

# **Konsernivähennys ja rajat ylittävä sulautuminen – vaihtoehtoja ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden vähentämiseksi**

Yritysverotus  
Tutkielma

Laatija:  
Vilho Virmavirta

2.3.2022

Tutkielma

**Oppiaine:** Yritysverotus

**Tekijä:** Vilho Virmavirta

**Otsikko:** Konsernivähennys ja rajat ylittävä sulautuminen – vaihtoehtoja ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden vähentämiseksi

**Ohjaaja:** Jaakko Ossa

**Sivumäärä:** 89 sivua

**Päivämäärä:** 2.3.2022

Euroopan unionin oikeuden perustella ulkomaiselle tytäryhtiölle aiheutuneet EU-oikeuden mukaiset lopulliset tappiot on voitava vähentää kotimaisen emoyhtiön verotuksessa. Suomessa lopulliset tappiot on voitu EU-oikeuden perusteella huomioida rajat ylittävien sulautumisten yhteydessä, mutta Euroopan komissio katsoi vuoden 2020 toukokuussa Suomelle antamassaan perustellussa lausunnossa, että lopulliset tappiot tulisi huomioida myös lain tasolla Suomen konserniavustusjärjestelmässä. Tämän johdosta Suomessa astui 1.1.2021 voimaan laki Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä, joka mahdollistaa ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden huomioimisen kotimaisen emoyhtiön verotuksessa uudella tappiontasausmekanismilla, konsernivähennyksellä.

Tutkielmassa tarkastellaan rajat ylittävää sulautumista sekä konsernivähennystä vaihtoehtoina ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden kotiuttamiseksi, jolloin kotimainen emoyhtiö voisi vähentää nämä tappiot verotuksessaan. Lisäksi tutkielmassa tarkastellaan, oliko uuden Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä annetun lain säätämällä todellisuudessa vaikutusta ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden vähentämisen kannalta vai jääkö sen merkitys käytännössä vähäiseksi.

Tutkielmassa tarkastellaan lopullisten tappioiden käsitettä niin EU-oikeuden kuin myös kotimaisen oikeuden näkökulmasta. Tärkeässä osassa tutkielmassa ovatkin Euroopan unionin tuomioistuimen ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut sekä kotimainen ja kansainvälinen oikeuskirjallisuus.

Tutkielmassa todetaan, että rajat ylittävää sulautumista voidaan pitää kotimaisten emoyhtiöiden näkökulmasta konsernivähennystä kannattavampana vaihtoehtona ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden kotiuttamiseksi erityisesti kotimaisessa lainsäädännössä konsernivähennyksen määrään liittyvien rajoitusten johdosta. Lisäksi tutkielmassa arvioidaan, että konsernivähennyksen merkitys jäänee todellisuudessa hyvin pieneksi ja että rajat ylittävä sulautuminen pysynee ensisijaisena vaihtoehtona lopullisten tappioiden vähentämiseksi myös tulevaisuudessa.

**Avainsanat:** yritysverotus, tappiontasaus, rajat ylittävä sulautuminen, konsernivähennys, lopulliset tappiot

## Sisällys

<b>Konsernivähennys ja rajat ylittävä sulautuminen – vaihtoehtoja ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden vähentämiseksi .....</b>	<b>I</b>
<b>Lähteet.....</b>	<b>V</b>
<b>Lyhenteet.....</b>	<b>XV</b>
<b>1 Johdanto.....</b>	<b>1</b>
<b>1.1 Tutkielman tausta.....</b>	<b>1</b>
<b>1.2 Tutkimuskysymysten asettelu ja tutkielman rajaus.....</b>	<b>4</b>
<b>1.3 Tutkimusmenetelmä, lähdemateriaali ja tutkielman rakenne .....</b>	<b>5</b>
<b>2 Rajat ylittävien tappioiden vähennyskelpoisuus – lopulliset tappiot EU-oikeudessa .....</b>	<b>8</b>
2.1.1 EU-oikeuden vaikutus välittömään verotukseen .....	8
2.1.2 Sijoittautumisvapaus yhtenä EU:n perusvapauksista ja sen suhde verotukseen .	11
2.1.3 Sijoittautumisvapauden rajoittaminen kansallisella verolainsäädännöllä .....	14
<b>2.2 Lopullisten tappioiden käsite EU-oikeudessa.....</b>	<b>17</b>
2.2.1 Marks & Spencer -ratkaisu lopullisten tappioiden käsitteen alkuperänä .....	17
2.2.2 Lopullisten tappioiden käsitteen muotoutuminen EUT:n oikeuskäytännössä Marks & Spencer -tuomion jälkeen .....	19
2.2.3 Lopullisten tappioiden käsite viimeaikaisessa oikeuskäytännössä .....	27
2.2.4 Lopullisten tappioiden käsitteen muotoutuminen oikeuskäytännön perusteella ...	31
<b>3 Tappioiden siirtyminen rajat ylittävässä sulautumisessa .....</b>	<b>36</b>
<b>3.1 Yritysjärjestelydirektiivi ja tappioiden siirtyminen.....</b>	<b>36</b>
<b>3.2 Rajat ylittäviä sulautumisia koskeva oikeuskäytäntö tappioiden siirtymisen osalta .....</b>	<b>37</b>
3.2.1 EUT:n oikeuskäytäntö.....	37
3.2.2 Kotimainen oikeuskäytäntö.....	43
<b>3.3 Edellytykset ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden siirtymiselle vähennettäväksi suomalaisen emoyhtiön verotuksessa .....</b>	<b>49</b>
3.3.1 Sulautumisia koskeva kotimainen lainsäädäntö .....	49
3.3.2 Emoyhtiön omistusosuus tytäryhtiöstä .....	50
3.3.3 Tytäryhtiön vähennysoikeus .....	52
3.3.4 Tappioiden (tosiasialliset) vähentämismahdollisuudet tytäryhtiön asuinvaltiossa .	53

3.4	Lopullisten tappioiden vähentäminen vastaanottavan suomalaisen emoyhtiön verotuksessa .....	55
<b>4</b>	<b>Konsernivähennys .....</b>	<b>59</b>
4.1	Uuden lainsäädännön tausta.....	59
4.2	Komission käynnistämä rikkomusmenettely Suomea vastaan .....	60
4.3	Laki Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä.....	62
4.3.1	Soveltamisala .....	62
4.3.2	Lopulliset tappiot KonsVähL:n mukaan .....	65
4.3.3	Tappioiden lopullisuuden edellytykset KonsVähL:ssa.....	67
4.3.4	Konsernivähennyksen määrän laskeminen ja vähentäminen emoyhtiön verotuksessa .....	70
4.3.5	Konsernivähennyksen määrään vaikuttavat muut tekijät .....	72
4.4	Konsernivähennys oikeuskäytännössä.....	75
<b>5</b>	<b>Konsernivähennys ja rajat ylittävä sulautuminen vaihtoehtoina toisilleen</b>	<b>77</b>
5.1	Vaihtoehdot lopullisten tappioiden kotiuttamiseksi .....	77
5.2	Lopulliset tappiot KonsVähL:ssa ja EUT:n oikeuskäytännössä .....	78
5.3	Konsernivähennys vaihtoehtona rajat ylittävälle sulautumiselle .....	80
5.4	KonsVähL:n merkitys kotimaisille emoyhtiöille.....	83
<b>6</b>	<b>Lopuksi .....</b>	<b>87</b>

## Lähteet

### Kirjallisuus

Aarnio, Aulis, Laintulkinnan teoria. Werner Söderström Osakeyhtiö 1988.

Ahonen, Tuomas – Pykönen, Elina – Salmikivi, Johanna, Tappioiden lopullisuudesta ja vähentämisestä rajat ylittävissä yritysjärjestelytilanteissa. Verotus 5/2016, s. 539–551.

Andersson, Edward – Penttilä, Seppo, Elinkeinoverolain kommentaari. 14., uudistettu painos. Talentum Media Oy 2014.

Barnard, Catherine, The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms. 6. painos. Oxford University Press, 2019.

Boulogne, Frederik – Sumrada Slavnic, Nana, Cross-Border Restructuring and “Final Losses”. European Taxation Vol. 52 (10) 2012, s. 486–495.

CFE ECJ Task Force, Opinion Statement ECJ-TF 3/2018 on the ECJ Decision of 12 June 2018 in Bevola (Case C-650/16), Concerning the Utilization of “Definitive Losses” Attributable to a Foreign Permanent Establishment. European Taxation Vol. 59 (2/3) 2019, s. 113–119.

Cordewener, Axel, Cross-Border Loss Compensation and EU Fundamental Freedoms: The ‘Final Losses’ Doctrine Is Still Alive! EC Tax Review Vol. 27 (5) 2018, s. 230–236.

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 Vol. 55 (9) 2015, s. 417–422.

Elinkeinoelämän keskusliitto EK ry, asiantuntijalausunto hallituksen esityksestä 185/2020 vp VeJ 06.11.2020 verojohtaja Anita Isomaa. (EK:n asiantuntijalausunto 2020).

Engblom, Ari – Frände, Joakim – Holla, Jyrki – Järvinen, Jussi – Kokko, Aki – Lepistö, Markku – Nieminen, Kati – Noras, Janette – Paronen, Vesa – Sandelin, Eric – Torkkel, Timo – Äimä, Kristiina, Elinkeinoverotus 2020. Edita Publishing Oy 2020.

Haapaniemi, Matti, Tappioiden lopullisuudesta ja siirtymisestä rajat ylittävissä tilanteissa EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön valossa. Edilex 2021/1. ([www.edilex.fi/artikkelit/21953](http://www.edilex.fi/artikkelit/21953), luettu 15.10.2021).

- Helminen, Marjaana, Sijoittautumisoikeuden vapaus ja konserniavustusta koskeva tapaus C-231/05 Oy AA. Verotus 5/2007 s. 488-501.
- Helminen, Marjaana, Must the Losses of a Merging Company be Deductible in the State of Residence of the Receiving Company in EU? EC Tax Review Vol. 20 (4) 2011, s. 172–178.
- Helminen, Marjaana, Must the Residence State Allow a Deduction for Foreign Source Losses in the European Union? European Taxation Vol. 51 (11) 2019, s. 477–482.
- Helminen, Marjaana, EU-vero-oikeus: välitön verotus. 4., uudistettu painos. Alma Talent Oy 2018.
- Helminen, Marjaana, Rajat ylittävä konserniavustus, vapaa sijoittautumisoikeus ja lopulliset tappiot – aika ottaa seuraava askel kohti lisääntyvää konserniajattelua. Verotus 5/2020, s. 535–550.
- Helminen, Marjaana, asiantuntijalausunto hallituksen esityksestä 185/2020 vp VeJ 9.11.2020. (Helmisen asiantuntijalausunto 2020).
- Holkeri, Kai – Rajala, Katja, EU-oikeuden vaikutuksesta veronkiertosäännösten tulkintaan. Verotus 1/2015, s. 46–59.
- Immonen, Raimo, Yritysjärjestelyt. 7., uudistettu painos. Alma Talent Oy 2018.
- Ismer, Roland – Kandel, Harald, A Finale Incomparable to the Saga of Definitive Losses? Deduction of Foreign Losses and Fundamental Freedoms After Bevola and Sofina. Intertax Vol. 47 (6/7) 2019, s. 573–589.
- Järvenoja, Markku, Yritysjärjestelyjen verotus. 2., uudistettu painos. WSOYpro 2007.
- Järvinen, Tarja, Lopullisten tappioiden konsernivähennys. Verotus 4/2021, s. 413–424.
- Knuutinen, Reijo, EU-vero-oikeus, veron kiertäminen ja unionin oikeuden väärinkäyttö. Verotus 5/2020, s. 631–642.
- Lang, Michael, The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ's Final Word. European Taxation Vol. 46 (2) 2006, s. 54–67.
- Malmgrén, Marianne – Myrsky, Matti, Elinkeinotulon verotus. 5., uudistettu painos. Alma Talent 2020.
- Meussen, Gerard T.K., The ECJ's Judgment in Krankenheim – The Last Piece in the Cross-Border Loss Relief Puzzle? European Taxation Vol. 49 (7) 2009, s. 361–364.

- Myrsky, Matti, Vero-oikeudellisen tutkimuksemme tilannekuva. *Lakimies* 7–8/2015, s. 1091–1101.
- Nuotio, Vesa-Pekka, *Tappiontasaus tuloverotuksessa*. Talentum 2012.
- Nuotio, Vesa-Pekka, Uutta oikeuskäytäntöä tappiontasauksesta yleisseuraantotilanteissa. *Verotus* 3/2020, s. 269–278.
- Nuotio, Vesa-Pekka, Lopulliset tappiot rajat ylittävässä sulautumisessa. *Verotus* 3/2021, s. 268–280.
- Nykänen, Pekka, Ulkomaisen konserniyhtiön yli 10 vuotta vanhat tappiot ja konserniavustus – KHO 2020:36. Oikeustapauskommentti, *Edilex* 13.5.2020. ([www.edilex.fi/artikkelit/20892](http://www.edilex.fi/artikkelit/20892), luettu 29.1.2020).
- Ojanen, Tuomas, *EU-oikeuden perusteita*. 3., uudistettu laitos. Edita Publishing Oy 2016.
- Ossa Jaakko, Yritysverouudistuksen keskeisimmät muutokset. *Edilex* 8.10.2004. ([www.edilex.fi/artikkelit/2291.pdf](http://www.edilex.fi/artikkelit/2291.pdf), luettu 22.1.2022).
- Penttilä, Seppo, Lopulliset tappiot - loputon ongelma? *Verotus* 5/2009, s. 461–473.
- Penttilä, Seppo, Tappioiden siirtyminen rajat ylittävässä sulautumisessa – KHO 2013:155. Oikeustapauskommentti, *Edilex* 17.10.2013. ([www.edilex.fi/lakikirjasto/15642](http://www.edilex.fi/lakikirjasto/15642), luettu 1.11.2021).
- Pezella, Domenico, European Union - Final Losses under EU Tax Law: Proposal for a Better Approach. *European Taxation* Vol. 54 (2/3) 2014, s. 71–79.
- Pinetz Erik – Spies, Karoline, 'Final Losses' after the Decision in Commission v. UK ('Marks & Spencer II'). *EC Tax Review* Vol. 24 (6) 2015, s. 309–319.
- Pupotti, Raul-Angelo – Setti, Carlomaria, The ECJ Decision in Timac Agro (Case C-388/14): Another Properly Shaped Piece in the ECJ's Tax Loss Puzzle. *European Taxation* Vol. 56 (6) 2016, s. 246–254.
- Raitio, Juha, *Euroopan unionin oikeus*. Alma Talent Oy 2016.
- Suomen Asianajajaliitto, asiantuntijalausunto hallituksen esityksestä 185/2020 vp VeJ 9.11.2020, asianajaja Ritva Aalto. (Suomen Asianajajaliiton asiantuntijalausunto 2020).
- Raunio, Merja, *Konsernitukea vai markkinaehtoista hinnoittelua*. *Verotus* 1/2008, s. 47–59.
- Terra, Ben J.M. – Wattel, Peter J., *European Tax Law*. 6. painos. Kluwer Law International 2012.

- Tikka, Kari S. – Nykänen, Olli – Juusela, Janne – Viitala, Tomi, Yritysverotus I–II. Verkkoaineisto, päivitetty 16.9.2021. Alma Talent Oy 2017.  
([https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/CAJBGXCTDG#kohta:YRITYSVEROTUS\(\(20\)I\(\(2013\)II/piste:t2ec](https://verkkokirjahylly-almatalent-fi.ezproxy.utu.fi/teos/CAJBGXCTDG#kohta:YRITYSVEROTUS((20)I((2013)II/piste:t2ec), luettu 2.12.2021).
- Urpilainen, Matti, Vapaa liikkuvuus ja verosuvereniteetti Euroopan unionin sisämarkkinoilla. Lakimiesliiton kustannus 2012.
- Valtiovarainministeriö, lausunto hallituksen esitystä 185/2020 vp koskeviin asiantuntijalausuntoihin, 18.11.2020, lainsäädäntöneuvos Tarja Järvinen. (VM:n lausunto 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 Volume 60 (2/3) 2020, s. 53–61.
- Vande Velde, Ivo, How Does the CJEU’s Case Law on Cross-Border Loss Relief Apply to Cross-Border Mergers and Divisions? EC Tax Review Vol. 25 (3) 2016, s. 132–145.
- Veronmaksajain Keskusliitto ry, asiantuntijalausunto hallituksen esityksestä 185/2020 vp VeJ 6.11.2020, lakiasiaintohtaja Kati Malinen. (Veronmaksajain Keskusliiton asiantuntijalausunto 2020).
- Weckström, Jouni, Rajat ylittävien tappioiden vähentäminen EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön valossa – missä mennään, tulisiko tappioiden lopullisuuden doktriinista luopua? Verotus 1/2019, s. 18–32.
- Wikström, Kauko, Vero-oikeudellisen tutkimuksen erityispiirteitä, s. 330–338 teoksessa Häyhä, Juha (toim.), Minun metodini. Werner Söderström Lakitieto Oy 1997.
- Wikström, Kauko – Ossa, Jaakko – Urpilainen, Matti, Vero-oikeuden yleiset opit. Helsingin Kamari Oy 2015.
- Äimä, Kristiina – Kujanpää, Emmiliina, Kasvuyrityksen kansainvälinen tuloverotus. Helsingin Kamari Oy 2013.

### **Virallislähteet**

Euroopan komission virallinen ilmoitus 2019. Euroopan komissio, Maaliskuun kooste rikkomuspäätöksistä: tärkeimmät päätökset, 7.3.2019. Verotus: komissio

kehottaa Suomea saattamaan konserniavustusten verovähennyskelpoisuutta koskevat sääntönsä EU:n lainsäädännön mukaisiksi.

Euroopan komission perusteltu lausunto 2020. Euroopan komissio, Toukokuun kooste rikkomuspäätöksistä: tärkeimmät päätökset, 14.5.2020. Verotus: komissio kehottaa Suomea saattamaan konserniavustusten verovähennyskelpoisuutta koskevat sääntönsä EU:n lainsäädännön mukaisiksi.

HE 200/1992 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle tuloverolain ja laiksi eräiden yleishyödyllisten yhteisöjen veronhuojennuksista annetun lain 1 ja 6 §:n muuttamisesta.

HE 177/1995 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle yritysjärjestelyjä koskevien elinkeinotulon verottamisesta annetun lain ja eräiden muiden lakien säännösten muuttamisesta.

HE 92/2004 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle yritys- ja pääomaverouudistukseksi.

HE 103/2007 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rajat ylittäviä pääomayhtiöiden sulautumisia ja jakautumisia koskevaksi yhteisölainsäädännöksi.

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

VaVM 34/2020 vp. Valtiovarainvaliokunnan mietintö – HE 185/2020 vp.

Verohallinto 2020a. Verohallinnon ohje: Vahvistettu tappio ja omistajanvaihdos, diaarinumero VH/2186/00.01.00/2020, antopäivä 24.6.2020.

Verohallinto 2020b. Verohallinnon ohje: Yritysjärjestelyt ja verotus – sulautuminen, diaarinumero VH/8356/00.01.00/2020, antopäivä 16.12.2020.

Verohallinto 2021. Verohallinnon ohje: Konsernivähennys, diaarinumero VH/761/00.01.00/2021, antopäivä 2.6.2021.

VM163:00/2019. Valtiovarainministeriön asettamispäätös VM163:00/2019, 31.10.2019. Konserniverotuksen uudistamista ja lopullisten tappioiden verokohtelua selvittävä työryhmä.

## **Internetlähteet**

Haslehner, Werner, Is there such a Thing as Definitive Losses? And if so, when? Kluwer International Tax Blog 13.3.2015.

<http://kluwertaxblog.com/2015/03/13/is-there-such-a-thing-as-definitive-losses-and-if-so-when/> (Luettu 13.12.2021).

## **Oikeustapaukset**

### **Keskusverolautakunta**

KVL 1998/62

KVL 2009/17

KVL 2018/23

KVL 2021/8

### **Korkein hallinto-oikeus**

KHO 1985 II 530

KHO 1985 II 531

KHO 2007:78

KHO 2011:21

KHO 2011:57

KHO 2013:155

KHO 2013:195

KHO 2019:51

KHO 2019:131

KHO 2020:36

KHO 2020:51

KHO 15.5.2020 T 2104

KHO 15.5.2020 T 2105

KHO 15.5.2020 T 2106

KHO 15.5.2020 T 2107

KHO 11.6.2020 T 2571

KHO 2021:104

KHO 2021:105

KHO 2021:104

KHO 28.9.2021 H 3271

### **Euroopan unionin tuomioistuin**

- Asia 26/62, Van Gend en Loos. Tuomio 5.2.1963. NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der belastingen, ECLI:EU:C:1963:1.
- Asia 6/64, Costa v. ENEL. Tuomio 15.7.1964. Flaminio Costa v. ENEL, ECLI:EU:C:1964:66.
- Asia 2/74, Reyners. Tuomio 21.6.1974. Jean Reyners v. Belgian valtio, ECLI:EU:C:1974:68.
- Asia 106/77, Simmenthal. Tuomio 9.3.1978. Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA, ECLI:EU:C:1978:49.
- Asia 148/78, Ratti. Tuomio 5.4.1979. Rikosoikeudenkäynti Tullio Rattia vastaan, ECLI:EU:C:1979:110.
- Asia 270/83, Komissio v. Ranska (avoir fiscal). Tuomio 28.1.1986. Euroopan yhteisöjen komissio v. Ranskan tasavalta, ECLI:EU:C:1986:37.
- Asia 152/84, Marshall. Tuomio 26.2.1986. M. H. Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching), ECLI:EU:C:1986:84.
- Asia C-213/89, Factortame. Tuomio 19.6.1990. The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd ym., ECLI:EU:C:1990:257.
- Asia C-221/89, Factortame II. Tuomio 25.7.1991. he Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd ym., ECLI:EU:C:1991:113.
- Asiat C-204/90, Bachmann. Tuomio 28.1.1992. Hanns-Martin Bachmann v. Belgian valtio, ECLI:EU:C:1991:340.
- Asia C-91/92, Faccini Dori. Tuomio 14.6.1994. Paola Faccini Dori v. Recreb Srl, ECLI:EU:C:1994:292.
- Asia C-55/94, Gebhard. Tuomio 30.11.1995. Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, ECLI:EU:C:1995:411.
- Asia C-80/94, Wielockx. Tuomio 11.8.1995. G. H. E. J. Wielockx v. Inspecteur der directe belastingen, ECLI:EU:C:1995:271.
- Asia C-107/94, Asscher. Tuomio 27.6.1996. P. H. Asscher v. Staatssecretaris van Financiën, ECLI:EU:C:1996:251.
- Asia C-250/95, Futura. Tuomio 15.5.1997. Futura Participations SA ja Singer v. Administration des contributions, ECLI:EU:C:1997:239.
- Asia C-307/97, Saint-Gobain. Tuomio 21.9.1999. Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt, ECLI:EU:C:1999:438.

- Asia C-311/97, Royal Bank of Scotland. Tuomio 29.4.1999. Royal Bank of Scotland plc v. Kreikan valtio, ECLI:EU:C:1999:216.
- Asia C-200/98, X AB ja Y AB. Tuomio 18.11.1999. X AB ja Y AB v. Riksskatteverket, ECLI:EU:C:1999:566.
- Asia C-251/98, Baars. Tuomio 13.4.2000. C. Baars v. Inspecteur der Belastingen Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, ECLI:EU:C:2000:205.
- Yhdistetyt asiat C-397/98 ja C-410/98, Metallgesellschaft ym. Tuomio 8.3.2001. Metallgesellschaft Ltd ym. (C-397/98), Hoechst AG ja Hoechst (UK) Ltd (C-410/98) v. Commissioners of Inland Revenue ja HM Attorney General, ECLI:EU:C:2001:134.
- Asia C-436/00, X ja Y. Tuomio 21.11.2002. X ja Y v. Riksskatteverket, ECLI:EU:C:2002:704.
- Asia C-168/01, Bosal Holding. Tuomio 24.9.2002. Bosal Holding BV v. Staatssecretaris van Financiën, ECLI:EU:C:2002:528.
- Asia C-446/03, Marks & Spencer. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 7.4.2005. Marks & Spencer plc v. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes), ECLI:EU:C:2005:201.
- Asia C-446/03, Marks & Spencer. Tuomio 13.12.2005. Marks & Spencer plc v. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes), ECLI:EU:C:2005:763.
- Asia C-196/04, Cadbury Schweppes. Tuomio 12.9.2006. Cadbury Schweppes plc ja Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue, ECLI:EU:C:2006:544.
- Asia C-471/04, Keller Holding. Tuomio 23.2.2006. Finanzamt Offenbach am Main-Land v. Keller Holding GmbH, ECLI:EU:C:2006:143.
- Asia C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation. Tuomio 13.3.2007. Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue, ECLI:EU:C:2007:161.
- Asia C-231/05, Oy AA. Tuomio 18.7.2007. Asia, jonka on pannut vireille Oy AA, ECLI:EU:C:2007:439.
- Asia C-414/06, Lidl Belgium. Tuomio 15.5.2008. Lidl Belgium GmbH & Co. KG v. Finanzamt Heilbronn, ECLI:EU:C:2008:278.
- Asia C-157/07, Krankenhaus. Tuomio 23.10.2008. Finanzamt für Körperschaften III in Berlin v. Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH, ECLI:EU:C:2008:588.

- Asia C-303/07, Aberdeen Property Fininvest Alpha. Tuomio 18.6.2009. Asia, jonka on pannut vireille Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy, ECLI:EU:C:2009:377.
- Asia C-418/07, Papillon. Tuomio 27.11.2008. Société Papillon v. Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, ECLI:EU:C:2008:659.
- Asia C-314/08, Filipiak. Tuomio 19.11.2009. Krzysztof Filipiak v. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu, ECLI:EU:C:2009:719.
- Asia C-18/11, Philips Electronics. Tuomio 6.9.2012. The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs v. Philips Electronics UK Ltd, ECLI:EU:C:2012:532.
- Asia C-123/11, A Oy. Tuomio 21.2.2013. Asia, jonka on pannut vireille A Oy, ECLI:EU:C:2013:84.
- Asia C-261/11, Komissio v. Tanska. Tuomio 18.7.2013. Euroopan komissio v. Tanskan kuningaskunta, ECLI:EU:C:2013:480.
- Asia C-322/11, K. Tuomio 7.11.2013. Asia, jonka on pannut vireille K, ECLI:EU:C:2013:716.
- Asia C-387/11, komissio v. Belgia. Tuomio 25.10.2012. Euroopan komissio v. Belgian kuningaskunta, ECLI:EU:C:2012:670.
- Asia C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta. Tuomio 3.2.2015. Euroopan komissio v. Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta, ECLI:EU:C:2014:2321.
- Asia C-48/13, Nordea Bank. Tuomio 17.7.2014. Nordea Bank Danmark A/S v. Skatteministeriet, ECLI:EU:C:2014:153.
- Asia C-388/14, Timac Agro. Tuomio 17.12.2015. Timac Agro Deutschland GmbH v. Finanzamt Sankt Augustin, ECLI:EU:C:2015:533.
- Asia C-192/16, Fisher. Määräys 12.10.2017. Peter Fisher ym. v. Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs, ECLI:EU:C:2017:762.
- Asia C-650/16, Bevola. Tuomio 12.6.2018. A/S Bevola ja Jens W. Trock ApS v. Skatteministeriet, ECLI:EU:C:2018:15
- Asia C-607/17, Memira Holding. Julkisasiemiehen ratkaisuehdotus 10.1.2019. Skatteverket v. Memira Holding AB, ECLI:EU:C:2019:8.
- Asia C-607/17, Memira Holding. Tuomio 19.6.2019. Skatteverket v. Memira Holding AB, ECLI:EU:C:2019:510.

Asia C-608/17, Holmen. Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 10.1.2019. Skatteverket v. Holmen AB, ECLI:EU:C:2019:9.

Asia C-608/17, Holmen. Tuomio 19.6.2019. Skatteverket v. Holmen AB, ECLI:EU:C:2019:511.

### **EFTA-tuomioistuin**

Asia E-15/16, Yara International ASA. Tuomio 13.9.2017. Yara International ASA v. Norjan hallitus.

### **Saksa**

Bundesfinanzhof, 22 Feb. 2017, I R 2/15

## Lyhenteet

EFTA	Euroopan vapaakauppaliitto
ETA	Euroopan talousalue
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EVL	laki elinkeinotulon verottamisesta (24.6.1968/360)
KHO	korkein hallinto-oikeus
konserniavustuslaki	laki konserniavustuksesta verotuksessa (21.11.1986/825)
KonsVähL	laki Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä (1198/2020)
KVL	keskusverolautakunta
OYL	osakeyhtiölaki (21.7.2006/624)
PeVL	perustuslakivaliokunnan lausunto
PL	perustuslaki (11.6.1999/731)
SEU	Sopimus Euroopan unionista (EUVL C 202, 7.6.2016, s. 1–45)
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta (EUVL C 202, 7.6.2016, s. 47–199)
T	taltio
TVL	tuloverolaki (30.12.1992/1535)
VaVM	valtiovarainvaliokunnan mietintö
VeJ	verojaosto
VM	valtiovarainministeriö
VML	laki verotusmenettelystä (18.12.1995/1558)
vp	valtiopäivät

# 1 Johdanto

## 1.1 Tutkielman tausta

Konsernien sisäinen tappiontasaus on keskeisessä osassa puhuttaessa konsernien verotuksesta.<sup>1</sup> Suomessa, ja pääsääntöisesti myös muissa eri EU-valtioissa, konserniverotuksessa lähtökohtana on yhtiöiden erillisverotus myös konsernin sisällä, jolloin konserniyhtiöiden välillä tuloksentasausmahdollisuudet jäävät rajallisiksi ja tappiontasaus on käytännössä mahdollista ainoastaan kansallisten verolainsäädäntöjen sallimilla keinoilla.<sup>2</sup> Suomessa tuloksen tasaaminen konsernin sisällä on mahdollista konserniavustuslaissa säädettyllä konserniavustuksella, jolla voitollinen konserniyhtiö voi siirtää osan voitostaan tappiolliselle konserniyhtiölle ja näin tilanne vastaa sitä, kuin toimintaa harjoitettaisiin vain yhden yhtiön muodossa. Muussa tapauksessa yritystoiminnan harjoittaminen konsernimuodossa olisi epäedullisempää kuin yhden yhtiön kohdalla.<sup>3</sup> Skandinaavisen konserniavustusmallin vaihtoehtona useissa EU:n jäsenvaltioissa on käytössä konsernin tuloksen tasaamiseksi konserniyhtiöiden verotettavan tuloksen yhdistämiseen perustuva järjestelmä, jossa emoyhtiötä verotetaan kaikkien konserniin kuuluvien yhtiöiden yhteenlasketusta tuloksesta ja se voi vähentää tytäryhtiöidensä tappiot.<sup>4</sup> Jäsenvaltioiden konserniverotusjärjestelmät soveltuvat kuitenkin vain harvoin rajat ylittäviin konserneihin, joka johtaa helposti siihen, ettei konsernin sisällä voittoja ja tappioita päästä tasaamaan ja näin konsernin veroaste nousee.<sup>5</sup> Esimerkiksi konserniavustuslain mukaista vähennyskelpoista konserniavustusta ei voida antaa ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden kattamiseksi konserniavustuslain 2 §:n edellyttäessä, että sekä konserniavustuksen antajaan että saajaan sovelletaan EVL:a.

Tappioiden mahdollinen siirtäminen konserniyhtiöiden välillä nousee esiin myös tilanteessa, jossa tappiollisen tytäryhtiön toiminta on ajautunut siihen pisteeseen, ettei ole enää todennäköistä, että se saataisiin voitolliseksi. Kotimaisessa tilanteessa on selvää, etteivät tappiot useimmiten jää hyödyntämättä, sillä ne voidaan kattaa esimerkiksi juuri konserniavustuksella. Lisäksi kotimainen konserni voi pyrkiä hyödyntämään tappiot myös sulauttamalla tappiollinen tytäryhtiö sen emoyhtiöön, jolloin TVL 123 §:n edellytysten

---

<sup>1</sup> Penttilä 2009, s. 461.

<sup>2</sup> Malmgrén – Myrsky 2020, s. 516 ja Helminen 2020, s. 535.

<sup>3</sup> Penttilä 2009, s. 461.

<sup>4</sup> Helminen 2020, s. 536 ja Ahonen – Pykönen – Salmikivi 2016, s. 546.

<sup>5</sup> Helminen 2020, s. 536 ja Penttilä 2009, s. 461.

täytyessä sen tappiot siirtyvät tälle. Kuitenkin, jos kyseessä on kotimaisen emoyhtiön ulkomainen tytäryhtiö, on tilanne toinen.

Lähtökohtaisesti ulkomaisen tytäryhtiön tappiot eivät siirry emoyhtiölle, jos se puretaan tai sulautetaan emoyhtiöön. Ennen verovuotta 2004 tilanne oli kuitenkin toinen, sillä tällöin voimassa olleen EVL 42.1 §:n mukaan emoyhtiön oli mahdollista huomioida ulkomaisen tytäryhtiön tappiollisuus tekemällä mainitun pykälän mukainen arvonalentumispoisto tytäryhtiön osakkeiden hankintamenosta.<sup>6</sup> Myös vähennyskelpoisen konsernituen antaminen ulkomaiselle tytäryhtiölle oli hyväksytty oikeuskäytännössä vuoteen 2004 asti silloisen EVL 7 §:n yleissäännöksen perusteella.<sup>7</sup> Vaihtoehtoisesti tilanteessa, jossa tappiollinen ulkomainen tytäryhtiö oli purettu, oli emoyhtiön lisäksi mahdollista vähentää verotettavasta tulostaan purkutappio tilanteesta riippuen joko kerralla luovutusvoittojen verotusta koskevien säännösten nojalla kerralla tai EVL 24 §:n mukaisena pitkävaikutteisena menona. Vuoden 2004 EVL:n käyttöomaisuusosakkeiden luovutusvoittojen verovapautta koskevan uudistuksen johdosta tytäryhtiön osakkeiden hankintamenosta tehtävät arvonalentumispoistot eivät kuitenkaan olleet enää mahdollisia ja samasta syystä purkutappioiden vähennyskelpoisuutta rajoitettiin merkittävästi. Lisäksi ilman vastasuoritusta annettavaa konsernitukea ei enää uudistuksen jälkeen katsottu vähennyskelpoiseksi menoksi.<sup>8</sup> Kun vähennyskelpoista konserniavustusta ei myöskään voida antaa ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden kattamiseksi, eivätkä sen vahvistetut tappiot siirry kotimaiselle emoyhtiölle rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä TVL V osan säännösten nojalla, jäävät emoyhtiön mahdollisuudet hyödyntää ulkomaisen tytäryhtiön tappiot kotimaisen verolainsäädännön nojalla hyvin rajallisiksi ja on mahdollista, että tappiot menevät konsernin sisällä hukkaan.<sup>9</sup>

Myös EU-oikeudessa lähtökohtana on, ettei jäsenvaltioiden tarvitse sallia konsernien sisäistä rajat ylittävää tappiontasausta.<sup>10</sup> Tietyissä tilanteissa EU-oikeus kuitenkin edellyttää, että yhdessä jäsenvaltiossa konserniyhtiölle syntyneet verotuksessa vähennyskelpoiset tappiot on huomioitava myös sen toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan emoyhtiön verotuksessa. Kysymys on toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan tytäryhtiön niin sanotuista lopullisista tappioista, joiden

---

<sup>6</sup> Nuotio 2021, s. 268.

<sup>7</sup> Raunio 2008, s. 47. Ks. oikeuskäytännöstä esim. KHO 1985 II 530 ja KHO 1985 II 531.

<sup>8</sup> HE 92/2004 vp, s. 37 ja Ossa 2004, s. 18–20.

<sup>9</sup> Nuotio 2021, s. 268 ja Penttilä 2009, s. 462.

<sup>10</sup> Järvinen 2021, s. 414.

käsite sai alkunsa EUT:n<sup>11</sup> 13.12.2005 antamasta tuomiosta asiassa C-446/03, Marks & Spencer.<sup>12</sup> Käytännössä EU-oikeus edellyttää ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden huomioon ottamisen emoyhtiön sijaintivaltiossa Marks & Spencer -ratkaisussa asetettujen edellytysten täytyessä, vaikka kyseisen jäsenvaltion lainsäädäntö ei mahdollistaisi tappioiden siirtymistä jäsenvaltioiden rajojen yli. Lopullisia tappioita koskeva periaate on Marks & Spencer -tuomion jälkeen ollut esillä useissa EUT:n myöhemmissä ratkaisuisa, joissa käsitteen sisältö on tarkentunut ja sen soveltamisala on laajentunut koskemaan esimerkiksi rajat ylittäviä sulautumisia. Marks & Spencer -tuomiosta ilmenneet periaatteet ovat olleet esillä myös kotimaisessa oikeuskäytännössä muun muassa KHO:n vuonna 2011 EUT:lle esittämän ennakkoratkaisupyynnön johdosta koskien juuri ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden siirtymistä rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä<sup>13</sup> ja KHO onkin vuonna 2020 antanut viisi lopullisia tappioita ja rajat ylittävää sulautumista koskevaa päätöstä.<sup>14</sup>

Vuoden 2019 toukokuussa EU:n komissio antoi Suomelle sen käynnistämän rikkomusmenettelyn johdosta virallisen huomautuksen, jossa edellytettiin EU-oikeuden mukaisten lopullisten tappioiden huomioon ottamista Suomen konserniavustusjärjestelmässä.<sup>15</sup> Tämän johdosta VM asetti 31.10.2019 työryhmän aikavälille 1.11.2019–31.12.2021<sup>16</sup> selvittämään konsernien tuloksentasausjärjestelmän uudistamista sekä sitä, millä edellytyksillä ulkomaisten tytäryhtiöiden lopulliset tappiot olisivat vähennyskelpoisia Suomessa ja miten mahdollistettaisiin niiden vähentäminen EU-oikeuden edellyttämällä tavalla.<sup>17</sup> Työryhmän selvityksen tuloksia ei vielä tämän tutkielman kirjoitushetkellä ole julkaistu, mutta vuoden 2021 alusta Suomessa astui voimaan laki Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä hallituksen esityksen 185/2020 vp pohjalta, jonka luonnosta käsiteltiin myös VM:n asettamassa työryhmässä.<sup>18</sup> Uuden lain myötä kotimaisen emoyhtiön on mahdollista tehdä konsernivähennys ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden perusteella. Suomen

---

<sup>11</sup> Tuomion antamishetkellä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimissa puhutaan selvyuden vuoksi Euroopan unionin tuomioistuimesta (EUT) myös niiden tuomioiden kohdalla, jolloin tuomioistuimissa oli vielä nimeltään Euroopan yhteisöjen tuomioistuimissa.

<sup>12</sup> Tuomiosta ilmenevistä periaatteista käytetään oikeuskirjallisuudessa yleisesti myös nimitystä Marks & Spencer -periaate.

<sup>13</sup> KHO 2011:21. EUT on ennakkoratkaisupyynnön johdosta antanut tuomion asia C-123/11, A Oy. KHO on edelleen EUT:n tuomion perusteella antanut ratkaisun KHO 2013:155. Ks. luku 3.1.2.

<sup>14</sup> Vuosikirjaratkaisu KHO 2020:51 ja julkaisemattomat ratkaisut KHO 15.5.2020 T 2104–2107. Ks. luku 3.1.2.

<sup>15</sup> HE 185/2020 vp, s. 14.

<sup>16</sup> Alun perin työryhmä asetettiin 31.1.2021 asti, mutta sen toimikautta jatkettiin 31.12.2021 asti, ks. VM163:00/2019 ja Järvinen 2021, s. 413.

<sup>17</sup> VM163:00/2019.

<sup>18</sup> Järvinen 2021, s. 413.

konserniverotusjärjestelmää ei kuitenkaan vielä samassa yhteydessä lähdetty uudistamaan komission rikkomusmenettelyn koskiessa ainoastaan konserniavustusjärjestelmää ja uudistusta ei ollut sidottu menettelyn kanssa samaan aikatauluun.<sup>19</sup>

## 1.2 Tutkimuskysymysten asettelu ja tutkielman rajaus

Tässä tutkielmassa tarkastellaan ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden siirtymistä kotimaisen emoyhtiön vähennettäväksi tämän verotuksessa Suomessa rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä sekä uuden konsernivähennyksen muodossa. Tutkimuksen pääasiallisena tutkimuskysymyksenä on selvittää, onko konsernivähennys vai rajat ylittävä sulautuminen kotimaisen emoyhtiön näkökulmasta kannattavampi vaihtoehto ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden kotiuttamiseksi näiden kahden vaihtoehdon tekemiselle EU-oikeudessa ja kotimaisessa lainsäädännössä asetettujen edellytysten perusteella. Toisena tutkimuskysymyksenä tarkoituksena on tarkastella, oliko KonsVähL:n säätämällä todellisuudessa vaikutusta ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden vähentämisen kannalta vai jääkö sen merkitys käytännössä mitättömäksi. Kuten tutkielmassa ilmenee, on lopullisten tappioiden huomioiminen kotimaisen emoyhtiön verotuksessa kuitenkin ollut mahdollista jo ennen lain voimaan astumista, jolloin herää kysymys ratkaistiinko KonsVähL:n säätämällä todellisuudessa mitään todellista ongelmaa, jos kotimainen sääntely ei alun perin ollutkaan ristiriidassa EU-oikeuden kanssa. Jotta näitä kysymyksiä voitaisiin arvioida, on tutkielmassa kuitenkin ensin tarkoituksena selvittää, milloin tappioita pidetään lopullisina niin EU-oikeuden kuin KonsVähL:n näkökulmasta. Toiseksi ennen pääasiallisten tutkimuskysymysten tarkastelua tutkielmassa selvitetään milloin ulkomaisen tytäryhtiön lopulliset tappiot voivat siirtyä vähennettäväksi sen verotuksessa rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä ja millä edellytyksillä kotimainen emoyhtiö voi tehdä konsernivähennyksen.

Tutkielma on rajattu koskemaan kotimaisen emoyhtiön ja EU- sekä ETA-jäsenvaltioiden rajat ylittäviä tilanteita, sillä lopullisia tappioita koskeva problematiikka on nimenomaisesti EU-oikeudellinen. Tutkielmassa ei siis käsitellä tappioiden siirtymistä suhteessa kolmansiin valtioihin. EU-oikeuden perusvapauksien osalta tutkielma on rajattu käsittelemään sijoittautumisvapautta, sillä kyseinen perusvapaus on merkittävässä osassa juuri lopullisten tappioiden käsitteen kannalta. Tutkielma on rajattu käsittelemään lopullisten tappioiden siirtymisen osalta rajat ylittävää sulautumista ja konsernivähennystä, sillä kotimaisen

---

<sup>19</sup> HE 185/2020 vp, s. 15.

emoyhtiön näkökulmasta ne ovat käytännön tasolla ainoat keinot, joilla se voi tällä hetkellä kotiuttaa ulkomaisen tytäryhtiön lopullisia tappioita Suomeen. Arvioitaessa lopullisten tappioiden EU-oikeudellista soveltamisalaa tarkastellaan niitä kuitenkin rajatusti myös muissa yhteyksissä. Sulautumisen osalta sen muodollisten sekä liiketaloudellisten edellytysten arviointi on jätetty pääosin tämän tutkielman ulkopuolelle tutkielman pääpainon ollessa tappioiden siirtymisessä, vaikkakin näitä edellytyksiä joiltakin osin tutkielmassa sivutaan. Tutkielmassa ei myöskään käsitellä kotimaista konserniavustusjärjestelmää muuten kuin silloin, kun sillä on liitännä konsernivähennykseen, sillä KonsVähL:n säätämisen taustalla on nimenomaisesti Suomen konserniavustusjärjestelmän mahdollinen EU-oikeuden vastaisuus. Myös rajat ylittävällä konserniavustuksella toteutettavan lopullisten tappioiden kattamisen arviointi on jätetty tutkielman ulkopuolelle, sillä tätä koskevia vaatimuksia on Suomessa tehty vain yksittäisiä.<sup>20</sup> Tutkielma on lisäksi rajattu koskemaan pääasiassa kotimaisen emoyhtiön näkökulmaa sen ollessa se taho, joka lopulliset tappiot pyrkii lopulta verotuksessaan hyödyntämään.

### **1.3 Tutkimusmenetelmä, lähdemateriaali ja tutkielman rakenne**

Tutkielman tarkoituksena on selvittää ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden vähentämistä kotimaisen emoyhtiön verotuksessa voimassa olevan oikeuden säännösten ja tuomioistuinten ennakkoratkaisujen perustella. Koska tässä tutkielmassa tutkimuksen kohteena on voimassa oleva oikeusjärjestys, on tutkimusmenetelmänä on käytetty lainoppia. Lainopin tehtäväksi on perinteisesti määritelty oikeusjärjestyksen sisällön selvittäminen, eli lainopilla pyritään voimassa olevien oikeussääntöjen tulkitsemiseen. Tämän lisäksi lainopin toisena tehtävänä on pidetty oikeussäännösten systematisointia.<sup>21</sup> Vero-oikeuden näkökulmasta kyse on siis voimassa olevien vero-oikeudellisten säännösten muodostaman oikeustilan selvittämisestä ja voimassa olevan vero-oikeuden jäsentämisestä vero-oikeuden yleisten oppien avulla.<sup>22</sup>

Vero-oikeudellisen tutkimuksen erityispiirteenä on vero-oikeudellinen legalismi, joka käytännössä vaatii, että veroista on säädettävä lailla.<sup>23</sup> Tämä erityispiirre johtuu julkisen ja yksityisen välisestä suhteesta, sillä verotuksella siirretään merkittäviä määriä kansalaisten

---

<sup>20</sup> HE 185/2020 vp, s. 28.

<sup>21</sup> Aarnio 1988, s. 48.

<sup>22</sup> Myrsky 2015, s. 1093.

<sup>23</sup> Wikström – Ossa – Urpilainen 2015, s. 34.

varallisuutta julkisen sektorin käyttöön. Vero-oikeudellinen legalismi myös edellyttää, että verolakeja sovellettaessa veron jokaiselle elementille tulee löytyä välitön tuki suoraan verolaista. Tämä johtaa siihen, että verolakien tulkinnassa nimenomaisesti lakiteksti on merkittävässä roolissa. Verolakien sananmuodon mukaisen tulkinnan lisäksi jatkuvasti muuttuvat taloudelliset olosuhteet edellyttävät verolainsäädännön tulkinnassa joustavuutta, sillä jähmeämmin muuttuvaa lainsäädäntöä ei ehditä muuttaa samassa tahdissa. Verolakien tulkinnassa voidaankin katsoa sananmuodon mukaisen ja joustavan tulkinnan täydentävän toisiaan niin, että säännösten oikeudellinen muoto ja taloudellinen sisältö eivät ole ristiriidassa.<sup>24</sup> Kotimaisessa vero-oikeudellisessa tutkimuksessa on kuitenkin huomioitava myös EU-oikeuden ja kansainvälisen vero-oikeuden kasvava merkitys globaalien talouden johdosta ja esimerkiksi EU:n lainsäädännöllä ja EUT:n oikeuskäytännöllä on nykyisin suuri vaikutus kotimaiseen verolainsäädäntöön, kuten tässäkin tutkielmassa käy ilmi.<sup>25</sup>

Tutkielman ollessa lainopillinen on tutkimuksen kohteena siis voimassa oleva oikeus. Kun tutkielmassa tärkeässä roolissa oleva lopullisten tappioiden käsite on muodostunut EUT:n oikeuskäytännössä, on tutkielmassa käytetty lähdemateriaalina laajasti EUT:n ratkaisuja. Myös sijoittautumisvapauden toteutumista arvioitaessa arvioinnin kannalta EUT:n tuomiot ovat tärkeässä osassa. Lisäksi kotimainen lopullisia tappioita koskeva oikeuskäytäntö on tutkielmassa merkittävässä roolissa. Voimassa olevan lainsäädännön osalta kotimaiset lait TVL ja EVL sekä etenkin uusi KonsVähL ovat tutkielman kannalta merkittäviä. Muilta osin tutkimuksessa hyödynnetään niin kotimaista kuin kansainvälistä lopullisia tappioita koskevaa oikeuskirjallisuutta.

Tutkimuskysymysten, tutkimusmenetelmän ja lähdemateriaalien esittelyn jälkeen tutkielmassa käsitellään lopullisten tappioiden käsitettä EU-oikeudessa. Luvussa käydään läpi ensin rajat ylittäviin tappioihin liittyvä EU-oikeudellinen viitekehys, jossa etenkin sijoittautumisvapaus on tutkielman aiheen kannalta tärkeässä osassa. Tämän jälkeen luvussa käydään läpi lopullisten tappioiden käsitteen muotoutumista EUT:n oikeuskäytännössä. Luvun tarkoituksena on selvittää lopullisten tappioiden käsitteen nykytila ja onko käsite

---

<sup>24</sup> Wikström 1997, s. 330–335, joka on huomauttanut, että verolakien joustamaton sanamuodon mukainen tulkinta voi johtaa sellaisten veroetujen hyväksymiseen, joita ei taloudellisessa mielessä ole ollut lainsäädännöllä tarkoitus sallia.

<sup>25</sup> Myrsky 2015, s. 1095–1097.

edelleen voimassa samanlaisenakuin se esiteltäessä EUT:n C-446/03, Marks & Spencer tuomion jälkeen.

Kolmannessa luvussa käsitellään lopullisten tappioiden siirtymistä ulkomaiselta tytäryhtiöltä kotimaiselle emoyhtiölle rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä. Luvussa luodaan katsaus sekä kotimaiseen että EUT:n oikeuskäytäntöön ja käydään läpi niitä edellytyksiä, joita tappioiden siirtyminen vaatii. Lisäksi luvussa pyritään selvittämään miten tappiot tosiasiallisesti voidaan vähentää emoyhtiön verotuksessa.

Neljäs luku käsittelee uutta KonsVähL:a ja uuden lainsäädännön taustalla vaikuttavia tekijöitä. Luvussa käydään läpi KonsVähL:ssa asetetut edellytykset konsernivähennyksen tekemiselle sekä pyritään selvittämään, miten lopullisten tappioiden käsite on muotoutunut laissa. Lisäksi luvussa selvitetään, miten konsernivähennyksen määrä lasketaan ja mitkä tekijät vaikuttavat sen määrään sekä miten vähennys tehdään kotimaisen emoyhtiön verotuksessa.

Lopuksi tutkielman viides luku vertailee konsernivähennystä ja rajat ylittävää sulautumista vaihtoehtoina toisilleen ja luvussa pyritään selvittämään ensinnäkin, miten lopullisten tappioiden käsite eroaa EU-oikeuden ja KonsVähL:n välillä, sekä kumpaa näistä vaihtoehdoista voidaan pitää kotimaisen emoyhtiön näkökulmasta kannattavampana vaihtoehtona. Luvussa arvioidaan myös, saavutettiinkö uudella lainsäädännöllä se, mitä sillä pyrittiin saamaan aikaan vai jäivätkö lain muuttamiselle asetetut tavoitteet toteutumatta.

## 2 Rajat ylittävien tappioiden vähennyskelpoisuus – lopulliset tappiot EU-oikeudessa

### 2.1.1 EU-oikeuden vaikutus välittömään verotukseen

Välittömän verotuksen osalta EU:n jäsenvaltiot ovat pitkälti säilyttäneet suvereniteettinsa ja jäsenvaltiot saavat määrätä verotuksestaan omilla verolaeillaan. SEUT 3–6 artiklojen perusteella toimivalta päättää välittömästä verotuksesta on jätetty yksin jäsenvaltioille. EUT:n oikeuskäytännössä on kuitenkin vakiintuneesti katsottu, että vaikka toimivalta välittömän verotuksen osalta on jäsenvaltioilla, tulee niiden kuitenkin käyttää tätä toimivaltaa EU-oikeuden säännöksiä loukkaamatta.<sup>26</sup> EU-oikeudella on siis jäsenvaltioiden suvereniteetista huolimatta vaikutusta niiden välittömään verotukseen EU-oikeuden ohjatessa sitä SEUT:sta ilmenevien oikeusperiaatteiden, EUT:n oikeuskäytännön ja verotukseen liittyvien direktiivien kautta silloin, kun se on tarpeen sisämarkkinoiden toiminnan varmistamiseksi ja verotuksellisten esteiden poistamiseksi.<sup>27</sup> Tämän mahdollistaa SEUT 4(2) artikla, jonka mukaan sisämarkkinat kuuluvat EU:n ja jäsenvaltioiden jaetun toimivallan alalle. EUT:n oikeuskäytännöllä onkin korostunut rooli EU:n verosäännösten tulkinnassa verotukseen liittyvien perussopimusten säännösten ja direktiivien ollessa usein laveasti muotoiltuja, jolloin EUT:n ratkaisut ovat määrittäneet, mikä merkitys niille on annettava jäsenvaltioiden oman verotuksen kannalta. EUT pyrkii siis varmistamaan, että EU-oikeutta tulkitaan kaikissa jäsenvaltioissa samalla tavalla.<sup>28</sup> Pohjimmiltaan on siis mahdollista kysyä, onko kysymys todellisuudessa enää suvereniteetista, kun EU-oikeus on huomioitava laajasti myös kansallisten verosäännösten kohdalla.<sup>29</sup>

Jaetun toimivallan aloilla EU:n tulee toimia toissijaisuus- eli subsidiariteettiperiaatteen mukaisesti, jolloin lähtökohtaisesti EU:n tulee suorittaa näillä aloilla toimia ainoastaan silloin, kuin niitä koskeva toiminta ja tavoitteet voidaan saavuttaa paremmin unionin tasolla kuin

---

<sup>26</sup> Ks. esim. asiat C-80/94, Wielockx, 16 kohta, C-107/94, Asscher, 36 kohta, C-311/97, Royal Bank of Scotland, 19 kohta, yhdistetyt asiat C-397/98 ja C-410/98, Metallgesellschaft ym., 37 kohta sekä C-231/05, Oy AA, 18 kohta.

<sup>27</sup> Helminen 2018, s. 25–28 ja Knuutinen 2020, s. 631.

<sup>28</sup> Helminen 2018, s. 62.

<sup>29</sup> Ks. Urpilainen 2012, s. 224–232, joka on katsonut jäsenvaltioiden verosuvereniteetin olevan jossain määrin paradoksaalinen, sillä vaikka jäsenvaltiot periaatteessa saavat määrätä itse välittömästä verotuksestaan, eivät verotukselliset toimenpiteet saa loukata EU-oikeutta eivätkä ne näin saa täysimääräisesti päättää omasta tuloverotuksestaan. Lisäksi Urpilainen katsoo, että verosuvereniteetissa on tosiasiaa pohjimmiltaan kysymys jäsenvaltioiden budjettivallan käyttämisestä ja säilyttämisestä.

jäsenvaltioiden toimesta.<sup>30</sup> Subsidiariteettiperiaate ilmenee SEU 5(3) artiklasta. EU voi siis yhtenäistää jäsenvaltioiden välitöntä verotusta koskevaa lainsäädäntöä vain siinä määrin kuin se on tarpeen sisämarkkinoiden toiminnan turvaamiseksi ja ainoastaan silloin, kun se on tarkoituksenmukaista EU:n tasolla jäsenvaltioiden sijaan. Huomioitavaa on myös, että vaikka EU-oikeuden ja jäsenvaltioiden sisäisen lainsäädännön suhteesta ei ole EU:n perussopimuksissa nimenomaista säännöstä<sup>31</sup>, on EUT:n ratkaisukäytäntö kuitenkin vahvistanut, että EU-oikeuden ja jäsenvaltion lainsäädännön välisessä ristiriitatilanteessa etusija tulee antaa EU-oikeudelle.<sup>32</sup> EUT:n oikeuskäytännössä on vahvistettu myös se, että EU:n perussopimusten lisäksi direktiiveillä on etusija suhteessa jäsenvaltioiden kansalliseen lainsäädäntöön, mutta kuitenkin vasta, kun direktiivien täytäntöönpanemiseksi asetettu määräaika on kulunut umpeen.<sup>33</sup>

EU-oikeus on samalla myös suoraan jäsenvaltioissa sovellettavaa oikeutta, mikä määritelmänsä mukaan tarkoittaa, että EU-oikeuden säännöksen tuleminen osaksi jäsenvaltion oikeutta ei vaadi erillisiä lainsäädäntötoimenpiteitä, vaan säännökset tulevat suoraan sovellettavaksi jäsenvaltioissa. EU:n perussopimukset ovat esimerkki jäsenvaltioissa suoraan sovellettavasta oikeudesta. Suora sovellettavuus kuitenkin liittyy lähinnä EU-lainsäätäjän ja jäsenvaltioiden lainsäätäjien väliseen suhteeseen.<sup>34</sup>

Sen sijaan puhuttaessa EU-oikeuden säännösten välittömästä vaikutuksesta on tällä taas suora yhteys yksilöiden oikeuksiin, sillä välitön vaikutus takaa luonnolliselle henkilölle ja oikeushenkilölle oikeuden vedota EU-oikeuden säännökseen kansallisessa tuomioistuimessa.<sup>35</sup> Välittömän vaikutuksen periaate on lähtökohtaisesti peräisin EUT:n ratkaisusta asiassa 26/62, Van Gend en Loos, jossa EUT katsoi, että yhteisön oikeudella perustetaan yksityisille velvoitteiden lisäksi oikeuksia, joihin luonnolliset henkilöt ja oikeushenkilöt voivat vedota kansallisessa tuomioistuimessa.

---

<sup>30</sup> Raitio 2016, s. 214.

<sup>31</sup> Helminen 2018, s. 27.

<sup>32</sup> Tämän niin kutsutun etusijaisuusperiaatteen voidaan katsoa olevan peräisin EUT:n ratkaisusta asiassa 6/64, Costa v. ENEL, jossa EUT totesi, etteivät kansallinen lainsäädäntö voi olla etusijalla yhteisön perustamissopimukseen nähden, sillä tällöin perustamissopimus menettäisi merkityksensä. Etusijaisuusperiaate on sittemmin vain vahvistunut EUT:n ratkaisuihin. Asiassa 106/77, Simmenthal EUT katsoi, että jo yhteisön oikeus jo pelkällä voimaantulollaan estää sen kanssa ristiriitaisten jäsenvaltioiden lainsäädännön soveltamisen (17 kohta). Myöhemmästä ratkaisukäytännöstä ks. esim. asiat C-213/89, Factortame, 20 kohta ja C-314/08, Filipiak, 81–85 kohdat.

<sup>33</sup> Ks. esim. asiat 148/78, Ratti, 22–24, 43 kohdat ja 152/84, Marshall, 41 kohta.

<sup>34</sup> Raitio 2016, s. 229.

<sup>35</sup> Ibid.

Perussopimusten artikloilla voi olla välitön vaikutus, mikäli kolme edellytystä täyttyy:

1) artikla on riittävän selvä ja yksiselitteinen; 2) artikla ei jätä EU:n toimielimille tai jäsenvaltioille harkintavaltaa; ja 3) artiklan toteutuminen ei saa olla EU:n toimielinten tai jäsenvaltioiden siihen kohdistamien lainsäädännöllisten tai hallinnollisten jatkotoimenpiteiden varassa.<sup>36</sup> Lisäksi välitön vaikutus koskee myös EU:n sekundäärinormeja, kuten direktiivejä.<sup>37</sup> EU:n sekundäärinormeista järeimmät, eli asetukset, joita SEUT 288(2) artiklan mukaan sovelletaan sellaisenaan kaikissa jäsenvaltioissa, eivät kuitenkaan ole mahdollisia välittömään verotukseen liittyen, sillä alalla, jolla EU:lla on toimivalta antaa asetuksia, ei jäsenvaltioilla ole edes mahdollisuutta antaa kansallista sääntelyä.<sup>38</sup> Direktiivien osalta EUT:n oikeuskäytännön mukaan siltä osin, kun direktiivin säännökset ovat sisältönsä osalta riittävän ehdottomia ja täsmällisiä, ne voivat olla välittömästi vaikuttavia.<sup>39</sup> Direktiivien osalta välittömän vaikutuksen ehdottomana edellytyksenä on lisäksi myös se, että jäsenvaltio ei ole implementoinut direktiiviä sen täytäntöönpanolle asetetussa määräajassa tai direktiivin implementointi on toteutettu virheellisesti tai puutteellisesti. Lisäksi yksityisillä on mahdollisuus vedota direktiivien säännöksiin kansallisissa tuomioistuimissa, vaikka säännökset olisi implementoitu kansalliseen lainsäädäntöön, jos niitä ei tosiasiallisesti sovelleta kansallisessa oikeudessa.<sup>40</sup>

EU-oikeuden säännöksillä voi olla sekä horisontaalinen että vertikaalinen välitön vaikutus. Horisontaalisella välittömällä vaikutuksella tarkoitetaan yksityisen oikeutta vedota EU-oikeuden säännöksiin kansallisessa tuomioistuimessa toista yksityistä vastaan ja vertikaalisella taas yksityisen oikeutta vedota EU-oikeuden säännöksiin kansallisessa tuomioistuimessa jäsenvaltiota vastaan. Perussopimusten säännöksillä voi olla horisontaalinen välitön vaikutus, mutta EUT:n ratkaisukäytännössä on katsottu, että direktiiveillä voi olla ainoastaan vertikaalinen vaikutus, sillä direktiivit asettavat velvoitteita ainoastaan jäsenvaltioille, eivät yksityisille.<sup>41</sup> Välittömän verotuksen osalta voidaan katsoa, että merkitystä on lähinnä vertikaalisella välittömällä vaikutuksella, sillä verotuksen osalta kysymys on käytännössä aina yksityisen ja julkisyhteisön suhteesta.

---

<sup>36</sup> Raitio 2016, s. 232.

<sup>37</sup> Ks. esim. asia 41/47, Van Duyn, 12 kohta.

<sup>38</sup> Helminen 2018, s. 37 ja Ojanen 2016, s. 43.

<sup>39</sup> Ks. esim. yhdistetyt asiat C-471/07 ja C-472/07, AGIM, 26 kohta, asia 152/84, Marshall, 46 kohta ja yhdistetyt asiat C-397/01–C-403/01, Pfeiffer ym., 103 kohta.

<sup>40</sup> Ojanen 2016, s. 83, ks. esim. asiat 8/81, Becker, 25 kohta ja C-62/00, Marks & Spencer, 27 kohta.

<sup>41</sup> Raitio 2016, s. 236, EUT:n direktiivien horisontaalisen välittömän vaikutuksen kieltävästä linjasta ks. esim. asiat 152/84, Marshall ja C-91/92, Faccini Dori.

Tässä yhteydessä voidaan mainita myös EU-oikeuden tulkintavaikutuksesta, joka käytännössä tarkoittaa sitä, että kansallista lainsäädäntöä ja myös verosopimuksia tulee tulkita EU-oikeuden mukaisesti.<sup>42</sup> EU-oikeuden mukainen tulkinta perustuu sen etusijaan suhteessa kansalliseen lainsäädäntöön sekä SEU 4(3) artiklasta johdettuun lojaliteettivelvoitteeseen. Tulkintavaikutus koskee erityisesti sellaisia kansallisia säännöksiä, jotka ovat pantu täytäntöön direktiivien nojalla, jolloin näitä on tulkittava aina EU-oikeuden normien ja tarkoituksen mukaisesti.<sup>43</sup>

Vaikka jäsenvaltioilla on välittömän verotuksen osalta vahva suvereniteetti päättää omasta verolainsäädännöstään, voidaan kuitenkin pitää selvänä, että edellä mainituilla EU-oikeudellisilla periaatteilla on vaikutusta kansalliseen verolainsäädäntöön silloin, kun verotuksella saattaa olla vaikutusta sisämarkkinoiden toimintaan ja toimivuuteen.

## 2.1.2 Sijoittautumisvapaus yhtenä EU:n perusvapauksista ja sen suhde verotukseen

EU:n perusvapaudet koostuvat neljästä elementistä: tavaroiden (SEUT 28 artikla), henkilöiden (SEUT 21, 45 ja 49 artiklat), palveluiden (SEUT 56 artikla) ja pääoman (SEUT 63 artikla) vapaasta liikkuvuudesta.<sup>44</sup> Näiden neljän perusvapauden tarkoituksena on turvata sisämarkkinoiden toteutuminen ja poistaa näitä vapauksia koskevat esteet jäsenvaltioiden välillä. EU:n lisäksi vastaavat vapaudet koskevat ETA-valtioita ETA-sopimuksen perusteella. Verotuksen osalta tämä käytännössä tarkoittaa, että verotus ei saa rajoittaa näitä perusvapauksia ja viime kädessä EUT ylimpänä auktoriteettina voi katsoa verotuksen perusvapauksia rajoittavaksi.<sup>45</sup> Huomioitavaa on, että perusvapauksien soveltamiseksi kysymys tulee olla rajat ylittävstä tilanteesta.<sup>46</sup> EU:n perusvapauksista lopullisten tappioiden näkökulmasta erityisen merkityksellisenä voidaan pitää henkilöiden vapaaseen liikkuvuuteen kiinteästi kuuluva sijoittautumisvapaus<sup>47</sup>, joka on määritelty SEUT 49 artiklassa<sup>48</sup>, kuten jäljempänä käy ilmi. Sijoittautumisvapaus onkin EUT:n ratkaisukäytännössä noussut keskeiseen asemaan verotuksessa vähennyskelpoisten rajat ylittävien tappioiden

---

<sup>42</sup> Raitio 2016, s. 239.

<sup>43</sup> Helminen 2018, s. 63–64. Ks. myös asia C-91/92, Faccini Dori, 26 kohta.

<sup>44</sup> Terra – Wattel 2012, s. 53.

<sup>45</sup> Helminen 2018, s. 73 ja Raitio 2016, s. 490.

<sup>46</sup> Helminen 2018, s. 74, ks. esim. asia C-192/16, Fisher, 25 kohta.

<sup>47</sup> Terra – Wattel 2012, s. 68.

<sup>48</sup> Vastaava säännös löytyy ETA-sopimuksen (Sopimus Euroopan talousalueesta, EYVL L 1, 3.1.1994, s. 3–522) 31 artiklasta. EUT on asiassa C-471/04, Keller Holding katsonut, että ETA-sopimuksen 31 artiklassa esitetyt sijoittautumisvapauden rajoitukset kieltävät säännöt vastaavat SEUT 49 artiklan sääntöjä.

arvioinnissa.<sup>49</sup> Näin ollen sijoittautumisvapauden perusteellisempi tarkastelu on tämän tutkielman yhteydessä perusteltua.

Sijoittautumisen käsite on EUT:n ratkaisukäytännössä määritelty pysyvänluonteiseksi taloudellisen toiminnan harjoittamiseksi toisessa jäsenvaltiossa, josta luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö on peräisin.<sup>50</sup> Sijoittautumisvapaus takaa SEUT 49 artiklan mukaan luonnollisille henkilöille ja oikeushenkilöille oikeuden sijoittautua ja harjoittaa liiketoimintaa minkä tahansa jäsenvaltion alueella sekä oikeuden harjoittaa toimintaa toisessa jäsenvaltiossa edustajan, sivuliikkeen ja tytäryhtiön muodossa. Sijoittautumisvapaus kattaa myös verovelvollisen liiketoiminnan siirtämisen toiseen jäsenvaltioon.<sup>51</sup> Sijoittautumisvapaudella pyritään siis varmistamaan, etteivät jäsenvaltiot kohtele EU-kansalaisia, joiden kotipaikka on toisessa jäsenvaltiossa eri tavalla, kuin omia kansalaisiaan.<sup>52</sup> Sijoittautumisvapauden toisena puolena on taas se, ettei jäsenvaltio saa estää kansalaistaan sijoittumasta toiseen jäsenvaltioon.<sup>53</sup> EU-kansalaisiin rinnastetaan myös SEUT 54(1) artiklan mukaan jonkin jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti perustetut yhtiöt, joiden kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on EU:n alueella.<sup>54</sup> Sijoittautumisvapaus ei siis suojaa sellaisia yhtiöitä, joita ei ole perustettu jonkin EU:n jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti. Sijoittautumisvapauden kannalta on merkityksetöntä, vaikka tällaisen yhtiön verotuksellinen asuinpaikka olisikin EU:n alueella<sup>55</sup>.

Verotuksen kannalta sijoittautumisvapaus merkitsee, etteivät jäsenvaltiot saa verolainsäädännöllään rajoittaa verovelvollisten vapautta valita missä jäsenvaltiossa he haluavat liiketoimintaansa harjoittaa.<sup>56</sup> EUT onkin ratkaisukäytännössään katsonut, etteivät jäsenvaltion verolait saa kohdella emo- ja tytäryhtiöiden välisissä suhteita verovelvollisen

---

<sup>49</sup> Weckström 2019, s. 18.

<sup>50</sup> Asiat C-221/89, Factortame II, 20 kohta ja C-55/94, Gebhard, 25 kohta.

<sup>51</sup> Ks. asia C-261/11, Komissio v. Tanska, missä oli kysymys tilanteesta, jossa Tanskan verolainsäädännön mukaan yrityksen varojen siirtämistä käytettäväksi yrityksen kiinteään toimipaikkaan Tanskan ulkopuolella pidetään veronalaisena luovutuksena, kun taas jos varoja siirretään toimipaikkojen välillä Tanskassa ei kyseisten varojen luovutusta katsota veronalaiseksi. EUT katsoi Tanskan verolainsäädännön olevan SEUT 49 artiklan vastainen ja rajoittavan sijoittautumisvapautta EU:n alueella.

<sup>52</sup> Asia C-307/97, Saint-Gobain, 35 kohta. Ks. myös asia C-231/05, Oy AA, 30 kohta, jossa EUT huomautti, että mikäli kotipaikka toisessa jäsenvaltiossa mahdollistaisi EU-kansalaisen erilaisen kohtelun, tekisi tämä SEUT 49 artiklan (aiemmin EY 43 artikla) merkityksettömäksi.

<sup>53</sup> Asia C-200/98, X AB ja Y AB, 26 kohta.

<sup>54</sup> SEUT 54(2) artiklan mukaan yhtiö viittaa kaikkiin siviili- ja kauppaoikeudellisiin yhtiöihin, osuustoiminnallisiin yhtiöihin sekä muihin julkis- tai yksityisoikeudellisiin oikeushenkilöihin, paitsi voittoa tavoittelemattomiin yhtiöihin.

<sup>55</sup> Helminen 2018, s. 94. Yhtiön omistajien kansalaisuudella ei ole väliä, kunhan yhtiö on perustettu jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti.

<sup>56</sup> Ks. esim. asia C-231/05, Oy AA, 40 kohta.

kannalta epäedullisemmin tilanteessa, jossa tytäryhtiö sijaitsee eri jäsenvaltiossa kuin emoyhtiö, kuin jos ne sijaitsevat samassa valtiossa.<sup>57</sup> Sijoittautumisvapauden rajoittamisen osoittaminen ei kuitenkaan vaadi, että jäsenvaltion lainsäädännöstä olisi tosiasiallisesti seurannut se, että verovelvollinen olisi luopunut tytäryhtiön hankinnasta, perustamisesta tai pitämisestä toisessa jäsenvaltiossa.<sup>58</sup> Näin ollen riittäväksi voi katsoa, että jäsenvaltion verolainsäädäntö on omiaan rajoittamaan sijoittautumisvapautta, jos verovelvollisen kohtelu on epäedullisempaa verrattuna tilanteeseen, jossa liiketoimintaa olisi harjoitettu ainoastaan tässä kyseisessä jäsenvaltiossa. Huomattavaa kuitenkin on, että SEUT 49 artikla edellyttää kotimaisten ja rajat ylittävien tilanteiden samanlaista kohtelua ainoastaan silloin, kun tilanteet ovat toisiinsa objektiivisesti rinnastettavia. Mikäli tilanteet eivät rinnastu toisiinsa, ei SEUT 49 artikla ole esteenä erilaiselle kohtelulle ulkomaisten ja kotimaisten tilanteiden osalta.<sup>59</sup>

Sijoittautumisvapaudella yhtenä EU:n perusvapauksista on EUT:n ratkaisukäytännön perusteella katsottu olevan välitön vaikutus, jolloin yksityisten on mahdollista vedota siihen suoraan kansallisissa tuomioistuimissa.<sup>60</sup> Kuitenkin, jotta SEUT 49 artiklaa voitaisiin soveltaa ja verovelvollisen olisi mahdollista siihen vedota, kuten muidenkin perusvapauksien kohdalla, on kyseessä oltava jäsenvaltioiden rajat ylittävä tilanne, eli verovelvollisen on tullut käyttää sijoittautumisoikeuttaan.<sup>61</sup> Sijoittautumisvapauden käyttäminen ja SEUT 49 artiklaan vetoaminen edellyttää myös lisäksi, että yhtiön on tullut todellisuudessa asettautua pysyväluonteisesti toiseen jäsenvaltioon ja sen tulee harjoittaa siellä tosiasiallisesti taloudellista toimintaa eli kyseessä tulee olla aito sijoittautuminen.<sup>62</sup> EUT on katsonut, että aidon sijoittautumisen arvioinnin on perustuttava objektiivisiin ja ulkopuolisen tarkastettavissa oleviin tekijöihin, jotka erityisesti liittyvät fyysiseen olemassaoloon toimitilojen, henkilöstön ja kaluston osalta.<sup>63</sup> Kuitenkin myös passiivinen omistukseen perustuva toiminta, jonka taustalla voivat olla verotukselliset syyt, on hyväksytty taloudellisen toiminnan harjoittamiseksi.<sup>64</sup> Epäaidossa sijoittautumisessa ilman taloudellista toimintaa on sen sijaan yleensä kyse keinotekoisesta järjestelystä.<sup>65</sup> Huomattavaa on, että tilanteessa, jossa saman konsernin kaksi yhtiötä on sijoittunut eri jäsenvaltioihin, vetoaminen SEUT 49

---

<sup>57</sup> Asia C-168/01, Bosal Holding, 28 kohta.

<sup>58</sup> Asia C-231/05, Oy AA, 42 kohta.

<sup>59</sup> Helminen 2018, s. 96, ks. myös asia C-18/11, Philips Electronics, 17 kohta.

<sup>60</sup> Asia 2/74, Reyners, 30 kohta.

<sup>61</sup> Helminen 2018, s. 94.

<sup>62</sup> Barnard 2019, s. 405–406. Ks. myös asia C-196/04, Cadbury Schweppes, 54 kohta.

<sup>63</sup> Asia C-196/04, Cadbury Schweppes, 67 kohta.

<sup>64</sup> Helminen 2018, s. 95. Ks. asia C-251/98, Baars, 22 kohta.

<sup>65</sup> Holkeri – Rajala 2015, s. 55.

artiklaan ei ole mahdollista, jos kummallakaan yhtiöllä ei ole määräysvaltaa toiseen, sillä kysymys ei tällöin ole kyseisten yhtiöiden, vaan näiden emoyhtiön tai -yhtiöiden sijoittautumisesta toiseen jäsenvaltioon.<sup>66</sup> SEUT 49 artiklan soveltaminen on kuitenkin mahdollista, jos toisen konserniyhtiön sijoittautumisoikeuden rajoitus vaikuttaa sen sisaryhtiön verotukseen.<sup>67</sup>

### 2.1.3 Sijoittautumisvapauden rajoittaminen kansallisella verolainsäädännöllä

Sijoittautumisvapaus ei kuitenkaan ole ehdoton oikeus, vaan sitä on mahdollista rajoittaa, mikäli tälle on olemassa hyväksyttävä syy, sillä SEUT 52 artikla mahdollistaa sijoittautumisvapauden rajoittamisen yleisen järjestyksen, yleisen turvallisuuden ja kansanterveyden perusteella. On kuitenkin mahdollista, että sijoittautumisvapautta rajoittava kansallinen verolainsäädäntö voi olla hyväksyttävä myös muilla, kuin SEUT 52 artiklassa mainituilla perusteilla.<sup>68</sup> Rajoittavuutta voidaan pitää hyväksyttävänä, jos kansallisen verosäännöksen tavoitteena on pyrkiä SEUT:n mukaiseen sallittuun tavoitteeseen, joka on perusteltavissa yleisestä etua koskevilla pakottavilla syillä.<sup>69</sup> Tämän niin kutsutun rule of reason -periaatteen edellytyksenä on, että kyseessä oleva rajoitus soveltuu kyseessä olevan tavoitteen turvaamiseksi, eikä se saa ylittää sitä, mikä on tarpeen tämän tavoitteen saavuttamiseksi. Sijoittautumisvapautta rajoittava kansallinen verosäännös ei siis ole hyväksyttävä, jos sama tavoite voitaisiin saavuttaa jollain vähemmän rajoittavalla säännöksellä, eli samaa tavoitetta ei voida saavuttaa vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä.<sup>70</sup> Kansallisen verolainsäädännön tulee siis olla suhteellisuusperiaatteen mukainen.<sup>71</sup> Sijoittautumisvapautta voidaan rajoittaa myös silloin, kun kyse on tilanteesta, jossa

---

<sup>66</sup> Ks. asia C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation. SEUT 49 artiklan soveltamisen kannalta merkitystä ei ollut sillä, että konserniyhtiöt olivat saman EU:n ulkopuolella asuvan yhtiön määräysvallan alaisia.

<sup>67</sup> Ks. asia C-18/11, Philips Electronics, 39 kohta. Ratkaisussa EUT katsoi, että kysymys oli sijoittautumisvapauden kielletystä rajoituksesta, kun edellytykset sille, milloin jäsenvaltiossa sijaitsevan yhtiön toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan sisaryhtiön ensin mainitussa jäsenvaltiossa sijaitsevan kiinteän toimipaikan tappiot voitaisiin siirtää vähennettäväksi ensin mainitun yhtiön verotuksessa, kuin jos toimintaa olisi kiinteän toimipaikan sijaan harjoittanut kyseisessä jäsenvaltiossa asuva yhtiö.

<sup>68</sup> Helminen 2007, s. 493.

<sup>69</sup> Asia C-250/95, Futura, 26 kohta.

<sup>70</sup> Helminen 2007, s. 493. Ks. EUT:n ratkaisukäytännöstä esim. asiat C-446/03 Marks & Spencer, 35 kohta, C-231/05, Oy AA, 44 kohta ja C-418/07, Papillon, 52 kohta.

<sup>71</sup> Ks. Helminen 2018, s. 262–267. Suhteellisuusperiaatteesta puhuttaessa voidaan viitata SEU 5(4) artiklan mukaiseen periaatteeseen, jonka mukaan unionin toiminnan sisältö ja muoto eivät saa ylittää sitä, mikä on tarpeen perussopimusten tavoitteiden saavuttamiseksi, mutta tällä voidaan viitata myös jäsenvaltiota ja yksityisiä velvoittavaan periaatteeseen, jolloin esimerkiksi EU:n perusvapauksia saa rajoittaa vain silloin, kun rajoituksella ei ylitetä sitä mikä on tarpeen rajoituksella tavoiteltavan tavoitteen saavuttamiseksi.

ulkomainen ja kotimainen tilanne eivät ole objektiivisesti arvioiden rinnastettavissa toisiinsa, jolloin näiden erilainen kohtelu voi olla hyväksyttävää.<sup>72</sup>

Hyväksyttävänä syinä sijoittautumisvapautta rajoittavalle kansallisille verosäännöksille on pidetty EUT:n ratkaisukäytännössä seuraavia:

- Verovalvonnan tehokkuuden turvaaminen<sup>73</sup>;
- verojärjestelmän johdonmukaisuuden säilyttäminen<sup>74</sup>;
- veronkierron estäminen<sup>75</sup>;
- verotusvallan tasapainoisen jaon ylläpitäminen jäsenvaltioiden välillä<sup>76</sup>;
- tarve estää tappioiden käyttäminen kahteen kertaan<sup>77</sup>; ja
- alueperiaate<sup>78, 79</sup>

EUT:n ratkaisukäytännön perusteella jäsenvaltiot voivat vedota kerralla useampaan edellä mainittuun oikeuttamisperusteeseen, sillä vaikka jokin peruste ei yksinään olisi riittävä, on mahdollista, että yhdessä useamman hyväksytyyn rajoitusperusteen kanssa ne muodostavat yleisen edun vaatiman pakottavan syyn. Esimerkiksi EUT:n ratkaisussa C-231/05, Oy AA, vedottiin käytännössä kaikkiin EUT:n ratkaisukäytännössä hyväksytyihin rajoitusperusteisiin.<sup>80</sup> Ratkaisussa todettiin osan perusteista soveltuvan tapaukseen, jolloin kaikkien esitettyjen perusteiden arvioiminen ei ollut tarpeen. EUT ei ottanut kantaa siihen, olisiko esimerkiksi ainoastaan veronkierron estäminen ollut yksinään hyväksyttävä tavoite sijoittautumisvapauden rajoittamiselle.

---

<sup>72</sup> Ks. esim. asia C-48/13, Nordea Bank, 23 kohta.

<sup>73</sup> Asia C-250/95, Futura, 31 kohta.

<sup>74</sup> Asia C-204/90, Bachmann, 28 kohta.

<sup>75</sup> Asiat C-436/00, X ja Y, 44 kohta ja C-446/03, Marks & Spencer, 43, 46 ja 51 kohdat.

<sup>76</sup> Asia C-446/03, Marks & Spencer, 43, 46 ja 51 kohdat.

<sup>77</sup> Ibid., 43, 47 ja 51 kohdat.

<sup>78</sup> Asia C-250/95, Futura, 22 kohta. Ks. myös Helminen 2018, s. 147, joka on huomauttanut, että EUT on viitannut mm. edellä mainitussa ratkaisussa alueperiaatteeseen hyväksyttävänä sijoittautumisoikeuden rajoitusperusteena hieman epämääräisesti. EUT:n ratkaisukäytännöstä ei ole löydettävissä välitöntä verotusta koskevia ennakkoratkaisuja, joissa alueperiaate olisi selvästi hyväksytty sijoittautumisoikeuden rajoituksena. Ks. alueperiaatteesta lisää Urpilainen 2012, s. 124–140.

<sup>79</sup> Helminen 2018, s. 133.

<sup>80</sup> Tapauksessa vedottiin verojärjestelmän johdonmukaisuuden säilyttämiseen, verotusvallan tasapainoisen jaon ylläpitämiseen, veronkierron estämiseen, alueperiaatteeseen ja tarpeeseen estää tappioiden käyttäminen kahteen kertaan yleistä etua koskevia pakottavina syinä.

Huomattavaa kuitenkin on, ettei EUT ole useimmiten katsonut sijoittautumisvapautta rajoittavia kansallisia verosäännöksiä hyväksyttäväksi rule of reason -periaatteen nojalla, vaikka rajoituksen taustalla sinänsä olisikin jokin edellä mainituista hyväksyttävistä perusteista.<sup>81</sup> Näissä tapauksissa EUT on arvioinut, että rajoituksella on ylitetty se, mikä on tarpeen hyväksyttävän tavoitteen saavuttamiseksi ja se olisi voitu saavuttaa vähemmän rajoittavilla verosäännöksillä.<sup>82</sup> EUT on käytännössään myös katsonut monia jäsenvaltioiden esittämiä sijoittautumisvapauden rajoittamisen perusteluja sellaisiksi, ettei niitä voida katsoa sen hyväksyttäväksi rajoitukseksi, sillä kyseiset rajoitukset eivät ole olleet perusteltavissa yleisen edun vaatimilla pakottavilla syillä. EUT on jättänyt muun muassa seuraavat jäsenvaltioiden esittämät perusteet hyväksymättä:

- Verotulojen väheneminen<sup>83</sup>
- verohallinnolle aiheutuvat käytännön ongelmat<sup>84</sup>
- verosäännösten harmonisoimattomuus jäsenvaltioiden välillä<sup>85</sup>
- toisessa jäsenvaltiossa tunnetun yhtiömuodon puuttuminen kansallisessa lainsäädännössä<sup>86</sup>
- tulon verovapaus toisessa valtiossa<sup>87</sup>
- epäedulliset vaikutukset kompensoiva etu<sup>88, 89</sup>

Kokonaisuudessaan edellä mainittujen hyväksyttävien sijoittautumisvapautta rajoittavien perusteiden voidaan katsoa olevan sellaisia, joilla on liityntä nimenomaisesti sisämarkkinoiden toimimisen varmistamiseen ja joilla pyritään puhtaasti keinoitekoisten järjestelyjen estämiseen. Mikäli kysymys on puhtaasti keinoitekoisesta järjestelystä, jonka pääasiallisena pyrkimyksenä on voittojen siirtäminen kevyemmän verotuksen valtioon, ei

---

<sup>81</sup> Helminen 2018, s. 133.

<sup>82</sup> Ks. esim. asiat C-80/94, Wielockx, 24–27 kohdat ja C-250/95, Futura, 39 ja 40 kohdat.

<sup>83</sup> Esim. asiat 270/83, Komissio v. Ranska (avoir fiscal), 25 kohta, C-307/97, Saint-Gobain, 50 kohta ja C-436/00, X ja Y, 50 kohta.

<sup>84</sup> Asia C-418/07, Papillon, 53 ja 54 kohdat.

<sup>85</sup> Asia 270/83, Komissio v. Ranska (avoir fiscal), 24 kohta.

<sup>86</sup> Asia C-303/07, Aberdeen Property Fininvest Alpha, 50 kohta.

<sup>87</sup> Ibid., 51 kohta.

<sup>88</sup> Ks. esim. asiat 270/83, Komissio v. Ranska (avoir fiscal), 21 kohta, C-307/97, Saint-Gobain, kohta 53 ja C-387/11, komissio v. Belgia, 53 kohta.

<sup>89</sup> Helminen 2018, s. 133–134.

verovelvollinen voi vedota sijoittautumisvapauteen tällaisen järjestelyn suojaksi.<sup>90</sup> Puhtaasti keinotekoisien järjestelyjen estämiseksi säädetyn kansallisen lainsäädännön ei näin katsota rajoittavan EU:n perusvapauksia.<sup>91</sup> Huomattavaa kuitenkin on, että verotuksellisista syistä huolimatta yhtiön katsotaan tosiasiallisesti käyttäneen sijoittautumisvapauttaan, jos se on asettautunut vastaanottajana jäsenvaltioon ja tosiasiallisesti harjoittaa siellä taloudellista toimintaa, vaikka kyse olisikin vain pienimuotoisesta toiminnasta, jolloin kansallinen verolainsäädäntö, joka ei kohdistu pelkästään puhtaasti keinotekoisien järjestelyjen estämiseen, ei ole SEUT 49 artiklan mukainen.<sup>92</sup> EUT:n myöhempi oikeuskäytäntö kuitenkin on osoittanut, että vaikka järjestely ei kokonaisuudessaan olisi keinotekoinen, voidaan sijoittautumisvapautta rajoittaa, jos veronkierron estämisen lisäksi sijoittautumisvapautta rajoittavalle kansalliselle säännökselle on muitakin yleistä etua koskevia pakottavia syitä.<sup>93</sup>

## 2.2 Lopullisten tappioiden käsite EU-oikeudessa

### 2.2.1 Marks & Spencer -ratkaisu lopullisten tappioiden käsitteen alkuperänä

Lopullisten tappioiden käsite on alun alkujaan EU-oikeudellinen ja se on peräisin EUT:n ratkaisusta asiassa C-446/03, Marks & Spencer. Tuomio oli merkittävä, sillä lopullisten tappioiden käsite esiteltiin ja tappioiden lopullisuutta arvioitiin ratkaisussa ensimmäisen kerran.<sup>94</sup> Ratkaisussa oli kysymys tilanteesta, jossa Isoon-Britanniaan rekisteröitynyt konsernin emoyhtiö pyrki vähentämään Belgiaan, Saksaan ja Ranskaan sijoittautuneille tytäryhtiöilleen vuosina 1998-2001 aiheutuneet tappiot sen omassa verotuksessa Isossa-Britanniassa käytössä olleen konsernin sisäistä tappiontasausta koskevan järjestelmän perusteella. Tappiontasaus oli kuitenkin hylätty veroviranomaisen ja alemman tuomioistuimen toimesta sillä perusteella, että kyseisen tappiontasausjärjestelmän mukaan ainoastaan Isossa-Britanniassa syntyneitä tappioita voitiin siirtää konsernin sisällä. Emoyhtiön valitettua päätöksestä tuli EUT:n ratkaistavaksi lopulta kysymys siitä, oliko Ison-Britannian lainsäädäntö nykyisten SEUT 49 ja 54 artiklojen vastainen, kun jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvalla emoyhtiöllä ei ollut mahdollisuutta vähentää voitostaan toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneelle tytäryhtiölle siellä syntyneitä tappioita, vaikka tämä on mahdollista ensin mainitussa jäsenvaltiossa verotuksellisesti asuvalle tytäryhtiölle

---

<sup>90</sup> Knuutinen 2020, s. 635.

<sup>91</sup> Helminen 2018, s. 137.

<sup>92</sup> Asia C-196/04, Cadbury Schweppes, 65 ja 66 kohdat ja Knuutinen 2020, s. 635.

<sup>93</sup> Ks. esim. asia C-446/03, Marks & Spencer, 43–51 kohdat.

<sup>94</sup> Cordewener 2018, s. 230 ja Pezzella 2014, s. 75.

syntyneiden tappioiden osalta. Tarkastelun kohteena siis oli, voidaanko mainitun kaltaista säännöstä pitää sijoittautumisvapauden kiellettyinä rajoittamisena.<sup>95</sup>

EUT katsoi kyseessä olevan sijoittautumisvapauden rajoitus, koska se asetti eri jäsenvaltioissa sijaitsevat tytäryhtiöt verotuksellisesti eri asemaan, sillä tämä saattoi estää emoyhtiötä käyttämästä sijoittautumisvapauttaan niiden jättäessä perustamatta tytäryhtiötä toisiin jäsenvaltioihin verotuksellisista syistä. Tähän ei vaikuttanut Ison-Britannian ja muiden jäsenvaltioiden huomautukset siitä, että eri jäsenvaltioissa verotuksellisesti asuvat tytäryhtiöt eivät ole rinnastettavissa verotuksellisesti toisiinsa konsernin sisäisen tappiontasausjärjestelmän kannalta, sillä EUT muistutti, että jos verovelvollisia voitaisiin kohdella eri tavalla pelkän asuinpaikan perusteella, tekisi tämä sijoittautumisvapauden merkityksettömäksi.<sup>96</sup>

Kuten edellä luvussa 2.1.3 on käsitelty, kyseisen kaltainen sijoittautumisvapauden rajoitus voi kuitenkin olla sallittu, jos sitä voidaan pitää hyväksyttävänä yleistä etua koskevasta pakottavasta syystä. Iso-Britannia ja muut jäsenvaltiot vetosivatkin asiassa kolmeen oikeuttamisperusteeseen: verotusvallan tasapainoisen jaon ylläpitämiseen jäsenvaltioiden välillä, tarpeeseen estää tappioiden käyttäminen kahteen kertaan ja veronkierron estämiseen.<sup>97</sup> EUT totesi, että tarkasteltaessa kolmea oikeuttamisperustetta yhdessä voitiin kyseessä olevaa sijoittautumisvapautta rajoittavaa lainsäädäntöä pitää hyväksyttävänä, koska sillä pyrittiin perustamissopimuksen mukaisesti sallittuihin tavoitteisiin, olemassa oli yleistä etua koskevia pakottavia syitä ja lisäksi lainsäädännöllä voitiin turvata näiden tavoitteiden toteutuminen.<sup>98</sup>

Merkittävää kuitenkin oli, että EUT katsoi kyseessä olevalla rajoittavalla lainsäädännöllä ylitettävän tiettyjen edellytysten täytyessä se, mikä oli tarpeen kolmen jäsenvaltioiden vetoaman tavoitteen saavuttamiseksi olennaisilta osin. EUT:n tuomion 55 kohdan mukaan Ison-Britannian lainsäädännössä oli kyse sijoittautumisvapauden kielletystä rajoituksesta silloin, kun:

- 1) tytäryhtiö on käyttänyt loppuun asuinpaikkavaltiossaan kaikki mahdollisuudet tappioiden käyttämiseksi tappiontasausta koskevassa hakemuksessa tarkoitetun

---

<sup>95</sup> Asia C-446/03, Marks & Spencer, 27 ja 28 kohdat.

<sup>96</sup> Ibid., 33–37 kohdat.

<sup>97</sup> Ibid., 42 ja 43 kohdat.

<sup>98</sup> Ibid., 51 kohta.

verovuoden ja aikaisempien verovuosien osalta vähentämällä ne aikaisempien vuosien verotettavista voitoista (loss carry back -järjestelmä); ja

- 2) ei ole olemassa mahdollisuutta, että tytäryhtiö itse tai kolmas siinä tapauksessa, että tytäryhtiö on myyty, ottaa tappiot huomioon vähentämällä ne sen asuinpaikkavaltiossa tulevien verovuosien aikana kertyvistä voitoista (loss carry forward -järjestelmä).<sup>99</sup>

Näiden edellytysten täytyessä jäsenvaltio ei saa evätä emoyhtiöltä mahdollisuutta vähentää verotettavasta tulostaan sen tytäryhtiön tappioita, vaikka tytäryhtiö olisikin sijoittautunut toiseen jäsenvaltioon. EUT jätti näyttötaakan edellytysten täyttymisestä emoyhtiölle. Lisäksi EUT tarkensi, että jäsenvaltiot saavat edelleen säätää kansallista lainsäädäntöä, jonka tarkoituksena on sulkea kyseessä olevan kaltaisen veroedun ulkopuolelle järjestelyt, jotka ovat puhtaasti keinotekoisia ja joiden tarkoituksena on kiertää kansallinen verolainsäädäntö tai sen vaikutukset.<sup>100</sup>

Lopullisten tappioiden käsite muodostui siis edellä mainittujen tuomion 55 kohdan mukaisten edellytysten perusteella. Edellytysten täytyessä kysymys siis olisi EU-oikeuden mukaisista lopullisista tappioista. Tuomio on herättänyt oikeuskirjallisuudessa paljon keskustelua ja sitä onkin kritisoitu siitä, että ratkaisu sai aikaan enemmän ongelmia, etenkin tulkinnan puolesta, kuin vastauksia. Erityisesti se, milloin tappiot tosiasiallisesti ovat lopullisia, eli milloin toisessa jäsenvaltiossa sijaitseva tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikki mahdollisuudet tappioiden käyttämiseksi, ja missä tilanteissa lopullisten tappioiden käsitettä sovellettaisiin, ovat herättäneet paljon kysymyksiä. Lopullisten tappioiden käsite onkin osoittautunut haasteelliseksi tulkittavaksi niin verovelvollisille kuin myös kansallisille tuomioistuimille.<sup>101</sup>

## 2.2.2 Lopullisten tappioiden käsitteen muotoutuminen EUT:n oikeuskäytännössä Marks & Spencer -tuomion jälkeen

Marks & Spencer -tuomion jälkeen EUT on käsitellyt lopullisia tappioita useissa myöhemmissä ratkaisuisaan, joissa on tarkasteltu erityisesti lopullisten tappioiden käsitteen soveltamisalaa. EUT onkin laajentanut lopullisten tappioiden doktriinin koskemaan ulkomailta sijaitsevia kiinteitä toimipaikkoja vastaavalla tavalla kuin myös ulkomaisia

<sup>99</sup> Asia C-446/03, Marks & Spencer, 55 kohta.

<sup>100</sup> Ibid., 56 ja 57 kohdat.

<sup>101</sup> Ks. esim. Penttilä 2009, Weckström 2019, s. 20–21, Haapaniemi 2021, s. 4, Cordewener 2018, s. 231, Pinez – Spies 2015, s. 309–310 ja Lang 2006, s. 61–63.

tytäryhtiöitä. Asiassa C-414/06, Lidl Belgium Saksan oikeuden mukaan perustetulla yhtiöllä oli kiinteä toimipaikka Luxemburgissa ja kyseinen yhtiö oli vaatinut ottamaan kiinteän toimipaikan tappion huomioon verotettavan tulonsa laskemisessa, mutta tämä oli evätty, koska kiinteän toimipaikan tulot oli vapautettu verosta Saksan ja Luxemburgin välisen verosopimuksen nojalla. Kiinteän toimipaikan tappiot voitiin kuitenkin ottaa huomioon silloin, kun kiinteä toimipaikka sijaitsi Saksassa. EUT totesi kyseessä olevan sijoittautumisvapauden rajoitus, mutta katsoi rajoituksen kuitenkin olevan perusteltu yleistä etua koskevista pakottavista syistä. Tapauksessa jäsenvaltiot vetosivat kahteen Marks & Spencer -ratkaisussa esitetyistä hyväksytyistä oikeuttamisperusteista<sup>102</sup>: verotusvallan tasapainoiseen jakautumiseen kyseessä olevien jäsenvaltioiden välillä ja tarpeeseen estää vaara tappioiden kaksinkertaisesta käytöstä. EUT katsoi, että sijoittautumisvapauden rajoittaminen kyseessä olevalla verolainsäädännöllä on voinut lähtökohtaisesti olla perusteltu myös tarkasteltaessa kahta oikeuttamisperustetta yhdessä kolmen sijaan.<sup>103</sup> Kaikkien Marks & Spencer -tuomion oikeuttamisperusteiden ei siis tarvitse olla olemassa yhtä aikaa, jotta rajoitus olisi hyväksyttävä EU-oikeuden näkökulmasta.

EUT arvioi tuomion lopuksi, ettei kyseessä olevalla rajoituksella ylitetä sitä, mikä on tarpeen tavoiteltujen päämäärien saavuttamiseksi. Koska Luxemburgin verosäännösten mukaan verovelvollisella on mahdollisuus ottaa aikaisempina verovuosina syntyneet tappiot huomioon tulevien verovuosien verotuksessa, ja tapauksessa Luxemburgissa sijaitsevan kiinteän toimipaikan vuonna 1999 aiheutunut tappio oli vähennetty sen voitollisen vuoden 2003 verotuksessa, ei yhtiö ollut osoittanut, että kiinteän toimipaikan tappiot olisivat olleet lopullisia Marks & Spencer -tuomion 55 kohdassa esitettyjen edellytysten mukaisesti. EUT näin totesi, että tapauksessa kyseessä ollut sijoittautumisvapauden rajoitusta voitiin pitää oikeasuhtaisena sillä tavoiteltavien päämäärien saavuttamiseksi.<sup>104</sup> Tapauksessa Marks & Spencer -tuomiossa esitetyt tappioiden lopullisuuden edellytykset laajennettiin siis koskemaan myös kiinteitä toimipaikkoja, vaikka kyseessä olleiden tappioiden ei katsottukaan olevan lopullisia, ja vahvistettiin näyttötaakan tappioiden lopullisuudesta olevan toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan kiinteän toimipaikan omistavalla yhtiöllä.

Tapauksessa C-157/07, Krankenheim EUT taas katsoi ensimmäistä kertaa, että sijoittautumisvapauden rajoitus voitiin perustella ainoastaan yhdellä oikeuttamisperusteella,

---

<sup>102</sup> Asia C-446/03, Marks & Spencer, 51 kohta.

<sup>103</sup> Asia C-414/06, Lidl Belgium. 42 kohta.

<sup>104</sup> Ibid., 49–51 kohdat.

tarpeella taata verojärjestelmän johdonmukaisuus. Krankenhaus-tuomiossa Saksan lainsäädännön mukaisesti perustetulla rajavastuuyhtiöllä (GmbH) oli Itävallassa vuosina 1982-1994 kiinteä toimipaikka, joka oli tehnyt tappiota vuosina 1982-1990 ja ollut voitollinen vuosina 1991-1994. Tappiot oli otettu huomioon laskettaessa yhtiön verotettavaa tuloa Saksassa, mutta kun kiinteä toimipaikka oli kääntynyt voitolliseksi, lisäsi Saksan veroviranomainen aiemmin huomioon otetut tappiot yhtiön verotettavaan tuloon Saksan verolainsäädännön mukaisesti, kuitenkin vain kiinteälle toimipaikalle syntyneiden voittojen suuruisena. Huomioitavaa on, että Saksan ja Itävallan välisen verosopimuksen perusteella Itävallassa sijainneen saksalaisen yhtiön kiinteän toimipaikan tulot oli vapautettu verosta Saksassa. Itävallan verolainsäädäntö ei myöskään sallinut kyseessä olevien tappioiden siirtämistä tuleville verovuosille kiinteän toimipaikan osalta paitsi tilanteessa, jossa tappioita ei olisi voitu ottaa huomioon kiinteän toimipaikan omistavan yhtiön verotuksessa sen asuinvaltiossa. Koska yhtiö oli ollut voitollinen Saksassa, ei tappioita voitu missään tilanteessa ottaa huomioon seuraavina verovuosina Itävallassa.

Huolimatta siitä, että aiemmin vähennettyjen tappioiden lisäys oli tehty vain kiinteän toimipaikan myöhempien verovuosien voittojen suuruisena, EUT katsoi, että Saksa kohteli epäedullisemmin ulkomaista kiinteää toimipaikkaa kuin kotimaista sen peruuttaessa veroedun, jonka se oli aiemmin myöntänyt sallimalla vähentää kiinteän toimipaikan tappiot yhtiön verotuksessa, kun Saksan verojärjestelmä ei sisältänyt samanlaista peruutusmahdollisuutta siellä sijaitsevien kiinteiden toimipaikkojen osalta. Näin ollen kyseessä oli EUT:n mukaan sijoittautumisoikeuden rajoitus.<sup>105</sup> Kuten edellä on mainittu, EUT kuitenkin totesi, että kyseinen rajoitus oli perusteltavissa tarpeella taata Saksan verojärjestelmän johdonmukaisuus. Rajoituksen katsottiin olevan myös oikeasuhtainen, siltä osin kun se toteutetaan symmetrisesti, eli lisäys tapahtuu vain aikaisemmin vähennettyjen tappioiden suuruisena.<sup>106</sup> EUT perusteli ratkaisuaan niin, että jäsenvaltion ei voida edellyttää ottavan omassa verolainsäädännössään huomioon mahdollisia haitallisia vaikutuksia, jotka aiheutuvat erityispiirteistä toisen valtion lainsäädännössä, jota sovelletaan kyseisen valtion alueella sijaitsevaan kiinteään toimipaikkaan, joka kuuluu yhtiölle, jonka kotipaikka on ensin mainitun valtion alueella. EUT:n mukaan sijoittautumisvapautta ei voida tulkita niin, että jäsenvaltio olisi pakotettu laatimaan oman verolainsäädäntönsä niin, että siinä huomioidaan jonkin toisen jäsenvaltion verolainsäädännöstä mahdollisesti aiheutuvat sijoittautumisvapauden

<sup>105</sup> Asia C-157/07, Krankenhaus, 35–39 kohdat.

<sup>106</sup> Ibid., 43–45 kohdat.

rajoitukset.<sup>107</sup> Koska kyseessä olevassa tapauksessa rajoitus aiheutui Itävallan lainsäädännöstä, joka ei mahdollistanut kiinteän toimipaikan tappioiden huomioimista tulevina verovuosina sekä verotusvallan jaosta Saksan ja Itävallan välillä, eikä yksin Saksan verojärjestelmästä, ei Saksaa voitu pakottaa huomiomaan kyseistä rajoitusta omassa verolainsäädännössään ja näin sijoittautumisvapaus ei ollut esteenä kyseiselle voimassa olleelle lainsäädännölle.

Oikeuskirjallisuudessa *Krankenheim*-ratkaisua on pidetty merkittävänä lopullisten tappioiden käsitteen näkökulmasta siinä mielessä, että EUT:n on katsottu erotelleen ratkaisussa sellaiset tappiot, jotka ovat tulleet lopullisiksi tosiasiallisista syistä, niistä, jotka eivät ole käytettävissä tappioiden lähdevaltiossa lainsäädännöllisistä syistä johtuen. Mikäli tappiot siis eivät ole enää käytettävissä valtiossa, jossa ne ovat syntyneet, puhtaasti lainsäädännöllisistä syistä johtuen, ei niitä voida pitää EU-oikeuden näkökulmasta lopullisina.<sup>108</sup> Erotuksena lainsäädännöllisistä syistä lopullisiksi tulleista tappioista tosiasiallisista syistä lopullisiksi tulleet tappiot voidaan tässä yhteydessä ymmärtää esimerkiksi sellaisiksi, joita ei voida enää hyödyntää tilanteessa, jossa ulkomaisen kiinteän toimipaikan tai tytäryhtiön toiminta on lopetettu.<sup>109</sup>

EUT:n voidaan katsoa vahvistaneen lainsäädännöllisistä syistä lopullisiksi tulleita tappioita koskevan näkemyksen ratkaisussaan C-172/13, *komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta*. Tapauksessa *Iso-Britannia oli Marks & Spencer* -tuomion johdosta muuttanut verosääntönsä konsernin sisäisen rajat ylittävän tappiontasauksen mahdollistamiseksi eräin edellytyksin. Uuden lainsäädännön mukaan kyseisen tappiontasauksen edellytyksenä oli, että ulkomailla asuva yhtiö on käyttänyt loppuun kaikki mahdollisuudet tappioiden huomioon ottamiseksi sen verovuoden aikana, jonka kuluessa tappiot syntyivät, ja sitä edeltävinä verovuosina ja ettei tappioiden huomioon ottaminen tulevina verovuosina saa olla mitenkään mahdollista. Lisäksi ratkaisu siitä, voidaanko tappiot ottaa huomioon tulevina

---

<sup>107</sup> Asia C-157/07, *Krankenheim*, 49 ja 50 kohdat.

<sup>108</sup> Haapaniemi 2021, s. 6, Pezzella 2014 ja s. 75, Ahonen – Pykönen – Salmikivi 2016, s. 541. Ks. asia C-157/07, *Krankenheim*, 47 kohta.

<sup>109</sup> Ks. Meussen 2009, s. 364, joka on esittänyt näkemyksen, jonka mukaan, koska kiinteä toimipaikka ei ole erillinen oikeushenkilö ja sitä ei siviilioikeudellisessa mielessä voida luovuttaa, ei kiinteän toimipaikan luovuttaminen kolmannelle johda tappioiden lopullisuuteen, koska yhtiö voi milloin vain perustaa kyseessä olevaan valtioon uuden toimipaikan ja näin käyttää aiemmin syntyneet tappiot. Tätä näkemystä voi kuitenkin helposti kritisoida, sillä kyseessä on hyvin hypoteettinen tilanne, jossa kysymys on yksittäisen yhtiön liiketoiminnallisista päätöksistä.

verovuosina, on tehtävä käyttäen perustana tilannetta, joka vallitsee välittömästi sen verovuoden jälkeen, jonka kuluessa tappiot ovat syntyneet.<sup>110</sup>

Komissio nostamassa kanteessa väitettiin kyseessä olleen lainsäädännön olevan SEUT 49 artiklan vastainen siitä aiheutuessa se, että Isossa-Britanniassa asuvan emoyhtiön on mainituilla edellytyksillä lähes mahdotonta soveltaa konsernin sisäisen tappiontasausta rajat ylittävässä tilanteessa. Komission mukaan tappiontasaus olisi mahdollinen ainoastaan, kun 1) ulkomailla asuvan tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädäntö ei mahdollista tappioiden siirtämistä; ja 2) ulkomailla asuva tytäryhtiö asetetaan purkamismenettelyyn ennen kuin verovuosi, jonka aikana tappiot ovat syntyneet, on päättynyt. Näin ollen tappiontasaus olisi komission mukaan ollut mahdotonta tavallisessa liiketoiminnallisessa tilanteessa, jossa tytäryhtiön toiminta on päätetty lopettaa ja asettaa purkamismenettelyyn tappioiden syntymisverovuoden jälkeen. Komissio katsoi kanteessaan, ettei kyseisenlaista teoreettista mahdollisuutta tappioiden käyttämisestä tulevaisuudessa, jos tytäryhtiötä ei ole vielä asetettu purkamismenettelyyn, voi pitää riittävänä. Iso-Britannia kiisti komission väitteen toteamalla, että kansallisessa lainsäädännössä ei todettu suoraan, että ulkomailla asuvan tytäryhtiön tulisi olla asetettuna purkamismenettelyyn jo tappioiden syntymisverovuonna, vaan huomioon otettaisiin näyttö aikomuksesta purkaa yhtiö pian verovuoden päättymisen jälkeen.<sup>111</sup>

EUT hylkäsi komission kanteen ja totesi, ettei ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden lopullisuus voi aiheutua siitä, ettei kyseisen tytäryhtiön asuinvaltio myönnä oikeutta tappioiden siirtämiseksi tuleville verovuosille. Kieltäytyessään tällöin hyväksymästä konsernin sisäistä rajat ylittävää tappiontasausta, ei jäsenvaltio toiminut SEUT 49 artiklan vastaisesti. EUT myös katsoi, ettei Ison-Britannian lainsäädännössä ollut asetettu sellaista edellytystä kuin komission esittämässä esimerkkitilanteessa väitettiin, jolloin ulkomainen tytäryhtiö tulisi asettaa purkamismenettelyyn ennen sen verovuoden päättymistä, jona tappiot olivat syntyneet. EUT vielä muistutti, ettei ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden voida katsoa olevan lopullisia niin kauan, kun se saa vähäisiäkin tuloja asuinvaltiossaan, joita vastaan tappioita voidaan tulevina verovuosina vähentää.<sup>112</sup>

Ratkaisussa EUT siis vahvisti linjan sen suhteen, että tappiot eivät tule lopullisiksi, mikäli lopullisuus johtuu lainsäädännöllisistä syistä, vaan vähennyskelpoisuuden edellytyksenä on,

---

<sup>110</sup> Asia C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta, 4 ja 5 kohdat.

<sup>111</sup> Ibid., 14–18 kohdat.

<sup>112</sup> Ibid., 33–36 kohdat.

että ne ovat tulleet lopullisiksi tosiasiallisista syistä.<sup>113</sup> EUT:n voidaan näin katsoa asettaneen lopullisten tappioiden soveltamiskynnyksen todella korkealle. Käytännön tasolla emoyhtiön on hyvin haastavaa osoittaa tytäryhtiön tappioiden lopullisuus, sillä ratkaisun perusteella tappiot ovat lopullisia vasta, kun tytäryhtiöllä ei ole mitään mahdollisuutta saada pieniäkään tuloja tulevaisuudessa eli käytännössä vasta, kun se on lopettanut liiketoimintansa ja purettu. Vaikka yhtiö olisikin lopettanut liiketoimintansa, on nimittäin ainakin teorian tasolla mahdollista, että se saa vielä esimerkiksi rahoitustuottoja.<sup>114</sup> Oikeuskirjallisuudessa on myös huomioitu, että EUT:n hyväksymä edellytys, että tappioiden lopullisuutta tulee arvioida välittömästi tytäryhtiön sen verovuoden päättymisen jälkeen, jonka aikana tappiot olivat aiheutuneet, rajoittaa lopullisten tappioiden vähennysmahdollisuudet lähes olemattomaksi. Tämä käytännössä mahdollisti tappioiden vähentämisen rajaamisen ainoastaan viimeisimpään verovuoteen. Tuomio jättikin – ainakin jossain määrin – epäselväksi, oliko EUT:n tarkoituksena antaa jäsenvaltion rajoittaa tappioiden vähentäminen vain viimeisimpään verovuoteen vai tulisiko aiemmiltakin verovuosilta kertyneiden tappioiden vähentäminen sallia.<sup>115</sup> Oikeuskirjallisuudessa on myös esitetty näkemys, että EUT:n tuomion voi tulkita niin, että lopullisten tappioiden rajaaminen viimeisimpään verovuoteen on oikeasuhtainen sijoittautumisvapauden rajoitus Ison-Britannian lainsäädännön perusteella, mutta jonkin muun

---

<sup>113</sup> Myös aikaisemmassa ratkaisussaan asiassa C-322/11, K EUT oli sivunnut tappioiden jäämistä vähentämättä johtuen lainsäädännöllisistä syistä todetessaan, ettei jäsenvaltion voida edellyttää ottavan verolainsäädäntönsä soveltamisessa huomioon mahdollisia toisen jäsenvaltion lainsäädännöstä aiheutuvia haitallisia vaikutuksia. Tapauksessa Suomessa asuva K oli myynyt Ranskassa sijaitsevan kiinteistön ja tästä oli aiheutunut hänelle luovutustappio, jota hänen ei ollut mahdollista vähentää Ranskassa, eikä myöskään Suomessa, koska luovutustappio jätettiin Suomen verotuksessa vähentämättä, sillä Ranskasta saatuun vastaavaan tuloon sovellettiin vapautusmenetelmää. K kuitenkin vaati, että saisi vähentää luovutustappion Suomessa hänen veronalaisista arvopaperien luovutusvoitoistaan ja vetosi siihen, että hänen asiassa loukattiin hänen sijoittautumisvapauttaan. Kun Ranskan lainsäädäntö ei mahdollistanut kiinteistön luovutuksesta aiheutuneen luovutustappioiden vähentämistä, ei EUT:n mukaan tosiseikkoja koskevilla olosuhteilla ollut merkitystä tappion lopullisuuden arvioinnin suhteen. Ratkaisu on siis linjassa EUT:n muun oikeuskäytännön kanssa sen suhteen, etteivät tappiot voi olla lopullisia lainsäädännöllisistä syistä johtuen. Tuomion johdosta KHO antoi ratkaisun KHO 2013:195, jossa se totesi, ettei verovelvollinen saanut vähentää Suomessa verotettavista osakkeiden luovutusvoitoistaan Ranskassa sijaitsevan kiinteistön luovutuksesta syntynyttä tappiota. Ks. myös Helminen 2017, s. 481 on katsonut, että tapauksessa ei olisi ollut välttämätöntä jättää tappiota vähentämättä Suomessa kokonaan, vaan sallia vähennys aluksi ja vasta myöhemmin lisätä vähennys takaisin verovelvollisen tuloon, mikäli tappio voitaisiinkin käyttää Ranskassa myöhemmin.

<sup>114</sup> Ks. Danish 2015, s. 419, joka on huomauttanut, että Ison-Britannian Court of Appealin tulkinneen asiaa niin, että tappiot voivat olla lopullisia vasta, kun tytäryhtiöllä ei ole pieniäkään mahdollisuuksia tulojen hankkimiseen tulevaisuudessa. Huomioon ei tuomioistuimen mukaan kuitenkaan tulisi ottaa epärealistisia tulonhankkimismahdollisuuksia, jotka perustuvat ennemminkin kuvitteellisiin kuin tosiasiallisiin mahdollisuuksiin.

<sup>115</sup> Vande Velde 2016, s. 135, Pinetz – Spies 2015, s. 316 ja Haapaniemi 2021, s. 12–13, kaikki ovat myös huomauttaneet, että ratkaisu on ristiriidassa EUT:n aiemman tuomion asia A Oy, C-123/11 kanssa siinä suhteessa, että tässä se katsoi tappioiden lopullisuuden edellytysten täytyessä myös aiempien verovuosien tappioiden olevan lopullisina vähennyskelpoisia. Ks. ratkaisusta A Oy, C-123/11 lisää luvussa 3.1.2.

jäsenvaltioin lainsäädännön perusteella tilanne voisi olla toinen.<sup>116</sup> Tätä voidaan pitää perusteltuna, sillä muutoin tuomio olisi ristiriidassa aiemman EUT:n oikeuskäytännön kanssa<sup>117</sup> ja nähdäkseni voidaan katsoa, että kysymys oli enemmänkin tapauskohtaisesta arvioinnista kuin uudesta linjauksesta lopullisten tappioiden soveltamisalan kannalta.

Tappioiden lopullisuuden rajoituttua ainoastaan tosiasiallisiin syihin ja ratkaisussa C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta Marks & Spencer -tuomion edellytyksille asetetun korkean soveltamiskynnyksen johdosta käytännön tasolla lopullisten tappioiden merkitys oli jäämässä pieneksi.<sup>118</sup> Tässä mielessä voidaan pitää jopa yllättävänä, että ratkaisussa C-388/14, Timac Agro EUT vaikutti edelleen rajoittavan jo ennestään kaventunutta lopullisten tappioiden soveltamisalaa.<sup>119</sup> Ratkaisussa oli kyse tilanteesta, jossa vuonna 2005 saman konsernin itävaltalaiselle yhtiölle luovutetulle Itävallassa sijaitsevalle saksalaisen yhtiön kiinteälle toimipaikalle oli vuosina 1997–2005 aiheutunut tappioita vuosia 2000 ja 2005 lukuun ottamatta. Vuosien 1997 ja 1998 osalta tappiot oli Saksassa silloin voimassa olleen lainsäädännön perusteella vähennetty yhtiön tuloksesta. Nämä oli kuitenkin luovutuksen jälkeen lisätty yhtiön vuoden 2005 verotettavaan tuloon. Myöhemmät tappiot, koskien vuosia 1999–2004, oli Saksassa jätetty vähentämättä Saksan ja Itävallan välillä solmitun verosopimuksen perusteella, koska verotusvalta kiinteän toimipaikan osalta oli näinä vuosina kokonaisuudessaan Itävallalla. Asiassa oli ratkaistavana kysymys siitä oliko SEUT 49 artiklan kanssa ristiriidassa ensinnäkin se, että aiemmin Saksassa vähennetyt itävaltalaisen kiinteän toimipaikan tappiot lisätään Saksassa sen omistaneen yhtiön verotettavaan tuloon luovutettaessa toimipaikka saman konsernin toiselle yhtiölle Itävallassa (vuodet 1997 ja 1998), kun näin ei toimittu kotimaisen kiinteän toimipaikan kohdalla. Toiseksi ratkaistavana oli se, oliko ulkomaisen kiinteän toimipaikan luovutukseen sovellettava verosopimuksen säännös, jonka perusteella ulkomaisen kiinteän toimipaikan tappiot jätetään vähentämättä kiinteän toimipaikan luovutuksen yhteydessä tilanteessa, jossa vain tämän toimipaikan sijaintivaltioilla on ollut verotusoikeus sen tuloihin (vuodet 1999–2004), samaisen SEUT 49 artiklan vastainen.

Aiemmin vähennettyjen tappioiden lisäämisen osalta EUT totesi aluksi, että sijoittautumisvapauden rajoitus voidaan hyväksyä vain, jos se koskee tilanteita, jotka eivät ole

---

<sup>116</sup> Pinetz – Spiess 2015, s. 317.

<sup>117</sup> Ks. asia C-123/11, A Oy ja luku 3.2.1.

<sup>118</sup> Cordewener 2018, s. 231.

<sup>119</sup> Ks. Weckström 2019, s. 29.

objektiivisesti arvioituina toisiinsa rinnastettavissa, tai jos sille on olemassa hyväksyttävä oikeuttamisperuste. EUT katsoi, etteivät ulkomailla sijaitsevat kiinteät toimipaikat ole objektiivisesti arvioiden rinnastettavissa kotimaisiin kiinteisiin toimipaikkoihin silloin, kun tilannetta arvioidaan niiden toimenpiteiden kannalta, joista jäsenvaltio on säättänyt kotimaisten yhtiöiden voittojen kaksinkertaisen verotuksen ehkäisemiseksi tai lieventämiseksi.<sup>120</sup> Vuosien 1997 ja 1998 osalta EUT katsoi, että Saksassa sijaitsevan yhtiön tilanne, jolla oli kiinteä toimipaikka toisessa jäsenvaltiossa, oli rinnastettavissa saksalaisen yhtiön tilanteeseen, jolla oli kiinteä toimipaikka Saksassa Saksan salliessa ulkomaisen kiinteän toimipaikan tappioiden vähentämisen yhtiön verotuksessa samaan tapaan kuin kotimaisten kiinteiden toimipaikkojen kohdalla.<sup>121</sup> Rajoitukselle oli kuitenkin hyväksyttävät oikeuttamisperusteet ja näihin nähden toimenpide oli oikeasuhtainen ja SEUT 49 artikla ei kuitenkaan ollut esteenä Saksan verojärjestelmälle.<sup>122</sup>

EUT kuitenkin totesi, että silloin, kun tappiot ovat Marks & Spencer -tuomiossa tarkoitettulla tavalla lopullisia, ei niiden vähentämistä voida evätä. Tämän kysymyksen osalta ei kuitenkaan ollut kyse lopullisista tappioista, kun kaikkia mahdollisuuksia niiden vähentämiseksi ei ollut Itävallassa käytetty.<sup>123</sup> EUT myös toisti komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta -ratkaisun edellytykset, että tappioiden lopullisuus ei voi aiheutua siitä, ettei kiinteän toimipaikan sijaintijäsenvaltio salli minkäänlaista mahdollisuutta tappioiden vähentämiseksi tulevana verovuosina ja että tappioiden lopullisuus voidaan todeta vasta, kun kiinteä toimipaikka ei enää saa tuloja sijaintijäsenvaltiostaan niin, ettei syntyneitä tappioita voida hyödyntää sen itsensä tai kolmannen kyseisessä jäsenvaltiossa tulevaisuudessa tuottamia voittoja vastaan.<sup>124</sup>

Toisen ratkaistavan asian eli vuosien 1999–2004 tappioiden osalta EUT totesi, että koska Saksa oli verosopimuksella jättänyt kiinteän toimipaikan verotusoikeuden yksin Itävallalle, eikä kyseisen toimipaikan tappioita voida enää vähentää Saksassa, Itävallassa sijaitsevan kiinteän toimipaikan tilanne ei ollut enää rinnastettavissa Saksassa sijaitsevan kiinteän toimipaikan tilanteeseen.<sup>125</sup> Näin ollen, kun muistetaan, että SEUT 49 artiklan rajoitus voi olla hyväksyttävä, jos se koskee tilanteita, jotka eivät ole objektiivisesti arvioituina toisiinsa rinnastettavissa, EUT katsoi, että kyseessä ollut verojärjestelmä, jossa kiinteän toimipaikan

---

<sup>120</sup> Asia C-388/14, Timac Agro, 26–27 kohdat.

<sup>121</sup> Ibid., 28 kohta.

<sup>122</sup> Ibid., 45–51 kohdat.

<sup>123</sup> Ibid., 52, 56 ja 57 kohdat.

<sup>124</sup> Ibid., 55 ja 56 kohdat.

<sup>125</sup> Ibid., 65 kohta.

tappiot jätettiin ottamatta huomioon luovuttaessa kiinteä toimipaikka saman konsernin Itävaltalaiselle yhtiölle luovuttavan yhtiön verotuksessa oli EU-oikeuden näkökulmasta hyväksyttävä.

Ratkaisu on mielenkiintoinen etenkin toisen kysymyksen osalta, kun sen johdosta nousi esiin kysymys siitä, olivatko ulkomailla sijaitsevat kiinteät toimipaikat näin jääneet kokonaan Marks & Spencer -tuomion lopullisten tappioiden edellytysten soveltamisalan ulkopuolelle tilanteissa, joissa ne on verosopimuksen perusteella vapautettu verosta kiinteän toimipaikan omistavan yhtiön sijaintivaltiossa. Tuomiossa EUT ei tämän jälkimmäisen kysymyksen osalta ottanut kantaa siihen, olisiko tappiot voitu vähentää siinä tilanteessa, jos ne olisivat olleet lopullisia. Tällöin esimerkiksi Lidl Belgium -tuomion olisi voitu ratkaisun perusteella katsoa menettäneen merkityksensä.<sup>126</sup> Toisaalta EUT vahvisti linjansa sen suhteen, että myös ulkomailla sijaitsevalle kiinteälle toimipaikalle aiheutuneet Marks & Spencer -ratkaisun mukaiset lopulliset tappiot on saatava vähentää kiinteän toimipaikan omistavan yhtiön verotuksessa. Tämän voidaan tuomion perusteella kuitenkin katsoa tarkoittavan tilanteita, joissa ulkomaista kiinteää toimipaikkaa ei sen omistavan yhtiön sijaintivaltiossa ole vapautettu verosta. EUT ei myöskään vaikuttanut asettavan rajoituksia useammalta vuodelta kertyneiden tappioiden suhteen eli lopullisten tappioiden vähentäminen ei ratkaisun perusteella olisi rajoittunut yhteen verovuoteen.<sup>127</sup> Selvää kannanottoa tämän osalta ei kuitenkaan EUT:lta tuomiossa saatu.

### 2.2.3 Lopullisten tappioiden käsite viimeaikaisessa oikeuskäytännössä

Kun lopullisten tappioiden soveltamiskynnys oli ratkaisujen komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta ja Timac Agro johdosta asetettu hyvinkin korkealla, suoritti EUT jonkinasteisen täyskäännöksen ratkaisussa C-650/16, Bevola, sen arvioidessa ulkomaisten ja kotimaisten kiinteiden toimipaikkojen rinnastettavuutta. Ratkaisussa oli kysymys tilanteesta, jossa tanskalaisella yhtiöllä oli Suomessa sivuliike, joka suljettiin vuonna 2009. Sivuliikkeelle aiheutuneita tappioita ei ollut vähennetty Suomessa, eikä niitä voitu enää sivuliikkeen sulkemisen jälkeen vähentää. Tanskassa oli ollut tapauksen aikaan voimassa järjestelmä, jossa konserni voi päättää, että kaikkia sen yhtiöitä, kotimaisia ja ulkomaisia, sekä kiinteitä

<sup>126</sup> Ks. Cordewener 2018 s. 232 ja Pupotti – Setti 2016, s. 250–251. Lidl Belgium -ratkaisussa kyseessä ollut ulkomainen kiinteä toimipaikka oli vapautettu verosopimuksella verosta sen omistavan yhtiön sijaintivaltiossa.

<sup>127</sup> Asia C-388/14, Timac Agro, 52–57 kohdat. Ratkaisussa oli lopullisten tappioiden osalta kysymys kahtena verovuonna syntyneistä tappioista ja EUT ei ratkaisussa eritellyt, että arviointi olisi rajoittunut vain toiseen verovuoteen. Tappioiden lopullisuuden arviointi jätettiin kuitenkin kansallisen tuomioistuimen harteille.

toimipaikkoja verotetaan Tanskassa, riippumatta niiden sijaintivaltiosta. Kyseisessä konsernissa tätä vaihtoehtoa ei kuitenkaan ollut valittu. Näin ollen yhtiön pyytäessä saada vähentää sivuliikkeen tappiot verotettavasta tulostaan Tanskan veroviranomainen hylkäsi pyynnön, vedoten siihen, ettei verotettavassa tulossa ei voida ottaa huomioon tuloja ja menoja, jotka koskevat toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevaa kiinteää toimipaikkaa.<sup>128</sup> Yhtiö kuitenkin katsoi, että kyseessä on SEUT 49 artiklan vastainen sijoittautumisvapauden rajoitus, kun Tanskassa sijaitseva kiinteä toimipaikka voisi tällaiset tappiot vähentää, ja että sivuliikkeen tappiot tulisi saada vähentää yhtiön verotuksessa Marks & Spencer -tuomiossa annettujen edellytysten mukaisesti.

Ratkaisussaan EUT katsoi, että Tanskan verojärjestelmä sinänsä kohteli edullisemmin tanskalaisia yhtiöitä, joilla on kiinteä toimipaikka Tanskassa, kuin yhtiötä, joilla on kiinteä toimipaikka toisessa jäsenvaltiossa. Tämän lisäksi oli kuitenkin arvioitava, olivatko tilanteet objektiivisesti arvioiden rinnastettavissa toisiinsa.<sup>129</sup> Toisin kuin edellä käsitellyssä Timac Agro -tuomiossa, jossa kysymys oli kiinteän toimipaikan luovutuksesta sen sulkemisen sijaan, EUT katsoi, että kun kiinteän toimipaikan tappiot ovat lopullisia, voidaan tällaisen ulkomaisen kiinteän toimipaikan omistavan kotimaisen yhtiön tilanne rinnastaa sellaisen kotimaisen yhtiön tilanteeseen, joka omistaa kotimaisen kiinteän toimipaikan, kun asiaa arvioidaan tappioiden kaksinkertaisen vähentämisen ehkäisemistä koskevan tavoitteen näkökulmasta. EUT perusteli näkemystään veronmaksukyvyllä ja totesi että yhtiön, joka omistaa ulkomaisen kiinteän toimipaikan, jolle on aiheutunut lopullisia tappioita, veronmaksukykyyn kohdistuu sama vaikutus kuin sellaisen yhtiön veronmaksukykyyn, jonka kotimaiselle kiinteälle toimipaikalle on aiheutunut tappioita ja näin tilanteet ovat rinnastettavissa toisiinsa ja sijoittautumisvapauten oli mahdollista vedota.<sup>130</sup>

EUT arvioi lisäksi vielä rajoituksen oikeutusta ja katsoi, että Tanskan verojärjestelmä oli oikeutettu perustuen verotusvallan tasapainoiseen jakoon jäsenvaltioiden välillä, verojärjestelmän johdonmukaisuuteen ja tarpeeseen estää vaara tappioiden käyttämisestä kahteen kertaan.<sup>131</sup> Rajoituksen oikeasuhtaisuutta arvioidessaan EUT palasi tappioiden lopullisuuden edellytyksiin ja katsoi, että mikäli yhtiö näyttää kiinteän toimipaikan tappioiden olevan Marks & Spencer -tuomion 55 kohdassa asetettujen edellytysten mukaisesti lopullisia,

---

<sup>128</sup> Asia C-650/16, Bevola, 8–10 kohdat.

<sup>129</sup> Ibid., 28–29 kohdat.

<sup>130</sup> Ibid., 39–40 kohdat.

<sup>131</sup> Ibid., 41–53 kohdat.

on näiden tappioiden vähennyskelpoisuuden rajoittaminen kiinteän toimipaikan omistavan yhtiön verotuksessa suhteeton sijoittautumisvapauden rajoitus. EUT myös muistutti, että tappioiden lopullisuutta arvioitaessa on otettava huomioon ratkaisussa komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta asetettu edellytys, että tappioiden lopullisuus voidaan todeta vasta, kun tytäryhtiö ei saa lainkaan tuloja asuinvaltiostaan. EUT totesi, että samaa oikeuskäytäntöä voidaan soveltaa analogisesti myös ulkomaisten kiinteiden toimipaikkojen tappioihin.<sup>132</sup>

Oikeuskirjallisuudessa Bevola-tuomion on katsottu vahvistaneen Marks & Spencer -ratkaisussa luodun tappioiden lopullisuuden doktriinin olevan edelleen voimassa myös ulkomaisten kiinteiden toimipaikkojen osalta, jotka ovat vapautettu verosta niiden omistavan yhtiön sijaintivaltiossa ja näin ollen Lidl Belgium -tuomion oikeusohje olisi edelleen voimassa.<sup>133</sup>

Nähdäkseni oikeustilaa voidaan kuitenkin pitää jossain määrin epäselvänä. Timac Agro -tuomiossa (verovuosien 1999–2005 osalta) ja Bevola-tuomioissa molemmissa oli kyse tilanteesta, jossa kiinteän toimipaikan omistavan yhtiön sijaintivaltiolla ei ollut verotusoikeutta kiinteästä toimipaikasta saatavaan tuloon, ensimmäisessä tuomiossa verosopimuksen perusteella ja jälkimmäisessä kansallisen lainsäädännön perusteella. Timac Agro -tuomiossa EUT katsoi, ettei ulkomaista kiinteää toimipaikkaa voida rinnastaa kotimaiseen, kun taas Bevola-tuomiossa nämä olivat rinnastettavissa toisiinsa. Bevola-tuomiossa asian taustalla vaikutti kuitenkin se, että kysymys oli kiinteän toimipaikan tappioista, ja jos kysymys oli nimenomaan lopullisista tappioista, oli tilanne rinnastettavissa tilanteeseen, jossa kotimainen yhtiö omistaa kotimaisen kiinteän toimipaikan. Tapaus vaikuttaa asettavan rinnastettavuuden edellytykseksi ulkomaisen kiinteän toimipaikan tappioiden lopullisuuden, jolloin verovelvollisen näkökulmasta yksittäisten tilanteiden etukäteinen arviointi on haastavaa juuri lopullisiin tappioihin liittyvän näyttötaakan vuoksi. Oikeuskirjallisuudessa on myös esitetty argumentteja puolesta ja vastaan sen suhteen, oliko Bevola-ratkaisu linjassa aiempien EUT:n tuomioiden kanssa.<sup>134</sup>

EUT on tuomiossa C-608/17, Holmen vielä tarkentanut lopullisten tappioiden soveltamisalaa siten, että se ulottuu myös tytäryhtiön tytäryhtiöihin. Asiassa oli lopullisten tappioiden osalta kysymys siitä, rajoittuiko käsitteen soveltaminen ainoastaan emoyhtiön välittömästi

---

<sup>132</sup> Asia C-650/16, Bevola, 60–64 kohdat.

<sup>133</sup> Cordewener 2018, s. 235, Weckström 2019, s. 30–31 ja CFE ECJ Task Force 2019, s. 117.

<sup>134</sup> Ks. esim. Ismer – Kandel 2019, s. 583 ja Cordewener 2018, s. 235–236.

omistamaan tytäryhtiöön vai oliko emoyhtiön mahdollista vähentää myös tytäryhtiön tytäryhtiön lopulliset tappiot. Lisäksi EUT otti kantaa kysymykseen, mikä merkitys tuli antaa tytäryhtiön sijaintivaltion tappioiden siirtämistä rajoittavalle lainsäädännölle<sup>135</sup>. Ratkaisussaan EUT katsoi, että Marks & Spencer -tuomion 55 kohdassa määriteltyä lopullisten tappioiden käsitettä voidaan soveltaa tytäryhtiön tytäryhtiöön siinä tapauksessa, että emoyhtiön ja tytäryhtiön tytäryhtiön, jonka tappiot voitaisiin mahdollisesti katsoa lopullisiksi, välissä olevat yhtiöt, tytäryhtiön tytäryhtiö mukaan lukien, asuvat kaikki samassa jäsenvaltiossa. EUT katsoi, että mikäli kyseiset yhtiöt eivät sijaitse samassa jäsenvaltiossa, mahdollistaisi tämä konserniverotuksen optimoinnin valitsemalla tappioiden vähentämisen kannalta edullisimman valtion sekä aiheuttaisi vaaran tappioiden kaksinkertaisesta hyödyntämisestä.<sup>136</sup> Tappioiden siirtämistä rajoittavan lainsäädännön osalta EUT totesi, että mikäli tytäryhtiön asuinvaltiossa ei ole minkäänlaista mahdollisuutta siirtää yhtiön tappioita likvidaatiovuoden aikana kolmannelle, voi tällainen rajoitus indikoida, ettei tappiota ole mahdollisuutta käyttää siirtämällä ne kolmannelle, mutta tällä ei kuitenkaan ole ratkaisevaa merkitystä tappioiden lopullisuuden kannalta. Ainoastaan, jos emoyhtiö voisi näyttää, ettei kolmas voisi ottaa verotuksessa huomioon tytäryhtiön tappiota tämän asuinvaltiossa, esimerkiksi siinä tapauksessa, että tytäryhtiö luovutetaan hintaan, jossa otetaan huomioon veroedun arvo, joka saadaan voitaessa vähentää sen tappiot tulevina vuosina, voisi olla osoitus tappioiden lopullisuudesta.<sup>137</sup> Yksistään tämänkaltainen rajoitus ei kuitenkaan siis tee tappioista lopullisia.

Holmen-tuomion ehkä merkittävin lopullisten tappioiden soveltamisalaa selventävä seikka liittyy kuitenkin siihen, voidaanko myös carry forward -tappioita pitää lopullisina tappioina.<sup>138</sup> Komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta -tuomion jälkeen oikeustila oli jossain määrin epäselvä, kun asiassa EUT vaikutti ottaneen kannan, jonka mukaan ainoastaan viimeisimmän verovuoden tappiot voivat olla lopullisia. Holmen-tuomiossa EUT on kuitenkin

---

<sup>135</sup> Tapauksessa Holmen AB:n oli tarkoitus likvidoida Espanjassa sijaitsevat konserniyhtiönsä ja Espanjan lainsäädännön perusteella konsernin purkautuessa yksiköiden likvidointien johdosta tappiot jaetaan yhtiöille, joissa ne ovat syntyneet ja likvidaatiovuoden aikana ainoastaan se yhtiö, jolle tappiot olivat aiheutuneet, pystyi ne hyödyntämään. Tappioiden siirtämistä oli siis tällä tavoin rajoitettu.

<sup>136</sup> Asia C-608/17, Holmen, 31–33 kohdat.

<sup>137</sup> Ibid., 38–40 kohdat.

<sup>138</sup> van den Broek 2020, s. 61.

ottanut selvän kannanoton sen suhteen, että myös aiempien verovuosien tappiot voivat olla lopullisia<sup>139</sup>, ja näin ollen tämän kysymyksen osalta oikeustilaa voidaan pitää selvänä.

Huomionarvoista myös on, että Marks & Spencer -tuomiossa on ristiriita Holmen-tuomioon nähden, kuten van den Broek huomauttaa.<sup>140</sup> Holmen-tuomion perusteella konsernin englantilainen emoyhtiö ei olisi saanut vähentää tytäryhtiöidensä lopullisia tappioita, sillä itse asiassa emoyhtiö omisti sen Saksassa, Ranskassa ja Belgiassa sijaitsevat tytäryhtiöt hollantiin sijoittautuneen holdingyhtiön välityksellä, kuten julkisasiamies Maduron ratkaisuehdotuksesta ilmenee.<sup>141</sup> Tappioita ei näin ollen olisi Holmen-tuomion perusteella tullut pitää lopullisina, vaikka muut Marks & Spencer -tuomion 55 kohdassa asetetuista edellytyksistä olisivatkin täyttyneet. Tämän sijaan tarkastelun kohteena olisi tullut olla, olisiko konsernin hollantilainen holdingyhtiö ollut oikeutettu vähentämään kyseiset tappiot.

#### 2.2.4 Lopullisten tappioiden käsitteen muotoutuminen oikeuskäytännön perusteella

Edellä esitetyn EUT:n oikeuskäytännön perusteella voidaan katsoa Marks & Spencer -tuomiossa luodulla lopullisten tappioiden käsitteellä olevan edelleen suuri merkitys tytäryhtiöiden rajat ylittävien tappioiden osalta ja näitä koskevissa tuomioissa EUT palaa perusteluissaan aina kyseisen ratkaisun 55 kohdassa asetettuun kahteen edellytykseen, eli ensinnäkin siihen, onko tytäryhtiöllä itsellään mahdollisuuksia tappioiden käyttämiseksi, ja toisekseen, onko mahdollisuutta siihen, että kolmas, etenkin tytäryhtiö myytäessä, voi ottaa kyseiset tappiot huomioon tulevina verovuosina. Toisaalta oikeuskäytännön voidaan myös katsoa osoittavan sen, että lopullisten tappioiden doktriinin soveltaminen on sen esittelemisen ja myöhempien tarkennusten jälkeen aiheuttanut päänvaivaa kansallisille tuomioistuimille. Hyvänä esimerkkinä tästä on, kun Timac Agro -tuomion jälkeen Saksan Bundesfinanzhof katsoi, että Lidl Belgium -tuomiossa asetettu lopullisten tappioiden käsitteen soveltaminen ulkomaisiin kiinteisiin toimipaikkoihin, jotka on verosopimuksella vapautettu verosta toimipaikan omistavan yhtiön sijaintivaltiossa, oli ensin mainitun ratkaisun johdosta kumottu, eikä käsitettä enää sovellettu näihin, vaikka todellisuudessa tilanne oli toinen.<sup>142</sup>

---

<sup>139</sup> Asia C-608/17, Holmen, 10 kohta. Sama päätelmä voidaan tehdä myös Holmen-tuomion kanssa samana päivänä annetusta ratkaisusta asiassa C-607/17, Memira Holding, 11 kohta. Ks. Memira Holding -tuomiosta lisää luvussa 4.1.2.

<sup>140</sup> van den Broek 2020, s. 60.

<sup>141</sup> Ks. asia C-446/03, Marks & Spencer, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, 8 kohta.

<sup>142</sup> Cordewener 2018, s. 232. Ks. Bundesfinanzhof Urteil, 22.2.2017 - I R 2/15.

EUT:n ratkaisukäytännössä jäsenvaltiot ovat rajoittaessaan tappioiden siirtymistä jäsenvaltioiden rajojen yli vedonneet oikeuttamisperusteena pääasiassa verotusvallan tasapainoisen jaon säilymiseen sekä tappioiden kaksinkertaisen vähentämisen ja veron kiertämisen estämiseen. EUT on katsonut, että verotusvallan tasapainoisen jaon säilymistä voidaan pitää näistä ensisijaisena hyväksyttävänä oikeuttamisperusteena ja kaksi muuta ovat lähinnä alisteisia sille, eivätkä yksinään olisi riittäviä.<sup>143</sup> Tappioiden siirtymistä rajojen yli voidaan siis verotusvallan tasapainon säilymisellä rajoittaa paitsi, jos kysymys on lopullisista tappioista, jolloin edes tällä oikeuttamisperusteella ei siirtymistä voida estää. Tämän oikeuttamisperusteen kanssa voidaan pitää myös johdonmukaisena, ettei edellä esitetyn EUT:n oikeuskäytännön mukaisesti lainsäädännöllisistä syistä lopullisiksi tulleita tappiota voida pitää lopullisina. Lopullisina siis voidaan pitää tappioita, jotka ovat lainsäädännön puitteissa mahdollista käyttää, mutta niitä ei voida hyödyntää tulevaisuudessa tosiasiallisesti. Lainsäädännölliset syyt eivät kuitenkaan estä tappioiden lopullisuutta, mutta tappioiden lopullisuuden on oltava seurausta tosiasiallisista syistä.

Jaottelua lainsäädännöllisistä syistä ja tosiasiallisista syistä lopullisiksi tulleisiin tappioihin voidaan kuitenkin pitää jossain määrin kyseenalaisena. Esimerkiksi julkisasiamies Kokott on Holmen-tuomion ratkaisuehdotuksessaan pohtinut, onko ylipäätään olemassa sellaisia tappioita, jotka ovat oikeudellisesti hyödyntämiskelpoisia, mutta joita ei tosiasiallisesti voida hyödyntää. Julkisasiamies Kokott on havainnollistanut tätä seuraavan esimerkin avulla:

”59. (...) Ainoa tapaus, jossa huolimatta rajoittamattomasta mahdollisuudesta vähentää tappiot tulevien tai aikaisempien vuosien tuloksesta jäljelle jäisi tappiota, olisi kokonaisuutena ottaen alijäämäinen yritys, joka ei ole koskaan tuottanut riittävästi voittoa myöskään sen jälkeen, kun koko sen omaisuus on myyty. Tässä tapauksessa myöskään viimeisen toimintavuoden tappiolla ei voisi olla (tosiasiallisesti) vaikutusta huolimatta mahdollisuudesta vähentää tappiot aikaisempien vuosien tuloksesta.

60. Myös tässä tapauksessa olisi kuitenkin aina vielä mahdollista siirtää nämä tappiot yrityksen myynnin myötä ostajalle, sikäli kuin tämä sallitaan sen sijaintivaltiossa. Ostaja ottaa olemassa olevien tappioiden arvon huomioon yrityksen kauppahinnassa, joten myyjä tältä osin ”realisoi” nämä tappiot.

61. Jos asianomaisessa oikeusjärjestyksessä sallitaan tappioiden siirtäminen toisille henkilöille, näiden tappioiden hyödyntäminen on aina myös tosiasiallisesti mahdollista. Se ei ehkä ole yksittäistapauksessa erityisen menestyksellistä, koska

---

<sup>143</sup> Pezzella 2014, s. 73–74 ja Haapaniemi 2021, s. 18.

alijäämäisen yrityksen ostaja ei välttämättä maksa kovinkaan paljon tällaisesta yrityksestä. Tämä ei kuitenkaan muuta sitä, että tappiot voidaan tosiasiallisesti hyödyntää.

62. Tappioiden lopullisuus perustuu siten myös tässä tapauksessa joko jäsenvaltion oikeusjärjestykseen (mahdollisuus tappioiden kaikenlaiseen siirtämiseen on suljettu pois) tai verovelvollisen päätökseen olla myymättä yhtiötä vaan likvidoida se. Molemmissa tapauksissa on kuitenkin vaikea ymmärtää, miksi se, ettei tappioita oteta huomioon toisessa jäsenvaltiossa, olisi suhteellisuusperiaatteen vastaista. Myös unionin tuomioistuin edellyttää perustellusti, että kaikki tappioiden huomioon ottamista koskevat mahdollisuudet on käytetty loppuun. Niihin kuuluu myös tappioiden siirtäminen kolmannelle myynnin yhteydessä.”<sup>144</sup>

Myös oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että tappiot voisivat tulla lopullisiksi myös vain lainsäädännöllisistä syistä. Perusteluina tälle on esitetty esimerkiksi, että mikäli ainoastaan tosiasiallisista syistä toisessa jäsenvaltiossa lopullisiksi tulleet tappiot voidaan siirtää emoyhtiölle, kannustaa tämä ulkomaisten tytäryhtiöiden toiminnan lopettamista tilanteessa, jossa sen tappiot uhkaavat vanhentua ja tappioista tulee lopullisia tytäryhtiön sijaintivaltion lainsäädännöstä johtuen, mieluummin kuin, että yhtiö pyrkisi saamaan toiminnasta voitollista tulevaisuudessa.<sup>145</sup>

Nähdäkseni rajaus siitä, että ainoastaan tosiasiallisista syistä lopullisiksi tulleet tappiot voidaan katsoa EU-oikeuden mukaisesti lopullisiksi, asettaa lopullisten tappioiden soveltamisen kynnyksen huomattavan korkealle, mikä on mahdollisesti omiaan aiheuttamaan sen, että tytäryhtiön tappiot jäävät kokonaan käyttämättä. Lähtökohtana kuitenkin tulisi olla, että tappiot eivät jäisi missään tilanteessa kokonaan hyödyntämättä<sup>146</sup>, lukuun ottamatta tilannetta, jossa koko konserni lopettaa toimintansa. Julkisasiamiehen Holmen-tuomiossa esittämään näkemykseen on sinänsä helppo yhtyä, sillä mikäli tytäryhtiön sijaintivaltion lainsäädäntö mahdollistaa tappioiden hyödyntämisen jollain tapaa, on käytännössä aina olemassa mahdollisuus, että tytäryhtiö myydään kolmannelle, joka näin pääsee hyödyntämään tappiot omassa verotuksessaan esimerkiksi aloittamalla tytäryhtiön toiminta uudestaan, ja tappioiden arvo huomioidaan kauppahinnassa. Jos taas tytäryhtiön sijaintivaltio ei salli mitään mahdollisuutta tappioiden siirtämiseksi ja tappiot esimerkiksi menetetään omistajanvaihdoksen myötä, aiheutuu lopullisuus lainsäädännöllisistä syistä, eikä tappioita

<sup>144</sup> Asia C-608/17, Holmen, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, 59–62 kohdat.

<sup>145</sup> Boulogne – Sumrada Slavnic 2012, s. 490.

<sup>146</sup> Terra – Wattel 2012, s. 1040.

pidetä EU-oikeuden valossa lopullisina. EUT:n linjaus on kuitenkin siinä mielessä ymmärrettävä, sillä jäsenvaltioiden saadessa itse määrätä välittömästi verotuksestaan EU:n laajuisen tappiontasausjärjestelmän puuttuessa, ei niitä voida velvoittaa huomioimaan omassa verolainsäädännössään kaikkien muiden jäsenvaltioiden verolainsäädäntöjä ja sallimaan esimerkiksi toisessa jäsenvaltiossa vanhentuneiden tappioiden vähentämistä jäsenvaltion verotuksessa, jolloin vanhentuneet tappiot heräisivät ikään kuin uudelleen henkiin.

Myös oikeuskäytännön perusteella emoyhtiölle asetettu näyttötaakka nostaa lopullisten tappioiden käsitteen soveltamisen rimaa. Tappio on lopullinen vasta sen täydyttyä EUT:n ratkaisukäytännössä sille asetetut edellytykset, eikä esimerkiksi emoyhtiön arvio siitä, ettei tytäryhtiölle kerry enää tuloja tulevaisuudessa tai että sen toiminta lopetettaisiin, riitä täyttämään näitä edellytyksiä. Kun mikä tahansa tappio ei voi olla lopullinen, ovat lopullisia tappiota koskevat tapaukset lopulta näyttökysymyksiä.<sup>147</sup> Huomattavaa on myös, että emoyhtiön näyttötaakka kattaa myös sen osoittamisen, että tytäryhtiön tappiot ovat olemassa sen sijaintivaltion verolainsäädännön perusteella.<sup>148</sup> Kansallisen tuomioistuimen tulee siis arvioida tappioiden lopullisuutta myös toisen valtion verolainsäädäntö huomioon ottaen, jolloin on mahdollista, että siltä vaaditaan hyvinkin yksityiskohtaista ulkomaisen verolainsäädännön tuntemusta asian ratkaisemiseksi.<sup>149</sup> Tämä voi asettaa omat haasteensa lopullisuuden osoittamiselle, jos kansallisen tuomioistuimen tuntemus tytäryhtiön sijaintivaltion lainsäädännöstä on puutteellista, eikä tuomioistuin välttämättä osaa tulkita kyseistä lakia oikein.

Oikeuskirjallisuudessa tuomion komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta osalta keskustelua oli herättänyt se, rajoittuvatko EUT:n tuomion johdosta ulkomaisen tytäryhtiön lopulliset tappiot ainoastaan viimeisimmän verovuoden tappioihin.<sup>150</sup> Kyseisessä ratkaisussa esitettyä vaatimusta siitä, että näyttöä tappioiden lopullisuudesta tulisi esittää jo ennen tytäryhtiön toiminnan lopettamista, on osaltaan pidetty absurdina ja sen on myös katsottu olevan ristiriidassa tuomioistuimen aiemman oikeuskäytännön kanssa.<sup>151</sup> Toisena tulkintana EUT:n näkemykselle on esitetty, että tapauksessa komission näyttö oli vajavaista eikä se tästä syytä kyennyt näyttämään jäsenvaltion lainsäädännön EU-oikeuden vastaisuutta.<sup>152</sup> Kysymykseen

---

<sup>147</sup> Nuotio 2021, s. 273.

<sup>148</sup> Ibid., s. 274.

<sup>149</sup> Ks. Danish 2015, s. 420.

<sup>150</sup> Ks. esim. van den Broek 2020, s. 61, Pinetz – Spies 2015, s. 318 ja Vande Velde 2016, s. 136.

<sup>151</sup> Pinetz – Spies 2015, s. 313 ja 317.

<sup>152</sup> Haslehner 2015.

kuitenkin saatiin selvä vastaus Holmen-tuomiossa, kun tuomion perusteluissa EUT selvästi hyväksyi kannan, että myös aiempien verovuosien tappiot voivat tulla kyseeseen lopullisina tappioina. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin tästä huolimatta esitetty, että se, kuuluvatko myös carryforward-tappiot lopullisten tappioiden soveltamisalaan, olisi jäsenvaltiokohtainen kysymys, jolloin Isossa-Britanniassa lopullinen tappio kattaisi vain ulkomaisen tytäryhtiön viimeisen vuoden tappion, kun taas esimerkiksi Suomessa ulkomaisia lopullisia tappioita voitaisiin vähentää kotimaisten tappioiden tapaan kymmeneltä vuodelta.<sup>153</sup> Nähdäkseni kuitenkin EU-oikeuden yhdenmukainen tulkinta edellyttää, että lopullisten tappioiden käsitettä sovelletaan samalla tavalla kaikissa jäsenvaltioissa. Jäsenvaltiokohtainen soveltaminen tulee mielestäni kysymykseen ainoastaan sen osalta, kuinka monelta verovuodelta kertyneitä tappioita voitaisiin pitää lopullisina, jolloin sovellettavaksi tulevat kansalliset tappioiden vanhentumista koskevat verolait. Nuotio on huomauttanut, että mikäli ulkomaisella tytäryhtiöllä on kertynyt tappioita useammalta verovuodelta, on tappioiden lopullisuuden edellytyksiä arvioitava jokaisen vuoden osalta erikseen.<sup>154</sup> Näin on toimittava myös kotimaisessa vastaavassa tilanteessa.<sup>155</sup>

EUT ei kuitenkaan ole tähän mennessä ottanut kantaa siihen ovatko tappiot jossain yksittäisessä tapauksessa lopullisia. Tämä olisi lopullisten tappioiden soveltamisedellytysten näkökulmasta toivottavaa ja etenkin ennakkoratkaisu, jossa tappiot todettaisiin lopullisiksi, olisi tervetullut lisä lopullisia tappioita koskevaan oikeuskäytäntöön, jotta käytännön tasolla pystyttäisiin identifioimaan tilanne, jossa tappiot ainakin olisivat lopullisia. EUT on kuitenkin järjestäen jättänyt lopullisuuden arvioinnin kansallisille tuomioistuimille, joten on todennäköistä, ettei tällaista ennakkoratkaisua lähiaikoina ole näköpiirissä.

---

<sup>153</sup> Ks. Pinetz – Spies 2017, s. 313.

<sup>154</sup> Nuotio 2021, s. 273.

<sup>155</sup> Ks. KVL 1998/62.

### 3 Tappioiden siirtyminen rajat ylittävässä sulautumisessa

#### 3.1 Yritysjärjestelydirektiivi ja tappioiden siirtyminen

Yritysjärjestelydirektiivillä<sup>156</sup> on pyritty poistamaan verotuksellisia esteitä jäsenvaltioiden rajat ylittävässä yritysjärjestelyissä siten, etteivät näiden kansalliset verosäännökset haittaisi sen 1 artiklassa mainittuja yritysjärjestelyjä, joista yksi on sulautumien. Direktiivin tarkoituksena siis on, että rajat ylittävät yritysjärjestelyt voitaisiin tietyin edellytyksin toteuttaa ilman välittömiä veroseuraamuksia näihin osallistuville yhtiöille tai niiden osakkaille.<sup>157</sup> Suomessa yritysjärjestelydirektiivi on implementoitu osaksi lainsäädäntöä EVL 52–52 h §:issä.<sup>158</sup> Rajat ylittävät sulautumiset ovat kuitenkin käytännön tasolla olleet mahdollisia vasta OYL:n muutoksella 1415/2007, jolloin siihen sisällytettiin rajat ylittäviä sulautumisia ja jakautumisia koskevat säännökset.<sup>159</sup>

Tappioiden siirtymisen osalta yritysjärjestelyjen yhteydessä yritysjärjestelydirektiivissä ei ole säännöksiä sen 6 artiklaa lukuun ottamatta. Artiklan mukaan, mikäli siirtävän yhtiön jäsenvaltion lainsäädännön mukaan direktiivin mukaisissa järjestelyissä olisi mahdollista siirtävän yhtiön verotuksessa vähentämättä olevien tappioiden siirtyminen vastaanottavalle yhtiölle, täytyy jäsenvaltion ulottaa näiden säännösten soveltaminen siirtävän yhtiön verotuksessa vähentämättä olevien tappioiden siirtymiseen sen alueella sijaitsevalle vastaanottavan yhtiön kiinteälle toimipaikalle. Sulautumisen kannalta tämä käytännössä tarkoittaa, että yhtiön sulautuessa toisessa jäsenvaltiossa asuvaan yhtiöön, jää vastaanottavalle yhtiölle yleensä tähän toiseen valtioon kiinteä toimipaikka, jolloin sulautuvan yhtiön tappioiden tulee siirtyä tälle kiinteälle toimipaikalle samoin edellytyksin kuin ne olisivat siirtyneet rajojen sisällä tapahtuneen sulautumisen yhteydessä.<sup>160</sup> Mikäli siis tappiot eivät siirtyisi täysin kotimaisessa yritysjärjestelyssä, ei sitä vaadita myöskään rajat ylittävässä tilanteessa. Yritysjärjestelydirektiivistä ei kuitenkaan selviä, tulisiko tappiot ottaa huomioon

---

<sup>156</sup> Neuvoston direktiivi 2009/133/EY, annettu 19 päivänä lokakuuta 2009, eri jäsenvaltioissa olevia yhtiöitä koskeviin sulautumisiin, jakautumisiin, osittaisjakautumisiin, varojensiirtoihin ja osakkeiden vaihtoihin sekä eurooppayhtiön (SE) tai eurooppaosuuskunnan (SCE) sääntömääräisen kotipaikan siirtoon jäsenvaltioiden välillä sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä EUVL L 310, 25.11.2009, s. 34–46.

<sup>157</sup> Penttilä 2009, s. 467.

<sup>158</sup> HE 177/1995 vp, s. 1.

<sup>159</sup> Penttiä 2009, s. 467–468 ja Ahonen – Pykönen – Salmikivi 2016, s. 543. Ks. myös HE 103/2007 vp.

<sup>160</sup> Penttilä 2009, s. 468.

myös vastaanottavan yhtiön verotuksessa sen asuinvaltiossa, vaan tämä riippuu järjestelyyn liittyvien jäsenvaltioiden kansallisesta lainsäädännöstä.<sup>161</sup>

Yritysjärjestelydirektiivin 10(1) artiklasta löytyy myös tappiontasausta koskeva säännös, jossa säädetään niin sanotusta recapture-säännöstä. Artikla antaa siirtävän yhtiön jäsenvaltiolle mahdollisuuden palauttaa yritysjärjestelyn yhteydessä vastaanottavalle yhtiölle siirtyvän kiinteän toimipaikan, joka sijaitsee vastaanottavan yhtiön sijaintivaltiossa tai kolmannessa jäsenvaltiossa, tappioita siirtävän yhtiön verotettavaan tuloon, jos näitä tappioita on aiemmin vähennetty sen verotuksessa toimipaikan siirtyessä pois sen sijaintivaltion verotusvallasta. Suomessa vastaava säännös löytyy TVL 123 b §:stä.

Yritysjärjestelydirektiivi käsittelee tappioiden siirtymistä näin ollen hyvin rajatusti<sup>162</sup>. Se ei anna vastausta siihen, milloin tappiot voivat siirtyä vastaanottavalle yhtiölle rajat ylittävien yritysjärjestelyjen yhteydessä, jolloin sovellettavaksi tulevat siis vastaanottavan yhtiön sijaintivaltion kansalliset säännökset.<sup>163</sup> Tämän luvun tarkoituksena on tarkastella missä tilanteissa ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden on mahdollista siirtyä suomalaiselle emoyhtiölle sen ulkomaisen tytäryhtiön sulautumisen yhteydessä.

### **3.2 Rajat ylittäviä sulautumisia koskeva oikeuskäytäntö tappioiden siirtymisen osalta**

#### **3.2.1 EUT:n oikeuskäytäntö**

Arvioitaessa tappioiden siirtymistä rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä on edellä luvussa 2.2.1 käsiteltyllä EUT:n Marks & Spencer -tuomiosta seuranneilla periaatteilla ollut keskeinen merkitys KHO:n oikeuskäytännössä, kuten seuraavassa käsiteltävien tapausten perusteella ilmenee. Vaikka Marks & Spencer -ratkaisu ei koskenutkaan sulautumistilannetta, on tuomion 55 kohdassa määritellyillä tappioiden lopullisuuden edellytyksillä vaikutusta arvioitaessa tappioiden siirtymistä vastaanottavan yhtiön hyödynnettäväksi tulevina verovuosina.

---

<sup>161</sup> Helminen 2018, s. 211.

<sup>162</sup> Vande Velde 2016, s. 132.

<sup>163</sup> Ahonen – Pykönen – Salmikivi 2016, s. 545.

KHO:n oikeuskäytännössä rajat ylittävän sulautumisen osalta Marks & Spencer -tuomion periaatteet nousivat Suomessa esiin ensimmäistä kertaa KHO:n ennakkoratkaisupyynnössä<sup>164</sup>, joka koski tilannetta, jossa A Oy oli pyytänyt KVL:lta ennakkoratkaisua siihen, saako yhtiö vähentää sen ruotsalaiselle tytäryhtiölle Ruotsin verolainsäädännön mukaan vahvistetut tappiot TVL 123.2 §:n mukaisesti, mikäli B AB sulautuu A Oy:öön.<sup>165</sup>

Ennakkoratkaisupyynnössä KHO katsoi, että sinänsä oli riidatonta, että mikäli kyseessä olisi ollut suomalaisen tytäryhtiön sulautuminen, siirtyisivät tappiot A Oy:lle, olettaen, ettei sulautumisen ainoana tarkoituksena ollut tappioiden siirtäminen. Epäselvää kuitenkin oli, edellyttikö SEUT 49 artikla tappioiden siirtymistä myös toisesta jäsenvaltiosta, kun TVL 117 ja 119 §:ien sanamuotojen perusteella TVL:n tarkoituksena on ollut ainoastaan kotimaisille yhtiöille vahvistettujen tappioiden siirtyminen.<sup>166</sup> Näin ollen KHO kysyi EUT:lta ennakkoratkaisupyynnössään ensinnäkin edellyttävätkö SEUT 49 ja 54 artiklat, että vastaanottava yhtiö saa vähentää verotuksessaan siihen sulautuneen toisessa jäsenvaltiossa asuneen yhtiön siellä aiempina verovuosina aiheutuneet tappiot ja toiseksi, mikäli ensimmäisen kysymyksen vastaus on myönteinen, kumman jäsenvaltion verolainsäädännön mukaisesti vähennettävien tappioiden määrä tulee laskea.

Ennakkoratkaisupyynnön johdosta EUT antoi tuomion C-123/11, A Oy. Tappioiden vähentämiseen osalta EUT arvioi aluksi, oliko tilanteessa lainkaan kysymys sijoittamisvapauden käyttämisestä, kun jäsenvaltiot olivat tapauksessa väittäneet, ettei näin olisi B AB:n lopetettua elinkeinotoimintansa jo ennen järjestelyn toteuttamista ja että järjestelyn tarkoituksena oli ainoastaan verotuksellisen edun saaminen. EUT kuitenkin katsoi, että kysymys oli sijoittautumisvapauden käyttämisestä, kun A Oy oli perustanut tytäryhtiön Ruotsiin, ja vaikka sulautumisen ainoana tarkoituksena olisi verotuksellisen edun saaminen, ei tämä suoraan johda siihen, ettei SEUT 49 ja 54 artikloja sovellettaisi.<sup>167</sup> Seuraavaksi EUT katsoi, että Suomen lainsäädäntö muodosti rajoituksen sijoittautumisvapaudelle sen evätessä suomalaiselta emoyhtiöltä mahdollisuuden siirtää sen ulkomaisen tytäryhtiön tappiot näiden

---

<sup>164</sup> KHO 2011:21.

<sup>165</sup> KS. KVL 2009/17, jossa KVL katsoi, ettei Ruotsin verolainsäädännön mukaan vahvistettuja tappioita voitu pitää TVL 119.2 §:ssä tarkoitettuina EVL:n mukaan laskettuina tappioina, jolloin A Oy:llä ei ollut sulautumisen jälkeen oikeutta vähentää verotuksessaan B AB:lle Ruotsissa vahvistettuja tappiota. KVL katsoi, ettei TVL 119.2 § ollut ristiriidassa EU-oikeuden kanssa.

<sup>166</sup> Ks. HE 200/1992 vp, s. 47, jossa on TVL 117 §:n osalta todettu pykälässä kyseessä olevan verotuksessa vahvistetut tappiot, minkä voidaan katsoa tarkoittavan ainoastaan Suomen verotuksessa vahvistettuja tappiota. TVL 119.1 §:ssä taas on taas selkeästi todettu elinkeinotoiminnan tappioiden tarkoittavan EVL:n mukaan laskettuja tappioita.

<sup>167</sup> Asia C-123/11, A Oy, 23–28 kohdat.

sulautuessa, kun tämä oli mahdollista tytäryhtiön sijaitessa Suomessa.<sup>168</sup> Tämän jälkeen EUT kuitenkin katsoi tarpeelliseksi arvioida oliko rajoitus hyväksyttävä sen perusteella, että kysymys oli tilanteista, jotka eivät objektiivisesti arvioiden ole rinnastettavissa toisiinsa tai oliko rajoitus sallittu EU-oikeuden näkökulmasta jonkin oikeuttamisperusteen nojalla.<sup>169</sup>

Tapauksessa EUT totesi, että A Oy:n tilanne oli objektiivisesti arvioiden rinnastettavissa sellaisen emoyhtiön tilanteeseen, jossa sen kanssa samassa jäsenvaltiossa asuva tytäryhtiö sulautuu siihen ja emoyhtiö voi näin hyödyntää tytäryhtiölle aiheutuneet tappiot omassa verotuksessaan.<sup>170</sup> Rajoitus ei siis ollut tämän perusteella hyväksyttävä.

Oikeuttamisperusteiden osalta tapauksen jäsenvaltiot vetosivat verotusvallan tasapainoisen jaon säilymiseen jäsenvaltioiden välillä sekä tappioiden kaksinkertaisen vähentämisen ja veronkierron estämiseen. EUT arvioi, että kokonaisuutena huomioiden edellä mainitut oikeuttamisperusteet olivat hyväksyttäviä tavoitteita, joka liittyivät yleistä etua koskeviin pakottaviin syihin, ja niillä voitiin taata näiden tavoitteiden saavuttaminen.<sup>171</sup> Kyseessä siis oli hyväksyttävä sijoittautumisvapauden rajoitus.

Tämän lisäksi EUT vielä tarkasteli, ylitettiinkö Suomen verolainsäädännöllä se, mikä oli tarpeen edellä mainittujen tavoitteiden saavuttamiseksi. Arvioinnissaan EUT vetosi Marks & Spencer -tuomion 55 kohdan lopullisten tappioiden edellytyksiin ja totesi, että jos ulkomainen tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikki sen asuinpaikkavaltiossa olemassa olevat mahdollisuudet tappioiden vähentämiseksi, ylitetään kyseessä olevalla sijoittautumisvapauden rajoituksella se, mikä on tarpeen lainsäädännöllä tavoiteltavien päämäärien turvaamiseksi. EUT muistutti, että näyttötaakka tappioiden lopullisuudesta on emoyhtiöllä ja se katsoi, että kansallisen tuomioistuimen tuli arvioida olivatko tappioiden lopullisuuden edellytykset täyttyneet tytäryhtiön kohdalla. Mikäli kansallinen tuomioistuin katsoo, että ulkomaisen tytäryhtiön tappiot olivat lopullisia, tuli ne saada siirtää emoyhtiölle vähennettäväksi sen verotuksessa. Näin ollen Suomen verolainsäädäntö oli ristiriidassa SEUT 49 ja 54 artiklojen kanssa, jos verovelvollinen pystyi näyttämään, että tappiot ovat muodostuneet lopullisiksi.<sup>172</sup>

Toisen ennakkoratkaisukysymyksen osalta EUT sen sijaan katsoi, ettei sijoittautumisvapaus tarkoita, että emoyhtiölle siirrettyjen tappioiden määrän laskemisessa olisi sovellettava jotain

---

<sup>168</sup> Asia C-123/11, A Oy, 31 ja 32 kohdat.

<sup>169</sup> Ibid., 33 kohta.

<sup>170</sup> Ibid., 35 kohta.

<sup>171</sup> Ibid., 40–46 kohdat.

<sup>172</sup> Ibid., 47–56 kohdat.

tiettyä lainsäädäntöä ja totesi ainoastaan, että säännöt, joiden perusteella ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden määrä lasketaan, eivät saa johtaa sijoittautumisvapautta rajoittavaan ja epäyhdenvertaiseen kohteluun suhteessa niihin laskusääntöihin, joita olisi sovellettu, jos sulautuminen olisi toteutettu samassa jäsenvaltiossa asuvien yhtiöiden kohdalla. EUT:n mukaan arviointi olisi tehtävä tapauskohtaisesti.<sup>173</sup>

A Oy -tuomio siis vahvisti sen, että Marks & Spencer -ratkaisun lopullisten tappioiden doktriinia sovelletaan tappioiden siirtymiseen myös rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä. Huomioitavaa kuitenkin on, että doktriinin soveltaminen edellyttää tappioiden siirtymisen mahdollisuutta myös vastaanottavan yhtiön, eli emoyhtiön, rajojen sisällä tapahtuvien sulautumisten osalta.<sup>174</sup> Tuomiosta ei kuitenkaan saa apua sen siihen, missä olosuhteissa tappiot voivat olla lopullisia rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä, sillä sen arvioiminen, oliko A Oy osoittanut, että B AB oli käyttänyt loppuun kaikki mahdollisuudet tappioiden hyödyntämiseksi Ruotsissa, jätettiin kansalliselle tuomioistuimelle.<sup>175</sup>

KHO antoi EUT:n tuomion johdosta päätöksen KHO 2013:155, jossa se totesi, että B AB:n sulautuessa A Oy:öön, tämä saa vähentää B AB:lle syntyneet tappiot Suomen verolainsäädännön mukaisesti, mikäli se osoittaa, että B AB on käyttänyt loppuun kaikki mahdollisuudet sen tappioiden hyödyntämiseksi, eikä myöskään B AB tai kolmas osapuoli pystyisi ottamaan niitä huomioon tulevina verovuosina. Perusteluinaan KHO käytännössä ainoastaan toisti EUT:n tuomiossa C-123/11, A Oy esittämät perustelut. KHO ei kuitenkaan ratkaissut asiassa kysymystä siitä, olivatko tappioiden lopullisuuden edellytykset täyttyneet B AB:n osalta, sillä KHO ratkaistavana oli ainoastaan kysymys siitä, oliko ulkomaisen yhtiön tappiot mahdollista vähentää sulautumisen jälkeen kotimaisen yhtiön tulosta. KHO katsoi, etteivät osapuolet olleet esittäneet sellaisia tosiasiatietoja ja oikeudellisia näkökohtia, joiden perusteella voitaisiin arvioida, täyttyvätkö sulautuneen yhtiön tappioiden vähentämiseksi vastaanottaneen yhtiön tulosta Suomen verolainsäädännössä yleisesti asetetut edellytykset.<sup>176</sup>

Sen sijaan KHO otti selvän kannan siihen, että sulautumisen yhteydessä siirtyvät tappiot tulee laskea EVL:n mukaisesti, sillä se katsoi, etteivät säännöt, joiden perusteella ulkomailla asuvan tytäryhtiön tappiot lasketaan, saa merkitä epäyhdenvertaista kohtelua suhteessa niihin

---

<sup>173</sup> Asia C-123/11, A Oy, 57–61 kohdat.

<sup>174</sup> van den Broek 2020, s. 55.

<sup>175</sup> Vande Velde 2016, s. 136.

<sup>176</sup> Ks. Helminen 2011, s. 178, joka on arvioinut jo ennen EUT:n tuomiota tilanteen vaikuttavan siltä, että kyse oli lopullisista tappioista.

laskusääntöihin, joita olisi sovellettu, jos sulautuminen olisi toteutettu maassa asuvan tytäryhtiön kanssa. Käytännössä tämä siis tarkoittaa, että B AB:n tulos kyseessä olleilta verovuosilta tulisi laskea kokonaisuudessaan uudelleen EVL:n mukaisesti ja mahdollisesti myös aikaisempien verovuosien osalta, mikäli näillä on ollut vaikutusta verovuosiin, joina yhtiölle on vahvistettu verotuksessa tappioita. Mahdollista myös on että EVL:n mukaan laskettu tappio poikkeaa tytäryhtiön asuinvaltion verotuksessa lasketusta tappiosta. Penttilä on myös huomauttanut, että myös mahdolliset valuuttakurssien muutosten vaikutukset tulisi ottaa huomioon tappioita laskettaessa ja että ratkaisuja voidaan tulkita niin, että Suomessa tappioita voisi olla mahdollista vähentää myös yli Ruotsissa vahvistetun määrän, jos tappioiden määrä olisi EVL mukaan laskettuna Ruotsissa vahvistettua suurempi.<sup>177</sup>

Joka tapauksessa verovelvollisen näkökulmasta ratkaisua voidaan pitää hankalana: Sen lisäksi, että tappioiden lopullisuuden näyttäminen voi olla haastavaa, voi myös toisessa valtiossa syntyneiden tappioiden laskeminen uudelleen EVL:n mukaisesti aiheuttaa omat hallinnolliset haasteensa etenkin, jos tytäryhtiön tulos joudutaan laskemaan uudestaan useilta verovuosilta. Tapaus ei myöskään tuonut selvyttä niin EUT:n kuin KHO:nkaan toimesta niihin olosuhteisiin, joissa tappioita voitaisiin pitää lopullisina.

EUT käsitteli tappioiden siirtymistä rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä myös ratkaisussaan asiassa C-607/17, Memira Holding. Tapauksessa ruotsalaisella emoyhtiöllä oli saksalainen tytäryhtiö, jonka toiminta oli loppunut, eikä yhtiössä ollut jäljellä juuri muuta kuin velkoja. Tytäryhtiöllä oli kuitenkin käyttämättömiä tappiota, ja emoyhtiö pyrki hyödyntämään nämä tappiot Ruotsin verotuksessa sulauttamalla tytäryhtiön itseensä. Ruotsin sisäisen sulautumisen osalta vastaanottava yhtiö sai tiettyjen edellytysten täytyessä vähentää sulautuvan yhtiön verotuksessa vahvistetut tappiot, mutta Saksan verolainsäädäntö ei mahdollistanut tätä edes sen rajojen sisällä tapahtuvan sulautumisen kohdalla. Ruotsin Skatterättsnämndenissä erimielisyyttä aiheutti saksalaisen tytäryhtiön tappioiden lopullisuuden arviointi ja Högsta förvaltningsdomstolenin esittämien kysymysten johdosta EUT arvioitavaksi tuli kysymys siitä, mikä merkitys tappioiden lopullisuuden kannalta oli annettava sille, että tytäryhtiön sijaintivaltiossa tappioiden siirtyminen sulautumisen yhteydessä ei ollut mahdollista, mutta emoyhtiö sijaintivaltiossa tappiot oli mahdollista siirtää vastaanottavalle yhtiölle.

---

<sup>177</sup> Penttilä 2013, s. 3–4.

Tuomioissaan EUT huomautti, että Marks & Spencer -tuomion 55 kohdan mukaisesti se, että tytäryhtiön tappioita ei ole mahdollista siirtää voi liittyä siihen, voiko kolmas etenkin siinä tapauksessa, että tytäryhtiö on myyty sille, voi ottaa kyseisen tytäryhtiön tappiot huomioon sen asuinvaltiossa tulevien verovuosien aikana. EUT jatkoi, että vaikka käsillä olevassa tilanteessa kaikki muut Marks & Spencer -tuomion 55 kohdan tappioiden lopullisuuden edellytykset täyttyisivät, ei tappioita voida pitää lopullisina, mikäli ne voidaan edelleen hyödyntää siirtämällä ne kolmannelle taholle.<sup>178</sup> Julkisasiamies Kokottin ratkaisuehdotusta mukaillen EUT totesi, ettei tapauksessa voida suoraan sulkea pois sitä, että kolmas taho voisi ottaa tappiot huomioon luovutuksen yhteydessä. Näin ollen EUT katsoi, ettei yksinomaan se, että tytäryhtiön sijaintivaltion verolainsäädäntö ei mahdollista tappioiden siirtymistä sulautumisen yhteydessä, riitä pitämään tappioita lopullisina.<sup>179</sup>

Memira Holding tuomion voidaan katsoa vahvistaneen edelleen käsitystä siitä, että tappioiden lopullisuuden osoittaminen emoyhtiön toimesta on erityisen ongelmallista, jopa silloin, kun tytäryhtiö on käytännössä lopettanut kaiken elinkeinotoiminnan harjoittamisen. Erityisesti vaatimusta siitä, ettei myöskään kolmas taho pystyisi enää hyödyntämään tappioita tytäryhtiön sijaintivaltiossa vaikuttaisi olevan vaikeaa näyttää toteen, mikäli on mahdollista yhtiön myynnin yhteydessä tappiot otetaan huomioon kauppahinnassa, jolloin kolmas voisi hyödyntää ne verotuksessaan tulevina vuosina.

Toisaalta tuomio voi johtaa taas tilanteeseen, jossa tappioiden siirtyminen ei ole mahdollista tytäryhtiön sijaintivaltion sisäisten sulautumisten yhteydessä, mutta yhtiön sulautuessa toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevaan yhtiöön tappiot voivat lopullisina siirtyä toiseen jäsenvaltioon, jossa ne vielä voidaan hyödyntää. Tämä voi käytännössä johtaa siihen, että jäsenvaltion omia kansalaisia kohdellaan epäedullisemmin kuin muiden jäsenvaltioiden kansalaisia. Kun jäsenvaltio on verolainsäädännössään tehnyt tietoisesti ratkaisun estää tappioiden siirtyminen sen rajojen sisällä tapahtuvien sulautumisten yhteydessä, mutta tästä huolimatta lopullisuudelle asetettujen edellytysten täytyessä tappiot voidaan siirtää vähennettäväksi toisessa jäsenvaltiossa, ovat kotimaiset sulautumiset tappioiden siirtämisen kieltäneessä jäsenvaltiossa taloudellisessa mielessä kannattamattomampia kuin rajat ylittävät

---

<sup>178</sup> Asia C-607/17, Memira Holding, 24 ja 25 kohdat.

<sup>179</sup> Asia C-607/17, Memira Holding, 26 ja 27 kohdat, ks. myös asia C-607/17, Memira Holding, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus, 65–70 kohdat.

sulautumiset.<sup>180</sup> Tämä ei kuitenkaan sinänsä ole EU-oikeuden vastaista<sup>181</sup>, mutta kyseisenlaista tilannetta voidaan ainakin jossain määrin pitää ei-toivottavana erityisesti sen jäsenvaltion näkökulmasta, joka on päättänyt rajoittaa tappioiden siirrettävyyttä.

### 3.2.2 Kotimainen oikeuskäytäntö

KHO on antanut 15.5.2020 viisi tappioiden siirtymistä rajat ylittävässä sulautumisessa koskevaa päätöstä, joista yksi oli vuosikirjaratkaisu ja muut päätökset olivat julkaisemattomia<sup>182</sup>. Julkaistussa ratkaisussa KHO 2020:51 A Oy oli hankkinut A-konsernin emoyhtiöltä vuonna 2006 perustetun latvialaisen A AS:n osakekannan vuonna 2013. A AS:n liiketoiminta oli ajettu alas vuonna 2017 kannattomana ja sen vaihto- ja käyttöomaisuus oli myyty kokonaisuudessaan elokuussa 2017. A AS:lle oli kertynyt Latvian verotuksessa tappioita vuosilta 2007–2016 ja myös vuoden 2017 tulos oli ollut tappiollinen. Latvian verolainsäädännön mukaan tappioiden vähentämiseksi asetettiin joitakin rajoituksia, joiden mukaan ennen vuotta 2008 syntyneet tappiot oli tullut vähentää kahdeksan vuoden kuluessa, mutta tämän jälkeen aiheutuneiden tappioiden vähentämiseksi ei ollut määräaika ja tappioiden vähentäminen oli mahdollista 75 prosentin osalta verovuoden tulosta. Lisäksi Latvian verolainsäädännön mukaan tappioiden vähennysoikeutta ei menetetty tytäryhtiösulautumisessa, jossa määräysvaltaa vastaanottavassa yhtiössä käytti sulautumisen jälkeen sama taho kuin ennen sulautumista molemmista yhtiöistä paitsi, jos tappiollisen yhtiön toiminnan luonne muuttuu omistajanvaihdosvuotta seuraavan viiden vuoden aikana.

Verohallinnolle toimitetun ennakkoratkaisuhakemuksen mukaan A AS oli tarkoitus sulauttaa sen emoyhtiöön A Oy:öön niin, ettei A Oy:lle jää kiinteää toimipaikkaa Latviaan ja A Oy pyysi ennakkoratkaisua siitä, onko sillä oikeus vähentää A AS:n verovuosien 2008–2017 tappiot TVL 119 §:n mukaisesti sulautumisen jälkeen. A Oy katsoi ennakkoratkaisuhakemuksessa, ettei A AS:n myyminen Latviassa kolmannelle ollut mahdollista, sillä yhtiöllä ei ollut sellaista omaisuutta tai toimintaa, joka voisi ulkopuolista ostajaa kiinnostaa. Sulautumissuunnitelman mukaan yhtiön varat olivat suuremmat kuin sen velat ja yhtiön vuoden 2017 tuloslaskelman mukaan sen liikevaihto on ollut 10 795 052 euroa,

---

<sup>180</sup> Ks. van den Broek 2020, s 59. Toki, jotta tilanne olisi mahdollinen on kyse oltava EU-oikeuden mukaisista tappioista.

<sup>181</sup> Helminen 2018, s. 68.

<sup>182</sup> KHO 15.5.2020 T 2104, KHO 15.5.2020 T 2105, KHO 15.5.2020 T 2106 ja KHO 15.5.2020 T 2107.

liiketoiminnan muut tuotot 655 851 euroa ja korkotuotot 4 euroa. Kyseisenä vuonna yhtiön tulos oli ollut 10 793 381 euroa tappiollinen.

Verohallinto lausui ennakkoratkaisunaan, että A Oy voi vähentää verotuksessaan A AS:n verovuosien 2008–2017 lopulliset tappiot, jotka on laskettu EVL:n mukaisesti, sulautumisen jälkeen. Verovuosien 2008–2013 osalta edellytyksenä oli myös, että Verohallinto myöntää luvan tappioiden vähentämiseksi omistajanvaihdoksesta huolimatta TVL 122.3 §:n mukaisesti. Veronsaajien oikeudenvilvontayksikkö valitti ennakkoratkaisusta hallinto-oikeuteen ja vaati ennakkoratkaisun kumoamista perustuen siihen, ettei A AS:n tappioissa ollut kysymys lopullisista tappioista, koska yhtiöllä oli vielä sulautumisvuotena ollut Latviassa tuloja ja Latvian verolainsäädännön mukaan tappiot voisivat olla käytettävissä tulevien vuosien verotuksissa, jos toiminta Latviassa käynnistettäisiin uudestaan.

Helsingin hallinto-oikeus kuitenkin hylkäsi valituksen ja piti Verohallinnon ennakkoratkaisun voimassa. Hallinto-oikeus katsoi, että tappiot olivat muodostuneet lopullisiksi, koska niitä ei voitu enää vähentää toiminnan loputtua mahdollisista tulevista voitoista eikä tappioita voitaisi myöskään siirtää toiselle konserniyhtiölle Latviassa taikka millekään kolmannelle taholle, joka voisi ottaa ne huomioon verotuksessaan. Hallinto-oikeus ei antanut asiassa merkitystä sille, että A AS oli saanut vielä sulautumisvuonna tuloja Latviasta, koska ennakkoratkaisuhakemuksen mukaan verovuoden 2017 tulos oli tappiollinen, yhtiölle ei muodostu enää verotettavaa tuloa yhtiön toiminnan päätyttyä eikä liiketoimintaa Latviassa tulla jatkamaan. Hallinto-oikeus perusti ratkaisunsa verovelvollisen ennakkoratkaisuhakemuksessa esittämiin tosiseikkoihin.

Veronsaajien oikeudenvilvontayksikkö haki kuitenkin edelleen valituslupaa KHO:lta ja vaati hallinto-oikeuden ja Verohallinnon ennakkoratkaisun kumoamista. Se vetosi vaatimustensa tueksi laajalti EUT:n oikeuskäytäntöön<sup>183</sup> ja katsoi, että koska Suomella ei ollut verotusvaltaa Latviassa kertyneisiin tuloihin, ei Suomella myöskään ollut velvoitetta ottaa A AS:n Latviassa kertyneitä tappiot huomioon verotuksessa täällä. Lisäksi Veronsaajien oikeudenvilvontayksikkö katsoi, että Verohallinnon ennakkoratkaisussa oli sivuutettu kokonaan se tosiseikka, että A AS:llä oli ollut vielä sulautumisvuonna tuloja Latviassa, mikä merkitsi, ettei tappioita voida pitää lopullisina. A Oy sen sijaan vastineessaan katsoi, että

---

<sup>183</sup> Asiat C-123/11, A Oy, 53 ja 54 kohdat, C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta, 36 kohta, C-388/14, Timac Agro, 55 kohta ja C-650/16, Bevola 63 ja 64 kohdat, C-607/17, Memira Holding, ja C-608/17, Holmen.

hallinto-oikeuden ratkaisu oli perusteltu ja että hallinto-oikeus sekä Verohallinto olivat jo arvioineet sen esittämän näytön tappioiden lopullisuudesta. Tämän lisäksi A Oy katsoi, että A AS:n sulautumisvuoden tuloilla ei ollut merkitystä, koska tämä ei ollut saanut sulautumisvuonna tuloja enää toiminnan lopettamisen jälkeen ja ettei oikeuskäytännössä ole asetettu tappioiden lopullisuuden edellytykseksi, että yhtiön viimeisellä tilinpäätöksellä ei olisi enää tuottoja. Edelleen A Oy myös katsoi, ettei A AS voinut vähentää tappioita tulevista voitoistaan, eikä tappioita voitu siirtää kolmannelle taholle, joka ne olisi voinut hyödyntää.

KHO myönsi Veronsaajien oikeudenvallontayksikölle valitusluvan ja jatkoi ratkaisussaan tiukkaa linjaa tappioiden lopullisuuden arvioinnin osalta hyväksyessään valituksen ja kumotessaan hallinto-oikeuden päätöksen ja Verohallinnon ennakkoratkaisun. KHO:ssa ratkaistavana oli kysymys siitä, oliko A Oy:n mahdollista vähentää A AS:n verovuosina 2008–2017 Latviassa kertyneet tappiot TVL 119 §:n mukaisesti tämän sulaututtua A Oy:öön. KHO totesi ensin, että TVL 119 §:ssä oli kysymys EVL:n mukaan lasketuista tappioista, ja koska A AS:lle Latviassa kertyneiden tappioiden osalta kyse ei ollut näin lasketuista tappioista, ei niitä voida vähentää TVL:n säännösten mukaan. KHO kuitenkin viittasi EUT:n Memira Holding (21 kohta) ja Marks & Spencer (55 kohta) -tuomioihin ja totesi, että tappioiden vähentäminen emoyhtiön verotuksessa on mahdollista, kun kysymys on EUT:n oikeuskäytännön mukaisista lopullisista tappioista. Seuraavaksi KHO arvioi näyttötaakkaa tappioiden lopullisuudesta ja totesi näyttötaakan tappioiden lopullisuudesta olevan A Oy:llä viitaten edellä mainittuihin EUT:n ratkaisuihin<sup>184</sup>.

KHO:ssa ratkaistavaksi siis nousi, olivatko Verohallinto ja hallinto-oikeus arvioineet tappioiden lopullisuutta EUT:n oikeuskäytännössä asetettujen edellytysten mukaisesti ennakkoratkaisuhakemuksessa esitetyn selvityksen perusteella. KHO perusti ratkaisunsa tämän osalta kahteen näkökulmaan ja katsoi ensin, että EUT:n oikeuskäytännössä tuomioiden komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta (36 kohta) ja Timac Agro (54 kohta) perusteella tytäryhtiön saadessa edes vähäisiä tuloja on mahdollista, että tappiot voidaan vähentää sen asuinvaltiossa tulevien vuosien voitoista. KHO totesi, että A Oy:n varallisuusasema huomioiden tämä ei ollut näyttänyt, ettei A AS olisi voinut saada asuinvaltiossaan tulevien vuosien aikana edes vähäisiä tuloja. Toiseksi KHO totesi EUT:n samoihin edellä mainittuihin ratkaisuihin viitaten<sup>185</sup>, ettei ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden lopullisuus voi myöskään

---

<sup>184</sup> Asiat C-123/11, A Oy, 54 kohta ja C-607/17, Memira Holding, 26 ja 27 kohdat.

<sup>185</sup> Asiat C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta, 33 kohta ja C-388/14, Timac Agro, 55 kohta.

aiheutua siitä, ettei tytäryhtiön asuinvaltio salli minkäänlaisia mahdollisuuksia tappioiden siirtämiseksi. Tämä huomioon ottaen Latvian verolainsäädännön rajoitukset tappioiden vähentämiseksi eivät KHO:n mukaan vielä osoittaneet, että tappiot olisivat olleet EUT:n oikeuskäytännön mukaisesti lopullisia niin, ettei kolmas taho niitä voisi hyödyntää, mikäli A AS myytäisiin sille<sup>186</sup>.

Näillä perusteilla KHO katsoi äänin 4–1, etteivät EUT:n oikeuskäytännön mukaiset tappioiden lopullisuuden edellytykset täyttyneet A AS:n tappioiden kohdalla, ja A Oy ei näin voinut vähentää kyseisiä tappioita verotuksessaan sulautumisen jälkeen. Eri mieltä ollut oikeusneuvos katsoi, ettei saatujen selvitysten perusteella hallinto-oikeuden päätöksen muuttamiselle ollut perusteita eikä muuttanut hallinto-oikeuden päätöstä. Hän ei kuitenkaan perustellut päätöstään tätä laajemmin, vaan yhtyi hallinto-oikeuden perusteluihin.

A Oy ei siis kyennyt tapauksessa osoittamaan tappioiden olevan lopullisia. KHO:n perustelut olivat melko lyhyet ja ytimekkäät, ja niiden perusteella voidaan edelleen katsoa, että tappioiden lopullisuuden soveltamisen kynnys on huomattavan korkea. Nähdäkseni KHO:n ratkaisua voidaan kuitenkin pitää perusteltuna, sillä tytäryhtiöllä oli edelleen toiminnan lopettamishetkellä huomattava määrä varoja, niiden määrän ylittäessä yhtiön velat, ja koska yhtiöllä oli edelleen ollut kyseisenä vuonna merkittävää liikevaihtoa, ja olisi ainakin teorian tasolla ollut mahdollista, että toiminta olisi voinut kääntyä tulevina vuosina voitolliseksi. KHO:n esittämää yhtiön varallisuusasemaa koskevan perustelun pohjalta voidaankin katsoa, ettei yhtiöllä todennäköisesti saisi olla jäljellä – ainakaan merkittävässä määrin – varallisuutta sen osoittamiseksi, ettei tulojen saaminen tulevaisuudessa olisi mahdollista. Tappioiden lopullisuuden osoittamisen voidaan kuitenkin katsoa olevan erityisen haastavaa, sillä emoyhtiön tulisi käytännön tasolla kyetä osoittamaan, ettei tytäryhtiön asuinvaltiosta löydy yhtiölle mahdollista ostajaa, joka voisi hyödyntää tappiot omassa verotuksessaan, eikä ratkaisun perusteella voida tehdä johtopäätöksiä siitä, milloin tämän seikan katsotaan tulleen näytetyksi. Entisestäään tappioiden lopullisuuden toteen näyttämistä voidaan katsoa hankaloittavan sen, ettei yksin se, että tytäryhtiön asuinvaltio ei mahdollista tappioiden siirtämistä kolmannelle – eli sen, onko tytäryhtiön asuinvaltiossa sijaitsevan ostajan ylipäätään edes itse mahdollista näitä tappioita hyödyntää – tee tappioista lopullisia.<sup>187</sup>

---

<sup>186</sup> Konsernissa oli suoritettu arvio A AS:n osakkeiden myyntimahdollisuuksista, mutta tämä ei vaikuttanut KHO:n arviointiin asiassa.

<sup>187</sup> Ks. esim. asia C-172/13 komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta, 33 kohta.

KHO:n neljä muuta samana päivänä antamaa julkaisematonta päätöstä jatkoivat samaa tiukkaa suhtautumista lopullisten tappioiden käsitteen soveltamiseen ratkaisun KHO 2020:51 kanssa, eikä KHO missään näistä hyväksynyt tappioita lopullisiksi niin, että ne olisivat siirtyneet rajojen yli vastaanottavan suomalaisen emoyhtiön vähennettäväksi. Kaikissa viidessä ratkaisussa hallinto-oikeus oli katsonut tappiot lopullisiksi, mutta KHO oli vastaavasti jokaisessa kumonnut sen päätöksen. Kaikkien tapausten osalta KHO:n ratkaistavana oli loppujen lopuksi kysymys siitä, oliko hallinto-oikeus arvioinut tappioiden lopullisuutta yhteneväisesti EUT:n oikeuskäytännön kanssa. Ratkaisujen perustelut olivat melko pitkälle yhteneväiset<sup>188</sup>, mutta tapauksissa oli kuitenkin joitakin toisistaan poikkeavia piirteitä. Kuten vuosikirjaratkaisu KHO 2020:51, myös julkaisemattomat ratkaisut olivat kaikki äänestysratkaisuja äänin 4–1.<sup>189</sup>

Ratkaisussa KHO 15.5.2020 T 2104 kysymys oli ruotsalaisesta tytäryhtiöstä B AB, jonka varat sulautumishetkellä koostuivat rahoitusomaisuudesta (338 082 euroa) ja sulautumisvuonna se oli saanut korkotuloja 3 582 euroa. Konserniin kuului myös muita tappiollisia tytäryhtiötä Ruotsissa. KHO katsoi päätöksessään, että konsernin muiden tytäryhtiöiden tappiollisuus ei yksinään itsessään osoittanut, etteivätkö ne voisi tulevaisuudessa antaa B AB:lle konserniavustusta, jota vastaan tappioita voitaisiin vähentää.<sup>190</sup> Myös B AB:n vielä sulautumisvuonna saamista korkotuloista johtuen sille kertyneitä tappioita ei voitu pitää lopullisina EUT:n ratkaisun komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta 36 kohdan mukaisesti.

Tapauksessa KHO 15.5.2020 T 2105 taas unkarilaisella B Kft:llä oli sulautumishetkellä ollut pankki- ja muita saamia vielä 637 195 euroa ja KHO katsoi, että tämä huomioiden yhtiön suomalainen emoyhtiö ei ollut näyttänyt, ettei B Kft olisi voinut saada asuinvaltiossaan tulevien vuosien aikana edes vähäisiä rahoitus- tai muita tuottoja. KHO myös katsoi, ettei Unkarin verolainsäädännössä asetetuilla rajoituksilla tappioiden vähentämiselle seuraavina verovuosina tai sen rajojen sisällä tapahtuvan sulautumisen yhteydessä voitu yksin osoittaa,

---

<sup>188</sup> Kaikissa tapauksissa KHO vetosi tappioiden lopullisuuden arvioinnin osalta EUT:n ratkaisuihin asioissa C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta ja C-388/14, Timac Agro.

<sup>189</sup> Kaikissa ratkaisuisissa oikeusneuvos Ranta-Lassila ei olisi muuttanut hallinto-oikeuden päätöksiä ja hän hyväksyi tappiot lopullisiksi hallinto-oikeuden perustelujen mukaisesti.

<sup>190</sup> Huomionarvoista asiassa oli se, että Veronsaajien oikeudenvallontayksikkö oli valituksessaan KHO:een huomauttanut, että konsernissa oli Ruotsissa tytäryhtiötä, jotka olivat olleet voitollisia sulautumisen jälkeisinä vuosina.

että kolmas taho ei voisi ottaa tappioita huomioon omassa verotuksessaan tulevina verovuosina, jos B Kft sille myytäisiin.

Neljännessä KHO:n antamassa ratkaisussa KHO 15.5.2020 T 2106 tanskalaisen tytäryhtiö B ApS:n liiketoiminta oli tarkoitus lopettaa kokonaan kannattomana ja sulauttaa se emoyhtiö A Oy:öön. Suunnitelmana oli, että B ApS:n aiemmin hoitamasta toiminnasta vastaisi konsernin ulkopuolinen taho ja A Oy palkkaisi Tanskaan country managerin. KHO katsoi, että koska B ApS oli saanut toiminnan päättymisvuonna 2017 vielä tuloa harjoittamastaan liiketoiminnasta ja koska vastaavanlaista toimintaa, kuin mitä B ApS oli harjoittanut, oli tarkoitus jatkaa Tanskassa sulautumisen jälkeen myös sulautumisen jälkeen, oli mahdollista, että Tanskassa harjoitetusta toiminnasta voisi edelleen kertyä tuloa tulevaisuudessa. Myös country managerin palkkaamisen katsottiin tukevan sitä, etteivät tappiot olleet lopullisia. A Oy ei myöskään esittänyt käytännössä lainkaan selvitystä B ApS:n varallisuustilanteesta tai toiminnan lopettamisesta, joten KHO totesi, ettei A Oy ollut näyttänyt, ettei tanskalainen tytäryhtiö olisi voinut saada asuinvaltiossaan tulevina verovuosina edes vähäisiä tuloja. Edelleenkin Tanskan verolainsäädännön rajoitukset tappioiden vähentämiseksi eivät itsessään osoittaneet, että tappiot olisivat lopullisia.

Myös ratkaisussa KHO 15.5.2020 T 2107, jossa kysymys oli latvialaisesta tytäryhtiöstä SIA B, ei suomalainen emoyhtiö ollut riittävästi näyttänyt, ettei tytäryhtiö olisi vielä voinut saada edes vähäisiä rahoitus- tai muita tuloja asuinvaltiossaan tulevien vuosien aikana. Tytäryhtiön toiminta oli lopetettu ja yhtiö omaisuutta oli myyty, mutta selvitys sen varallisuusasemasta oli vajaa, eikä sen johdosta näyttöä tappioiden lopullisuudesta voitu katsoa riittäväksi. Kuten aiemmissakin tapauksissa, myöskään kyseessä olevassa ratkaisussa itsessään sen, että Latvian verolainsäädäntö rajoitti tappioiden siirtymistä mahdollisen kaupan yhteydessä ja tytäryhtiön myynti voisi tästä syystä olla vaikeaa, ei katsottu osoittavan, ettei kolmas taho siinä tapauksessa, että SIA B myydään sille, voisi EUT:n oikeuskäytännön mukaisesti ottaa SIA B:n tappiot huomioon Latviassa tulevien verovuosien aikana.

KHO:n oikeuskäytännöstä ei siis vielä löydy ratkaisua, jossa ulkomaisen tytäryhtiön tappiot olisi katsottu lopullisiksi. Edellä käsitellyt tapaukset edelleen osoittavat, että tappioiden lopullisuuden osoittaminen on erittäin hankalaa, etenkin, kun EUT:n oikeuskäytännön perusteella on selvää, että tappioiden lopullisuus ei voi johtua tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännössä tappioiden siirtymiselle asetetuista rajoituksista. Ratkaisuista on lisäksi

pääteltävissä, ettei tytäryhtiöllä saisi enää olla hallussaan käytännössä mitään varallisuutta, jotta sillä ei voitaisi katsoa olevan mahdollisuuksia kerryttää tuloja tulevina verovuosina.

### 3.3 Edellytykset ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden siirtymiselle vähennettäväksi suomalaisen emoyhtiön verotuksessa

#### 3.3.1 Sulautumisia koskeva kotimainen lainsäädäntö

Tappioiden siirtymisestä sulautumisen yhteydessä vastaanottavalle yhtiölle säädetään TVL 123 §:ssä. Pykälä ei tee eroja sen suhteen, onko kyseessä suomalainen vai ulkomainen yhtiö<sup>191</sup>, mutta sen toisessa momentissa viitataan TVL 119 §:ään, jossa elinkeinotoiminnan tappiolla tarkoitetaan EVL:n mukaan vahvistettuja tappioita, jolloin siis ainoastaan Suomessa vahvistetut tappiot voisivat olla vähennettävissä.<sup>192</sup> Suoraan Suomen verolakien perusteella ulkomaisen yhtiön tappiot eivät näin vaikuttaisi olevan vähennettävissä Suomessa.<sup>193</sup>

EVL:ssa sulautumisesta säädetään EVL 52 a–b §:ssä. EVL 52 a §:ssä säädetään sulautumisen muodollisista edellytyksistä ja EVL 52 b §:ssä taas sulautumisen veroseuraamuksista.<sup>194</sup>

Ennen kuin tappioiden siirtymistä rajat ylittävässä sulautumisessa voidaan lähteä arvioimaan, tulee selvittää täyttyvätkö sulautumisessa sille asetetut muodolliset sekä myös liikeloudelliset edellytykset.<sup>195</sup> Oikeuskäytännössä onkin katsottu, että mikäli sulautuminen ei täytä EVL 52 a §:ssä asetettuja edellytyksiä tai jos siihen voidaan soveltaa EVL 52 h §:ää, sitä ei voida pitää TVL 123 §:n mukaisena sulautumisena, eivätkä sulautuvan yhtiön tappiot voi siirtyä vastaanottavalle pykälän mukaisesti.<sup>196</sup>

Luvussa käsitellään tappioiden siirtymisiä lähinnä tytäryhtiösulautumisen<sup>197</sup> yhteydessä, sillä tämän tutkielman kannalta niitä voidaan pitää oleellisimpina lopullisten tappioiden käyttämistä koskevinä tilanteina, kun suomalainen yhtiö käyttää sijoittautumisvapauttaan

<sup>191</sup> Äimä – Kujanpää 2013, s. 216.

<sup>192</sup> Helminen 2018, s. 212.

<sup>193</sup> Paitsi, jos kyse on ulkomaisen yhtiön Suomessa sijaitsevan kiinteän toimipaikan tappioista.

<sup>194</sup> Andersson – Penttilä 2014, s. 723 ja 732.

<sup>195</sup> Ahonen – Pykönen – Salmikivi 2016, s. 543. Liikeloudellisilla edellytyksillä tarkoitetaan sitä, että yritysjärjestelyllä tulee olla hyväksyttävä taloudellinen syy, jolloin pelkän veroedun tavoittelua ei voida pitää hyväksyttävänä. Ks. esim. Immonen 2018, s. 522–544.

<sup>196</sup> Ks. KHO 2012:23. Ratkaisussa katsottiin, että TVL:n tappiontasausta koskevaa 123 §:ää oli tulkittava yhdessä yritysjärjestelyjä koskevan TVL 28 §:n kanssa ja tästä johtuen arvioitaessa sulautumisen vaikutusta tappioiden vähentämiseen tulevat sovellettaviksi myös EVL:n yritysjärjestelyjä koskevat säännökset, mukaan lukien EVL 52 a §, joihin TVL 28 §:ssä on viitattu.

<sup>197</sup> Järvenoja 2007, s. 71, on määritellyt tytäryhtiösulautumisen OYL 16:2.1:n 1 kohdan mukaiseksi absorptiosulautumiseksi, jossa vastaanottava yhtiö omistaa koko sulautuvan yhtiön osakekannan.

perustaessaan tytäryhtiön toiseen jäsenvaltioon. Sinänsä on mahdollista, että kotimaisessa tilanteessa tappiot voivat siirtyä myös sisaryhtiösulautumisen yhteydessä, mutta kuten Nuotio on huomauttanut ei suomalaisen konserniyhtiön ja sen ulkomailla sijaitsevan sisaryhtiön välisessä suhteessa ole kyse sijoittautumisvapauden käyttämisestä, sillä suomalainen konserniyhtiö ei tällöin ole sijoittautunut toiseen jäsenvaltioon (tai ETA-valtioon), eivätkä Marks & Spencer -tuomion edellytykset tappioiden lopullisuudesta tule sovellettaviksi.<sup>198</sup>

### 3.3.2 Emoyhtiön omistusosuus tytäryhtiöstä

Tappioiden siirtymisestä sulautumisen yhteydessä säädetään TVL 123.2 §:ssä, jonka mukaan sulautumisen jälkeen vastaanottavalla yhtiöllä on oikeus vähentää verotuksessaan sulautuneen yhtiön tappio TVL 119 ja 120 §:ien mukaisesti, mikäli 1) vastaanottava yhtiö; tai 2) sen osakkaat; taikka 3) yhtiö ja sen osakkaat yhdessä ovat tappiovuoden alusta lukien omistaneet yli puolet sulautuneen yhtiön osakkeista. Säännöksessä ei erikseen ole mainittu tilannetta, jossa kysymyksessä olisi ulkomainen yhtiö. Jotta siis tappioiden vähentäminen on mahdollista ulkomaisen tytäryhtiön sulaututtua suomalaiseen emoyhtiöön, on jonkin TVL 123.2 §:ssä mainituista vaihtoehdoista täytyttävä, ennen kuin muita kriteerejä tappioiden siirtymiselle voidaan lähteä arvioimaan. Osuudella sulautuvan yhtiön äänimäärästä ei ole merkitystä tappioiden siirtymisen osalta, vaan ratkaisevaa on omistusosuus yhtiöstä.<sup>199</sup> Myöskään sillä, kuuluvatko osakkeet vastaanottavan yhtiön verotuksessa käyttö-, vaihto-, sijoitus- vai muuhun omaisuuteen, ei ole merkitystä tappioiden siirtymisen kannalta.<sup>200</sup> TVL 123.2 §:ssä ei kuitenkaan ole asetettu tappioiden siirtymisen edellytykseksi, että vastaanottava yhtiö jatkaisi sulautuvan yhtiön toiminnan harjoittamista tai että sulautuva yhtiö harjoittaisi liiketoimintaa sulautumishetkellä.<sup>201</sup>

Merkittävä tekijä omistusosuuden lisäksi on TVL 123.2 §:ssä asetettu vaatimus siitä, että sulautuvan yhtiön osakkeiden omistus on tullut kestävä tappiovuoden alusta lukien.<sup>202</sup>

Tappiovuotta ei ole TVL:ssä määritelty, joten tarkemman sääntelyn puuttuessa sillä tarkoitetaan verovuoden muodostavaa tilikautta.<sup>203</sup> Mikäli sulautuminen siis toteutetaan

---

<sup>198</sup> Nuotio 2021, s. 275.

<sup>199</sup> Engblom ym. 2020, s. 437.

<sup>200</sup> Nuotio 2012, s. 304–306.

<sup>201</sup> Immonen 2018, s. 278 ja Järvenoja 2007, s. 376–377. Lopullisten tappioiden näkökulmasta asia ei voisi toisin ollakaan, sillä kuten edellä on käsitelty, tappioiden lopullisuus edellyttää, ettei ulkomainen tytäryhtiö harjoita enää liiketoimintaa, josta se voisi saada tuloja tulevina verovuosina.

<sup>202</sup> Immonen 2018, s. 279.

<sup>203</sup> Nuotio 2012, s. 305.

saman tilikauden aikana, jolloin sulautuva yhtiö on hankittu eivät tappiot siirry sulautumisen yhteydessä vastaanottavalle yhtiölle. Tappioiden siirtymisen kannalta sulautumisen oikea-aikaisen toteuttamisen voidaan siis katsoa olevan erityisen tärkeää. Tästä huolimatta, edellä käsitellyn ratkaisun KHO 2020:51 mukaisesti, omistusedellytys täyttyy tilanteessa, jossa sulautuvan yhtiön omistus on sulautumishetkellä eri osakkaalla kuin tappiovuoden alkuhetkellä. TVL 123.2 § ei edellytä, että sulautuvan yhtiön omistus olisi tappiovuoden alusta sulautumiseen asti saman vastaanottavan yhtiön osakkaalla tai sillä itsellään. Vastaanottavan yhtiön osakas voi siis luovuttaa tappiovuoden aikana sulautuvan yhtiön osakkeita vastaanottavalle yhtiölle.<sup>204</sup>

KHO on viimeaikaisessa oikeuskäytännössään tehnyt joitakin linjauksia TVL 123.2 §:ää koskien. Vuosikirjaratkaisussaan KHO 2019:51 se katsoi, että TVL 123.2 §:ssä tarkoitettuna osakeomistuksena sulautuvassa yhtiössä on otettava lukuun myös vastaanottavan yhtiön osakkaan tappiovuoden aikana välilliseksi muuttunut omistus sulautuvassa yhtiössä.<sup>205</sup> TVL 123.2 §:ssä tarkoitettu osakeomistus sulautuvassa yhtiössä siis laajeni koskemaan vastaanottavan yhtiön ja sen osakkaiden välittömien osakeomistuksien lisäksi myös näiden välillisiä osakeomistuksia.<sup>206</sup> Ratkaisussa KHO 2021:104 KHO taas on katsonut, ettei TVL 123.2 §:n edellytysten täyttymistä arvioitaessa huomioon otettavaa osakaskuntaa voida laajentaa niin, että tappiollisen sulautuvan yhtiön osakkaana olevan osakeyhtiön omistajien välilliset omistukset sulautuvassa yhtiössä otettaisiin huomioon.<sup>207</sup> Ratkaisussa KHO 2021:105 se taas katsoi, että TVL 123.2 §:n mukaan vastaanottavan yhtiön osakkaalla tarkoitetaan sellaista osakasta, joka on hankkinut vastaanottavan yhtiön osakkeita ennen sulautuvan yhtiön tappiollisen verovuoden alkua, ja kun tappiot tehneen sulautuvan yhtiön osakkaat olivat tulleet sulautumisessa vastaanottavana yhtiönä toimivan yhtiön omistajiksi vasta tappiovuoden aikana, eivät TVL 123.2 §:n edellytykset täyttyneet.<sup>208</sup>

---

<sup>204</sup> Nuotio 2021, s. 275.

<sup>205</sup> KHO on ratkaisuihissa KHO 2021:104 ja KHO 2021:105 katsonut, että vastaavasti alun perin välillinen omistus vastaanottavassa yhtiössä voidaan sinänsä ottaa huomioon, kun arvioidaan TVL 123.2 §:ssä asetettujen edellytysten täyttymistä.

<sup>206</sup> Nuotio 2021, s. 273.

<sup>207</sup> KHO perusteli ratkaisuaan sillä, että huomioimalla välillinen omistus TVL 123.2 §:n sanamuodon mukainen osakaskunta laajenisi olennaisesti ja samalla sulautumisesta voisi muodostua tapa kiertää TVL 122 §:ssä asetettuja tappioiden vähennysoikeutta ja omistajanvaihdostilanteita koskevia rajoituksia.

<sup>208</sup> Asiaa ei muuttanut se, että tilannetta arvoitiin yritysjärjestelydirektiivin tavoitteiden perusteella ja että sulautumiselle oli liiketaloudellisia syitä eikä myöskään se, että sulautuvan yhtiön osakkaat olivat tappiollisen verovuoden aikana saaneet välilliseen omistukseensa koko vastaanottavan yhtiön osakekannan.

### 3.3.3 Tytäryhtiön vähennysoikeus

Kotimaisen oikeuden mukaan selvää on, että tappiot voivat siirtyä vähennettäväksi sulautumisessa vastaanottavalle yhtiölle ainoastaan, mikäli sulautuvalla yhtiöllä on itsellään ollut oikeus tappioiden hyödyntämiseen ennen sulautumisen toteuttamista.<sup>209</sup> Jos siis tappioiden vähentämisoikeus on esimerkiksi TVL 122.1 §:n mukaisesti menetetty omistajanvaihdoksen johdosta, eikä sulautuva yhtiö ole saanut TVL 122.3 §:n mukaista poikkeuslupaa tappioiden vähentämiseksi, eivät tappiot voi siirtyä. KHO on ratkaisussaan KHO 2019:131 vahvistanut, ettei vastaanottava yhtiöllä voi olla parempaa oikeutta sulautuvan yhtiön tappioiden hyödyntämiseen kuin sulautuvalla yhtiöllä itsellään oli, eli oikeus vähentää tappio voi siirtyä vain tilanteessa, jossa sulautuvalla yhtiöllä itsellään on ollut edellytykset tappioiden vähentämiseen verotuksessaan.

Myös ulkomaisella tytäryhtiöllä tulee olla oikeus sen omien tappioiden vähentämiseen sen asuinvaltion verotuksessa, jotta ne voisivat lopullisina tappioina siirtyä vähennettäväksi suomalaisen emoyhtiön verotuksessa. Tämä käy ilmi EUT:n oikeuskäytännöstä: Jotta tappioita voitaisiin pitää lopullisena, tulee tytäryhtiön asuinvaltion verolainsäädännön mahdollistaa tappioiden vähentäminen – tappiot eivät voi tulla lopullisiksi kyseisen valtion lainsäädännöllisistä syistä johtuen, kuten luvussa 2.2.2 on todettu. Tämä ilmenee muun muassa EUT:n tuomiosta C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta, jossa tuomioistuin katsoi, ettei ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden lopullisuus voi aiheutua siitä, että kyseisen tytäryhtiön asuinjäsenvaltion lainsäädäntö ei salli minkäänlaista mahdollisuutta tappioiden siirtämiseksi.<sup>210</sup> Jos siis esimerkiksi tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännön mukaan yhtiön tappiot ovat vanhentuneet, ei tästä syystä kysymyksessä voi olla EUT:n oikeuskäytännön mukainen lopullinen tappio, ainakaan suomalaisen emoyhtiön ulkomaisen tytäryhtiön kohdalla. Myöskään tilanteessa, jossa ulkomaisen tytäryhtiön tappio on vanhentunut Suomen kansallisen lainsäädännön mukaan, eli tappio on aiheutunut yli kymmenen verovuotta sitten, ei kyseessä voi olla lopullinen tappio.<sup>211</sup>

---

<sup>209</sup> Immonen 2018, s. 282–283.

<sup>210</sup> Ks. myös asia C-322/11, K, 75–78 kohdat.

<sup>211</sup> Nuotio 2021, s. 274. Ks. myös KHO 2020:36, jossa katsottiin, ettei suomalainen emoyhtiö voinut antaa konserniavustusta ruotsalaisen tytäryhtiön tappioita vastaan, jotka olivat TVL 119.1 §:n mukaan vanhentuneet, sillä kysymys ei ollut tytäryhtiön Marks & Spencer -tuomion 55 kohdan mukaisten lopullisten tappioiden kattamisesta.

Nuotio on huomauttanut, kun KHO:n vuoden 2020 rajat ylittävää sulautumista koskevissa viidessä ratkaisussa ei ollut kyse Suomen tai tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännön perusteella vanhentuneista tappioista, ettei ratkaisuissa myöskään tarkasteltu kysymystä siitä, olisiko tappio voinut olla lopullinen, jos tappion vähentämisoikeus olisi menetetty omistajanvaihdoksesta johtuen TVL 122.1 §:ää vastaavan ulkomaisen säännöksen johdosta.<sup>212</sup> Nähdäkseni voidaan kuitenkin tulkita, että mikäli tappion vähennysoikeus on menetetty omistajanvaihdoksesta johtuen tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännön perusteella, ei tappio ole käytettävissä lainsäädännöllisistä syistä, eikä se näin ollen ole EU-oikeuden näkökulmasta lopullinen. Myöskään kansallisen verolainsäädännön näkökulmasta tällaisessa tilanteessa tappiota ei olisi mahdollista siirtää kotimaiselle emoyhtiölle, sillä, kuten edellä on todettu, vastaanottavalla yhtiöllä ei voi olla parempaa oikeutta tappioiden vähentämiseen kuin mitä sulautuvalla yhtiöllä oli. Toinen kysymys on, mikäli tytäryhtiön asuinvaltiossa olisi käytössä TVL 122.3 §:ää vastaava poikkeuslupamekanismi, joka mahdollistaisi tappioiden hyödyntämisen omistajanvaihdoksesta huolimatta, voitaisiinko tappioita pitää lopullisina tilanteessa, jossa poikkeuslupa olisi teoriassa mahdollista saada, mutta sitä ei olisi vielä haettu. Arvioinnin kannalta kriittisessä osassa olisivat kuitenkin poikkeusluvan saamisen edellytykset, ja esimerkiksi TVL 122.3 §:n soveltamisedellytyksiä ajatellen poikkeusluvan saaminen voisi olla erittäin epätodennäköistä – ellei mahdotonta – tilanteessa, jossa yhtiön liiketoiminta on lopetettu ja sen omaisuus myyty, sillä Verohallinnon ohjeesta ilmenevän mukaan luvan myöntäminen edellyttää, että tappioiden vähentäminen on tarpeen yhtiön toiminnan jatkumisen kannalta ja että yhtiö jatkaa toimintaansa<sup>213</sup>. Mikäli yhtiön toiminnan jatkumista ei kuitenkaan edellytettäisi, voisi olla mahdollista ajatella, että tappiot ovat vielä lainsäädännön puitteissa hyödynnettävissä, eikä niiden lopullisuus esty tämän johdosta.

### 3.3.4 Tappioiden (tosiasialliset) vähentämismahdollisuudet tytäryhtiön asuinvaltiossa

Tytäryhtiön tappioiden lopullisuus edellyttää, että se on käyttänyt loppuun kaikki mahdollisuudet tappioiden hyödyntämiseksi asuinvaltiossaan.<sup>214</sup> EUT:n edellä luvussa 2.2 käsitellyn oikeuskäytännön perustella tämä tarkoittaa tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännöstä riippumattomia, tosiasiallisia mahdollisuuksia tappioiden hyödyntämiseksi. Tytäryhtiön

---

<sup>212</sup> Nuotio 2021, s. 274.

<sup>213</sup> Verohallinto 2020a, kohta 2.1 Poikkeusluvan myöntämisen edellytykset.

<sup>214</sup> Asia C-446/03, Marks & Spencer, 55 kohta.

vähentämismahdollisuudet voidaan jakaa kahteen osaan: 1) tytäryhtiön omiin mahdollisuuksiin vähentää tappio joko aikaisempien tai tulevien verovuosien voitoista; ja 2) kolmasien tahojen mahdollisuuksiin vähentää tappio tytäryhtiön asuinvaltiossa tulevien verovuosien aikana etenkin siinä tapauksessa, että tytäryhtiö on sille myyty.

Tytäryhtiön omien vähentämismahdollisuuksien osalta tappioiden lopullisuus EUT:n oikeuskäytännön perusteella käytännössä edellyttää, ettei tytäryhtiö saa enää edes vähäisiä tuloja asuinvaltiossaan, jota vastaan se voisi tappioita vähentää.<sup>215</sup> Tämä käy ilmi esimerkiksi ratkaisusta KHO 15.5.2020 T 2104, jossa tytäryhtiön vielä sulautumisvuonna saamien vähäisten korkotulojen (3 582 euroa) johdosta tappioita (noin 17 miljoonaa euroa) ei voitu pitää lopullisina. Näin katsottiin myös siitä huolimatta, että tytäryhtiön sulautumisvuoden tulos oli tappiollinen. Tästä voidaan päätellä, ettei tappioiden lopullisuuden arvioimisessa merkitystä anneta sille, että tytäryhtiön tilikauden tulos olisi tappiollinen ja ettei aiempina vuosina aiheutuneita tappioita näin päästä verotuksessa tosiasiallisesti vähentämään. Tulojen määrä arvioidaan siis tytäryhtiön bruttotulojen perusteella<sup>216</sup>. KHO:n vuoden 2020 ratkaisujen perusteella on selvää, ettei ainoastaan emoyhtiön ilmoitus siitä, että tytäryhtiölle ei tule enää kertymään tulevaisuudessa tuloja, ole riittävä, vaan tämän taloudellisesta tilanteesta on esitettävä konkreettista näyttöä, jolla voidaan osoittaa, ettei tuloja ole enää mahdollista saada. Käytännössä tytäryhtiöllä ei saa siis olla jäljellä mitään tuloa kerryttävää omaisuutta, jotta tämä voitaisiin näyttää toteen. Nuotio on edelleen myös huomauttanut, että jos tytäryhtiötä on ennen sulautumista tyhjennetty osingonjaon tai sen omaisuuden selvästi alihintaisen myynnin muodossa, voi tällä olla vaikutusta arvioitaessa tappioiden lopullisuutta.<sup>217</sup> Ratkaisun KHO 2007:78 perusteella, jos yhtiön osakas on tyhjentänyt yhtiötä ennen purkamista, ei tästä aiheutuvaa tappiota voida pitää vähennyskelpoisena. Analogisesti samoin voitaisiin ajatella myös tappioiden osalta sulautumisen kohdalla, eli jos ulkomaisen tytäryhtiö on tyhjennetty varoistaan ennen sulautumista ilman liiketaloudellista perustetta, ei tappioita voitaisi pitää lopullisina, vaikka muulta osin ne EU-oikeuden edellytysten perusteella lopullisia olisivatkin.

Kuten jo aiemmin on käynyt ilmi, riittävää ei kuitenkaan ole, että tytäryhtiö itse on käyttänyt loppuun mahdollisuudet tappioiden hyödyntämiseksi, vaan tappioiden lopullisuuden

---

<sup>215</sup> Asia C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta, 36 kohta. Ks. myös Danish 2015, s. 419, joka on todennut, että tulojen kattaessa verovuodessa ainoastaan yhden prosentin tappioiden määrästä on tämä kuitenkin riittävää estämään tappioiden lopullisuuden.

<sup>216</sup> Nuotio 2021, s. 276.

<sup>217</sup> Ibid., s. 278.

osoittamiseksi myöskään kolmansien tahojen ei tule voida hyödyntää tappioita tytäryhtiön asuinvaltiossa tulevien verovuosien kuluessa. Tappioiden lopullisuuden edellytysten täyttymisen kriteerit on siten jo itsessään asetettu korkeiksi, ja tämän osoittamista voidaan edelleen katsoa vaikeuttavan EUT:n linjaus siitä, etteivät tytäryhtiön asuinvaltion verolainsäädännön tappioiden siirtymistä rajoittavat säännökset tee tappioista lopullisia – tappiot kun eivät voi tulla lopullisiksi ainoastaan lainsäädännöllisistä syistä. Myös luvussa 4.1.2 käsitellyissä KHO:n vuoden 2020 ratkaisuissa suomalaiset emoyhtiöt olivat esittäneet selvitystä tytäryhtiöidensä asuinvaltion tappioiden siirtymistä sulautumisen yhteydessä rajoittavasta lainsäädännöstä, mutta KHO katsoi EUT:n oikeuskäytännön mukaisesti, ettei tämä tehnyt tappioista lopullisia. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että tällainen lainsäädäntö voisi kuitenkin viitata tytäryhtiön tappioiden olevan tosiasiallisesti lopullisia, jos se tarkoittaa, ettei tappioita voida siirtää kolmannelle taholle.<sup>218</sup> Samaisissa KHO:n ratkaisuissa emoyhtiöt myös olivat esittäneet arvioita ulkomaisten tytäryhtiöiden myyntimahdollisuuksista kolmansille tahoille. Emoyhtiöt eivät kuitenkaan olleet esittäneet näyttöä siitä, että tytäryhtiöitä olisi tosiasiaassa yritetty myydä, vaan kyse siis oli emoyhtiöiden omista arvioista, joiden ei voida vielä itsessään katsoa osoittavan tappioiden lopullisuutta, sillä lopullisuus ei voi perustua emoyhtiön omiin arvioihin ilman konkreettista näyttöä.<sup>219</sup>

### **3.4 Lopullisten tappioiden vähentäminen vastaanottavan suomalaisen emoyhtiön verotuksessa**

TVL 123.2 §:ssä tai muuallakaan TVL:ssä ei ole erityissäännöksiä siitä, miten vastaanottavalle yhtiölle sulautumisessa siirtyneet sulautuneen yhtiön tappiot vähennetään sen verotuksessa. Tappioiden vähentämisessä noudatetaan siis yleisiä tappiontasausta koskevia TVL:n V osan säännöksiä.<sup>220</sup> Tästä johtuen sulautuminen ei siis pidennä tappioiden vähentämisen määräaikaan tulevina verovuosina, vaan tappiot on vähennettävä siinä ajassa, jonka kuluessa sulautuvan yhtiön tuli ne itse alkujaan käyttää. Lisäksi tappiot vähennetään sille itselleen kertyneiden tappioiden kanssa vanhimmasta alkaen sitä mukaan, kun

---

<sup>218</sup> van den Broek 2020, s. 58. Ks. myös Nuotio 2021, s. 278–279, joka on todennut, että emoyhtiön osoitettava myös se, ettei kolmas taho pääse hyödyntämään tappioita niin, että voitollinen yhtiö sulautuu tappiolliseen tytäryhtiöön ja samassa se lunastaa tappiollisesta tytäryhtiöstä sen osakkaan (eli emoyhtiön) osuuden. Nuotion huomautuksen voidaan katsoa asettavan tappioiden lopullisuuden osoittamisen kynnyksestä edelleen korkeammalle, sillä tämän perusteella kaikki mahdolliset yritysjärjestelyt, joissa tappiot voisivat siirtyä, tulee ottaa arvioinnissa huomioon.

<sup>219</sup> Ks. luku 3.2.4.

<sup>220</sup> Nuotio 2012, s. 328–329 ja Andersson – Penttilä 2014, s. 885.

vastaanottavalle yhtiölle kertyy verotettavaa tuloa.<sup>221</sup> Tappioiden siirtymisen jälkeen niitä käsitellään vastaanottavan yhtiön verotuksessa kuin sen omia tappioita. Siirtyneiden tappioiden käyttöoikeus voidaan esimerkiksi menettää TVL 122.1 §:n mukaisen omistajanvaihdoksen johdosta.<sup>222</sup>

Ratkaisun KHO 2013:155 perusteella on selvää, että ulkomaisen tytäryhtiön tappiot tulee laskea EVL:n mukaisesti, ettei ulkomailla asuvaa tytäryhtiötä kohdella epäyhdenvertaisesti laskettaessa sen tappioita verrattuna siihen, jos sulautuminen olisi toteutettu kotimaisen tytäryhtiön kanssa.<sup>223</sup> Rajat ylittävän sulautumisen osalta kuitenkin kysymys siitä, miten tytäryhtiön lopulliset tappiot tulisi vähentää suomalaisen emoyhtiön verotuksessa sulautumisen jälkeen, on avoin. KHO:n vuoden 2020 sulautumispäätöksistä ei saatu tähän apua, kun yhdessäkin tapauksessa tappioita ei katsottu lopullisiksi, eikä asiaan näin KHO:n tarvinnut ottaa kantaa. Nuotio on katsonut ratkaisun KHO 2013:155 perusteella olevan johdonmukaista, että rajat ylittävissä sulautumisissa suomalaiselle vastaanottavalle yhtiölle siirtyneisiin lopullisiin tappioihin sovellettaisiin TVL V osan säännöksiä, jolloin tappiot vähennettäisiin samoin kuin kotimaisen tytäryhtiön tappioiden siirtyessä sen suomalaiselle emoyhtiölle sulautumisen yhteydessä. Lisäksi suomalaisen emoyhtiön sulautuessa tai jakautuessa myöhemmin toisiin suomalaisiin yhtiöihin, samaiset tappiot voisivat siirtyä edelleen näille TVL 123.2 §:n edellytysten täytyessä.<sup>224</sup>

Oma problematiikkansa liittyy tilanteeseen, jossa ulkomaisen tytäryhtiön asuinvaltion tappioiden vanhentumiselle asettamat säännökset poikkeavat TVL 119.1 §:n vastaavasta säännöksestä. TVL V osan suora soveltaminen johtaisi siihen, että ulkomaiselta tytäryhtiöltä siirtynyt tappio tulisi vähentää TVL 119.1 §:n mukaisesti kymmenen verovuoden kuluessa siitä huolimatta, että tytäryhtiön asuinvaltiossa vanhentumisaika olisi lyhyempi.<sup>225</sup> Nähdäkseni voidaan perustellusti katsoa, ettei tappioiden vanhentumisaika voi pidentyä sulautumisen seurauksena, sillä näin konserni voisi pyrkiä pidentämään tappioiden käyttöaikaa perusteettomasti. Tätä voidaan kuitenkin pitää melko pienenä riskinä johtuen vaikeudesta osoittaa tappioiden lopullisuus. Verohallinto on ohjeistuksessaan ottanut asiassa

---

<sup>221</sup> Nuotio 2012, s. 329 ja Tikka ym. 2017, luku 23, Tappiontasaus ja sulautuminen, Peräkkäiset sulautumiset ja Tappioiden vähentämisjärjestys ja -aika. Ks. myös Andersson – Penttilä 2014, s. 885, tappiot voidaan vähentää jo vastaanottavan yhtiön verotuksessa jo sulautumisvuonna.

<sup>222</sup> Andersson – Penttilä 2014, s. 885 ja Järvenoja 2007, s. 380.

<sup>223</sup> Ks. luku 4.1.1.

<sup>224</sup> Nuotio 2021, s. 279–280.

<sup>225</sup> Ibid., s 280.

vastaavanlaisen kannan.<sup>226</sup> Sinänsä voidaan mielestäni pitää selvänä, että tilanteessa, jossa ulkomaisen tytäryhtiön asuinvaltiossa tappioiden vanhentumisaika on kotimaista pidempi tai jopa rajoittamaton, vanhentumisaika määräytyy TVL 119.1 §:n perusteella, sillä muu tulkinta asettaisi kotimaiset yhtiöt epäedullisempaan asemaan.

Toinen avoin seikka liittyy siihen, mikä merkitys annetaan, sille, että EVL:n mukaan laskettu tappioiden määrä saattaa poiketa siitä, mikä lopullisten tappioiden määrä on ulkomaisen tytäryhtiön asuinvaltion verolainsäädännön perusteella. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että sulautuvan yhtiön EVL:n mukaisen tappion laskenta tulisi rajata ainoastaan niihin verovuosiin, joihin yhtiön asuinvaltiossa on verotuksessa vahvistettu tappio.<sup>227</sup> Perusteltuna voitaisiin kuitenkin myös pitää tuloksen laskemista EVL:n mukaan viimeiseltä kymmeneltä verovuodelta siinä tapauksessa, että tappiollisten verovuosien välissä on ollut yksittäinen voitollinen verovuosi, jolloin tappioita on päästy käyttämään, sillä tällä on vaikutusta tappioiden kokonaismäärään, kun voidaan pitää todennäköisenä, että EVL:n ja tytäryhtiön asuinvaltion verotettavan tulon laskusäännöt poikkeavat toisistaan. Verohallinto on katsonut ohjeessaan EVL:n mukaisen laskennan koskevan vain niitä verovuosia, joilta sulautuvan yhtiön asuinvaltion verotuksessa on vahvistettu tappio.<sup>228</sup> Oikeuskirjallisuudessa on myös esitetty, että mikäli EVL:n mukaan lasketut tappiot ylittävät tytäryhtiön asuinvaltion verolainsäädännön mukaan laskettujen tappioiden määrän, ei tältä osin kysymyksessä olisi tytäryhtiön asuinvaltiossa vahvistettu lopullinen tappio, joka voidaan vähentää, vaikka toisenlainen tulkintakin olisi mahdollinen EUT:n A Oy -tuomion ja KHO 2013:155 ratkaisun perusteella.<sup>229</sup> Siirtyvien tappioiden enimmäismääränä voitaisiin siis pitää tytäryhtiön asuinvaltiossa vahvistettujen tappioiden määrää, jota voidaan oikaista ainoastaan alaspäin.<sup>230</sup>

Ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden vähentämisen selventämiseksi olisi toivottavaa saada asiaan KHO:n ennakkoratkaisu, joka yksiselitteisesti linjaisi yllä esitetyt vähentämiseen liittyvät epäselvyydet. On kuitenkin mahdollista, että tällaista linjausta saadaan odottaa hyvän aikaa, sillä jotta tappioiden vähentämistä päästäisiin ylipäätään arvioimaan, on hakijan ensin

---

<sup>226</sup> Verohallinto 2020b, kohta 3.5.3 Tappioiden siirtyminen rajat ylittävissä sulautumisissa.

<sup>227</sup> Ahonen – Pykönen – Salmikivi 2019, s. 546.

<sup>228</sup> Verohallinto 2020b, kohta 3.5.3 Tappioiden siirtyminen rajat ylittävissä sulautumisissa.

<sup>229</sup> Penttilä 2015, s. 4, joka on katsonut, että jos myös tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännön mukaan laskettujen tappioiden määrä ylittyy, voi tämä avata joskus vaaran tappioiden kaksinkertaiselle käyttämiselle.

<sup>230</sup> Ahonen – Pykönen – Salmikivi 2019, s. 546. Ks. Verohallinto 2020b, kohta 3.5.3 Tappioiden siirtyminen rajat ylittävissä sulautumisissa, Verohallinnon kanta asiaan on oikeuskirjallisuudessa esitettyä vastaava.

osoitettava tappioiden olevan lopullisia, ja kuten tässä tutkielmassa on käynyt ilmi, on tämän osoittaminen jo itsessään haastavaa.

## 4 Konzernivähennys

### 4.1 Uuden lainsäädännön tausta

Vuoden 2021 alusta lähtien Suomessa sijaitsevan emoyhtiön on ollut mahdollista ottaa huomioon sen ulkomailla sijaitsevan tytäryhtiönsä lopulliset tappiot omassa verotuksessaan konsernivähennyksenä, josta säädetään laissa Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä. Uuden lain tavoitteena on varmistaa ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden huomioon ottaminen konserniverotuksessa EU-oikeuden edellyttämällä tavalla kuitenkin samalla turvaten edelleen Suomen veropohjaa.<sup>231</sup>

Lainsäädännön taustalla on komission Suomea vastaan käynnistämä rikkomusmenettely<sup>232</sup> sen katsottua, ettei Suomen verolainsäädäntö ole linjassa EU-oikeuden kanssa eri yhteisöjen välisten konserniavustusten vähennyskelpoisuuden osalta ja että vähennyskelpoisen konserniavustuksen antaminen toisessa jäsen- tai ETA-valtiossa olevalle konserniyhtiölle tulisi hyväksyä silloin, kun kysymys on konserniyhtiön EUT:n oikeuskäytännön mukaisista lopullisista tappioista.<sup>233</sup> Sinänsä Suomen oikeuskäytäntö<sup>234</sup> mahdollisti rajat ylittävän konserniavustuksen vähennyskelpoisuuden, kun se tehtiin ulkomaisen tytäryhtiön lopullisia tappioita vastaan, mutta huolimatta siitä, että kansallista lainsäädäntöä sovelletaan EU-oikeudellisten vaatimusten mukaisesti, edellyttävät EU-oikeuden ensisijaisuus ja oikeusvarmuus, että EU-oikeuden mukaiset vaatimukset otetaan huomioon myös kansallisessa lainsäädännössä eikä lainsäädännön korjaaminen EU-oikeuden mukaiseksi verotuskäytännöllä ole riittävä asian ratkaisemiseksi.<sup>235</sup> Ongelmaa ei lähdetty korjaamaan konserniavustuslain soveltamisalaa laajentamalla, vaan tämän sijaan käyttöön on otettu kokonaan uusi tappiontasausmekanismi, joka kuitenkin johtaa vastaavaan lopputulemaan kuin jos emoyhtiö antaisi tytäryhtiölle vähennyskelpoista konserniavustusta. KonsVähL:n säätämisen vuoksi voidaan katsoa, ettei lopullisten tappioiden vähentäminen rajat ylittävällä konserniavustuksella ole enää mahdollista KonsVähL:n kattamissa tilanteissa, sillä EU-oikeuden perusteella tätä ei enää kansalliselta lainsäädännöltä edellytetä konsernivähennyksen korvatessa rajat ylittävän konserniavustuksen näissä tilanteissa.<sup>236</sup>

---

<sup>231</sup> HE 185/2020 vp, s. 15.

<sup>232</sup> Rikkomusasia INFR(2018)4041.

<sup>233</sup> HE 185/2020 vp, s. 5. Ks. luku 2.2 lopullisista tappiosta EUT:n oikeuskäytännössä.

<sup>234</sup> KHO 2020:36.

<sup>235</sup> Helminen 2020, s. 544 ja Helminen 2018, s. 28 kansallisten säännösten ristiriitaisuudesta EU-oikeuden kanssa.

<sup>236</sup> Helminen 2020, s. 545–546.

KonsVähL koskee ainoastaan ulkomaisten lopullisten tappioiden huomioon ottamista konsernin sisäisessä tappiontasauksessa.<sup>237</sup> Lain esitöiden mukaan konsernivähennyksen ohella perusteltua olisi ollut säätää myös lopullisten tappioiden siirtymisestä rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä, mutta tätä ei kuitenkaan vielä tässä kohtaa päädytty ehdottamaan, vaan se jätettiin konserniverojärjestelmän uudistamista varten valtiovarainministeriön toimesta perustetun työryhmän tarkasteltavaksi. Tätä peruteltiin sillä, että rajat ylittävä tappioiden siirtyminen sulautumisessa liittyy samalla siihen, miten tappioiden siirtymistä sulautumisessa kohdellaan puhtaasti kansallisissa tilanteissa, millä taas on liittynyt konserniverotusta koskeviin säännöksiin.<sup>238</sup> Lisäksi komission rikkomusmenettely koski ainoastaan konserniavustusjärjestelmää, ja menettelyn luomista aikataulupaineista johtuen ristiriita EU-oikeuden kanssa oli korjattava nopeasti.<sup>239</sup>

Luvussa on tarkoitus käsitellä ensinnäkin konsernivähennyksen taustalla vaikuttavia seikkoja, jotka ovat johtaneet uuden tappiontasausmekanismin käyttöön ottamiseen sekä konsernivähennyksen tekemisen edellytyksiä, jotka liittyvät kiinteästi tappioiden lopullisuuteen KonsVähL:n mukaan.

## 4.2 Komission käynnistämä rikkomusmenettely Suomea vastaan

Jäsenvaltion jättäessä noudattamatta EU-oikeudellisia velvoitteitaan komissio voi SEUT 258 artiklan nojalla nostaa sitä vastaan kanteen EUT:ssa. Komissio ei kuitenkaan voi nostaa kannetta suoraan, vaan kyseessä on nelivaiheinen prosessi, jonka vaiheita ovat epävirallinen vaihe, virallinen ilmoitus, perusteltu lausunto sekä oikeudenkäynti. Tavallisesti jäsenvaltiot ovat korjanneet menettelyään jo epävirallisessa vaiheessa, mutta mikäli jäsenvaltion vastaukset eivät tyydytä komissiota, voi tämä ryhtyä jatkotoimenpiteisiin ja lopulta viedä asian aina EUT:een asti.<sup>240</sup>

Komissio lähetti Suomelle vuoden 2019 maaliskuussa virallisen huomautuksen, jossa se pyysi Suomea muuttamaan konserniavustusten vähennyskelpoisuutta koskevaa lainsäädäntöään, sillä sen mukaan Suomen verolainsäädäntö ei vaikuttanut sallivan SEUT 49 artiklan ja ETA-sopimuksen 31 artiklan vastaisesti muissa EU- ja ETA-valtioissa kotipaikkaansa pitävillä konserniyhtiöille suoritettavien konserniavustusten verovähennyskelpoisuutta näiden

---

<sup>237</sup> Järvinen 2021, s. 414.

<sup>238</sup> HE 185/2020 vp, s. 15.

<sup>239</sup> Ks. luku 4.1.

<sup>240</sup> Raitio 2016, s. 145–146.

lopullisten tappioiden osalta, jolloin suomalaiset yritykset todennäköisesti luopuvat tytäryhtiöiden perustamisesta ulkomaille verorasituksen ollessa suurempi kuin kotimaisen tytäryhtiön kohdalla.<sup>241</sup> Huomautuksessa komissio rinnasti Suomen konserniavustusjärjestelmän tuomion C-446/03, Marks & Spencer mukaisiin konsernin sisäisiin tappiontasausjärjestelmiin ja totesi, että silloin, kun konserniavustuksen vähennyskelpoisuutta ei hyväksytä toiseen EU- tai ETA-valtioon sijoittautuneen konserniyhtiön lopullisia tappioita vastaan, ylittää tämä sen, mikä on tarpeen verotusvallan tasapuolisen jakautumisen varmistamisen ja veronkierron ehkäisemisen tavoitteiden saavuttamiseksi.<sup>242</sup> Komission antoi Suomelle kahden kuukauden määräajan toteuttaa tarvittavat toimet sijoittautumisvapauden rikkomisen lopettamiseksi.<sup>243</sup> Toukokuussa 2019 Suomen hallitus vastasi komissiolle ja totesi kansallista verolainsäädäntöä muutettavan heti kun uusi hallitus on aloittanut työskentelynsä huhtikuun 2019 eduskuntavaalien jälkeen niin, että EUT:n oikeuskäytännön mukaiset ulkomaisen tytäryhtiön lopulliset tappiot otetaan jatkossa huomioon. Lainsäädännön muutos oli tarkoitus tehdä työryhmän valmistelujen pohjalta ja sen toimikausi olisi päättynyt 2021 tammikuussa.<sup>244</sup>

Toukokuussa 2020 komissio kuitenkin esitti Suomelle perustellun lausunnon SEUT 258 artiklan perusteella, koska Suomen verolainsäädäntö oli edelleen ristiriidassa EU-oikeuden kanssa eikä lainsäädännön muutosaikataulu ollut riittävän nopea, ja se vaati Suomea esittämään konkreettisen ehdotuksen SEUT 49 artiklan ja ETA-sopimuksen 31 artiklan rikkomisen lopettamiseksi neljän kuukauden kuluessa.<sup>245</sup> Komissio muistutti, että kysymys on lähinnä harvinaisista tilanteista, joissa on kysymys suomalaisen yhtiön toiseen EU- tai ETA-valtioon sijoittautuneen tytäryhtiön Marks & Spencer -tuomion 55 kohdan mukaisista lopullisista tappioista, eikä tämän pitäisi vaatia laajoja lainsäädännöllisiä muutoksia, ja esimerkiksi Suomen tappiontasausjärjestelmää ei tämän johdosta tarvitsisi uudistaa kokonaisuudessaan.<sup>246</sup> Rikkomusasian käsittely päätettiin komission toimesta 9.6.2021.<sup>247</sup>

---

<sup>241</sup> Euroopan komission virallinen ilmoitus 2019, HE 185/2020 vp, s. 14.

<sup>242</sup> HE 185/2020 vp, s. 14.

<sup>243</sup> Euroopan komission virallinen ilmoitus 2019.

<sup>244</sup> HE 185/2020 vp, s. 14.

<sup>245</sup> Euroopan komission perusteltu lausunto 2020.

<sup>246</sup> HE 185/2020 vp, s. 14–15.

<sup>247</sup> Järvinen 2021, s. 414.

### 4.3 Laki Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä

#### 4.3.1 Soveltamisala

KonsVähL 1.1 §:n mukaan laissa säädetään niistä edellytyksistä, joiden täytyessä Suomessa yleisesti verovelvollinen osakeyhtiö tai osuuskunta voi vähentää verotettavasta tulostaan ETA-valtiossa sijaitsevan tytäryhtiön KonsVähL:n mukaisia lopullisia tappioita vastaavan määrän konsernivähennyksenä. Konsernivähennys on siis käytettävissä ainoastaan emoyhtiön ja ulkomaisen tytäryhtiön välillä, jolloin kotimainen emoyhtiö on käyttänyt sen SEUT 49 artiklan mukaista sijoittautumisvapauttaan. Lain 2.1 §:n 1 kohdassa emoyhtiö on määritelty kotimaiseksi osakeyhtiöksi ja osuuskunnaksi, joka omistaa välittömästi vähintään yhdeksän kymmenesosaa tytäryhtiön osakepääomasta tai osuuksista ja jonka verotuksellisen kotipaikan ei katsota kaksinkertaisen verotuksen välttämistä koskevan sopimuksen mukaan olevan toisessa valtiossa. Lain 2.2 §:n mukaan emoyhtiöksi katsotaan myös ETA-valtion lainsäädännön mukaisesti perustettu kotimaiseen osakeyhtiöön tai osuuskuntaan rinnastuva yhtiö, jonka sääntömääräinen kotipaikka on ETA-valtiossa ja jota pidetään Suomessa yleisesti verovelvollisena.<sup>248</sup> Lain valmistelun yhteydessä Helmisen asiantuntijalausunnossa on esitetty, että emoyhtiön määritelmän tulisi koskea myös verosopimusvaltioissa rekisteröityjä ja perustettuja Suomessa yleisesti verovelvollisina verotettavia yhteisöjä, sillä yleisen verovelvollisuuden määritelmää on laajennettu vuoden 2021 alusta koskemaan myös yhteisöjä, joiden johtopaikka sijaitsee Suomessa ja verosopimusten syrjintäkieltosääntöjen perusteella näillä tulisi olla oikeus samoihin vähennyksiin kuin Suomen lain mukaan perustetuilla yleisesti verovelvollisilla yhteisöillä.<sup>249</sup> VM kuitenkin omassa lausunnossa katsoi, ettei konsernivähennyksen soveltamisalaa tulisi säätää laajemmaksi kuin mitä sijoittautumisvapaus edellyttää.<sup>250</sup> Tytäryhtiö taas on KonsVähL 2.1 §:n 2 kohdassa määritelty kotimaista osakeyhtiötä tai osuuskuntaa vastaavaksi ETA-valtiossa asuvaksi yhteisöksi, jonka verotuksellinen kotipaikka on tässä kyseisessä valtiossa. Konserniavustuslain 3.3 §:n salliessa konserniavustuksen antamisen myös sisaryhtiöiden välillä on vastaava mahdollisuus kuitenkin

---

<sup>248</sup> Ks. HE 185/2020 vp, s. 17, jossa on todettu säännöksellä olevan liityntä kotipaikkasääntelyä koskevaan hallituksen esitykseen (HE 136/2020 vp), jonka johdosta Suomessa yleisesti verovelvollisia ovat myös yhteisöt, joiden tosiasiallinen johtopaikka sijaitsee Suomessa (TVL 9.1 § 1 k.), sillä jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti perustetut yhtiöt, joiden sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on yhteisön alueella, voivat SEUT 54 artiklan 1 kohdan mukaan vedota sijoittautumisvapauteen.

<sup>249</sup> Helmisen asiantuntijalausunto 2020, s. 4.

<sup>250</sup> VM:n lausunto 2020, s. 5.

jätetty KonsVähL:n soveltamisalan ulkopuolelle, sillä sisaryhtiön kohdalla kysymys ei ole suomalaisen yhtiön sijoittautumisvapauden käyttämisestä.<sup>251</sup>

Edelleen KonsVähL 1.2 §:ssä todetaan, että lakia voidaan soveltaa ainoastaan osakeyhtiöihin ja osuuskuntiin, jotka voivat antaa ja vastaanottaa konserniavustusta konserniavustuslain perusteella. Kysymykseen tulevat siis konserniavustuslain 2 §:n mukaan osakeyhtiöt ja osuuskunnat, joiden verotukseen sovelletaan EVL:a. Jotta ulkomaisen tytäryhtiön lopulliset tappiot voitaisiin siis huomioida konsernivähennyksen muodossa, tulee ensinnäkin emoyhtiön voida antaa ja vastaanottaa konserniavustusta sekä myös ulkomaisen tytäryhtiön tulee rinnastua kotimaiseen osakeyhtiöön tai osuuskuntaan. KonsVähL:n esitöissä rajausta on perusteltu SEUT 49 artiklan edellytyksellä kohdella kotimaisia ja rajat ylittäviä tilanteita vastaavanlaisesti tilanteiden rinnastuessa objektiivisesti arvioiden toisiinsa, ja jos konserniavustusta ei kotimaisessa tilanteessa voida antaa, ei EU-oikeus myöskään edellytä ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden huomioon ottamista.<sup>252</sup> Tästä syystä KonsVähL 6 §:ssä on erikseen säädetty myös siitä, ettei emoyhtiö saa olla konserniavustuslain 7.1 §:n 3 kohdan mukaisesti EVL:ssa tarkoitettu talletuspankki eikä luotto-, vakuutus- tai eläkelaitos, ja vastaavasti myöskään ulkomainen tytäryhtiö ei saa olla näihin rinnastuva toimija, joka sijaitessaan Suomessa ei voisi antaa tai saada konserniavustusta.

Lain valmistelun yhteydessä Helminen asiantuntijalausunnossaan esittänyt, että konsernivähennys tulisi olla mahdollinen myös sellaisen ulkomaisen emoyhtiön Suomessa sijaitsevan kiinteän toimipaikan verotuksessa, johon tytäryhtiöosakkeet liittyvät ja että tämä tulisi laissa nimenomaisesti mainita. Hän perusteli tätä sillä, että toisesta ETA- tai jäsenvaltiosta olevan emoyhtiön Suomessa sijaitsevan kiinteän toimipaikan verotus ei saa olla ankarampaa kuin Suomessa yleisesti verovelvollisen emoyhtiön verotus.<sup>253</sup> VM kuitenkin katsoi, että EU-oikeuden perustella ei ole selvää, mikä on tämän käytännön suhde lopullisiin tappioihin ja että arvioinnissa on huomioitava onko kyse pääliikkeen vai kiinteän toimipaikan sijoittautumisvapauden käyttämisestä ja kumman verotuksessa lopulliset tappiot tulisi vähentää. VM totesi, että asiaa tullaan tarkastelemaan vasta VM:n asettaman

---

<sup>251</sup> Ks. KVL 2018/23, KHO 11.6.2020 T 2571, ei muutosta. Tapauksessa kysymys oli siis tilanteesta, jossa kotimaisella konserniyhtiöllä oli emoyhtiö toisessa jäsenvaltiossa ja sisaryhtiö kolmannessa jäsenvaltiossa. Vrt. Helmisen asiantuntijalausunto 2020, s. 3, jonka mukaan tulkinnanvaraista on se, olisiko konsernivähennys sallittava emo-tytäryhtiösuhteen lisäksi myös sisaryhtiöiden välillä vastaavasti kuin konserniavustus on mahdollinen kotimaisissa tilanteissa.

<sup>252</sup> HE 185/2020 vp, s.17, ks. asia C-18/11, Philips Electronics, 17 kohta. Ks. myös luvut 2.1.2 ja 2.1.3 sijoittautumisvapaudesta ja sen rajoittamisesta.

<sup>253</sup> Helmisen asiantuntijalausunto 2020, s. 3.

konserniverotuksen uudistamista arvioivan työryhmän jatkovalmistelussa.<sup>254</sup> Nähdäkseni asian jättäminen pois KonsVähL:sta on siinä mielessä perusteltua, että EU-oikeuden perusteella tytäryhtiön lopulliset tappiot voidaan kiinteän toimipaikan sijaan vähentää sen omistavan emoyhtiön verotuksessa, vaikka tytäryhtiön osakkeet liittyisivätkin kiinteään toimipaikan harjoittamaan toimintaan, ja muutoin konserni voisi päästä valitsemaan valtion, jossa tappiot hyödynnetään.

Konsernivähennyksen tekemisen edellytyksenä on siis konserniavustuslain 3 §:ää vastaava yhdeksän kymmenesosan omistusosuus tytäryhtiön osakepääomasta tai osuuksista.

Pääsääntönä on, että omistuksen tulee olla välitöntä<sup>255</sup>, mutta KonsVähL 3 §:ssä mahdollistetaan myös välillinen omistus siinä tapauksessa, että emo- ja tytäryhtiön välissä olevan yhtiön tai yhtiöiden verotuksellinen kotipaikka sijaitsee tytäryhtiön kanssa samassa ETA-valtiossa ja yhtiön tai yhtiöiden kotipaikan ei kaksinkertaisen verotuksen välttämistä koskevan sopimuksen mukaan katsota olevan toisessa valtiossa. Säännös on EUT:n tuomiossa C-608/17, Holmen tekemän linjauksen mukainen.<sup>256</sup> Muussa tapauksessa

konsernivähennyksen tekeminen on siis rajoitettu emoyhtiön välittömässä omistuksessa oleviin ulkomaisiin tytäryhtiöihin. Lain esitöissä ratkaisua on perusteltu sillä, ettei ole mielekästä sallia tilannetta, jossa konserni voisi päästä valitsemaan jäsenvaltion, jossa lopulliset tappiot voitaisiin vähentää, vaan jos emo- ja tytäryhtiön välissä oleva konserniyhtiö sijaitsee kolmannessa valtiossa, määräytyy lopullisten tappioiden vähentäminen tuon valtion lainsäädännön perusteella, eivätkä ne voi siirtyä suomalaiselle emoyhtiölle.<sup>257</sup>

KonsVähL 14 §:n mukaan lakia sovellettiin ensimmäisen kerran vuoden 2021 verotuksessa. Lain valmistelun yhteydessä annettussa Suomen Asianajajaliiton asiantuntijalausunnossa katsottiin, että lakia tulisi kuitenkin voida soveltaa myös taannehtivasti tilanteisiin, joissa konserniavustuksen antaminen ulkomaisille tytäryhtiöille on hylätty, sillä lainsäädäntö ennen tätä oli ollut ristiriidassa EU-oikeiden kanssa.<sup>258</sup> VM katsoi lausunnossaan, PL 81.1 §:ään ja

---

<sup>254</sup> VM:n lausunto 2020, s. 4–5.

<sup>255</sup> Järvinen 2021, s. 417.

<sup>256</sup> Ks. asia C-608/17, Holmen, 33 kohta. Ks. myös tarkemmin Holmen-tuomiosta luku 2.2.3.

<sup>257</sup> HE 185/2020 vp, s. 17. Teoriassa voisi toki olla mahdollista, että tappiot siirtyisivät myöhemmin suomalaisen emoyhtiön vähennettäväksi konsernivähennyksenä, jos tämän kolmannessa jäsenvaltiossa sijaitsevan konserniyhtiön osalta KonsVähL:n mukaiset edellytykset täyttyisivät ja tämä kolmas jäsenvaltio ei vaatisi sille siirtyneiden lopullisten tappioiden vähentämistä välittömästi samana verovuonna, jona ne ovat tälle siirtyneet.

<sup>258</sup> Suomen Asianajajaliiton asiantuntijalausunto 2020, s. 2.

perustuslakivaliokunnan lausuntoihin vedoten<sup>259</sup>, että koska ei ole mahdollista poissulkea uuden sääntelyn olevan joissain tilanteissa tiukempaa kuin tilanteessa, jossa lopullisia tappioita vaaditaan vähennettäväksi voimassa olevan verolainsäädännön nojalla, lakia ei voida soveltaa taannehtivasti. VM totesi, että jos säännöksiä sovellettaisiin taannehtivasti, tarkoittaisi se, että lopullisia tappioita ei voitaisi vaatia enää vähennettäväksi konserniavustuslain nojalla, jonka osalta soveltamisedellytykset voisivat olla lievemmät kuin konsernivähennyksen soveltamisen kohdalla. VM:n mukaan näin ollen ei ollut mahdollista sulkea pois sitä, että taannehtiva soveltaminen jossain tilanteissa heikentäisi verovelvollisen oikeusasemaa ja näin taannehtiva soveltaminen ei ole mahdollista.<sup>260</sup> VM:n toteamusta voidaan pitää siinä mielessä erikoisena, että kun asiantuntijalausunnossa nimenomaisesti vaadittiin taannehtivaa soveltamista tilanteissa, joissa lopullisia tappioita vastaan annetun konserniavustuksen vähennyskelpoisuus oli hylätty, ei nähdäkseen taannehtiva soveltaminen voi enää heikentää verovelvollisen oikeusasemaa, jos vaatimus on jo ennen lain voimaantuloa hylätty. KonsVähL ei ainakaan nimenomaisesti myöskään sulje pois mahdollisuutta vaatia lopullisten tappioiden kattamista konserniavustuksella, jolloin nähdäkseen on epäselvää, miksi VM tulkitsee, että taannehtiva lainsoveltaminen automaattisesti poissulkee tämän mahdollisuuden. Katsoakseni taannehtivalle soveltamiselle ei kuitenkaan ole tarvetta, sillä jos vaatimus lopullisten tappioiden kattamisesta konserniavustuksella on hylätty EU-oikeuden vastaisesti, on kysymys EU-oikeuden virheellisestä tulkinnasta veronsaajan tai tuomioistuimen toimesta, eikä niinkään siitä, ettei Suomen lainsäädännössä suoraan ole tätä mahdollistettu.

#### 4.3.2 Lopulliset tappiot KonsVähL:n mukaan

Kuten edellä luvussa 2.2. on käynyt ilmi, lopullisten tappioiden käsite on peräisin EUT:n oikeuskäytännöstä ja erityisesti sen antamasta Marks & Spencer -tuomion 55 kohdasta<sup>261</sup>, ja tämän mukaisesti myös KonsVähL 4 §:ssä lopulliset tappiot on määritelty tappioiksi, joita laissa määritelty tytäryhtiö tai mikään muu taho ei ole voinut eikä voi käyttää tytäryhtiön verotuksellisessa kotipaikassa tai muualla. Lain esitöissä pykälän perusteluissa viitataan nimenomaisesti mainittuun EUT:n tuomioon, mutta myös muihin edellä tässä tutkielmassa

---

<sup>259</sup> PeVL 3/1983 vp, jossa valiokunta katsoi, että verolain taannehtivuus on hyväksyttävissä silloin, kun kyse on verovelvollisen asemaa parantavasta toimesta ja PeVL 1/2009 vp, jossa valiokunnan tulkinnan mukaan taannehtivaa verolainsäädäntöä tulee välttää.

<sup>260</sup> VM:n lausunto 2020, s. 7–8.

<sup>261</sup> Ks. luku 2.2.

esiteltyihin EUT:n ratkaisuihin, joissa tappioiden lopullisuuden käsite on edelleen tarkentunut.<sup>262</sup> Lain mukaisella tappioiden lopullisuudella viitataan nimenomaan EUT:n käytännöstä ilmenevään lopullisten tappioiden käsitteeseen.<sup>263</sup>

Esitöissä on lisäksi KonsVähL 4 §:n osalta todettu, että vähäinenkin tulomahdollisuus estää EUT:n oikeuskäytännön perusteella tappioiden lopullisuuden. Tällä viitataan selvästi tuomion C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta 36 kohtaan.<sup>264</sup> Vähäisten tulojen osalta lain valmisteluvaiheessa yhdessä asiantuntijalausunnossa on katsottu, ettei suhteellisuusperiaatteen perusteella aivan vähäisiä tuloja tulisi pitää tämänkaltaisina vähäisinä tulomahdollisuuksina.<sup>265</sup> VM kuitenkin vastauksessaan katsoi, että lakiesitys oli tämän osalta EUT:n ja kotimaisen oikeuskäytännön mukainen.<sup>266</sup> Lisäksi esitöissä on todettu, että lopullisuuden arvioinnissa tulee ottaa huomioon myös tappioiden käyttö toisessa valtiossa kuin tytäryhtiön asuinvaltiossa tappioiden kahdenkertaisen vähentämisen estämiseksi.<sup>267</sup>

KonsVähL 4 §:n mukaisella tappioiden käyttämisellä voidaan tarkoittaa siis mitä tahansa tappioiden hyödyntämistä aiempina vuosina, kuluvana vuonna tai tulevien vuosien aikana. Tällä viitataan tilanteisiin, joissa tytäryhtiön toimintaa olisi jatkettu eikä yhtiötä olisi purettu.<sup>268</sup> EUT:n oikeuskäytäntö huomioiden, tämän voidaan katsoa siis edellyttävän, ettei tytäryhtiölle kerry enää lainkaan tuloja. Kun huomioon otetaan myös kolmannen tahon mahdollisuudet tappioiden käyttämiseksi, on Verohallinto ohjeistuksessaan katsonut, että kolmannen tahon käyttömahdollisuus voi muodostua esimerkiksi konserniverojärjestelmän tai yritysjärjestelyn johdosta taikka kolmannen osapuolen hankkiessa tytäryhtiön osakekannan.<sup>269</sup> Verohallinnon näkemystä voidaan pitää perusteltuna EUT:n oikeuskäytännön perusteella, mikä jo itsessään osoittaa KonsVähL:n mukaisen tappioiden lopullisuuden osoittamisen olevan haastavaa.<sup>270</sup> Huomattavaa myös on, että hallituksen esityksestä voidaan tehdä johtopäätös, että myös tulevilla EUT:n ratkaisulla voi olla vaikutusta KonsVähL:n mukaiseen

---

<sup>262</sup> HE 185/2020 vp, s. 18–23. Esitöissä mainittuja EUT:n ratkaisuja ovat muun muassa asiat C-123/11, A Oy, C-322/11, K, C-172/13, komissio v. Yhdistyneet kuningaskunnat, C-388/14, Timac Agro, C-650/16, Bevola, C-607/17, Memira Holding ja C-608/17, Holmen.

<sup>263</sup> HE 185/2020 vp, s. 21.

<sup>264</sup> Ibid., s. 39.

<sup>265</sup> Suomen Asianajajaliiton asiantuntijalausunto 2020, s. 1.

<sup>266</sup> VM:n lausunto 2020, s. 2–3. VM viittasi vastauksessaan komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta -ratkaisun lisäksi muun muassa tuomioihin C-123/11 A Oy, 53 ja 54 kohdat sekä KHO 2020:51.

<sup>267</sup> VaVM 34/2020 vp.

<sup>268</sup> Järvinen 2021, s. 418, ja Verohallinto 2021, kohta 3.1 Lopullisten tappioiden määritelmä.

<sup>269</sup> Verohallinto 2021, kohta 3.1 Lopullisten tappioiden määritelmä.

<sup>270</sup> Ks. Nuotio 2021, s. 278–279.

lopullisten tappioiden käsitteeseen.<sup>271</sup> Tätäkin voidaan pitää perusteltuna näkemyksenä käsitteen perustuessa käytännössä täysin EUT:n oikeuskäytäntöön, jolloin EUT:n mahdolliset myöhemmissä ratkaisuisa tekemät täsmennykset otettaisiin huomioon arvioinnissa.

Verovelvollisten näkökulmasta mahdolliset muutokset käsitteen tulkinnassa on kuitenkin selkeyden vuoksi syytä kirjata KonsVähL:iin.

Sen osalta, voidaanko KonsVähL:n mukaisina lopullisina tappioina pitää ainoastaan tytäryhtiön viimeisen verovuoden tappioita vai myös aiemmilta vuosilta kertyneitä tappioita, on hallituksen esityksessä todettu asian olevan EUT:n oikeuskäytännön valossa tulkinnanvarainen. Esitöissä on lisäksi katsottu, että EU-oikeuden perusteella olisi mahdollista rajata lopulliset tappiot ainoastaan ulkomaisen tytäryhtiön viimeisen verovuoden tappioihin veropohjan turvaamiseksi, mutta asiaan liittyvän tulkinnanvaraisuuden ja käsitteen korkean soveltamiskynnyksen vuoksi lopullisia tappioita ei kuitenkaan ole päädytty rajaamaan ainoastaan viimeiseen verovuoteen.<sup>272</sup> KonsVähL:n esitöissä esitettyä näkemystä siitä, kuuluvatko carry forward -tappiot EU-oikeuden mukaiseen lopullisten tappioiden käsitteen soveltamisalaan, on mahdollista pitää jossain määrin kyseenalaisena. Kuten tässä tutkielmassa on aiemmin todettu, nähdäkseni oikeustilaa voidaan EUT:n antamien ratkaisujen perusteella pitää melko selvänä, eikä niinkään tulkinnanvaraisena. Tuomion C-172/13, Komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta jälkeinen epävarmuuden tila on viimeistään EUT:n tuomion asiassa C-608/17, Holmen jälkeen selkeytynyt, ja näin ollen voidaan pitää selvänä, että myös aiempien verovuosien tappiot sisältyvät lopullisten tappioiden käsitteeseen.<sup>273</sup>

#### 4.3.3 Tappioiden lopullisuuden edellytykset KonsVähL:ssa

KonsVähL 4 §:n mukaisen tappioiden lopullisuuden arvioinnissa huomioitavat edellytykset on lueteltu lain 5.1 §:ssä. Jotta tappiot voisivat olla lopullisia, tulee seuraavien kuuden edellytyksen täytyä:

- 1) Tytäryhtiön toiminta on lopetettu.

Kohta 1 on melko yksiselitteinen, ja sen perusteella tytäryhtiön toiminta tulee olla aidosti lopetettu, jotta tappioita voidaan pitää lopullisina. Lain esitöissä viitataan tämän osalta nimenomaisesti EUT:n tuomioon C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta, jonka 36

---

<sup>271</sup> Ks. HE 185/2020 vp, s. 22. Ks. myös Järvinen 2021, s. 419.

<sup>272</sup> HE 185/2020 vp, s. 20.

<sup>273</sup> Ks. luvut 2.2.3 ja 2.2.4.

kohdan mukaan tytäryhtiön ei tule saada edes vähäisiä tuloja, jotta kyseessä voisi olla lopullinen tappio. Tytäryhtiöllä ei siis saa olla mitään mahdollisuutta tulojen saamiseksi tulevaisuudessa, jolloin edellytyksenä on sen toiminnan lopettaminen kokonaisuudessaan.<sup>274</sup>

- 2) Tytäryhtiö on asetettu selvitystilaan tai sitä vastaavaan menettelyyn kotivaltiossaan ja selvitystila tai sitä vastaava menettely on saatettu loppuun viimeistään toiminnan lopettamisvuotta seuraavan verovuoden aikana.

Esitöissä on katsottu, että niin kauan kuin tytäryhtiö on olemassa, on myös teoriassa mahdollista aloittaa sen toiminta uudestaan ja että tappioita voidaan hyödyntää tuosta toiminnasta saatavia tuloja vastaan. Tästä syystä on pidetty tarpeellisena säätää 5.1 §:n 2 kohdassa toiminnan lopettamisen edellytyksen lisäksi myös siitä, että tytäryhtiö tulee asettaa selvitystilaan ja purkaa. Konzernivähennyksen tekemiseksi emoyhtiön tulisi siis osoittaa, että tytäryhtiö on purettu. Selvitysmenettelylle on myös asetettu kohdassa aikaraja, jota on perusteltu sillä, ettei emoyhtiö pääsisi selvitysmenettelyä viivyttämällä valitsemaan, minä verovuonna se konsernivähennyksen voisi tehdä.<sup>275</sup> KonsVähL 5.2 §:ssä on kuitenkin säädetty emoyhtiön mahdollisuudesta saada lisää aikaa selvitysmenettelyn loppuun saattamiseen, jos se osoittaa, että tytäryhtiön kotivaltion lainsäädännön perusteella menettelyä ei ole mahdollista viedä päätökseen KonsVähL:ssa asetetussa ajassa.

- 3) Tappiot ovat olemassa tytäryhtiön kotivaltion verolainsäädännön mukaan.

Tappioiden tulee siis olla olemassa tytäryhtiön asuinvaltion verolainsäädännön perusteella, eli tappioiden on täytynyt tulla vahvistetuksi kyseisen valtion verotuksessa. Lain esitöissä on huomioitu, että kaikissa valtioissa tappioiden määrää ei vahvisteta samalla tavoin kuin Suomessa, jolloin tämä ei estä tappioiden lopullisuutta. Tällöin tappioiden katsotaan vastaavan vahvistettuja tappioita, jos kysymys on verotettavan tulon laskemisessa aiheutuneista tappioista, jotka myös kyseessä olevan jäsenvaltion verolainsäädännössä tunnustetaan verotuksessa syntyneiksi tappioiksi.<sup>276</sup>

- 4) Tappioiden käyttämättä jääminen tytäryhtiössä ei johdu siitä, että se ei ole ollut oikeudellisesti mahdollista tai että tappioiden käyttö on ollut ajallisesti rajoitettu.

---

<sup>274</sup> HE 185/2020 vp, s. 21 ja 39.

<sup>275</sup> Ibid., s. 21 ja 39.

<sup>276</sup> Ibid., s. 22 ja 39–40.

EUT:n oikeuskäytännössä tappioiden lopullisuus ei voi johtua yksin lainsäädännöllisistä syistä eli esimerkiksi tilanteessa, jossa tytäryhtiön asuinvaltio ei mahdollista tappioiden siirtymistä sulautumisen yhteydessä vastaanottavalle yhtiölle<sup>277</sup>. Kohdassa 4 onkin säädetty siitä, etteivät lainsäädännölliset tai ajalliset rajoitukset tappioiden käyttämiselle tee tappioista lopullisia. Tästä johtuen esimerkiksi tappioiden käyttöoikeus ei saa olla kyseisessä jäsenvaltiossa vanhentunut, jotta kysymys voisi olla lopullisista tappioista. Lain esitöissä on viitattu jälleen nimenomaisesti EUT:n tuomioon komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta, ja sen 33 kohtaan.<sup>278</sup> Nähdäkseni 5.1 §:n 3 ja 4 kohdat liittyvät kiinteästi toisiinsa, sillä käytännössähän, jos tappiot ovat vanhentuneet, eivät ne enää lähtökohtaisesti olemassa, jolloin kohdat olisikin hyvin voitu muotoilla yhdeksi kahden sijaan.

- 5) Emoyhtiö on omistanut tytäryhtiön osakkeet tai osuudet 2 §:n 1 momentin 1 kohdassa tai 3 §:ssä tarkoitetulla tavalla tappiovuoden alusta lukien.

Kohdan 5 mukaan konsernivähennys voisi perustua ainoastaan niihin tappioihin, jotka ovat syntyneet emoyhtiön omistusaikana. KonsVähL:n mukaisen omistusvaatimuksen tulee täytyä aina tytäryhtiön selvitystilan päättymiseen asti. Edellytystä on lain esitöissä perusteltu niin, että ilman vaatimusta konserni voisi valita missä jäsenvaltiossa se päättäisi lopulliset tappiot hyödyntää. Edellytys vastaa TVL 122.4 §:n säännöstä, jonka mukaan tilanteessa, jossa emoyhtiön hankittua tappiollinen tytäryhtiö, ei ennen omistajanvaihdosvuotta tai sen aikana kertyneitä tytäryhtiön tappioita voida kattaa konserniavustuksella, vaikka tytäryhtiö olisi saanut TVL 122.3 §:n mukaisen poikkeusluvan tappioiden vähentämiseksi, vaan ainoastaan omistusaikaiset tappiot voidaan kattaa konserniavustuksella.<sup>279</sup>

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

Kohdassa 6 toistetaan 4 §:n mukainen määritelmä tappioiden lopullisuudesta ja asetetaan näyttövelvollisuus tästä emoyhtiön harteille. Edellytys on EUT:n oikeuskäytännön mukainen ja myös lain esitöissä on tähän viitattu.<sup>280</sup> EU-oikeuden mukaisesti näyttövelvollisuus kattaa niin tappioiden olemassaolon kuin myös niiden lopullisuuden.<sup>281</sup> Myös hallituksen esityksessä

<sup>277</sup> Ks. esim. luku 2.2.2.

<sup>278</sup> He 185/2020 vp, s. 22 ja 40.

<sup>279</sup> Ibid., s. 22 ja 40.

<sup>280</sup> Ibid., s. 22–23, jossa mainitaan esim. asiat C-446/03, Marks & Spencer, 56 kohta, C388/14, Timac Agro, 57 kohta ja asiassa C-123/11, A Oy, 54 kohta.

<sup>281</sup> Ks. luku 2.2.4.

itsessään on todettu näyttövelvollisuuden olevan varsin tiukka ja tätä ilmentää hyvin esimerkiksi KHO:n vuoden 2020 rajat ylittävää sulautumista koskevat ratkaisut, joissa yhdessäkään emoyhtiön ei katsottu osoittaneen tappioiden olevan lopullisia.<sup>282</sup> Esitöissä on mainittu esimerkkinä, että tilanne, jossa tappiot olisivat käytettävissä tytäryhtiön omassa verotuksessa, mutta tytäryhtiön kotivaltion lainsäädäntö ei sallisi tappioiden siirtämistä kolmannelle, voisi olla olemassa riittävä osoittamaan, ettei tappioita voida käyttää kolmannen osapuolen toimesta myytäessä tytäryhtiön osakkeet. Tämän osalta on kuitenkin todettu, ettei se kuitenkaan sulje pois sitä, että lisäksi olisi kuitenkin arvioitava vielä myös muut mahdolliset tappioiden käyttömahdollisuudet yhtiön itsensä ja kolmannen tahon osalta.<sup>283</sup>

KonsVähL 5.1 §:ssä asetettujen edellytysten lisäksi, jotta ulkomaisen tytäryhtiön tappiot voisivat olla lopullisia KonsVähL:n mukaisesti, edellytetään tappioilta lain 7 §:n mukaan, että ne vastaavat sellaisia tappioita, jotka olisivat vähennettävissä myös vastaavassa kotimaisessa tilanteessa TVL:n V osan tappioiden vähentämistä koskevien säännösten<sup>284</sup> perusteella, jos kyse olisi kotimaisen tytäryhtiön tappioista. Lain esitöissä on mainittu esimerkkinä TVL 119.1 §:n aikarajoitus elinkeinotoiminnan tappioiden vähentämiseksi, jolloin ulkomaisen tytäryhtiön kymmentä vuotta vanhemmat tappiot eivät voi olla lopullisia. Myös omistajanvaihdossäännökset otetaan huomioon myös ulkomaisen tytäryhtiön osalta, jolloin esimerkiksi tappioiden vähennysoikeus menetetään TVL 122.1 §:n mukaisen välillisen omistajanvaihdoksen vuoksi. Huomioitavaa kuitenkin on, ettei TVL 122.3 §:n mukaista poikkeuslupamenettelyä ole ulotettu ulkomaisen tytäryhtiön tappioihin.<sup>285</sup>

#### 4.3.4 Konsernivähennyksen määrän laskeminen ja vähentäminen emoyhtiön verotuksessa

Konsernivähennys on määritelty KonsVähL 2.1 §:n 3 kohdassa määräksi, joka voidaan vähentää emoyhtiön veronalaisesta elinkeinotoiminnan tuloksesta lopullisten tappioiden määrän perusteella. Konsernivähennyksen määrä perustuu siis tytäryhtiön lopullisten tappioiden määrään. Konsernivähennyksen määrän tarkemmasta laskemisesta säädetään KonsVähL 8 §:ssä. Pykälän 1 momentin mukaan tytäryhtiön lopullisten tappioiden määrä tulee laskea kahtena eri ajankohtana: 1) tytäryhtiön viimeisen kokonaisen verovuoden

---

<sup>282</sup> Ks. luku 3.1.2.

<sup>283</sup> HE 185/2020 vp, s. 23–24. Ks. myös asiat C-607/17, Memira Holding, 25–26 kohdat ja C-608/17, Holmen 38 kohta.

<sup>284</sup> TVL 117, 119, 120, 122, 123, 123 a ja 123 b §.

<sup>285</sup> HE 185/2020 vp, s. 40–41.

päättyessä; ja 2) selvitysmenettelyn tai sitä vastaavan menettelyn päättyessä. Tämän lisäksi lopullisten tappioiden määrä tulee laskea sekä tytäryhtiön kotivaltion verolainsäädännön että EVL:n mukaisesti. Konsernivähennyksen määräksi katsotaan tämän jälkeen näistä neljästä laskelmasta saaduista määristä alin. Tappioiden määrä on laskettava verovuosikohtaisesti<sup>286</sup>.

Tämän lisäksi KonsVähL 8.1 §:n mukaan laskelmia tehtäessä kyseisinä ajankohtina tytäryhtiöllä olevat varat tulee arvostaa niiden todennäköiseen luovutushintaan. Näistä hinnoista vähennettäisiin varojen verotuksessa jäljellä oleva poistamaton hankintameno. Todennäköisen luovutushinnan ollessa verotuksessa poistamatonta hankintamenoa korkeampi vähentäisi tämä lopullisten tappioiden määrä näiden erotuksesta saatavalla määrällä. Esitöissä on huomioitu, että tämä koskisi käytännössä ainoastaan tytäryhtiön viimeistä verovuotta koskevaa laskelmaa, sillä selvitysmenettelyn jälkeen sillä ei enää voi olla lainkaan varoja jäljellä. Lain esitöiden perusteella edellä mainittua tulee soveltaa myös tytäryhtiön kotivaltion verolainsäädännön perusteella tehtävän laskelman kohdalla.<sup>287</sup>

KonsVähL:ssa säädetään myös yksityiskohtaisemmin siitä, milloin konsernivähennys tehdään sekä mikä on sen enimmäismäärä. Huomioitavaa kuitenkin on, että KonsVähL 13 §:n mukaan emoyhtiön tulee vaatia konsernivähennyksen tekemistä ennen verovuoden verotuksen päättymistä ja vaatimuksessaan sen tulee osoittaa, että kaikki edellytykset konsernivähennyksen tekemiselle täyttyvät. Mikäli emoyhtiö tekee vaatimuksen ajoissa ja osoittaa kaikkien edellytysten täytyneen, KonsVähL 9.1 §:n mukaan konsernivähennys vähennetään emoyhtiön veronalaisesta elinkeinotulosta sinä verovuonna, jona tytäryhtiön selvitystila tai muu vastaava menettely on saatettu loppuun. Konsernivähennys vähennettäisiin siis emoyhtiön verotettavasta elinkeinotulosta vastaavasti kuin annettu konserniavustus vähennetään konserniavustuslain 3.1 §:n mukaan. Esitöiden mukaan konsernivähennys vähennetään emoyhtiön tulosta ennen aiempien vuosien tappioiden vähentämistä. Konserniavustusta vastaavasti myöskään konsernivähennyksellä ei kuitenkaan voida viedä emoyhtiön elinkeinotoiminnan tulosta tappiolliseksi.<sup>288</sup>

KonsVähL 9.2 §:n mukaan konsernivähennyksen määrä onkin rajoitettu määrään, joka vastaa emoyhtiön verovuoden veronalaista elinkeinotoiminnan tulosta, mistä johtuen konsernivähennystä ei ole mahdollista käyttää tulevien verovuosien verotettavaa tuloa

---

<sup>286</sup> HE 185/2020 vp, s. 41.

<sup>287</sup> Ibid.

<sup>288</sup> Ibid., s. 41–42.

vastaan. Myös tämä vastaa konserniavustuslaissa säädettyä. Kuitenkin emoyhtiön saadessa konserniavustusta kotimaiselta konserniyhtiöltä, konsernivähennystä on mahdollista vähentää myös saatua konserniavustusta vastaan.<sup>289</sup> Viimeksi mainitusta johtuen siinä tilanteessa, kun konsernivähennys voidaan tehdä, on konsernilla hyvä mahdollisuus verotuksensa optimointiin, mikäli konsernivähennyksen tekeväle emoyhtiölle muiden kotimaisten konserniyhtiöiden antamat konserniavustukset voidaan maksimoida. Tällaista mahdollisuutta voidaan kuitenkin pitää melko harvinaisena konsernivähennyksen tekemisen tiukoista edellytyksistä johtuen.

Konsernivähennyksen enimmäismäärää koskevaa rajoitusta on kritisoitu lainvalmistelun yhteydessä pyydettyssä Suomen Asianajajaliiton asiantuntijalausunnossa. Vähennyksen ei ole katsottu olevan perusteltu, sillä vaikka se sinänsä vastaa konserniavustusta, on konserniavustusta mahdollistaa antaa vuosittain, mutta konsernivähennyksen tekeminen on rajattu vain yhteen vuoteen. Lisäksi asiantuntijanlausunnossa on todettu, että on sattumanvaraista, minkä suuruinen emoyhtiön verotettava tulo on juuri sinä vuonna, kun tytäryhtiön purku saatetaan loppuun, jolloin rajoituksella rajoitetaan konsernivähennyksen määrää ja siten lopullisten tappioiden vähentämistä tietyissä tilanteissa.<sup>290</sup> VM kuitenkin omassa lausunnossaan katsoi, ettei lain säätämisen yhteydessä ollut tarkoituksenmukaista sallia konsernivähennykselle konserniavustusta laajempaa vähennysmahdollisuutta. Lisäksi VM huomautti lausunnossaan, että KonsVähL:ssa mahdollistetaan konsernivähennyksen tekeminen saatua konserniavustusta vastaan.<sup>291</sup> VM:n näkemystä voidaan pitää perusteltuna, sillä jos konsernivähennys voisi viedä emoyhtiön verotettavan tuloksen tappiolle, olisi tietyissä tilanteissa mahdollista, että tytäryhtiön vanhentumassa olevia tappioita ikään kuin herätettäisiin henkiin suomalaisen emoyhtiön verotuksessa tämän tappioiden muodossa.<sup>292</sup>

#### 4.3.5 Konsernivähennyksen määrään vaikuttavat muut tekijät

KonsVähL:ssa on lisäksi säädetty joistakin tekijöistä, jotka voivat vaikuttaa konsernivähennyksen määrään joko vähennyksen tekemishetkellä ja myös jälkikäteisesti. Huomioon voidaan ottaa KonsVähL:n perusteella toimia, jotka on tehty melko kauankin ennen konsernivähennyksen vähentämistä. Lain esitöissä ei ole pidetty perusteltuna, että jos

---

<sup>289</sup> HE 185/2020 vp, s. 41–42.

<sup>290</sup> Suomen Asianajajaliiton asiantuntijalausunto 2020, s. 1.

<sup>291</sup> VM:n lausunto 2020, s. 1–2.

<sup>292</sup> Ks. VaVM 34/2020 vp.

tytäryhtiön lopullisten tappioiden määrää on pyritty keinotekoisesti lisäämään esimerkiksi etuyhteydessä olevien yhtiöiden välisillä liiketoimilla, voitaisiin tappiot vähentää Suomessa.<sup>293</sup> Sääntely on yhdenmukainen esimerkiksi purkutappion kohtelun kanssa, jos tappiota on purettavassa yhtiössä pyritty lisäämään keinotekoisesti tyhjentämällä yhtiö esimerkiksi maksamalla suuria osinkoja juuri ennen sen purkamista.<sup>294</sup>

KonsVähL 10.1 §:ssä säädetään edellä mainituista keinotekoisista toimista, joilla tytäryhtiöiden tappioiden määrää on pyritty kasvattamaan. Pykälän mukaan, jos tytäryhtiön ja siihen VML 31.2 §:n siirtohinnoittelusäännöksen mukaisessa etuyhteyssuhteessa olevan osapuolen välillä on siirretty varoja joko vastikkeetta tai alihintaan ja tästä johtuen tytäryhtiön tappio on muodostunut suuremmaksi kuin se muutoin olisi ollut, pienennetään sallitun konsernivähennyksen määrää vastaavalla määrällä, kuin tytäryhtiön tappion määrä on kasvanut. KonsVähL 10.2 §:ssä on säädetty huomioon otettavan mainitun pykälän 1 momentin mukaiset keinotekoiset toimet, jotka on tehty viitenä konsernivähennyksen tekemistä edeltävänä vuotena.<sup>295</sup>

Tämän lisäksi KonsVähL 11 §:n mukaan emoyhtiön tekemän konsernivähennyksen määrä on mahdollista palauttaa sen verotettavaan tuloon, jos viiden vuoden kuluessa konsernivähennyksen tekemisestä käy ilmi, että KonsVähL:n mukaisesti lopullisiksi katsotut tappiot voidaan sittenkin käyttää tytäryhtiön kotipaikkavaltiossa tai muussa valtiossa. Pykälän mukaan lisäys tehdään sen verovuoden tuloon, jona tappioiden käyttömahdollisuus kävi ilmi. Lain valmisteluvaiheessa esitetyssä EK:n asiantuntijalausunnossa pykälää kritisoitiin sen tulkinnanvaraisuuden vuoksi ja sen katsottiin johtavan tarpeettomiin veroriitoihin. Lausunnossa katsottiin lisäksi, että KonsVähL 11 §:n sijaan tappioiden myöhemmin ilmenneen käyttömahdollisuuden kohdalla tulisi soveltaa yleisiä muutoksenhakusäännöksiä tai vaihtoehtoisesti rajata säännös koskemaan tilanteita, joissa konserni aloittaa toiminnan uudestaan tytäryhtiön koti

---

<sup>293</sup> HE 185/2020 vp, s. 26–27.

<sup>294</sup> Immonen 2018, s. 315–316. Ks. myös HE 92/2004 vp, s. 35, jossa on todettu, että verojärjestelmän kannalta vähennyskelpoisen tappion kasvattamista esimerkiksi osingonjaon tai konserniavustuksen avulla ei ole pidetty perusteltuna.

<sup>295</sup> Ks. HE 185/2020, s. 27, jossa on todettu, että harkinnassa oli myös kymmenen vuoden määräaika, mutta tähän ei kuitenkaan päädytty, sillä esitöiden mukaan pidettiin epätodennäköisenä, että tappioiden määrää olisi osattu aloittaa kasvattamaan jo näin kauan ennen tytäryhtiön purkamista.

valtiossa.<sup>296</sup> Asiantuntijalausunnoissa esitetystä kritiikistä huolimatta säännöstä voidaan nähdäkseni pitää siinä mielessä peruteltuna, että kun KonsVähL:n mukaisten tappioiden lopullisuuden osoittamisen kynnyks on asetettu erittäin korkealle, on hyvin mahdollista, että jokin tappioiden käyttömahdollisuus on jäänyt konsernivähennyksen edellytyksiä arvioitaessa huomaamatta etenkin, kun tappioiden lopullisuuden osoittaminen vaatii tytäryhtiön kotivaltion verolainsäädännön tuntemusta. Sen sijaan viiden vuoden määräaika voidaan pitää verovelvollisen näkökulmasta sekä myös verotuksen ennakoitavuuden kannalta kohtuuttoman pitkänä verrattuna yleisten muutoksenhakusäännösten määräaikoihin, ja nähdäkseni asiantuntijalausunnossa esitetty kritiikki on tältä osalta aiheellinen.

Konsernivähennyksen määrään saattavat vaikuttaa edelleen myös mahdolliset jälkikäteiset muutokset tytäryhtiön verotuksessa sen sijaintivaltiossa, jos muutoksella on vaikutusta tytäryhtiön lopullisten tappioiden määrään. Muutoksesta riippuen emoyhtiön tuloon joko lisättäisiin tai siitä vähennettäisiin muutoksen määrä konsernivähennyksen muutoksena.<sup>297</sup> KonsVähL 12.1 §:n mukaan muutettaessa tytäryhtiön verotusta jälkikäteen lainvoimaisella päätöksellä sen kotivaltiossa niin, että jos lopullisten tappioiden määrä pienenee, lisätään emoyhtiön verotettavaan tuloon lopullisten tappioiden määrän muuttumista vastaava määrä. Lisäys tehdään sinä verovuonna, jolloin lainvoimainen päätös on annettu tytäryhtiön kotivaltiossa. KonsVähL 12.2 §:n mukaan taas jos lainvoimaisen päätöksen johdosta tytäryhtiön lopullisen tappion määrä suurenee, vähennetään emoyhtiön verottavasta tulosta muuttumista vastaava määrä konsernivähennyksen muutoksena, sinä verovuonna, jona lainvoimainen päätös annettiin tytäryhtiön kotivaltiossa. Vähennyksen edellytyksenä on, että emoyhtiö vaatii sen tekemistä. Pykälässä on lisäksi erikseen mainittu, ettei konsernivähennyksen ja sen muutoksen yhteismäärä saa edelleenkaan ylittää emoyhtiön veronalaisen elinkeinotoiminnan tuloksen määrää KonsVähL 9 §:ssä tarkoitettuna verovuotena. Huomattavaa on, että mikäli tytäryhtiön verotuksessa tapahtuu 12 §:ssä tarkoitettu muutos, on konsernivähennyksen määrän selvittämiseksi lopullisten tappioiden määrä laskettava uudestaan KonsVähL 8 §:n mukaisesti neljällä eri tavalla, joista alin huomioidaan.<sup>298</sup>

Edellä mainittujen lisäksi on hyvä huomata, että KonsVähL 8.2 §:n mukaan emoyhtiön tehdessä verotuksessaan tytäryhtiön osakkeiden tai osuuksien hankintamenosta vähennyksiä

---

<sup>296</sup> EK:n asiantuntijalausunto 2020, s. 1–2 ja Veronmaksajain Keskusliiton asiantuntijalausunto 2020, s. 2.

<sup>297</sup> HE 185/2020, s. 42.

<sup>298</sup> Ks. edellä luku 4.2.4 ja HE 185/2020 vp, s. 43.

pienentävät nämä konsernivähennyksen määrää näiden tehtyjen vähennysten määrällä. Säännöksen tarkoituksena on siis estää tytäryhtiön tappioiden hyödyntäminen kahteen kertaan, eli emoyhtiön ei ole mahdollista vähentää tappioita aluksi vähennyksenä hankintamenosta ja sen jälkeen vielä konsernivähennyksenä.<sup>299</sup>

#### 4.4 Konsernivähennys oikeuskäytännössä

Kotimaisessa oikeuskäytännössä on tähän mennessä julkaistu ainoastaan yksi konsernivähennyksen tekemistä koskeva ratkaisu. Kyse on KVL:n 19.3.2021 antamasta ennakkoratkaisusta KVL 2021/8, jossa oli nimenomaisesti kysymys KonsVähL 4 ja 5 §:n mukaisten tappioiden lopullisuuden edellytysten täyttymisestä. Tapauksessa A-konserniin kuuluva suomalainen yhtiö A Oyj omisti espanjalaisen B S.A:n, joka oli tullut osaksi A-konsernia vuonna 2017. A-konserniin kuuluivat Espanjassa B S.A:n lisäksi sen tytäryhtiö C ja tämän tytäryhtiö D. Yhtiöistä B S.A:n oma liiketoiminta oli lopetettu jo ennen sen liittymistä A-konserniin ja se liiketoiminta koostui tukitoimintoihin liittyvien palveluiden tarjoamisesta A-konsernin yhtiöille. B S.A. omisti Espanjassa osakehuoneiston, josta oli tarkoitus luopua ja sillä oli vain yksi työntekijä

KVL:n ratkaistavana asiassa oli se, voitiinko B S.A:lle vuosina 2012–2016 aiheutuneita tappioita pitää KonsVähL 4 ja 5 §:n mukaisesti lopullisina. B S.A:n toiminta oli vuodesta 2017 lähtien ollut voitollista ja vuosina 2017–2019 se oli vähentänyt verotappioitaan Espanjan verolainsäädännön mahdollistaman enimmäismäärän. Espanjassa sijaitsevien konserniryhmien oli mahdollista hakeutua yhdeksi veroryhmäksi, jolloin siellä sijaitsevat konserniyhtiöt pystyivät hyödyntämään toistensa verotappioita täysimääräisesti. B S.A., C ja D eivät kuitenkaan muodostaneet veroryhmää ja lisäksi, kun C ja D olivat kuuluneet B S.A:n kanssa samaan konserniin vasta vuodesta 2017 lähtien, ei tappioita ollut mahdollista hyödyntää veroryhmän kautta.

B S.A:n toiminta oli tarkoitus lopettaa ja yhtiö aiottiin purkaa selvitystilan kautta, mutta tämänkin jälkeen espanjalaiset yhtiöt C ja tämän tytäryhtiö D kuuluivat edelleen A-konserniin. KVL katsoi, ettei A Oyj ollut osoittanut hakemusasiakirjoissa esitettyjen tietojen perusteella, etteivät kyseessä olevat tappiot voisi tulla hyödynnetyiksi myöhemminä vuosina

---

<sup>299</sup> HE 185/2020 vp, s. 41. Esitöiden mukaan kysymykseen voi tulla lähinnä tilanne, jossa tytäryhtiön osakkeet kuuluvat emoyhtiön vaihto-omaisuuteen, ja emoyhtiö on tehnyt verotuksessaan näistä EVL 28.1 §:n mukaisen epäkuranttiusvähennyksen.

kyseisten Espanjassa verotuksellisen kotipaikkansa omaavien tytäryhtiöiden tuottamasta voitollisesta tuloksesta esimerkiksi sen johdosta, että konsernin Espanjassa harjoittamia toimintoja järjestettäisiin uudestaan. Tämän lisäksi hakemusasiakirjojen perusteella B S.A:n toiminnasta oli kertynyt vuodesta 2017 alkaen tuottoa, jota vastaan yhtiön aiempien vuosien tappioita oli voitu vähentää. Edelleen, kun 31.12.2019 päättyneen tilikauden taseen perusteella B S.A:n varat ylittivät yhtiön velat, KVL katsoi, ettei A Oyj ollut näyttänyt, ettei B S.A. voisi hakemusasiakirjoissa kuvatuissa olosuhteissa saada Espanjassa tulevien vuosien aikana edes vähäisiä rahoitus- tai muita tuloja, joita vastaan kyseessä olevia tappioita voitaisiin jatkossakin vähentää.

KVL totesi ennakkoratkaisunaan, etteivät hakemusasiakirjoissa esitetyissä olosuhteissa KonsVähL 4 ja 5 §:n edellytykset eivätkä myöskään EUT:n oikeuskäytännön mukaiset tappioiden lopullisuuden edellytykset täyttyneet B S.A:n vuosien 2012–2016 tappioiden osalta, eikä näin ollen tappiota voitu pitää A Oyj:n verotuksessa lopullisina. Ratkaisusta valitettiin KHO:een, mutta se ei muuttanut KVL:n ratkaisua.<sup>300</sup> Ratkaisun voidaan katsoa olevan linjassa aiemman kotimaisen lopullisia tappioita koskevan oikeuskäytännön kanssa ja se edelleen vahvistaa käsitystä siitä, että tappioiden lopullisuuden osoittaminen – oli kysymys sitten KonsVähL:n mukaisesta tai EUT:n oikeuskäytännön mukaisesta tappioiden lopullisuudesta – on verovelvollisten näkökulmasta erittäin haasteellista.

---

<sup>300</sup> KHO 28.9.2021 H 3271.

## 5 Konsernivähennys ja rajat ylittävä sulautuminen vaihtoehtoina toisilleen

### 5.1 Vaihtoehdot lopullisten tappioiden kotiuttamiseksi

Edellä esitetyn perustella kotimaisella emoyhtiöllä on käytännössä kaksi vaihtoehtoista tapaa, konsernivähennys ja rajat ylittävä sulautuminen, joiden avulla toimintansa lopettaneen ulkomaisen tytäryhtiön verotappiot on mahdollista hyödyntää emoyhtiön verotuksessa. Kuten edellä on käynyt ilmi, molemmissa vaihtoehdoissa kuitenkin ulkomaisen tytäryhtiön tappioilta edellytetään lopullisuutta, jotta emoyhtiön olisi niitä mahdollista hyödyntää omassa verotuksessaan. Tämä asettaa kynnyksen tappioiden siirtymiselle huomattavan korkealle. Ennen konsernivähennyksen kuulumista kotimaisten yhtiöiden keinovalikoimaan, oli rajat ylittävä sulautuminen ainoa mahdollisuus tappioiden siirtämiseksi suomalaiselle emoyhtiölle. Vuosina 2005–2020 tätä mahdollisuutta käytettiin melko harvakseltaan, sillä kyseisinä vuosina Verohallinnon Konserniverokeskukselle tehtiin 34 kappaletta vaatimuksia, joissa ulkomaisen tytäryhtiön lopullisia tappioita vaadittiin siirrettäväksi ja vähennettäväksi kotimaisen emoyhtiön verotuksessa sulautumisen yhteydessä. Vaatimusten yhteissumma oli noin 790 miljoonaa euroa, josta emoyhtiöiden vähennettäväksi hyväksyttiin 180 miljoonaa euroa.<sup>301</sup>

Konsernivähennyksen tultua yhtiöiden keinovalikoimaan on yhtiöillä kuitenkin nyt myös uusi mahdollisuus tappioiden siirtämiseksi. Oma kysymyksensä kuitenkin ovat, muuttiko uusi lainsäädäntö todellisuudessa tilannetta kotimaisten emoyhtiöiden kannalta mihinkään, sillä rajat ylittävä konserniavustus oli kotimaisen oikeuskäytännön perusteella mahdollinen lopullisten tappioiden kattamiseksi jo ennen lain voimaan astumista EU-oikeuteen nojaten<sup>302</sup> ja tappioilta vaaditaan edelleen lopullisuutta myös konsernivähennyksen tekemiseksi.

Lainsäädännön avulla saatiin mahdollisesti komissio tyytyväiseksi, mutta on epäselvää, oliko sillä lainkaan vaikutusta verovelvollisten näkökulmasta, kun lopullisten tappioiden kotiuttaminen on lisäksi mahdollista myös rajat ylittävällä sulautumisella. Rajat ylittävään sulautumiseen verrattuna konsernivähennyksen enimmäismäärälle asetetut rajat herättävät

---

<sup>301</sup> HE 185/2020 vp, s. 28.

<sup>302</sup> Ks. KHO 2020:36.

kysymyksen, onko konsernivähennyksen tekeminen edes kannattavaa kotimaisen emoyhtiön näkökulmasta.

Tämän luvun tarkoituksena onkin käsitellä konsernivähennyksen ja rajat ylittävän sulautumisen suhdetta toisiinsa ja pyrkiä selvittämään oliko uudella lainsäädännöllä tosiasiallisesti lainkaan vaikutusta aiempaan oikeustilaan nähden. Lisäksi luvussa pyritään arvioimaan, saavutettiinkö uudella lainsäädännöllä sille esitöissä asetetut tavoitteet.

## 5.2 Lopulliset tappiot KonsVähL:ssa ja EUT:n oikeuskäytännössä

EUT:n oikeuskäytännön mukainen lopullisten tappioiden käsite ja KonsVähL:iin omaksuttu vastaava käsite ovat sisällöllisesti erittäin lähellä toisiaan. Tämä on luonnollista, sillä KonsVähL:n mukainen lopullisten tappioiden käsite pohjautuu juuri EUT:n luomaan määritelmään.<sup>303</sup> KonsVähL 4 ja 5 §:ssä asetettujen tappioiden lopullisuudelle edellytysten voidaan kuitenkin jossain määrin katsoa poikkeavan EUT:n oikeuskäytännön mukaisesta niiden mennessä tappioiden lopullisuuden arvioinnissa vielä EUT:n määrittämää pidemmälle, sillä KonsVähL 5.1 §:n 2 kohdan mukaisesti tytäryhtiöltä edellytetään sen asettamista selvitystilaan ja tämän menettelyn saattamista loppuun.

KonsVähL:n esitöissä EU-oikeuden mukaisen tappioiden lopullisuuden on kuitenkin tulkittu edellyttävän tytäryhtiön purkamista. Hallituksen esityksessä tytäryhtiön purkamista on perusteltu päätelmäketjulla, jonka mukaan, jotta ulkomaisen tytäryhtiön tappioita voitaisiin pitää lopullisina EU-oikeuden tarkoittamalla tavalla, tytäryhtiöllä ei saa olla lainkaan mahdollisuutta tuloihin, jolloin niin kauan kuin tytäryhtiöllä olisi ylipäätään minkäänlaista toimintaa tai mitään varoja, olisi sillä ainakin teorian tasolla mahdollisuus vähäsiinkin tuloihin. Esitöiden mukaan tämä johtaa siihen, että tappioita voitaisiin pitää lopullisin vain, jos tytäryhtiön toiminta on lopetettu kokonaan eikä sillä ole lainkaan varoja. Niin kauan kuin tytäryhtiö olisi olemassa, olisi myös mahdollista, että toiminta aloitetaan uudestaan ja että tappioita voidaan hyödyntää tuosta toiminnasta saatavia tuloja vastaan, minkä vuoksi ei ole pidetty riittävänä säätää ainoastaan siitä, että tytäryhtiön toiminta on lopetettu, vaan myös edellytyksestä asettaa tytäryhtiö selvitystilaan sekä selvitysmenettelyn loppuun viemisestä.<sup>304</sup> EU-oikeuden mukainen tappioiden lopullisuus ei kuitenkaan vaadi tytäryhtiön purkamista,

---

<sup>303</sup> Ks. luku 4.2.2.

<sup>304</sup> HE 185/2020 vp, s. 21. Päätelmän taustalla esitöissä on mainittu EUT:n ratkaisu C-172/13, komissio v. Yhdistynyt kuningaskunta.

sillä lopulliset tappiot voivat siirtyä myös rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä, kuten edellä on käsitelty, jolloin yhtiön tulee vielä olla olemassa.<sup>305</sup>

Toinen EU-oikeudesta poikkeava KonsVähL:n mukainen edellytys tappioiden lopullisuudelle on lain 5.1 §:n 5 kohdasta löytyvä edellytys siitä, että emoyhtiön on tullut omistaa ulkomaisen tytäryhtiön osakkeet tappiovuoden alusta lukien. EUT:n oikeuskäytännössä ei ole rajoitettu tappioiden vähentämistä siltä osin, kun tytäryhtiö ei ole ollut emoyhtiön omistuksessa. Edellytyksen voidaan katsoa perustuvan Suomen veropohjan turvaamista koskevaan tavoitteeseen, jotta konserni ei pystyisi hankkimalla tappiollisen tytäryhtiön tuomaan sen lopullisia tappioita vähennettäväksi Suomeen.<sup>306</sup> Edellytystä voidaan kuitenkin pitää perusteltuna, sillä se vastaa konserniavustuksen sääntelyä ja näin asettaa ulkomaiset tytäryhtiöt tässä suhteessa kotimaisia vastaavaan asemaan, eivätkä ulkomaisen tytäryhtiön tappiot pääse muodostumaan puhtaaksi kauppatavaraksi. Huomattavaa kuitenkin on, että tappiovuoden alusta kestänyttä omistusta vaaditaan myös ulkomaisen tytäryhtiön sulautuessa kotimaiseen emoyhtiöön TVL 123.2 §:n mukaisesti, vaikka tätä EU-oikeus sinänsä ei edellytäkään. Tämän vaatiminen on kuitenkin mahdollista, sillä sama edellytys koskee myös kotimaisia sulautumistilanteita, eikä näin aseta ulkomaisia tytäryhtiöitä huonompaan asemaan kotimaisiin verrattuna.

KonsVähL:n mukaista määritelmää tappioiden lopullisuudelle voidaan siis pitää tiukempaa kuin mitä EU-oikeus vaatii. Tämä ei toki poista sitä tosiasiaa, että EU-oikeuden mukaisen tappioiden lopullisuuden osoittaminen ilman, että toimintansa lopettanutta ulkomaista tytäryhtiötä on purettu, on äärimmäisen haastavaa, sillä periaatteessa niin kauan kuin yhtiö on juridisesti olemassa, on teoriassa olemassa mahdollisuus, että se saa tulevaisuudessa jotakin tuloa, jota vastaan tappioita voidaan vähentää, esimerkiksi jos sen toiminta käynnistetään uudestaan.<sup>307</sup> Tätä näkökulmaa voidaan kuitenkin kritisoida, sillä tällöin kysymys on tulevaisuuden kohdistuvista teoreettisista mahdollisuuksista, eikä nähdäkseni tappioiden lopullisuutta voida evätä tällä perusteella etenkin rajat ylittävän sulautumisen kohdalla, kun lähtökohtaisesti tällöin vastaanottavalle emoyhtiölle ei jää kiinteää toimipaikkaa sulautuneen tytäryhtiön asuinvaltioon. Oma kysymyksensä sen sijaan on, voidaanko myöhemmin katsoa myös rajat ylittävän sulautumisen toteuttamisen jälkeen, etteivät tappiot olleetkaan lopullisia vastaavalla tavalla kuin KonsVähL 11 §:ssä on säädetty, jos tappiot olisi mahdollista

---

<sup>305</sup> Ks. luku 3.1.1.

<sup>306</sup> Ks. HE 185/2020 vp, s. 22.

<sup>307</sup> Ks. Pinetz – Spies 2015, s. 312.

hyödyntää sulautunen tytäryhtiön sijaintivaltiossa konsernin aloittaessa siellä toiminta uudestaan, mutta kuten todettu, kysymys on hyvin teoreettisesta mahdollisuudesta.

KonsVähL:n mukainen lopullisten tappioiden käsite ei näin ollen nähdäkseni ole lain esitöissä esitetystä huolimatta täysin linjassa EUT:n luoman lopullisten tappioiden käsitteen kanssa.<sup>308</sup>

Myös VM on lain valmistevaiheessa pyydettyihin asiantuntijalausuntoihin vastatessaan todennut olevan mahdollista, että konsernivähennystä koskeva sääntely on tiukempaa kuin jos lopullisia tappioita vaadittaisiin vähennettäväksi konserniavustusta vastaan EU-oikeuden nojalla, mikä itsessään osoittaa sen, että edellytykset menevät pidemmälle kuin mitä EU-oikeuden perusteella olisi edellytetty. Tästä syystä tappioiden lopullisuuden osoittaminen KonsVähL:ssa tarkoitetulla tavalla on verovelvollisen näkökulmasta hankalampaa ja samalla myös pidempi hallinnollinen prosessi, kun tytäryhtiön purkaminen sen sijaintivaltion mukaisen selvitysmenettelyn kautta vie todennäköisesti aikaa vähintäänkin kuukausia. Tästä syystä uusi lainsäädäntö ei todennäköisesti ainakaan lisää konsernivähennyksen tekemisen houkuttelevuutta verovelvollisen kannalta verrattuna siihen, että tytäryhtiö sulautettaisiin kotimaiseen emoyhtiöön.

### **5.3 Konsernivähennys vaihtoehtona rajat ylittävälle sulautumiselle**

Kotimaisen emoyhtiön tavoitellessa ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden vähentämistä on keskimääräisesti kysymys ollut merkittävistä vähennyksistä, joilla voi olla suuri merkitys emoyhtiöiden verotettavan tuloksen kannalta. Esimerkiksi KHO:n vuoden 2020 rajat ylittäviä sulautumisia koskevissa ratkaisuisa vähennettäväksi vaaditut ulkomaisten tytäryhtiöiden tappioiden määrät vaihtelivat 3 340 000–56 300 000 euron välillä.<sup>309</sup> Kun kysymys on emoyhtiön kannalta merkittävistä summista, voidaan luonnollisesti katsoa olevan tärkeää, että tappiot päästäisiin hyödyntämään täysimääräisesti.

EU-oikeuden mukaisten ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden siirtymistä kotimaiselle emoyhtiölle sulautumisen yhteydessä ei ole määrällisesti rajoitettu. EUT:n oikeuskäytännön mukaan emoyhtiö saa siis vähentää tappiot riippumatta niiden määrästä, kunhan tappioiden katsotaan olevan lopullisia EUT:n määrittelemällä tavalla. Tilanne on kuitenkin toinen konsernivähennyksen kohdalla. Kuten edellä on käsitelty, KonsVähL asettaa huomattavia

---

<sup>308</sup> Ks. VM:n lausunto 2020, s. 8.

<sup>309</sup> HE 185/2020 vp, s. 28. Vuosina 2005–2020 rajat ylittävien sulautumisten yhteydessä vähennettäväksi vaadittujen lopullisten tappioiden määrä oli keskimäärin noin 23 miljoonaa euroa. Ks. myös luku 3.1.2.

rajoituksia sille määrälle, jonka kotimainen emoyhtiö voi sen ulkomaisen tytäryhtiön lopullisista tappiosta vähentää konsernivähennyksenä. KonsVähL 9.2 §:ssä konsernivähennyksen maksimimäärä on rajattu emoyhtiön verovuoden veronalaiseen elinkeinotoiminnan tulokseen. Lisäksi samaisen pykälän 1 momentin mukaan konsernivähennys tulee vähentää sinä verovuonna, jona tytäryhtiö on purettu, jolloin konsernivähennyksen tekeminen on siis rajattu ainoastaan yhteen vuoteen. On siis mahdollista, että konsernivähennyksen määrä jää hyvinkin pieneksi suhteessa tytäryhtiön tappioiden kokonaismäärään, jos tytäryhtiön purkamisvuonna emoyhtiön elinkeinotoiminnan veronalainen tulos jää pieneksi. Samalla myös tytäryhtiön lopulliset tappiot, joita ei päästä konsernivähennyksenä hyödyntämään, jäävät kokonaan käyttämättä konsernivähennyksen ollessa käytettävänä vain yhtenä verovuonna, eli tytäryhtiön tappiot eivät siirry vähennettäväksi tulevana verovuosina. Sulautumistilanteita taas ei KonsVähL 9.1 §:n mukainen rajoitus myöskään koske, vaan tappiot voidaan vähentää myös niiden siirtymisvuotta seuraavina verovuosina TVL V osan mukaisin rajoituksin.<sup>310</sup>

Edellä esitetyn perusteella konsernivähennyksen tekemistä harkittaessa voidaan sen ajallisella suunnittelulla katsoa olevan huomattava merkitys siihen nähden, kuinka paljon konsernivähennyksen avulla tytäryhtiön lopullisia tappioita päästään lopulta vähentämään. Huomioon tulee ottaa tytäryhtiön sijaintivaltion lainsäädännön mukaisen selvitystilän tai muun vastaavan menettelyn loppuun saattamiseen kuluva aika ja emoyhtiön verotettavan tuloksen optimointi sinä verovuonna, jona selvitysmenettely on saatu päätökseen. Selvitysmenettelyn päättämisen ajoittamista rajoittaa lisäksi KonsVähL 5.1 §:n 2 kohta, jonka mukaan tappioiden lopullisuuden edellytyksenä on selvitystilän päättäminen viimeistään toiminnan lopettamisvuotta seuraavan verovuoden aikana.<sup>311</sup> Näin ollen selvitysmenettelyä viivyttämällä ei siis käytännössä ole juurikaan mahdollista vaikuttaa siihen, minä verovuonna konsernivähennys voitaisiin tehdä. Lopullisten tappioiden kotiuttamisen suunnittelu konsernivähennyksen muodossa tulee siis aloittaa hyvissä ajoin – jo ennen tytäryhtiön toiminnan lopettamista – sen määrän maksimoimiseksi. Konsernivähennykseen verrattuna sulautumistilanteissa ajallisella suunnittelulla ei taas ole vastaavanlaista merkitystä, sillä sulautuvan tytäryhtiön toiminta on käytännössä voitu lopettaa jo reilusti ennen sulautumista eikä lopullisten tappioiden siirtymisen kannalta sulautumisen toteuttamiselle ole asetettu

---

<sup>310</sup> Ks. luku 3.3 sulautumisen yhteydessä siirtyvien tappioiden vanhentumisesta.

<sup>311</sup> KonsVähL 5.2 §:n perusteella tästä poikkeaminen on kuitenkin mahdollista jos selvitysmenettelyn loppuunsaattaminen vaatii tytäryhtiön kotivaltion lainsäädännön perusteella enemmän aikaa, ks. luku 4.2.3.

aikarajoja. Toiminnan lopettaminen hyvissä ajoin ennen sulautumista voi myös olla kannattavaa EU-oikeuden mukaisen tappioiden lopullisuuden osoittamisen kannalta, sillä tällöin yhtiöllä on ollut hyvin aikaa hankkiutua eroon kaikesta sen omaisuudesta, joka voisi tulevaisuudessa kerryttää tuottoa, jota vastaan tappioita voitaisiin vähentää.

Konsernivähennykseen liittyvä konserniavustuslain mukainen emoyhtiön yhdeksän kymmenesosan omistusosuusvaatimus on myös huomattavasti korkeampi kuin mitä vaaditaan rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä. Tämän lisäksi sulautumistilanteita koskeva TVL 123.2 § on KonsVähL:a joustavampi myös siinä suhteessa, että emoyhtiön lisäksi tytäryhtiön omistajana voivat olla myös emoyhtiön osakkaat tai yhtiö ja sen osakkaat yhdessä. Lisäksi KonsVähL 5.1 §:n 5 kohdassa edellytetään kotimaisen emoyhtiön omistaneen ulkomaisen tytäryhtiön osakkeet tappiovuoden alusta lähtien ilman muutoksia, pois lukien KonsVähL 3 §:n poikkeus koskien välillistä omistusta. Rajat ylittävän sulautumisen kohdalla sen sijaan TVL 123.2 §:ssä ei edellytetä, että ulkomainen tytäryhtiö olisi ollut tappiovuoden alusta sulautumishetkeen asti saman vastaanottavan yhtiön osakkaan tai vastaanottavan yhtiön itsensä omistuksessa.<sup>312</sup> Esimerkiksi ratkaisussa KHO 2020:51, omistusvaatimus täyttyi siitä huolimatta, että vastaanottavan yhtiön osakas oli tappiovuoden alun jälkeen luovuttanut sulautuvan tappiollisen yhtiön osakkeet tai osakkeita vastaanottavalle yhtiölle. Näin ollen myös emoyhtiön omistusosuuden näkökulmasta rajat ylittävää sulautumista voidaan pitää huomattavasti joustavampana vaihtoehtona, koska tietyt muutokset myös tappiovuoden alun jälkeen tytäryhtiön omistuksessa ovat mahdollisia.<sup>313</sup>

Konsernivähennyksen osalta oman lisävaivansa aiheuttaa myös KonsVähL 8.1 §:n vaatimus lopullisten tappioiden määrän laskemisesta ensin tytäryhtiön viimeisen verovuoden päättyessä ja toiseksi selvitysmenettelyn tai sitä vastaavan menettelyn päättyessä, molempina ajankohtina sekä EVL:n että tytäryhtiön kotivaltion lainsäädännön mukaisesti. Lopullisten tappioiden määrä tulee siis laskea neljään kertaan, joista konsernivähennyksenä saa vähentää alimman määrän. Rajat ylittävien sulautumisten osalta KHO on ratkaisussaan KHO 2013:155 vahvistanut, että lopullisten tappioiden määrä tulee laskea EVL:n mukaan.<sup>314</sup>

Sulautumistilanteiden kohdalla selvittäään siis vain yhdellä tappioiden määrän laskemisella. EVL:n mukaisen tuloksen laskeminen voikin olla hallinnollisesti mittava prosessi, jos tytäryhtiöllä on tappioita useilta verovuosilta, joiden välissä on myös voitollisia vuosia. Toki

---

<sup>312</sup> Nuotio 2021, s. 275.

<sup>313</sup> Ks. luku 3.3.2.

<sup>314</sup> Ks. luku 3.4 tappioiden vähentämiseen suomalaisen emoyhtiön verotuksessa liittyvästä problematiikasta.

tilanne on vastaava myös sulautumistilanteissa, mutta tällöin joka tapauksessa selvittää vähemmällä määrällä laskemista.

Tavoitellessa ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden kotiuttamista on usein kyse merkittävistä summista ja edellä esitetyn perusteella useimmissa tilanteissa voidaan nähdäkseni rajat ylittävää sulautumista pitää emoyhtiön näkökulmasta selkeämpänä vaihtoehtona jo yksin siitä syystä, että sulautumistilanteita eivät koske KonsVähL:n kaltaiset vähennysoikeutta rajoittavat säännökset, jotka pahimmillaan voivat pienentää konsernivähennyksen määrää murto-osaan tytäryhtiön tappioiden kokonaismäärästä. Konsernivähennys voisi tämän osalta tulla kysymykseen tilanteessa, jossa emoyhtiön elinkeinotoiminnan veronalainen tulos on vuodesta toiseen niin suuri, että on selvää, ettei tytäryhtiön tappioilla voida tätä kokonaisuudessaan kuitata. Tästä huolimatta KonsVähL:n mukaisen tappioiden lopullisuuden osoittaminen on verovelvollisen näkökulmasta luvussa 5.1 käsitellyn mukaisesti – ainakin jossain määrin – haastavampaa kuin lopullisuuden osoittaminen EU-oikeuden mukaisella tavalla, mikä itsessään on lähtökohtana sille, että mahdollisen vähennyksen määrää ylipäätään päästään laskemaan. Toki kuten tutkielmassa edellä on käynyt ilmi, on yhtä lailla EU-oikeuden mukaisen tappioiden lopullisuuden osoittaminen erittäin hankalaa.

#### **5.4 KonsVähL:n merkitys kotimaisille emoyhtiöille**

KonsVähL:n tavoitteena on ollut täsmentää kotimaista lainsäädäntöä niin, että sillä varmistetaan ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden huomioiminen konserniverotuksessa EU-oikeuden edellyttämällä tavalla kuitenkin edelleen turvaten Suomen veropohjaa.<sup>315</sup> Merkityksellistä on, että sulautumistilanteiden lisäksi myös rajat ylittävään konserniavustukseen liittyviä vaatimuksia on tehty KonsVähL:a edeltävänä aikana, vaikkakin näiden määrä onkin ollut huomattavasti pienempi ja niitä onkin vaadittu vain yksittäisiä kertoja.<sup>316</sup> Lain esitöissä on arvoitu, ettei KonsVähL lisää merkittävästi lopullisten tappioiden vähentämistä aiempaan verrattuna Suomen verotuksessa, tappioiden siirtovaatimusten tekemisen ollessa mahdollisia jo ennen lakia. Uuden lain arvioitiin myös selkeyttävän

---

<sup>315</sup> HE 185/2020 vp, s. 15.

<sup>316</sup> Ibid.

lopullisten tappioiden rajat ylittäviä siirtomahdollisuuksia ja näin vähentävän verovelvollisten hallinnollista taakkaa.<sup>317</sup>

KonsVähL on siinä mielessä onnistunut oikeustilan selkeyttämisessä, että emoyhtiöillä on nyt laista löytyvä työkalu, jonka avulla ulkomaisen tytäryhtiön lopulliset tappiot voidaan hyödyntää sen verotuksessa EU-oikeuden edellyttämällä tavalla ja jonka edellytykset on kirjattuna lakitekstiin, sillä verovelvollisen näkökulmasta lopullisten tappioiden käsitteen soveltamista rajat ylittävään konserniavustukseen on voitu aiemmin pitää epäselvänä.<sup>318</sup> Kotimaisten emoyhtiöiden on kuitenkin ollut mahdollista vaatia ulkomaisten tytäryhtiöiden lopullisia tappioita vähennettäväksi jo ennen KonsVähL:n voimaan astumista rajat ylittävän sulautumisen lisäksi myös rajat ylittävän konserniavustuksen muodossa, vaikkakin KonsVähL:n esityöt jättävät hämärän peittoon, onko näitä vaatimuksia hyväksytty.<sup>319</sup> Jossain määrin jää siten epäselväksi, onko uusi lainsäädäntö tuonut tosiasiallisesti muutosta oikeustilaan aiempaan nähden muuten kuin näennäisesti. Epäilemättä laki on selventänyt niitä ehtoja, joiden tulee täytyä lopullisten tappioiden hyödyntämiseksi. Joka tapauksessa on selvää, että lopullisten tappioiden vähentämistä on ollut mahdollista vaatia vähennettäväksi jo ennen KonsVähL:a<sup>320</sup>. Nähdäkseni on siis aiheellista kysyä, oliko kotimainen verolainsäädäntö sinänsä EU-oikeuden vastaista, vaikka lopullisten tappioiden vähentämistä rajat ylittävällä konserniavustuksella ei lakiin erikseen ollut kirjoitettukaan, mutta esimerkiksi kotimaisessa oikeuskäytännössä on vahvistettu tämän olleen mahdollista.<sup>321</sup> Uuden konsernivähennyksen voidaan siis käytännössä katsoa merkitsevän vain, että aiemmin lopullisten tappioiden vähentäminen tehdäänkin konserniavustuksen sijaan konsernivähennyksenä. Huomattavaa on, että EU-oikeus ei enää KonsVähL:n voimaan astumisen jälkeen edellytä lopullisten tappioiden kattamista rajat ylittävää konserniavustusta vastaan, jolloin voidaan katsoa, ettei tämä enää KonsVähL:n mukaisissa tilanteissa ole mahdollista.<sup>322</sup>

---

<sup>317</sup> HE 185/2020 vp, s. 28–29.

<sup>318</sup> Nykänen 2020, s. 5–6. Ks. myös Helmisen asiantuntijalausunto 2020, s. 2, jossa Helminen on huomauttanut, että konserniavustuksen antaminen voisi esimerkiksi merkitä tytäryhtiölle varoja tai tuloja, joiden seurauksena tappioita ei enää voitaisikaan pitää lopullisina.

<sup>319</sup> HE 185/2020 vp, s. 28.

<sup>320</sup> Huomionarvoista on myös, että EFTA-tuomioistuin on katsonut ratkaisussaan asiassa E-15/16, Yara International ASA, ettei Norjan konserniavustusjärjestelmää tulisi arvioida eri tavoin kuin tappionsiirtojärjestelmää arvioitiin Marks & Spencer -tapauksessa ja että vastaavasti myös konserniavustusjärjestelmässä ulkomaisten tytäryhtiöiden lopulliset tappiot voisivat tulla huomioiduksi.

<sup>321</sup> Ks. KHO 2020:36.

<sup>322</sup> Helminen 2020, s. 546.

Veropohjan turvaamista koskevan tavoitteen osalta voidaan nähdäkseni katsoa, ettei uusi lainsäädäntö itsessään aiheuta vaaraa kyseiselle tavoitteelle, sillä EU-oikeus joka tapauksessa edellyttää lopullisten tappioiden huomioimista, ja kuten tässä tutkielmassa on käynyt ilmi, on kysymys kohtuullisen poikkeuksellisista tilanteista tappioiden lopullisuuteen liittyvien näyttöhaasteiden johdosta. Lain esitöiden arviota siitä, ettei KonsVähL lisää merkittävästi lopullisten tappioiden vähentämistä aiempaan verrattuna voidaan pitää melko selvänä, sillä keinovalikoiman lisääntymisestä ja ehkä aiempaa selkeämmästä vaihtoehdosta huolimatta tappioiden lopullisuuden osoittaminen on edellä esitetyn mukaisesti edelleen erittäin haastavaa.

Verovelvollisten näkökulmasta KonsVähL:n voidaan nähdäkseni katsoa selkeyttäneen lopullisten tappioiden rajat ylittäviä siirtomahdollisuuksia suhteessa rajat ylittävään konserniavustukseen siinä mielessä, että edellytykset tappioiden lopullisuudelle ovat lueteltuna laissa. Tämä ei kuitenkaan poista sitä tosiasiaa, että tästä huolimatta tappioiden lopullisuuteen liittyy edelleen tulkinnanvaraisuuksia, joita ei lainsäädännölläkään ole voitu poistaa. Etenkin voidaan pitää vielä epäselvänä, missä olosuhteissa tappiot voivat tosiasiallisesti olla lopullisia konkreettisten esimerkkien puuttuessa. KonsVähL:n ei myöskään voida katsoa vähentäneen verovelvolliselle aiheutuvaa hallinnollista taakkaa konsernivähennyksen määrän laskemiseen liittyvästä prosessista johtuen. Kuten tässä tutkielmassa on edellä todettu, rajat ylittävää sulautumista on pidettävä lopullisten tappioiden siirtymisessä useimmissa tilanteissa kotimaisen emoyhtiön kannalta kannattavampana vaihtoehtona niin tytäryhtiön lopullisten tappioiden täysimääräisen hyödyntämisen kuin myös hallinnollisesta näkökulmasta. Sulautumistilanteissa lopullisten tappioiden siirtyminen on huomattavasti joustavampaa kuin konsernivähennyksen kohdalla KonsVähL:ssä asetetuista rajoituksista johtuen ja myös emoyhtiön omistukseen liittyvät edellytykset ovat sulautumistilanteissa lievemmat. Lisäksi konsernivähennyksen laskemiseen liittyvä hallinnollinen taakka lisää verovelvolliselle tämän tekemisestä aiheutuvia kustannuksia suhteessa lopullisten tappioiden määrän laskemiseen rajat ylittävässä sulautumisessa.<sup>323</sup>

KonsVähL:lla saatettiin saada kotimainen verolainsäädäntö EU-oikeuden mukaiseksi komission näkökulmasta, mutta lain tosiasialliset vaikutukset jäänevät pieniksi eikä laki tappioiden lopullisuuden edellytysten selkeyttämisestä huolimatta poistanut käsitteeseen

---

<sup>323</sup> Ks. HE 185/2020 vp, s. 28, myös Verohallinto on KonsVähL:n valmisteluvaiheessa huomauttanut konsernivähennyksen määrän laskemiseen liittyvästä hallinnollisesta taakasta.

liittyviä kaikkia tulkinnanvaraisuuksia konkreettisten ennakkotapausten puuttuessa edelleen. Tappioiden lopullisuuden arviointi tulee näin jatkossakin aiheuttamaan päänvaivaa niin kotimaisille tuomioistuimille kuin verovelvollisille arvioinnin ollessa edelleen hyvin tapauskohtaista myös konsernivähennyksen kohdalla. Nähdäkseni todennäköisenä voidaan pitää, että niin pitkään kuin ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden kotiuttaminen on mahdollista rajat ylittävällä sulautumisella, jää konsernivähennyksen merkitys kotimaisten emoyhtiöiden näkökulmasta vähäiseksi ja sulautuminen pysyy ensisijaisena keinona lopullisten tappioiden vähentämiseksi.

Huomattavaa kuitenkin on, että vaikka lopullisten tappioiden siirtyminen on EU-oikeuden nojalla mahdollista myös rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä, ei tästä ole säädetty kotimaisen verolainsäädännön tasolla vastaavasti kuin on tehty rajat ylittävän konserniavustuksen kohdalla konsernivähennyksen muodossa. Kuten edellä on todettu, vaikka sinänsä kansallista verolainsäädäntöä sen puutteista huolimatta sovelletaan EU-oikeudellisten vaatimusten mukaisesti, edellyttävät EU-oikeuden ensisijaisuus ja oikeusvarmuus, että kansallinen lainsäädäntö muutetaan EU-oikeuden mukaiseksi.<sup>324</sup> Näin ollen on selvää, että myös lopullisten tappioiden siirtymisestä kotimaisen emoyhtiön vähennettäväksi rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä tulisi säätää Suomen verolainsäädännössä, mikä olisi omiaan selkeyttämään verotuskäytäntöä myös sulautumistilanteissa niin verovelvollisen kuin myös veronsaajan näkökulmasta. Sulautumistilanteisiin liittyvä lopullisten tappioiden vähentäminen on kuitenkin jätetty tällä erää konserniverotusjärjestelmän uudistamista pohtivan työryhmän mietittäväksi.<sup>325</sup> Työryhmän toimikauden päätyttyä 31.12.2021 saammekin toivon mukaan pian nähdä, miten työryhmä on pohdintansa perusteella ajatellut, että lopulliset tappiot huomioidaan rajat ylittävien sulautumisten yhteydessä.

---

<sup>324</sup> Ks. luku 4.1.

<sup>325</sup> Helminen 2020, s. 546.

## 6 Lopuksi

Tutkielmassa tarkasteltu EUT:n ratkaisussaan C-446/03, Marks & Spencer luoma lopullisten tappioiden käsite on edelleen voimissaan ja jatkaa vaikuttamista jäsenvaltioiden kansallisiin verolainsäädäntöihin, kuten esimerkiksi KonsVähL:n säätämisestä käy ilmi. Tämän tutkielman yhtenä tarkoituksena onkin ollut selvittää, milloin kotimaisen emoyhtiön ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden kohdalla on kysymys lopullisista tappioista niin EU-oikeuden kuin KonsVähL:n näkökulmasta. EUT:n oikeuskäytännössä lopullisten tappioiden käsitteen soveltamiskynnys on nostettu hyvin korkeaksi ja erityisesti vaatimus siitä, ettei tappioita voida pitää lopullisina, jos niiden lopullisuus aiheutuu yksinään tytäryhtiön asuinvaltion lainsäädännöstä johtuvista syistä, johtaa siihen, että tappiot voivat olla lopullisia ainoastaan poikkeuksellisissa tilanteissa lopullisuuden tullessa olla seurausta tosiasiallisista syistä. Jakoa lainsäädännöllisiin syihin ja tosiasiallisiin syihin voidaan kritisoida, sillä voidaan pitää aiheellisenä kysyä, onko ylipäättään olemassa sellaisia tappioita, jotka ovat tytäryhtiön sijaintivaltion lainsäädännön perusteella käytettävissä, mutta joita ei kuitenkaan voida tosiasiallisesti hyödyntää. Vaikka tytäryhtiö ei itse tappioita pystyisikään hyödyntämään, mutta jos tappiot on mahdollista siirtää kolmannelle yritysjärjestelyn yhteydessä tai myymällä yhtiö kolmannelle huomioimalla tappioiden arvo kauppahinnassa, ei tappioita voida pitää EU-oikeuden näkökulmasta lopullisina. Selvää joka tapauksessa on, että tappioiden lopullisuutta arvioitaessa tosiasiallisten syiden lisäksi on otettava aina huomioon myös tytäryhtiön sijaintivaltion verolainsäädäntö, jotta on ylipäättään mahdollista selvittää, ettei tappioita voida siellä enää missään tilanteessa hyödyntää tytäryhtiön itsensä tai kolmannen tahon toimesta.

Vastaavasti myös KonsVähL mukainen tappioiden lopullisuuden käsitteen soveltamiskynnys on asetettu korkealle sen perustuessa pitkälti EU-oikeudessa luotuun käsitteeseen. Molempien käsitteiden osalta myös emoyhtiölle asetettu laaja näyttövelvollisuus on omiaan nostamaan soveltamiskynnystä, sillä tappioiden lopullisuuden osoittaminen vaatii konkreettista näyttöä lopullisuudesta, eivätkä esimerkiksi emoyhtiön omat arviot ole riittäviä tätä näyttämään toteen. Käsitteet vastaavat hyvin pitkälti toisiaan ja merkittävin ero liittyy tytäryhtiön purkuvaatimukseen, mitä EU-oikeus taas ei edellytä. Suomen lainsäädännössä on siis menty jopa askel EU-oikeutta pidemmälle, ja voidaan pitää todennäköisenä, ettei KonsVähL:n säätäminen juurikaan lisää ulkomaisten tytäryhtiöiden tappioiden siirtymistä Suomeen. KonsVähL:n käsitteen etuna on kuitenkin selvästi lakitekstistä löytyvät ehdot tappioiden lopullisuudelle. Kaikkia tulkintaongelmia tälläkään ei ole kuitenkaan voitettu, sillä

konkreettiset olosuhteet tappioiden lopullisuudelle ovat edelleen epäselvät ennakkotapausten puuttuessa. Ennakkotapausten saaminen edellyttää kuitenkin verovelvollisen aloitetta ennakkoratkaisuhakemuksen muodossa.<sup>326</sup>

Kuten tässä tutkielmassa on edellä todettu, lähtökohtaisesti tappiot tulisi aina saada vähentää jossain, etteivät ne jäisi kokonaan hyödyntämättä.<sup>327</sup> Katsoakseni onkin aiheellista kysyä, onko lopullisten tappioiden käsitteen soveltaminen asetettu kohtuuttoman korkeaksi, niin EU-oikeudessa kuin myös KonsVähL:ssa, jos ulkomaisten tytäryhtiöiden tappiot jäävät tämän vuoksi vähentämättä kokonaisuudessaan ja konsernien veroaste nousee epätoivottavalla tavalla? Toisaalta se, että ulkomaisen tytäryhtiön tappiot hyväksyttäisiin lopullisiksi matalammalla kynnyksellä, ei saa johtaa siihen, että emoyhtiöt alkaisivat hankkimaan tappiollisia ulkomaisia tytäryhtiöitä ainoastaan siinä tarkoituksessa, että ne pääsisivät hyödyntämään tytäryhtiöiden tappioita. Tässä mielessä onkin perusteltua, että tappioita voidaan pitää lopullisina vain poikkeuksellisissa tilanteissa.

Tutkielman yhtenä pääasiallisena tutkimuskysymyksenä oli se, onko kotimaisen emoyhtiön näkökulmasta konsernivähennys vai rajat ylittävä sulautuminen kannattavampi vaihtoehto ulkomaisen tytäryhtiön lopullisten tappioiden kotiuttamiseksi näiden tekemiselle asetettujen edellytysten perusteella. Tutkielmassa ilmenneiden seikkojen johdosta voidaan nähdäkseni pitää selvänä, että rajat ylittävää sulautumista voidaan pitää ensisijaisena keinona lopullisten tappioiden kotiuttamiseksi suhteessa konsernivähennykseen. Jo yksinään sitä, että rajat ylittävän sulautumisen kohdalla lopullisina tappioina vähennettävään määrään ei kohdistu rajoituksia, kun taas konsernivähennyksen kohdalla on mahdollista, että vähennettävä määrä jää murto-osaan lopullisten tappioiden todellisesta määrästä, jolloin vähentämättä jäävät lopulliset tappiot menetetään konsernissa lopullisesti. Myös omistusrakenteen joustavuuteen ja lopullisten tappioiden määrän laskemiseen liittyvät seikat tekevät rajat ylittävistä sulautumisesta tällä hetkellä houkuttelevamman vaihtoehdon kotimaiselle emoyhtiölle. Molempien vaihtoehtojen kohdalla on kuitenkin hyvä muistaa, että kaiken muun pohdinnan

---

<sup>326</sup> Mahdollista on toki myös, että verovelvollinen tekisi konsernivähennyksen tai toteuttaisi yritysjärjestelyn sillä riskillä, että Verohallinto ei sitä hyväksy taikka että veronsaaja hakisi verotuksessa hyväksytyyn ratkaisuun muutosta. Tämä on kuitenkin verovelvollisen näkökulmasta hyvin riskialtis vaihtoehto, ja voidaan pitää vähintäänkin epävarmana, että tämä vaihtoehto lopullisia tappioita koskevan ennakkoratkaisun saamiseksi toteutuisi, kun kysymys on usein merkittävistä summista, jolloin järjestelyn toteuttamista ilman hyväksyttyä ennakkoratkaisua ei voida pitää verovelvollisen kannalta järkevänä.

<sup>327</sup> Ks. luku 2.2.4.

voidaan katsoa tapahtuvan teorian tasolla, kunnes tappiot on joko Verohallinnon tai kansallisen hallintotuomioistuimen toimesta todettu lopullisiksi.

Tutkielman toisena pääasiallisena tutkimuskysymyksenä oli tarkastella, oliko KonsVähL:n säätämällä todellisuudessa vaikutusta ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden vähentämisen kannalta vai jääkö sen merkitys käytännössä mitättömäksi, kun lopullisten tappioiden huomioiminen kotimaisen emoyhtiön verotuksessa on ollut mahdollista jo ennen lain voimaan astumista. Tutkielmassa esitetyn perusteella KonsVähL:n voidaan katsoa selventäneen verovelvollisen näkökulmasta niitä edellytyksiä, jotka ulkomaisen tytäryhtiön tappioiden tulee täyttää, jotta niitä voitaisiin pitää lopullisina. Lainsäädännön todelliset vaikutukset kotimaisten emoyhtiöiden osalta jäävät kuitenkin hyvin pieniksi ja lain säätämisessä onkin ollut kysymys enemmänkin minimivaatimusten täyttämisestä EU-oikeuden valossa. Lopullisten tappioiden huomioiminen Suomen verotuksessa on ollut mahdollista jo ennen KonsVähL:n voimaan saattamista rajat ylittävän konserniavustuksen muodossa ja konsernivähennyksen tekemiselle asetetut edellytykset on tutkielmassa esitetyn mukaisesti asetettu jopa EU-oikeuden vaatimaa korkeammalle, jolloin tilanne ei kotimaisten emoyhtiöiden näkökulmasta ole käytännössä muuttunut lainkaan.

Tutkielmassa esitetyn johdosta sulautuminen pysynee ensisijaisena keinona tytäryhtiöiden lopullisten tappioiden vähentämisessä kotimaisten emoyhtiöiden verotuksessa – ainakin niin pitkään, kun siitä ei laintasoisesti ole erikseen säädetty ja lopullisina tappioina vähennettävää määrää ei ole rajoitettu. Selvää kuitenkin on, että tulevaisuudessa myös lopullisten tappioiden siirtymisestä rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä tulisi säätää kotimaaisessa verolainsäädännössä, sillä sen lisäksi, että EU-oikeuden perusteella Suomi on velvollinen sen kansalliseen lainsäädäntönsä kirjaamaan, olisi verotuksen ennakoitavuuden ja oikeusvarmuuden näkökulmasta tärkeää, että ne edellytykset, joilla lopulliset tappiot hyväksytään vähennettäväksi tai niiden vähentäminen evätään, olisivat selvästi kirjattuna lakiin. Todennäköisenä voidaan kuitenkin pitää lantasoisen sääntelyn johtavan siihen, että myös rajat ylittävän sulautumisen yhteydessä siirtyvien lopullisten tappioiden määrään kohdistuu KonsVähL:ssa säädetyn kaltaisia rajoituksia. Tähän asti kuitenkin ulkomaiset tytäryhtiöt pyrittäneen sulauttamaan kotimaisiin emoyhtiöihin ja konsernivähennyksen merkitys jäänee näin vähäiseksi.