

Dosentti, OTT Matti Urpilainen  
Tampereen yliopisto

## Valtiovarainministeriölle

*Lausunto hallituksen esitysluonnoksesta (17.9.2020) laeiksi Euroopan talousalueella sijaitsevan tytäryhtiön lopullisen tappion konsernivähennyksestä ja elinkeinotulon verottamisesta annetun lain 18a §:n muuttamisesta*

### 1. Taustanäkökohtia

Lainsäädäntöhanke on tarpeellinen oikeustilan selventämiseksi. Esitysluonnoksen perusteluissa on osuvasti tuotu esiin se, että lakia säädettäessä on tasapainoiltava EU-oikeudellisten vaatimusten ja Suomen veropohjan suojaamisen välillä. Esitysluonnos on selvästi kirjoitettu siitä lähtökohdasta, että ulkomaisten tappioiden käyttömahdollisuus avataan vain EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön edellyttämässä laajuudessa, eikä yhtään laajemmin.

EU-tuomioistuimen ratkaisussa C-446/03 *Marks & Spencer* jo lähes 15 vuotta sitten lausuma periaate, jonka mukaan ulkomaisten tytäryhtiöiden lopulliset tappiot on saatava vähentää, on perusajatukseltaan selkeä, mutta käytännön soveltamistilanteissa edelleen huomattavan epäselvä ja tulkinnanvarainen. EU-tuomioistuimen on toistuvasti viitannut periaatteeseen myöhemmissä ratkaisuisaan, mutta samalla korostanut verovelvollisen näyttövelvollisuutta ja eräissä tilanteissa hyväksynyt selviä käytännöllisiä rajoituksia ulkomaisten tappioiden hyödyntämiselle. Voidaankin sanoa, että ne tilanteet, joissa ulkomaisen tytäryhtiön tappioita voidaan pitää EU-tuomioistuimen tarkoittamassa mielessä lopullisina, vaikuttavat nyt paljon harvinaisemmilta ja poikkeuksellisemmilta, kuin mitä ratkaisun C-446/03 *Marks & Spencer* valossa voitiin 15 vuotta sitten odottaa.

Tästä huolimatta on mielestäni selvää, että kun Suomen verojärjestelmään ollaan nyt ottamassa asiaa koskevaa erityissääntelyä, ei lakia säädettäessä voida lähteä siitä, että ulkomaisen tytäryhtiön lopullinen tappio voisi tulla vähennytyksi vain täysin hypoteettisissa tai teoreettisissa tilanteissa. Vaikka EU-tuomioistuimen on korostanut emoyhtiön velvollisuutta esittää näyttöä siitä, että tappiot todella ovat kaikin puolin lopullisia, on pääperiaate joka tapauksessa se, että silloin kun tällainen näyttö pystytään esittämään, ulkomaiset tappiot on saatava vähentää.

EU-tuomioistuimen ratkaisuista ilmenee, millaista näyttöä emoyhtiöltä voidaan vaatia, mutta samalla on todettava, että EU-tuomioistuimen perustelulausumista ei juurikaan saada konkreettista johtoa siihen, millaista selvitystä/tosiseikkoja tulisi hyväksyä näytöksi kussakin yksittäistapauksessa. Nyt kotimaisessa lainvalmistelussa olisikin huolehdittava siitä, että lainsäädäntö on riittävän selkeää ja soveltamiskelpoista näytön arvioinnin osalta. Näytön arviointi ei ylipäänsä ole EU-tuomioistuimen tehtäväkenttään kuuluva asia, ja siksi asiaa ei mielestäni tulisi jättää niin pitkälle vain EU-tuomioistuimen ratkaisuissa lausuttujen (ja siten mahdollisesti kehittyvien tulkintojen) varaan, kuin mitä esitysluonnoksen perusteluissa nyt tehdään.

## 2. Lopullisen tappion määrittelyminen

Tappioiden lopullisuuden perusmääritelmä on lakiluonnoksen 4 §:ssä, jonka mukaan “lopullisina tappioina pidetään sellaisia tytäryhtiön tappioita, joita ei ole voitu eikä voida käyttää tytäryhtiön tai jonkun muun tahon toimesta tytäryhtiön verotuksellisessa kotipaikassa tai muualla”. Muotoilussa on onnistuneesti tiivistetty se, mitä tappioiden lopullisuudella tarkoitetaan. Kieliasu olisi ehkä vieläkin selkeämpi, jos siitä poistetaan sana “toimesta” ja lainkohta muotoillaan “joita tytäryhtiö tai muu taho ei ole voinut tai ei voi käyttää tytäryhtiön verotuksellisessa kotipaikassa tai muualla”.

Varsinaisen sisältönsä lopullisten tappioiden määritelmä saa kuitenkin vasta 5 §:stä seitsemänkohtaisesta luettelosta. On hyvä, että tappioiden lopullisuus on pyritty määrittelemään yksityiskohtaisesti.

Laissa edellytetään (2k), että tytäryhtiö on asetettu selvitystilaan ja menettely on saatettu loppuun viimeistään toiminnan lopettamisvuotta seuraavan verovuoden aikana. Tähän nähden 3k:n “tappiot ovat olemassa tytäryhtiön kotivaltion verolainsäädännön mukaan” täytynee ymmärtää niin, että tappioiden on tullut olla olemassa Suomen lainsäädännössä edellytettyä selvitysmenettelyä aloitettaessa. Koska selvitysmenettelyä nimenomaan edellytetään 5 §:ssä, ei asiassa voi olla merkitystä sillä, jos tappiot paikallisen lainsäädännön mukaan “katoavat” selvitysmenettelyn päättyessä.

Nähdäkseni 5 §:n 1 momentin 6 kohdan alku “emoyhtiö osoittaa, että” on tarpeeton. Jo VML 26.4 §:n selvittämisvelvollisuutta koskevan yleissäännöksen perusteella selvittämisvelvollisuus kohdistuu kansainvälisessä tilanteessa pääosin vähennystä vaativaan emoyhtiöön. Vaikka asialla on EU-oikeudellinen tausta ja tappioiden lopullisuuteen kohdistuu korostunut näyttövaatimus, säännösten soveltamisessa on kuitenkin kysymys normaalista näytön esittämisestä ja arvioinnista kotimaisen veroprosessin puitteissa. Näytön arviointi tapahtuu vapaan todistusharkinnan nojalla. Viranomaislahon on pystyttävä perustelemaan näyttöä koskevat ratkaisunsa ja harkintansa. Vastaavasti kun viranomaisen arvioi, onko emoyhtiö täyttänyt näyttövelvollisuutensa, sen olisi pystyttävä täsmentämään, millaisia seikkoja se pitää hyväksyttävänä näyttönä tappioiden lopullisuudesta. Huolenaiheeni on tässä se, että määre “emoyhtiö osoittaa” saatetaan soveltamiskäytännössä ymmärtää niin, että se ikään kuin poissulkee viranomaisen velvollisuuden perustella näyttöä ja sen arviointia koskevat ratkaisunsa.

Muuten 6 kohdassa käytännössä toistetaan 4 §:ään sisältyvä määritelmä. Sitä voidaan pitää säädettävän lain soveltamisen kannalta kaikkein keskeisimpänä: lakiesityksen 6–13 §:illä on merkitystä vain siinä tapauksessa, että kyseessä on lainkohdassa tarkoitettu lopullinen tappio. Nähdäkseni lopullisia tappioita ei voida täsmällisesti määritellä lakitekstissä, joten tältä osin joudutaan hyväksymään se, että lainkohdan tulkinta jää pitkälti esitöiden ja tulevan oikeuskäytännön varaan.

Lakiluonnoksen perusteluissa todetaan (s.26), että “vähennystä vaatiessaan emoyhtiön olisi esitettävä selvitys tappioiden EU-oikeuden mukaisesta lopullisuudesta sekä muut laissa säädetyt edellytykset”. Edelleen todetaan (s. 21), että emoyhtiön tulisi pystyä näytöllään poissulkemaan mahdollisuus tappioiden käyttämisestä ja että tällä tarkoitettaisiin EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaista mahdollisuutta. Näyttövelvollisuuden osalta todetaan (s. 22), että se on “varsin tiukka”. Esimerkkinä kuvataan tilannetta, jossa tytäryhtiön tappiot ovat käytettävissä tytäryhtiön omassa verotuksessa, mutta tytäryhtiön kotivaltion lainsäädäntö ei salli minkäänlaista oikeudellista siirtomahdollisuutta kolmannelle osapuolelle. Tämä voisi perustelujen mukaan olla riittävä näyttö siitä seikasta, että tappioita ei voida käyttää kolmannen osapuolen toimesta tilanteessa, jossa tytäryhtiön osakkeet myydään. Tämän jälkeen perusteluissa kuitenkin todetaan vielä, että “tämä ei kuitenkaan sulje pois sitä, että olisi arvioitava lisäksi muut tappioiden käyttömahdollisuudet yhtiön itsensä tai kolmannen tahon osalta”.

Tältä osin on huomattava, että konsernivähennyksen edellytyksenä on ulkomaisen tytäryhtiön selvitystilan loppuun saattaminen, joten jää hyvin epäselväksi, mitä näyttöä tuossa vaiheessa voitaisiin vaatia siitä, että yhtiöllä itsellään ei ole enää jäljellä tappioiden käyttömahdollisuuksia. Vastaavasti kun yhtiön selvitystila on päättynyt, on vaikea nähdä, miten kolmas taho olisi huomionnut tappioiden olemassaolon esimerkiksi kauppahinnassa. Jos kysymys on toimintansa lopettaneesta ja kaiken omaisuuteensa myyneestä yhtiöstä, joka on arviointihetkellä lisäksi jo purettu, lienee paikallaan todeta, että tällainen jälkikäteen arviointi on täysin hypoteettista. EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä ei ole täsmennetty, miten näyttöä pitää yksittäisissä tilanteissa arvioida, vaan tämä on kansallisella tasolla täsmennettävä asia.

Siksi jatkovalmistelussa tappioiden lopullisuuden arviointia koskevia perusteluja olisi tarpeellista vielä täsmentää siten, että perusteluista kävisi selkeämmin ilmi, millaista tosiseikkoja, markkinaolosuhteita, liiketoiminnallisia seikkoja tms. konkreettisia seikkoja koskevaa näyttöä emoyhtiön on esitettävä, sekä millaisilla perusteilla viranomainen voi hylätä vähennysvaatimuksen. Perusteluissa olisi toisin sanoen annettava vähintään yksi-kaksi esimerkkiä tilanteista, joissa tappioita pidetään lopullisina säädettyä lain näkökulmasta. Keskeiseltä vaikuttaa varsinkin sen täsmentäminen, mitä hyväksytään näytöksi siitä, että tappioita ei olisi voitu hyödyntää osakkeet myymällä. On ongelmallista, jos konsernivähennys evätään käytännön tilanteessa muodollisesti sillä perusteella, että näyttöä tästä asiasta ei ole esitetty, mutta edes lainsäätämisympäristössä ei ole täsmennetty, mitä tällainen näyttö voisi olla.

Perusteluissa olisi selvyden vuoksi myös hyvä todeta, että lain voimaantulon jälkeen tappioiden lopullisuuden arviointi tapahtuu myös emoyhtiöltä vaadittavan näytön osalta lain ja sen esitöiden pohjalta, eikä suoraan KHO:n vuonna 2020 ennen lain voimaantuloa antamien linjausten pohjalta.

### **3. Konsernivähennyksen rajoittaminen verovuoden verotettavan tulon määrään**

Lakiluonnoksen 9 §:n mukaan konsernivähennyksenä voitaisiin vähentää enintään emoyhtiön verovuoden verotettavaa tuloa vastaava määrä.

En ole kovin vakuuttunut tällaisen rajoituksen tarpeellisuudesta. Lopullisten tappioiden määritelmä on lakiesityksessä jo lähtökohtaisesti suppea, laskenta perustuu ns. alimpaan arvoon ja lakiesityksessä on erikseen säännökset sellaisia tilanteita varten, jossa tappioiden käytettävyydessä tai määrässä tapahtuu jälkikäteen muutoksia.

Vähennysrajoituksen takia ulkomaisen lopullisen tappion hyödynnettävyys voisi riippua sattumanvaraisesta seikasta, eli kuinka paljon emoyhtiöllä sattuu olemaan verotettavaa tuloa sinä vuonna, kun konsernivähennystä vaaditaan. Lakiluonnoksen perustelujen mukaan konsernivähennystä voidaan tosin vähentää emoyhtiön samana verovuonna saamaa konserniavustusta vastaan. Tämä on perusteltua, mutta sekin osoittaa vähennysrajoituksen sattumanvaraisuutta: ulkomaisen lopullisen tappion hyödynnettävyys voisi riippua myös siitä, onko konsernissa yhtiötä, joka voi maksaa emoyhtiölle konserniavustusta. Sattumanvaraisuutta lisää osaltaan vielä se, että jos lopullisen tappion määrä lisääntyy lakiluonnoksen 12 §:ssä tarkoitettussa tilanteessa tytäryhtiön verotuksessa tehdyn lainvoimaisen muutoksen johdosta, konsernivähennyksen kokonaismäärä on enintään emoyhtiön verotettava tulon määrä sinä verovuonna, jona konsernivähennys on ollut tehtävä. Jälkikäteisten oikaisujen yhteydessä ei siis voida huomioida sitä, olisiko jonkin konserniyhtiön ollut mahdollista antaa konserniavustusta myös lisääntyneen lopullisen tappion kattamiseksi.

Lakiluonnoksessa lähdetään ilmeisesti siitä, että kun konserniavustus on vähennyskelpoinen vain verovuoden verotettavan tulon määrään saakka, samankaltainen rajoitus tulee asettaa myös konsernivähennykselle. Voidaan kuitenkin kysyä, onko tällainen rajoitus sattumanvarainen myös EU-

oikeuden näkökulmasta. Se, että konsernin sisäinen tuloksentasaus toteutetaan Suomessa konserniavustuksena, on Suomen lainsäätäjän valinta, samoin kuin se, että lopulliset tappiot huomioidaan tiettyinä verovuonna tehtävänä kertaluonteisena konsernivähennyksenä. EU-tuomioistuimien on asettanut korostuneen näyttövelvollisuuden ulkomaisten tappioiden lopullisuudesta, mutta silloin kun tappioiden lopullisuus on näytetty, tulisi tappiot pystyä hyödyntämään lähtökohtaisesti kokonaisuudessaan.

Kotimaisia tappioita voidaan kattaa useamman vuoden aikana annettavilla konserniavustuksilla, ja tältä kannalta olisi selkeintä, että myöskään ulkomaisten lopullisten tappioiden vähennyskelpoisuutta ei sidottaisi emoyhtiön yksittäisen verovuoden verotettavan tulon määrään.

#### **4. Edellytys, jonka mukaan tytäryhtiön asuinvaltiossa ei saa olla etuyhteysosapuolta**

Lakiluonnoksen 5 § 1 momentin 7 kohdan mukaan konsernivähennyksen edellytyksenä olisi, että tytäryhtiön kotivaltiossa ei ole selvitystilan tai sitä vastaavan menettelyn päättyessä etuyhteysyritystä.

Esitysluonnoksessa ei ole kuvattu lainkohdan tavoitteita tai tarpeellisuutta. Nähdäkseni lainkohta ei ole EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön suoraa kodifiointia eikä sitä ole niin esitysluonnoksessa perusteltukaan. Jos suomalaisella emoyhtiöllä on ulkomailla tytäryhtiö, jolla puolestaan on samassa valtiossa tytäryhtiö, tässä suorassa omistusketjussa voidaan mahdollisesti katsoa, että ulkomaisen konsernirakenteen luomisessa on kysymys sijoittautumisvapauden käyttämisestä kyseisen maan sisällä. Toisin sanoen, mikäli konsernin sisäinen tappiontasaus ei ole mahdollista kyseisessä maassa, se ei olisi peruste vähentää alimman tytäryhtiön lopullisiakaan tappioita Suomessa niin kauan kuin maassa on jäljellä suoraan omistusketjuun kuuluva tytäryhtiö.

Lainkohta ei kuitenkaan koske pelkästään suoran omistusketjun yhtiöitä, vaan tätä laajemmin kaikkia etuyhteysyrityksiä. Ilmeisesti sen perusteella konsernivähennys ulkomaisen tytäryhtiön lopullisista tappioista estyisi myös esimerkiksi silloin, jos maassa on joko emoyhtiön suoraan tai välillisesti omistama yhteisyritys, jossa on merkittävää ulkopuolista omistusta. On huomattava, että emoyhtiön on joka tapauksessa esitettävä näyttö siitä, että tappiot ovat laissa tarkoitettulla tavalla lopullisia, eli että ne eivät ole minkään konserniin kuuluvan osapuolen tai muunkaan tahon hyödynnettävissä. Tältä osin 7 kohta vaikuttaa ylikattavalta ja sen uudelleenmuotoilua olisi mielestäni vielä syytä harkita jatkovalmistelussa.

Tampereella 6.10.2020

Dosentti, OTT Matti Urpilainen  
Vero-oikeuden yliopistonlehtori  
Tampereen yliopisto