lainsäädännön mukaan ja rekisteröintiä Suomeen. Vuoden 2021 alusta lähtien tämä määritelmä on sisältynyt tuloverolakiin. Samalla tuloverolakia muutettiin niin, että ulkomaista yhteisöä pidetään yleisesti verovelvollisena, jos ulkomaisen yhteisön tosiasiallinen johtopaikka sijaitsee täällä.¹⁰¹ Vuodesta 2021 alkaen konserniavustuslain 2.2 §:n mukaan konserniavustuksen osapuolena voikin olla yleisesti verovelvollinen ulkomainen yhteisö, joka rinnastuu kotimaiseen osakeyhtiöön tai osuuskuntaan.

⁹⁸ *Andersson & Penttilä* 2014, s. 903.

⁹⁹ ks. esim. *Penttilä* 2009, s. 461.

¹⁰⁰ *Andersson & Penttilä* 2014, s. 906–907.

¹⁰¹ HE 136/2020 vp, s. 6, 31.

Konserniavustuslaista on vielä lyhyesti tuotava esille joitakin perustavanlaatuisia seikkoja. Konserniavustus on vähennyskelpoinen vain, jos vastaavat meno- ja tulokirjaukset on tehty antajan ja saajan kirjanpidossa. Konserniavustuksella ei voi tehdä tappioita, koska sen määrä voi olla korkeintaan antajan elinkeinotoiminnan tulos ennen konserniavustuksen vähentämistä. Vähennys ja tulo kuuluvat sille verovuodelle, jona konserniavustus on suoritettu. Lisäksi edellytetään, että konsernisuhde (yli yhdeksän kymmenesosan omistus) on kestänyt koko verovuoden, ja antajan ja saajan tilikaudet päättyvät samanaikaisesti¹⁰². Jos kyseessä on ulkomainen yleisesti verovelvollinen yhteisö, konsernisuhteen kesto laskettaessa huomioidaan vain se aika, jona yhteisö on ollut yleisesti verovelvollinen.¹⁰³

Kotimaisuusvaatimuksen takia tappiontasaus ei ole yleensä mahdollinen rajat ylittävissä tilanteissa. Poikkeuksena tähän ovat sellaiset kansainväliset tilanteet, joissa konserniavustus on hyväksytty ulkomaisen välillisen omistuksen vuoksi tai kun kyseessä on ollut ulkomaisen yhtiön Suomessa sijaitseva kiinteä toimipaikka. Konserniavustuksen rajat ylittävät soveltumistilanteet ovat muodostuneet oikeuskäytännössä lähinnä verosopimusten syrjäntäkieltojen perusteella¹⁰⁴, mutta vaikutusta on kiinteiden toimipaikkojen osalta ollut myös SEUT:n sijoittautumisvapaudella. Ne tilanteet, joihin liittyy rajat ylittäviä piirteitä, ja joissa konserniavustus on mahdollinen ovat:

1. konserniavustuksen osapuolina ovat suomalainen yhtiö ja verosopimus- tai EU-valtiossa sijaitsevan yhtiön Suomessa sijaitseva kiinteä toimipaikka¹⁰⁵,
2. 90 prosentin omistusosuusvaatimus täyttyy EU- tai verosopimusvaltiossa asuvan tai asuvien yhteisöjen kautta,
3. 90 prosentin omistusosuusvaatimus täyttyy muun kuin EU- tai verosopimusvaltiossa asuvan tai asuvien yhteisöjen kautta, mutta konsernin emoyhtiö on verosopimusvaltiossa.¹⁰⁶

¹⁰² ks. esim. KHO 1995 B 509. Konsernin kaikkien yhtiöiden tilikausi oli kalenterivuosi, ja emoyhtiö osti tytäryhtiön osakkeet 1. tammikuuta. Konsernisuhteen ei katsottu kestävän koko verovuotta.

¹⁰³ Nämä edellytykset konserniavustuslain 4–7 §. Tilikausien päättymiseen voi hakea poikkeusta kirjanpitolautakunnalta.

¹⁰⁴ Verosopimukseen liittyviä seikkoja käsitellään tarkemmin luvussa 6.

¹⁰⁵ ks. KHO 2003:79. Tällaisessa tilanteessa konserniavustusjärjestelmän symmetrisyyperiaate ei vaarannu, koska sekä tulo että vähennys kohdistuvat edelleen veropohjaan Suomessa.

¹⁰⁶ *Helminen* 2001, luku 9, alaluku Tappiontasausmahdollisuudet.

Sen sijaan ulkomaisten tytäryhtiöiden tilanteissa konserniavustusta ei ole hyväksytty. Jo esimerkiksi vuonna 2013 julkaistussa elinkeinoverotuksen asiantuntijatyöryhmän raportissa on erikseen mainittu, että ETA:lla sijaitsevan ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden osalta Suomen konserniavustusjärjestelmän EU-oikeuden mukaisuus on epäselvä¹⁰⁷. Konserniavustusta, joka annetaan konserni yhtiöiden välillä niin, että toinen osapuolista on kotimainen mutta toinen taas on sijoittautunut muuhun jäsenvaltioon, käsiteltiin ratkaisuisissa KHO 2007:92 ja KHO 2007:93. Ratkaisuisista jälkimmäinen liittyy KHO:n pyytämään ennakkoratkaisuun ja EUT:n tuomioon asiassa C-231/05, *Oy AA*. Tapauksen lähtöasetelmissä on yksi oleellinen ero, nimittäin suunta, jossa konserniavustusta aiottiin antaa. Tapauksessa KHO 2007:93 suomalainen tytäryhtiö olisi antanut konserniavustusta toisessa jäsenvaltiossa asuvalle emoyhtiölleen. Kuten edellä EUT:n tuomion käsittelyn yhteydessä on todettu, Suomen konserniavustusjärjestelmä katsottiin sijoittautumisoikeutta rajoittavaksi, koska konserniavustus olisi ollut mahdollinen samassa relaatiassa, jos myös emoyhtiö olisi ollut kotimainen. EUT kuitenkin piti rajoitusta oikeutettuna ja oikeasuhteisena. EUT:n tuomion jälkeen KHO hylkäsi verovelvollisen valituksen Keskusverolautakunnan ennakkoratkaisusta, jonka mukaan kyseessä ei ollut vähennyskelpoinen konserniavustus. Asiassa ei ollut kyse siitä, että Suomen konserniavustuslaki estäisi tytäryhtiön sijoittautumisvapauden käyttöä vaan ennemminkin siitä, että laki tekee emoyhtiölle epäedullisemmaksi perustaa tytäryhtiö Suomeen.

EUT:n ennakkoratkaisun jälkeen KHO antoi ratkaisun KHO 2007:92, jossa myös hylättiin verovelvollisen vaatimus konserniavustuksen vähennyskelpoisuudesta. Tapauksessa suomalainen yhtiö olisi antanut isobritannialaiselle samaan konserniin kuuluvalla yhtiöllä konserniavustuksen pääomatappioiden kattamiseksi. Suomalainen yhtiö omisti välillisesti Iso-Britanniassa olevan yhtiön. Verovelvollinen vetosi *Marks & Spencer I* tuomioon, mutta KHO ratkaisi tapauksen C-231/05, *Oy AA*:n perusteella siten, että Suomen konserniavustusjärjestelmä ei ole EU-oikeuden vastainen eikä konserniavustus ole kyseisessä tilanteessa yhtiölle vähennyskelpoinen. Sitä, oliko tapauksessa kyseessä lopulliset tappiot, ei ratkaistu. On huomioitava, että C-231/05, *Oy AA* koski tilannetta, jossa konserniavustuksen antaja oli suomalainen tytäryhtiö eikä emoyhtiö, eikä asetelma siten vastannut *Marks & Spencer I* -tapauksessa eikä liioin myöskään ratkaisussa KHO 2007:92

¹⁰⁷ ks. *Valtiovarainministeriö* 2013, s. 31.

kyseessä ollutta tilannetta. Tosin EUT on sittemmin todennut, että välillisen omistuksen tilanteissa on hyväksyttävää, että vain tytäryhtiön kanssa samassa jäsenvaltiossa asuvien muiden yhtiöiden välillinen omistus huomioidaan, ja tässä käsitellyssä tapauksessahan omistusketju kulki useamman valtion kautta.

Vaikuttaa siltä, että asiassa C-231/05, *Oy AA* annettua tuomioita on tulkittu niin, että EUT on hyväksynyt Suomen konserniavustusjärjestelmän kokonaisuudessaan¹⁰⁸. Kun otetaan huomioon myöhemmin annettu tuomio asiassa E-15/16, *Yara International ASA*, jossa lopullisten tappioiden poikkeuksen vahvistettiin koskevan myös konserniavustusjärjestelmiä, sekä erityisesti komission rikkomusmenettely Suomea vastaan, tulkinta ei ole ollut täysin linjassa EU-oikeuden kanssa.

Esimerkiksi Ruotsissa, jossa konserniavustusjärjestelmä on pitkälti samanlainen kuin Suomessa, otettiin jo vuonna 2010 *Marks & Spencer I* ja *Oy AA* -tapauksen sekä eräiden Ruotsin korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisujen perusteella lainsäädäntöön erillinen konsernivähennys, jolla ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden vähentäminen mahdollistettiin. Ruotsin hallinto-oikeus antoi vuonna 2009 kymmenen rajat ylittävää konserniavustusta koskevaa ratkaisua, joissa se totesi *Marks & Spencer I*:seen perustuen, että Ruotsin järjestelmä sellaisenaan oli SEUT 49:n vastainen. Ruotsalaisen konserniavustuksen edellytystä siitä, että konserniavustuksen saajan pitää olla Ruotsissa verovelvollinen, ei pidetty suhteellisuusperiaatteen mukaisena, jos kyseessä on ETA:lla sijaitsevan tytäryhtiön lopulliset tappiot.¹⁰⁹

3.2 Konsernivähennys

3.2.1 Konsernivähennyslaki

EU-oikeuden vaatimus ulkomaisten tytäryhtiöiden lopullisten tappioiden vähentämisestä on toteutettu lailla Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä. Laki tuli voimaan 1.1.2021 ja sitä sovelletaan ensimmäisen kerran

¹⁰⁸ ks. *Penttilä* 2009, s. 466.

¹⁰⁹ ks. *Edvinsson* 2010, luku 3. Supreme Administrative Court Decisions.

vuoden 2021 verotuksessa. Konsernivähennys tehdään suomalaisen emoyhtiön verotuksessa yhtiön vaatimuksesta, jos kaikki sille laissa asetetut edellytykset täyttyvät. Muutoksella ei sinänsä ole vaikutusta konserniavustuslakiin tai sen soveltamiseen, mutta tytäryhtiöiden lopullisten tappioiden vähentämistä ei enää tarvitse arvioida sen kontekstissa vaan sovellettavaksi tulee konsernivähennyslaki. EU-oikeus sallii eri järjestelmien soveltamisen kotimaiseen ja rajat ylittävään tilanteeseen, kunhan ne johtavat rajat ylittävän tilanteen vähintään yhtä edulliseen kohtelun. Konsernivähennyksen edellytykset vastaavat pitkälti konserniavustuksen edellytyksiä, mutta ovat joiltain osin tiukempia. Tarkoitus ei ole, että konsernivähennys olisi käytettävissä laajemmin kuin tappiontasaus on mahdollinen kotimaisten konserniyhtiöiden välillä.¹¹⁰

Uusi sääntely vastaa lähes täysin Ruotsissa jo kymmenen vuotta käytössä ollutta konsernivähennystä (*koncernavdrag*). Ruotsin konsernivähennysjärjestelmä on jo ollut EUT:n arvioitavana, mutta on jälleen huomioitava, että EUT vastaa vain sille esitettyyn kysymykseen eikä yksittäisistä tuomioista sinänsä voi vetää sellaista johtopäätöstä, että tietty lainsäädäntö olisi kokonaisuudessaan hyväksytty myös sellaisten seikkojen osalta, jotka eivät ole olleet esillä tuomiossa. Huomionarvoista on se, että konsernivähennyksen kriteerit ovat sekä Suomessa että Ruotsissa tietyiltä osin myös helpommat täyttää kuin konserniavustuksen. Konsernivähennys ei edellytä kummassakaan maassa vastaavia kirjanpidollisia toimia kuin mitä konserniavustuksen vähennyskelpoisuus edellyttää. Suomessa konserniavustus on vähennyskelpoinen vain, jos varat on todellisuudessa siirretty tai kirjattu velaksi. Konsernivähennys ei edellytä tulo- ja menokirjauksia kirjanpidossa. Tämä liittyy siihen, miksi rajat ylittävän tappiontasauksen keinoksi on valittu erillinen vähennys konserniavustuksen sijaan. Jos ulkomaisen tytäryhtiön tulisi tehdä tulokirjaus, sille voisi realisoitua tuloa, joka estää tappioiden muodostumisen lopullisiksi.¹¹¹ Vaatimus varojen siirrosta merkitsisi myös hallinnollista taakkaa verovelvolliselle, mikä ei sovi rajat ylittäviin tilanteisiin¹¹². Niissä Ruotsin tuomioistuimen päätöksissä, joihin Ruotsin konsernivähennystä koskevat säännöt perustuvat, on myös todettu, ettei sillä, että konserniavustus

¹¹⁰ ks. *Helminen* 2021, luku 8. The Future of the Finnish Group Contribution System.

¹¹¹ ks. Regeringens proposition 2010, s. 19 ja HE 185/2020 vp, s. 16.

¹¹² ks. *Edvinsson* 2010, luku 4. New Rules on Group Deduction.

edellyttää, että saatu konserniavustus lasketaan saajan veronalaiseen tuloon, ole merkitystä konsernivähennyksen kannalta¹¹³. Sama pätee myös suomalaiseen konsernivähennykseen. Vähennys tehdään emoyhtiön verotuksessa eikä tytäryhtiölle muodostu siitä tuloa toisin kuin jos se saisi konserniavustuksen.

EUT:n oikeuskäytännössä on todettu, että jäsenvaltioilla on oikeus kansalliseen lainsäädäntöön, joka sulkee veroedun ulkopuolelle keinotekoiset järjestelyt, joilla pyritään kiertämään verolainsäädäntöä. Veroetu voidaan evätä, jos järjestelyllä ei ole liiketaloudellisia perusteita¹¹⁴. Vaikka konsernivähennyslaki jo itsessään asettaa todella tiukat vaatimukset sen soveltumiselle, mahdollisiin väärinkäytöstilanteisiin voidaan puuttua verotusmenetelystä annetun lain (VML) 28 §:n perusteella¹¹⁵.

3.2.2 Konsernivähennykseen oikeutetut yhteisöt

Konsernivähennyksen voi tehdä Suomessa yleisesti verovelvollinen emoyhtiö sen ETA:lla sijaitsevan tytäryhtiön lopullisten tappioiden perusteella. Vuodesta 2021 alkaen myös ulkomainen yhteisö, jonka tosiasiallinen johtopaikka on Suomessa, on täällä yleisesti verovelvollinen, ja voi edellytysten täytyessä tehdä konsernivähennyksen. Emoyhtiön tulee olla myös verosopimuksen mukaan Suomessa asuva.¹¹⁶ Konsernivähennyslain 2.2 §:n mukaan tällaisen emoyhtiön tulee olla ETA-valtion lainsäädännön mukaan perustettu ja sen sääntömääräisen kotipaikan, keskushallinnon tai päätoimipaikan tulee olla ETA-valtiossa. Tytäryhtiöllä, jonka tappioiden perusteella vähennys tehdään, tulee olla kotipaikka ETA-valtiossa. Konsernivähennyslain mukaan sekä emoyhtiön että tytäryhtiön tulee olla konserniavustuslaissa konserniavustuksen antajaksi tai saajaksi sallittuja yhtiöitä, eli niiden on oltava tai rinnastuttava suomalaiseen osakeyhtiöön tai osuuskuntaan, ja ne eivät saa olla talletuspankkeja taikka luotto-, vakuutus- tai eläkelaitoksia.

Lakien välillä on eroja siinä, miten välillinen omistus huomioidaan. Konsernivähennyslain 2.1 §:n 1 kohdan mukaan emoyhtiön tulee omistaa välittömästi vähintään 90 % ty-

¹¹³ ks. *Brodic* 2007, s. 154.

¹¹⁴ ks. esim C-196/04, *Cadbury Schweppes*, kohta 55.

¹¹⁵ ks. *Helminen* 2020a, s. 4.

¹¹⁶ ks. HE 257/2018 vp.

tytäryhtiön osakepääomasta tai osuuksista. Lain 3 §:n mukaan välillinen omistus huomioidaan ainoastaan silloin, jos välillinen omistus muodostuu tytäryhtiön kanssa samassa jäsenvaltiossa olevan yhtiön tai yhtiöiden kautta. Konsernivähennyslain vaatimusta välittömästä omistuksesta tai tytäryhtiön kanssa samassa jäsenvaltiossa olevan yhtiön kautta perustellaan sillä, että muutoin verovelvolliset voisivat vapaasti valita missä valtiossa tappiot hyödynnetään¹¹⁷.

Ruotsin konsernivähennystä koskevassa lainsäädännössä on samalainen vaatimus välittömästä omistuksesta kuin nyt Suomessakin. Vaatimusta arvioitiin asiassa C-608/17, *Holmen AB*. Tapauksessa oli kyse konsernista, jolla oli ruotsalainen emoyhtiö ja espanjalaisia tytäryhtiöitä ja tytäryhtiöiden tytäryhtiöitä. Tuomiossaan EUT totesi, että on sijoittautumisoikeuden vastaista, jos konsernivähennystä ei hyväksytä emoyhtiön verotuksessa tytäryhtiön tytäryhtiön lopullisten tappioiden perusteella tilanteessa, jossa tytäryhtiö ja sen tytäryhtiö ovat sijoittautuneet samaan jäsenvaltioon. Silloin jäsenvaltioiden verotusvallan tasapainoinen jakautuminen ei vaarannu sen enempää kuin tilanteessa, jossa kyse olisi suoraan omistetusta tytäryhtiöistä. Tällöin rajoitus ei ole suhteellisuusperiaatteen mukainen.¹¹⁸

Sen sijaan silloin, kun välillinen omistus tapahtuu kolmannen tai useampien jäsenvaltioiden kautta, konsernivähennystä ei tarvitse hyväksyä. Tällä rajoituksella voidaan estää se, että konsernissa voitaisiin esimerkiksi verokantojen perusteella valita, missä valtiossa tappioita vähennetään. Rajoituksella voidaan estää verotusvallan tasapainoisen jakautumisen vaarantuminen sekä mahdollinen samojen tappioiden käyttö useassa valtiossa. Tappiot voidaan lopullisten tappioiden poikkeuksen perusteella huomioida siinä jäsenvaltiossa, jossa tappiollisen alatytäryhtiön omistaja sijaitsee. Siten rajoitus ei ylitä suhteellisuusperiaatetta.¹¹⁹ Tilanteet, joissa konsernisuhde muodostuu muissa jäsenvaltioissa asuvien yhtiöiden kautta, on EU-oikeuden mukaisesti rajattu konsernivähennyksen ulkopuolelle.

Konserniavustuksessa omistusosuutta laskettaessa huomioidaan konsernivähennystä laajemmin välillinen omistus. Konserniavustuksen vaatima konsernisuhde voi muodostua

¹¹⁷ HE 185/2020 vp., s. 18.

¹¹⁸ ks.C-608/17, *Holmen AB*, kohdat 30–32.

¹¹⁹ ks.C-608/1,7 *Holmen AB*, kohdat 26–29.

niin, että emoyhtiön 90 prosenttisesti omistamat tytäryhtiöt omistavat konserniavustuksen osapuolena olevasta yhtiöstä yhteensä 90 prosenttia.¹²⁰ Omistusosuuteen voidaan sisällyttää myös ETA- tai verosopimusvaltioissa asuvien konserniyhtiöiden omistukset. Konserniavustuksen vaatima omistusosuus lasketaan siten, että emoyhtiön ja niiden tytäryhteisöjen omistukset, jotka ovat 90 prosentin omistuksessa, omistusosuudet lasketaan yhteen eikä käytetä suhteellisia osuuksia. Konserniavustus voi siis olla mahdollinen tilanteissa, joissa emoyhtiö ei varsinaisesti edes omista konserniavustuksen toista osapuolta.¹²¹ Konsernivähennyksissä tai sen esitöissä ei puolestaan oteta kantaa, miten omistusosuus lasketaan silloin, kun omistusketjussa on toinen tytäryhtiö samassa jäsenvaltiossa. Esimerkiksi siitä, tuleeko tämän toisen tytäryhtiön olla 90 prosenttisesti emoyhtiön omistuksessa, ei ole mainintaa.

Konsernivähennyksen voi tehdä vain emoyhtiön verotuksessa sen tytäryhtiön lopullisten tappioiden vähentämiseksi. Tämä poikkeaa konserniavustuksen soveltamisalasta, sillä myös tytäryhtiö voi antaa konserniavustusta emo- tai sisaryhtiölleen. Kun konsernivähennyksen soveltumistilanteita verrataan konserniavustukseen, on selvää, että konserniavustuksen soveltamisala on laajempi. Sekä suomalaiselle emoyhtiölle että ulkomaiselle emoyhtiölle sijoittautuminen tytäryhtiöiden muodossa myös muihin jäsenvaltioihin, kuin ainoastaan Suomeen, on ollut vähemmän houkuttelevaa tappiontasausmahdollisuuksien kannalta¹²². Tämä ei muuttunut konsernivähennyksen käyttöönoton jälkeenkään. Voidaankin pitää tulkinnanvaraisena sitä, tulisiko konsernivähennys hyväksyä myös sisaryhtiöiden välillä¹²³.

Tarkastellaan seuraavaksi sisaryhtiötilanteita, joissa konsernivähennystä vaadittaisiin Suomessa tytäryhtiön verotuksessa sen sisaryhtiön lopullisten tappioiden perusteella. Jos myös konsernin emoyhtiö olisi suomalainen, konsernivähennys voitaisiin tehdä sen verotuksessa. Vaikka emolla itsellään ei olisi tarpeeksi verotettavaa tuloa, josta tehdä vähennys, Suomessa sijaitseva tytäryhtiö voisi antaa sille konserniavustusta. Lopputulos olisi sama kuin jos vähennys tehtäisiin suomalaisen tytäryhtiön verotuksessa. Jos taas

¹²⁰ *Verohallinto* 2021a, Luku 3.1 Konsernisuhteen muodostuminen.

¹²¹ *Verohallinto* 2021a, Luku 3.2 Omistusosuuden laskeminen.

¹²² ks. *Helminen* 2005, s. 599.

¹²³ ks. *Helminen* 2020a, s. 3.

emoyhtiö olisi toisessa jäsenvaltiossa, sen tytäryhtiön lopulliset tappiot pitäisi lähtökohdaisesti vähentää siellä. EUT:n oikeuskäytännön perusteella on selvää, ettei verovelvollisilla ole oikeutta vapaasti valita missä tappiot vähennetään ja hyödyntää siten esimerkiksi eroja verokannoissa¹²⁴. Myöskään Ruotsin korkein hallinto-oikeus ei pitänyt sijoittautumisvapauden vastaisena sitä, ettei tappiontasaukseen ollut mahdollisuutta sisaryhtiöiden välillä. Ruotsin korkein hallinto-oikeus perusteli tämän sillä, EUT:n ratkaisussa C-231/05, *Oy AA*, katsottiin ettei kotimaisen yhtiön sen toisessa jäsenvaltiossa sijalle emoyhtiölle antamaa konserniavustusta tarvinnut hyväksyä.¹²⁵ Sisaryhtiöidenkään välillä ei ole kyse niiden sijoittautumisoikeudesta.

Kun konserniavustus edellyttää varojen tosiasiallista siirtoa, pohdittavaksi tulee SEUT 63 artiklan pääomien ja maksujen vapaa liikkuvuus¹²⁶. Vaikka vastaavaa varojen siirtoa ei edellytetä konsernivähennyksessä, pääomien ja maksujen vapaa liikkuvuus voisi tulla sovellettavaksi koska kotimaisessa tilanteessa konserniavustus on vähennyskelpoinen mutta rajat ylittävässä tilanteessa samaa mahdollisuutta ei ole. On siis jälleen verrattava kotimaista ja rajat ylittävää tilannetta. Konserniavustuksen yhteydessä sovellettava perusvapaus on sijoittautumisvapaus, koska tällaisissa tilanteissa omistusosuus on niin suuri, ettei kyseessä ole pääomien vapaa liikkuvuus. Sisaryhtiöiden kohdalla näin ei ole, ja pääomien vapaa liikkuvuus voisi tulla kyseeseen. Vaikka pääomien vapaa liikkuvuus tulisikin sovellettavaksi, voisi myös sen rajoittamiselle olla hyväksyttäviä oikeuttamisperusteita, kuten verotusvallan tasapainoinen jakautuminen, kahdenkertaisen vähentämisen vaara ja veronkierron välttäminen¹²⁷. Pääomien ja maksujen vapaan liikkuvuuden soveltamisala on sijoittautumisvapautta laajempi. Se koskee pääomien ja maksujen liikkeitä paitsi jäsenvaltioiden välillä, myös jäsenvaltioiden ja kolmansien maiden välillä. Jos sisaryhtiöiden välinen konsernivähennys olisi SEUT 63 artiklan perusteella EU-oikeuden vaatimuksesta hyväksyttävä, konserniavustuksen laajenisi tältä osin myös EU-valtioiden ulkopuolelle¹²⁸. EUT:n oikeuskäytännössä on viitattu siihen, että pääomien vapaan liikkuvuuden rajoittaminen jäsenvaltioiden ja kolmansien valtioiden välillä voi olla perusteltua silloinkin, kun se ei sitä olisi jäsenvaltioiden välillä. Tämä johtuu erityisesti

¹²⁴ ks. esim. C-231/05, *Oy AA*, kohta 55 ja C-414/06, *Lidl Belgium*, kohta 32.

¹²⁵ *Gerson* 2011, s. 279.

¹²⁶ ks. *Helminen* 2020b, s. 543.

¹²⁷ ks. *Helminen* 2021, luku 7. Relevance of Final Losses in Relation to the Finnish Group Contribution.

¹²⁸ ETA-sopimuksen vastaava artikla 40 ei kuitenkaan sovellu suhteessa EU:n ja ETA:een ulkopuolisiin.

kansallisten veroviranomaisten yhteistyötä koskevasta EU:n sääntelystä.¹²⁹ Jos kyseessä olisi tilanne, jossa tappiollinen osapuoli on sijoittautunut EU:n ulkopuolelle, erityisesti kahdenkertaisen vähentämisen riski olisi suurempi kuin EU-alueella, koska hallinnollisen yhteistyön direktiivi ei koske kolmansia valtioita.

Toisen, edellä käsiteltä merkitvämmän EU oikeudellisen ongelman konsernivähennyksen soveltamisalassa muodostaa se, ettei konsernivähennys ole konsernivähennyslain sanamuodon mukaan mahdollinen sellaisen ulkomaisen yhteisön Suomessa sijaitsevalle kiinteälle toimipaikalle, johon tytäryhtiön osakkeet liittyvät. Silloin tämän kiinteän toimipaikan verotus on ankarampaa kuin täällä yleisesti verovelvollisen yhteisön.¹³⁰ Tapausta, jossa olisi ollut kyseessä vastaava tilanne ei tiettävästi ole käsitelty EUT:ssa. EU-oikeus kuitenkin selkeästi edellyttää kiinteän toimipaikan yhtä edullista kohtelua kotimaiseen yhtiöön verrattuna. Tämä on todettu myös Suomen kansallisessa oikeuskäytännössä kiinteää toimipaikkaa ja konserniavustusta koskevassa ratkaisussa KHO 2003:79. Jos ulkomaisen tappiollisen tytäryhtiön osakkeet eivät liity Suomessa olevaan kiinteään toimipaikkaan, vastuu tappioiden huomioimisesta on vain emoyhtiön asuinvaltiolla. Kiinteän toimipaikan oikeutta konsernivähennykseen käsitellään verosopimusten syrjäntäkieltojen kannalta luvussa 6.

¹²⁹ ks. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, kohdat 170 – 171.

¹³⁰ ks. *Helminen* 2020a, s. 3.

4 Lopulliset tappiot EU:n oikeuskäytännössä

4.1. Lähtökohta tappioiden lopullisuuden arvioinnille

EUT loi lopullisten tappioiden käsitteen vuonna 2005 asiassa C-446/03, *Marks & Spencer (Marks & Spencer I)*. Tuomion 55 kohdan mukaan asiassa kyseessä ollut Iso-Britannian lainsäädännöstä aiheutuva sijoittautumisvapauden rajoitus ei ole suhteellisuusperiaatteen mukainen silloin, kun 1) ”verotuksellisesti toisessa jäsenvaltiossa asuva tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikki sen asuinpaikkavaltiossa olemassa olevat tappioiden huomioon ottamista koskevat mahdollisuudet tappiontasausta koskevassa hakemuksessa tarkoitetun verovuoden ja aikaisempien verovuosien osalta tarvittaessa siirtämällä kyseiset tappiot kolmannelle tai vähentämällä mainitut tappiot tytäryhtiölle aikaisempien verovuosien aikana toteutuneista voitoista”, ja 2) ”ei ole olemassa mahdollisuutta siihen, että joko ulkomainen tytäryhtiö itse tai kolmas etenkin siinä tapauksessa, että tytäryhtiö on myyty sille, voi ottaa kyseisen tytäryhtiön tappiot huomioon sen asuinpaikkavaltiossa tulevien verovuosien aikana.”¹³¹

Näyttövelvollisuus edellytysten täyttymisestä on emoyhtiöllä¹³². *Marks & Spencer I* -tapauksen jälkeen EUT on täsmentänyt tappioiden lopullisuuden kriteerejä, ja on yhä vaikeampaa päätyä tilanteeseen, jossa tappiot katsottaisiin lopullisiksi. Iso-Britannian lainsäädäntöä muutettiin *Marks & Spencer I:n* jälkeen niin, että se sallii tappioiden vähentämisen, jos kaikki mahdollisuudet tappioiden hyödyntämiseksi asuinvaltiossa verovuonna ja aiempina verovuosina on käytetty, tappioiden lopullisuus näytetään välittömästi sen verovuoden jälkeen, jona tappiot ovat syntyneet ja hakemus tehdään kahden vuoden kuluessa siitä verovuodesta.¹³³ Näitä ehtoja arvioitiin asiassa C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta (*Marks & Spencer II*).

Komission mukaan se, että tappioiden lopullisuus tulee näyttää välittömästi, tekee tappioiden vähentämisen käytännössä mahdottomaksi. Komission mukaan tappiot voitaisiin käyttää vain, jos tytäryhtiön asuinvaltiossa ei ole lainkaan mahdollista siirtää tappioita tai

¹³¹ C-446/03, *Marks & Spencer*, kohta 55. Tähän liittyen tappioiden käyttämahdollisuuksien arvioinnista käytetään usein termiä ”*no possibilities test*”.

¹³² C-446/03, *Marks & Spencer*, kohta 56.

¹³³ *Pinetz & Spies* 2015, s. 310–311. ks. myös *Corporation Tax Act 2010* 119§.

jos tytäryhtiö on asetettu purkamismenettelyyn jo tappiovuonna.¹³⁴ EUT hylkäsi komission kanteen, koska aiemman oikeuskäytännön perusteella tappiota ei tarvitse hyväksyä emoyhtiön asuinvaltiossa, jos tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädäntö ei mahdollista tappioiden siirtoa. Lisäksi Iso-Britannian lainsäädännön sanamuoto ei edellytä purkamismenettelyä. Sitä, asetetaanko tappiollinen yhtiö purkamismenettelyyn pian verovuoden päättymisen jälkeen tai aikomusta purkaa yhtiö ylipäättään tarkastellaan vain osana kaikkia merkityksellisiä seikkoja, joiden perusteella lopullisuus arvioidaan. Tuomio perustui josain määrin siihen, ettei komissiolla ollut näyttöä rajoituksesta. Iso-Britanniassa oli ollut ainakin yksi esimerkkitapaus, jossa rajat ylittävät tappiot oli saatu vähentää, ja siten vastakkaiseen kantaan oli esitettävissä näyttöä.¹³⁵

Periaatteet, joiden perusteella lopullisuutta arvioidaan ovat muodostuneet EUT:n oikeuskäytännössä. EUT ei kuitenkaan tuomioissaan varsinaisesti ota kantaa siihen, ovatko tappiot lopullisia kyseisessä tilanteessa. Lopullisuuden arviointi jää jäsenvaltioiden kansallisten tuomioistuimien tehtäväksi¹³⁶.

4.2 Oikeudelliset ja tosiasialliset syyt

EUT:n oikeuskäytännössä on eroteltu toisistaan oikeudelliset syyt ja tosiasialliset syyt sille, ettei tappioita voi käyttää niiden lähdevaltiossa. Tappioiden lopullisuus ei voi aiheutua oikeudellisista syistä, joilla tarkoitetaan sitä, että tappiot eivät ole lähdevaltion lainsäädännön mukaan vähennettävissä ollenkaan tai vähennysoikeus on päättynyt tappioiden vanhentumisen takia¹³⁷. Tämä rajausta kaventaa merkittävästi tilanteita, joissa tappioita voidaan pitää lopullisina.

Oikeudellisten syiden merkitystä arvioitiin asiassa C-322/11, *K*. Asiassa oli kyse suomalaisesta luonnollisesta henkilöstä, joka oli myynyt kiinteistön Ranskassa tappiolla. Ranskan lainsäädännön mukaan myyntitappioita ei voi vähentää lainkaan. Jos *K* olisi myynyt kiinteistön Suomessa, tappiot olisi voinut vähentää pääomatuloista. Suomen ja Ranskan

¹³⁴ ks. C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta, kohta 15.

¹³⁵ ks. C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta, kohdat 18, 33–35, 37 ja 43.

¹³⁶ ks. C-388/14, *Timac Agro Deutschland GmbH*, kohta 57.

¹³⁷ks. C-322/11, *K*, kohdat 77–81, ks. myös edellinen alaviite ja *Pezzella* 2014, luku 3.3.2. Losses that can no longer be utilized for legal reasons.

välisen verosopimuksen mukaan kiinteistön myynnistä saatava pääomatulo verotetaan Ranskassa ja kaksinkertainen verotus poistetaan Suomessa vapautusmenetelmällä, eikä tappiota siten saa vähentää Suomessa. Tässä toteutuu symmetriaperiaate, sillä tappiot olisi voinut vähentää vain, jos verovelvollisella olisi ollut vastaavasti tuloja ulkomailta¹³⁸. K ei ollut voinut käyttää kaikkia mahdollisuuksia tappioiden vähentämiseksi Ranskassa, koska mahdollisuutta ei ollut lainkaan. Tappiota ei tarvinnut hyväksyä vähennettäväksi Suomessa, koska jäsenvaltioiden ei tarvitse ottaa huomioon toisten jäsenvaltioiden lainsäädännön haitallisia vaikutuksia.¹³⁹ Jos Ranskassa olisi ollut lainsäädännöllinen mahdollisuus huomioida tappiot, olisi tilanne ollut toinen ja lopullisuutta olisi jälleen pitänyt arvioida. Tapaus kuului pääomien vapaan liikkuvuuden soveltumisalaan, mutta se pätee myös sijoittautumisvapautta koskeviin tilanteisiin.

Kiinteän toimipaikan tappioita koskevassa asiassa C-157/07, *Krankenheim*, oli kyse saksalaisesta yhtiöstä, jolla oli Itävallassa kiinteä toimipaikka vuosina 1982–1994. Kiinteän toimipaikan tappiota vuosien 1982–1990 ajalta oli huomioitu Saksassa. *Krankenheim* luopui kiinteästä toimipaikasta vuonna 1994. Vuosina 1991–1994 kiinteä toimipaikka oli voitollinen, ja näitä voittoja vastaava määrä lisättiin Saksassa *Krankenheimin* tuloon. Itävallassa tappioiden vähentäminen sallittiin vain, jos niitä ei voitu vähentää siinä valtiossa, johon yhtiö, jolle kiinteä toimipaikka kuului, oli sijoittautunut. Tappioita koski seitsemän vuoden *carry forward* -rajoitus. Siirtomahdollisuutta sovellettiin kiinteiden toimipaikkojen tappioihin vain, jos yhtiön, jolle kiinteä toimipaikka kuului, maailmanlaajuinen tulos ei ollut voitollinen. EUT katsoi, että Itävallan lainsäädäntö ei sallinut tappioiden siirtämistä seuraavilla verovuosille, eikä Saksassa siten ollut velvollisuutta huomioida niitä vaan tappioiden lisääminen tuloon Saksassa oli oikeutettua.¹⁴⁰

Asiassa C-608/17, *Holmen AB*, tappiollisen alatytyrhtiön asuinvaltion (Espanja) lainsäädännön mukaan likvidaatiovuoden aikana tappiota ei voitu siirtää muille. Tappioita ei voitu pitää lopullisina sen perusteella, että tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännössä ei sallita tappioiden siirtämistä likvidaatiovuoden aikana. Jäsenvaltion lainsäädännössä oleva siirtorajoitus ei kuitenkaan ole sellainen oikeudellinen syy, jonka vuoksi tappiot

¹³⁸ *Helminen* 2011, luku 3. Relevant Domestic Law and Tax Treaty Provisions.

¹³⁹ ks. C-322/11, K, kohdat 77–81.

¹⁴⁰ ks. C-157/07, *Krankenheim*, kohdat 11–17 ja 47–55.

menettäisivät kokonaan lopullisuuden mahdollisuuden (*”legally exhausted”*) samoin kuin jos ne olisivat esimerkiksi vanhentuneet.¹⁴¹

Tappioiden lopullisuus voi perustua vain tosiasiallisiin syihin, eli siihen, että tytäryhtiö ei saa tulevaisuudessa yhtään tuloja lähdevaltiosta eikä tappioita siten voi vähentää siellä, vaikka lähdevaltion laki mahdollistaisi tappioiden vähentämisen tulevina vuosina. Vaatimusta siitä, että tytäryhtiöllä ei saa olla vähäisiäkään tuloja asuinvaltiossaan, tulkitaan tiukasti. Esimerkiksi voimassa oleva vuokrasopimus voi tuottaa tuloja, joista tappioita voisi myöhemmin vähentää¹⁴². Vuokrasopimusten lisäksi muutkin liikesuhteet tulee lopettaa ja tytäryhtiön varat tulee myydä. Käytännössä se, ettei tulevaisuudessa saada mitään vähäisiäkään tuloja, voidaan osoittaa vain, jos tytäryhtiö puretaan.¹⁴³

Asiassa C-650/16, *A/S Bevola*, tosiasiallisia mahdollisuuksia käyttää tappiot arvioitiin Tanskan valinnaisen kansainvälisen yhteisverotuksen kannalta. Tanskan lainsäädännön mukaan konsernit, joiden emoyhtiö asuu Tanskassa, voivat valita kotimaisen yhteisverotuksen sijaan kansainvälisen yhteisverotuksen, jossa kaikkia konserniin kuuluvia yhtiöitä ja kiinteitä toimipaikkoja verotetaan niiden tuloista Tanskassa, ja niiden tappiot huomioidaan Tanskan verotuksessa. Valintaa sovelletaan yleensä kymmenen vuotta kerrallaan. Tanskalaisella yhtiöllä oli Suomessa kiinteä toimipaikka, jonka tappioita ei voitu enää sivuliikkeen sulkemisen jälkeen vähentää Suomessa. Konsernissa ei ollut valittu kansainvälistä yhteisverotusta. Tuomiosta on pääteltävissä, ettei se, että tappiot olisi voitu vähentää Tanskassa, jos verovelvollinen olisi valinnut kansainvälisen yhteisöverotuksen, tarkoittanut, ettei kaikkia tosiasiallisia keinoja tappioiden käyttämiseksi olisi käytetty. Asiassa todettiin myös se, että lopullisiin tappioihin liittyvä oikeuskäytäntöä sovelletaan analogisesti myös kiinteisiin toimipaikkoihin.¹⁴⁴

Voidaan ajatella, että kun tappiot ovat lopullisia tosiasiallisista syistä, verotusvallan tasapainoinen jakautuminen ei vaarannu. Voitollisessa tilanteessa tytäryhtiön voittoa verotet-

¹⁴¹ C-608/1,7 Holmen AB, kohdat 9 ja 40.

¹⁴² ks. C-123/11, A Oy, kohta 53. Tosin tähän vetosivat asiassa huomautuksia esittäneet jäsenvaltiot. EUT ei sinänsä ottanut kantaa tappioiden lopullisuuteen tai vuokrasopimuksen vaikutukseen, vaan se jäi kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi. EUT on kuitenkin myöhemmin viitannut tähän, esimerkiksi Marks & Spencer II -tapauksessa.

¹⁴³ näin *Pinetz & Spies* 2015, s. 312–313.

¹⁴⁴ ks. C-650/16, *A/S Bevola*, kohdat 26–29 ja 64.

taisiin emoyhtiön asuinvaltiossa osinkoina tai pääomavoittona (*capital gain*). Jos taas kyseessä on kiinteä toimipaikka, tappiota voidaan pitää investointitappiona.¹⁴⁵ Toisaalta on esitetty, että tappioiden lopullisuus pitäisi hyväksyä myös oikeudellisten syiden perusteella. Kun vain tosiasialliset syyt voivat johtaa lopullisuuteen, tytäryhtiöiden tai kiinteiden toimipaikkojen toiminta on lopetettava ennen kuin tappiot vanhenevat, vaikka se voisi vielä jatkossa kääntyä voitolliseksi¹⁴⁶. Vaikka on selvää, että tappioiden lopullisuuden osoittamisen kannalta on olemassa kannustin toiminnan lopettamiseen ja yhtiöiden purkamiseen, toiminnan lopettaminen on merkittävä liiketaloudellinen päätös millä on taloudellisia vaikutuksia muuhunkin kuin vain tappioiden vähentämiseen¹⁴⁷. Voidaan myös ajatella, että tappioiden vähentämisen rajoitus johtuu emoyhtiön asuinvaltion syrjivästä lainsäädännöstä, ja siten olisi sen jäsenvaltion velvollisuus hyväksyä myös tällaiset tappiot¹⁴⁸. Kuitenkin, jos asuinvaltion pitäisi hyväksyä vähennettäväksi lähdevaltiossa vanhentuneet tappiot, asuinvaltio joutuisi kantamaan seuraukset lähdevaltion lainsäädännöstä. EUT:n kanta tähän on jo ratkaistu.

4.3 Tappioiden kertymisaika

Kysymykset siitä, kuinka monen vuoden tappiot voivat olla lopullisia ja milloin lopullisuus tulee osoittaa, liittyvät toisiinsa. EUT:n oikeuskäytännöstä ei suoraan ilmene, miltä ajalta kertyneet tappiot voivat muodostua lopullisiksi. Kuten jo todettu, Iso-Britannian järjestelmässä tappioiden lopullisuus on pitänyt osoittaa välittömästi tappiovuoden päätyessä. Tämä johtaa siihen, että vain viimeisen vuoden tappiot voivat olla lopullisia. Aiempien vuosien tappiot puolestaan eivät voi olla lopullisia, koska tytäryhtiön jatkaessa toimintaa, edellytys siitä, ettei tulevaisuudessa kerry tuloja, ei täyty. EUT on hyväksynyt tämän *Marks & Spencer II* -tuomiossa.¹⁴⁹ Vaikka Iso-Britannian lain sanamuoto ei edellyttäisi yhtiön purkamista, toiminta on kuitenkin pitänyt lopettaa ja kaikki varat luovuttaa välittömästi tappioiden syntymisvuoden päätyttyä, koska lopullisuutta arvioidaan niiden

¹⁴⁵ Pezzella 2014, luku 4. Conclusion.

¹⁴⁶ *Boulogne & Slavnic* 2012, luku 5.2. Legal or factual exhaustion. Ks. myös *Pinetz & Spies* 2015, s. 316.

¹⁴⁷ ks. esim. *Pezzella* 2014, luku 3.3.2. Losses that can no longer be utilized for legal reasons.

¹⁴⁸ ks. *Boulogne & Slavnic* 2012, luku 5.2. Legal or factual exhaustion.

¹⁴⁹ C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta, kohdat 3 ja 40.

olosuhteiden ja faktojen perusteella, jotka vallitsevat sillä hetkellä. Jos näyttöä ei silloin ole, mahdollisuus tappioiden lopulliseksi toteamiseen menetetään pysyvästi.¹⁵⁰

Jos vain viimeisen verovuoden tappioita pidetään lopullisina, voisi useimmissa tilanteissa suurin osa tytäryhtiön tappiosta jäädä käyttämättä. On todennäköisempää, että toiminta lopetettaisiin useamman vuoden kuin yhden vuoden tappiollisuuden perusteella. Se, minkä verran tappiota kohdistuisi juuri viimeiselle vuodelle ei välttämättä kuvaa kovin hyvin tytäryhtiön tilannetta kokonaisuudessaan. Nimenomaisesti ne tappiot, jotka johtavat selvitystilan aloittamiseen, jäisivät vähentämättä¹⁵¹.

Marks & Spencer II -tuomiosta on esitetty ainakin kolmenlaisia näkemyksiä. Yksi näkökulma on, että Iso-Britannian sääntely on minimivaatimus, eli jäsenvaltioiden olisi pakko sallia vain viimeisen vuoden lopullisten tappioiden vähentäminen. Toisaalta, koska Iso-Britanniassa ulkomaisen tytäryhtiön varoja oli myyty vielä tappioiden syntymistä seuraavana vuonna ja siten vielä saatu tuloja, voidaan ajatella, että Iso-Britanniassa saikin vähentää tappiota laajemmin kuin EU-oikeus edellyttää. Voisi myös olla mahdollista, että lopullisten tappioiden määritelmä olisi erilainen eri tilanteissa, kuten konsernin tappiontasauksessa ja sulautumisessa. Tämä näkemys perustuu vertailuun *Marks & Spencer II*:n ja tappioiden siirtymistä sulautumisen yhteydessä koskevaan asian C-123/11, *A Oy*, välillä. Jälkimmäisessä tapauksessa tytäryhtiön toiminta lopetettiin 2008 ja kyseessä oli useammalta vuodelta kertyneet (2001–2007) tappiot.¹⁵²

Myöskään myöhemmässä oikeuskäytännössä EUT ei ole viitannut siihen, että lopullisuuden pitäisi olla selvillä heti verovuoden päätyttyä ja etteivät edellisiltä vuosilta kumuloituneet tappiot voisi olla lopullisia. Vähennyksen rajoittaminen viimeisen vuoden tappioihin *Marks & Spencer II* -tapauksessa liittyikin Iso-Britannian lainsäädännön piirteisiin. Lopullisuus oli arvioitava välittömästi ja vähennysvaatimus oli tehtävä kahden vuoden sisällä verovuoden päättymisestä¹⁵³. Esimerkiksi EUT:n vuonna 2019 antamasta tuomioista C-608/17, *Holmen AB*, on pääteltävissä, että useammilta vuosilta kertyneet tappiot voivat yhtä lailla olla lopullisia.

¹⁵⁰ *Pinetz & Spies* 2015, s. 314.

¹⁵¹ *Haslehner* 2015, kappale The future of foreign loss relief in the EU.

¹⁵² *Pinetz & Spies* 2015, s. 314–317. ks. myös C-123/11, *A Oy*, kohta 11.

¹⁵³ *Pinetz & Spies* 2015, s. 310–311.

4.4 Kolmannen mahdollisuus hyödyntää tappiot

Marks & Spencer I:n 55 kohdassa viitataan myös kolmannen tahon mahdollisuuteen hyödyntää tappiot. Tätä mahdollisuutta tulisi tarkastella erityisesti, jos ulkomainen tytäryhtiö on myyty kolmannelle osapuolelle. Tämä johtunee siitä, että asiassa kyseessä olleessa tilanteessa yksi tappiollisista ulkomaisista tytäryhtiöistä oli myyty. Ennakkoratkaisukysymykseen sisältyi kysymys siitä, onko sijoittautumisoikeuden rajoittamista, jos tappiontasausta ei hyväksyttäisi silloin, kun toisessa jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuva tytäryhtiö on myyty kolmannelle ja ostaja voi tämän jäsenvaltion lainsäädännön mukaan tietyn edellytyksin käyttää tappiot, mutta ei ole selvää, onko tappioita käytetty näin. Lisäksi kysyttiin, mikä merkitys olisi sillä, jos olisi näyttöä siitä, että on tappiontasaus myönnetty siinä jäsenvaltiossa, jossa tytäryhtiö verotuksellisesti asuu, ja onko sillä vaikutusta, että tappiontasauksen sai sittemmin ulkopuolinen konserni, jolle tytäryhtiö myytiin.¹⁵⁴

Kolmannella tarkoitetaan ulkopuolisia ostajia tai muita konserniyhtiöitä¹⁵⁵. Tappioiden hyödyntämien voisi olla mahdollista niin, että tappiot siirtyvät uudelle omistajalle ja tappioista saatava hyöty huomioidaan kauppahinnassa siten, että myyjä saisi korkeamman hinnan osakkeistaan¹⁵⁶. Tappioiden käyttämistä kolmannen osapuolen verotuksessa käsiteltiin esimerkiksi Ruotsin konsernivähennystä koskevassa tapauksessa C-608/17, *Holmen AB* ja sulautumista koskevassa tapauksessa C-607/17, *Memira Holding AB*.

Asiassa C-608/17, *Holmen AB* oli kyseessä ruotsalainen emoyhtiö, jolla oli tytäryhtiö Espanjassa ja sen välityksellä useita alatytäryhtiöitä siellä. Yhden tytäryhtiön useiden vuosien tappioiden takia Holmenin oli tarkoitus lopettaa toiminta Espanjassa. Tapauksessa arvioitiin, oliko Holmenilla oikeus tehdä konsernivähennys lopullisten tappioiden perusteella selvitysmenettelyn päätyttyä. Espanjassa konserniyhtiöt voivat tasata voittoja ja tappioita keskenään. Käyttämättömät tappiot saatiin aiemmin siirtää ilman rajoituksia seuraaville vuosille, mutta vuoden 2011 jälkeen vanhoja tappioita on voinut käyttää vain osaa verovuoden tuloa vastaan. Espanjan lainsäädännön mukaan jäljellä olevat tappiot

¹⁵⁴ ks. C-446/03, *Marks & Spencer*, kohta 26, kysymys 2.

¹⁵⁵ Näin esim. julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessa asiassa C-608/17 *Holmen AB*, kohta 49.

¹⁵⁶ ks. esim *van den Broek* 2020, luku 3.3.2. Alternative scenarios to enable third parties to use the losses.

jaetaan niille yhtiöille, joissa ne ovat syntyneet, jos konserniin kuuluva yhtiö likvidoidaan. Likvidaatiovuoden aikana vain yhtiö itse voi käyttää tappioita.¹⁵⁷ Tämä ei tehnyt tappioista lopullisia. Jotta tappiota pidettäisiin lopullisina, emoyhtiön olisi osoitettava, että ei ole mahdollista, että kolmas voisi hyödyntää tappiot tytäryhtiön asuinvaltiossa esimerkiksi siten, että tappioiden vähentämisestä tulevana vuosina muodostuva veroetu huomioidaan tytäryhtiön luovutushinnassa.¹⁵⁸

Samoihin aikoihin annetussa tuomiossa C-607/17, *Memira Holding AB* oli kyse tilanteesta, jossa ruotsalaisella yhtiöllä oli Saksassa tappiollinen tytäryhtiö, joka aiottiin sulauttaa emoyhtiöön. Saksan lainsäädäntö ei mahdollista kotimaisessa tilanteessa tappioiden siirtymistä sulautumisessa vastaanottavalla yhtiöllä. Ruotsissa siirto sallittaisiin kotimaisessa sulautumisessa. Samoin kun edellä käsitellyssä Holmenin tapauksessa, EUT totesi, ettei tytäryhtiön lainsäädännön rajoitus yksinään riitä osoittamaan, että tappiot olisivat lopullisia. Myöskään se, että siirtäminen on mahdollista emoyhtiön jäsenvaltiossa kotimaisten yhtiöiden sulautumisen yhteydessä, ei ollut ratkaisevaa. Tässäkin tapauksessa emoyhtiön olisi tullut näyttää, että sen ei ole mahdollista hyödyntää tappioita varmistamalla esimerkiksi luovutuksen kautta, että kolmas ottaa tappiot verotuksessa huomioon tulevien verovuosien aikana.¹⁵⁹ Saksan lainsäädännössä nimittäin on käytössä niin sanottu saneerauslauseke. Kun omistus siirretään vaikeuksissa olevan yhtiön saneeraamiseksi, uusi osakas voi hyödyntää osuutensa mukana siirtyvät tappiot.¹⁶⁰ Tämän avulla kolmas voisi mahdollisesti saneerauslausekkeen ehtojen täytyessä hyödyntää tappiot. Verovelvollinen on kuitenkin valinnut tytäryhtiön purkamisen, ja jättänyt tämän mahdollisuuden käyttämättä. Kun kaikkia mahdollisuuksia tappioiden hyödyntämiseksi niiden lähdevaltiossa ei ole käytetty, tappiot eivät voi olla lopullisia.

Yritysjärjestelydirektiivi (2009/133/EY)¹⁶¹ ei säätele sitä, siirtyvätkö tappiot vastaanottavan yhtiön asuinvaltiossa vähennettäväksi, vaan se määräytyy kussakin jäsenvaltiossa sen

¹⁵⁷ ks. C-608/17, *Holmen AB*, kohdat 6–9 ja 21.

¹⁵⁸ ks. C-608/17, *Holmen AB*, kohdat 37–40.

¹⁵⁹ C-607/17, *Memira Holding AB* kohdat 27 ja 28.

¹⁶⁰ C-607/17, *Memira Holding AB*, julkisasiamiehen ratkaisuehdots, kohta 64. Ks. saneerauslausekkeesta ja sen soveltamisedellytyksistä esim. asia C-203/16, P - *Andres (faillite Heitkamp BauHolding) v. komisio*, kohdat 4–9 (valitus).

¹⁶¹ Neuvoston direktiivi 2009/133/EY, annettu 19 päivänä lokakuuta 2009, eri jäsenvaltioissa olevia yhtiöitä koskeviin sulautumisiin, jakautumisiin, osittaisjakautumisiin, varojensiiirtoihin ja osakkeiden vaihtoihin sekä Eurooppayhtiön (SE) tai Eurooppaosuuskunnan (SCE) sääntömääräisen kotipaikan siirtoon jäsenvaltioiden välillä sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä.

kansallisen lainsäädännön mukaa. Kuten edellä asiassa *Memira Holding AB* on todettu, se ettei tappioiden käyttö esimerkiksi sulauttamalla tappiollinen yhtiö toiseen ole mahdollista tytäryhtiön sijaintivaliossa, ei vielä tarkoita, että tappiot olisivat lopullisia. Tappioiden hyödyntämien voisi siis olla mahdollista niin, että tappiot siirtyvät uudelle omistajalle ja tappioista saatava hyöty huomioidaan kauppahinnassa siten, että myyjä saisi korkeamman hinnan osakkeistaan¹⁶². On kuitenkin vaikea määrittää tilannetta, jossa kolmas tosiasiasa voisi käyttää tappiot hyödykseen, koska tappioiden siirtymistä myös yrityskauppojen yhteydessä yleensä rajoitetaan. Useissa jäsenvaltioissa tappioiden siirtymistä on rajoitettu, jotta tappiollisia yrityksiä ei ostettaisi vain verotussyistä. Jos tällainen rajoitus koskisi vain rajat ylittäviä tilanteita, se olisi lähtökohtaisesti sijoittautumisvapauden vastainen, mutta tappioiden siirtymistä rajoitetaan yhtä lailla myös kotimaisissa tilanteissa.¹⁶³ Suomessa tällaisesta rajoituksesta säädetään TVL 122 §:ssä, jonka tarkoitus on estää tappioiden käyttö kauppatavarana¹⁶⁴. Esimerkiksi asiassa *Holmen AB* konsernivähennyksen tekeminen ei ollut mahdollista, ellei emoyhtiö näyttäisi, että ei ole mahdollista huomioida tappioiden määrää myyntihinnassa, jos tytäryhtiö myytäisiin kolmannelle. Jos kaksi viimesijaista keinoa tappioiden vähentämiseksi ovat konsernivähennys ja vielä siihen etusijalla tappioiden huomioiminen myyntihinnassa, voidaan pohtia, onko kyseessä itse asiassa tilanne, jossa kaupan pääasiallinen tai jopa ainoa tarkoitus on tappiollisen tytäryhtiön käyttö kauppatavarana. Silloin poikkeuslupaa tappioiden vähentämiselle omistajan vaihdoksen jälkeen ei ainakaan Suomessa myönnettäisi¹⁶⁵.

Kolmas voisi hyödyntää tappiot myös konserniavustuksen kautta, jos kolmas osapuoli kuuluu samaan konserniin tappiollisen yhtiön kanssa. Asiassa C-123/11, *A Oy*, oli kyse tappiollisesta ruotsalaisesta tytäryhtiöstä, joka sulautui suomalaiseen emoyhtiöön. EUT totesi, ettei se, että emoyhtiölle ei jäänyt Ruotsiin muuta tytäryhtiötä tai kiinteää toimipaikkaa, vielä yksinään riittänyt osoittamaan, ettei tappioita olisi voinut hyödyntää lainkaan Ruotsissa. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksen mukaan yhtiö oli itsekin todennut, että olisi ollut mahdollista siirtää tappiot muille ruotsalaisille konserniyhtiöille Ruotsin

¹⁶² ks. esim *van den Broek* 2020, luku 3.3.2. Alternative scenarios to enable third parties to use the losses.

¹⁶³ *Bezzina* 2002, s. 58.

¹⁶⁴ ks. *Immonen* 2018, s. 119.

¹⁶⁵ ks. Verohallinto 2020, luku 2.1 Poikkeusluvan myöntämisen edellytykset.

lainsäädännön mukaan.¹⁶⁶ Vaikka toimintaa Ruotsissa jatkaneet yhtiöt olisivatkin tappiolisia, ne voivat kuitenkin tulevaisuudessa mahdollisesti olla voitollisia ja antaa konserniavustusta tappioiden vähentämistä varten.

4.5 Lopulliset tappiot johtopaikan siirtämisen yhteydessä

EUT antoi vuonna 2020 tuomion asiassa C-405/18, *Aures Holdings a.s.*, jossa arvioitiin tappioiden vähentämistä johtopaikan siirtämisen jälkeen. Asiassa oli kyseessä Alankomaiden oikeuden mukaan perustetun yhtiön seuraaja, jonka sääntömääräinen kotipaikka ja tosiasiallinen liikkeenjohto sijaitsivat Alankomaissa, ja se oli siten verotuksessa Alankomaissa asuva. Yhtiö (*Aures Holdings*) oli vuonna 2007 tappiollinen. Vuonna 2008 se perusti Tšekkiin kiinteänä toimipaikkana pidettävän sivuliikkeen. Vuonna 2009 *Aures Holdingsin* tosiasiallinen johto siirrettiin Tšekkiin, jolloin sen verotuksellinen kotipaikka siirtyi sinne. Yhtiön sääntömääräinen kotipaikka säilyi Alankomaissa. Yhtiö pyysi, että se voisi vähentää vuonna 2007 Alankomaissa syntyneen tappion vuoden 2012 verotuksessa Tšekissä, mutta siellä katsottiin, ettei tappiota voi vähentää koska se ei ole aiheutunut taloudellisesta toiminnasta Tšekissä eikä sitä ole vahvistettu Tšekin lainsäädännön mukaisesti. Yhtiö ei jatkanut liiketoimintaa Alankomaissa.¹⁶⁷

Tapauksessa verrattiin tilannetta, jossa jäsenvaltiossa asuvalle yhtiölle on syntynyt tappioita siellä, tilanteeseen, jossa johtopaikkansa jäsenvaltioon siirtäneelle yhtiölle on ennen siirtoa muodostunut tappioita eri jäsenvaltiossa. Johtopaikan uuden sijaintivaltion lainsäädännön tarkoitus oli verotusvallan tasapainoisen jakautumisen säilyttäminen ja tappioiden kahdenkertaisen vähentämisen estäminen. Tämä huomioiden tilanteet eivät olleet rinnastettavissa. Asetelma oli hyvinkin erilainen kuin esimerkiksi *Bevolan* tapauksessa, jossa yhtiö ja sen kiinteä toimipaikka sijaitsivat saman verovuoden aikana eri jäsenvaltioissa, ja siten voitot ja tappiot syntyivät yhtä aikaa. *Aures Holdingsin* tapauksessa tapahtumien kulku oli se, että tappiot olivat ensin syntyneet Alankomaissa yhtiön sääntömääräisen kotipaikan ja tosiasiallisen johtopaikan ollessa siellä. Yhtiöllä ei ollut vielä silloin

¹⁶⁶ C-123/11, *A Oy*, kohdat 51 ja 52 ja julkisasiamiehen ratkaisuehdotus kohta 59.

¹⁶⁷ C-405/18, *Aures Holdings a.s.*, kohdat 5–11 ja julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 9.

toimintaa Tšekissä, eikä Tšekillä siten ollut verotusvaltaa. Yhtiö kuului peräkkäin kahden jäsenvaltion verotusvallan piiriin.¹⁶⁸

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotuksessa tappioiden lopullisuuden doktriinia pohdittiin laajemmin, ja lopputuloksena päädyttiin siihen, ettei sitä tulisi laajentaa kyseessä ollutta vastaaviin tilanteisiin. Julkisasiamies Kokott esitti tälle neljä perustetta. Ensimmäkin lopullisten tappioiden käsite on epäselvä. Koska aiempi oikeuskäytäntö ei kata tilannetta, jossa olisi kyse saman verovelvollisen verokauden ylittävistä tappioista, lopullisten tappioiden poikkeusta ei tulisi enää laajentaa. Toinen ja kolmas peruste liittyivät yhtiön mahdollisuuden vähentää tappiot tulevina verovuosina. Tappiot olivat vähennyskelpoisia Alankomaiden yhdeksän vuoden *carry forward*-säännön mukaan, eikä niitä siten voitaisi pitää lopullisina. Lisäksi Aures Holdingsilla oli mahdollisuus aloittaa toiminta uudelleen Alankomaissa ja vähentää tappiot siellä syntyvistä voitoista. Vaikka Aures Holdings oli lopettanut liiketoiminnan Alankomaissa johtopaikan siirtämisen yhteydessä, sen sääntömääräinen kotipaikka oli Alankomaissa ja se oli edelleen rekisteröity Alankomaiden kaupparekisteriin. Viimeisenä julkisasiamies pohti vielä ristiriitaa maastapoistumisverotuksen kanssa. Jos Aures Holdings siirtäisi myös sääntömääräisen kotipaikkansa pois Alankomaista, Alankomaat voisi silloin verottaa siellä syntyneestä realisoitumattomasta arvonnoususta ja tappiot voitaisiin vähentää maastapoistumisveron yhteydessä. Tappio ei siten muodostuisi lopulliseksi. EUT:n oikeuskäytännössä on todettu symmetriaperusteiden mukaisesti, että ennen maastamuuttoa syntyneet voitot ja tappiot kuuluvat lähtövaltion verotusvaltaan. Tällaisissa tapauksissa tappioiden pitäminen lopullisina ja vastaanottavan jäsenvaltion velvoittaminen huomiomaan ne, olisi ristiriidassa maastapoistumisverotusta koskevan oikeuskäytännön kanssa.¹⁶⁹

Asiassa huomioitiin myös se vaara, että yhtiö vaatisi tappiota vähennettäväksi molemmissa valtioissa¹⁷⁰. Verrattuna tilanteeseen, jossa pääliike lopettaisi toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan kiinteän toimipaikan tai tytäryhtiön toiminnan ja vähentäisi niiden (lopulliset) tappiot, kyseessä olleessa tilanteessa riski tappioiden kahdenkertaisesta vähentämisestä on suurempi. Tuomion mukaan jäsenvaltioiden ei tarvitse hyväksyä vähennet-

¹⁶⁸ ks. C-405/18, Aures Holdings a.s., kohdat, 36–39 ja 44–54.

¹⁶⁹ ks. C-405/18, Aures Holdings a.s., julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohdasta 55 alkaen.

¹⁷⁰ ks. C-405/18, Aures Holdings a.s., kohta 42.

täväksi sellaisia tappioita, jotka ovat syntyneet toisessa jäsenvaltiossa aikana ennen tosiasiallisen johtopaikan siirtoa, eli silloin, kun tällä vastaanottavalla jäsenvaltiolla ei ole ollut verotusvaltaa, kun sääntömääräinen kotipaikka säilyy toisessa jäsenvaltiossa¹⁷¹.

4.6 Lopullisten tappioiden doktriinin vaihtoehto – *recapture*-sääntö

Erityisesti oikeuskirjallisuudessa on keskusteltu melko laajasti siitä, oliko *Marks & Spencer I* ja siitä seurannut lopullisten tappioiden doktriini virhe EUT:n oikeuskäytännössä¹⁷². Kyseisessä tuomiossa lopullisuuden kriteerit vaikuttavat selkeiltä, mutta käytäntö on osoittautunut toiseksi ja myöhempi oikeuskäytäntö on supistanut poikkeuksen soveltamista¹⁷³. Vaikka poikkeuksen tarkoitus alun perin olikin mahdollistaa tappioiden huomioiminen aina jossain, eli edistää sisämarkkinoiden tavoitteita, liiketoiminnan lopettamiseen ja tytäryhtiöiden purkamiseen käytännössä pakottava EU-oikeuden tila ei kuitenkaan vastaa tätä tarkoitusta¹⁷⁴. *Marks & Spencer II* -tapauksen yhteydessä julkisasiamies Kokott esitti poikkeuksesta luopumista. Koska poikkeuksen soveltamisala ei ole vuosienkaan jälkeen selvä, se ei välttämättä edesauta rajat ylittävää toimintaa. Tappioiden lopullisuus määritetään todennäköisyysarvioilla, mikä ei edistä oikeusvarmuutta. Oikeusvarmuuden periaatteen mukaan lainsäädännön oltava selvää ja yksiselitteistä siten, että yksityinen voi ennakoita sen soveltamista.¹⁷⁵ Oikeusvarmuuden periaate ei vaikuta toteutuvan lopullisten tappioiden yhteydessä. Myös suhteellisuusperiaatteen toteutumista voidaan pohtia sillä se vaikuttaa jossain määrin jäävän lopullisuuden tiukkojen edellytysten jalkoihin etenkin siinä, että aivan vähäisinkin mahdollinen myöhempi tulo estää lopullisuuden kokonaan¹⁷⁶. Vähäisienkin tulojen huomioiminen perustuu kuitenkin nimenomaan EUT:n tuomioihin, esimerkiksi *Marks & Spencer I*:een, eikä se siten voi jäsenvaltioiden kannalta olla sovellettavan suhteellisuusperiaatteen vastaista.

On myös katsottu, että lopullisten tappioiden poikkeus vääristäisi sijoittautumisvapautta, koska toiseen jäsenvaltioon sijoittautuva, sen lainsäädännön tunteva verovelvollinen saa

¹⁷¹ ks. C-405/18, *Aures Holdings a.s.*, kohta 55.

¹⁷² ks. esim. *Lang* 2014, luku 4. Conclusions.

¹⁷³ ks. esim. *Weckström* 2019, s. 29.

¹⁷⁴ ks. esim. *Haslehner* 2015, luku *The future of foreign loss relief in the EU*.

¹⁷⁵ ks. C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus kohdat 4 ja 52.

¹⁷⁶ ks. vastaavasti konsernivähennykseen liittyen *Asianajajaliitto* 2020, s. 1.

verohelpotuksen emoyhtiön asuinvaltiossa, jos toiminta osoittautuu tappiolliseksi. Kuitenkaan silloin, jos toisen jäsenvaltion verojärjestelmä on edullisempi, emoyhtiön asuinvaltiossa ei voida verottaa tytäryhtiön ylimääräisiä voittoja.¹⁷⁷

Yhdeksi mahdolliseksi haitaksi lopullisten tappioiden doktriinista saattaa muodostua se, jos jäsenvaltiot pyrkivät turvaamaan omaa veropohjaansa niin, että ne rajoittavat myös kansallisen tappiontasauksen mahdollisuuksia pienentääkseen vaaraa vaatimuksista vähentää ulkomaisia tappioita. Rajoitus voisi liittyä tappioiden siirtomahdollisuuksiin konsernissa tai tuleville verokausille siirtämiseen (*carry forward*). Tämä ei edistäisi konsernien, eikä etenkin vähentämisaikojen rajoitusten osalta myöskään yksittäisten yhtiöiden, veronmaksukykyisyyteen perustuvaa verotusta. Esimerkiksi Espanjassa on luvussa 4.4 *Kolmannen mahdollisuus hyödyntää tappiot* kuvatulla tavalla rajoitettu tappioiden käyttöä konserniyhtiöiden välillä, ja vaatimukset lopullisten tappioiden vähentämisestä voisivat osaltaan kannustaa jäsenvaltioita vastaavanlaisiin rajoituksiin.

Vaihtoehdoksi lopullisten tappioiden poikkeukselle on ehdotettu, että tytäryhtiön tappiot voitaisiin vähentää juoksevasti ja mahdolliset myöhemmät voitot sisällytettäisiin verotettavaan tuloon¹⁷⁸. Voisikin olla selkeämpää, jos tytäryhtiöiden tappioihin sovellettaisiin samanlaista *recapture*-sääntöä, kun kiinteiden toimipaikkojen tappioihin. *Recapture*-sääntö koskee niitä kiinteitä toimipaikkoja, joihin sovelletaan verosopimuksen mukaan vapautusmenetelmää. Jos samaa sääntöä sovellettaisiin tytäryhtiöiden tappioihin, vähennys voitaisiin tehdä heti ja sama määrä lisättäisiin myöhemmin tulokseen, jos voittoja syntyisikin. Tässä olisi huomioitu myös se, että tappioiden arvo on sitä suurempi mitä aikaisemmin ne saadaan vähentää¹⁷⁹. Konsernin sisäinen tappiontasaus aina sinä verovuonna, jolloin tappiota syntyy, vaikuttaa positiivisesti koko konsernin kassatilanteeseen¹⁸⁰. EUT on myös todennut, että kassavirtaetun epääminen voi olla sijoittautumisvapauden vastaista¹⁸¹. Jos *Marks & Spencer I:n* yhteydessä olisi verrattu toiseen jäsenvaltioon sijoittautunutta tytäryhtiötä ja toisessa jäsenvaltiossa olevaa kiinteää toimipaikkaa,

¹⁷⁷ ks. C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 65.

¹⁷⁸ ks. esim. C-172/13, *komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta*, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohdat 45 ja 49.

¹⁷⁹ ks. tarkemmin *Lang* 2006, s. 8.

¹⁸⁰ ks. C-172/13, *C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta*, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohta 20.

¹⁸¹ ks. C-436/00, *X ja Y*, kohta 38.

olisi voitu päätyä tähän lopputulokseen¹⁸². Julkisasiamies Maduro hylkäsi tämän lähestymistavan ratkaisuehdotuksessaan, sillä sijoittautumisvapaus ei ole esteenä eri järjestelmien soveltamiselle erilaisissa tilanteissa oleville, eli tässä tapauksessa eri oikeudellisen muodon valinnoille. Ainoa olennainen vertailu tuli tehdä siitä näkökulmasta, oliko emoyhtiö, jolla on ulkomainen tytäryhtiö epäedullisemmassa asemassa kuin jos tytäryhtiö olisi samassa valtiossa.¹⁸³ Tuomioistuin ei ottanut lainkaan kantaa tähän vertailupariin.

Vaikka *recapture*-sääntö voisi olla lopullisten tappioiden poikkeusta helpommin sovellettavissa, kääntöpuolena se olisi vähemmän edullinen emoyhtiön asuinvaltiolle. Lopullisten tappioiden vähentäminen voidaan evätä, jos on edes pieni mahdollisuus, että ne voitaisiin vielä käyttää valtiossa, jossa ne ovat kertyneet. *Recapture*-säännön mukaan taas tappiot vähennetään ja vähennys perutaan vain, jos tuloa myös todellisuudessa saadaan. Samankaltaista menettelyä esitettiin myös komission rajat ylittäviä tappioita koskevassa direktiiviehdotuksessa. Siinä ulkomaisiin tytäryhtiöihin ehdotettiin sovellettavaksi menetelmää, jossa tytäryhtiöiden tappiot saisi vähentää samana verovuonna emoyhtiön verotettavasta tulosta, ja tytäryhtiön mahdolliset tulevat voitot lisättäisiin vastaavan suuruisina emoyhtiön tuloon. Jos tytäryhtiö ei olisi jatkossakaan voitollinen, emoyhtiön verotuksessa vähennetty määrä lisättäisiin emoyhtiön tuloon viiden vuoden jälkeen. Lisäys tehtäisiin myös siinä tapauksessa, jos tytäryhtiö myydään, puretaan tai muutetaan kiinteäksi toimipaikaksi taikka emoyhtiön omistus tytäryhtiöstä laskisi tietyn rajan alle.¹⁸⁴ Tämäkin sääntely voisi kuitenkin johtaa siihen, ettei tappiota lopulta voisi vähentää missään, jos tytäryhtiö ei ole myöhemmin voitollinen.

¹⁸² Lang 2014, luku 3.4. The proportionality assessment and the most moderate means.

¹⁸³ ks. C-446/03, Marks & Spencer, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohdat 48–50.

¹⁸⁴ ks. COM (90) 595 final, s. 23–24.

5 Tappioiden lopullisuus konsernivähennyslain mukaan

5.1 Kriteerit lopullisuuden arvioinnille

Konsernivähennyslain 4 ja 5 §:ssä määritellään edellytykset, joiden perusteella tappioiden lopullisuutta arvioidaan. Myös lain 7 § on olennainen lopullisuuden määrittelyssä. Konsernivähennyslain 4 §:n mukaan lopullisina tappioina pidetään sellaisia tytäryhtiön tappioita, joita tytäryhtiö tai mikään muu taho ei ole voinut eikä voi käyttää tytäryhtiön verotuksellisessa kotipaikassa tai muualla. Tämä vastaa pitkälti *Marks & Spencer I*-tuomion 55 kohdan määritelmää. Huomioon otetaan tytäryhtiön omat ja kaikkien muiden tahojen mahdollisuudet hyödyntää tappiot. *Muuta taho*a ei ole määritelty, mutta sitä käytetään samassa yhteydessä kuin EUT:n oikeuskäytännössä termiä *kolmas*. Kohta *ei ole voinut eikä voi* viittaa tappioiden käyttömahdollisuuksiin kyseisenä verovuonna, ja sekä aiempina että tulevina verovuosina. Sen lisäksi, että tappiota ei voi eikä ole voinut käyttää tytäryhtiön asuinvaltiossa, käyttömahdollisuutta ei saa olla minään ajankohtana muuallaan. Siten voidaan estää vaara tappioiden kahdenkertaisesta vähentämisestä¹⁸⁵.

Konsernivähennyslain 5.1 §:ssä säädetään tarkemmista kriteereistä, joiden perusteella lopullisuutta arvioidaan. Kaikkien 1–6 kohdissa annettujen edellytysten tulee täytyä. Edellytykset noudattavat pitkälti EUT:n oikeuskäytännössä todettuja periaatteita. Kynnys tappioiden lopullisuudelle on pykälässä asetettu korkealle. Seuraavaksi käsiteltävien kuuden lopullisuuden arvioinnin kriteerin lisäksi lain 5 §:ään harkittiin otettavaksi ehtoa, jonka mukaan tytäryhtiön asuinvaltiossa ei saisi olla etuyhteysosapuolta likvidisaation päättyessä¹⁸⁶. Ruotsissa tällainen ehto on, ja sitä on kritisoitu useammasta syystä. Se esimerkiksi kannustaa vetäytymään kokonaan kyseisen valtion markkinoilta, mitä monikansalliset yhtiöt eivät ehkä tee, ja siten ne evät voi hyötyä konsernivähennyksestä.¹⁸⁷ Suomessa tätä edellytystä ei lopulta otettu lakiin, eikä se olisikaan ollut tarpeen sillä emoyhtiön on jo muutenkin osoitettava, ettei muu osapuoli voi hyödyntää tappioita¹⁸⁸.

¹⁸⁵ HE 185/2020 vp, s. 39.

¹⁸⁶ HE 185/2020 vp, luonnos, s. 36

¹⁸⁷ ks. *Edvinsson* 2010, luku 4. New Rules on Group Deduction.

¹⁸⁸ ks. *Urpilainen* 2020, s.4.

Konsernivähennyslain 5.1 §:n ensimmäisen kohdan mukaan tytäryhtiön toiminnan tulee olla lopetettu. Jotta tappiot voivat olla lopullisia, tytäryhtiöllä ei saa olla minkäänlaista toimintaa eikä varoja. Pelkästään toiminnan lopettaminen ei takaa, ettei tappioita olisi mahdollista vähentää myöhemmin tytäryhtiön asuinvaltiossa. Jos tytäryhtiö on juridisesti olemassa, toiminta on mahdollista aloittaa uudelleen ja siitä voidaan saada tuloa, jota vastaan tappiot voitaisiin käyttää.¹⁸⁹ Konsernivähennyslain 5.1 §:n 2 kohdan mukaan tytäryhtiö on pitänyt asettaa selvitystilaan tai sitä vastaavaan menettelyyn kotivaltiossaan. Selvitystilalla tarkoitetaan Suomessa osakeyhtiölain mukaista yhtiön purkamiseen päättyvää menettelyä, jossa selvitetään yhtiön varallisuusasema, muutetaan tarvittaessa yhtiön omaisuus rahaksi ja maksetaan velat, ja jaetaan ylijäämä osakkaille¹⁹⁰. Edellytys purkamisesta vastaa EUT:n oikeuskäytäntöä siitä, ettei tytäryhtiöllä saa tulevaisuudessa olla mahdollisuutta tuloihin. *Marks & Spencer II:n* yhteydessä käsiteltiin vaatimusta tytäryhtiön purkamisesta, mutta Iso-Britannian lainsäädännössä sitä ei välttämättä edellytetty. Purkaminen otettiin huomioon yhtenä tekijänä, joka voi osoittaa, ettei tytäryhtiö voi vähentää tappioita tulevaisuudessa. Purkamisen ongelmallisuus liittyi komissio kanteessa siihen, että kunkin verovuoden tappioiden lopullisuus tuli arvioida välittömästi tappiovuoden päättyessä, jolloin vain viimeisen vuoden tappiot voisivat Iso-Britanniassa olla lopullisia. Suomessa näin ei ole, joten samanaista ongelmaa purkamisen suhteen ei ole.

Suomessa osakeyhtiön purkaminen selvitysmenettelyllä kestää vähintään viisi kuukautta. Koska selvitysmenettelyä koskeva lainsäädäntö, esimerkiksi sen selvitysmenettelyn keston osalta, vaihtelee jäsenvaltioissa, verovelvollinen voi toimittaa selvityksen tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännöstä johtuvasta pidemmästä ajasta. Kun emoyhtiö vaatii konsernivähennystä, sen tulee osoittaa, että tytäryhtiö on purettu.¹⁹¹ Selvitystila tai vastaava menettely pitää saattaa loppuun viimeistään toiminnan lopettamisvuotta seuraavan verovuoden aikana. Selvitysmenettelyn päättämiseksi on asetettu aikaraja, jotta ei olisi mahdollisuutta päättää minä verovuonna konsernivähennys tehdään¹⁹². Kun otetaan huomioon konsernivähennyksen määrän rajoittaminen emoyhtiön verovuoden verotettavaan tuloon¹⁹³, ilman aikarajaa vähennystä voitaisiin siirtää myöhemmälle verovuodelle, jolloin

¹⁸⁹ HE 185/2020 vp, s. 21.

¹⁹⁰ Immonen 2018, s. 291–292.

¹⁹¹ HE 185/2020 vp s. 21, 39.

¹⁹² HE 185/2020 vp s. 21.

¹⁹³ ks. tämän tutkielman sivu 59.

emoyhtiön verotettava tulo ja siten konsernivähennyksestä saatava hyöty olisi mahdollisesti suurempi.

Kuitenkaan tytäryhtiön purkaminen ei vielä riitä osoitukseksi siitä, ettei tappioita voitaisi käyttää asuinvaltiossa tai muualla yhtiön itsensä tai kolmannen verotuksessa. Käytännön ongelmaksiksi voisi muodostua se, jos verovelvollinen on pitänyt tappioita lopullisina ja yhtiö on purettu. Vaikka kolmannen mahdollisuudet tappioiden käyttämiseksi ovat tappioiden siirtymistä koskevien rajoitusten vuoksi melko epätodennäköisiä, voisi kuitenkin olla, että tappioiden lopullisuus hylättäisiin tämän perusteella. Koska purkaminen olisi jo tehty, ei tappioiden siirtäminen kolmannelle enää käytännössä olisi mahdollista, vaikka siihen olisikin ennen purkamista ollut toisen jäsenvaltionlainsäädännön mukaan mahdollisuus.

Konsernivähennyslain 5.1 §:n 3 kohdan mukaan tappioiden tulee olla olemassa tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännön mukaan. Konsernivähennyksen tekeminen ei edellytä, että kyseisessä valtiossa tappiot pitäisi esimerkiksi olla vahvistettuna verotuspäätöksessä. Riittävää on, että tappiot perustuvat verotettavan tulon laskentaan ja kyseiset tappiot tunnistetaan tappioiksi asuinvaltion verolainsäädännössä.¹⁹⁴ Konsernivähennyslain 5.1 §:n 4 kohdassa säädetään, ettei tappioiden käyttämättä jääminen tytäryhtiössä saa johtua siitä, että se ei ole ollut oikeudellisesti mahdollista tai että tappioiden käyttö on ollut ajallisesti rajoitettu. Tästä seuraa, ettei esimerkiksi toisessa jäsenvaltiossa vanhentuneita tappiota voi vähentää Suomessa konsernivähennyksenä. Nämä 3 ja 4 kohtien edellytykset vastaavat molemmat niin sanotusti oikeudellisista syistä asuinvaltiossa vähentämättä jääviä tappioita, ja ovat suoraan johdettavissa EUT:n oikeuskäytännöstä, esimerkiksi asiasta C-322/11, *K*, jossa on todettu, ettei jäsenvaltioiden tarvitse omalla lainsäädännöllään poistaa toisen jäsenvaltion lainsäädännöstä koituvaa haittaa.

Konsernivähennyslain 5.1 §:n viidennen kohdan mukaan konsernivähennys on mahdollinen vain sellaisten tappioiden perusteella, jotka ovat syntyneet aikana, jolloin emoyhtiö on omistanut tytäryhtiön. Jotta vähennys voidaan tehdä, emoyhtiön tulee omistaa ulko-

¹⁹⁴ HE 185/2020 vp., s. 39.

maisen tytäryhtiön osakkeista vähintään yhdeksän kymmenesosaa itse tai välillisesti tytäryhtiön kanssa samassa valtiossa olevan yhtiön kanssa vähintään tappiovuoden alusta lukien. Omistuksen tulee kestää selvitysmenettelyn loppuun asti¹⁹⁵.

Kotimaisissakaan tilanteissa tappiota ei tuloverolain 122.1 §:n mukaan voi vähentää, jos tappiovuoden aikana yli puolet osakkeista tai osuuksista on vaihtanut omistajaa. Sama vaikutus on myös välillisellä omistajanvaihdoksella, jos yhtiön omistavan yhtiön omistuksesta 20 prosenttia on muuttunut. Kotimaisissa tilanteissa verovelvollinen voi kuitenkin tuloverolain 122.3 §:n mukaan hakea Verohallinnolta poikkeuslupaa tappioiden vähentämiseksi omistajanvaihdoksesta huolimatta. Poikkeuslupa yleensä myönnetään, kunhan tappioita ei käytetä kauppatavarana. Edellytyksenä kuitenkin on, että toimintaa jatketaan ja tappioiden käyttäminen on tarpeen liiketoiminnan jatkamiseksi.¹⁹⁶ Pääsäännön mukaan tappioita ei voi vähentää enempää kuin yhtiön verovuoden tulon verran ja tähän tuloon ei lasketa yhtiön saamia konserniavustuksia. Tuloverolain 122.4 §:n mukaan Verohallinto voi kuitenkin myöntää luvan tappioiden vähentämiseksi myös saatua konserniavustusta vastaan. Lupa voidaan myöntää, jos konserniavustuslain vaatimus 90 prosentin omistuksesta on täyttynyt jo ennen omistajanvaihdosta ja vähentämiseksi on erityisiä syitä. Erityisillä syillä tarkoitetaan samoja syitä kuin poikkeusluvan myöntämisessä, mutta lisäksi kiinnitetään erityisesti huomiota säännöksen tarkoitukseen, eikä lupaa siten myönnetä, jos tarkoitus on kierrättää konserniavustus uudelta omistajalta tappiolliselle yhtiölle¹⁹⁷.

Tappioiden lopullisuuden määritelmään sisältyy se, että ne ovat syntyneet sellaisena verovuonna, jonka alusta lähtien emoyhtiö on omistanut tytäryhtiön. Konsernivähennyksen osalta kyseeseen voisi tämän vuoksi tulla vain TVL 122.3 §:n poikkeuslupamenettely välillisestä omistajanvaihdoksesta huolimatta. Tätä ei kuitenkaan pidetty tarkoituksenmukaisena, eikä poikkeuslupaa voi saada.¹⁹⁸ Sillä, ettei poikkeuslupamenettelyä ole ulotettu koskemaan konsernivähennystä, voidaan välttää järjestelyjä, joilla suomalaisten yhtiöiden omistukseen hankittaisiin tappiollisia yhtiöitä tappioiden hyödyntämistä varten.

¹⁹⁵ HE 201/1998 vp., s. 40.

¹⁹⁶ Ks. poikkeusluvan myöntämisestä tarkemmin esim. *Immonen* 2018 s. 125–127.

¹⁹⁷ HE 201/1998 vp., s. 3.

¹⁹⁸ ks. Asianajajaliitto 2020, s.2 ja HE 185/2020 vp., s. 40–41.

Siihen, miten omistusaika lasketaan, jos kyseessä on tosiasiallisen johtopaikan perusteella yleisesti verovelvollinen yhtiö, ei oteta kantaa konsernivähennyslaissa eikä sen esitöissä. Konserniavustushan edellyttää, että vaadittava yhdeksän kymmenesosan omistusosuus on kestänyt koko vuoden. Konserniavustuslain 7.2 §:n mukaan konsernisuhteen katsotaan olleen olemassa vain sen ajan, jona ulkomainen yhteisö oli Suomessa yleisesti verovelvollinen. Kun otetaan huomioon se, että konsernivähennyslain tarkoitus on mahdollistaa lopullisten tappioiden vähentäminen konserniavustusta vastaavasti, voidaan kysyä missä määrin konserniavustuslaissa säädetty rajoitus vaikuttaa konsernivähennykseen. Jos konsernivähennykseen sovelletaan samaa periaatetta, se rajoittaisi konsernivähennyksessä huomioitavien tappioiden määrää kahdella tavalla. Jos yleinen verovelvollisuus alkaa kesken sen vuoden, jonka aikana tytäryhtiö puretaan, konsernivähennystä ei voitaisi tehdä lainkaan. Silloin mikään osa tytäryhtiön tappioista ei ole kertynyt sellaisena omistusaikana, jolloin emoyhtiö olisi ollut koko vuoden yleisesti verovelvollinen. Jos taas tytäryhtiö puretaan myöhempänä vuonna kuin yleinen verovelvollisuus alkaa, sellaisia tappioita, jotka ovat kertyneet ennen emoyhtiön yleistä verovelvollisuutta, ei voitaisi vähentää konsernivähennyksenä.

Konsernivähennyslain 7 §:n mukaan tappio voi olla lopullinen vain, jos se olisi vähennettävissä myös kotimaisessa tilanteessa tuloverolain 117, 119, 120, 122, 123, 123 a ja 123 b §:n mukaisesti¹⁹⁹. Edellytys vastaa sitä, ettei jäsenvaltioiden tarvitse hyväksyä ulkomaisia lopullisiakaan tappioita vähennettäväksi, jos vastaavia tappioita ei saa vähentää puhtaasti kotimaisessakaan tilanteessa, eikä kotimaista tilannetta siten suosita verrattuna rajat ylittävään tilanteeseen. Pohjimmiltaan samaa kysymystä arvioitiin tapauksessa KHO 2020:36 jossa oli kyse siitä, saiko suomalainen emoyhtiö antaa tappiolliselle ruotsalaiselle tytäryhtiölleen vähennyskelpoisen konserniavustuksen verovuonna 2019. Tytäryhtiön toiminta oli lopetettu 2008, ja sillä ei ollut ollut mitään transaktioita 2016 tilikaudesta lähtien. Asiassa verovelvollinen esitti, ettei se, että konserniavustusta ei annettaisi liiketoimintaa varten, voi olla esteenä rajat ylittävässä tilanteessa, jos kyse on lopullisista tappioista. Kuitenkin liiketoiminnan lopettamisesta aiheutuneet kulut ovat elinkeinoverolain

¹⁹⁹ TVL 117–121 §: Ansio- ja pääomatulolajien, elinkeinotoiminnan ja maatalouden sekä yhteisön, elinkeinoyhtymän ja yhteisetuuden muun toiminnan tappion vähentäminen tappiovuotta seuraavien 10 vuoden aikana. TVL 122–123 §: Omistajanvaihdosten sekä sulautumisen ja jakautumisen vaikutus tappioiden vähentämiseen. TVL 123 a – 123 b §: Kiinteiden toimipaikkojen tappioita koskevat säännökset.

mukaan vähennyskelpoisia, ja KHO:n mukaan liiketoiminnan käsitettä ei tule konserniavustuksen kannalta tulkita eri tavalla²⁰⁰. Vähennyskelvottomuutta ei siten voi perustella liiketoimintaedellytyksellä²⁰¹.

Oli siis arvioitava, oliko kyse lopullisista tappioista. Tuloverolain 119 §:ssä on säädetty tappioiden vanhentumisesta 10 vuodessa. Verovelvollisen mukaan tällä rajoituksella ei ollut merkitystä, koska se ei kotimaisessa tilanteessa vaikuta mahdollisuuteen antaa konserniavustusta. Vaikka konserniavustuksella ei voisiakaan kotimaisessakaan tilanteessa kattaa vanhentuneita tappioita, se voitaisiin kuitenkin antaa. Asiassa kuitenkin oli kyse juuri tytäryhtiön tappioiden vähentämisestä. Rajat ylittävien tappioiden vähentämisen kontekstissa on aina verrattava toisiinsa rajat ylittävää tilannetta ja vastaavaa puhtaasti kotimaista tilannetta. Vanhentuneiden tappioiden vähentäminen saatua konserniavustusta vastaan ei ole mahdollista suomalaisten yhtiöiden verotuksessa. EUT:n oikeuskäytännön mukaan merkitystä on sillä, olisiko tappiot voitu vähentää, jos konserniavustus olisi annettu kotimaiselle konserniyhtiölle²⁰². Koska tappiot olisivat olleet tuloverolain mukaan vanhentuneita, niitä ei olisi voitu vähentää kotimaisessakaan tilanteessa. Siten kyseessä ei ollut sijoittautumisvapauden rajoittaminen. Samoin perusteiden myöskään konsernivähennystä ei voisi tehdä tapauksessa kyseessä olevien tappioiden perusteella.

Edellä esitetty lopputulos perustuu siihen, ettei tappioiden lopullisuutta oikeastaan tarvitse tällaisessa tapauksessa edes arvioida. Sijoittautumisvapautta ei rajoiteta, koska rajat ylittävää tilannetta ei kohdella eri tavalla. KHO:n ratkaisussa todetaankin: ” Näin ollen asiassa ei ole kysymys sijoittautumisvapauden rajoittamisesta, --- ”.²⁰³ Vaikka tapauksessa ei siis oikeastaan ratkaistu tappioiden lopullisuutta, siinä kuitenkin suljettiin lopullisten tappioiden käsitteen ulkopuolelle tappiot, joita ei voitaisi hyödyntää konserniavustustakaan vastaan, eli tässä TVL:n mukaan vanhentuneet tappiot²⁰⁴.

Suomessa on päädytty siihen ratkaisuun, että lopullisina tappioina voidaan pitää myös muita kuin tytäryhtiön viimeisen vuoden tappioita. Lain esitöissä syyksi tälle on mainittu

²⁰⁰ ks. myös KHO 2019:150.

²⁰¹ Tätä edellytystä ei enää ole tulolähdejaon muuttumisen jälkeen, vaan antajaan ja saajaan tulee soveltaa elinkeinoverolakia.

²⁰² C-446/03, Marks & Spencer, (johon viitataan myös KHO:n mainitsemassa asiassa C-608/17, Holmen AB), kohta 55.

²⁰³ ks. ratkaisun KHO 2020:36 viimeinen kappale.

²⁰⁴ ks. *Nytkänen* 2020, s. 5.

EU-oikeudellinen tulkinnanvaraisuus ja lopullisuuden käsitteen tiukkarajaisuus²⁰⁵. Se, ettei aiempien vuosien tappioita pidettäisi lopullisina voisikin olla ongelmallista. Vaikka *Marks & Spencer II -tuomio*ssa vain viimeisen vuoden tappiot saattoivat olla lopullisia, EUT:n linja on useissa ratkaisuisa kuten, *Marks & Spencer I* ja *A Oy*, sekä uudemmissa tuomioissa *Holmen AB* ja *Memira*, ollut pikemminkin päinvastainen²⁰⁶. Joka tapauksessa se, että TVL 119 § rajoittaa tappioiden vähentämisaajan kymmeneen vuoteen rajoittaa myös sitä, millä aikavälillä syntyneet tappiot voivat olla lopullisia kansallisen määritelmän mukaan.

5.2. Konsernivähennyksen määrä

Konsernivähennyksen määrä ei voi konsernivähennyslain 9 §:n mukaan ylittää emoyhtiön verovuoden verotettavan elinkeinotulon määrää. Konsernivähennyksen avulla ei siis voida tehdä tappiota emoyhtiölle. Samoin on myös konserniavustuksessa. Voi olla, että emoyhtiön verotettava tulo ei vähennyksen tekovuonna riitä siihen, että tytäryhtiön lopulliset tappiot voitaisiin kokonaisuudessaan vähentää, ja osa tappiosta jää käyttämättä. Jos emoyhtiön kanssa samaan konserniin kuuluu myös sellaisia yhtiöitä, jotka voivat antaa sille konserniavustusta, emoyhtiö voi tehdä konsernivähennyksen myös samana verovuonna itse saamastaan konserniavustuksesta.²⁰⁷

Suomalaisten yhtiöiden tappiot voidaan TVL 119 §:n mukaan vähentää elinkeinotoiminnan tulosta seuraavien kymmenen vuoden aikana. Kotimaisissa tilanteissa tappioita voidaan vähentää kymmenen vuoden aikana esimerkiksi vuosittain saatavaa konserniavustusta vastaan. Ulkomaisen tytäryhtiön tappioita taas ei voida saada kymmenen vuoden vähentämisaajan piiriin, vaan ne on vähennettävä yhtenä vuotena ja jos verotettava tulo ei riitä, tappiot jäävät käyttämättä. Suomeen ”tuotuihin” lopullisiin tappioihin ei sovelleta lainkaan 10 vuoden *carry forward* -sääntöä, vaikka tappioiden syntymisestä olisikin alle kymmenen vuotta. Tosiasiallinen mahdollisuus ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappi-

²⁰⁵ ks. HE 185/2020 vp, s. 21.

²⁰⁶ ks. *van den Broek* 2020, luku 4.2.4. Can losses that have been carried forward be final? Van der Broekin mukaan ei ole epäilystäkään siitä, etteivätkö aiempien vuosien tappiot voisi olla lopullisia, ks. luku 4.3. Conclusions.

²⁰⁷ HE 185/2020 vp, s. 25.

oiden vähentämiseksi on konsernivähennyslain 9 §:n perusteella täysin riippuvainen emoyhtiön yhden vuoden verotettavan tulon määrästä ja siitä, onko konsernissa mahdollisuutta antaa emoyhtiölle konserniavustusta samana vuonna ja jos on, niin minkä verran²⁰⁸. Myös Ruotsissa konsernivähennyksen määrä on rajoitettu samalla tavalla emoyhtiön verotettavan tulon määrään²⁰⁹.

Eri jäsenvaltioissa sekä voittojen että tappioiden määrä lasketaan eri sääntöjen mukaan. Tappion arvo ei siten aina ole sama. On jopa mahdollista, että erä, joka yhdessä jäsenvaltiossa lasketaan tappioksi, on toisen jäsenvaltion verolainsäädännössä voittoa.²¹⁰ Kun on kyse lopullisten tappioiden vähentämisestä, tulee selvittää, mitä sääntöjä vähennettävän määrän laskemiseksi käytetään. Konsernivähennyksen määrän laskemisesta säädetään konsernivähennyslain 8 §:ssä. Yritysten on tehtävä neljä laskelmaa lopullisten tappioiden määrän, ja siten mahdollisen konsernivähennyksen määrän, selvittämiseksi. Laskelmien pienintä tulosta pidetään lopullisten tappioiden määränä. Lopullisten tappioiden määrä lasketaan

1. Suomen lainsäädännön mukaan tytäryhtiön viimeisen kokonaisen verovuoden päättyessä,
2. tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännön mukaan tytäryhtiön viimeisen kokonaisen verovuoden päättyessä,
3. Suomen lainsäädännön mukaan selvitysmenettelyn päättymishetkellä ja
4. tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännön mukaan selvitysmenettelyn päättymishetkellä.

Tappioiden laskeminen sekä elinkeinoverolain että ulkomaisen tytäryhtiön sijaintivaltion lain mukaan perustuu siihen, että EUT ei ole tuomioissaan määrittänyt, että lopullisten tappioiden määrä tulisi nimenomaisesti laskea jommankumman lainsäädännön mukaisesti²¹¹. Sulautumisen yhteydessä siirtyvien tappioiden vähentämistä koskevassa tapauksessa C-123/11, *A Oy*, EUT totesi, että käytetty laskutapa ei saa johtaa epäedullisempaan lopputulokseen kuin silloin, jos kyseessä olisi kotimainen tilanne. Arviointi tulee tuomion

²⁰⁸ ks. *Urpilainen* 2020, s. 3.

²⁰⁹ ks. *Inkomstskattelag* (1999:1229) luku 35, 7§.

²¹⁰ ks. *Lang* 2014, luku 3.1. The relevant tax regime for determining the losses.

²¹¹ ks. HE 185/2020 vp, s.24.

mukaan tehdä tapauskohtaisesti. Julkisasiamiehen mukaan tappiot tulisi lähtökohtaisesti laskea vastaanottavan valtion lainsäädännön mukaan, koska muutoin rajat ylittävän tilanteen kohtelu voi olla epäedullisempaa kuin kotimaisen. Tosin joissain tilanteissa voisi olla perusteltua laskea tappiot asuinvaltion lainsäädännön perusteella, kuten esimerkiksi silloin, jos vastaanottavassa valtiossa on suurempia poistoja koskevaa tukisääntelyä.²¹² Jos lähdetään SEUT:n perusvapauksista syrjintäkieltoina, emoyhtiön asuinvaltion lainsäädännön mukainen määrä on se, joka johtaa kotimaisen ja rajat ylittävän tilanteen samantyyppiseen kohteluun²¹³. Lisäksi näin voidaan varmistaa, ettei vähennettävän tappion määrä ylitä kansallisen lainsäädännön mukaista tappioiden määrää. Myöskään Iso-Britanniassa lopullisten tappioiden määrä ei voinut ylittää kansallisen lainsäädännön mukaista laskettavaa määrää. Tämä seikka ei kuitenkaan ollut arvioinnin kohteena Marks & Spencer II -tapauksessa.²¹⁴ KHO ratkaisi asian tapauksessa KHO 2013:155²¹⁵ siten, että tappioiden määrä tuli laskea elinkeinoverolain mukaan. Tämä on perusteltua, koska siten määrä lasketaan samalla tavalla kotimaisessa ja rajat ylittävässä tilanteessa.

Kuitenkin, jos tappiot laskettaisiin aina elinkeinoverolain säännösten mukaan, joissakin tilanteissa Suomessa voisi tulla vähennettäväksi enemmän tappioita kuin mitä voitaisiin vähentää siinä valtiossa, jossa tappiot ovat syntyneet ja jossa ne ensisijaisesti tulisi vähentää. EUT:n ratkaisukäytännön mukaan jäsenvaltioiden ei tarvitse omalla lainsäädännöllään huomioida muiden jäsenvaltioiden lainsäädäntöjä siten, että kaikki kansallisista verolainsäädännöistä johtuvat eroavuudet poistuisivat²¹⁶. Samoin kun jäsenvaltioiden ei tarvitse hyväksyä ulkomaisia tappioita vähennettäväksi silloin, kun niitä ei toisen jäsenvaltion lainsäädännön mukaan ole olemassa, on perusteltua, että tappioita ei tarvitse hyväksyä myöskään enempää kuin niitä on tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännön mukaan.

Kun tappiot lasketaan molempien lainsäädäntöjen mukaan ja valitaan pienempi määrä, ulkomaisen tytäryhtiön lopullisina tappioina voidaan vähentää joko 1) sama määrä kuin kotimaisessa tilanteessa (kun EVL:n mukainen tappio on pienempi) tai 2) sama määrä

²¹² ks. C-123/11, A Oy, kohdat 58–61 ja julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, kohdat 73–75.

²¹³ ks. näin *Lang* 2014, luku 3.1. The relevant tax regime for determining the losses. Jos taas korostetaan tappioiden käyttämistä (vähintään) yhden kerran, Langin mukaan voitaisiin oikeana laskutapana pitää lähdevaltion sääntöjä.

²¹⁴ ks. *Danish* 2015, luku 3.1. What role does domestic law play in loss calculation?

²¹⁵ EUT:n ennakkoratkaisu C-123/11, A Oy, liittyy tähän samaan tapaukseen.

²¹⁶ esim. C-157/07, Krankenhaus, kohta 50.

kuin tytäryhtiön asuinvaltiossa olisi ollut mahdollista vähentää (kun asuinvaltion lainsäädännön mukainen tappio on pienempi). Koska konserniavustuksen edellytyksenä on antajan ja saajan tilikausien päättymisen samaan aikaan²¹⁷, konserniavustusta ei voi antaa tytäryhtiön purkamisvuonna. Jotta konsernivähennyksen määrä ei voisi olla suurempi kuin vastaavan konserniavustuksen, tappioiden määrä lasketaan sekä selvitysmenettelyn päättymishetkelle että tytäryhtiön viimeiselle kokonaiselle verovuodelle.²¹⁸ Konsernivähennyslaissa ei ole edellytystä tilikausien yhtäaikaisesta päättymisestä, koska se estäisi konsernivähennyksen tekemisen, kun samalla edellytetään tytäryhtiön purkamista.

Niissä laskelmissa, jotka koskevat viimeisen verovuoden lopun tilannetta, tytäryhtiön varat tulee konsernivähennyslain 8.1 §:n mukaan arvostaa todennäköiseen luovutushintaan. Jos poistamattoman hankintamenon vähentämisen jälkeen lopputulos on positiivinen, sen määrä vähentää lopullisten tappioiden määrää. Mahdolliset käyttöomaisuusosakkeiden luovutustappiot eivät vaikuta lopullisten tappioiden määrään, koska niitä ei EVL 6 b§:n mukaisesti voisi vähentää kotimaisessakaan tilanteessa.²¹⁹ Lopullisten tappioiden määrästä on vähennettävä myös konsernivähennyslain 8.2 §:n mukaisesti myös emoyhtiön jo aiemmin tytäryhtiöiden osakkeiden hankintamenosta mahdollisesti tekemät vähennykset.

Konsernivähennyksen määrässä huomioidaan mahdolliset keinotekoiset toimet, joiden avulla tappioiden määrää on kasvatettu. Lain 10 §:n mukaan etuyhteydessä²²⁰ olevalle taholle vastikkeetta tai alihintaan konsernivähennyksen tekemistä edeltäneiden viiden vuoden aikana tehtyjen varojen siirtojen vaikutus tappion määrään pienentää konsernivähennyksen määrää. Ruotsissa huomioidaan selvitystilaa edeltäneiden kymmenen vuoden aikana tai selvitystilan aikana etuyhteydessä oleville osapuolille tehdyt alihintaiset luovutukset ja verotettavasta tulosta vähennetyt osingot. Lisäksi Ruotsissa konsernivähennys-

²¹⁷ Tosin kirjanpitolautakunta voi myöntää luvan emo- ja tytäryhtiön tilikausien eriaikaiselle päättymiselle. Silloin konserniavustus voisi olla mahdollinen, kunhan se luetaan tuloksi ja vähennetään samana verovuotena. Ks. Verohallinto 2021, 3.4 Tilikausien päättymisen, ja KHO 1991 B 514.

²¹⁸ HE 185/2020 vp., s. 24.

²¹⁹ ks. HE 185/2020 vp., s. 41.

²²⁰ Etuyhteydellä tarkoitetaan verotusmenettelystä annetun lain (VML 18.12.1995/1558) 31.2 §:n mukaista etuyhteyttä, eli määräysvaltaa.

nyksen määrää pienentävät emoyhtiölle annetut konserniavustukset, jotka kasvattavat tytäryhtiön tappiota.²²¹ Suomessa valittiin kuitenkin viiden vuoden aika, koska olisi epätoimennäköistä, että tytäryhtiön lopullisia tappioita olisi tarkoituksella kasvatettu jo kymmenen vuotta etukäteen²²².

Konsernivähennykseen voidaan tehdä muutoksia, jos myöhemmin osoittautuu, etteivät tappiot lain mukaan tehdystä arvioinnista huolimatta olleetkaan lopullisia tai jos niiden määrä osoittautuu muuksi. Konsernivähennyslain 11 § säädetään *recapture* -menetelmää muistuttavasta lisäyksestä. Sen mukaan, tehty konsernivähennys palautetaan vähennysvuoden verotettavaan tuloon, jos myöhemmin ilmenee mahdollisuus käyttää tappiot tytäryhtiön asuinvaltiossa tai muualla. Kuitenkin, jos tällainen mahdollisuus ilmenee sen jälkeen, kun vähennyksen tekovuodesta on kulunut viisi vuotta, lisäystä ei tehdä. Kun otetaan huomioon todella tiukat edellytykset sille, että tappiot on alun perinkään katsottu lopullisiksi sekä haitta, joka yritykselle koituu epävarmuudesta siitä, onko vähennys pysyvä, seuranta-ajan rajaaminen on perusteltua. Lain esitöissä tilanteesta, jossa 11 § voisi tulla sovellettavaksi mainitaan palautuksen teko silloin, jos konserni aloittaa uudelleen toiminnan samassa valtiossa²²³. Uuden toiminnan aloittamisen sopivalla ajoituksella voitaisiin välttää vähennyksen palauttaminen.

Silloin, jos tytäryhtiön tappioiden määrä muuttuu sen asuinvaltion verotuksessa tehtävän muutoksen vuoksi, konsernivähennystä voidaan lain 12 §:n mukaan oikaista. Konsernivähennyksen muutos oikaistaan sinä verovuonna, jona tytäryhtiön asuinvaltiossa on annettu lainvoimainen päätös tappioiden määrän muutoksesta. Jos määrä pienenee, emoyhtiön tuloon lisätään muutosta vastaava määrä. Silloin, kun tappioiden määrä kasvaa, emoyhtiön on vaadittava määrän muutosta vastaava vähennys. Alkuperäisen konsernivähennyksen määrä ja myöhemmin konsernivähennyksen lisäyksenä vähennettävä määrä ei saa ylittää emoyhtiön verotettavaa tuloa alkuperäisenä vähennysvuotena.

²²¹ ks. *Edvinsson* 2010, luku 4. New Rules on Group Deduction ja *Skatteverket* 2020, Storleken på koncernavdraget.

²²² HE 185/2020 vp., s. 27.

²²³ HE 185/2020 vp., s. 42.

5.3 Emoyhtiön näyttövelvollisuus ja näyttökynnys

Lopullisten tappioiden doktriinissa keskeiseksi kysymykseksi on muodostunut se, milloin tappioiden lopullisuudesta katsotaan annetuksi riittävä näyttö. Konsernivähennyslain 5.1 §:n kuudennen kohdan mukaan emoyhtiön tulee osoittaa, että tytäryhtiö tai mikään muu taho ei ole voinut eikä voi käyttää tappioita tytäryhtiön verotuksellisessa kotipaikassa tai muualla. Lain esitöiden mukaan emoyhtiön tulee näytöllään poissulkea EUT:n oikeuskäytännön mukaiset mahdollisuudet tappioiden käyttämiselle.²²⁴ Näyttövelvollisuus tappioiden lopullisuudesta kuuluu EUT:n oikeuskäytännön mukaan verovelvolliselle²²⁵. Myös verotusmenettelylain (Laki verotusmenettelystä, 18.12.1995/1558) 26.4 §:n mukaan selvittämisvelvollisuus on lähtökohtaisesti verovelvollisella silloin, kun oikeustoiimen toinen osapuoli ei asu Suomessa. Emoyhtiön on siis näytettävä mahdollisuuden puuttuminen, mikä on jo lähtökohtaisesti vaikeampaa kuin olemassa olevan seikan osoittaminen²²⁶. Vaatiessaan konsernivähennystä emoyhtiön on annettava veroilmoituksen liitteenä vapaamuotoinen selvitys ETA-alueella asuvan tytäryhtiön lopullisesta tappiosta²²⁷.

Tilanteesta, jossa tappiot todella olisivat lopullisia, ei ole annettu esimerkkejä lain esitöissä. Riittävästä näytöstä hallituksen esityksessä todetaan:

*”Tilanteessa, jossa tappiot ovat käytettävissä tytäryhtiön omissa verotuksissa, mutta tytäryhtiön kotivaltion lainsäädäntö ei salli minkäänlaista oikeudellista tappioiden siirtomahdollisuutta kolmannelle osapuolelle, voisi esimerkiksi olla olemassa riittävä näyttö siitä seikasta, että tappioita ei voida käyttää kolmannen osapuolen toimesta tilanteessa, jossa tytäryhtiön osakkeet myydään. Tämä ei kuitenkaan sulje pois sitä, että olisi arvioitava lisäksi muut tappioiden käyttömahdollisuudet yhtiön itsensä tai kolmannen tahon osalta.”*²²⁸

Tässäkään yhteydessä ei ole kuitenkaan annettu lainkaan tarkempaa esimerkkiä siitä, mitä näyttöä muista käyttömahdollisuuksista tulisi antaa tai mitä erityisesti kolmannen muut

²²⁴ HE 185/2020 vp, s. 23.

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

²²⁶ ks. *Danish* 2015, luku 2.2.3. Factual possibilities, not legal possibilities, matter, jossa viitataan Iso-Britannian tuomioistuimen huomioon ”the difficult task of proving a negative”, eli vaikeuteen näyttää mahdollisuuden puuttuminen.

²²⁷ *Verohallinto* 2021b, 3 luku Yhteisön ja yhteisetuuden veroilmoituksessa annettavat tiedot.

²²⁸ HE 185/2020 vp, s. 24.

käyttömahdollisuudet olisivat. Myöskään KHO ei ole antanut ennakkopäätöstä, jossa tappioiden lopullisuus olisi näytetty riittävällä tavalla. Siten Suomen oikeuskäytännöstäkään ei ole löydettävissä esimerkkiä tilanteesta, jossa tappiot olisi saatu vähentää.

Vuonna 2020 KHO antoi kerralla viisi sulautumista koskevaa ratkaisua ja hylkäsi kaikissa vaatimukset tappioiden vähentämiseksi²²⁹. Konsernivähennyslain edellytykset tappioiden lopullisuudelle eivät koske sulautumistilanteita vaan ainoastaan konsernivähennystä. Sulautuva yhtiö purkautuu ilman selvitysmenettelyä, eikä tällainen tilanne siten voisi muutenkaan täyttää konsernivähennyslain 5.1 §:n 2 kohdan edellytystä selvitysmenettelystä ja sen loppuun saattamisesta. Vastaavasti konsernivähennyksen yhteydessä tappioiden lopullisuutta on ensisijaisesti arvioitava konsernivähennyslain kriteerien valossa. Kuitenkin näistä KHO:n ratkaisuista voidaan etsiä selvennystä siihen, miten emoyhtiön antamaa näyttöä arvioidaan. Molemmissa yhteyksissä on kuitenkin kyse samasta EUT:n oikeuskäytännössä muodostuneesta lopullisten tappioiden käsitteestä.

Julkaistussa vuosikirjapäätöksessä KHO 2020:51 ja samaan aikaan annetuissa julkaisemattomissa päätöksissä oli kaikissa kyse siitä, voiko vastaanottava yhtiö vähentää sulautuvan yhtiön toisessa jäsenvaltiossa syntyneitä tappioita. Kaikissa näissä tapauksissa KHO katsoi, etteivät tappiot ole lopullisia, koska emoyhtiöt eivät olleet osoittaneet, ettei tappioita ole muuten mahdollista käyttää. Tappioita oli tapauksissa kertynyt 5–10 vuodelta.

Tapauksissa Helsingin hallinto-oikeus olisi hyväksyt tappiot lopullisiksi. Ratkaisun KHO 2020:51 yhteydessä se katsoi, että tappiot olivat lopullisia, koska asiassa esitetyn perusteella tappiollinen yhtiö ei olisi itse voinut vähentää tappioita tulevista voitoista tappiollisen toiminnan loputtua ja tappioita ei olisi voitu siirtää toiselle konserniyhtiölle sen asuinvaltiossa tai millekään kolmannelle taholle, joka olisi voinut huomioida ne vertouksessaan. Helsingin hallinto-oikeuden mukaan sillä, että yhtiö sai vielä sulautumisvuonna tuloja, ei ollut merkitystä. Sulautumisvuoden tulos oli tappiollinen. Merkitystä ei ollut myöskään sillä, että tappiot olisi voitu tulevaisuudessa vähentää asuinvaltiossa, jos siellä aloitettaisiin uusi toiminta. Koska asuinvaltiossa ei olisi enää muodostunut verotettavaa

²²⁹ Ratkaisut äänestyksellä 4–1.

tuloa eikä liiketoimintaa tultasi ennakkoratkaisuhakemuksen mukaan jatkamaan, Helsingin hallinto-oikeus ei muuttanut Verohallinnon antamaa ennakkoratkaisua, jonka mukaan tappiot olisi saatu vähentää suomalaisen emoyhtiön verotuksessa sulautumisen jälkeen, jos Verohallinto myöntää poikkeusluvan tappioiden käytölle omistajanvaihdoksesta huolimatta. Veronsaajien oikeudenvilvontayksikkö kuitenkin haki valituslupaa Helsingin hallinto-oikeuden päätökseen, ja toi esille EUT:n oikeuskäytännön linjan vähäisistäkin tuloista asuinvaltiossa.

KHO:ssa arvioitiin ensinnäkin sitä, olisiko tytäryhtiön asuinvaltiossa mahdollista saada tulevaisuudessa edes vähäisiä tuloja, joita vastaan tappioita olisi mahdollista käyttää. Tapauksessa KHO 2020:51 tytäryhtiö oli antanut varallisuudestaan selvityksen, jonka mukaan sen varojen määrä ylitti velkojen määrän. Se oli myynyt kaiken vaihto- ja käyttöomaisuuden. Tapauksessa KHO 15.5.2020 T 2104 (julkaisematon) tytäryhtiöllä oli ollut sulautumisvuonna korkotuloja noin 3 500 euroa. Tapauksessa KHO 15.5.2020 T 2105 (julkaisematon) tytäryhtiöllä oli ollut sulautumisvuonna tuloa. Lopullisina tappioina vähennettäväksi oli vaadittu vain sitä osaa tappioista, mikä ylitti nämä tulot. Ratkaisuissa KHO 2020:51 sekä taltioissa 2104 ja 2105 todettiin, että yhtiöiden varallisuusasemista annetut selvitykset huomioiden emoyhtiöt eivät olleet näyttäneet, etteivät tytäryhtiöt olisi voineet saada asuinvaltiossaan tulevien vuosien aikana edes vähäisiä rahoitus- tai muita tuloja.

Tapauksessa KHO 15.5.2020 T 2107 (julkaisematon) tytäryhtiön liiketoiminta oli ajettu alas sulautumisvuotta edeltävänä vuotena ja sen kiinteistöt oli sovittu myytävän ulkopuoliselle sulautumisvuotta edeltävän vuoden loppupuolella. Yhtiöllä ei ollut mitään tuotto-odotuksia. Sille ei jäänyt kiinteää toimipaikkaa asuinvaltioon. Toiminnan lopettaminen ja omaisuuden myynti eivät olleet riittävä osoitus siitä, ettei tulevaisuudessa olisi voinut saada edes tuloja. Tapauksessa KHO 15.5.2020 T 2106 (julkaisematon) emoyhtiön palveluksessa aloitti sulautumisvuoden jälkeen tytäryhtiön asuinvaltiossa henkilö, jonka toiminta oli Veronsaajien oikeudenvilvontayksikön mukaan samantyyppistä kuin tytäryhtiön toiminta oli ollut. Oikeudenvilvontayksikön mukana kyse ei ollut toiminnan lopettamisesta tytäryhtiön asuinvaltiossa, vaan niiden järjestämisestä uudelleen. KHO katsoi, että emoyhtiö ei ollut osoittanut, ettei tytäryhtiö olisi voinut saada asuinvaltiossaan tulevien vuosien aikana edes vähäisiä tuloja harjoittamastaan liiketoiminnasta. Tytäryhtiön asuinvaltiossa harjoittamasta liiketoiminnasta olisi voinut edelleen kertyä tuloja, koska

siellä jatkettiin toimintaa. Yhdessä tapauksista tytäryhtiön asuinvaltiossa oli muitakin konserniyhtiöitä, jotka olivat myös tappiollisia. Tämä tappiollisuus ei kuitenkaan osoittanut sitä, etteivät konserniyhtiöt voisi tulevaisuudessa antaa konserniavustusta, jota vastaan tappiot voitaisiin vähentää.

Tapauksissa arvioitiin lisäksi, oliko olemassa mahdollisuutta siihen, että kolmas taho siinä tapauksessa, että kukin tytäryhtiö olisi myyty kolmannelle, olisi voinut huomioida tappiot tulevaisuudessa. Kaikissa tapauksissa tytäryhtiöiden asuinvaltioissa tappioiden siirtymistä oli rajoitettu lainsäädännöllä. Tapauksessa KHO 2020:51 emoyhtiö oli esittänyt, että tytäryhtiöllä ei ollut omaisuutta tai toimintaa, mistä ulkopuolinen olisi kiinnostunut eikä tytäryhtiön myyminen siten ollut konkreettinen vaihtoehto. Eräässä tapauksista taas oli esitetty, että tytäryhtiön osakkeille ei saataisi positiivista myyntihintaa eikä kolmas olisi voinut hyödyntää tappioita. Toisessa tapauksessa emoyhtiö esitti, että osakkeiden myyminen olisi erittäin vaikeaa, koska tuotto-odotuksia ei ollut eivätkä tappiot olisi lainsäädännön mukaan siirtyneet ostajalle. Kolmannessa tapauksessa osakkeille ei ollut löytynyt ostajaa tappiollisuuden vuoksi, ja koska liiketoiminta oli lopetettu tappiot eivät olisi tytäryhtiön lainsäädännön mukaan siirtyneet kaupassa uudelle omistajalle. KHO:n mukaan emoyhtiöt eivät olleet näyttäneet, ettei olisi olemassa mahdollisuutta siihen, että kolmas taho siinä tapauksessa, että tytäryhtiö myydään sille, voisi ottaa tappiot huomioon tytäryhtiön asuinvaltiossa tulevien verovuosien aikana.

Edellä käsitellyistä KHO:n ratkaisusta ilmenee, että näyttövelvollisuuden täyttäminen ei ole emoyhtiölle helppo tehtävä. Riittävänä näyttönä siitä, ettei tytäryhtiö voi itse tulevaisuudessa hyödyntää tappioita, ei ole pidetty yhtiön toiminnan lopettamista ja kaiken omaisuuden myyntiä, eikä sitä, ettei sillä ole mitään tuotto-odotuksia. Kun arvioitiin näyttöä kolmannen mahdollisuudesta hyödyntää tappiot etenkin, jos tytäryhtiö myytäisiin sille, näyttöksi ei näissä tapauksissa riittänyt esimerkiksi se, ettei tytäryhtiön osakkeista saada positiivista hintaa tai se ettei ostajaa ole löydetty lainkaan. Kolmannen mahdollisuudesta käyttää tappiot on edelleen muistettava myös, ettei lopullisuuden perusteena voida pitää sitä, että tytäryhtiön jäsenvaltion lainsäädännön mukaan tappioiden siirtäminen kolmannelle ei ole mahdollista.

6 Verosopimusten syrjäntäkiellot ja konsernivähennys

Rajat ylittävissä tilanteissa on otettava EU-oikeuden lisäksi huomioon myös verosopimukset. Verosopimukset ovat osa kansallista verojärjestelmää. EU:n jäsenvaltiot eivät lojaliteettivelvoitteen vuoksi saa solmia sellaisia verosopimuksia, jotka johtavat SEUT:n vastaiseen verotukseen. Jos verosopimus on ristiriidassa EU-oikeuden kanssa, EU-oikeutta sovelletaan ensisijaisesti.²³⁰ Se, että jäsenvaltioilla on kahdenvälisiä verosopimuksia, joiden edut koskevat vain näiden jäsenvaltioiden kansalaisia, ei ole SEUT:n vastaista syrjäntää²³¹. EUT on tuomioissaan todennut, että verotusvallan jakamisen kannalta on järkevää, että jäsenvaltiot seuraavat kansainvälistä käytäntöä ja etenkin OECD:n mallisopimuksia²³². Vaikka OECD:n malliverosopimus tai sen kommentaari eivät ole velvoittavaa oikeutta, myös EUT on viitannut niihin tuomioissaan²³³. Jäsenvaltioiden verosopimusten tulkitseminen ei varsinaisesti kuulu EUT:n toimivaltaan²³⁴.

Lopullisten tappioiden doktriini velvoittaa vain EU:n jäsenvaltioita. Koska konsernivähennys tehdään suomalaisen yhtiön verotuksessa, verosopimusten syrjäntäkiellot saattavat edellyttää samaa kohtelua myös muille Suomessa asuville yhtiöille. Tarkastellaan seuraavaksi OECD:n malliverosopimuksen syrjäntäkieltoartiklaa ja sen valossa kahta tilannetta: tosiasiallisen johtopaikan perusteella Suomessa yleisesti verovelvollisen, ETA:n ulkopuolella perustetun yhtiön oikeutta konsernivähennykseen ja ulkomaisen yhteisön täällä sijaitsevan kiinteän toimipaikan oikeutta konsernivähennykseen.

Pääosa Suomen verosopimuksista sisältää OECD:n malliverosopimuksen 24 artiklan mukaisen syrjäntäkieltoartiklan joko sellaisenaan tai ainakin osittain. Kansalaisuuteen perustava syrjäntä kielletään malliverosopimuksen 24 artiklan 1 kappaleessa, jonka mukaan sopimusvaltion kansalainen ei saa joutua raskaamman tai muunlaisen verotuksen tai siihen liittyvän velvoituksen kohteeksi, kuin toisen verosopimusvaltion kansalainen joutuu tai saattaa joutua samoissa olosuhteissa. Olosuhteilla tarkoitetaan erityisesti

²³⁰ *Malmgrén* 2008, s. 185–186. Ennen EU-jäsenyyttä solmitut verosopimukset voivat olla perustamisopimuksen/SEUT:n vastaisia, jäsenvaltioiden tulee kuitenkin pyrkiä muuttamaan ne. Ks. EU-oikeuden etusijasta myös esim. C-170/05, *Denkavit Internationaal and Denkavit France*, kohta 44.

²³¹ *Lang* 2018, s. 187.

²³² ks. esim. C-414/06, *Lidl Belgium*, kohta 22.

²³³ ks. *Lang* 2018, s. 185.

²³⁴ Ks. verosopimuksista EUT:n oikeuskäytännössä *Lang* 2018.

asuinpaikkaa koskevia olosuhteita. Tämä tarkoittaa sitä, että esimerkiksi Suomi ei saa verottaa täällä asuvaa toisen valtion kansalaista ankarammin kuin täällä asuvaa Suomen kansalaista. Malliverosopimuksen 3 artiklan määritelmien mukaan kansalaisella tarkoitetaan paitsi luonnollista henkilöä, jolla on sopimusvaltion kansalaisuus, myös oikeushenkilöä, yhtymää tai muuta yhteenliittymää, joka on muodostettu tässä sopimusvaltiossa voimassa olevan lainsäädännön mukaan. Luonnollisten henkilöiden erilainen kohtelu perustuu useimmiten asuinvaltioon eikä kansalaisuuteen. Oikeushenkilöiden kansalaisuuden määritelmän takia taas ei ole aina selvää, johtuuko erilainen kohtelu kansalaisuudesta vai asuinvaltiosta.²³⁵ Verosopimusten syrjäntäkiellossa olennaista on asuminen verosopimusvaltiossa. Malliverosopimuksen mukainen syrjäntäkieltoartikla ei velvoita sopimusvaltioita kohtelemaan yleisesti ja rajoitetusti verovelvollisia samalla tavalla, koska ulkomailla asuvat eivät ole samanlaisissa olosuhteissa. Tosin verovelvollisuus määräytyy yleensä asumisen, eikä kansalaisuuden, mukaan.²³⁶ Siten 24 artiklan 1 kappaleen syrjäntäkielto ei yleensä tule sovellettavaksi²³⁷. Kansalaisuuteen perustuva SEUT:n syrjäntäkielto on malliverosopimuksen syrjäntäkieltoa laajempi. SEUT:n osaltahan yleisesti ja rajoitetusti verovelvolliset ovat lähtökohtaisesti yhdenvertaisia.²³⁸

Konsernivähennyslaki on kuitenkin ongelmallinen juuri yleisen syrjäntäkiellon osalta, sillä se mahdollistaa vain ETA-valtion lainsäädännön mukaan perustetun yhtiön tytäryhtiön lopullisten tappioiden vähentämisen. Konsernivähennyslain 2.2 §:n mukaan emoyhtiöllä tarkoitetaan kotimaisen emoyhtiön lisäksi myös Euroopan talousalueeseen kuuluvan valtion lainsäädännön mukaan perustettua, kotimaiseen osakeyhtiöön tai osuuskuntaan rinnastuvaa yhtiötä, jonka sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on Euroopan talousalueella, ja jota pidetään Suomessa yleisesti verovelvollisena. Sellaiset yhtiöt, jotka on perustettu ETA:n ulkopuolella mutta ovat johtopaikan perusteella yleisesti verovelvollisia, jäävät konsernivähennyksen soveltamisalan ulkopuolelle. Tällöin kohdellaan eri tavalla kahta tosiasiallisen

²³⁵ Helminen 2001, luku 3. alaluku Kansainvälisen vero-oikeuden keskeiset taustaperiaatteet.

²³⁶ Vapaavuori 2003, s. 60–61, 231. Huom. erityisesti malliverosopimuksen sanamuoto *in particular with respect to residence*.

²³⁷ Helminen 2001, luku 3. alaluku Kansainvälisen vero-oikeuden keskeiset taustaperiaatteet

²³⁸ Malmgrén 2008, s. 177.

johtopaikan perusteella Suomessa yleisesti verovelvollista sen mukaa, onko yhtiö perustettu Suomen tai muun ETA-valtion lainsäädännön mukaisesti vai ETA:n ulkopuolisen valtion lainsäädännön mukaisesti²³⁹. Konsernivähennyslain kanssa samoihin aikoihin valmistellussa hallituksen esityksessä ulkomaisten yhteisöjen yleisestä verovelvollisuudesta todetaan, että verosopimusvaltiossa perustetut tai rekisteröidyt yhteisöt, jotka ovat Suomessa yleisesti verovelvollisia, ovat verotuksessa oikeutettuja samoihin etuihin kuin yleisesti verovelvolliset kotimaiset yhteisöt²⁴⁰. Tämä laajentaa konsernivähennyslain soveltumisalaa myös ETA:n ulkopuolisissa verosopimusvaltioissa perustettuihin tosiasiallisen johtopaikan perusteella Suomessa yleisesti verovelvollisiin yhteisöihin.

Konsernien tappiontasauksen kannalta olennainen on myös OECD:n malliverosopimuksen 24 artiklan 3 kappaleen kiinteitä toimipaikkoja koskeva syrjäntäkielto. Artiklan mukaan verotus, joka kohdistuu sopimusvaltion yrityksellä toisessa sopimusvaltiossa olevaan kiinteään toimipaikkaan, ei saa siinä valtiossa olla epäedullisempi kuin verotus, joka kohdistuu siinä valtiossa olevaan samanlaista toimintaa harjoittavaan yritykseen. Suomen tulee siis kohdella ulkomaisen yrityksen täällä olevaa kiinteää toimipaikkaa samalla tavalla kuin suomalaisia yrityksiä. Verotus saa perustua eri sääntöihin, mutta ne eivät saa johtaa ankarampaan lopputulokseen²⁴¹. Konsernivähennyksen kannalta tulee arvioida, edellyttääkö kiinteiden toimipaikkojen syrjäntäkielto, että ulkomaisen yhtiön Suomessa sijaitseva kiinteä toimipaikka voisi tehdä konsernivähennyksen²⁴². Suomessa yleisesti verovelvollinen yhtiö voi tehdä konsernivähennyksen ulkomaisen tytäryhtiönsä lopullisten tappioiden perusteella, mutta täällä yleisesti verovelvollinen kiinteä toimipaikka ei voi. Tilanteisiin ei sovelleta samoja sääntöjä, ja Suomessa yleisesti verovelvollisen (kiinteä toimipaikka tai täällä asuva yhtiö) ja siihen liittyvän tytäryhtiön yhteistuloksen verokohdeltu on erilainen näissä tilanteissa.

OECD:n malliverosopimuksen kommentaarissa todetaan, että kiinteällä toimipaikalla on oltava sama oikeus tappioidensa siirtoon myöhemmille tai aiemmille verovuosille kuin

²³⁹ *Malmgrén* 2020, s. 3.

²⁴⁰ ks. HE 136/2020 vp, s. 33.

²⁴¹ *Helminen* 2001, luku 3. alaluku Kansainvälisen vero-oikeuden keskeiset taustaperiaatteet.

²⁴² ks. *Malmgrén* 2020, s. 2.

samassa valtiossa asuvilla yhtiöille on. Kommentaarissa täsmennetään, että tällainen oikeus koskee nimenomaan kiinteän toimipaikan omista liiketoimista johtuvia tappioita. Samoin siinä selvennetään, että 24 artiklan 3 kappaleessa määrätty tasapuolisen kohtelun periaate pätee vain kiinteän toimipaikan oman toiminnan verotukseen. Yhtä edullisen kohtelun vertailu on tehtävä vain vertaamalla kiinteän toimipaikan oman toiminnan verotusta koskevia sääntöjä niihin sääntöihin, jota sovelletaan valtiossa asuvan yleisesti verovelvollisen yksittäisen yrityksen (*an independent resident enterprise*) vastaavan toiminnan verotukseen. Kommentaarin mukaan vertailua ja kiinteän toimipaikan samanlaista kohtelua ei tarvitse ulottaa sääntöihin, jotka koskevat kotimaisten yhtiöiden verottamista osana etuyhteydessä olevien yritysten ryhmää (konsernia). Tappioiden siirtäminen ja konsolidointi mainitaan esimerkkeinä tällaisesta sääntelystä.²⁴³

Kun otetaan huomioon edellä käsitelty OECD:n kommentaarissa esitetty, kiinteiden toimipaikkojen jättäminen konsernivähennyslain soveltumisalan ulkopuolelle ei vaikuttasi olevan kiinteiden toimipaikkojen syrjintäkiellon vastaista. Konsernivähennyslaissahan otetaan nimenomaisesti huomioon kahden yrityksen välinen suhde, kun tietyn omistussuuden perusteella emoyhtiö saa vähentää tytäryhtiön lopulliset tappiot. Asia ei kuitenkaan ole näin suoraviivainen, koska täsmennys, jonka mukaan tappioiden siirtämistä koskevia sääntöjä tarvitse ulottaa kiinteisiin toimipaikkoihin on lisätty vasta vuoden 2008 päivityksessä OECD:n kommentaariin. Mielenkiintoinen kysymys on, onko lopullisten tappioiden doktriini ja OECD:n jäsenmaiden, joista suuri osa on myös EU-maita, haluttomuus laajentaa rajat ylittävää tappiontasausta entisestään, vaikuttanut tähän lisäykseen. Kommentaarin edellinen versio on nimittäin vuodelta 2005, ja *Marks & Spencer I* tuomio on annettu vasta sen julkaisun jälkeen.

Asiaa on käsitelty KHO:ssa konserniavustuksen kannalta vuonna 2003. Silloin kiinteän toimipaikan syrjintäkielto soveltui eikä OECD:n kommentaarissa ollut vielä muuta ohjeistusta. Vuosikirjaratkaisussa KHO 2003:79 oli kyse tilanteesta, jossa samaan konserniin kuului suomalainen ja ruotsalainen osakeyhtiö. Ruotsalaisella osakeyhtiöllä oli Suomessa kiinteä toimipaikka. Keskusverolautakunta oli antanut asiassa ennakkoratkaisun, jonka mukaan suomalainen osakeyhtiö ja ruotsalaisen yhtiön Suomessa sijaitseva kiinteä toimipaikka saivat antaa toisilleen vähennyskelpoista konserniavustusta. Perusteena tälle

²⁴³ OECD 2017, Commentary on Article 24, kappaleet 40.c) ja 41.

oli Pohjoismaiden välillä tulo- ja varallisuusveroja koskevan kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi tehdyn sopimuksen (Sops 25/1997) kiinteiden toimipaikkojen syrjintäkielto. Ratkaisevaa oli myös SEUT:n sijoittautumisvapaus. KHO ei muuttanut Keskusverolautakunnan ennakkoratkaisua. Tämä tilanne tosin eroaa konsernivähennyksestä siinä, että konserniavustus myös tuloutui Suomessa. Samoin ratkaisun KHO 2007:30 mukaan ulkomaisen yhtiön Suomessa oleva kiinteä toimipaikka sai antaa vähennyskelpoisen konserniavustuksen suomalaiselle konserniyhtiölle asiassa sovelletun Suomen ja Luxemburgin välisen verosopimuksen (SopS 18/1983) kiinteän toimipaikan syrjintäkiellon perusteella.

Lähtökohtaisesti OECD:n malliverosopimusta noudattavien verosopimusten tulkinnassa käytetään sitä kommentaarin versiota, joka on ollut julkaistuna sopimuksetekohetkellä, ja kansalliset tuomioistuimet yleensä noudattavatkin tätä niin sanottua staattista tulkintatapaa. Tosin sopimusosapuolet ovat voineet sopia, että myös aiempia tai myöhempiä versioita voidaan hyödyntää. OECD suosittelee lähestymistapaa, jossa ratkaisua haetaan uudemmissa kommentaareista.²⁴⁴ Tällöin muuttuva toimintaympäristö pystytään huomiomaan paremmin. Suomessa korkein hallinto-oikeus on käyttänyt verosopimusten tulkinnassa kommentaarin myöhempiä versioita. KHO on todennut väliyhteisölain soveltumista koskevassa ratkaisussa KHO 2002:26, että vaikka tulkinnassa annetaan erityistä painoarvoa niille kommentaarin sanamuodoille, jotka ovat olleet voimassa verosopimusta neuvoteltaessa, myös kommentaarin myöhemmillä muutoksilla on merkitystä tulkintapuna.

Merkitystä on myös sillä, onko kommentaarin muutos vain selventävä vai onko kyse asia muutoksesta. Työsuhdeoptioita koskevassa ratkaisussa KHO 2013:93 sovellettiin Suomen ja Italian välistä verosopimusta (SopS 55/1983), joka on tullut voimaan jo vuonna 1983. Työsuhdeoption kertymisaikaan liittyvä muutos taas on tehty kommentaariin vuonna 2006. KHO ratkaisi asian kommentaarin uuden version mukaisesti. Se, oliko tässä kyseessä kommentaarin täsmennys vai asiamuutos, ei ole yksiselitteistä.²⁴⁵ Kiinteiden toimipaikkojen syrjintäkieltoon liittyen kommentaarin aiemmissa versioissa ainakin vuo-

²⁴⁴ Nieminen 2014, s. 184, 192–195.

²⁴⁵ ks. Helminen 2014, s. 21–24, jossa myös tarkemmin ratkaisusta KHO 2013:93.

den 1992 verisoista lähtien todetaan, että *carry forward* -sääntöjä sovelletaan vain kiinteän toimipaikan oman liiketoiminnan tappioihin. Edellä esitetyn perusteella voisi olla mahdollista tulkita kiinteiden toimipaikkojen syrjäntäkieltoartiklaa niin, ettei ulkomaisten yhteisöjen Suomessa sijaitsevilla kiinteillä toimipaikoilla olisi oikeutta konsernivähennykseen etenkin, jos konserniin sovellettavaa tappiontasasta koskeva lisäystä pidettäisiin täsmennyksenä siihen, mitä kiinteän toimipaikan tappiontasauksesta yleisesti on sanottu jo aiemmissa versioissa.

Jotta legaliteettiperiaatteeseen sisältyvän ennustettavuuden vaatimus toteutuu, *Helminen* mukaan KHO:n aiempi oikeuskäytäntö tulisi asettaa tulkinnassa etusijalle suhteessa OECD:n malliverosopimuksen kommentaarin lisäykseen. Ratkaisussa KHO 2013:93 tulkintalinjan muutos oli verovelvolliselle edullisempi, ja siten se ei ollut kyseissä tilanteessa niin ongelmallinen suhteessa legaliteettiperiaatteeseen. Sama tulkinta voisi kuitenkin toisessa tapauksessa olla verovelvolliselle epäedullinen.²⁴⁶ Jos kiinteän toimipaikan syrjäntäkieltoon liittyvän oikeuskäytännön linjaa muutettaisiin vastaamaan OECD:n vuoden 2008 päivitystä, uusi tulkintalinja olisi verovelvollisille epäedullinen. Kun asiaan on jo otettu kantaa oikeuskäytännössä, linjan muuttaminen erityisesti ennen vuotta 2008 solmittujen verosopimusten osalta vaikuttaa ennustettavuuden vaatimuksen vuoksi epätoiminnalliselta.

²⁴⁶ *Helminen* 2014, s. 24–25.

7 Johtopäätökset

Tässä tutkielmassa on tarkasteltu EUT konserniverojärjestelmiä ja sijoittautumisvapautta koskevaa oikeuskäytäntöä ja siinä muodostunutta lopullisten tappioiden käsitettä, sekä Suomessa 1.1.2021 voimaan tullutta ulkomaisten tytäryhtiöiden lopullisten tappioiden vähentämisen mahdollistavaa konsernivähennyslakia. Tutkielman toisessa luvussa on vastattu kysymykseen SEUT 49 artiklan sijoittautumisvapauden merkityksestä ja sen mahdollisesta rajoittamisesta. Rajat ylittävän tappiontasausmahdollisuuden puuttuminen tekee vähemmän houkuttelevaksi sijoittautumisen toiseen jäsenvaltioon. EUT:n oikeuskäytännön perusteella jäsenvaltion lainsäädäntö, joka sallii konserniyhtiöiden välisen tappiontasauksen kotimaisessa tilanteessa, mutta ei rajat ylittävissä tilanteissa, on lähtökohtaisesti sijoittautumisvapautta rajoittava. Rajoitus voi kuitenkin olla sallittu, jos sille on hyväksyttävä oikeuttamisperuste ja suhteellisuusperiaatteen mukainen. Tärkeimmäksi oikeuttamisperusteeksi on muodostunut verotusvallan tasapainoinen jakautuminen. Toisen jäsenvaltion verotusvallan piirissä olevan tytäryhtiön tappioiden vähentäminen emoyhtiön verouksessa on poikkeus, joka seuraa vain mahdottomuudesta käyttää tappioita tytäryhtiön asuinvaltiossa tai muualla. Sama koskee myös kiinteiden toimipaikkojen tappioita.

Tutkielmassa yhden keskeisen kokonaisuuden muodostavat luvut 4 ja 5, joissa on tarkastelu kysymystä siitä, milloin tappiot katsotaan lopullisiksi. Konsernivähennyslain 5 § sinänsä antaa varsin tarkat kriteerit lopullisuuden arvioinnille. Lopullisten tappioiden käsitteen tulkinnassa on huomioitava EUT:n sille antamat merkitykset, mikä tosin on pitkälti taattu jo konsernivähennyslain 5 §:ää seuraamalla, sillä sen yksityiskohdat perustuvat pitkälti EUT:n oikeuskäytäntöön. Konsernivähennyslain mukaan tappiot ovat lopullisia, jos kaikki seuraavat toteutuvat:

1. Tytäryhtiö ei itse voi hyödyntää tappiota aiempina verovuosina, nykyisenä verovuotena eikä tulevana verovuosina. Tämä 4 §:n säädetty edellytys vastaa suoraan *Marks & Spencer I* -tuomion 55 kohdassa todettua. Tähän liittyvät myös 5.1 §:n 1–2 kohtien edellytykset, joiden mukaan tytäryhtiöin toiminnan pitää olla lopetettu ja sen tulee olla asetettu selvitystilaan, joka päättyy viimeistään toiminnan lopettamisvuotta seuraavana vuonna. Näin voidaan varmistaa, että tytäryhtiöllä ei ole enää mahdollisuutta

saada vähäisintäkään tuloa, jota vastaan tappioita voisi käyttää. Tytäryhtiön purkamisen edellyttäminen ei sinänsä ole EUT:n oikeuskäytännössä muodostunut edellytys, eikä sen hyväksyttävyyteen ole otettu EUT:n tuomioissa kantaa. *Marks & Spencer II* -asiassa sitä sivuttiin, mutta Iso-Britannian lainsäädäntö ei edellyttänyt purkamista.

2. Kolmas, etenkin jos tytäryhtiö myydään sille, ei voi hyödyntää tappioita.

Myös tästä edellytyksestä säädetään 4 §:ssä ja se vastaa EUT:n oikeuskäytäntöä. Kolmas voisi hyödyntää tappiot, jos ne siirtyvät sille esimerkiksi kaupan yhteydessä. Useissa valtioissa kuitenkin rajoitetaan tappioiden siirtymistä, jolloin kolmas ei voisi vähentää niitä. Tytäryhtiön myymiseen liittyy myös mahdollisuus, että tappiot voitaisiin hyödyntää huomioimalla ne myyntihinnassa. Myyntihintaa nostaisi tappioiden vähentämisestä saatava verohyöty. Kun tappioiden käyttö kauppatavarana yleensä pyritään estämään, avoimeksi jää, miten tällaista mahdollisuutta voi tosiasiasa hyödyntää. Kolmannella voidaan tarkoittaa myös konserniin kuuluvaa yhtiötä, ja siten on arvioitava myös voiko tappioita siirtää asuinvaltion konserniverojärjestelmän kautta tällaiselle yhtiölle.

3. Tappioiden olisi oltava vähennyskelpoisia vastaavassa kotimaisessa tilanteessa.

Sijoittautumisvapaus ei edellytä, että tappioita saisi vähentää rajat ylittävästi sen laajemmin, kuin mitä kotimaisessa tilanteessa voidaan vähentää. Tämä edellytys sulkee pois ensinnäkin tytäryhtiön yli 10 vuotta vanhat tappiot, mutta liittyy myös muihin edellytyksiin. Edellytys perustuu konsernivähennys lain 7 §:ään ja vanhentuneiden tappioiden vähennyskelvottomuus rajat ylittävässä konserniavustuksessa on todettu myös ratkaisussa KHO 2020:36.

4. Tappioiden on oltava vähennyskelpoisia tytäryhtiön asuinvaltiossa.

Tappioiden tulee perustua tytäryhtiön asuinvaltion verolainsäädäntöön ja olla sen mukaan tunnistettu verotuksessa tappioiksi. Lisäksi asuinvaltion lainsäädännön on mahdollistettava tappioiden vähentäminen, eivätkä tappiot saa olla siellä vanhentuneita. Näistä oikeudellisiin syihin liittyvistä edellytyksistä on säädetty konsernivähennyslain 5.1 §:n 3–4 kohdissa, ja edellytykset perustuvat EUT:n oikeuskäytännössä todettuun periaatteeseen, jonka mukaan jäsenvaltioilla ei ole velvollisuutta huomioida omassa lainsäädännössään toisen jäsenvaltion lainsäädännöstä aiheutuvaa mahdollista haittaa.

Myös tappioiden määrän laskennassa on huomioitava tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädäntö. Verovelvollisen on tehtävä neljä laskelmaa tappioiden määrästä: EVL:n ja toisen valtion lainsäädännön mukaan laskettuna kahdelle ajankohdalle, eli viimeisen kokonaisen verovuoden päättyessä ja selvitysmenettelyn päättyessä. Konsernivähennyksenä voidaan vähentää pienintä tulosta vastaava määrä. Tappioita ei siis voi missään tilanteessa vähentää enempää kuin mitä niitä on olemassa tytäryhtiön lainsäädännön mukaan laskettuna.

5. Emoyhtiö on omistanut 90 % tytäryhtiön osakkeista tappiovuoden alusta lähtien itse tai välillisesti tytäryhtiön kanssa samassa jäsenvaltiossa olevien yhtiöiden kautta selvitystilan päättymiseen asti. Tämä on selvitysmenettelyyn asettamisen ja purkamisen lisäksi ainoa edellytys, joka ei suoraan perustu EUT:n tuomioihin. Konsernivähennystä varten ei voi saada TVL 122.3 §:n mukaista poikkeuslupaa. Kun tappioiden on pitänyt kertyä omistusaikana, voidaan välttää tilanteita, joissa tappiollisia yhtiöitä hankittaisiin tappioiden vähentämistä varten. Vaikka sijoittautumisvapaus yleensä edellyttää, että tappiontasauksessa huomioidaan myös passiivinen omistus, EUT on ruotsalaista konsernivähennystä koskevassa asiassa C-608/17, *Holmen AB* pitänyt sallittuna rajata välillisen omistuksen vain tappiollisen tytäryhtiön kanssa samassa valtiossa olevien yhtiöiden kautta muodostuvaan omistukseen. Muuten tappioiden vähennysvaltio voitaisiin valita konsernissa niiden valtioiden väliltä, joiden kautta omistusketju kulkee.

Vaikka kaikki kohtien 1–5 edellytykset täyttyisivät, konsernivähennys voidaan evätä, jos tappioiden vähentämiseksi on tehty keinotekoisia järjestelyjä. Tämä on mahdollista sekä EU-oikeuden että kansallisen lainsäädännön (VML 28 §) nojalla. Lopullisuuden kriteerejä ei kuitenkaan ole helppoa täyttää, joten myös keinotekoisten järjestelyjen mahdollisuus lienee pieni. Tällaisia järjestelyjä vaikeuttaa huomattavasti vaatimus tappioiden kertymisestä omistusaikana. Veronkierto voisi kuitenkin tulla arvioitavaksi esimerkiksi liittyen mahdollisuuksiin siirtää Suomessa vähennettäväksi tappioita sen avulla, että ulkomaisesta yhtiöstä voi tulla Suomessa yleisesti verovelvollinen. Tällaisia mahdollisuuksia saattaa liittyä sekä konsernivähennykseen että -avustukseen.

Kohtiin 1 ja 2 liittyy olennaisesti emoyhtiön velvollisuus näyttää, ettei tappioiden käyttömahdollisuuksia ole, ja käytännössä tappioiden vähennysvaatimukset vaikuttavat kaatuvan tähän. Kansallisessa lainsäädännössä tappioiden lopullisuuden näyttämiseksi on jo muodostunut korkea kynnyksensä esimerkiksi KHO:n vuonna 2020 antamissa sulautumisiin liittyvissä ratkaisuisissa, joita on käsitelty luvussa 5.3. Kuten tähänkin asti, asiaa koskevia tapauksia tullaan luultavasti arvioimaan sekä kansallisella tasolla että EU-tuomioistuimessa. Nähtäväksi jää, miten tappioiden lopullisuuden arviointi vielä mahdollisesti kehittyy KHO:n tai toisaalta EUT:n ratkaisujen perusteella. Lain esitöissään todetaan, että ei ole todennäköistä, että edellytys tappioiden lopullisuudesta täytyisi usein²⁴⁷.

Korkean näyttökynnyksen lisäksi lopullisten tappioiden vähentäminen voi estyä, jos emoyhtiön verotettava tulo ei riitä tappioiden vähentämiseksi eikä muiden konserniyhtiöiden ole mahdollista antaa sille konserniavustusta. Jos tappiot on todettu lopullisiksi, emoyhtiön yhden verovuoden verotettavasta tulosta aiheutuvaa sattumanvaraisuutta voisi korjata se, että tappiot olisivat vähennettävissä esimerkiksi samalla tavalla 10 vuoden aikana kuin kotimaisetkin tappiot. Tosin, kun osittain EU-oikeuden epävarman oikeustilan vuoksi konsernivähennysjärjestelmässä on päädytty siihen, että muutkin kuin tytäryhtiön viimeisen vuoden tappiot voivat olla lopullisia, voisi vanhentumisaikojen seuraaminen olla raskasta.

Kotimaisessa tilanteessa konsernin tappiontasaus toteutetaan edelleen konserniavustuslain perusteella. Konsernivähennys mahdollistaa erittäin rajatuissa tapauksissa samaan lopputulokseen tähtäävän tappiontasauksen emoyhtiön ja tappiollisen ulkomaisen tytäryhtiön välillä. Eri järjestelmien soveltaminen on EU-oikeudellisesti sallittua, kunhan rajat ylittävän tilanteen kohtelu ei ole epäedullisempää. Kysymykseen siitä, miten konsernivähennys vastaa EU-oikeuden vaatimuksia, on tappioiden lopullisuuden määrittelyn ohella vastattu pääasiallisesti tutkielman kolmannessa luvussa pohtimalla tilanteita, joissa myös muulla taholla kuin kotimaisella emoyhtiöllä voisi olla mahdollisuus konsernivähennykseen. Arvioitaessa konsernivähennyslain EU-oikeuden mukaisuutta, on ensinnäkin todettava, että komission Suomea vastaan kohdistama

²⁴⁷ HE 185/2020 vp., s. 20.

rikkomusmenettely koski nimenomaan ulkomaisten tytäryhtiöiden lopullisia tappioita. Kun konserniavustusjärjestelmän muuttaminen viivästyi, komissio totesi antamassaan perustellussa lausunnossa, että vaadittava muutos ei ole monimutkainen ja Suomen konserneihin soveltaman tappiontasausjärjestelmän saattaminen EU-oikeuden mukaiseksi ei vaadi järjestelmän yleistä uudistamista.²⁴⁸ Siten voidaan pitää perusteltuna, että konsernivähennys on mahdollinen vain emoyhtiön verotuksessa sen ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden osalta.

Vaikka komission minimivaatimus on nyt täytetty, Suomen konserniverojärjestelmä ei ole täysin linjassa EU-oikeuden kanssa. Ulkomaisen yhtiön Suomessa sijaitsevan kiinteän toimipaikan suomalaisen yhtiön kohtelusta poikkeava kohtelu on ristiriidassa EU-oikeuden kanssa. Vaikka lopulliset tappiot vähennetään EUT:n oikeuskäytännön mukaan emoyhtiön jäsenvaltiossa, tulee tällaisessa tilanteessa ulkomaisen yhtiön kiinteää toimipaikkaa kohdella yhtä edullisesti kuin kotimaista yhtiötä. Muutoin rajat ylittävissä tilanteissa konsernivähennyksen rajaaminen siten, että se vastaa vain emoyhtiön tytäryhtiölle antamaa konserniavustusta, on kuitenkin perusteltua koska vain silloin emoyhtiö on käyttänyt sijoittautumisoikeutta. Vaikka pääomien vapaan liikkuvuuden vaatimuksella voisi olla merkitystä jäsenvaltiossa sijaitsevan yhtiön oikeuteen vähentää sen sisaryhtiön tappiot, EUT ei tietävästi ole ottanut kantaa tällaiseen tilanteeseen. Lopullisia tappioita koskevissa tapauksissa on ollut kyse emoyhtiön asuinvaltion velvollisuudesta hyväksyä tappiot vähennettäväksi. Lopullisten tappioiden vähentämisen rajaaminen vain emoyhtiön asuinvaltiota koskeväksi velvollisuudeksi on perusteltua. Jos konsernivähennys olisi mahdollinen myös sisaryhtiöille tai ylipäätään muissa relaatioissa, voisi konserneissa olla tilanteita, joissa tappioiden vähennysvaltio valittaisiin esimerkiksi verokannan mukaan.

Tutkielman luvuissa 2–5 on keskitytty lähinnä EU-oikeuteen ja Suomen kansalliseen lainsäädäntöön sen kannalta. Tutkielman mahdollisesti tärkein huomio liittyy kuitenkin kuudennessa luvussa käsiteltyyn verosopimusoikeuteen. Verosopimusoikeuden kannalta on tarkasteltu konsernivähennyksen suhdetta verosopimusten syrjintäkieltoihin. Todennäköisenä on pidetty verosopimusten kiinteiden toimipaikkojen syrjintäkiellon

²⁴⁸ ks. HE 185/2020 vp., s. 14–15.

vastaisuutta. Vuoden 2008 OECD:n malliverosopimuksen kommentaarissa on selvästi otettu se kanta, ettei konsernin tappiontasasta tarvitse ulottaa koskemaan kiinteitä toimipaikkoja. Monet Suomen verosopimukset ovat kuitenkin sitä vanhempia. Ennen vuoden 2008 malliverosopimuksen kommentaarin päivitystä solmittujen verosopimusten osalta jäänee oikeuskäytännössä selvitettäväksi, mikä merkitys kommentaarin päivitykselle annetaan. Vaikka verosopimusten tulkinnassa pääpaino on sillä malliverosopimuksen ja sen kommentaarin versiolla, joka on ollut verosopimuksen pohjana, myös myöhempiä kommentaareja käytetään tulkinta-apuna. KHO:n oikeuskäytännössä on katsottu, että kiinteä toimipaikka voi syrjäntäkiellon perusteella olla konserniavustuksen osapuolena. Suomessa oikeuskäytännössä linjaa on kuitenkin aiemminkin muutettu OECD:n kommentaarin päivityksen mukaisesti. Joka tapauksessa SEUT:n vapaa sijoittautumisoikeus edellyttää kiinteälle toimipaikalle yhtä edullista kohtelua kuin kotimainen yhtiö saa, jos sen pääliike on perustettu EU- tai ETA-valtiossa. Molempien kannalta olennaista on se, että tappiollisen tytäryhtiön osakkeet todella liittyvät kiinteään toimipaikkaan eivätkä toisessa valtiossa sijaitsevaan pääliikkeeseen. Tytäryhtiöosakkeiden kohdentamista kiinteälle toimipaikalle ei ole käsitelty tässä tutkielmassa aiheen rajauksesta johtuen.

Tutkielmassa on tehty havaintoja liittyen ulkomaisten yhtiöiden yleiseen verovelvollisuuteen. Lakimuutos ulkomaisten yhtiöiden yleisestä verovelvollisuudesta tosiasiallisen johtopaikan perusteella tuli voimaan vuoden 2021 alussa, eli samaan aikaan konsernivähennyslain kanssa. Mahdollisesti tästä johtuen vaikuttaisi siltä, ettei sen vaikutuksia konsernivähennyslakiin ole kaikin puolin huomioitu. Se, että yleisen verovelvollisuuden määritelmää on laajennettu koskemaan myös ulkomaisia yhteisöjä, joiden tosiasiallinen johtopaikka on Suomessa, johtaa konsernivähennyksen soveltumiseen laajemmin kuin mitä lakitekstistä ilmenee. Myös ETA:n ulkopuolella perustettujen yhtiöiden on OECD:n malliin perustuvien verosopimusten yleisen syrjäntäkiellon vuoksi oltava oikeutettuja konsernivähennykseen samoin ehdoin kuin kotimaiset ja ETA:lla perustetut yhtiöt ovat. Toisena havaintona yleisesti verovelvollisiin ulkomaisiin yhtiöihin liittyen on todettu, että konsernivähennyksen osalta ei ole määritelty, mikä merkitys emoyhtiön verovelvollisuusaseman muutoksella on siihen, miltä ajalta kertyneet tytäryhtiön tappiot voidaan huomioida konsernivähennyksenä.

Ratkaisuna tähän voisi olla konserniavustuslaissa säädetty rajoitus, jonka perusteella konsernisuhteen katsotaan olevan olemassa vain siltä ajalta, kun emoyhtiö on ollut yleisesti verovelvollinen. Tämä vastaisi hallituksen esityksessä mainittua tavoitetta toteuttaa tytäryhtiöiden lopullisten tappioiden vähentäminen Suomen veropohjaa turvaavasti.

Suomen konserniverojärjestelmää on tulevaisuudessa tarkoitus uudistaa laajemminkin. Tähän kokonaisarviointiin viitataan myös konserniavustuslain esitöissä, ja niiden mukaan esimerkiksi verosopimusten syrjäntäkieltojen vaikutusta kiinteiden toimipaikkojen ja ETA:n ulkopuolella perustettuihin yhtiöihin tullaan arvioimaan jatkovalmistelussa.²⁴⁹ Lisäksi komissio on antanut vuonna 2016 CCCTB- direktiiviehdotuksen, joka ratkaisisi rajat ylittävän tappiontasauksen ongelman koordinoitusti jäsenvaltioissa²⁵⁰. Tällainen ratkaisu edellyttäisi kuitenkin jäsenvaltioiden yhteisymmärrystä esimerkiksi siitä, millä perusteella yhdistetystä veropohjasta jaettaisiin verotettava tulo kullekin jäsenvaltiolle, eikä direktiivin nopea eteneminen toteutukseen ole todennäköistä.

²⁴⁹ HE 185/2020 vp., 17.

²⁵⁰ ks. KOM (2016) 683 lopullinen ja KOM (2016) 685 lopullinen.