

Alikapitalisointi siirtohinnoitteluproblematiikkana – pääomarakenteen markkinaehtoisuudesta erityisesti uudistuneen VML 31 §:n valossa

Yritysverotus
Pro gradu -tutkielma

Laatija:
Lotta Parkkola

07.12.2023

Tutkielma

Oppiaine: Yritysverotus

Tekijä: Lotta Parkkola

Otsikko: Alikapitalisointi siirtohinnoitteluproblematiikkana – pääomarakenteen markkinaehtoisuudesta erityisesti uudistuneen VML 31 §:n valossa

Ohjaaja: Jaakko Ossa

Sivumäärä: XII + 56 s.

Päivämäärä: 07.12.2023

Tutkielman tarkoituksena on ensinnäkin selvittää, mistä alikapitalisoinnissa siirtohinnoitteluproblematiikkana on kyse. Toiseksi tutkielma pyrkii vastaamaan siihen, miten alikapitalisointiin puuttuminen asemoituu vuonna 2022 uudistuneen siirtohinnoitteluoikaisusäännöksen, verotusmenettelylain 31 §:n, ja toisaalta yleisen veronkiertosäännöksen, verotusmenettelylain 28 §:n, rajaamalla sääntelykentällä. Tutkielmassa käytetään tutkimusmetodinä pääosin oikeusdogmaattista eli lainopillista metodologiaa, mutta rahoitusteorian mallien tarkastelu ja siirtohinnoittelu vero-oikeuden ja talouden rajapintailmiönä tuovat tutkielmaan mukaan myös taloustieteellistä perspektiiviä.

Tutkielmassa havaitaan, että alikapitalisointi ilmiönä kumpuaa oman ja vieraan pääoman tuoton eriarvoisesta verokohtelusta. Konsernin sisäisessä rahoituksessa markkinoiden hinnoittelumekanismit eivät pysty rajoittamaan konserniyhtiön velkaantumista samalla tavalla kuin ulkoisessa rahoituksessa, jolloin pääomarakenteesta voi tulla verosuunnittelun väline. Siirtohinnoittelukontekstissa ylimitoitettua velan käyttöä pyritään estämään edellyttämällä, että konserniyhtiön pääomarakenteen on oltava markkinaehtoinen. Velan pääoman markkinaehtoisuuden arviointi on välttämätön osa velkatransaktion markkinaehtoisuuden arviointia johtuen pääomarakenteen ja koron markkinaehtoisuuden välisestä paradoksaalisesta yhteydestä: ilman pääomarakenteen markkinaehtoisuuden arviointia korkean koron markkinaehtoisuutta voitaisiin alikapitalisointitilanteissa perustella sillä, että myös ulkopuolisen lainanantajan tuottovaatimus olisi alikapitalisoinnista johtuvan riskin takia korkea.

Suomen voimassa olevan oikeuden osalta tutkielmassa päädytään siihen, että uudistuneen verotusmenettelylain 31 §:n 3 momentin mukainen liiketoimen sivuuttaminen vaikuttaisi soveltuvimmalta keinolta oikaista alikapitalisoitua pääomarakennetta. Säännöksen soveltamiskynnys on kuitenkin korkea, jolloin se soveltuisi ainoastaan räikeimpiin alikapitalisointitilanteisiin. Myöskään verotusmenettelylain 28 §:n yleinen veronkiertosäännös ei vaikuta soveltuvan lieviin alikapitalisointitapauksiin, joten lievästi velkapainotteiset pääomarakenteet vaikuttavat jäävän puuttumiskynnyksen alapuolelle. Alikapitalisointiin tai yleisemmin verotusmenettelylain 31 §:n 3 momentin mukaiseen liiketoimen sivuuttamiseen liittyviä tulkintakysymyksistä ei kuitenkaan vielä ole saatu oikeuskäytäntöä, joten säännöksen tosiasiallinen soveltamiskynnys jää vielä nähtäväksi.

Avainsanat: alikapitalisointi, siirtohinnoittelu, siirtohinnoitteluoikaisu, markkinaehtoperiaate, konsernin sisäinen rahoitus, liiketoimen määrittäminen, uudelleenluonnehdinta, sivuuttaminen

Sisällys

Lähteet	V
Lyhenteet	XII
1 Johdanto	1
1.1 Tutkielman tausta	1
1.2 Tutkimuskysymykset, metodit, keskeiset käsitteet ja rajaukset	3
1.3 Tutkielman rakenne	5
2 Pääomarakenteen valinta konserniyhtiössä	7
2.1 Oman ja vieras pääoma rahoitusmuotoina	7
2.1.1 Rahoitusmuotojen tunnusmerkit.....	7
2.1.2 Rahoitusmuotojen eriarvoinen verokohtelu	8
2.2 Pääomarakenne rahoitusteoriassa	10
2.2.1 Tavoitteena optimaalinen pääomarakenne	10
2.2.2 Modiglianin ja Millerin teoria	11
2.3 Pääomarakenne verosuunnitteluvälineenä konsernissa	12
2.3.1 Konserniyhtiön optimaalinen pääomarakenne	12
2.3.2 Alikapitalisointi vero-oikeudellisena problematiikkana	13
3 Siirtohinnoittelu ja sen oikaisu	16
3.1 Yleistä siirtohinnoittelusta	16
3.1.1 Siirtohinnoittelu taloudellisesta ja vero-oikeudellisesta näkökulmasta	16
3.1.2 Markkinaehtoperiaate	16
3.1.3 Keskeinen sääntely	17
3.2 VML 31 §:n siirtohinnoitteluoikaisusäännös	18
3.2.1 Markkinaehtoperiaate ja etuyhteyden määritelmä	18
3.2.2 Vuoden 2022 lainsäädäntömuutos ja sen tausta	19
3.2.3 Liiketoimen määrittäminen	21
3.2.4 Liiketoimen sivuuttaminen poikkeuksellisissa olosuhteissa	23
4 Konsernin sisäisen rahoituksen ja pääomarakenteen markkinaehtoisuus 26	
4.1 Konsernin sisäinen laina ja markkinaehtoperiaate	26
4.1.1 Lainan koron markkinaehtoisuus.....	26
4.1.2 Lainan pääoman markkinaehtoisuus.....	27
4.2 Pääomarakenteen ja koron markkinaehtoisuuden paradoksaalinen yhteys ...	29

4.3	Markkinaehtoisen pääomarakenteen määrittäminen	31
5	Alikapitalisoidun pääomarakenteen oikaiseminen	34
5.1	Aluksi	34
5.2	Alikapitalisoidun pääomarakenteen siirtohinnoitteluokaisu	35
5.2.1	Alikapitalisointi OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa	35
5.2.1.1	Uudelleenluonnehdinta vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeissa	35
5.2.1.2	Määrittäminen ja sivuuttaminen nykyisissä siirtohinnoitteluohjeissa	38
5.2.1.3	Siirtohinnoitteluohjeiden asema Suomen oikeudessa	42
5.2.2	VML 31 §:n 3 momentin mukainen sivuuttaminen alikapitalisointitilanteissa	43
5.2.2.1	Alikapitalisoinnin asema sivuuttamisen ja määrittämisen välisellä janalla	43
5.2.2.2	Soveltamisedellytysten täytyminen	45
5.3	Velan sivuuttaminen VML 28 §:n veronkiertosäännöksen nojalla	47
5.3.1	Yleisen veronkiertosäännöksen sisältö	47
5.3.2	Säännöksen soveltaminen alikapitalisointitilanteisiin	49
5.3.2.1	Oikeustila ennen VML 31 §:n muutosta	49
5.3.2.2	Oikeustila VML 31 §:n muutoksen jälkeen	51
6	Yhteenveto ja johtopäätökset	53

Lähteet

Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis, Oikeussäännösten tulkinnasta: tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus, Helsinki 1982.
- Aine, Leena – Lehtimäki, Anna, Verotusmenettelystä annetun lain 31 §:n muutos. Verotus 3/2022, s. 282–292.
- Bullen, Andreas, Arm's Length Transaction Structures: Recognizing and Restructuring Controlled Transactions in Transfer Pricing. IBFD Doctoral Series 2011.
- Burmeister, Jari, Internprissättning och omkarakterisering: En studie av möjligheten att omkarakterisera gränsöverskridande transaktioner vid inkomstbeskattningen. Iustus förlag, Uppsala 2016.
- Collier, Richard S. – Dykes, Ian F., On the Apparent Widespread Misapplication of the OECD Transfer Pricing Guidelines. Bulletin for International Taxation 76 (1) 2022.
- Damodaran, Aswath, Applied Corporate Finance. Third edition. Hoboken, N.J.: John Wiley & Sons 2011.
- Edgar, Tim, The Income Tax Treatment of Financial Instruments: Theory and Practice. Canadian Tax Foundation, Toronto 2000.
- Engblom, Ari – Frände, Joakim – Holla, Jyrki – Järvinen, Jussi – Kokko, Aki – Lepistö, Markku – Nieminen, Kati – Paronen, Vesa – Rautajuuri, Anna-Leena – Sandelin, Eric – Torkkel, Timo – Äimä, Kristiina, Elinkeinoverotus 2019. Edita Publishing Oy 2019. E-kirja, päivitetty huhtikuussa 2019.
- Ghosh, Julian, New Tendencies in Tax Treatment of Cross-Border Interest of Corporations: National Report of United Kingdom. Cahiers de droit fiscal international, volume 93b. Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers Amersfoort 2008, s. 735–747.
- Haapaniemi, Ossi, Oikeusvarmuus ja ennustettavuus sekä lailla säätämisen vaatimus – esimerkkinä oman ja vieraan pääoman määrittely siirtohinnoittelusäännösten perusteella, s. 23–35 teoksessa Tolvanen, Matti – Svensk, Niko (toim.), Vero ja finanssi: Juhlakirja Matti Myrsky 60 vuotta. Edita Publishing Oy 2013.

- Haapaniemi, Ossi, Siirtohinnoittelua koskevan oikeustoimen tunnistamisesta ja sivuuttamisesta sekä veron kiertämisestä. Edita Publishing Oy 2019.
- Hariton, David P., Distinguishing Between Equity and Debt in the New Financial Environment. *Tax Law Review* 1994, s. 499–524.
- Helminen, Marjaana, *The Dividend Concept in International Tax Law: Dividend Payments Between Corporate Entities*. Kluwer, Lontoo 1999.
- Helminen, Marjaana, Mahdollistaako VML 31 § etuyhteyslainan uudelleenluokittelun ilman VML 28 §:n tukea? *Defensor Legis* 1/2014, s. 85–96.
- Helminen, Marjaana, *Kansainvälinen verotus*. Alma Talent Oy 2021. E-kirja, päivitetty 06.11.2023.
- Helminen, Marjaana, Etuyhteysosapuolten välisten liiketoimien sivuuttamista ja korvaamista – VML 31 §:n ja VML 28 §:n välisiä rajanvetokysymyksiä, s. 35–51 teoksessa Viherkenttä, Timo – Pankakoski, Katriina – Scherleitner, Moritz – Hokkanen, Marja – Niskakangas, Heikki (toim.), *Veron kiertäminen tutkimuskohteena – 50 vuotta Kari S. Tikan väitöskirjasta*. Aalto-yliopisto, kauppakorkeakoulu 2022.
- Hirvonen, Ari, *Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan*. Helsingin yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2011.
- Isomaa-Myllymäki, Anita, *Konsernin sisäisen rahoituksen markkinaehtoisuus: Rahoitusrakenne ja uudelleenluokittelu*. *Verotus* 1/2014, s. 72–85. (Isomaa-Myllymäki 2014a)
- Isomaa-Myllymäki, Anita, *Konsernin sisäisen rahoituksen markkinaehtoisuus – oikeustapauskommentti ratkaisusta KHO 2014:119*. *Verotus* 5/2014, s. 469–483. (Isomaa-Myllymäki 2014b)
- Isomaa-Myllymäki, Anita, *Etuyhteysliiketoimien uudelleenluonnehdinta, tunnistaminen ja sivuuttaminen OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa ja VML 31.1 §:n soveltamisessa*. *Verotus* 5/2016, s. 475–487. (Isomaa-Myllymäki 2016a)
- Isomaa-Myllymäki, Anita, *Konsernin sisäisen rahoituksen markkinaehtoisuus: markkinaehtoperiaatteen soveltamisen oikeudelliset rajoitukset etuyhteysluotonannossa*. Alma Talent Oy 2016. (Isomaa-Myllymäki 2016b)
- Isomaa-Myllymäki, Anita – Myllymäki, Janne, *Omaa vai vierasta pääomaa – hybridilaina yhtiöoikeuden, kirjanpidon ja verotuksen pääomarakenteessa*. *Liikejuridiikka* 1/2017, s. 33–82.

- Jaakkola, Riikka – Laaksonen, Sanna – Nikula, Timo – Palmu, Mikko – Paronen, Vesa – Sandelin, Eric – Vasenius, Suvi, Siirtohinnoittelu käytännössä. Edita Publishing Oy 2012.
- Juusela, Janne, Oikeustoimien uudelleenluokittelu verotuksessa, s. 55–62 teoksessa Nykänen, Pekka – Urpilainen, Matti (toim.), Yritys, omistaja ja verotus – Juhla-julkaisu Seppo Penttilälle. Edita Publishing Oy 2014.
- Juusela, Janne, Legaliteettiperiaate vero-oikeudessa. Defensor Legis 4/2018, s. 449–467.
- Kari, Seppo – Kerkelä, Leena, Oman pääoman tuoton vähennyskelpoisuus yritysverotuksessa: Belgian malli. Valtion taloudellinen tutkimuskeskus 2009.
- Karjalainen, Jukka, Konsernin sisäisten korkojen markkinaehtoisuus. Verotus 4/2010, s. 378–383.
- Katramo, Mikko – Lauriala, Jari – Matinlauri, Ismo – Niemelä, Jaakko – Svennas, Karin – Wilkman, Nina, Yrityskauppa. 2. painos. Alma Talent Oy 2013.
- Knüpfer, Samuli – Puttonen, Vesa, Moderni rahoitus. 10., uudistettu painos. Alma Talent Oy 2018.
- Knuutinen, Reijo, Konsernin sisäiset lainat verotuksessa: alikapitalisointi. Verotus 2/2005, s. 188–196.
- Knuutinen, Reijo, Muoto ja sisältö vero-oikeudessa – erityistarkastelussa rahoitus- ja sijoitusinstrumentit. Suomalainen lakimiesyhdistys 2009.
- Knuutinen, Reijo, Verosuunnittelua vai veron kiertämistä: verosuunnittelun ja veron kiertämisen välinen rajanveto tuloverotuksessa. Sanoma Pro Oy 2012.
- Knuutinen, Reijo, Vieraan pääoman vero-oikeudellinen uudelleenluokittelu etuyhteystilanteissa. Defensor Legis 1/2015, s. 107–124. (Knuutinen 2015)
- Knuutinen Reijo, Verosuunnittelun oikeudelliset ja yhteiskunnalliset rajat. Alma Talent Oy 2020.
- Lautjärvi, Kari, Välipääomarahoitussinstrumentit: yhtiöoikeudellinen tutkimus vieraan pääoman ehtoisen välipääomarahoitajan asemasta osakeyhtiössä. Talentum Media Oy 2015.
- Mannio, Lauri, Korke vero-oikeudessa. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1997.
- Martikainen, Minna – Vaihekoski, Mika, Yritysrahoituksen perusteet. Sanoma Pro Oy 2015.
- Mehtonen, Pekka, Suomen tekemät tuloverosopimukset ja OECD:n malliverosopimus. Edita Publishing Oy 2001.

- Mehtonen, Pekka, Siirtohinnoittelu, tuloverotus ja konsernistrategiat – erityisesti strategisen suunnittelun dokumentoinnista ja reaaliargumentaatiosta. Edita Publishing Oy 2005.
- Modigliani, Franco – Miller, Merton H., The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment. *The American Economic Review* 48 (3) 1958, s. 261–297.
- Modigliani, Franco – Miller, Merton H., Corporate Income Taxes and the Cost of Capital: A Correction. *The American Economic Review* 53 (3) 1963, s. 433–443.
- Moerer, Omar – Mavrodiev, Georgi – Kale, Sharvari, Common Types of Intra-Group Financing Arrangements, s. 101–165 teoksessa Bakker, Anuschka – Kale, Sharvari (ed.), *Transfer Pricing and Intra-Group Financing: The Entangled Worlds of Financial Markets and Transfer Pricing*. 2nd revised edition. IBFD Publications USA, Incorporated, 2021.
- Myrsky, Matti – Råbinä, Timo, Verotusmenettely ja muutoksenhaku. 7., uudistettu painos. Talentum Media Oy 2015.
- Mähönen, Jukka – Villa, Seppo, Osakeyhtiö II: Pääomarakenne ja rahoitus. 4., uudistettu painos. Alma Talent Oy 2020.
- Navarro, Aitor, *Transactional Adjustments in Transfer Pricing*. IBFD Doctoral Series 2018.
- Niskanen, Jyrki – Niskanen, Mervi, *Yritysrahoitus*. 8. painos. Edita Publishing Oy 2016.
- Ossa, Jaakko, *Yritystoiminnan verotus*. 3., uudistettu painos. Helsinki: Kauppakamari 2020.
- Pankakoski, Katriina, *Tavaramerkin siirtohinnoittelu: etuyhteysliiketoimen markkinaehtoisen hinnoittelun rajat*. Vaasan yliopisto 2018.
- Pankakoski, Katriina, *Siirtohinnoitteluvoimakkaisuuksia koskeva sääntely: lainsäädäntömuutoksen tosiasiallinen vaikutus oikeustilaan*. Edita Publishing Oy 2021.
- Peleg, Doron, *Fundamental Models in Financial Theory*. MIT Press 2014.
- Penttilä, Seppo, *Siirtohinnoittelua koskevat oikeuskäytännön linjaukset*. *Verotus* 2/2015, s. 120–140.
- Petruzzi, Raffaele, *Transfer Pricing Aspects of Intra-Group Financing*. Kluwer Law International BV 2016.
- Rajamäki, Anu, *Korkvähennysrajoituksen muutos 2019*. *Verotus* 1/2019, s. 42–53.

- Raunio, Merja, Liiketoimien tunnistaminen ja sivuuttaminen tapauksissa KHO 2020:34 ja KHO 2020:35. Verotus 5/2020, s. 668–678.
- Raunio, Merja – Svenssas, Karin, Rahoitustransaktioiden siirtohinnoittelu – onko konserniin kuulumisella vaikutusta? Verotus 2/2011, s. 190–200.
- Raunio, Merja – Karjalainen, Jukka, Siirtohinnoittelu. 2., uudistettu painos. Alma Talent Oy 2018.
- Rosenbloom, David H., Banes of an Income Tax: Legal Fictions, Elections, Hypothetical Determinations, Related Party Debt. Sydney Law Review 26 (1) 2004, s. 17–35.
- Russo, Antonio – Dekker, Andre, Accurate Delineation of Intra-Group Financial Transactions, s. 27–38 teoksessa Bakker, Anuschka – Kale, Sharvari (ed.), Transfer Pricing and Intra-Group Financing: The Entangled Worlds of Financial Markets and Transfer Pricing. 2nd revised edition. IBFD Publications USA, Incorporated, 2021.
- Ryynänen, Olli, Förtäckt dividend i beskattningen. Svenska handelshögskolan och Olli Ryynänen 1996.
- Scherleitner, Moritz, Addressing Tax Arbitrage with Hybrid Financial Instrument: a Multidisciplinary Study and Proposal for Developed and Developing Countries. Amsterdam: IBFD Publications USA, Incorporated, 2020.
- Tikka, Kari, Veron minimoinnista: tutkimus tulo- tai omaisuusverosta vapautumisen tarkoituksessa tehdyistä toimista lainsoveltamisongelmana erityisesti silmällä pitäen verotuslain 56 §:ää. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 1972.
- Äimä, Kristiina, Sisäiset korot lähiyhtiöiden kansainvälisessä verotuksessa. Alma Talent Oy 2009.

Virallis- ja puolivirallislähteet

Euroopan komission ehdotus neuvoston direktiiviksi vieraan ja oman pääoman ehtoisen rahoituksen verokohtelua tasavertaistavaa vähennystä ja korkojen vähennyskelpoisuuden rajoittamista yhteisöverotuksessa koskevien sääntöjen vahvistamisesta, KOM (2022) 216 lopullinen.

HE 107/2006 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle tuloverotuksen siirtohinnoittelua koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 188/2021 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi verotusmenettelystä annetun lain 31 §:n muuttamisesta ja siihen liittyviksi laeiksi.

OECD, Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs. OECD, Pariisi 1979. (OECD 1979)

OECD, Thin Capitalisation. Issues in International Taxation No 2. OECD, Pariisi 1987. (OECD 1987)

OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010. OECD Publishing, Pariisi 2010. (OECD 2010)

OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. OECD Publishing, Pariisi 2013. (OECD 2013)

OECD, Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8–10: 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing, Pariisi 2015. (OECD 2015)

OECD, BEPS Project Explanatory Statement: 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing, Pariisi 2016. (OECD 2016)

OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed Version. OECD Publishing, Pariisi 2017. (OECD 2017a)

OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations. OECD Publishing, Pariisi 2017. (OECD 2017b)

OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2022. OECD Publishing, Pariisi 2022. (OECD 2022)

Valtiovarainministeriö. Verotusmenettelystä annetun lain 31 §:n muuttaminen, hallituksen esityksen valmistelu. (VaVM 2014)

VaVM 28/2021 vp. Valtiovarainvaliokunnan mietintö VaVM 28/2021 vp – HE 188/2021 vp.

Verohallinto: Konserniyhtiöiden väliset lainasopimukset, sivu päivitetty 21.6.2022. (Verohallinto 2022)

<https://www.vero.fi/yritykset-ja-yhteisot/yritystoiminta/siirtohinnoittelu/konsernin-sisainen-rahoitus/konsernin-sisaiset-lainat/>

Oikeustapaukset

KHO 1962 II 696

KHO 1968 II 564

KHO 1981 II 529

KHO 1999:19

KHO 1999 T 4219

KHO 2005:1166 (julkaisematon)

KHO 2009:70

KHO 2013:36

KHO 2014:33

KHO 2014:119

KHO 2017:145

KHO 2017:146

KHO 2018:173

KHO 2020:34

KHO 2020:35

KHO 2021:66

Lyhenteet

BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
HE	hallituksen esitys
KHO	korkein hallinto-oikeus
OECD	Taloudellisen yhteistyön ja kehityksen järjestö (Organisation for Economic Co-operation and Development)
OECD:n siirtohinnoitteluohjeet	Siirtohinnoitteluperiaatteet monikansallisia yrityksiä ja verohallintoja varten
VML	Laki verotusmenettelystä (1558/1995)
Vp	valtiopäivät

1 Johdanto

1.1 Tutkielman tausta

Yritykset tarvitsevat pääomaa rahoittaakseen toimintaansa. Tulorahoitus eli yrityksen omasta liiketoiminnasta syntyvä rahavirta harvoin riittää tyydyttämään kaikki yrityksen rahoitustarpeet, jolloin yritys tarvitsee lisäksi ulkoista rahoitusta. Ulkoisen rahoituksen lähteet voidaan yksinkertaistaen jakaa omaan pääomaan ja vieraaseen pääomaan eli velkarahoitukseen.¹ Yritykset voivat lähtökohtaisesti varsin vapaasti päättää, käyttävätkö ne rahoitusjärjestelyissään omaa pääomaa, vierasta pääomaa vai kumpaakin, ja missä suhteessa pääomamuotoja käytetään.²

Yksi rahoitusmuodon valintaan vaikuttava tekijä on verotus. Oma ja vieras pääoma eroavat toisistaan siinä, että vieraasta pääomasta maksettava korvaus eli korko on pääsääntöisesti yritykselle vähennyskelpoinen meno toisin kuin omasta pääomasta maksettava korvaus eli osinko.³ Eriarvoinen verokohtelu voi kannustaa yrityksiä suosimaan vierasta pääomaa oman pääoman sijasta. Liiallista velanottoa hillitsee silti yleensä se, että velkaantumistasteen kasvaessa myös riski yrityksen maksukyvyttömyydestä kasvaa, mikä rajoittaa saatavissa olevan velan määrää ja nostaa velan korkoa.⁴

Kuitenkin silloin, kun yritystoimintaa harjoitetaan konsernimuodossa, edellä kuvattu markkinamekanismi ei toimi toivotulla tavalla. Konserniin kuuluvan yrityksen on nimittäin mahdollista hankkia rahoitusta velkamarkkinoiden lisäksi myös konsernin sisäisesti muilta konserniyhtiöiltä. Erityisesti jos yrityksen rahoitus muodostuu yksinomaan konsernin sisäisestä rahoituksesta, velkarahoituksen osuus pääomarakenteesta saattaa nousta huomattavan suureksi konsernin tavoitellessa optimaalista verohyötyä koron vähennysoikeutta hyödyntäen.⁵ Tällöin on kyse alikapitalisoinnista.

Alikapitalisointi voidaan määritellä tilanteena, jossa yrityksen velkaantumistasote on epänormaalin korkea johtuen konsernin sisäisestä, rajat ylittävästä velkarahoituksesta, ja jossa järjestelyn taustalla ovat verotukseen liittyvät syyt.⁶ Se on ilmiönä ongelmallinen, koska oman ja vieraan

¹ Niskanen – Niskanen 2016, s. 266.

² Helminen 2014, s. 86.

³ Scherleitner 2020, s. 44.

⁴ Isomaa-Myllymäki 2014a, s. 73.

⁵ Knuutinen 2009, s. 74 ja 438.

⁶ Helminen 1999, s. 321.

pääoman tuoton erilaisesta verokohtelusta johtuen se yleensä vähentää velallisyrittäjien asuinvaltion verotuloja verrattuna tilanteeseen, jossa konsernin sisäinen rahoitus olisi toteutettu oman pääoman ehtoisesti.⁷ Tästä syystä valtioilla on suuri intressi pyrkiä puuttumaan alikapitalisointiin. Puuttumiskeinot voivat vaihdella: osa valtioista on esimerkiksi säätänyt erityisiä raja-arvoja verotuksessa hyväksyttävällä oman ja vieraan pääoman suhteelle, toiset taas pyrkivät puuttumaan alikapitalisointiin yleisten veronkiertolausekkeiden avulla.⁸

Alikapitalisointi voidaan nähdä myös siirtohinnoitteluproblematiikkana. Verotuksessa siirtohinnoittelulla tarkoitetaan etuyhteysosapuolten – eli lähtökohtaisesti samaan konserniin kuuluvien yksiköiden – välisten liiketoimien hinnoittelua. Siirtohinnoittelu rakentuu markkinaehtoperiaatteen ympärille, jonka mukaan toisiinsa etuyhteydessä olevien yritysten on käytettävä keskinäisissä liiketoimissaan ehtoja, joita toisistaan riippumattomat osapuolet olisivat käyttäneet vastaavanlaisissa olosuhteissa. Mikäli ehdot poikkeavat siitä, mitä riippumattomat yritykset olisivat sopineet, voidaan niitä verotuksessa oikaista siirtohinnoitteluoikaisulla.⁹ Markkinaehtoperiaate on ilmaistu OECD:n¹⁰ malliverosopimuksen 9 artiklassa.¹¹

Alikapitalisoinnin kontekstissa markkinaehtoperiaate edellyttää, että vieraan pääoman osuus konserniyhtiön pääomarakenteessa on vastaava kuin se olisi itsenäisen yrityksen pääomarakenteessa samanlaisissa olosuhteissa.¹² Käytännössä tarkastelu kiteytyy tällöin siihen, voidaanko yksityisoikeudelliselta muodoltaan velkaa oleva pääomansijoitus katsoa verotuksessa omaksi pääomaksi sillä perusteella, että riippumaton osapuoli ei olisi tehnyt sijoitusta vieraan pääoman muodossa.¹³ Siirtohinnoittelun alalla kansainvälisen standardin asemassa olevissa OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa on jo pitkään katsottu, että malliverosopimuksen 9 artiklan markkinaehtoperiaatetta soveltamalla *prima facie* velka voidaan alikapitalisointitilanteissa katsoa omaksi pääomaksi.¹⁴

Suomen oikeusjärjestykseen ei sisälly erityistä alikapitalisointinormia, vaan alikapitalisointiin puuttuminen on nähty joko siirtohinnoittelu- tai veronkiertoproblematiikkana. Pitkään oli kui-

⁷ Engblom ym. 2019, s. 400.

⁸ Helminen 2021, 10. Vieraan ja oman pääoman tuotto – Korkovähennysten rajoittaminen – Alikapitalisointi – Alikapitalisointiin puuttuminen.

⁹ Jaakkola ym. 2012, s. 21 ja 26.

¹⁰ Taloudellisen yhteistyön ja kehityksen järjestö (Organisation for Economic Co-operation and Development).

¹¹ Ks. OECD 2017a.

¹² Mehtonen 2005, s. 210.

¹³ Helminen 1999, s. 322.

¹⁴ Ks. OECD 1987, kappale 48.

tenkin epäselvää, voidaanko kansallista siirtohinnoitteluoikaisusäännöstä – verotusmenettelystä annetun lain¹⁵ 31 §:ää – soveltaa alikapitalisointitapauksiin tai muihin liiketoimen muodon uudelleenluonnehdintaa tai sivuuttamista edellyttäviin tilanteisiin. Lopulta korkein hallinto-oikeus vahvisti ratkaisussa KHO 2014:119, ettei etuyhteysliiketoimen uudelleenluonnehdinta ollut mahdollista VML 31 §:n nojalla, vaan säännöksen sanamuoto valtuutti ainoastaan liiketoimen hinnan ja muiden ehtojen oikaisemiseen. Tämä rajoitti OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden asemaa kansallisen markkinaehtoperiaatteen tulkintalähteenä, koska VML 31 §:n soveltamisala oli päätöksen perusteella verosopimuksen vastaavaa määräystä olennaisesti suppeampi¹⁶.

Ratkaisu jätti kuitenkin kansallisen markkinaehtoperiaatteen soveltamisen oikeudelliset rajat edelleen hämärän peittoon.¹⁷ Verotusmenettelylain 31 §:ää päädyttiinkin lopulta muuttamaan, ja uudistunut säännös tuli voimaan 1.1.2022. Lainsäädäntömuutoksen tarkoituksena oli saattaa kotimainen markkinaehtoperiaate vastaamaan OECD:n malliverosopimuksen 9 artiklaan sisältyvää ja siirtohinnoitteluohjeissa yksityiskohtaisesti analysoitua markkinaehtoperiaatetta ja siten mahdollistaa siirtohinnoitteluohjeiden käyttäminen säännöksen tulkintalähteenä niiden koko laajuudessa.¹⁸ Muutoksella on ollut lähtökohtaisesti vaikutusta myös siihen, miten alikapitalisointiin voidaan voimassa olevan oikeuden nojalla puuttua.

1.2 Tutkimuskysymykset, metodit, keskeiset käsitteet ja rajaukset

Tutkielman tarkoituksena on ensinnäkin analysoida alikapitalisointia siirtohinnoitteluproblematiikkana yleisellä tasolla. Tarkastelu aloitetaan ruohonjuuritasolta selvittämällä ensin, miksi alikapitalisointia edes esiintyy. Taloustieteellisen tulokulman avulla pyritään havainnollistamaan vero-oikeuden ja talouden välistä mutkikasta suhdetta, jonka ilmentymänä myös alikapitalisointia voidaan pitää. Tämän jälkeen mukaan tuodaan siirtohinnoittelukonteksti, ja tarkastelu siirtyy siihen, miten pääomarakenteen markkinaehtoisuus ja sen arviointi asemoituvat suhteessa konsernin sisäisen velkatransaktion markkinaehtoisuuteen. Tähän liittyen jäsennetään myös sitä, miten pääomarakenteen markkinaehtoisuutta ylipäätään voidaan arvioida.

Toiseksi tutkielman tavoitteena on alikapitalisoinnin – tai tarkemmin siihen puuttumisen – asemoiminen osaksi Suomen kansallisen vero-oikeuden ja erityisesti siirtohinnoittelusääntelyn

¹⁵ L 1558/1995, jäljempänä myös VML tai verotusmenettelylaki.

¹⁶ HE 188/2021 vp, s. 4.

¹⁷ Pankakoski 2021, s. 5–6.

¹⁸ HE 188/2021 vp, s. 3 ja 13.

systematiikkaa. Tätä tarkastelua voidaan pitää tutkielman painopistealueena. Käytännössä tarkastelu keskittyy siihen, millä edellytyksillä yksityisoikeudelliselta muodoltaan velkaa oleva pääomansijoitus voidaan tai on voitu alikapitalisointitilanteissa uudelleenluonnehtia tai sivuuttaa OECD:n siirtohinnoitteluohjeistuksessa, kotimaisessa oikeudessa ennen VML 31 §:n muutosta ja kotimaisessa oikeudessa VML 31 §:n muutoksen jälkeen. Näin pyritään löytämään vastausta siihen, miten alikapitalisointiin voimassa olevan oikeuden nojalla voidaan puuttua ja mille korkeudelle puuttumiskynnys asettuu.

Tutkimuskysymykset voidaan tiivistäen muotoilla seuraavasti:

- 1) Mistä alikapitalisoinnissa siirtohinnoitteluproblematiikkana on kyse?
- 2) Miten alikapitalisointiin puuttuminen asemoituu siirtohinnoitteluoikaisusäännökseen sisältyvän liiketoimen määrittämisen (VML 31.2 §) ja sivuuttamisen (VML 31.3 §) sekä toisaalta yleisen veronkiertopykälän (VML 28 §) rajaamalla sääntelykentällä?

Tutkielmassa käytetään tutkimusmetodina pääosin oikeusdogmaattista eli lainopillista metodia, koska tutkielman tarkoituksena on systematisoida ja tulkita voimassa olevan oikeuden sisältöä. Tulkinnan lähteinä käytetään OECD:n siirtohinnoitteluohjeita, kotimaista ja ulkomaista oikeuskirjallisuutta, lain esitöitä sekä oikeuskäytäntöä. Toisessa pääluvussa tarkasteltavat rahoitusteorian mallit ja siirtohinnoittelu vero-oikeuden ja talouden rajapintailmiönä tuovat tutkielmaan mukaan myös taloustieteellistä perspektiiviä.

Aiheen rajauksen kannalta on syytä tarkentaa, mitä alikapitalisoinnilla tutkielmassa tarkoitetaan. Alikapitalisoinnilla viitataan tilanteeseen, jossa liiallisen konsernin sisäisen velkarahoituksen seurauksena vieraan pääoman osuus konserniyhtiön pääomarakenteesta kasvaa huomattavan suureksi, ja järjestelyn tarkoituksena on verohyötyjen saavuttaminen. Joskus alikapitalisoinnin tulkitaan kattavan kaikki sellaiset tilanteet, joissa omaa pääomaa pyritään esittämään vieraana pääomana, jolloin esimerkiksi hybridi-instrumentit kuuluisivat tämän käsitteen alle¹⁹, mutta tässä tutkielmassa alikapitalisoinnilla viitataan ainoastaan ylimitoitettun velkapainotteeseen rahoitusrakenteeseen. Käytetyn velkainstrumentin oletetaan ominaisuuksiltaan vastaavan perinteistä velkaa, ja hybridi-instrumenttien tarkastelu on kokonaisuudessaan rajattu tutkimuskohteen ulkopuolelle.

¹⁹ Ks. esim. OECD 1987, kappaleet 11–13.

Lisäksi tutkielman keskiössä olevan pääomarakenteen markkinaehtoisuuden konseptin osalta tehdään seuraava huomio: Siirtohinnoitteluanalyysin kohteena on aina jokin tietty liiketoimi, joka tämän tutkielman kontekstissa on käytännössä lainatransaktio. Koska pääomarakenne ei itsessään muodosta liiketoimintaa, ei se tästä syystä voi olla suoraan esimerkiksi siirtohinnoittelu-oikaisun kohteena.²⁰ Lainan pääomaan kohdistuva siirtohinnoittelu-oikaisu kuitenkin käytännössä johtaa myös pääomarakenteen oikaisuun verotuksessa. Nähdäkseni tästä syystä pääomarakenteen markkinaehtoisuuden ja velan muodon markkinaehtoisuuden käsitteet rinnastetaan usein toisiinsa oikeudellisissa teksteissä. Myös tässä tutkielmassa termejä käytetään rinnakkain, mutta edellä esitetty ero on silti syytä pitää mielessä.

Tutkielman kannalta keskeisiä käsitteitä ovat myös liiketoimen määrittäminen, uudelleenluonnehdinta ja sivuuttaminen. Olen kuitenkin pitänyt tarkoituksenmukaisempina määrittellä näiden käsitteiden merkityssisällöt niiden asiayhteydessä luvussa 5.1, joten näitä käsitteitä ei vielä tässä avata tarkemmin.

Tutkielma on vallitsevan oikeustilan analysoinnin osalta rajoitettu koskemaan ainoastaan Suomen oikeutta. Lisäksi on syytä korostaa, että tässä tarkastelussa systematisoidaan alikapitalisointiin puuttumisen soveltamisedellytyksiä ja tulkitaan niiden täyttymistä. Tutkielman laajuuden ulkopuolelle jää siis muun muassa kysymys siitä, miten siirtohinnoitteluprosessi ja mahdollinen velan sivuuttaminen tosiasiallisesti toteutetaan, ja millaisia oikeusseuraamuksia sivuuttamisella on.

1.3 Tutkielman rakenne

Tutkielma koostuu johdannon (pääluku 1) lisäksi neljästä käsittelyluvusta (pääluvut 2–5) sekä johtopäätöksistä (pääluku 6). Johdannon jälkeen toisessa pääluvussa käsitellään omaa ja vierasta pääomaa rahoitusmuotoina yleisemmällä tasolla. Tarkasteluun otetaan mukaan myös rahoitusteoreettinen näkökulma, jonka avulla pohditaan sitä, miten pääomarakenne teorian tasolla yrityksissä tulisi valita, ja miten konserniin kuulumisen voi vaikuttaa pääomarakenteen valintaan. Luvun lopussa kuvataan edeltävän teoreettisen tarkastelun pohjalta tutkielman keskiössä olevaa vero-oikeudellista problematiikkaa eli alikapitalisointia.

²⁰ Ks. Bullen 2011, s. 471.

Kolmannessa pääluvussa esitellään siirtohinnoittelua ensin yleisluontoisesti ja tarkastellaan siten yksityiskohtaisemmin kansallisen lainsäädännön uudistetun siirtohinnoitteluokaisusäännyksen eli verotusmenettelylain 31 §:n sisältöä nykymuodossaan. Neljännessä pääluvussa siirrytään tarkastelemaan konsernin sisäistä rahoitusta ja erityisesti pääomarakennetta siirtohinnoittelun näkökulmasta. Tässä pääluvussa selvitetään, miksi myös pääomarakenteen markkinaehtoisuuden arviointi on tarpeen ja eritellään sitä, miten markkinaehtoinen pääomarakenne voidaan määrittää.

Viides pääluku pyrkii systematisoimaan vallitsevaa oikeustilaa. Aluksi alikapitalisointia ja laajemmin liiketoimen määrittämistä, uudelleenluonnehdintaa ja sivuuttamista selvitetään OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa eri aikoina omaksuttujen tulkintalinjojen avulla. Sen jälkeen tarkastelu siirretään kotimaisen oikeuden piiriin. Tällöin jäsennetään sitä, miten VML 31 §:n muutos suhteutuu siirtohinnoitteluohjeiden kannanottoihin, ja voidaanko alikapitalisointiin ja millä edellytyksin puuttua siirtohinnoitteluokaisusäännyksen soveltamisalalla. Lisäksi mukaan tarkasteluun otetaan VML 28 §:n yleinen veronkiertosäännös, jonka nojalla alikapitalisointiin voitiin ainakin periaatteessa ennen lainmuutosta puuttua, ja pohditaan, mikä tämän säännöksen rooli lainmuutoksen jälkeen on. Verotusmenettelylain 28 §:n soveltamisedellytykset toimivat vertailukohtana hahmotettaessa mahdollista puuttumiskynnyksen muutosta alikapitalisointitilanteissa.

2 Pääomarakenteen valinta konserniyhtiössä

2.1 Oman ja vieras pääoma rahoitusmuotoina

2.1.1 Rahoitusmuotojen tunnusmerkit

Yrityksen rahoitus koostuu omasta pääomasta ja vieraasta pääomasta eli velkapääomasta. Oma pääoma jakautuu edelleen sisäiseen omaan pääomaan eli tulorahoitukseen sekä ulkoiseen omaan pääomaan eli osakeannein hankittuun pääomaan.²¹ Tässä tutkielmassa omalla pääomalla tarkoitetaan lähtökohtaisesti ulkoista omaa pääomaa, koska tulorahoitus ei aina rinnastu osakeannein hankittuun omaan pääomaan tutkielman kannalta relevanteissa oman ja vieraan pääoman vertailutilanteissa.²²

Rahoitusmuodon luonteen arvioinnissa, eli sen luokittelussa omaksi tai vieraaksi pääomaksi, voidaan korostaa rahoitusinstrumentin oikeudellista tai taloudellista luonnetta. Tarkastelukulma riippuu pitkälti siitä, minkä oikeudenalan piirissä liikutaan. Esimerkiksi vero-oikeudessa oikeudellista muotoa painotetaan rahoitusvälineen pääomalajin määrittämisessä, mutta on myös mahdollista, että taloudelliset ominaisuudet muuttavat luonnehdinnan toisenlaiseksi.²³ Oikeudenalakohtaisten näkökulmaerojen takia pääomalajien tunnusmerkkien määrittelyyn liittyy osittain subjektiivisia piirteitä²⁴, mikä tekee yksiselitteisen rahoitusmuotojaottelun hankalaksi.

Yleisesti oman ja vieraan pääoman eroavaisuudet liittyvät kuitenkin sijoittajan etuoikeusasemaan konkurssissa, sijoituksen tuottoon ja riskiin, pääoman palauttamiseen sekä äänioikeuteen. Osakkeenomistajalla on äänioikeus yhtiökokouksessa, mutta sen asema konkurssissa on huo-
noin. Lainanantajalla puolestaan ei ole äänioikeutta, mutta konkurssitilanteessa se saa maksun saatavalleen ennen osakkeenomistajaa. Omaa pääomaa ei lähtökohtaisesti palauteta, kun taas vieras pääoma maksetaan takaisin lainasopimuksen mukaisesti. Osakkeenomistajan saama tuotto voi olla huomattava, jos yritys on voitollinen, mutta osinkoa voidaan maksaa vain vapaan oman pääoman puitteissa. Lainanantajan tuottopotentiali taas on rajattu, mutta toisaalta tuoton

²¹ Knüpfer – Puttonen 2018, s. 31–32.

²² Esimerkiksi sijoituksen tekijän näkökulman pohdinta ei ole samalla tavalla mahdollista sisäisen oman pääoman kohdalla, koska tulorahoituksessa on kyse yrityksen omasta toiminnasta syntyvästä kassavirrasta eikä yrityksen tehdystä sijoituksesta.

²³ Mähönen – Villa 2020, s. 103–104. Toisaalta omaa ja vierasta pääomaa ei edes määritellä veronormistossa, jolloin luokitteluun täytyy hakea tukea yksityisoikeuden puolelta, Isomaa-Myllymäki – Myllymäki 2017, s. 45.

²⁴ Lautjärvi 2015, II.3.1 Oman ja vieraan pääoman tunnusmerkit.

maksaminen ei riipu yrityksen menestyksestä, sillä korot on maksettava yrityksen taloudellisesta tilanteesta riippumatta.²⁵

Edellä mainittujen erojen takia oma pääoma on vierasta pääomaa riskisempää, mutta vastavasti siihen liittyy suurempi tuotto-odotus. Yritykselle oma pääoma on kalliimpaa johtuen sijoittajan suuremmasta tuottovaatimuksesta.²⁶ On kuitenkin huomattava, että pohjimmiltaan sekä oman että vieraan pääoman ehtoissa rahoituksessa on lopulta kyse sijoittajan tekemästä sijoituksesta, jonka tarkoituksena on kerryttää sijoittajalle tuottoa. Yrityksen kannalta katsottuna kumpikin rahoitusmuoto toimii puolestaan välineenä voiton tuottamiseen.²⁷ Tästä näkökulmasta oma ja vieras pääoma voidaankin nähdä luonteeltaan samanlaisina mutta vain riskitasoltaan erilaisina.²⁸

Oman ja vieraan pääoman väliin sijoittuu vielä niin sanottu välipääomarahoitus. Tällä tarkoitetaan rahoitusinstrumentteja, joissa on sekä oman että vieraan pääoman piirteitä ja jotka tästä syystä eivät asetu suoraan kumpaankaan pääomakategoriaan. Välipääoma ei kuitenkaan ole itsenäinen pääomalaji, vaan välipääomarahoitusinstrumentit luetaan muodollisesti joko omaan tai vieraaseen pääomaan samalla tavoin kuin tavanomainen osake tai velka.²⁹

2.1.2 Rahoitusmuotojen eriarvoinen verokohtelu

Oman ja vieraan pääoman välinen rajanveto on erityisen tärkeää vero-oikeudessa. Käytännössä kaikissa kehittyneissä vero-oikeusjärjestelmissä rahoitusinstrumentit luokitellaan joko omaksi tai vieraaksi pääomaksi, ja rahoitusinstrumentin verokohtelu määräytyy tämän luokittelun seurauksena. Omaa ja vierasta pääomaa kohdellaan siis verotuksessa lähtökohtaisesti eri tavalla.³⁰ Luvun tarkoituksena on antaa yleiskuva näistä verokohtelun eroista tarkastelematta sen syvemmin yksittäisten verosäännösten – tai edes verojärjestelmien – sisältöä.

²⁵ Knüpfer – Puttonen 2018, s. 33.

²⁶ Ibid.

²⁷ Knuutinen 2009, s. 71. Ks. myös Ryyänen 1996, s. 108.

²⁸ Edgar 2000, s. 94.

²⁹ Mähönen – Villa 2020, s. 133.

³⁰ Scherleitner 2020, s. 36 ja 41.

Rahoitusta saavan yrityksen verotuksessa oma ja vieras pääoma eroavat toisistaan pääsääntöisesti siinä, että vieraasta pääomasta maksettava korvaus eli korko on yhtiölle vähennyskelpoinen meno toisin kuin omasta pääomasta maksettava korvaus eli osinko.³¹ Jos rahoittajaa puolestaan verotetaan pääoman tuotosta rahoitusmuodosta riippumatta, päädytään tilanteeseen, jossa korkoa verotetaan vain yhden kerran mutta osinkoa kahteen kertaan, ensin osana yhtiön voittoa ja tämän jälkeen osakkeenomistajan pääomatulona.³² Tällaisessa klassisessa osinkoverojärjestelmässä yhtiöiden väliset osingonmaksut ovat kuitenkin monissa tilanteissa verovapaita, jotta voittoa ei moniportaisissa konsernirakenteissa verotettaisi useampaan kuin kahteen kertaan.³³

Koron ja osingon epäsymmetrinen verotus korostuu etenkin rajat ylittävissä transaktioissa. Edelleen korko on saajalleen veronalaista tuloa ja maksajalleen vähennyskelpoista menoa. Korkotulo tulee kuitenkin verotetuksi eri valtiossa kuin missä korkomeno vähennetään, jolloin korkoa saatetaan verottaa tulona ja menona eri veroprosentin mukaan.³⁴ Korkotuloa verotetaan siis yleensä ainoastaan tulonsaajan asuinvaltiossa, eikä korosta peritä lähdevero. Osinko sen sijaan ei edellä esitetysti ole maksajalleen vähennyskelpoinen meno, ja siitä peritään usein sekä lähdevero että vero tulonsaajan asuinvaltiossa. Toisaalta konsernin sisäiset osingonmaksut ovat usein verovapaita. Joka tapauksessa myös niissä tilanteissa, joissa osinkotulo on verovapaata, koron ja osingon verokohtelu eroaa siinä, missä maassa veroa maksetaan: osinkoa verotetaan osana yhtiön voittoa lähdevaltiossa, kun taas korko tulee verotetuksi koronsaajan asuinvaltiossa.³⁵

³¹ Tästä pääsäännöstä on säädetty myös useita poikkeuksia, joilla esimerkiksi rajoitetaan koron vähennyskelpoisuutta tietyissä tilanteissa tai toisaalta sallitaan oman pääoman ehtoisen rahoituksen perusteella tehtävä vähennys, ks. Scherleitner 2020, s. 44–45. Tältä osin on syytä mainita erityisesti Euroopan komission direktiiviehdotus, jonka tarkoituksena on puuttua oman ja vieraan pääoman eriarvoiseen verokohteluun mahdollistamalla oman pääoman ehtoisen rahoituksen lisäykseen perustuva vähennys tietyin edellytyksin, ks. tarkemmin KOM (2022) 216 lopull. Oman pääoman laskennallinen kustannus on vähennyskelpoinen esimerkiksi Belgiassa, ks. Kari – Kerkelä 2009.

³² Ks. esim. Knuutinen 2009, s. 71.

³³ Engblom ym. 2019, s. 164.

³⁴ Mannio 1997, s. 174.

³⁵ Helminen 2021, 10. Vieraan ja oman pääoman tuotto – Korkovähennysten rajoittaminen – Korkojen ja osinkojen erilainen verokohtelu. Koron ja osingon verokohtelussa on tiettyjä muitakin eroavaisuuksia. Esimerkiksi koron jaksotus on osingon jaksotusta edullisempaa, ks. Mannio 1997, s. 172. Oma periaatekysymyksensä on, miksi omaa ja vierasta pääomaa on ylipäättään tarpeen kohdella verotuksessa eroavasti. Syyt eriarvoiselle verokohtelulle eivät vaikuta edes olevan täysin tiedossa, ks. esim. Hariton 1994, s. 499. Rosenbloomin (2004, s. 31) näkemys mukaan riippumattomien osapuolten välillä maksetun koron vähennysoikeus on perusteltavissa sillä, että korko on liiketoiminnan harjoittamiseen tarvittavien varojen nostamisesta suoritettava kulu. Vastaavaa perustelua ei kuitenkaan toimi konsernin sisäisissä koron maksuissa, koska käytännössä mitään varoja ei tällöin nosteta.

2.2 Pääomarakenne rahoitusteoriassa

2.2.1 Tavoitteena optimaalinen pääomarakenne

Rahoitusteorian mukaan yrityksen pääasiallisena tavoitteena maksimoida yrityksen arvo ja sitä kautta maksimoida osakkeenomistajiensa varallisuus. Markkina-arvon maksimoinnin tavoite edellyttää, että päätöksiä tehdessään yritys valitsee käytettävissä olevista vaihtoehdoista sen, joka kasvattaa yrityksen arvoa eniten.³⁶ Kun yrityksen arvonmuodostusta tarkastellaan yritysrahoituksen näkökulmasta, arvonmuodostuksen keskiössä ovat kolme ratkaisevaa päätöksen-teen osa-aluetta: investointi-, rahoitus- ja osinkopäätökset.³⁷

Yksi keskeisimmistä rahoituspäätöksistä on yrityksen rahoitusrakenteen valinta eli valinta oman ja vieraan pääoman ehtoisen rahoituksen välillä.³⁸ Ei ole itsestään selvää, kuinka paljon yrityksen kannattaa rahoittaa toimintaansa omalla ja kuinka paljon vieraalla pääomalla. Rahoitusteoriassa on kuitenkin pyritty löytämään vastausta siihen, miten yrityksen optimaalinen – eli yrityksen arvon maksimoiva – pääomarakenne muodostuu. Erityisesti seuraavassa luvussa esiteltävä Modiglianin ja Millerin kuuluisa teoria ja sen laajennus havainnollistavat hyvin niitä tekijöitä ja kausaalisuhteita, jotka vaikuttavat pääomalajin valintaan.³⁹

On toki huomioitava, että Modiglianin ja Millerin teoria, kuten rahoitusteoreettiset mallit yleisestikin, sisältää paljon oletuksia ja yksinkertaistuksia, jotka eivät vastaa taloudellista todellisuutta, eikä teoria siten sovellu sellaisenaan reaali maailman tilanteisiin. Se toimii kuitenkin havainnollistavana pohjustuksena tutkimusaiheen taustalla olevalle problematiikalle eli oman ja vieraan pääoman eriarvoiselle verokohtelulle. Todellisuudessa yrityksen pääomarakenteen valinnan taustalla vaikuttavat moninaisemmat syyt, kuten yrityksen ominaispiirteet, toimiala, suhdanteet, verojärjestelmä ja lainojen saatavuus⁴⁰.

³⁶ Peleg 2014, s. 7–8 ja 10.

³⁷ Damodaran 2011, s. 2.

³⁸ Petruzzi 2016, s. 17.

³⁹ Martikainen – Vaihekoski 2015, s. 115. Taloustieteessä on kehitetty myös muita pääomarakenne teorioita, kuten Modiglianin ja Millerin teorian pohjalle rakennettu tradeoff-teoria sekä epäsymmetriseen informaatioon perustuvat teorit, joista ehkä tunnetuimpana mainittakoon pecking order -teoria. Ks. näistä esim. Niskanen – Niskanen 2016, s. 287–295.

⁴⁰ Äimä 2009, s. 134–135, Katramo ym. 2013, s. 268 ja Niskanen – Niskanen 2016, s. 292–294.

2.2.2 Modiglianin ja Millerin teoria

Modiglianin ja Millerin teorian alkuasetelmana on sellainen teoreettinen yritysten toimintaympäristö, jossa ei ole veroja eikä konkurssiriskiä.⁴¹ Alkutilanteessa yrityksen pääomarakenteella ei Modiglianin ja Millerin mukaan ole vaikutusta yrityksen arvoon.⁴² Verottomassa ja konkurssiriskittömässä taloudessa on siis yrityksen arvon maksimoinnin kannalta käytännössä merkityksetöntä, missä suhteessa yrityksen pääoma jakautuu omaan ja vieraaseen pääomaan.

Jotta tarkastelusta saataisiin enemmän reaalia maailmaa vastaava, täytyy yhtälöön lisätä verotuksen ja konkurssiriskin vaikutus. Ensin tutkitaan tilannetta verollisessa taloudessa ilman konkurssiriskiä. Koska yritys saa vähentää verotuksessa maksamansa korot mutta ei osinkoja, vieras pääoma on rahoitusmuotona omaa pääomaa edullisempaa. Modigliani ja Miller ilmaisevat verotuksen vaikutuksen yhtälömuodossa seuraavasti: velkaisen yrityksen arvo muodostuu velattoman yrityksen arvosta, johon on lisätty vieraan pääoman käytöstä saatava verohyöty.⁴³ Tämän perusteella yritys siis maksimoi arvonsa verollisessa taloudessa, kun sen pääoma koostuu kokonaan vieraasta pääomasta, koska tällöin verohyöty on suurimmillaan.

Todellisuudessa 100-prosenttinen velkarahoitus tarkoittaa kuitenkin todella suurta rahoituksellista riskiä. Verollista taloutta koskevaa teoriaa onkin laajennettu ottamalla myös konkurssiriski mukaan tarkasteluun, jolloin on kyse niin kutsutusta pääomarakenteen staattisesta teoriasta. Sen mukaan konkurssiriski lisääntyy, kun vieraan pääoman osuutta rahoitusrakenteessa kasvatetaan, mikä puolestaan aiheuttaa konkurssikustannuksia. Nämä kustannukset koostuvat niin suorista konkurssikustannuksista kuin myös konkurssin välttämiseksi aiheutuvista kustannuksista. Pääomarakenteen staattisen teorian mukaan yrityksen pääomarakenne on optimaalinen silloin, kun vierasta pääomaa omaa on sellaisessa suhteessa, että verohyödyn ja konkurssikustannusten nykyarvot ovat yhtä suuret.⁴⁴

Rahoitusteoreettisesta tarkastelukulmasta huomataan, kuinka vieraan pääoman ehtoinen rahoitus on kuin kaksiteräinen miekka: koron verovähennyskelpoisuus kannustaa yritystä rahoittamaan toimintaansa vieraalla pääomalla, mutta konkurssikustannusten lisääntyminen heikentää velkarahoituksen kannattavuutta. Verotuksella on siis suuri vaikutus pääomalajien keskinäi-

⁴¹ Martikainen – Vaihekoski 2015, s. 115.

⁴² Modigliani – Miller 1958, s. 261–297.

⁴³ Modigliani – Miller 1963, s. 433–443.

⁴⁴ Martikainen – Vaihekoski 2015, s. 117.

sessä vertailussa, mutta se ei johda 100-prosenttiseen velkarahoitukseen. Käytännössä velkaantumisen rahoituksellinen riski näkyy sekä vieraan että oman pääoman ehtoisten rahoittajien tuottovaatimuksissa, jotka nousevat huomattavasti velkaantumisasasteen ja siten riskin kasvaessa, mikä luonnollisesti nostaa molempien rahoitusmuotojen kustannusta yritykselle⁴⁵. Markkinoiden hinnoittelumekanismit siis huomioivat konkurssiriskin suuruuden ja estävät vieraan pääoman osuutta kasvamasta liian suureksi.⁴⁶

2.3 Pääomarakenne verosuunnitteluvälineenä konsernissa

2.3.1 Konserniyhtiön optimaalinen pääomarakenne

Edellä esitetty rahoitusteorian näkökulma yrityksen pääomarakenteen muodostumiseen nojaa oletukselle, että vierasta pääomaa hankitaan velkamarkkinoilta, joilla vallitsevat normaalit markkinoiden lainalaisuudet. Kun tarkastellaan konserniin kuuluvan yhtiön rahoitusrakennetta, rahoitusvaihtoehdot jaetaan konsernin sisäiseen sekä ulkoiseen rahoitukseen, jotka kumpikin voivat olla muodoltaan omaa tai vierasta pääomaa⁴⁷. Silloin kun yritystä rahoitetaan konsernin sisältä käsin, markkinoiden hinnoittelumekanismit eivät pääse vaikuttamaan samalla tavalla kuin ulkoisessa rahoituksessa, eivätkä ne aseta samanlaista rajoitetta vieraan pääoman määrän kasvattamiselle.⁴⁸

Otetaan esimerkiksi yksinkertainen tilanne, jossa konserniyhtiön ainoa rahoittaja on sen emoyhtiö. Emoyhtiö voi rahoittaa tytäryhtiönsä toimintaa joko omalla tai vieraalla pääomalla tai osittain molemmilla. Vieraan pääoman osuudella tytäryhtiön pääomarakenteesta ei kuitenkaan ole merkitystä konkurssiriskin kannalta, koska emoyhtiö kantaa joka tapauksessa yksin riskin pääoman menettämisestä, mikäli tytäryhtiö ajautuu maksuvaikeuksiin. Maksimaalisen, koron vähennysoikeuteen perustuvan veroedun saavuttamiseksi emoyhtiön intressissä voi tällöin olla rahoittaa tytäryhtiön toimintaa pelkällä velkapääomalla. Verotus kannustaa tällöin huomattavasti velkarahoitukseen, vaikka konsernin sisällä maksettavia pääoman tuottoja verotetaankin yleensä pääsäännöstä poikkeavasti, kuten luvussa 2.1.2 selostettiin, jolloin myös velan verohyöty määräytyy eri tavalla. Joka tapauksessa konsernin sisäisillä korkomaksuilla voidaan ainakin allokoida tuloa verotettavaksi alhaisemman verokannan valtioihin.⁴⁹

⁴⁵ Knüpfer – Puttonen 2018, s. 197.

⁴⁶ Knuutinen 2009, s. 74.

⁴⁷ Äimä 2009, s. 134.

⁴⁸ Knuutinen 2009, s. 74.

⁴⁹ Ks. Knuutinen 2009, s. 437–438.

Usein pääomarakenteet ovat monimutkaisempia kuin edeltävässä esimerkissä, ja konserniin kuuluvalla yhtiöllä voi hyvin olla sekä ulkoista että sisäistä rahoitusta. Tällöinkin näkökulma pääomarakenteen optimointiin on kuitenkin erilainen kuin itsenäisen yhtiön näkökulma, koska konsernissa pyritään yleensä optimoimaan koko konsernin pääomarakenne, eikä erillisten konserniyhtiöiden pääomarakenteet ole siksi samalla tavalla tärkeitä⁵⁰. Konsernissa pääomarakenteen optimointi voidaan viedä pidemmälle kuin itsenäisen yrityksen tilanteessa, koska teoriassa konserni voi ensin Modiglianin ja Millerin teorian mukaan muodostaa optimaalisen rahoitusrakenteen säätelemällä ulkoisen velan määrää, ja tämän jälkeen vielä maksimoida arvoaan edelleen allokoimalla omaa ja vierasta pääomaa konserniyhtiöiden välillä mahdollisimman verotehokkaasti.⁵¹ Käytännössä sijoitukset tehdään tällöin oman pääoman muodossa valtioihin, joiden verokannat ovat alhaisia ja vieraan pääoman muodossa valtioihin, joiden verokannat ovat korkeita.

Taloudellisesta perspektiivistä katsottuna konserniyhtiöillä ei siten ole aitoa itsenäistä rahoitusrakennetta, vaan koko konsernin pääomarakenne määrää myös erillisten konserniyhtiöiden pääomarakenteen. Muodollis-juridisesti konserniyhtiöiden pääomarakenteet kuitenkin koostuvat omasta ja vieraasta pääomasta. Verotuksessa yhtiöitä käsitellään erillisinä yksikköinä, jolloin konserniyhtiöiden muodollinen pääomarakenne vaikuttaa verotulojen jakautumiseen valtioiden välillä.⁵² Jatkona tähän herääkin kysymys siitä, miten vero-oikeudessa suhtaudutaan tilanteisiin, joissa pääomarakenteet ovat – mahdollisesti verotuksellisista syistä – muotoutuneet merkittävästi velkapainotteisiksi.

2.3.2 Alikapitalisointi vero-oikeudellisena problematiikkana

Alikapitalisoinnilla tarkoitetaan tilannetta, jossa yrityksen velkaantumisaste on epänormaalin korkea johtuen konsernin sisäisestä, rajat ylittävästä velkarahoituksesta, ja jossa järjestelyn taustalla ovat verotukseen liittyvät syyt.⁵³ Alikapitalisointi on ilmiönä ongelmallinen, koska koron ja osingon eriarvoisen verokohtelun takia se yleensä vähentää velallisyriksen asuinvaltion eli koron lähdevaltion verotuloja verrattuna tilanteeseen, jossa konsernin sisäinen rahoitus

⁵⁰ Damodaran 2011, s. 424.

⁵¹ Knuutinen 2009, s. 438–439.

⁵² Ibid., s. 439–440.

⁵³ Helminen 1999, s. 321. On huomattava, että konsernin sisäisen velan käyttöön oman pääoman sijasta voi luonnollisesti olla myös muita kuin verotuksellisia syitä. Perusteena saattaa olla esimerkiksi velkarahoituksen luonne joustavampana pääomamuotona, jos varoja on mahdollisesti tarpeen liikutella tulevaisuudessa. Ks. OECD 1987, kappale 10.

olisi toteutettu oman pääoman ehtoisesti.⁵⁴ Alikapitalisointiin liittykin siten periaatekysymys, kuinka pitkälle verovelvollisella on vapaus valita oma pääomarakenteensa.⁵⁵

Alikapitalisointitilanteissa rajanveto oman ja vieraan pääoman välillä tehdään koko rahoitus-suhteen perusteella. Toisin kuin välipääomaan kuuluvien rahoitusinstrumenttien kohdalla, tarkastelun kohteena eivät ole yksittäisen instrumentin ominaisuudet, joiden pohjalta määriteltäisiin, kumpaan pääomalajiin instrumentti kuuluu ja miten sitä verotetaan. Sen sijaan alikapitalisoinnissa velka saattaa olla muodoltaan täysin riidattomasti velkaa, mutta rajanveto rahoitusmuotojen välillä joudutaan tekemään rahoitussuhteeseen liittyvän intressiyhteyden ja siitä seuraavan velkojan erityisen aseman takia.⁵⁶

Alikapitalisoidun konserniyhtiön asuinvaltion veropohja rapautuu verotulojen valuessa ulkomaille korkomaksujen muodossa, joten valtioilla on yleisesti suuri intressi pyrkiä puuttumaan alikapitalisointitilanteisiin. Tästä syystä useissa valtioissa on säädetty erityisiä alikapitalisointinormeja, joiden nojalla osa velkarahoituksesta voidaan verotuksessa käsitellä omana pääomana ja korkovähennysoikeus tältä osin hylätä. Yleensä tällainen säännös sisältää jonkin suhdeluvun omalle ja vieraalle pääomalle, jonka ylittyessä loppuosa velasta katsotaan omaksi pääomaksi.⁵⁷ Osa säännöksistä puolestaan edustaa subjektiivista lähestymistapaa, jossa mahdollisen alikapitalisointitapauksen selvittämisessä otetaan huomioon kaikki tilanteeseen vaikuttavat, tapauskohtaiset tosiseikat.⁵⁸ Suomen oikeusjärjestykseen ei sisälly erillistä alikapitalisointinormia.

Vaihtoehtoinen tapa puuttua alikapitalisointeihin pääomarakenteisiin on yleisten veronkiertolausekkeiden avulla. Esimerkiksi sellaiset veronkiertonormit, joiden nojalla liiketoimen oikeudellinen muoto voidaan sivuuttaa sen ollessa ristiriidassa liiketoimen tosiasiallisen taloudellisen sisällön kanssa, voivat mahdollistaa vieraan pääoman käsittelyn omana pääoman alikapitalisointitilanteissa.⁵⁹ Verotusmenettelylain 28 §:n veronkiertosäännös on esimerkki tällaisesta

⁵⁴ Engblom ym. 2019, s. 400. Knuutisen (2009, s. 441) mukaan verotulojen oikeudenmukainen jakautuminen edellyttäisi, että kaikkien konserniyhtiöiden rahoitusrakenteet vastaisivat koko konsernin rahoitusrakennetta, koska edellä esitetyn mukaisesti konserniyhtiöillä ei taloudellisesta näkökulmasta ole olemassa itsenäistä rahoitusrakennetta. Tällöin vähennyskelpoiset korkomenot jakautuisivat valtioiden kesken neutraalisti.

⁵⁵ Mannio 1997, s. 221. Itse valinnanvapauteen ei vero-oikeuden keinoin voida puuttua, vaan yrityksillä on tältä kannalta täysi oikeus käyttää valitsemiaan rahoitusmuotoja. Kyse on vain valitun pääomarakenteen hyväksyttävyydestä verotusta toimitettaessa, ks. Knuutinen 2009, s. 437.

⁵⁶ Knuutinen 2009, s. 438.

⁵⁷ Helminen 2021, 10. Vieraan ja oman pääoman tuotto – Korkovähennysten rajoittaminen – Alikapitalisointi.

⁵⁸ Knuutinen 2005, s. 189.

⁵⁹ Helminen 2021, 10. Vieraan ja oman pääoman tuotto – Korkovähennysten rajoittaminen – Alikapitalisointi.

yleislausekkeesta. Toisaalta on myös mahdollista, että alikapitalisointiongelmaan puututaan veropohjaa turvaavien verosopimusmääräysten tai oikeus- ja verotuskäytännössä syntyneiden periaatteiden avulla⁶⁰.

Yksi merkittävä verosäännöstö, jolla alikapitalisointia pyritään estämään, on siirtohinnoittelua koskeva normisto. Alikapitalisointitilanteita voidaankin luontevasti arvioida siirtohinnoittelussa keskeisen markkinaehtoperiaatteen kannalta. Alikapitalisoinnista on kyse silloin, kun vieraan pääoman osuus konserniyhtiön pääomarakenteessa on suurempi kuin se olisi vastaavissa olosuhteissa toimivan, itsenäisen yhtiön pääomarakenteessa⁶¹. Käytännössä markkinaehtoisen pääomarakenteen määrittäminen ei kuitenkaan ole välttämättä lainkaan yksinkertaista, ja alikapitalisointitilanteiden toteen näyttäminen ja niihin puuttuminen voi osoittautua huomattavan hankalaksi. Tätä problematiikkaa tarkastellaan seuraavaksi selostamalla ensin siirtohinnoittelua ja siihen liittyvää sääntelyä yleisemmällä tasolla, ja analysoimalla sen jälkeen tarkemmin pääomarakenteen markkinaehtoisuutta sekä lainsäädäntömme mahdollistamia keinoja puuttua markkinaehtoperiaatteen vastaiseen pääomarakenteeseen.

⁶⁰ Äimä 2009, s. 379–380.

⁶¹ Mehtonen 2005, s. 210.

3 Siirtohinnoittelu ja sen oikaisu

3.1 Yleistä siirtohinnoittelusta

3.1.1 Siirtohinnoittelu taloudellisesta ja vero-oikeudellisesta näkökulmasta

Siirtohinnoittelu on ilmiönä sekä taloudellinen että vero-oikeudellinen. Taloudellisesta näkökulmasta katsottuna siirtohinnoittelussa on kyse samaan konserniin kuuluvien yksiköiden välisten liiketoimien hinnoittelusta. Suoritteiden luovuttajan laskuttama siirtohinta on luovuttajalle tuloa ja vastaanottajalle kustannus, joten siirtohinnoittelu vaikuttaa konsernin yksiköiden tuloksen muodostumiseen. Konserniyksiköiden väliset liiketoimet on hinnoiteltava, jotta konsernin tuloksellisuutta pystytään seuraamaan myös yksikkötasolla. Taloustieteessä siirtohinnoittelukysymyksillä onkin merkitystä erityisesti sisäisen laskentatoimen ja sitä kautta yrityksen johtamisen kannalta.⁶²

Toisaalta siirtohinnoittelun vaikutus konserniyksiköiden tulokseen heijastuu luonnollisesti myös niiden verotettavan tulon tai tappion määrään. Erityisesti valtioiden rajat ylittävissä liiketoimissa käytetyt siirtohinnot vaikuttavat olennaisesti verotettavan tulon allokoitumiseen valtioiden välillä. Intressiyhteyden takia konsernin sisäisten liiketoimien hinta ja muut ehdot eivät välttämättä määräydy markkinatalouden periaatteiden mukaisesti, vaan tulosta saatetaan esimerkiksi pyrkiä ohjaamaan korkean yritysverokannan valtioista matalan verokannan valtioihin käyttämällä sopivia siirtohinnoituksia.⁶³ Näin ollen siirtohinnoittelussa on kyse myös merkittävästä vero-oikeudellisesta ilmiöstä.

3.1.2 Markkinaehtoperiaate

Siirtohinnoittelu rakentuu sen kansainvälisenä peruseriaatteena tunnetun markkinaehtoperiaatteen (*arm's length principle*) ympärille. Markkinaehtoperiaatteen mukaan toisiinsa etuhyteydessä olevien yritysten on käytettävä keskinäisissä liiketoimissaan ehtoja, joita toisistaan riippumattomat osapuolet olisivat käyttäneet vastaavanlaisissa olosuhteissa. Jos ehdot poikkeavat siitä, mitä riippumattomat yritykset olisivat sopineet, voidaan niitä verotuksessa oikaista, jotta verotettavan tulon määrä saadaan laskettua oikein markkinaehtoperiaatetta vastaavasti.⁶⁴ Markkinaehtoperiaate liittyy olennaisesti toiseen merkittävään verotuksen peruseriaatteeseen,

⁶² Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 3.

⁶³ Knuutinen 2020, s. 255–257.

⁶⁴ Jaakkola ym. 2012, s. 21 ja 26.

erillisyhtiöperiaatteeseen. Erillisyhtiöperiaatteen mukaan konserniin kuuluvia yhtiöitä arvioidaan verotuksessa erillisinä, itsenäisinä yksikköinä konserniyhteydestä huolimatta.⁶⁵

Markkinaehtoperiaate vaikuttaa sinänsä yksinkertaiselta periaatteelta, mutta sen käytännön soveltaminen on verrattain haasteellista. Ensinnäkin periaatteen täsmälliseksi soveltamiseksi tarvitaan paljon tietoa, jonka kerääminen voi olla haastavaa. Lisäksi ongelmia aiheuttaa muun muassa se, ettei konserniyhtiöiden liiketoimia vastaavia transaktioita välttämättä löydy riippumattomien osapuolten väliltä, jos konsernin tuotteille ei esimerkiksi ole sellaisenaan olemassa markkinoita. Toisaalta silloinkin, kun vastaavaa tuotetta on saatavilla myös avoimilla markkinoilla, vertailukelpoisen tuotteen löytäminen ei ole yksinkertaista. Pelkästään tuotteiden samankaltaisuus ei riitä, vaan sen lisäksi myös vertailtavien yritysten toimintojen, riskien ja varojen täytyisi olla vertailukelpoisia. Toisaalta siirtohinnoittelumenettelyn tarkoituksena ei edes ole tarkasti markkinaehtoisesta lopputuloksen saavuttaminen, vaan tavoitteena on luotettavan tiedon pohjalta päätyä kohtuulliseen arvioon markkinaehtoisesta hinnasta ja muista ehdoista.⁶⁶

3.1.3 Keskeinen sääntely

Siirtohinnoittelua ja siihen liittyviä dokumentointivelvoitteita säännellään monissa eri oikeuslähteissä. Oikeuslähdeopin mukaisesti nämä oikeuslähteet voidaan jaotella vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin⁶⁷. Vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä siirtohinnoittelukentällä ovat kansallinen lainsäädäntömme ja Suomen solmimat verosopimukset ja heikosti velvoittavia oikeuskäytäntö sekä lain esityöt. Sallittuihin oikeuslähteisiin kuuluvat puolestaan OECD:n ohjeet, Euroopan unionin ja Verohallinnon antamat ohjeet sekä oikeuskirjallisuudessa esitetyt kannanotot.⁶⁸

Markkinaehtoperiaate on ilmaistu OECD:n malliverosopimuksen 9 artiklassa. Valtioiden välillä solmitut verosopimukset noudattelevat yleensä OECD:n malliverosopimusta, joten vastaava säännös sisältyy myös pääsääntöisesti Suomen solmimiin verosopimuksiin. Kyseisen artiklan 1 kappaleessa määritellään ensin, milloin yritysten katsotaan olevan keskenään etuyhteydessä, ja säädetään sen jälkeen mahdollisuudesta suorittaa siirtohinnoitteluoikaisu, mikäli etu-

⁶⁵ Aine – Lehtimäki 2022, s. 282. Erillisyhtiöperiaate mainitaan myös OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa, ks. OECD 2022, kappale 1.6. Erillisyhtiöperiaatteesta yleisesti ks. esim. Ossa 2020, s. 209–210. Erillisyhtiöperiaatteesta nimenomaan markkinaehtoperiaatteen valossa ks. esim. Raunio – Svennas 2011, s. 196–197.

⁶⁶ OECD 2022, kappaleet 1.11 ja 1.13. Ks. myös Raunio – Karjalainen 2018, s. 47–48.

⁶⁷ Oikeuslähdeopista ja oikeuslähteiden perusluokituksesta ks. Aarnio 1982, s. 94–96.

⁶⁸ Jaakkola ym. 2012, s. 23.

yhteisyritysten välisten liiketoimien ehdot eivät vastaa markkinaehtoperiaatetta. On huomattava, että verosopimusmääräyksillä ei voida laajentaa Suomen veroviranomaisten verotusoikeutta verrattuna siihen, mitä kansallinen lainsäädäntömme mahdollistaa, vaan ainoastaan rajoittaa sitä.⁶⁹ Sisäisen lainsäädäntömme siirtohinnoitteluoikaisusäännöstä eli verotusmenettelylain 31 §:ää käsitellään tarkemmin seuraavassa luvussa.

Käytännössä tärkeimpänä siirtohinnoittelun oikeuslähteenä voidaan pitää OECD:n laatimia siirtohinnoitteluohjeita. Vaikka ohjeet eivät juridisesti sido jäsenvaltioita, veroviranomaiset nojautuvat pitkälti niihin siirtohinnoittelukysymyksissä.⁷⁰ Ensimmäinen siirtohinnoittelua koskeva OECD:n raportti julkaistiin jo vuonna 1979⁷¹, ja nykyiset siirtohinnoitteluohjeet on alun perin laadittu vuonna 1995, jonka jälkeen ohjeita on päivitetty useaan kertaan. Tutkielman kirjoitushetkellä viimeisin päivitys ohjeisiin on vuodelta 2022⁷². Ohjeiden tarkoituksena on auttaa veroviranomaisia ja kansainvälisiä konserneja löytämään kaikkia osapuolia tyydyttäviä ratkaisuja siirtohinnoitteluongelmiin ja siten välttämään kalliita veroriitoja. Ohjeissa jäsennetään erilaisia menetelmiä, joiden avulla voidaan arvioida sitä, noudattavatko konsernin sisäisissä liiketoimissa käytetyt kaupalliset ja rahoitukselliset ehdot markkinaehtoperiaatetta. Lisäksi ohjeissa tarjotaan käytännön soveltamisesimerkkejä näistä siirtohinnoittelumenetelmistä.⁷³

3.2 VML 31 §:n siirtohinnoitteluoikaisusäännös

3.2.1 Markkinaehtoperiaate ja etuyhteyden määritelmä

Markkinaehtoperiaate ilmaistaan kansallisessa lainsäädännössämme verotusmenettelylain 31 §:n 1 momentissa. Se on nyky muodossaan ollut voimassa vuodesta 2007, jolloin siirtohinnoitteluoikaisuksi nimetty pykälä korvasi aiemman kansainvälistä peiteltyä voitonsiirtoa koskevan säännöksen.⁷⁴ Säännöksen sanamuoto on seuraava:

Jos verovelvollisen ja häneen etuyhteydessä olevan osapuolen välisessä liiketoimessa on sovittu ehdoista tai määrätty ehtoja, jotka poikkeavat siitä, mitä toisistaan

⁶⁹ Raunio – Karjalainen 2018, s. 5–7.

⁷⁰ Helminen 2021, 9. Kansainvälisen konsernin erityiskysymyksiä – Siirtohinnoittelu – Markkinaehtoisen hinnan määrittäminen. Suomessa korkein hallinto-oikeus on useissa ratkaisuisaan vahvistanut siirtohinnoitteluohjeiden statuksen kotimaisen siirtohinnoitteluoikaisun merkittävänä tulkintalähteenä, ks. esim. KHO 2013:36, KHO 2017:46 ja KHO 2018:173. Toisaalta oikeuskäytäntö on myös rajannut siirtohinnoitteluohjeiden käyttöä, ks. luku 3.2.2.

⁷¹ Ks. OECD 1979.

⁷² Ks. OECD 2022.

⁷³ OECD 2022, Preface, kappale 15.

⁷⁴ Markkinaehtoperiaate sisältyi kuitenkin myös kansainvälistä peiteltyä voitonsiirtoa koskevaan säännökseen, eikä VML 31 §:n 1 momentin ja aiemman säännöksen sisällössä ole suurta eroa, ks. HE 107/2006 vp, s. 11 ja 20.

riippumattomien osapuolten välillä olisi sovittu, ja verovelvollisen elinkeinotoiminnan tai muun toiminnan verotettava tulo on tämän johdosta jäänyt pienemmäksi tai tappio on muodostunut suuremmaksi kuin se muutoin olisi ollut, lisätään tuloon määrä, joka olisi kertynyt ehtojen vastatessa sitä, mitä toisistaan riippumattomien osapuolten välillä olisi sovittu.

Liiketoimen käsite on säännöksessä tarkoitettu laajaksi, ja se kattaa kaikki liiketaloudelliset toimenpiteet, joita taloudellisessa toiminnassa voidaan suorittaa. Myös puhtaasti kotimaiset liiketoimet ovat säännöksen soveltamisalan piirissä.⁷⁵ Tarkastelun kohteena ovat liiketoimen ehdot, joita verrataan riippumattomien osapuolten välillä käytettäviin ehtoihin. Säännöksen soveltaminen edellyttää, että markkinaehtoperiaatteen vastaiset ehdot ovat tosiasiaissa johtaneet verotettavan tulon pienentymiseen tai tappion suurentumiseen. Näin ollen siirtohinnoitteluoikaisua ei voida tehdä esimerkiksi sillä perusteella, että verovelvollisen saama verovapaa tulo on jäänyt pienemmäksi markkinaehtoperiaatteen noudattamatta jättämisen takia.⁷⁶

Etuyhteys määritellään tarkemmin VML 31 §:n 4 momentissa. Sen mukaan liiketoimen osapuolten välillä vallitsee etuyhteys, jos osapuolella on toisessa osapuolella määräysvalta tai kolmannella osapuolella on yksin tai yhdessä lähipiirinsä kanssa määräysvalta liiketoimen molemmissa osapuolissa. Etuyhteyden muodostava määräysvalta voi olla välillistä tai välitöntä. Mainitun momentin mukaan määräysvallan synnyttää yli 50 prosentin osuus toisen osapuolen pääomasta tai kaikkien osakkeiden tai osuuksien tuottamasta äänimäärästä. Edelleen määräysvalta muodostuu silloin, kun osapuolella on oikeus nimittää yli puolet jäsenistä toisen yhteisön hallitukseen tai siihen verrattavaan toimielimeen taikka sellaiseen toimielimeen, jolla on tämä oikeus. Lisäksi määräysvalta voi perustua tosiasialliseen määräysvaltaan kuten tilanteessa, jossa osapuolta johdetaan yhteisesti toisen osapuolen kanssa. VML 31.5 §:ssä säädetään vielä erikseen, että siirtohinnoitteluoikaisu soveltuu myös yrityksen ja sen kiinteän toimipaikan välisiin toimiin.

3.2.2 Vuoden 2022 lainsäädäntömuutos ja sen tausta

Kun VML 31 §:n sanamuoto päivitettiin edellä esitettyyn muotoon vuonna 2006, tarkoituksena oli muuttaa se vastaamaan OECD:n malliverosopimuksen 9 artiklaa ja käyttää OECD:n siirtohinnoitteluohjeita säännöksen tulkintalähteenä.⁷⁷ Ongelmaksi muodostui kuitenkin se, ettei lain

⁷⁵ HE 107/2006 vp, s. 20.

⁷⁶ KHO 2009:70, jossa korkein hallinto-oikeus katsoi, ettei VML 31 §:ää voitu soveltaa luovuttavan yhtiön verotuksessa, kun osakkeiden verovapaa luovutus ei alihintaisuudesta huolimatta johtanut verotettavan tulon vähentymiseen tai tappion lisääntymiseen.

⁷⁷ Pankakoski 2021, s. 2.

esitöissä annettu riittävän selkeää määritelmää markkinaehtoperiaatteen käsitteelle. Lisäksi säännöksen sanamuoto ei ilmaise suoraan markkinaehtoperiaatteen sisältöä vaan on tässä suhteessa tulkinnanvarainen, mikä on johtanut epäselvyyteen normin soveltamisalan laajuudesta.⁷⁸

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun KHO 2014:119 jälkeen on ollut selvää, että VML 31.1 §:ssä ilmaistu markkinaehtoperiaate ei kaikilta osin vastaa OECD:n malliverosopimuksen ja siirtohinnoitteluohjeiden markkinaehtoperiaatetta.⁷⁹ Ratkaisussa korkein hallinto-oikeus katsoi, ettei VML 31.1 § mahdollistanut osapuolten sopiman liiketoimen sivuuttamista ja uudelleenluonnehdintaa, vaikka siirtohinnoitteluohjeiden mukaan etuyhteysliiketoimea voidaan verotuksessa käsitellä sen sisällön mukaisesti, jos liiketoimen oikeudellisen muodon ja taloudellisen sisällön välillä on ristiriita. Korkeimman hallinto-oikeuden mukaan uudelleenluonnehdinta olisi vaatinut säännökseen sisältyvää nimenomaista valtuutusta, eikä siirtohinnoitteluohjeilla voitu laajentaa säännöksen soveltamisalaa.⁸⁰

Korkein hallinto-oikeus antoi vuosina 2014–2021 myös useita muita siirtohinnoittelua koskevia ratkaisuja.⁸¹ Oikeuskäytäntö on osoittanut, että VML 31.1 §:n markkinaehtoperiaatteen soveltamisalaa kaventavat oikeudelliset rajoitukset kuten verotuksen legaliteettiperiaate.⁸² Tämä on johtanut siihen, ettei OECD:n siirtohinnoitteluohjeita ole voitu käyttää VML 31 §:n tulkintalähteenä täydessä laajuudessa, koska säännöksen soveltamisala on olennaisesti suppeampi kuin OECD:n malliverosopimuksen vastaavan määräyksen soveltamisala. Erityisesti VML 31 §:n nojalla kielletty liiketoimen *sivuuttaminen* on oikeuskäytännössä saanut laajemman sisällön kuin siirtohinnoitteluohjeissa on tarkoitettu, mikä puolestaan on rajoittanut normaaliin siirtohinnoitteluanalyysiin kuuluvan liiketoimen *määrittämisen* ulottuvuutta.⁸³ Käytännössä siirtohinnoitteluoikaisun suppeampi soveltamisala on aiheuttanut Suomelle verotulojen menetyksiä,

⁷⁸ Pankakoski 2018, s. 62–63.

⁷⁹ Pankakoski 2021, s. 2.

⁸⁰ Tapauksessa oli kyse siitä, voitiinko tarkastelun kohteena oleva hybridilainajärjestely sivuuttaa ja käsitellä verotuksessa oman pääoman ehtoisena sijoituksena, jolloin maksettujen korkojen vähennysoikeus olisi evätty. Uudelleenluonnehdintaa VML 31 §:n nojalla käsiteltiin oikeuskirjallisuudessa paljon sekä ennen korkeimman hallinto-oikeuden selventävää ratkaisua että sen jälkeen. Ks. ratkaisua edeltävältä ajalta esim. Haapaniemi 2013, Helminen 2014 ja Juusela 2014 sekä ratkaisun jälkeen esim. Knuutinen 2015, Penttilä 2015 ja Isomaa-Myllymäki 2016a.

⁸¹ Ks. esim. KHO 2014:33, KHO 2017:145, KHO 2017:146, KHO 2020:34, KHO 2020:35 ja KHO 2021:66. Aiemmin siirtohinnoittelua koskevaa oikeuskäytäntöä oli niukasti.

⁸² Pankakoski 2021, s. 2.

⁸³ HE 188/2021 vp, s. 4 ja 10. Liiketoimen määrittämistä ja sivuuttamista käsitellään tarkemmin seuraavissa alaluvuissa.

kun Suomi ei ole voinut puuttua markkinaehtoperiaatteen vastaisiin hinnoitteluihin samassa laajuudessa kuin toiset valtiot.⁸⁴

Vuonna 2021 valtiovarainministeriö käynnisti lainsäädäntöhankkeen verotusmenettelylain 31 §:n uudistamiseksi, jotta Suomen oikeustila siirtohinnoitteluosituksen osalta saataisiin yhdenmukaistettua OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden⁸⁵ kanssa.⁸⁶ Hallituksen esitys (188/2021 vp) annettiin eduskunnalle 21.10.2021, ja eduskunta hyväksyi lakimuutoksen 7.12.2021. Uudistettua säännöstä on sovellettu vuoden 2022 alusta lukien. Lakimuutoksen yhteydessä tähän saakka voimassa olleen VML 31 §:n 1 momentti säilytettiin ennallaan ja 2 ja 3 momentit siirrettiin uudistetun säännöksen 4 ja 5 momenteiksi. Uudessa 2 momentissa säädetään liiketoimen määrittämisestä osana siirtohinnoitteluprosessia, kun taas uudessa 3 momentissa mahdollisuudesta sivuuttaa liiketoimi poikkeuksellisissa olosuhteissa. Uusien momenttien sisältöä käsitellään seuraavaksi tarkemmin.

3.2.3 Liiketoimen määrittäminen⁸⁷

Markkinaehtoperiaatteen soveltamisen keskiössä on vertailuanalyysi (*comparability analysis*), jolla tarkoitetaan etuyhteysosapuolten välisen liiketoimen ehtojen vertaamista sellaisiin ehtoihin, joita olisi noudatettu riippumattomien osapuolten välillä vertailukelpoisissa olosuhteissa. Vertailuanalyysi voidaan jakaa kahteen päävaiheeseen: Ensin on tunnistettava etuyhteysosapuolten väliset kaupalliset ja rahoitukselliset suhteet sekä näihin suhteisiin liittyvät ehdot ja taloudellisesti relevantit olosuhteet ja näiden perusteella määritettävä etuyhteysliiketoimi sen tosiasiallisen sisällön mukaisesti. Toisessa vaiheessa suoritetaan varsinainen vertailu ensimmäisen vaiheessa määritetyn liiketoimen ja riippumattoman liiketoimen välillä.⁸⁸

Uudistetun VML 31 §:n 2 momentin myötä markkinaehtoperiaatteen soveltamisen ja koko siirtohinnoitteluprosessin ensivaihe – liiketoimen määrittäminen – kuvataan nyt aiempaa yksityis-

⁸⁴ Lisäksi Suomi on joutunut tekemään siirtohinnoittelun vastaoikaisuja, joilla se luopuu verotusoikeudestaan toisen maan tekemän ensioikaisun vuoksi, vaikka vastaavassa tilanteessa Suomi ei voisi tehdä ensioikaisua VML 31 §:n suppean soveltamisalan takia. Ks. HE 188/2021 vp, s. 13–14.

⁸⁵ Lainvalmistelussa käytettiin OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden versiota vuodelta 2017, ks. OECD 2017b. Jatkossa kuitenkin viitataan ohjeiden uusimpaan versioon vuodelta 2022, joka vastaa tässä käsiteltävien asioiden osalta vuoden 2017 ohjeita.

⁸⁶ Tosiasiahanke käynnistettiin alun perin jo vuonna 2014, mutta lausuntokierroksella saadun kielteisen vastauksen seurauksena hallituksen esitystä ei silloin annettu eduskunnalle. Ks. VaVM 2014.

⁸⁷ OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa ”delineation”, ks. OECD 2022, kappale 1.33.

⁸⁸ OECD 2022, kappaleet 1.6 ja 1.33.

kohtaisemmin lainsäädännön tasolla. Liiketoimen määrittämisen tarkoituksena on rakentaa kokonaiskuva etuyhteisyrietysten välisen liiketoimen tosiasiallisesta sisällöstä.⁸⁹ Lisäksi momentti sisältää maininnan markkinaehtoperiaatteesta viitattaessaan saman pykälän 1 momenttiin, minkä tarkoituksena on korostaa, että siirtohinnoittelutilanteiden arviointi suoritetaan aina markkinaehtoperiaatteen puitteissa.⁹⁰ Uudistetun VML 31 §:n 2 momentin sanamuoto laajentaa aiemmin pelkästään 1 momenttiin sisältyneen kansallisen markkinaehtoperiaatettamme soveltamisalaa.⁹¹ Momentin sanamuoto kuuluu seuraavasti:

Arvioitaessa 1 momentin sisältämän markkinaehtoperiaatteen mukaisesti sitä, onko etuyhteydessä olevien osapuolten välisessä liiketoimessa sovittu tai määrätty ehtoja riippumattomien osapuolten ehdoista poikkeavasti, tunnistetaan asiaankuuluvat kaupalliset tai rahoitukselliset suhteet ja näihin suhteisiin vaikuttavat taloudellisesti olennaiset erityispiirteet, joita ovat sopimusehdot, osapuolten toiminnot, varat ja riskit, siirretyn omaisuuden tai tarjotun palvelun ominaispiirteet, osapuolten ja markkinoiden taloudelliset olosuhteet sekä osapuolten liiketoimintastrategiat. Näiden seikkojen perusteella määritetään liiketoimi sen tosiasiallisen sisällön mukaisena.

Säännöksessä listattujen olosuhteiden ja piirteiden tunnistaminen on välttämätöntä liiketoimen tosiasiallisen sisällön määrittämiseksi. Eri piirteiden taloudellisen olennaisuuden aste juuri käsillä olevassa transaktiossa riippuu siitä, kuinka pitkälle riippumattomat tahot huomioisivat tämän seikan arvioidessaan liiketoimen ehtoja, jos vastaava liiketoimi tehtäisiin tällaisten osapuolten välillä. Ehtojen edullisuutta arvioidessaan riippumattoman yrityksen oletetaan vertaavan transaktiota muihin realistiseen toimintavaihtoehtoihin ja ryhtyvän liiketoimeen vain, jos mikään muu vaihtoehtoista ei paremmin toteuta sen liiketoiminnallisia tavoitteita. Liiketoimeen liittyvien, taloudellisesti relevanttien piirteiden tunnistamisella selvitetään siten kaikki ne seikat, joiden perusteella kumpikin osapuoli on päätenyt lopputulokseen, että kyseessä oleva liiketoimi on sen liiketoiminnan tavoitteiden kannalta parempi kuin muut saatavissa olevat vaihtoehdot. Näin pystytään määrittämään liiketoimen tosiasiallinen sisältö.⁹² Liiketoimen määrittäminen perustuu siten markkinaehtoperiaatteen viitekehysessä tehtävään arviointiin.⁹³

Vaikka siirtohinnoitteluanalyysin lähtökohtana on osapuolten välinen kirjallinen sopimus, liiketoimen määrittämisprosessissa arvioidaan aina laajemmin sitä, vastaavatko kirjallinen sopimus, transaktion sisältö ja etuyhteisosapuolten tosiasiallinen toiminta käsillä olevia todellisia

⁸⁹ Aine – Lehtimäki 2022, s. 288.

⁹⁰ HE 188/2021 vp, s. 14 ja 31.

⁹¹ Pankakoski 2021, s. 8.

⁹² OECD 2022, kappaleet 1.37–1.38.

⁹³ HE 188/2021 vp, s. 40.

taloudellisia oloja. Esimerkiksi jos sopimus ja osapuolten todellinen käyttäytyminen ovat ristiriidassa keskenään, liiketoimi voidaan määrittää pelkästään osapuolten käyttäytymiseen pohjalta. Liiketoimi voi siis kaupallisten ja rahoituksellisten suhteiden ja taloudellisesti olennaisten erityispiirteiden tunnistamisen perusteella paljastua erilaiseksi kuin mihin esimerkiksi transaktion nimi viittaa. Tällöin transaktio määritetään sen tosiasiallisen sisällön mukaisesti. Liiketoimen määrittämisen lopputuloksena saadaan siis selville se tosiasiallinen transaktio, joka markkinaehtoperiaatteen puitteissa suoritettuna tarkastelun perusteella osapuolten välillä on toteutettu.⁹⁴

Siirtohinnoitteluprosessin ensivaiheessa määritetty liiketoimi ei välttämättä vastaa verovelvollisen omaa käsitystä suorittamastaan liiketoimesta. On kuitenkin huomattava, että liiketoimen määrittämisessä ei ole kyse seuraavaksi käsiteltävästä, VML 31 §:n 3 momentin mukaisesta liiketoimen sivuuttamisesta. Mahdollinen sivuuttaminen voi tulla kysymykseen vasta, kun liiketoimi on ensin määritetty sen tosiasiallisen sisällön perusteella, jos tämän jälkeen katsotaan, että määritetty transaktio on taloudellisesti järjetön eikä sille löydy markkinaehtoista hintaa.⁹⁵ Määrittämisen ja sivuuttamisen välinen rajanveto ei kuitenkaan välttämättä ole täysin selkeä, ja tätä problematiikkaa sovellettuna erityisesti pääomarakenteen markkinaehtoisuuden arviointiin käsitellään jäljempänä luvussa 5.2.

3.2.4 Liiketoimen sivuuttaminen⁹⁶ poikkeuksellisissa olosuhteissa

Siirtohinnoittelu-uudistuksen yhteydessä verotusmenettelylain 31 §:n 3 momentiksi lisätty säännös liiketoimen sivuuttamismahdollisuudesta merkitsi suurinta muutosta edeltävään oikeustilaan verrattuna.⁹⁷ Edellä esitetyn mukaisesti korkein hallinto-oikeus oli ratkaisukäytännössään katsonut, ettei VML 31 §:n aiempi sanamuoto sallinut liiketoimen uudelleenluonnehdintaa ja sivuuttamista. Uudelleenluonnehdinta ja sivuuttaminen oli myös oikeuskäytännössä muodostunut sisällöltään laajemmaksi kuin mitä OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa tarkoitetaan, joten lainmuutoksen seurauksena tällainen tulkinta ei ole enää voimassa.⁹⁸ Sivuuttamista koskeva VML 31 §:n 3 momentti on laissa seuraavassa muodossa:

⁹⁴ HE 188/2021 vp, s. 31–33 ja 35.

⁹⁵ HE 188/2021 vp, s. 35–36.

⁹⁶ OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa käytetään termejä ”disregard” ja ”non-recognition”, ks. OECD 2022, kapale 1.142.

⁹⁷ Pankakoski 2021, s. 13.

⁹⁸ HE 188/2021 vp, s. 41.

Jos poikkeuksellisissa olosuhteissa, 1 momenttia sovellettaessa, etuyhteudessa olevien osapuolten välinen, 2 momentin mukaisesti määritetty liiketoimi poikkeaa siitä, mitä taloudellisesti järkevästi toimivat, toisistaan riippumattomat osapuolet vastaavissa olosuhteissa sopisivat, se voidaan sivuuttaa ja tarvittaessa korvata toisella, markkinaehtoperiaatteen mukaisella liiketoimella. Sivuartamisen edellytyksenä on lisäksi, ettei määritetylle liiketoimelle, joka oltaisiin sivuuttamassa, voida vahvistaa markkinaehtoperiaatteen mukaista hintaa, kun otetaan huomioon kunkin osapuolen näkökulma ja realistiset vaihtoehdot päätöksentekohetkellä. Korvaava liiketoimi määritetään 2 momentin mukaisesti ja sen on oltava mahdollisimman samankaltainen sivuutettavan liiketoimen kanssa.

Liiketoimen sivuuttamisesta on käytännössä kyse siitä, että verotusmenettelylain 31 §:n 2 momentin mukaisen, markkinaehtoperiaatteen viitekehyksessä suoritettun transaktion määrittämisen sekä 3 momentissa kuvatun kokonaisarvion nojalla päädytään lopputulokseen, että riippumattomat osapuolet eivät järkevästi toimiessaan olisi valinneet toteuttaa tällaista liiketointa. Tällöin etuyhteysosapuolten suorittama liiketoimi voidaan verotuksessa jättää huomioitta ja tarpeen vaatiessa korvata jollakin toisella transaktiolla.⁹⁹

Sivuuttamiseen voidaan kuitenkin päätyä vain erittäin poikkeuksellisissa tilanteissa silloin, kun VML 31 §:n 3 momentin kaikki soveltamisedellytykset täyttyvät. Säännöksen soveltaminen voi aktualisoitua vain, jos tosiasiallisen sisältönsä mukaisesti määritetylle liiketoimelle ei pystytä löytämään markkinaehtoperiaatetta vastaavaa hintaa ja jos rationaalisesti toimivat riippumattomat osapuolet eivät olisi toimineet vastaavissa olosuhteissa vastaavalla tavalla. Arviointi on tehtävä kummankin liiketoimen osapuolen näkökulmasta, ja siinä on otettava huomioon etuyhteysosapuolten realistisesti käytettävissä olevat vaihtoehtoiset toimet transaktion toteuttamishetkellä.¹⁰⁰

Sivuuttamisen soveltamiskynnys on tarkoitettu korkeaksi. Jos tarkastelun kohteena olevaa etuyhteysliiketointa taloudellisesti merkityksellisiltä ominaisuuksiltaan vastaava liiketoimi voidaan havaita myös itsenäisten yritysten välillä, sivuuttamiseen ei voida 3 momentin nojalla ryhtyä. Toisaalta pelkästään se, että transaktiota ei ole havaittu riippumattomien yritysten välillä, ei vielä itsessään riitä säännöksen soveltamiskynnyksen ylittymiseen. Yksi mahdollinen indi-

⁹⁹ HE 188/2021 vp, s. 41.

¹⁰⁰ HE 188/2021 vp, s. 41–42 ja 44.

kaattori liiketoimen taloudellisesta järjettömyydestä voi lain esitöiden mukaan olla se, että etuyhteysliiketoimen myötä yrityksen tai konsernin tilanne huononee verrattuna aiempaan, jos verotuksen vaikutus jätettäisiin ottamatta huomioon.¹⁰¹

Myös OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa korostetaan menettelyn poikkeuksellisuutta samaan tapaan kuin verotusmenettelylain 31 §:n 3 momentin esitöissä. Siirtohinnoitteluohjeissa todetaan, että koska liiketoimen sivuuttaminen voi olla toimenpiteenä kiistanalainen ja aiheuttaa kaksinkertaista verotusta, kaikki mahdolliset keinot tulisi käyttää liiketoimen tosiasiallisen luonteen selvittämiseksi ja markkinaehtoperiaatteen mukaisen hinnoittelun soveltamiseksi tähän oikein määritettyyn transaktioon, ennen kuin voidaan harkita liiketoimen sivuuttamista. Liiketointa ei siis voida sivuuttaa esimerkiksi vain siitä syystä, että markkinaehtoperiaatteen mukaisen hinnan määrittäminen osoittautuu vaikeaksi. Liiketoimen sivuuttaminen sellaisissa tilanteissa, joissa etuyhteystoimelle tosiasiaassa on olemassa taloudellisia perusteita, on markkinaehtoperiaatteen huonoa soveltamista ja voi johtaa mielivaltaisiin ja epäoikeudenmukaisiin lopputuloksiin.¹⁰²

¹⁰¹ HE 188/2021 vp, s. 41–42.

¹⁰² OECD 2022, kappale 1.142–1.143.

4 Konzernin sisäisen rahoituksen ja pääomarakenteen markkinaehtoisuus

4.1 Konzernin sisäinen laina ja markkinaehtoperiaate

4.1.1 Lainan koron markkinaehtoisuus

Kun konserniyhtiöiden välisiä lainajärjestelyjä tarkastellaan siirtohinnoittelukontekstissa, useimmiten kyse on lainasta maksettavan koron markkinaehtoisuudesta.¹⁰³ Sitä osaa korosta, joka ylittää markkinaehtoisena pidetyn korkotason, ei pidetä verotuksessa korkona, eikä yhtiö näin ollen voi vähentää tätä määrää verotettavasta tulostaan.¹⁰⁴ Periaatteessa koron lisäksi myös muiden lainaehtojen tulee noudattaa markkinaehtoperiaatetta. Käytännössä markkinaehtoisuuden analysointi keskittyy kuitenkin lähtökohtaisesti lainan koron markkinaehtoisuuden arviointiin.¹⁰⁵

Koron markkinaehtoisuuden arviointi perustuu yleensä kaksivaiheiseen analyysiin. Ensimmäisessä vaiheessa selvitetään ja analysoidaan lainan olennaiset ehdot, joita ovat ainakin lainan nostopäivä, transaktiossa käytetty valuutta, lainan maturiteetti sekä velallisyhtiön luottoluokitus. Muita vaikuttavia tekijöitä voivat olla esimerkiksi lainaan liittyvät vakuudet. Lainaehtojen selvittämisen ja analysoinnin tarkoituksena on saada selville lainan luonne ja määritellä lainan vertailukelpoisuuteen vaikuttavat seikat.¹⁰⁶

Tämän jälkeen siirrytään analyysin toiseen vaiheeseen, jossa lainan koron markkinaehtoisuutta testataan pääsääntöisesti vertaamalla etuyhteysosapuolten välistä korkotasoa riippumattomien osapuolten välillä käytettävään korkotasoon. Siirtohinnoittelumenetelmistä sovellettavaksi tulee tällöin markkinahintavertailumenetelmää (*comparable uncontrolled price method, CUP*). Koron markkinaehtoisuutta voidaan arvioida joko sisäisten tai ulkoisten vertailukohteiden avulla. Sisäisillä vertailukohteilla tarkoitetaan siirtohintanalyysin kohteena olevan lainan kanssa samansisältöisiä lainasopimuksia, jotka velallisyhtiö tai jokin toinen konserniyhtiö on solminut ulkopuolisen, riippumattoman osapuolen kanssa. Tällaisia lainasopimuksia ei kuitenkaan välttämättä ole olemassa, jolloin koron markkinaehtoisuuden arviointi voidaan perustaa

¹⁰³ Helminen 2014, s. 87.

¹⁰⁴ Ks. esim. Äimä 2009, s. 440.

¹⁰⁵ Raunio – Karjalainen 2018, s. 281.

¹⁰⁶ Karjalainen 2010, s. 379–381.

ulkoiseen vertailukohteeseen eli esimerkiksi kaupallisista tietokannoista löytyvään samansisältöiseen lainasopimukseen.¹⁰⁷

4.1.2 Lainan pääoman markkinaehtoisuus

Korko ja lainaehdot eivät ole ainoa asia, mikä vaikuttaa lainan markkinaehtoisuuteen, vaan myös lainan määrällä ja toisaalta yrityksen lainojen kokonaismäärällä on vaikutusta. Käytännössä tämä tarkoittaa, että osana lainan siirtohinnoitteluanalyysiä arvioidaan myös sitä, olisiko yritys saanut vastaavan määrän lainaa joltakin ulkopuoliselta taholta kuten pankilta.¹⁰⁸ Lähestymistapa käy ilmi muun muassa OECD:n malliverosopimuksen 9 artiklan kommentaarista, jonka mukaan markkinaehtoperiaate ei ole merkityksellinen ainoastaan koron markkinaehtoisuuden arvioinnissa vaan myös sen arvioinnissa, voidaanko *prima facie* velkaa pitää velkana, vai tulisiko se katsoa joksikin muuksi suoritukseksi, eritoten oman pääoman ehtoiseksi sijoitukseksi.¹⁰⁹ Ennen kuin koron markkinaehtoisuutta voidaan siis edellä esitetyn mukaisesti arvioida, on selvitettävä, onko tarkastelun kohteena oleva korvaus edes peräisin lainasta. Lainan pääoman eli rahoitusmuodon markkinaehtoisuus onkin esikysymys lainan koron markkinaehtoisuuteen verrattuna.¹¹⁰ Juuri tämä kysymys on tutkielman keskiössä.

Rahoitusmuodon markkinaehtoisuuden määrittäminen on tarpeen, koska etuyhteisyriyten keskenään toteuttamat liiketoimet eroavat riippumattomien yritysten välisistä liiketoimista usein paitsi hinnassa myös rakenteessa. Samaan intressipiiriin kuuluvat yhtiöt saattavat strukturoida keskinäiset transaktionsa eri tavoin tai toisaalta toteuttaa sellaisia liiketoimia, joita riippumattomat yritykset eivät edes harkitsisi.¹¹¹ Vieraan ja oman pääoman suhde konserniin kuuluvan velallisyhtiön pääomarakenteessa ei välttämättä vastaa itsenäisen yhtiön valitsemaa pääomarakennetta, mikä vaikuttaa korkomenojen kautta verotulojen jakautumiseen.¹¹² Lainan pääoman markkinaehtoisuuden arviointi ei rajoitukaan pelkästään sijoituksen luonteen tutkimiseen lainaehtoien valossa, vaan tarkoituksena on selvittää, onko velan määrä ylittänyt markkinaehtoperiaatteen mukaisen velan määrän.¹¹³

¹⁰⁷ Verohallinto 2022.

¹⁰⁸ Jaakkola ym. 2012, s. 194.

¹⁰⁹ OECD 2017a, s. 227.

¹¹⁰ OECD 1987, kappale 19. Rahoitusmuodon markkinaehtoisuutta testataan kuitenkin käytännössä paljon vähemmän kuin koron markkinaehtoisuutta, ks. Raunio – Karjalainen 2018, s. 280.

¹¹¹ Bullen 2010, s. 3.

¹¹² Ks. luku 2.3 ja OECD 2022, kappale 10.4.

¹¹³ Isomaa-Myllymäki 2014b, s. 470.

Lainan koron markkinaehtoisuuden arvioinnissa käytettävää markkinahintavertailumenetelmää voidaan soveltuvin osin käyttää myös lainan pääoman markkinaehtoisuuden analysointiin.¹¹⁴ Etuyhteisosapuolten välisen velan pääoman markkinaehtoisuutta arvioitaessa tilannetta tulee tarkastella sekä velallisen että velkojan näkökulmasta vertaamalla tilannetta riippumattomien tahojen väliseen vastaavaan tilanteeseen. On siis pohdittava sekä sitä, olisiko riippumaton osapuoli vastaavissa olosuhteissa antanut velallisyhtiölle lainaa vastaavilla ehdoilla, että sitä, olisiko velallisyhtiö vastaavissa olosuhteissa ottanut lainaa joltakin riippumattomalta osapuolelta vastaavilla ehdoilla.¹¹⁵

Jos tilannetta tarkastellaan erityisesti alikapitalisoinnin valossa, riippumaton osapuoli ei välttämättä rahoittaisi yrityksen toimintaa velalla, jos riski sille, ettei yritys kykene tuottamaan tarpeeksi voittoa velan pääoman ja koron maksamiseksi, on korkea, eikä tätä riskiä pystytä alentamaan hyväksyttävälle tasolle esimerkiksi vakuuksien avulla. Velallisyhtiön sanotaan tällöin ylittäneen velanottokykynsä, ja riippumaton taho voisi vaatia, että tällainen korkeariskinen sijoitus tehdään oman pääoman muodossa, jolloin myös sijoituksen odotettu tuotto olisi korkeampi ja vastaisi paremmin sijoitukseen liittyvää riskiä.¹¹⁶ Toisaalta vaikka ulkopuolinen riskilainanantaja olisikin löydettävissä, on mahdollista, että velallisyhtiön näkökulmasta rahoituksen hankkiminen velan muodossa ei ole järkevää. Ensinnäkin jos velallisyhtiön pääomarakenne on jo velkapainotteinen, ja velkasijoitukseen tästä tai muusta syystä liittyy huomattavan korkea riski, lainanantajan vaatima korko voi nousta velallisyhtiön kannalta liian korkeaksi. Voi myös olla, että tarjottava laina ylittää velallisyhtiön pääoman tarpeen, eikä velan ottaminen ulkopuoliselta taholta tästä syystä ole velallisyhtiön intressissä.¹¹⁷

On huomattava, rahoitusmuodon luokittelu omaksi tai vieraaksi pääomaksi ei itsessään ole verotuksessa merkitsevää, vaan kyse on lopulta koron vähennysoikeudesta.¹¹⁸ Rahoitusmuodon markkinaehtoisuuden arviointi kulminoituukin siis lopulta siihen, miltä osin etuyhteisyritysten välillä suoritettu korkomaksu katsotaan verotuksessa maksajayhtiön vähennyskelpoiseksi korkomenoksi ja toisaalta saajayhtiön veronalaiseksi korkotuloksi. Mikäli *prima facie* velkaa kä-

¹¹⁴ Isomaa-Myllymäki 2014a, s. 78.

¹¹⁵ Raunio – Karjalainen 2018, s. 280.

¹¹⁶ Bullen 2011, s. 462–463. Ks. myös OECD 1987, kappale 76. Voidaan myös ajatella, että riippumaton taho ei tekisi sijoitusta missään muodossa, ks. Helminen 1999, s. 330.

¹¹⁷ Bullen 2011, s. 465.

¹¹⁸ Knuutinen 2015, s. 112. Koron vähennyskelpoisuuden epäämisen lisäksi koron katsominen osingoksi voi jottaa myös eräisiin muihin verotuksellisiin seuraamuksiin, ks. Bullen 2011, s. 472.

sitelläänkin siirtohinnoittelusäännösten nojalla oman pääoman ehtoisena sijoituksena, itse koron markkinaehtoisuutta ei ole edes tarpeen arvioida, koska suoritusta ei luonteensa puolesta verotuksessa pidetä korkona, eikä se siten voi olla korkomenona vähennyskelpoinen. Mikäli valittua rahoitusmuotoa eli velkaa sen sijaan pidetään markkinaehtoisena joko kokonaan tai osittain, voidaan koron markkinaehtoisuuteen edelleen puuttua kuten edellisessä luvussa on kuvattu.

Rahoitusmuodon markkinaehtoisuuden arviointi ei ole missään määrin yksinkertainen tai suoraviivainen prosessi. Vaikeaksi sen tekee ensinnäkin se, että markkinaehtoisesta pääomarakenteen määrittäminen voi osoittautua huomattavan hankalaksi. Tätä ongelmaa kuvataan tarkemmin luvussa 4.3. Lisäksi lainan pääoman markkinaehtoisuuden arviointiin sovellettava säännöspohja ei välttämättä ole täysin yksiselitteinen, säännöksiin liittyy paljon tulkinnanvaraisuutta ja niiden soveltamiskynnys voi olla korkea. Pääluke 5 on tarkoitettu tämän problematiikan systematisointiin.

4.2 Pääomarakenteen ja koron markkinaehtoisuuden paradoksaalinen yhteys

Jos yrityksen velkaantumista tarkastellaan talousteoreettisesta näkökulmasta, voidaan tietynlaisena premissinä pitää ajatusta siitä, että lainaa saa aina lisää, jos siitä vain ollaan valmiita maksamaan tarpeeksi korkeaa korkoa. Siirtohinnoittelukontekstissa tällainen lähestymistapa tarkoittaisi käytännössä sitä, että velka olisi aina muodoltaan markkinaehtoinen, ja siirtohinnoitteluanalyysin kohteena olisi siten ainoastaan se, noudattaako rahoituksesta maksettu tuotto markkinaehtoperiaatetta.¹¹⁹

Tällaisessa tarkastelutavassa piilee kuitenkin ongelma. Jos velan muotoa eli käytännössä velallisyhtiön pääomarakennetta ei itsessään aseteta siirtohinnoitteluanalyysin kohteeksi, vaan se nähdään vain yhtenä velan koron markkinaehtoisuuteen vaikuttavana tekijänä, päädytään erikoiseen tilanteeseen, koska pääomarakenteen ja koron markkinaehtoisuuden välillä vallitsee tietynlainen paradoksaalinen yhteys: mitä velkapainotteisempi on yhtiön pääomarakenne, sitä korkeampaa korkoa riippumaton rahoittaja vaatisi velalle johtuen velallisyhtiön alhaisen omaisuusasteen mukanaan tuomasta riskistä.¹²⁰ Paradoksaalista tämä on nimenomaan siitä syystä, ettei riskillä ole ollenkaan merkitystä konsernin sisäisessä rahoituksessa silloin, kun konserniyhtiön rahoitus tulee kokonaisuudessaan konsernin sisältä. Konserniyhtiöiden välisillä

¹¹⁹ Raunio – Karjalainen 2018, s. 280.

¹²⁰ Knuutinen 2009, s. 444.

lainoilla ei ole vaikutusta konsernin rahoitusrakenteeseen, velkaisuuteen tai korkokuluihin, eikä myöskään sillä ole väliä, kuinka riskiä allokoidaan konsernin sisällä. Emoyhtiö kantaa joka tapauksessa riskiin liittyvät positiiviset ja negatiiviset puolet huolimatta siitä, missä muodossa rahoitus on järjestetty.¹²¹

Alikapitalisointitilanteissa konserniyhtiöiden välillä maksetun korkean koron markkinaehtoisuutta voitaisiin siis tällöin perustella sillä, että myös ulkopuolinen lainanantaja vaatisi vastaavasta lainasta korkeaa tuottoa. Alikapitalisointi siis käytännössä hyväksyttäisiin siirtohinnoittelukontekstissa, minkä lisäksi lähestymistapa kannustaisi vielä huomattavampaan alikapitalisointiin, koska velkapainotteisempi pääomarakenne toimisi oikeutuksena suuremmille korkomaksuille. Näin koron vähennyskelpoisuutta voitaisiin hyödyntää konsernin veroasteen minimoimiseen entistäkin aggressiivisemmin, mikä ei sovi yhteen siirtohinnoittelun tarkoituksen kanssa.

Koron ja osingon eriarvoinen verokohtelu sekä erillisyyhtiöperiaatteeseen nojaava riskin käsittely saattavat siis yhdessä saada aikaan sellaisen tilan, jossa rahoitusteorian mallien soveltaminen johtaa siirtohinnoittelun näkökulmasta epätyytyttävään lopputulokseen.¹²² Siirtohinnoittelussa ei siten voida varauksetta hyväksyä sellaista ajattelumallia, että lainan pääoma olisi muodoltaan aina markkinaehtoinen ja siirtohinnoitteluanalyyysissä arvioitaisiin ainoastaan rahoituksen hinnoittelun markkinaehtoisuutta. Sen sijaan markkinaehtoperiaatteen soveltaminen edellyttää myös lainan pääoman ja siten velallisyhtiön koko pääomarakenteen markkinaehtoisuuden arviointia kummankin osapuolen perspektiivistä, ja vaikka pääomarakenteen velkapainotteisuudesta huolimatta riskilainanantaja voisikin löytyä, jonkin rajan jälkeen lisävelan ottamista ei voida pitää enää velallisen kannalta järkevänä.¹²³

¹²¹ Knuutinen 2015, s. 116. Toki silloin, kun konserniyhtiöllä on myös ulkopuolisia rahoittajia, riskillä ja rahoituksen muodolla on merkitystä myös konsernin sisäisessä rahoituksessa. Jos esimerkiksi emoyhtiö tällaisessa tilanteessa myöntää tytäryhtiölle uuden lainan, jonka etusija maksukyvyttömyystilanteessa on jo olemassa olevaa ulkoista lainaa huonompi, on tietysti perusteltua, että tämä riski huomioidaan velan koron suuruudessa.

¹²² Knuutinen 2015, s. 116.

¹²³ Raunio – Karjalainen 2018, s. 280.

4.3 Markkinaehtoisen pääomarakenteen määrittäminen

Konserniin kuuluvan yhtiön pääomarakenteen on noudatettava markkinaehtoperiaatetta ottaen huomioon yhtiön harjoittama toiminta ja sen taloudellinen tilanne.¹²⁴ Markkinaehtoinen pääomarakenne vetää käytännössä rajan siihen, milloin konserniyhtiön pääomarakenne muuttuu alikapitalisoiduksi, eikä sitä enää hyväksytä sellaisenaan verotuksen perusteeksi. Ei ole kuitenkaan välttämättä itsestään selvää, milloin konserniyhtiön pääomarakenteen voidaan siirtohinnoittelussa katsoa noudattavan markkinaehtoperiaatetta.

Yksi tapa arvioida pääomarakenteen markkinaehtoisuutta on tarkastella siirtohinnoitteluanalyysin kohteena olevan yhtiön konkreettista velanottokykyä. Tätä tarkastelutapaa sivuttiin jo luvussa 4.1.2. Yrityksen velanottokyky riippuu pääasiassa sen luottokelpoisuudesta – parempi luottokelpoisuus tarkoittaa parempaa velanottokykyä – ja vakuuksien määrästä. Luottokelpoisuus puolestaan perustuu etenkin yrityksen oman pääoman määrään sekä sen tulevaisuuden tuotto-odotuksiin, ja kokonaisuudessaan sen arviointi on monimutkainen prosessi. Käytännössä velanottokyky määrittää sen, milloin ulkopuolinen rahoittaja ei enää myöntäisi yhtiölle rahoitusta vieraan pääoman muodossa. Konkreettiseen velanottokykyyn perustuvan tarkastelutavan heikkoutena on sen subjektiivisuus, mikä voi helposti johtaa veroviranomaisten eriäviin tulkitoihin eri valtioissa.¹²⁵

Toiseksi pääomarakenteen markkinaehtoisuutta voidaan arvioida vertailuanalyysin avulla, jossa yrityksen pääomarakennetta ja tärkeimpiä rahoitusjärjestelyä tukevia taloudellisia tunnuslukuja verrataan vastaavien yritysten rahoitusrakenteeseen ja tunnuslukuihin.¹²⁶ Käytännössä on tyypillistä suorittaa yhtiön velanhoitokykyä koskeva analyysi, jossa testataan yhtiön kykyä selviytyä korkomaksuista ja lainan takaisinmaksusta. Analyysi toteutetaan sisällyttämällä siirtohinnoitteluarvioinnin kohteena oleva velka yhtiön taseeseen ja rahoitusennusteisiin, ja vertaamalla sen jälkeen yhtiön relevantteja taloudellisia tunnuslukuja, kuten vieraan pääoman takaisinmaksuaikaa (*debt-to-EBITDA ratio*), vertailukelpoisten riippumattomien yritysten vastaaviin tunnuslukuihin. Vaihtoehtoisesti vertailukohteena voidaan käyttää sisäistä verrokkia, jolloin tunnuslukuja verrataan esimerkiksi yhtiön ja sen ulkopuolisten lainanantajien välisissä lainasopimuksissa sovittuihin rahoituskovenantteihin.¹²⁷

¹²⁴ Katramo ym. 2013, s. 231.

¹²⁵ Bullen 2011, s. 463 ja 467–468.

¹²⁶ Jaakkola ym. 2012, s. 194.

¹²⁷ Moerer – Mavrodiev – Kale 2021, s. 104–105.

Vertailuanalyysiin kelpaavien yhtiöiden identifioiminen ei kuitenkaan ole helppoa, koska vertailukelpoisuuden varmistamiseksi yhtiöiden tulisi olla mahdollisimman samankaltaisia taloudellisilta ominaisuuksiltaan. Ensinnäkin yhtiöiden riskien ja toimintojen tulisi mahdollisimman pitkälle vastata toisiaan. Vertailukohteena käytettävien yritysten tulisikin harjoittaa liiketoimintaa samalla toimialalla kuin siirtohinnoittelutarkastelun kohteena olevan yhtiön, mutta tämäkään ei takaa vertailukelpoisuutta, jos esimerkiksi yritysten kasvupotentiaalit ja riskisyydet eroavat huomattavasti toimialan sisällä. Lisäksi erityistä huomiota tulee kiinnittää yritysten toimintavaltioihin. Eri valtioissa on esimerkiksi erilaiset rahoitusmarkkinat, ja vaikka yhden valtion sisällä samalla toimialalla toimivien yhtiöiden pääomarakenteet ovat yleensä pitkälti yhdenmukaisia, voi niissä esiintyä huomattavia eroja siirryttäessä valtiosta toiseen.¹²⁸

Kolmas vaihtoehtoinen tapa määrittää markkinaehtoinen pääomarakenne siirtohinnoittelussa on niin sanotun safe harbour -säännön avulla. Tällä tarkoitetaan erityistä alikapitalisointisäännöstä, jonka nojalla säännöksessä määritetyn rajan alittava yrityksen velkaantumisaste takaa sen, että yrityksen pääomarakennetta pidetään automaattisesti siirtohinnoittelussa markkinaehtoisena. Alikapitalisointisäännös ei saa kuitenkaan tarkoittaa sitä, että velkaantumisasteen ylittäessä ennalta määritetyn raja-arvon yrityksen pääomarakennetta pidettäisiin poikkeuksetta markkinaehtoperiaatteen vastaisena, koska tällainen säännös ei vastaa markkinaehtoperiaatteen tarkoitusta. Sen sijaan verovelvollisella täytyy olla mahdollisuus osoittaa pääomarakenteensa markkinaehtoisuus aiemmin mainittuja keinoja käyttämällä myös niissä tilanteissa, joissa pääomarakennetta ei suoraan safe harbour -säännöksen perusteella voida katsoa markkinaehtoiseksi.¹²⁹

Markkinaehtoisen pääomarakenteen määrittäminen on olennainen osa konsernin sisäisen lainan siirtohinnoittelua, koska edellä esitetyn mukaisesti pääomarakenteella on merkittävä vaikutus lainan koron markkinaehtoisuuteen. Markkinaehtoperiaatteen mukaista oman ja vieraan pääoman suhdetta ei kuitenkaan välttämättä voida yksiselitteisesti ja täsmällisesti määrittää, mutta yllä käsitellyillä analysointitavoilla päädyttäneen jossain määrin tyydyttävään lopputulokseen. Nähdäkseni alikapitalisoinnin tason tulisi myös vaikuttaa siihen, kuinka herkästi velkapainotteen pääomarakenne katsotaan markkinaehtoperiaatteen vastaiseksi, erityisesti koska markkinaehtoisen rahoitusrakenteen täsmällinen määrittäminen on haastavaa ja yritysten yksilölli-

¹²⁸ Isomaa-Myllymäki 2014a, s. 78.

¹²⁹ OECD 1987, kappale 79 ja Bullen 2011, s. 468–469. Ks. safe harbour -säännöistä tarkemmin OECD 2022, kappaleet 4.95–4.133.

sillä tekijöillä voi olla tässä suurta merkitystä. Vähintään verovelvollisella tulisi olla mahdollisuus perustella markkinaehtoiseksi katsottuun pääomarakenteeseen verrattuna lievästi velkainotteisempaa pääomarakennettaan yhtiökohtaisilla perusteilla.

5 Alikapitalisoidun pääomarakenteen oikaiseminen

5.1 Aluksi

Suomen lainsäädäntöön ei sisälly erityistä alikapitalisointinormia, jonka nojalla vierasta pääomaa voitaisiin verotuksessa käsitellä omana pääomana pelkästään sillä perusteella, että yhtiön pääomarakenne on konsernin sisäisen velan takia muodostunut ylimitoitettun velkapainotteiseksi. Pitkään oli myös epäselvää, soveltuuko VML 31 §:n siirtohinnoitteluoikaisusäännös alikapitalisointitapauksiin tai muihin liiketoimen muodon uudelleenluonnehdintaa tai sivuuttamista edellyttäviin tilanteisiin. Oikeuskirjallisuudessa asiasta esitettiin eriäviä näkemyksiä¹³⁰.

Vuonna 2014 korkein hallinto-oikeus otti asiaan vihdoin kantaa, kun ratkaisussa KHO 2014:119 vahvistettiin, ettei VML 31 § sovellu liiketoimien uudelleenluonnehdintaan. Ratkaisu rajasi merkittävästi siirtohinnoitteluoikaisusäännöksen soveltamisalaa, ja eriytti kansallisen markkinaehtoperiaattemme tulkintaa OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa omaksutusta tulkintatavasta. Toisaalta ratkaisun antamisen jälkeen Verohallinnon ja yritysten välillä on kiistelty paljon siitä, missä menee raja kielletyn uudelleenluonnehdinnan ja sallitun liiketoimen tunnistamisen välillä¹³¹. Joka tapauksessa korkeimman hallinto-oikeuden valitsema tulkintalinja jätti alikapitalisoinnin mahdollisen kitkemisen käytännössä ainoastaan VML 28 §:n yleisen veronkiertosäännöksen varaan.¹³²

Vuoden 2022 alussa uudistetun verotusmenettelylain 31 §:n myötä oikeustila on kuitenkin jälleen muuttunut. Suomen kansallisen lainsäädännön siirtohinnoitteluoikaisua pitäisi voida nyt soveltaa samassa laajuudessa kuin OECD:n malliverosopimuksen vastaavaa artiklaa ja OECD:n siirtohinnoitteluohjeita siten käyttäen tulkintalähteenä kokonaisuudessaan.¹³³ Ainakin periaatteessa myös alikapitalisointiin puuttumisen keinovalikoima on lisääntynyt. Tässä luvussa on tarkoitus analysoida uudistetun VML 31 §:n soveltuvuutta alikapitalisoitujen pääomarakenteiden oikaisemiseen ja selvittää, mikä verotusmenettelylain 28 §:n rooli alikapitalisointiin puuttumiskeinona on. Samalla selvitetään myös sitä, onko kynnys puuttua alikapitalisointiin muuttunut oikeustilan muutoksen myötä.

¹³⁰ Esimerkiksi Helminen (2014, s. 95) ja Juusela (2014, s. 59) katsoivat, ettei liiketoimien uudelleenluonnehdinta ollut mahdollista VML 31 §:n nojalla. Vrt. esim. Isomaa-Myllymäki 2014a, s. 84 ja Mehtonen 2001, s. 10.

¹³¹ Raunio 2020, s. 668.

¹³² Ks. luku 5.3.2.1 ja Helminen 2021, 10. Vieraan ja oman pääoman tuotto – Korkovähennysten rajoittaminen – Alikapitalisointi.

¹³³ Ks. luku 3.2.

Siirtohinnoitteluoikaisusäännöksen soveltuvuutta arvioitaessa erilaisten käsitteiden merkityssällöllä on olennainen merkitys, joten käsitteiden käytössä pyritään olemaan mahdollisimman johdonmukaisia ja täsmällisiä. Selvyyden vuoksi keskeisimmät käsitteet on syytä täsmentää jo aluksi, vaikka niiden tarkempi käsittely tapahtuu vasta myöhemmin. *Uudelleenluonneldinnalla* tarkoitetaan tässä pääluvussa OECD:n vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden kappaleessa 1.65 tarkoitettua poikkeuksellista menettelyä, jossa liiketoimen muoto voidaan syrjäyttää. Liiketoimen *määrittäminen* puolestaan viittaa OECD:n siirtohinnoitteluohjeisiin vuonna 2015 lisättyyn uuteen termiin, jolla viitataan siihen siirtohinnoitteluanalyysin välttämättömään alkuvaiheeseen, jota on kuvattu luvussa 3.2.3. Liiketoimen *sivuuttaminen* taas vastaa viimeksi mainituissa siirtohinnoitteluohjeissa käyttöön otettua käsitettä, jolla tarkoitetaan poikkeuksellisissa tilanteissa suoritettavaa liiketoimen oikeudellisen muodon ohittamista, jota on käsitelty luvussa 3.2.4. Käsitteiden keskinäistä suhdetta avataan tarkemmin luvussa 5.2.1.2.

5.2 Alikapitalisoidun pääomarakenteen siirtohinnoitteluoikaisu

5.2.1 Alikapitalisointi OECD:n siirtohinnoitteluohjeissa

5.2.1.1 Uudelleenluonneldinta vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeissa

Kun arvioidaan sitä, kuinka verotusmenettelylain 31 § soveltuu alikapitalisoitujen pääomarakenteiden oikaisemiseen, on tarkastelu syytä aloittaa säännöksen tärkeimmästä tulkintalähteestä, OECD:n siirtohinnoitteluohjeista. Siirtohinnoitteluohjeita on ajan saatossa päivitetty useaan kertaan, ja tällä hetkellä viimeisin versio on vuodelta 2022. Tarkastelu aloitetaan kuitenkin siirtohinnoitteluohjeiden vuoden 2010 versiosta, jossa nykyisin voimassa olevia ohjeita selkeämmin otettiin kantaa siihen, milloin alikapitalisointiin voidaan siirtohinnoitteluoikaisun nojalla puuttua.

Vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden mukaan etuyhteysliiketoimen siirtohinnoitteluarvioinnin tuli lähtökohtaisesti perustua etuyhteysosapuolten toteuttamaan transaktioon sellaisena kuin osapuolet ovat sen strukturoineet.¹³⁴ Myös tällöin liiketoimen määrittäminen oli siirtohinnoitteluprosessin alkuvaiheeseen kuuluva toimenpide, vaikka se ei siirtohinnoitteluohjeista kovin selkeästi käynytään ilmi. Siirtohinnoitteluanalyysin kohteeksi tuli ottaa se liiketoimi, jonka osapuolet ovat tosiasiallisesti toteuttaneet.¹³⁵

¹³⁴ OECD 2010, kappale 1.64.

¹³⁵ Isomaa-Myllymäki 2016a, s. 478 ja OECD 2010, kappale 1.48.

Vain poikkeuksellisissa olosuhteissa veroviranomainen voi jättää verovelvollisen valitseman (ja tosiasiallisen sisältönsä mukaisesti määritetyn) liiketoimen muodon huomiotta tai korvata sen jollain toisella liiketoimella.¹³⁶ Tällainen uudelleenluonnehdinta oli mahdollista kahdessa poikkeustilanteessa: Ensimmäinen poikkeustilanne koski liiketoimen taloudellisen sisällön ja muodon ristiriitatilanteita, joissa oli mahdollista, että liiketoimi uudelleenluonnehdittiin sen sisällön mukaisesti poiketen etuyhteysosapuolten valitsemasta rakenteesta. Toinen poikkeustilanne puolestaan voi olla läsnä silloin, jos liiketoimen muoto ja sisältö sinällään vastasivat toisiaan, mutta liiketoimeen liittyvät järjestelyt kokonaisuudessaan poikkesivat siitä, miten liiketaloudellisesti järkevästi toimivat riippumattomat osapuolet olisivat asian järjestäneet, ja markkinaehtoisien hinnan määrittäminen estyi käytetyn rakenteen takia.¹³⁷

Esimerkkinä siitä, milloin ensimmäinen poikkeustilanne voisi tulla kyseeseen, vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeissa mainittiin nimenomaan alikapitalisointiin viittaava tilanne, jossa konserniyhtiöiden välillä on tehty pääomansijoitus velan muodossa, vaikka riippumattomat osapuolet eivät strukturoisi sijoitusta tällä tavalla ottaen huomioon velallisyhtiön taloudellisen tilanteen. Tällaisessa tilanteessa saattaisi olla hyväksyttävää uudelleenluonnehtia tehty sijoitus sen taloudellisen sisällön mukaisesti, jolloin velkaa voitaisiin käsitellä oman pääoman ehtoisena sijoituksena.¹³⁸ Käytännössä oli siis selvää, että siirtohinnoitteluohjeiden mukaan alikapitalisointiin voitiin markkinaehtoperiaatteen nojalla puuttua uudelleenluonnehtimalla velkasijoitus omaksi pääomaksi. Uudelleenluonnehdinnan soveltamiskynnys oli kuitenkin lähtökohtaisesti korkea¹³⁹.

Vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden muotoilu sai oikeuskirjallisuudessa osakseen kritiikkiä. Esimerkiksi *Bullen* kyseenalaista kahden erillisen poikkeuksen olemassaolon tarpeellisuuden. Hänen mukaansa kahden erillisen poikkeustilanteen muodostaminen olisi ymmärrettävää, jos ne olisi tarkoitettu käsittelemään kahta eri ongelmaa: liiketoimen taloudelliseen sisältöön perustuva poikkeus olisi voitu tarkoittaa käsittelemään kysymystä siitä, mitä rakenteellisia ehtoja etuyhteysyritysten välillä tosiasiasa on määrätty, kun taas liiketoimen liiketaloudelliseen järjestömyyteen perustuva poikkeus olisi voitu tarkoittaa käsittelemään kysymystä siitä, eroavatko nämä ehdot riippumattomien osapuolten käyttämistä ehdoista.¹⁴⁰

¹³⁶ OECD 2010, kappale 1.64.

¹³⁷ OECD 2010, kappale 1.65.

¹³⁸ OECD 2022, kappale 1.65.

¹³⁹ Ks. esim. Knuutinen 2015, s. 119.

¹⁴⁰ Bullen 2010, s. 370.

Mikäli poikkeusten soveltamistilanteita olisi tarkoitettu näin tulkittavaksi, ensimmäinen poikkeus liittyisikin liiketoimen määrittämistä koskevaan prosessiin eikä itsessään sisältäisi markkinaehtoperiaatteen mukaista liiketoimen testausta. Markkinaehtoperiaatetta sovellettaisiin siten vain toisen poikkeustilanteen aktualisoituessa. Tällainen tulkinta ei kuitenkaan vastannut siirtohinnoitteluohjeiden sanamuotoa, joissa todetaan, että myös taloudelliseen sisältöön perustuva poikkeus sisältää markkinaehtoperiaatteen soveltamista ja on tarkoitettu markkinaehtoperiaatteen vastaiseen toimintaan puuttumiseen.¹⁴¹

Liiketoimen taloudelliseen sisältöön perustuvan poikkeuksen koettiin olevan omiaan aiheuttamaan sekaannusta siinä, milloin kyse on liiketoimen määrittämisestä ja milloin uudelleenluonnehdinnasta. Syynä tähän ei ollut vähiten se, että taloudellisen sisällön käsitettä käytettiin siirtohinnoitteluohjeissa useassa eri merkityksessä.¹⁴² Ensinnäkin liiketoimen katsottiin olevan vailla taloudellista sisältöä silloin, jos etuyhteysosapuolten tosiasiallinen toiminta ei vastannut heidän välistään sopimusta (*factual substance prong*). Tällainen taloudellisen sisällön eroavuus voitiin oikaista liiketoimen määrittämisellä ilman markkinaehtoperiaatteen soveltamista.¹⁴³ Toiseksi liiketoimi saattoi olla vailla taloudellista sisältöä siitä syystä, että sen muoto erosi riippumattomien osapuolten valitsemasta muodosta (*arm's length prong*). Tästä oli kyse liiketoimen taloudelliseen sisältöön perustuvassa poikkeuksessa.¹⁴⁴ Perinteisemmin liiketoimen on voitu katsoa olevan vailla taloudellista sisältöä yleisten veronkiertosäännösten soveltamistilanteissa, ja tätä merkityssisältöä voidaankin pitää käsitteen vakiintuneena käytötapana (*anti-avoidance prong*). Tässä merkityksessä kyse on yleensä liiketoimesta, joka ei järkevällä tavalla muuta verovelvollisen taloudellista tilannetta pois lukien järjestelystä saatava verohyöty.¹⁴⁵

Oikeustilan selventämiseksi *Bullen* ehdotti, että taloudelliseen sisältöön perustuva poikkeus poistettaisiin siirtohinnoitteluohjeista, koska poikkeuksen soveltamisalaan kuuluviin tilanteisiin pystyttäisiin puuttumaan myös liiketoimen liikeloudelliseen järjettömyyteen liittyvän

¹⁴¹ OECD 2010, kappale 1.66 ja *Bullen* 2010, s. 370.

¹⁴² *Bullen* 2011, s. 434 ja 737–738 ja Navarro 2018, 3.2. Ks. myös Isomaa-Myllymäki 2016a, s. 478.

¹⁴³ OECD 2010, kappale 1.48 ja *Bullen* 2011, s. 441.

¹⁴⁴ OECD 2010, kappale 1.65 ja *Bullen* 2011, s. 442.

¹⁴⁵ *Bullen* 2011, s. 435 ja 439–440. Myös kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa katsottiin, ettei uudelleenluonnehdinta merkinnyt liiketoimen sivuuttamista yleisessä veronkiertopykälässä, VML 28 §:ssä, tarkoitetussa merkityksessä. Sen sijaan uudelleenluonnehdinnassa katsottiin olevan kyse transaktiossa käytetyn oikeudellisen muodon ja riippumattomien osapuolten valitseman oikeudellisen muodon eroavuudesta. Ks. Isomaa-Myllymäki 2014b, s. 472.

poikkeuksen nojalla. Lisäksi viittaukset liiketoimen taloudelliseen sisältöön voitaisiin kokonaan poistaa siirtohinnoitteluohjeista, ja tämä käsite varata ainoastaan yleisten veronkiertosääntösten soveltamisalaan kuuluvan tilanteen luonnehtimiseen.¹⁴⁶

5.2.1.2 Määrittäminen ja sivuuttaminen nykyisissä siirtohinnoitteluohjeissa

OECD:n siirtohinnoitteluohjeista julkaistiin päivitetty versio vuonna 2017. Päivityksen taustalla oli erityisesti OECD:n ja G20-maiden vuonna 2013 käynnistämä BEPS¹⁴⁷-hanke, jonka tavoitteena on varmistaa, että tulot verotetaan siinä valtiossa, jossa taloudellinen toiminta ja arvonluonti tosiasiallisesti tapahtuvat, ja näin estää valtioiden veropohjan rapautumista¹⁴⁸. Hankkeen toimenpiteiden 8–10 tarkoituksena oli taata, että siirtohinnoitteluprosessissa saavutetut lopputulokset vastaavat yritysten todellista osuutta arvonluontiin.¹⁴⁹ BEPS-hankkeen perusteella päivitetty osiot siirtohinnoitteluohjeista julkaistiin vuonna 2015 osana toimenpiteitä 8–10 koskevaa loppuraporttia, joten tosiasiallisesti päivitettyä versiota siirtohinnoitteluohjeista on sovellettu jo tästä lähtien.¹⁵⁰

Osana BEPS-hankkeen toimenpidettä 10 korostettiin tarvetta täsmentää siirtohinnoittelusääntöillä tai muilla erityiskeinoilla niitä olosuhteita, joissa liiketoimien uudelleenluokittelu on mahdollista.¹⁵¹ Yksi merkittävimmistä BEPS-hankkeesta johtuvista siirtohinnoitteluohjeiden muutoksista olikin liiketoimen tosiasialliseen sisältöön perustuvaa liiketoimen määrittämistä koskevan konseptin (*accurate delineation*) lanseeraaminen. Käytännössä se tarkoitti etuyhteysliiketoimen sisällön aiempaa perusteellisempaa analysointia perustuen osapuolten tosiasialliseen toimintaan eikä pelkästään sopimuksessa mainittuihin toimintoihin, varoihin ja riskeihin.¹⁵² Myös liiketoimen uudelleenluonnehdinnan käsitteestä luovuttiin, ja sen tilalle otettiin liiketoimen sivuuttamisen käsite (*disregard, non-recognition*).¹⁵³ Lisäksi OECD julkaisi vuonna 2020 rahoitusliiketoimia koskevan siirtohinnoitteluohjeistuksen, joka liitettiin osaksi varsinaisia siirtohinnoitteluohjeita. Edellä mainitut muutokset ovat säilyneet ennallaan uusimmissa vuoden 2022 siirtohinnoitteluohjeissa, joihin seuraava tarkastelu perustuu.

¹⁴⁶ Bullen 2011, s. 738.

¹⁴⁷ Base Erosion and Profit Shifting.

¹⁴⁸ OECD 2016, s. 4.

¹⁴⁹ OECD 2013, s. 20–21.

¹⁵⁰ OECD 2015, s. 10.

¹⁵¹ OECD 2013, s. 20–21.

¹⁵² Russo – Dekker 2021, s. 27.

¹⁵³ OECD 2015, s. 39. Muutos tehtiin siksi, että siirtohinnoitteluohjeiden aiemmat termit saattoivat aiheuttaa sekaannusta, ks. Haapaniemi 2019, s. 5.

Kun liiketoiminta määritetään sen tosiasiallisen sisällön mukaisesti, lähtökohdaksi on siirtohinnoitteluohjeiden perusteella edelleen otettava etuyhteysosapuolten välinen sopimus.¹⁵⁴ Mikäli sopimusehtojen ja liiketoimen taloudellisesti olennaisten ominaisuuksien välillä vallitsee kuitenkin ristiriita, tosiasiallisesti toteutetun transaktion määrittäminen perustetaan pääsääntöisesti etuyhteysosapuolten todelliseen käyttäytymiseen eli käytännössä osapuolten tosiasiasa suorittamiin toimintoihin, käyttämiin varoihin ja kantamiin riskeihin.¹⁵⁵

Uudelleenluonnehdinnan käsitteen poistamisen yhteydessä siirtohinnoitteluohjeissa luovuttiin myös kahden erillisen poikkeustilanteen lähestymistavasta. Sen sijaan nykyisten ohjeiden mukaan tosiasiallisen sisältönsä mukaisesti määritetty liiketoimi voidaan poikkeuksellisesti sivuuttaa ja tarvittaessa korvata toisella liiketoimella, jos liiketoimeen liittyvät järjestelyt kokonaisuudessaan poikkeavat niistä, joihin liiketaloudellisesti järkevästi toimivat itsenäiset yritykset vastaavissa olosuhteissa olisivat ryhtyneet. Lisäksi edellytetään, että tällaiset järjestelyt estävät molemmille osapuolille hyväksyttävän hinnan määrittämisen, kun otetaan huomioon kummankin osapuolen näkökulmat ja heille realistisesti saatavilla olevat toimintavaihtoehdot liiketoimen toteuttamisen hetkellä.¹⁵⁶ Sivuttamisen muotoilu vastaa pitkälti liiketoimen taloudelliseen järjestömyyteen perustuneen uudelleenluonnehdinnan sanamuotoa, joten käytännössä ohjeista poistettiin liiketoimen taloudelliseen sisältöön perustuva poikkeus. Ohjeissa on myös yleisesti luovuttu taloudellisen sisällön käsitteestä, mikä hälventää aiemmissa siirtohinnoitteluohjeissa termin käyttöön liittyntä epäselvyyttä¹⁵⁷.

Vaikka siirtohinnoitteluohjeiden päivityksiä on yleisesti pidettävä tervetulleina ja oikeustilaa selventävinä, alikapitalisointiproblematiikan näkökulmasta muutos on kuitenkin nähdäkseni saattanut johtaa aiempaa tulkinnanvaraisempaan tilanteeseen. Vuoden 2010 ohjeissa annettiin esimerkkinä liiketoimen taloudelliseen sisältöön perustuvan uudelleenluonnehdinnan mahdollisesta soveltamistilanteesta nimenomaisesti alikapitalisointitilanne. Ohjeiden uudistuksen yhteydessä alikapitalisointiesimerkki on kokonaan poistettu. Sen sijaan vuoden 2010 ohjeissa ta-

¹⁵⁴ OECD 2022, kappale 1.42.

¹⁵⁵ OECD 2022, kappaleet 1.45–1.46 ja 1.140. Liiketoimen määrittämisestä on kuvattu tarkemmin luvussa 3.2.3, joten sitä ei tässä käsitellä enempää.

¹⁵⁶ OECD 2022, kappale 1.142. Liiketoimen sivuttamista on kuvattu tarkemmin luvussa 3.2.4, joten sitä ei tässä käsitellä enempää.

¹⁵⁷ Navarro 2018, 3.2.

loudelliseen järjettömyyteen perustuvan uudelleenluonnehdinnan yhteydessä kuvattua soveltamisesimerkkiä pitkälti vastaavaa tilanne on otettu esimerkiksi nykyisissä siirtohinnoitteluohjeissa tarkoitetusta sivuuttamisesta¹⁵⁸.

Alikapitalisointiesimerkin poistaminen on mielestäni sinällään harmillista, koska sen sisällyttäminen osaksi nykyisiä siirtohinnoitteluohjeita olisi selkeästi ilmaissut, mikä aiemman taloudelliseen sisältöön perustuvan poikkeuksen suhde nykyiseen sivuuttamiseen on tarkoitettu olevan. Lisäksi rahoitusliiketoimia koskevan siirtohinnoitteluohjeiden 10 luvun perusteella on mahdollista saada käsitys, että alikapitalisointi liittyisikin enemmän liiketoimen määrittämistä koskevaan prosessiin. Luvussa todetaan, että kansainvälisen konserniin kuuluvan yhtiön pääomarakenne ei välttämättä vastaa riippumattoman yhtiön pääomarakennetta ja että peilaten tähän huomioon luvussa käsitellään erityisesti sitä, miten liiketoimen määrittäminen sen tosiasiallisen sisällön mukaisesti voi liittyä oman ja vieraan pääoman tasapainoon konserniyhtiön pääomarakenteessa. Tämän jälkeen luvussa mainitaan, että myös sivuuttamista koskevat siirtohinnoitteluohjeiden osiot voivat olla relevantteja silloin, jos liiketoimeen liittyvät järjestelyt kokonaisuutena tarkasteltuna eroavat siitä, kuinka taloudellisesti järkevällä tavalla toimivat riippumattomat osapuolet olisivat vastaavissa olosuhteissa toimineet.¹⁵⁹ Luvussa ei kuitenkaan missään kohtaan suoraan viitata alikapitalisointiin tai yksiselitteisesti oteta kantaa siihen, mikä alikapitalisoinnin suhde liiketoimen määrittämiseen ja sivuuttamiseen todellisuudessa on.

Sitä, mihin OECD:n vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeissa tarkoitettu liiketoimen taloudelliseen sisältöön perustuva uudelleenluonnehdinta asettuu nykyisen liiketoimen määrittämisen ja sivuuttamisen välisellä janalla, on tulkittu myös oikeuskirjallisuudessa eri tavoin. Esimerkiksi *Burmeister* on väitöskirjassaan katsonut, että tällainen tarkastelu tulee siirtohinnoitteluohjeiden päivityksen mukaan tehdä osana liiketoimen määrittämistä. Aiemmissa ohjeissa poikkeuksellisesta uudelleenluonnehdintamenettelystä olisikin siis uudemmissa ohjeissa tullut liiketoimen tosiasiallisen sisällön arvioinnin perustavanlaatuinen lähtökohta.¹⁶⁰ Sen sijaan *Navarron* ja *Bullenin* mukaan vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden kaksi eri uudelleenluonnehdintatilannetta olivat soveltamistilanteiltaan lopulta päällekkäisiä, jolloin liiketoimen taloudelliseen sisältöön

¹⁵⁸ Ks. OECD 2022, kappale 1.148 ja OECD 2010, kappale 1.65.

¹⁵⁹ OECD 2022, kappaleet 10.4. ja 10.6.–10.7.

¹⁶⁰ *Burmeister* 2016, s. 230. Näin myös *Collier – Dykes* 2022, 4.3, alaviite 14.

perustuviin poikkeustilanteisiin tulee nykyään puuttua liiketoimen sivuuttamista koskevan doktriinin avulla.¹⁶¹

Jälkimmäinen näkökanta vaikuttaa perustellulta. Liiketoimen määrittämisessä on yksinkertaista kysymys etuyhteysosapuolten välisen sopimuksen vertaamisesta heidän tosiasialliseen toimintaansa. Konteksti on siten vastaava kuin ensimmäisessä edellisessä luvussa esiin tuoduista taloudellisen sisällön käsitteen merkityssisällöistä (*factual substance prong*). Liiketoimen taloudelliseen sisältöön perustuvassa uudelleenluonnehdinnassa puolestaan oli kyse samasta termistä sen markkinaehtoperiaatteen mukaisessa merkityssisällössä (*arm's length prong*). Tämä sopii tarkoitukseltaan nykyisen liiketoimen sivuuttamisen piiriin, joka sisältää markkinaehtoperiaatteen soveltamista toisin kuin liiketoimen määrittäminen.¹⁶² Nähdäkseni on perusteltua olettaa, että alikapitalisointitilanteisiin on tarkoitettu puuttuttavan nimenomaan liiketoimen sivuuttamista koskevalla doktriinilla, ei liiketoimen määrittämisellä.

Liiketoimen määrittämisen ja sivuuttamisen välinen rajanveto ei kuitenkaan välttämättä ole käytännön soveltamistilanteissa selvä, erityisesti kun edellä esitetyn perusteella vaikuttaa siltä, että edes periaatteen tasolla asiassa ei ole löydetty täyttä konsensusta. Määrittämisen käsite on saanut osakseen kritiikkiä siitä syystä, että sen on katsottu mahdollistavan liiketoimen ehtojen sivuuttamisen tai muuttamisen ilman, että tällainen muutos katsottaisiin liiketoimen sivuuttamiseksi. Erityisesti etuyhteysosapuolten välisen sopimuksen ohittamista on pidetty ongelmallisena.¹⁶³

¹⁶¹ Navarro 2018, 4.1.1–4.1.3 ja Bullen 2011, s. 738. Navarron mukaan niin vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden kahdessa eri uudelleenluonnehdintatilanteessa kuin myös uudempien ohjeiden sivuuttamistilanteessa on pohjimmiltaan kyse siitä, että näissä tilanteissa vertailuanalyysejä ei voida järkevällä tavalla suorittaa ilman, että liiketoimien oikeudellista muotoa ensin oikaistaan.

¹⁶² Vaikka taloudellisen sisällön käsitteestä on siirtohinnoitteluohjeissa aiheellisesti luovuttu, sen aiemmat eri merkityssisällöt havainnollistavat mielestäni hyvin rajanvetoa liiketoimen määrittämisen, uudelleenluonnehdinnan ja sivuuttamisen välillä. Toisaalta juuri taloudellisen sisällön käsite ja sisältö ennen muotoa -periaate ovat edelleen saattaneet aiheuttaa sekaannusta ja olla syynä sille, että oikeustieteilijöidenkin keskuudessa on erimielisyyttä siitä, miten liiketoimen uudelleenluonnehdinta suhteutuu nykyiseen liiketoimen määrittämiseen ja sivuuttamiseen. Esimerkiksi Burmeister viittaa sisältö ennen muotoa -harkintaan (*substance over form -prövning*) hahmottaessaan niin OECD:n vuoden 2010 siirtohinnoitteluohjeiden liiketoimen taloudelliseen sisältöön perustuvaa uudelleenluonnehdintaa kuin myös ohjeiden päivityksen mukaista liiketoimen määrittämistä sen tosiasiallisen sisällön mukaisesti, ks. Burmeister 2016, s. 50 ja 115. Muodon ja sisällön jänniteitä sisältävien tilanteiden systematisointi onkin haastavaa niin kielellisistä kuin myös oikeudelliseen kulttuuriin ja ajatteluun liittyvistä syistä. Sisällöllä voidaan tällaisissa tilanteissa nimittäin viitata liiketoimen varsinaiseen oikeudelliseen sisältöön tai vaihtoehtoisesti sen taloudelliseen sisältöön, ks. Knuutinen 2009, s. 19–20. Siirtohinnoitteluohjeiden mukaisessa liiketoimen määrittämisessä olisi tällöin kyse ensimmäisestä vaihtoehdosta ja uudelleenluonnehdinnassa ja sivuuttamisessa jälkimmäisestä.

¹⁶³ Isomaa-Myllymäki 2016a, s. 480.

5.2.1.3 Siirtohinnoitteluohjeiden asema Suomen oikeudessa

Suomen perustuslain¹⁶⁴ 81 §:n 1 momentin mukaan valtion verosta säädetään lailla, joka sisältää säännökset verovelvollisuuden ja veron suuruuden perusteista sekä verovelvollisen oikeusturvasta. Verolainsäädännön minimivaatimukseen kuuluu siten se, että verovelvollisuuden perusteet, veron suuruuden laskemiseen tarvittavat säännöt ja verovelvollisen oikeusturvan takaavat säännökset ilmenevät laista.¹⁶⁵ Tätä kutsutaan legaliteetti- tai laillisuusperiaatteeksi. Verovelvollisuus ei siis voi perustua esimerkiksi lakia alemman asteiseen normiin tai veroviranomaisen harkintavaltaan. Legaliteettiperiaate edellyttää, että verolainsäädäntö kirjoitetaan niin yksityiskohtaisesti, että veron suuruus voidaan laskea pelkästään lain säännöksestä. Joskus tulkintatilanteissa voidaan tukeutua lain esitöihin eli lähinnä hallituksen esitykseen pyrittäessä selvittämään lain sanamuodon merkityssisältöä.¹⁶⁶

Oikeuslähdeopillisesti on selvää, ettei OECD:n siirtohinnoitteluohjeilla voida laajentaa Suomen sisäisen lainsäädännön mukaista verovelvollisuutta.¹⁶⁷ Legaliteettiperiaate estikin liiketoimien uudelleenluonnehdinnan ja sivuuttamisen aiemman verotusmenettelylain 31 §:n nojalla, vaikka siirtohinnoitteluohjeiden mukaan tällainen oli mahdollista.¹⁶⁸ Siirtohinnoitteluohjeet voivat siis vain ohjata verotusmenettelylain 31 §:n tulkintaa, mutta säännöksen soveltamisalaa niillä ei voida laajentaa.¹⁶⁹ Näin ollen jos verotusmenettelylain 31 §:n sanamuoto joltain osin on ristiriidassa siirtohinnoitteluohjeiden kanssa, lakia on tulkittava sen sanamuodon mukaisesti.

Vaikka aiemmin siirtohinnoitteluohjeita ei kaikilta osin voitu käyttää apuna kotimaisen lainsäädäntömme markkinaehtoperiaatteen tulkinnassa johtuen siirtohinnoitteluohjeiden soveltamisalasta, VML 31 §:n muutoksen jälkeen ohjeiden tulisi olla täysimääräisesti tulkintalähteen asemassa.¹⁷⁰ Legaliteettiperiaate on tästä huolimatta pidettävä mielessä. Mikäli käy ilmi seikkoja, joiden osalta siirtohinnoitteluohjeiden säännös ei vastaakaan OECD:n malliverosopimuksen 9 artiklaa ja siirtohinnoitteluohjeita, laintulkinnassa on nojaututtava tältä osin lain sanamuotoon.¹⁷¹

¹⁶⁴ L 731/1999.

¹⁶⁵ Ryytänen 1996, s. 84–86.

¹⁶⁶ Juusela 2018, s. 449 ja 451.

¹⁶⁷ Juusela 2014, s. 60.

¹⁶⁸ Ks. esim. Helminen 2014, s. 96.

¹⁶⁹ Haapaniemi 2019, s. 9. Ks. myös KHO 2014:119.

¹⁷⁰ Ks. luku 3.2.2.

¹⁷¹ Esimerkiksi Pankakoski (2021, s. 11) on katsonut, että VML 31 §:n 1 momentin soveltamisala on pysynyt lainmuutoksessa muuttumattomana, koska momentin sanamuotoa ei ole muutettu. Näin on siitä huolimatta, että hallituksen esityksen mukaan kyseinen momentti vastaa OECD:n malliverosopimuksen 9 artiklan 1 kohtaa ja

5.2.2 VML 31 §:n 3 momentin mukainen sivuuttaminen alikapitalisointitilanteissa

5.2.2.1 Alikapitalisoinnin asema sivuuttamisen ja määrittämisen välisellä janalla

Edellä OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden analysoinnin yhteydessä todettiin, että uusimpien ohjeiden mukaan alikapitalisoidun pääomarakenteen oikaiseminen vaikuttaa sijoittuvan liiketoimen määrittämisen ja sivuuttamisen välisellä janalla sivuuttamisen puolelle. Tätä voidaan siis pitää vahvana lähtökohtana myös kansallisen sivuuttamissäännöksen, VML 31 §:n 3 momentin tulkinnassa, etenkin kun lainmuutoksella on ollut tarkoitus vahvistaa siirtohinnoitteluohjeiden asemaa siirtohinnoitteluoikaisusäännöksen tulkintalähteenä. Legaliteettiperiaatteen ja oikeuslähdeopin takia tulkintaa ei kuitenkaan voida suoraan johtaa OECD:n ohjeista, jos lain sanamuoto ja muut vahvemmat oikeuslähteet eivät tällaista tulkintaa tue¹⁷². Siksi on syytä tarkastella erikseen myös kansallista säännöstä ja sen suhdetta siirtohinnoitteluohjeiden kannanottoihin.

Uudistetun VML 31 §:n 3 momentti koostuu lähes suoraan suomennetuista poimintoista OECD:n vuoden 2022 siirtohinnoitteluohjeiden sivuuttamista koskevista kappaleista 1.141–1.144, joten ohjeiden tulkinta-arvo on tältä osin korostunut.¹⁷³ Sama pätee VML 31 §:n 2 momenttiin ja siirtohinnoitteluohjeiden liiketoimen määrittämistä käsitteleviin kappaleisiin.¹⁷⁴ Päällisin puolin siirtohinnoitteluohjeiden käyttäminen näiden säännösten täysimääräisenä tulkintalähteenä vaikuttaa siten hyväksyttävältä.

Hallituksen esityksessä liiketoimen määrittämisen osalta todetaan, että tosiasiallisen sisältönsä perusteella määritetty liiketoimi voi ”osoittautua joksikin muuksi kuin mikä osapuolten toteuttaman liiketoimen *oikeudellinen muoto* ja nimi ovat”.¹⁷⁵ Valittu sanamuoto antaa vaikutelman siitä, että liiketoimen määrittämisellä voitaisiin sivuuttaa liiketoimen yksityisoikeudellinen muoto. Valtiovarainvaliokunnan mietinnössä on kuitenkin yksiselitteisesti ilmaistu, ettei liiketoimen määrittäminen voi koskaan johtaa liiketoimen sivuuttamiseen, eikä menettelyssä ole kyse osapuolten toteuttamasta liiketoimesta poikkeamisesta.¹⁷⁶ Myös oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että liiketoimen määrittämisessä tulee kunnioittaa liiketoimen yksityisoikeudellista

momentin sisältämää markkinaehtoperiaatetta tulkitaan nykyään siirtohinnoitteluohjeissa tarkoitettulla tavalla, ks. HE 188/2021 vp, s. 30–31.

¹⁷² Ks. esim. Pankakoski 2018, s. 135.

¹⁷³ Helminen 2022, s. 38.

¹⁷⁴ Ks. OECD 2022, kappaleet 1.33 ja 1.36.

¹⁷⁵ HE 188/2021 vp, s. 31.

¹⁷⁶ VaVM 28/2021 vp, s. 5. Mietinnössä tosin tuotiin silti esiin, että määrittämisen ja sivuuttamisen suhde vaikutti ongelmalliselta ja epäselvältä.

muotoa, mitä tukee myös VML 31 §:n 2 momentin sanamuoto.¹⁷⁷ Yksityisoikeudellisesta muodosta voidaan siten poiketa ainoastaan VML 31 §:n 3 momentin nojalla silloin, kun säännöksen soveltamisedellytykset täyttyvät.

Nähdäkseni liiketoimen määrittämisen ja sivuuttamisen välinen rajanveto voidaan tiivistää seuraavasti. VML 31 §:n 2 momentin mukaisessa liiketoimen määrittämisessä sen tosiasiallisen sisällön mukaisesti on kyse liiketoimen väitetyn oikeudellisen muodon ja sen oikeudellisen sisällön – ei siis taloudellisen sisällön – välisestä jännitteestä¹⁷⁸. Väitetty oikeudellinen muoto voi perustua esimerkiksi sopimuksen otsikointiin tai sopimusehtoihin, mutta jos ne ovat ristiriidassa liiketoimen osapuolten tosiasiallisen toiminnan, riskienjaon tai muiden vastaavien seikkojen kanssa, liiketoimelle määritetään näihin seikkoihin perustuvan oikeudellisen sisällön mukainen oikeudellinen muoto. Osapuolten valitsemasta yksityisoikeudellisesta muodosta ei tällöin todellisuudessa poiketa, koska kokonaisarvioinnin perusteella on selvitetty, että osapuolten valitsema yksityisoikeudellinen muoto on juuri se, mihin analyysissä on päädytty. Sen sijaan voitaisiin sanoa, että kyse on väitetystä oikeudellisesta muodosta poikkeamisesta, koska liiketoimen osapuolten oma näkemys liiketoimen oikeudellisesta muodosta on luultavasti tällöin eri kuin mihin analyysissä päädytään.

VML 31 §:n 3 momentin mukaisessa liiketoimen sivuuttamisessa puolestaan on kyse liiketoimen oikeudellisen muodon ja markkinaehtoisen oikeudellisen muodon välisestä jännitteestä. Sivuttaminen siis tarkoittaa tosiasiallista poikkeamista liiketoimelle VML 31 §:n 2 momentin nojalla määritetystä oikeudellisesta muodosta, joka korvataan sellaisella yksityisoikeudellisella muodolla, jota riippumattomat osapuolet olisivat vastaavissa olosuhteissa käyttäneet. Liiketoimen sivuuttaminen edellyttää aina markkinaehtoperiaatteen soveltamista.

Kun alikapitalisointiin puuttumista asemoidaan kotimaisen siirtohinnoitteluoikaisusäännöksen valossa liiketoimen määrittämisen ja sivuuttamisen väliselle janalle, merkitsevää on nähdäkseni se, että alikapitalisoidun pääomarakenteen oikaiseminen edellyttää aina velan yksityisoikeudellisesta muodosta poikkeamista ottaen huomioon, että tässä tutkielmassa käytetyn rahoitusinstrumentin oletetaan ominaisuuksiltaan vastaavan tavanomista velkaa ja olevan siten yksityisoikeudelliselta muodoltaan kiistattomasti velkaa. Näin ollen alikapitalisointiin puuttuminen ei voi koskaan perustua liiketoimen määrittämiseen VML 31 §:n 2 momentin nojalla, koska

¹⁷⁷ Pankakoski 2021, s. 8–9 ja 13. Ks. myös Isomaa-Myllymäki 2016b, s. 277.

¹⁷⁸ Ks. oikeudellisen ja taloudellisen sisällön käsitteistä Knuutinen 2009, s. 19–20.

säännös ei mahdollista liiketoimen oikeudellisesta muodosta poikkeamista. Kotimainen siirtohinnoittelusääntelyimme vaikuttaisikin olevan tältä osin yhdenmukainen OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden kanssa. Seuraavassa luvussa tarkastellaan vielä tarkemmin sitä, voivatko VML 31 §:n 3 momentin erityiset soveltamisedellytykset täytyä alikapitalisointitilanteissa.

5.2.2.2 Soveltamisedellytysten täytyminen

Liiketoimen sivuuttamista koskevan verotusmenettelylain 31 §:n 3 momentin sisältöä ja säännöksen soveltamisedellytyksiä on käsitelty kattavasti edellä luvussa 3.2.4. Tässä luvussa ei enää tarkemmin selosteta jo aiemmin läpi käytyjä seikkoja, vaan sen sijaan pohditaan, miten soveltamisedellytyksiä voitaisiin arvioida alikapitalisointitilanteissa. Erityisesti keskitytään markkinaehtoisen hinnan puuttumista koskevaan vaatimukseen, koska muut säännöksen soveltamisedellytykset ovat spekulatiivisempia ja tullevat muotoutumaan vasta tulevassa oikeuskäytännössä.

VML 31 §:n 3 momentin mukaan liiketoimen sivuuttaminen edellyttää, että liiketoimelle ei voida vahvistaa markkinaehtoperiaatteen mukaista hintaa ottaen huomioon molempien osapuolten näkökulmat ja realistiset vaihtoehdot päätöksentekohetkellä. Tarkastellaan tätä edellytystä alikapitalisointitilanteessa ensin lainanantajan kannalta. Kuten aiemmin tässä tutkielmassa on esitetty, riippumaton osapuoli ei lähtökohtaisesti tekisi vieraan pääoman ehtoista sijoitusta yhtiöön, jonka velanotto-kyky on ylittynyt.¹⁷⁹ Markkinaehtoista hintaa ei tällaista tarkastelutapaa soveltaen voitaisi edes yrittää määritellä, koska etuyhteysosapuolten välistä liiketoimintaa ei voisi esiintyä taloudellisesti järkevällä tavalla toimivien riippumattomien osapuolten välillä.

Toisaalta vaikka yhtiön pääomarakenne olisi kuinka velkapainotteinen, nykyiset rahoitusmarkkinat huomioiden on vaikea kuvitella tilannetta, jossa *kukaan* ulkopuolinen lainanantajan ei *koskaan* myöntäisi yhtiölle lainaa. On varmasti totta, että vahvasti alikapitalisoitu yhtiö ei saisi pankista lainaa, mutta markkinoilla on olemassa myös paljon muita lainanantajia, joista osa olisi valmis sijoittamaan myös erittäin riskialttiisiin velkainstrumentteihin, kunhan lainan korko korreloi sijoitukseen liittyvän riskin kanssa.¹⁸⁰ Lainanantajan tuottovaatimuksen – ja siten hänen näkökulmastaan hyväksyttävän korkotason – voidaan tällaisessa tilanteessa tietysti olettaa olevan huomattavan korkea.

¹⁷⁹ Ks. luku 4.1.2 ja 4.3.

¹⁸⁰ Ghosh 2008, s. 743–744.

Äärimmäisen korkea korko ei kuitenkaan lähtökohtaisesti voi olla velallisyhtiön näkökulmasta hyväksyttävä hinta rahoitukselle. Erityisesti silloin kun velallisyhtiön velanottokyky on ylittynyt, eikä yhtiö siis objektiivisesti arvioiden pysty selviytymään korkeista korkomaksuista ja lainan pääoman takaisinmaksusta, taloudellisesti järkevästi toimiessaan se ei hyväksyisi tällaista lainatarjousta. Realististen vaihtoehtojen näkökulmasta velallisyhtiön voisi olla perusteltua esimerkiksi pyrkiä madaltamaan korkotasoa alentamalla velan muodossa hankittavan rahoituksen määrää ja tyydyttämällä lopun pääoman tarpeensa omalla pääomalla. Voi myös olla, ettei velallisyhtiöllä tosiasiallisesti edes ole tarvetta lisärahoitukselle, jolloin koron maksamista voidaan pitää entistä vähemmän hyväksyttävänä.¹⁸¹

Kun velkarahoitusta ja sen hyväksyttävää hintaa näin tarkastellaan kummankin osapuolen näkökulmasta, voidaan todeta, että jossain kohtaa tulee vastaan piste, jossa riippumattoman lainanantajan tuottovaatimus erkaantuu velallisyhtiön kannalta hyväksyttävästä korosta. Markkinaehtoista hintaa ei tämän pisteen jälkeen enää voida nähdäkseni vahvistaa. Raja tulee vastaan viimeistään silloin, kun velallinen ylittää velanottokykynsä. Tähän saakka korkea korko voi vielä olla velallisyhtiölle hyväksyttävä, jos sillä tosiasiallisesti on rahoituksen tarve ja kyky maksaa lainan pääoma ja korko. Tietysti tällöinkin täytyy ottaa huomioon muut velallisyhtiön realistisesti saatavissa olevat rahoitusvaihtoehdot. Tällainen tulkinta tarkoittaisi, että alikapitalisointiin voidaan VML 31 §:n 3 momentin nojalla puuttua lähtökohtaisesti vain huomattavasti velkapainotteisten pääomarakenteiden kohdalla¹⁸².

Vastaavaa tulkintatapaa tukee nähdäkseni myös VML 31 §:n 3 momentin taloudellisesti järjettömä toimintaa koskeva soveltamisedellytys. Lähtökohtanaan on, että konserniyhtiöt saavat hoitaa keskinäisen rahoituksensa kuten parhaaksi katsovat¹⁸³. Tätä taustaa vasten lievästi velkapainotteista pääomarakennetta tuskin voidaan pitää taloudellisesti järjettömänä siinä mielessä, ettei toisistaan riippumattomat osapuolet vastaavissa olosuhteissa voisi järjestää rahoitusta tässä muodossa. On lisäksi muistettava, että konsernin sisäiselle velkarahoitukselle ja velkarahoitukselle yleisesti voi olla myös monia verotuksesta riippumattomia syitä, kuten rahoitusmuodon joustavuus omaan pääomaan verrattuna.¹⁸⁴

¹⁸¹ Ks. luku 4.1.2. Ks. myös Bullen 2011, s. 465.

¹⁸² On tietysti huomioitava, että velallisyhtiön velanottokykyyn vaikuttavat monet yhtiökohtaiset tekijät, jolloin ”huomattavan velkapainotteinen pääomarakenne” voi tarkoittaa eri yhtiöiden kohdalla eri asiaa.

¹⁸³ Knuutinen 2012, s. 291.

¹⁸⁴ Juuri järjettömien ja järkevien liiketoimien välinen rajanveto on nähty tärkeänä osana uuden VML 31 §:n 3 momentin mukaisessa liiketoimien sivuuttamisessa, ks. Helminen 2022, s. 40. Ks. myös Pankakoski 2021, s. 13.

Kuten aiemmin on todettu, sivuuttamisen soveltamiskynnys on tarkoitettu erittäin korkeaksi, mitä ilmentää VML 31 §:n 3 momentin vaatimus siitä, että säännöstä voidaan soveltaa vain poikkeuksellisissa olosuhteissa. Myös tämä osaltaan puoltaa käsitystä siitä, ettei VML 31 §:n 3 momentti sovellu lieviin alikapitalisointitilanteisiin puuttumiseen. Sen sijaan räikeämmissä alikapitalisointitapauksissa säännöksen soveltamisedellytykset vaikuttavat kokonaisuudessaan täyttyvän¹⁸⁵. Oikeus- ja verotuskäytännössä jää nähtäväksi, kuinka korkealle soveltamiskynnys tosiasiallisesti tulee asettumaan.

5.3 Velan sivuuttaminen VML 28 §:n veronkiertosäännöksen nojalla

5.3.1 Yleisen veronkiertosäännöksen sisältö

Yleisellä veronkiertosäännöksellä on kotimaisessa vero-oikeudessamme pitkät perinteet, ja sen sanamuoto on ollut lähes muuttumaton jo kauan.¹⁸⁶ Nykyään se ilmaistaan verotusmenettelylain 28 §:ssä, joka kuuluu seuraavasti:

Jos jollekin olosuhteelle tai toimenpiteelle on annettu sellainen oikeudellinen muoto, joka ei vastaa asian varsinaista luonnetta tai tarkoitusta, on verotusta toimitettaessa meneteltävä niin kuin asiassa olisi käytetty oikeaa muotoa. Jos kauppahinta, muu vastike tai suoritusajankohta on kauppa- tai muussa sopimuksessa määrätty taikka muuhun toimenpiteeseen on ryhdytty ilmeisesti siinä tarkoituksessa, että suoritettavasta verosta vapauduttaisiin, voidaan verotettava tulo ja omaisuus arvioida.

Jos on ilmeistä, että verotusta toimitettaessa olisi meneteltävä 1 momentissa tarkoitettulla tavalla, on verotusta toimitettaessa huolellisesti tutkittava kaikki ne seikat, jotka voivat vaikuttaa asian arvostamiseen, sekä annettava verovelvolliselle tilaisuus esittää selvitys havaituista seikoista. Mikäli verovelvollinen ei tällöin esitä selvitystä siitä, että olosuhteelle tai toimenpiteelle annettu oikeudellinen muoto vastaa asian varsinaista luonnetta tai tarkoitusta taikka ettei toimenpiteeseen ole ryhdytty ilmeisesti siinä tarkoituksessa, että suoritettavasta verosta vapauduttaisiin, verotusta toimitettaessa on meneteltävä 1 momentissa tarkoitettulla tavalla.

¹⁸⁵ Verotusmenettelylain 31 §:n 3 momentin erityisedellytysten täyttymisen ohella on toki huomioitava myös saman pykälän 1 momentin soveltamisedellytykset. Markkinaehtoperiaatteen vastaisen liiketoimen muodon käyttämisestä on siten täytynyt olla seurauksena verotettavan tulon pienentyminen tai tappion suurentuminen, jotta siirtohinnoitteluoikaisuun voidaan ryhtyä. Alikapitalisointitilanteissa tulo pienenee tai tappio suurenee lähtökohtaisesti koron vähennykelpoisuuden takia. Lisäksi VML 31 §:n 3 momentin soveltamiseen liittyy kysymys siitä, toteutetaanko alikapitalisointitapauksissa ainoastaan velan sivuuttaminen, vai korvataanko velka tällöin omalla pääomalla. Tätä kysymystä ei kuitenkaan käsitellä tässä tutkielmassa.

¹⁸⁶ Helminen 2022, s. 36.

Pykälän ensimmäisessä momentissa ilmaistaan veronkiertosäännöksen kaksi soveltamistilannetta, joista kumpikin muodostaa itsenäisen veronkierron tunnusmerkistön. Tilanteiden keskinäinen suhde ei silti ole täysin selkeä, eikä oikeuskäytännössä ole yleensä perusteltu sitä, kumpi tilanne säännöstä sovellettaessa on ollut käsillä.¹⁸⁷ Ensimmäisessä tunnusmerkistössä on kyse tilanteesta, jossa toimelle annettu oikeudellinen muoto ei vastaa asian varsinaista luonnetta. Tällöin tämä muoto voidaan sivuuttaa ja korvata sellaisella oikeudellisella muodolla, joka vastaa paremmin toimen sisältöä. Toisessa tilanteessa puolestaan on kyse siitä, että johonkin toimeen on ryhdytty veronvälttämistarkoituksessa. Tällöin verotettava tulo ja omaisuus voidaan arvioida. Molemmista tilanteista edellytetään lisäksi VML 28 §:n 2 momentin mukaan, että on ilmeistä, että käsillä on juuri tällainen tilanne. Verovelvolliselle on myös annettava tilaisuus selvittää, ettei kyse ole 1 momentissa tarkoitettusta tilanteesta.

VML 28 §:n sanamuodon perusteella säännöksen soveltaminen oikeustoimen muodon ja sisällön ristiriitatilanteisiin ei vaikuttaisi edellyttävän subjektiivista veronkiertotarkoitusta. Näin tulkittuna sisältö ennen muotoa -doktriinia voitaisiin soveltaa myös sellaisiin tapauksiin, joissa väärä muoto johtuu esimerkiksi tahattomasta virheestä, eikä menettelyllä ole pyritty saavuttamaan veroetua. Käytännössä kuitenkin 2 momentin selvittämiselvällisyydestä on katsottu seuraavan, että verotukseen voidaan puuttua VML 28 §:n nojalla vain silloin, kun subjektiivinen veronvälttämistarkoitus pystytään osoittamaan. Näin ollen oikeudellisen muodon sivuuttaminen VML 28 §:n nojalla edellyttää sitä, että asian varsinaista tarkoitusta vastaamaton muoto on valittu veronkiertotarkoituksessa.¹⁸⁸

Verovelvolliset saavat lähtökohtaisesti vapaasti valita, millaisia liiketoimia suorittavat ja minkä yksityisoikeudellisen muodon näille liiketoimille antavat. Veronkiertosäännöksen soveltamisen näkökulmasta on kuitenkin ratkaisevaa se, onko valitun oikeudellisen muodon tai suoritettun toimen takana riittävät ja hyväksyttävät liiketaloudelliset perusteet.¹⁸⁹ Verotusmenettelylain 28 §:n soveltaminen edellyttää, että veroviranomainen pystyy osoittamaan toiminnan pääasiallisen tarkoituksen olleen veron välttäminen. Tällöinkin säännöksen soveltaminen voi vielä estyä, jos verovelvollinen osoittaa järjestelylleen riittävästi verotuksesta riippumattomia hyväksyttäviä

¹⁸⁷ Knuutinen 2020, s. 72.

¹⁸⁸ Helminen 2022, s. 36–37.

¹⁸⁹ Knuutinen 2020, s. 74.

syitä, vaikka järjestelyllä saavutettaisiinkin samalla veroetuja. Etenkin veronvälttämistarkoituksen ilmeisyysvaatimuksesta seuraa, että veronkiertosäännöksen soveltamiskynnys on korkea.¹⁹⁰

On myös huomattava, että yleistä veronkiertosäännöstä ei voida soveltaa sellaisissa tilanteissa, joissa veroedun saavuttaminen johtuu itse verotusjärjestelmän rakenteellisista puutteista tai joissa lainsäätäjä on joko eksplisiittisesti tai implisiittisesti hyväksynyt mahdollisuuden saavuttaa etu. Lainsoveltaja ei siis voi yleistä veronkiertosäännöstä soveltamalla luoda parempaa verojärjestelmää kuin mihin lainsäätäjä on tyytynyt.¹⁹¹

Oikeuskäytännössä yleiselle veronkiertosäännökselle on muodostunut selkeitä tulkintalinjoja. Vaikka soveltamistilanteisiin sisältyy yleensä paljon tapauskohtaisia piirteitä, voidaan oikeuskäytännön perusteella tunnistaa neljä tyypillistä tilannetta, joihin kaikki VML 28 §:n soveltamistilanteet voidaan luokitella. Näitä ovat oikeudellisen muodon ja taloudellisen sisällön vastaamattomuustilanteet, sarjatoimet, intressinpuutetilanteet sekä epätavallinen hinnoittelu etuhyteystilanteissa.¹⁹²

5.3.2 Säännöksen soveltaminen alikapitalisointitilanteisiin

5.3.2.1 Oikeustila ennen VML 31 §:n muutosta

Suomen oikeudessa on vakiintuneesti katsottu, että yleistä veronkiertopykälää on mahdollista soveltaa sellaisiin tilanteisiin, joissa etuhyteysosapuolten välillä on sovittu epätavallisesta hinnoittelusta. Verotusmenettelylain 28 §:n voidaan siis nähdä sisältävän markkinaehtoperiaatteen, joskin veronkiertotarkoitus on säännöstä sovellettaessa ensisijaisessa asemassa suhteessa tarkastelun kohteena olevan järjestelyn markkinaehtoisuuden arviointiin.¹⁹³

Tulkintaerimielisyyttä on kuitenkin esiintynyt liittyen siihen, voidaanko siirtohinnoitteluoikaisusäännöstä ja yleistä veronkiertosäännöstä soveltaa rinnakkain. Esimerkiksi *Penttilän* mukaan säännöksiä ei tulisi soveltaa samanaikaisesti: Jos siirtohinnoitteluoikaisusäännös soveltuu käsillä olevaan tilanteeseen, yleistä veronkiertosäännöstä ei tarvita. Mikäli VML 31 § puolestaan

¹⁹⁰ Helminen 2022, s. 37.

¹⁹¹ Myrsky – Rabinä 2015, s. 349.

¹⁹² Juusela 2014, s. 57.

¹⁹³ Tikka 1972, s. 289 ss. ja Haapaniemi 2019, s. 7.

ei sovellu, siirtohinnoitteluoikaisuun voidaan ryhtyä VML 28 §:n perusteella, jos sen soveltamisedellytykset täyttyvät.¹⁹⁴ Oikeuskäytännössämme on kuitenkin katsottu, että siirtohinnoitteluoikaisua ja veronkiertosäännöstä voidaan myös soveltaa myös yhdessä.¹⁹⁵

Ennen VML 31 §:n muutosta oli selvää, ettei siirtohinnoitteluoikaisusäännöksellä voitu sivuuttaa yksityisoikeudellisesti velan muodossa tehtyä pääomansijoitusta, joten alikapitalisoitu pääomarakennetta ei voitu tämän säännöksen nojalla oikaista. Verotusmenettelylain 28 §:n sen sijaan on periaatteessa katsottu soveltuvan myös alikapitalisointitilanteisiin puuttumiseen, koska sen nojalla velka voidaan katsoa omaksi pääomaksi ja korko osingoksi, mikäli kyseessä olevassa tilanteessa käytettävä asianmukainen muoto olisi ollut oma pääoma ja järjestelyyn liittyy veronvälttämistarkoitus.¹⁹⁶ Oikeuskäytännössä alikapitalisointiin ei kuitenkaan tosiasiasa ole oikeastaan puututtu. Korkein hallinto-oikeus on esimerkiksi hyväksynyt suomalaisen tytäryhtiön vieraan ja oman pääoman suhteeksi 15:1 ratkaisussa KHO 1999:19 ja 80:1 ratkaisussa KHO 2005:1166 (julkaisematon).¹⁹⁷

Nähdäkseni alikapitalisointiin puuttumista VML 28 §:n nojalla saattaa hillitä veronkiertosäännöksen soveltamista rajoittava huomio siitä, että veronkiertosäännöksellä ei tulisi paikata lainsäätäjän nimenomaisesti tai hiljaisesti hyväksymiä verolainsäädännön aukkoja. Suomen oikeuteen ei sisälly erityistä alikapitalisointisäännöstä, mikä on lainsäätäjän tietoinen valinta. Meillä ei siis ole säädetty mitään hyväksyttävää tasoa oman ja vieraan pääoman suhteelle, eikä yritysten pääomarakenteisiin siten ole tarkoitettu lähtökohtaisesti puuttuttavan. Sen sijaan konserniyhtiöiden korkomaksujen vähennysoikeutta on päätetty rajoittaa yhtiön nettokorkomenojen määrään perustuvalla korkovähennysrajoitussääntelyllä¹⁹⁸. Lainsäätäjän valitsemaan malliin peilaten ei vaikuta hyväksyttävältä, että velkapainotteisia pääomarakenteita lähdetäisiin VML 28 §:n nojalla oikaisemaan kuin erittäin poikkeuksellisissa tilanteissa.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Penttilä 2015, s. 214, alaviite 12. Ks. myös Laaksonen 2013, s. 208. Vrt. Helminen 2014, s. 86 ja Haapaniemi 2019, s. 8.

¹⁹⁵ Ks. esim. KHO 1999 T 4219 ja KHO 1981 II 529.

¹⁹⁶ Helminen 1999, s. 329. Vrt. Mannio 1997, s. 178, jonka näkemyksen mukaan velan valitseminen rahoitusmuodoksi oman pääoman sijasta ei muodosta sellaista taloudellisen todellisuuden vastaista tointa, joka mahdollistaisi VML 28 §:n soveltamisen.

¹⁹⁷ Vanhemmasta oikeuskäytännöstä löytyy muutama tapaus, jossa korkoa ei ole kokonaan hyväksytty vähennyskelpoiseksi, ks. KHO 1962 II 696 ja 1968 II 564. Yksi syy puuttumatta jättämiselle on verosopimusten syrjintäkieltoartiklat, ks. Knuutinen 2012, s. 291.

¹⁹⁸ Korkorajoitussääntely sisältyy elinkeinotulon verottamisesta annetun lain (L 360/1968) 18 a ja b §:iin. Ks. korkovähennysrajoituksista tarkemmin esim. Rajamäki 2019, s. 42–53.

¹⁹⁹ Helminen (2014, s 88–89) on käyttänyt samankaltaista argumentaatiota perustellessaan sitä, miksi VML 31 § ei aiemmassa muodossa soveltunut alikapitalisointitilanteisiin.

Knuutinen on katsonut vastaavasti, että VML 28 § voisi soveltua lähtökohtaisesti vain alikapitalisoinnin ääritapauksiin. *Knuutinen* perustelee kantaansa sillä, että emoyhtiöllä on lähtökohtaisesti oikeus rahoittaa tytäryhtiötään haluamallaan tavalla ja kun lisäksi tytäryhtiön muodollisella pääomarakenteella ei taloudellisesta näkökulmasta ole merkitystä, eikä Suomen vero-oikeuteen sisälly mitään erityistä alikapitalisointinormia, veronkiertosäännöksen soveltumisen kannalta relevanttia väärää muotoa on hankala perustella.²⁰⁰ Nähdäkseni myös veronvälttämistarkoitusta järjestelyn pääasiallisena motiivina voi olla alikapitalisointitilanteissa hankala osoittaa, koska velkarahoituksen käytölle on yleensä helppo löytää myös verotuksesta riippumattomia liiketaloudellisia perusteita. Oikeuskäytäntö tukee käsitystä siitä, että alikapitalisointiin puuttumisen kynnyksellä VML 28 §:n nojalla on erittäin korkea.

5.3.2.2 Oikeustila VML 31 §:n muutoksen jälkeen

Luvussa 5.2.2 suoritetun analyysin perusteella on päädytty siihen, että VML 31 §:n muutoksen jälkeen alikapitalisointiin voidaan sen räikeimmissä muodoissa puuttua VML 31 §:n 3 momentin mukaisella liiketoimen sivuuttamisella. Oikeustilassa on tältä osin tapahtunut selvä muutos verrattuna aiempaan. Verotusmenettelylain muutos johti myös markkinaehtoperiaatteen uudelleenasetointiin suhteessa veronkiertoon²⁰¹. Mitä tämä sitten käytännössä tarkoittaa VML 28 §:n roolille alikapitalisoitujen pääomarakenteiden oikaisunormina?

VML 31 §:n muutosta koskevassa hallituksen esityksessä todetaan, ettei liiketoimen sivuuttaminen VML 31 §:n 3 momentin nojalla edellytä VML 28 §:n yleisen veronkiertosäännöksen samanaikaista soveltamista.²⁰² Koska siirtohinnoitteluoikaisu on erityissäännös, tulee sitä soveltaa ensisijaisesti suhteessa yleiseen veronkiertosäännökseen.²⁰³ Jos siis VML 31 §:n 3 momenttia voidaan soveltaa käsillä olevaan tilanteeseen, ei VML 28 §:ää ole tarpeen soveltaa. Käytännössä VML 28 §:n soveltamistilanteet rajoittuvat siten sellaisiin tapauksiin, joissa VML 31 §:n 3 momentin erityisedellytykset jäävät jostain syystä täyttymättä. Markkinaehtoisen hinnan puuttumisen vaatimus ei välttämättä täyty lievissä alikapitalisointitilanteissa²⁰⁴. Toisaalta myöskään VML 28 §:ssä edellytetty veronvälttämistarkoitus ja liiketoimen ”väärää” muotoa koskeva edellytys eivät oletettavasti tällaisissa tilanteissa täyty²⁰⁵. Veronkiertosäännökselle ei

²⁰⁰ Knuutinen 2012, s. 291.

²⁰¹ Helminen 2022, s. 35.

²⁰² HE 188/2021 vp, s. 44.

²⁰³ Helminen 2022, s. 45–46. Ks. myös Penttilä 2015, s. 124.

²⁰⁴ Ks. luku 5.2.2.2.

²⁰⁵ Ks. luku 5.3.2.1.

siis ainakaan tästä näkökulmasta vaikutan jäävän soveltamistilaa alikapitalisointitilanteissa VML 31 §:n muutoksen jälkeen.

Säännösten soveltamiskynnysten keskinäinen vertailu kokonaisuudessaan ei vielä käytännön tasolla ole mahdollista, koska verotusmenettelylain 31 §:n 3 momentista ei ole vielä saatavilla julkaistua oikeuskäytäntöä edes muihin kuin alikapitalisointitilanteisiin liittyen. Niin VML 31 §:n 3 momentin kuin myös VML 28 §:n sivuuttamistoimet on kuitenkin tarkoitettu poikkeukselliseksi menettelyiksi ja soveltamiskynnykset huomattavan korkeiksi. Oikeuskäytännön perusteella voidaan todeta, että tämä myös käytännössä pitää paikkansa VML 28 §:n kohdalla, kun alikapitalisointitilanteisiin ei juurikaan ole puututtu. VML 31 §:n 3 momentin todellinen soveltamiskynnys tullaan näkemään vasta tulevaisuudessa, mutta nähdäkseni on perusteltua olettaa sen asettuvan suurin piirtein samalle tasolle yleisen veronkiertosäännöksen soveltamiskynnyksen kanssa²⁰⁶. Näin ollen huomattavasti alikapitalisoitujen pääomarakenteiden oikaiseminen tehtäisiin jatkossa vain VML 31 §:n 3 momentin nojalla.

Yleinen veronkiertosäännös saattaa kuitenkin olla siirtohinnoitteluoikaisusäännöstä parempi keino puuttua alikapitalisointiin silloin, kun alikapitalisointi toteutetaan välipääomarahoituksella eli sellaisilla rahoitusvälineillä, joihin sisältyy sekä vieraan että oman pääoma piirteitä. VML 28 § nimittäin mahdollistaa alikapitalisoinnin ja velkainstrumentin oman pääoman piirteiden yhtäaikaisen tarkastelun²⁰⁷, joten kokonaistarkastelun perusteella saatettaisiin päätyä lopputulokseen, ettei velka oikeudellisena muotona vastaa asian varsinaista luonnetta. Markkinaehtoperiaatteen soveltaminen tällaiseen tilanteeseen voisi olla haastavampaa, koska hybridilainan ehdoilla voidaan saattaa velkarahoittajan asema ja tuotto-odotus vastaamaan alikapitalisoinnista johtuvaa korkeaa riskiä²⁰⁸, mikä vaikuttaa markkinaehtoiselta toimintatavalta myös riippumattomien osapuolten näkökulmasta. Tämän aiheen syvällisempi tarkastelu jää kuitenkin tutkielman laajuuden ulkopuolelle.

²⁰⁶ Knuutinen (2015, s. 124) arvioi, että vuoden 2010 OECD:n siirtohinnoitteluohjeiden uudelleenluonnehdintaan liittynyt poikkeuksellisuusvaatimus olisi käytännössä saattanut vastata suurin piirtein VML 28 §:n veronvälttämistarkoitusta sen suhteen, kuinka korkealle vaatimukset soveltamiskynnyksen asettavat.

²⁰⁷ Helminen 1999, s. 330. VML 31 §:n soveltamisessa käsillä olevan järjestelyn tosiseikkojen selvittäminen ja liiketoimen sivuuttaminen on pidetty selvästi erillään toisistaan, kun taas VML 28 §:n soveltamisessa nämä toimenpiteet limittyvät osana kokonaistarkastelua, ks. Haapaniemi 2019, s. 7.

²⁰⁸ Helminen 2014, s. 90.

6 Yhteenveto ja johtopäätökset

Alikapitalisointi ilmiönä kumpuaa oman ja vieraan pääoman tuoton eriarvoisesta verokohte-
lusta, koska koron edullisemmän verotuksen takia yrityksen pääomarakenteesta voi tulla vero-
suunnittelun väline. Taloustieteellisen tarkastelun perusteella huomataan, että konsernin sisäi-
sessä rahoituksessa rahoitusteorian malleihin nojaavat markkinoiden hinnoittelumekanismit ei-
vät pääse vaikuttamaan samalla tavalla kuin ulkoisessa rahoituksessa, eivätkä ne aseta saman-
laista rajoitetta vieraan pääoman määrän kasvattamiselle. Alikapitalisointiin on siten tarpeen
puuttua vero-oikeudellisin keinoin.

Alikapitalisoinnin – erityisesti äärimmäisessä muodossaan – voidaan nähdä sisältävän jännitettä
kahdessa eri merkityksessä: Yhtäältä siihen liittyy etuyhteysosapuolten käyttämän oikeudelli-
sen muodon ja riippumattomien osapuolten käyttämän oikeudellisen muodon välinen jännite.
Toisaalta alikapitalisointiin liittyy myös oikeudellisen muodon ja taloudellisen sisällön välinen
jännite. Alikapitalisointi voidaankin nähdä sekä siirtohinnoittelu- että veronkiertoproblematiik-
kana. Myös muut sääntelyvaihtoehdot ovat mahdollisia.

Siirtohinnoittelunäkökulmasta katsottuna alikapitalisoinnista on siis kyse silloin, kun vieraan
pääoman osuus konserniyhtiön pääomarakenteessa on suurempi kuin se olisi vastaavissa olo-
suhteissa toimivan, itsenäisen yhtiön pääomarakenteessa. Käytännössä siirtohinnoitteluana-
lyysi tehdään velkatransaktion pääoman markkinaehtoisuuden arviointina, eli kyse on eräänlai-
sesta esikysymyksestä suhteessa velan koron markkinaehtoisuuteen. Tällöin arvioidaan sitä,
olisiko riippumaton osapuoli vastaavissa olosuhteissa antanut velallisyhtiölle lainaa vastaavilla
ehdoilla, ja toisaalta sitä, olisiko velallisyhtiö vastaavissa olosuhteissa ottanut lainaa joltakin
riippumattomalta osapuolelta. Arvio tehdään siis niin velallisyhtiön velanottokyvyn kuin myös
sen velanottohalukkuuden kannalta.

Tutkielmassa huomataan, että lainan pääoman markkinaehtoisuuden arviointi ja siitä mahdol-
lisesti seuraava alikapitalisoidun pääomarakenteen oikaiseminen on välttämätön vaihe konser-
nini sisäisen rahoitustransaktion markkinaehtoisuuden arvioinnissa. Tämä johtuu pääomara-
kenteen ja koron markkinaehtoisuuden välisestä paradoksaalisesta yhteydestä: mitä velkapai-
notteisempi on yhtiön pääomarakenne, sitä korkeampaa korkoa riippumaton rahoittaja vaatisi
velalle johtuen velallisyhtiön alhaisen omavaraisuusasteen mukanaan tuomasta riskistä. Ilman
pääomarakenteen markkinaehtoisuuden arviointia koron vähennyskelpoisuutta voitaisiin hyö-
dyntää konsernin veroasteen minimoimiseen entistäkin aggressiivisemmin.

Kansallisessa verolainsäädännössämme alikapitalisointiin voitiin ennen VML 31 §:n muutosta puuttua ainoastaan yleisen veronkiertopykälän eli VML 28 §:n nojalla. Säännöksen soveltaminen edellytti, että alikapitalisointiin liittyi veronvälttämistarkoitus. VML 31 §:n muutos toi kuitenkin mukanaan mahdollisuuden alikapitalisoidun pääomarakenteen oikaisemiseen siirtohinnoittelukontekstissa. Uudistuneeseen pykälään sisältyy kaksi uutta konseptia, VML 31 §:n 2 momentin liiketoimen määrittäminen sen tosiasiallisen sisällön mukaisesti sekä 3 momentin liiketoimen sivuuttaminen ja mahdollinen korvaaminen.

Määrittämisen ja sivuuttamisen välinen rajanveto ei kuitenkaan ole ollut täysin selvä. Näkemykseni mukaan liiketoimen määrittämisessä on kyse liiketoimen väitetyn oikeudellisen muodon ja sen oikeudellisen sisällön välisestä jännitteestä. Väitetty oikeudellinen muoto voi perustua esimerkiksi sopimuksen otsikointiin tai sopimusehtoihin, mutta jos ne ovat ristiriidassa liiketoimen osapuolten tosiasiallisen toiminnan, riskienjaon tai muiden vastaavien seikkojen kanssa, liiketoimelle määritetään näihin seikkoihin perustuvan oikeudellisen sisällön mukainen oikeudellinen muoto. Osapuolten valitsemasta yksityisoikeudellisesta muodosta ei tällöin todellisuudessa poiketa, koska kokonaisarviointin perusteella on selvitetty, että osapuolten valitsema yksityisoikeudellinen muoto on juuri se, mihin analyysissä on päädytty.

Liiketoimen sivuuttamisessa puolestaan on kyse liiketoimen oikeudellisen muodon ja markkinaehtoisen oikeudellisen muodon välisestä jännitteestä. Sivuttaminen siis tarkoittaa tosiasiallista poikkeamista liiketoimelle VML 31 §:n 2 momentin nojalla määritetystä oikeudellisesta muodosta, joka korvataan sellaisella yksityisoikeudellisella muodolla, jota riippumattomat osapuolet olisivat vastaavissa olosuhteissa käyttäneet. Liiketoimen sivuuttaminen edellyttää aina markkinaehtoperiaatteen soveltamista.

Siirtohinnoitteluohjeiden kannanottojen kattavalla analysoinnilla ja näitä kannanottoja peilalla verotusmenettelylain 31 §:n tulkinnalla tutkielmassa päädytään siihen lopputulokseen, että VML 31 §:n 3 momentin mukainen liiketoimen sivuuttaminen vaikuttaisi soveltuvimmalta keinolta oikaista alikapitalisoitua pääomarakennetta. Pelkällä VML 31 §:n 2 momentin mukaisella liiketoimen määrittämisellä sen tosiasiallisen sisällön mukaisesti ei pystytä erkaantumaan liiketoimen yksityisoikeudellisesta muodosta siten, että alikapitalisointiin voitaisiin sen perusteella puuttua niissä tilanteissa, joissa velkasijoitus ominaisuuksiltaan ja ehdoiltaan vastaa puhtaasti velkaa.

VML 31 §:n 3 momentin mukaisen liiketoimen sivuuttamisen soveltamiskynnys on kuitenkin asetettu korkeaksi. Säännöksen erityisedellytysten voidaankin näkemystäni mukaan katsoa täyttyvän vain räikeämmissä alikapitalisointitapauksissa. Lievästi velkapainotteinen pääomarakenne ei vielä itsessään tee liiketoimesta taloudellisesti järjetöntä, ja markkinaehtoinen hintakin voidaan nähdäkseni määrittää siihen saakka, kunnes velallisyhtiö ylittää velanottokykynsä. Tällaisessa tilanteessa olisi tuskin kyse säännöksessä tarkoitetuista poikkeuksellisista olosuhteistakaan.

Verotusmenettelylain muutos johti myös markkinaehtoperiaatteen uudelleenasetointiin suhteessa veronkiertosäännökseen, joka aiemmin oli ainoa Suomen lainsäädännön mahdollistama keino puuttua alikapitalisointiin. Verotusmenettelylain 31 § on erityissäännöksenä ensisijainen suhteessa VML 28 §:ään, joten silloin kun 31 §:n 3 momentti soveltuu alikapitalisoidun pääomarakenteen oikaisuun, 28 §:ää ei tarvitse soveltaa. Kun edellä esitetyn mukaisesti yksinkertaisiin alikapitalisointitapauksiin voitaisiin puuttua VML 31 §:n 3 momentin sivuuttamisen nojalla, veronkiertosäännöksen varaan jäisivät käytännössä vain lievemmät alikapitalisointitilanteet. Veronkiertosäännös ei kuitenkaan vaikuta soveltuvan lievästi alikapitalisoitujen pääomarakenteiden oikaisuun, koska liiketoimen väärää muotoa on tällaisessa tilanteessa vaikea osoittaa. Myös veronkiertotarkoituksen näyttäminen toteen lienee tällöin hankalaa. Näin ollen VML 28 §:n tosiasiallinen merkitys alikapitalisoinnin oikaisusäännöksenä saattaa jäädä vähäiseksi. Veronkiertosäännöksellä voi kuitenkin olla enemmän merkitystä silloin, kun alikapitalisointiin liittyy välipääomarahoitusta.

Alikapitalisointiin puuttumisen kynnys VML 28 §:n nojalla on ollut korkea, eikä alikapitalisointiin ole oikeuskäytännössä juurikaan puututtu. Myös VML 31 §:n 3 momentin soveltamiskynnys on tarkoitettu korkeaksi. Molempien säännösten sivuuttamistoimet on siis tarkoitettu poikkeuksellisiksi menettelyiksi, joita tulee soveltaa vain harvoin. Nähdäkseni on perusteltua olettaa VML 31 §:n 3 momentin soveltamiskynnyksen asettuvan suurin piirtein samalle tasolle yleisen veronkiertosäännöksen soveltamiskynnyksen kanssa. Alikapitalisointiin puuttumisen kynnys ei siis välttämättä ole muuttunut, vaikka tilanteisiin sovellettava normi on²⁰⁹. Näin ollen

²⁰⁹ Sovellettavan säännöksen muutos vaikuttaa kuitenkin käytännössä siihen, mitä oikeusseuraamuksia velan sivuuttamisella ja mahdollisella korvaamisella voi olla. Vaikka tätä kysymystä ei tutkielmassa käsitellä, voidaan lyhyesti todeta, että VML 31 §:n 3 momentin soveltaminen saattaa olla verovelvollisen kannalta edullisempi vaihtoehto kuin VML 28 §:n soveltaminen johtuen erityisesti siirtohinnoittelun varsin tehokkaista menetelmistä liittyen vastaoikaisuun ja kaksinkertaisen verotuksen poistamiseen. Ks. tästä tarkemmin Helminen 2022, s. 46–48.

huomattavasti alikapitalisoitujen pääomarakenteiden oikaiseminen tehtäisiin verovuodesta 2022 eteenpäin vain VML 31 §:n 3 momentin nojalla, eikä lievempiin tapauksiin jatkossakaan puututtaisi. Alikapitalisointiin tai yleisemmin VML 31 §:n 3 momentin mukaiseen liiketoimen sivuuttamiseen liittyviä tulkintakysymyksiä ei kuitenkaan ole lakimuutoksen jälkeen saatu KHO:n ratkaistavaksi, joten säännöksen tosiasiallinen soveltamiskynnys jää vielä nähtäväksi.