

HELSINKI LAW REVIEW

**Tunnustuksen ajoitukselle
annettava merkitys**

— *Elli Myllymäki*

**ICO rahoituskeinona –
Oikeudellinen asema sijoitus-
ja hyödykemuotoisen joukko-
rahoituksen rajapinnassa**

— *Niko Kauppi*

**Selective Fiscal Measures and the
Defenition of the Relevant Reference
Framework in the Light of Cases
C-106/09 P, Commission v Gibraltar
and C-203/16 P, Heitkamp BauHolding
v Commission**

— *Hanna-Mari Immonen*

**Osakkeiden lopullinen arvон-
menetys tuloverotuksessa**

— *Ville Rautapää*

**Elements of Style –
Juristina Twitterissä**

— *Tapio Määttä*

Helsinki Law Review 2/2019

BOARD OF EDITORS

EDITORS-IN-CHIEF

Heidi Storberg

Ville Linna

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Tuomas Tiihonen

EDITORS

Riikka Ekstam

Robert Gordin

Erika Heijari

Floora Kukorelli

Iris Lampela

Enni Lehto

Samvel Margarjan

Kalle Markkanen

Merilii Mykkänen

Juho Nurmi

Helinä Pohto

Laura Rantanen

Matias Stubbe

Helinä Teittinen

ACADEMIC COUNCIL

Adjunct Professor, Senior Lecturer Ari Hirvonen LL.D.

Professor Jukka Kekkonen LL.D., trained on the bench

Professor Päivi Korpisaari LL.D., trained on the bench

Professor Pia Letto-Vanamo LL.D., trained on the bench, Dean of the Faculty of Law

Professor Olli Norros LL.D.

Professor Ville Pönkä LL.D., trained on the bench

AUTHORS

PEER-REVIEWED ARTICLES

Elli Myllymäki
Niko Kauppi
Hanna-Mari Immonen
Ville Rautapää

DISCUSSION

Tapio Määttä

Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

Helsinki Law Review 2019, 13th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

CONTACT INFORMATION

Board of Editors: *hlr-toimitus@pykala.fi*
Editors-in-Chief: *heidi.storberg@helsinki.fi*
ville.linna@helsinki.fi
Deputy Editor-in-Chief: *tuomas.tiihonen@helsinki.fi*

Submissions:

Manuscripts may be submitted via our online submission service at
<https://journal.fi/helsinkilawreview/about/submissions>

Contributions are selected for editing shortly after the publication of the previous issue. Helsinki Law Review publishes research articles, case commentaries, discussion, and book reviews in English, Swedish, and Finnish. Manuscripts should not exceed 25 size A4 sheets in length. References should be done as Harvard-style footnotes with the full citation appearing on first mention, omitting a separate bibliography. If the author has used a different referencing style, amending it can be done after a positive publishing decision.

Manuscripts selected for publication will be edited in active cooperation with the author(s) by an editorial team composed of members of the Board of Editors. All research articles will be evaluated by two referees in a double-blind review process. Other content will be reviewed by a single referee in a double-blind process.

Authors wishing to submit a manuscript based on their Master's thesis are requested to draft the manuscript to comply with the length constraint above before submitting the manuscript for consideration. A copy of the original thesis may be uploaded in the submission process as supporting material, but not submitted alone as a manuscript.

For further information, please contact the Board of Editors at *hlr-toimitus@pykala.fi*.

Subscription and Distribution:

Free copies of the journal are distributed to various libraries, law faculties, and student organisations. To obtain a free personal copy, please visit the Pykälä office (open Tuesday till Thursday 12 p.m. — 5 p.m.) or contact the Deputy Editor-in-Chief.

If you are interested in subscribing the journal, please contact the Editors-in-Chief or the Deputy Editor-in-Chief.

Publisher: Pykälä ry, the law students association of the University of Helsinki (est. 1935).

Address: Mannerheimintie 3B, 00100 Helsinki, Finland.

Graphic design: Tuomas Tofferi

Layout: Janne Kuisma

ISSN 1797-6251 (Print)

ISSN 2489-687X (Online)

Miltä näyttäisi twiittiketju, jossa on analysoitu James Bond- elokuvaa kohta kohdalta Suomen rikosoikeuden näkökulmasta?¹ Ei tarvitse kuvitella, sillä tällainen löytyy Twitteristä oikeusministeriön ylijohtajan Ville Hinkkasen tililtä. Esimerkki osoittaa oivasti, kuinka juristi voi kansantajuistaa ja kiteyttää toisinaan vaikeastikin hahmotettavaa oikeudellista tietoa. Hinkkanen on onnistunut tekemään tämän tavalla, joka on herättänyt huomiota myös ammattialan ulkopuolella. Sen lisäksi, että tämänkaltaisen kirjoittaminen saattaa kirjoittaa lukijalle makeat naurut aamubussissa ja tarjota juristille mahdollisuuden päästää luovuutensa valloilleen, oikeustieteilijöiden keskustelu sosiaalisessa mediassa palvelee myös suurempia päämääriä.

Tämänkertaisen numeromme *Elements of Style* –palstan kirjoituksessa Itä-Suomen yliopiston professori ja aktiivinen twiittaja Tapio Määttä nostaa esille, miten loistavasti Twitter soveltuu omien viestintätaitojen hiomiseen. Viestintätaitojen kehittymisen ja vuorovaikutteisemmän keskustelun voi katsoa edistävän oikeusvaltion toteutumista. Tämän perustuslain turvaaman periaatteen yhtenä tausta-ajatuksena on nimittäin torjua mielivaltaista ja arvaamatonta lainkäyttöä ja hallintoa. Tämä ei kuitenkaan toteudu parhaalla mahdollisella tavalla, mikäli muut kuin oikeustieteellisen koulutuksen saaneet eivät saa selkoa oikeuksiensa sisällöstä ja oikeusjärjestelmämme toimintalogiikasta. Kun ottaa huomioon, kuinka vahvasti kansalaiset pohjaavat käsityksensä maamme oikeustilasta ja oikeusjärjestelmän toiminnasta uutisiin ja sosiaaliseen mediaan, korostuu oikeustieteilijöiden rooli sosiaalisessa mediassa entisestään. Kansalaisten oikeuskäsitysten muodostumista ei voi jättää ainoastaan iltapäivälehtien klikkiotsikoiden ja yömyöhäisten palstakeskustelujen varaan.

Juristien Twitter-viestinnässä voi nähdä joitain yhtymäkohtia mediatuomarointiin. Omalla kirjoittamisellaan oikeudenalan asiantuntija voi avata lain koukeroisimpia kohtia, korjata julkisessa keskustelussa ilmenneitä virheellisiä käsityksiä, vastata maallikoiden mieltä askarruttaviin kysymyksiin sekä valottaa oikeudenkäytön taustoja. Koska valtaosa ammattitoimittajista seuraa aktiivisesti kotimaista Twitter-keskustelua, pystyvät juristit halutessaan kommentoimaan toimittajien kirjoituksia lähes reaaliajassa. Näistä näkökohdista katsottuna juristien viestintä sosiaalisessa mediassa ja mediatuomarointi palvelevat samaa tarkoitusta. Tosin muunlaisen juristin kuin mediatuomarin kommentoimisen vapaus on sikäli suurempi, että hän voi lisäksi esittää perusteltuja ja konkreettisia lainsäädännön kehittämisehdotuksia sekä

1 Oikeusministeriön ylijohtaja Ville Hinkkanen lupasi live-twiitata Bond-elokuvan (@VilleHinkkanen, Twitter 13.7.2019)

ottaa kantaa yksittäisten tuomioiden oikeellisuuteen. Twitteriin kirjoittaminen on siis yksi keino vahtia julkisuudessa leviävän tiedon luotettavuutta ja vähentää vääriä tulkintoja. Nämä taas tukevat oikeusvaltioperiaatteen toteutumista.

Twitter-kirjoittamisen ongelmaksi jää kuitenkin rajallinen käyttäjäkunta. Useimmat tämän viestintäkanavan kirjoittajista ja seuraajista ovat nimittäin poliittisesti aktiivisia tai syventyneitä tiettyyn, yleensä omaan osaamiseen liittyvään aihealueeseen. Oikeusvaltion toteutuminen koskettaa kuitenkin muitakin kuin vain yhteiskunnallisesti valvutuneita. Juristien olisi siis arvokasta aktivoitua muissakin sosiaalisen median kanavissa kuin vain Twitterissä.

Heidi Storberg

Päätoimittaja

FROM THE EDITORS

What would a lawyer's tweet chain about a James Bond film analysed from the point of view of Finnish criminal law look like?² In fact there is no need to imagine it, as one can be found on Ville Hinkkanen's Twitter account. The example aptly illustrates, how a lawyer can popularise and encapsulate occasionally difficult-to-grasp legal information. Furthermore, Hinkkanen has managed to do this in a way that has attracted attention outside the profession. Not only can this type of writing give the reader a great laugh on the morning bus and offer the lawyer an excellent opportunity to unleash their creativity, but also serve greater purposes.

In his *Elements of Style* article in this issue, Tapio Määttä, a professor of environmental law at the University of Eastern Finland and an active tweeter, highlights how brilliantly Twitter suits the sharpening one's communication skills. The development of communication skills and more interactive discussion can also be seen as contributions that strengthen the rule of law in our society. One of the underlying concepts of this constitutional principle is to oppose arbitrary jurisdiction and unpredictable administration. However, this will not be achieved in the best

2 Director general of Ministry of Justice Ville Hinkkanen promised to live tweet a Bond film (@VilleHinkkanen, Twitter 13.7.2019)

possible way if non-lawyers do not comprehend the content of their rights and the logic of our legal system. Given how strongly citizens base their perceptions of the justice system and its functions on the news and social media, the role of legal scholars in social media can be seen as more crucial than ever. The formation of citizens' legal understanding cannot be left solely on the hands of the click-bait tabloid media and late-night message board discussions.


One can point out the connections between jurists' Twitter communications and media judging. In their writing, a legal expert can open up the trickiest parts of the law, correct misconceptions in public discourse, answer questions that boggle the minds of lay people, and shed light on the background of administration of justice. In addition, as most professional journalists are nowadays active on platforms like Twitter, lawyers are able to comment on their writings nearly at real time. From these points of views, lawyers' Twitter writing and media judging serve similar purposes. However, other lawyers than media judges are freer to comment on. They may, for example, come up with well grounded legal opinions and suggestions concerning legal policy and comment on the legal reasoning of individual judgments. Therefore, writing on Twitter is one way to keep an eye on the reliability of information that is spreading among the public and to reduce misinterpretations. These again support the rule of law.


However, the limited user base of Twitter still remains a problem. Most of the writers and followers of this social media platform are politically active or deeply focused on a particular topic, usually connected with their areas of competence. The rule of law affects more than just the socially minded. Thus, it would be valuable for lawyers to become active on other social media platforms apart from Twitter alone.


Heidi Storberg


Editor-in-Chief

SISÄLLYSLUETTELO

8 Tunnustuksen ajoitukselle annettava merkitys
Offender's Confession During Criminal Procedure and the
Relevance of Timing
Elli Myllymäki 

32 ICO rahoituskeinona – Oikeudellinen asema sijoitus- ja
hyödykemuotoisen joukkorahoituksen rajapinnassa
ICO as a Financing Method – Legal Status at the Interface of
Investment-Based and Rewards-Based Crowdfunding
Niko Kauppi 

64 Selective Fiscal Measures and the Defenition of the Relevant
Reference Framework in the Light of Cases C-106/09 P, Commission
v Gibraltar and C-203/16 P, Heitkamp BauHolding v Commission
Hanna-Mari Immonen 

76 Osakkeiden lopullinen arvonmenetys tuloverotuksessa
Final Loss of Value of Shares in Income Taxation
Ville Rautapää 

94 Elements of Style – Juristina Twitterissä
Tapio Määttä

TUNNUSTUKSEN AJOITUKSELLE ANNETTAVA MERKITYS

OFFENDER'S CONFESSION DURING CRIMINAL PROCEDURE AND THE RELEVANCE OF TIMING

Elli Myllymäki¹

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol13iss2pp8-31>

Helsinki Law Review, 2/2019, pp. 8-31

© 2019 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



Avainsanat:

rikosoikeus, rangaistuksen määrääminen, rangaistuksen mittaaminen, rangaistuksen lieventämisperusteet, pyrkimys edistää rikoksensa selvittämistä, tunnustus

Keywords:

criminal law, sentencing, determining the sentence, grounds for reducing the punishment, attempt to further the clearing up of the offence, confession

ABSTRACT

Chapter 6, Section 6 (3) of the Criminal Code establishes as one possible grounds for the reduction of the punishment the offender's *attempt to further the clearing up of the offence*. This study analyses the relevance of the timing of such behaviour, focusing especially on whether there is a time limit for when a confession must be made for it to have an effect on the punishment. To this end, the reasoning behind the provision for reducing the sentence in Chapter 6, Section 6 (3) of the Criminal Code is also important. The study introduces a new kind of categorisation of the relevance of the timing of the confession based on how the reasoning behind the provision has been assessed by the Supreme Court. The categorisation is founded on what information the authorities have about the offence or the offender at the time of confession. The situations are divided into two main categories: A) the offence or the offender's connection to the crime is not known by the authorities at all; and B) the offence and the offender's connection to the offence are mostly known by the authorities. These categories are then divided further into subcategories. Determining the significance of timing is also important for the practical application of criminal justice.

¹ Elli Myllymäki (LL.B.) is an LL.M. student at the University of Helsinki. This article is based on the author's Bachelor's Thesis.

I. JOHDANTO

Tunnustus määritellään vakiintuneesti asianosaisen selitykseksi siitä, että vastapuolen väite jostain selityksen antajalle epäedullisesta seikasta on tosi.² Tunnustus on jo vuodesta 1976 lähtien systematisoitu rikoslain (19.12.1889/39) rangaistuksen mittaamista koskevan 6 luvun lieventämisperusteena pyrkimykseksi edistää rikoksensa selvittämistä. Jo vuoden 1975 hallituksen esityksen (HE 125 II 1975) mukaan ” -- tuomioistuimen on kiinnitettävä huomiota siihen, missä vaiheessa tekijä osoittaa halunsa yhteistyöhön”.³ Lainsäätäjä ei ole ottanut tämän enempää kantaa tunnustuksen ajankohdan merkitykseen. Artikkelissa analysoidaan, voidaanko tunnustuksen ajoitukselle asettaa ajallista takarajaa, eli toisin sanoen, milloin tunnustus on viimeistään annettava, jotta sillä olisi rangaistusta lieventävä vaikutus. Jotta tähän tutkimuskysymykseen voidaan vastata, on ensin analysoitava, millaiset taustasyynä ovat vaikuttaneet rikoslain 6 luvun 6 §:n 3 kohdan (13.6.2003/515) säätämiseen lieventämisperusteeksi ja millaisten oikeustositseikkojen yhteydessä lieventämisperustetta on sovellettu. Artikkelin tarkoituksena on systematisoida tunnustuksen ajoituksen merkitystä sen pohjalta, miten lieventämisperusteen taustasyynä on korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä arvioitu. Samalla esitellään uudenlainen kategorisointi, joka perustuu viranomaisten hallussa oleviin tietoihin sen sijaan, että merkitystä annettaisiin rikosprosessin varsinaiselle vaiheelle.

Artikkeli käsittelee vain tunnustuksen oikeaa ajoitusta. Tunnustukseen liittyy kuitenkin paljon muutakin aina syyteneuvottelumenettelyn ongelmakohdista tunnustukseen näyttökysymyksenä. Tässä artikkelissa syyteneuvottelumenettelyä käsitellään vain tutkimuskysymyksen kannalta olennaisin osin. Näyttökysymykset ja todistelun luotettavuuteen liittyvät kysymykset on rajattu kokonaan ulkopuolelle, samoin kysymys tunnustuksen arvosta todisteena sekä itsekriminointisuojan ja tunnustuksen välinen ristiriitakysymys.

Artikkelin toinen luku käsittelee RL 6 luvun 6 §:n 3 kohdan mukaisen lieventämisperusteen sijoittumista rangaistuksen määräämistä koskevaan teoriaan. Kolmannessa luvussa jäsenetään lieventämisperusteen sijoittumista rikoslainsäädännössä ja koko oikeusjärjestelmässä etenkin syyteneuvottelumenettelyn säätämisen jälkeen. Neljäs luku keskittyy lieventämisperusteen soveltamisen ydinongelmaan eli tunnustuksen ajoitukselle annettavaan merkitykseen. Artikkelissa pyritään johdonmukaistamaan tunnustuksen soveltamista lieventämisperusteena, sillä vaikka syyteneuvottelumenettelyä säädettäessä lain esitöissä ei kommentoitu uuden tunnustamista koskevan lieventämisperusteen suhdetta edelleen voimassa olevaan RL 6:6:n 3 kohtaan, lainsäädäntömuutos on vaikuttanut sen soveltamiskäytäntöön.

² Ks. esimerkiksi hallituksen esitys eduskunnalle syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi (HE 58/2013 vp), s. 5.

³ Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslain 6 luvun ja siihen liittyvien säännösten muuttamisesta (HE 125 II 1975 vp), s. 15.

Lähteinä artikkelissa on käytetty myös vanhempia oikeustieteellisiä teoksia ja lainvalmisteluasiakirjoja, sillä vaikka lain sanamuoto onkin ajan kuluessa hieman muuttunut, ajatus RL 6:6:n 3 kohdan takana on pysynyt lähestulkoon samana. Uudemmissa lähteissä viitataan useimmiten yleisten oppien uudistuksen kannanottoihin tai edelleen vuoden 1975 uudistustyöhön. Tunnustuksen merkityksestä lieventämisperusteena ei itsessään ole kirjoitettu kovinkaan laajasti toisin kuin syyteneuvottelumenettelystä, jota on pohdittu runsaasti sekä lainsäätäjän taholla että oikeudellisissa kirjoituksissa⁴ etenkin vuosina 2010–2015. Osa näistä kirjoituksista käsittelee myös tunnustuksen rikosoikeudellista asemaa ennen syyteneuvottelumenettelyä koskevaa lainsäädäntöä, mutta lähes yhtä harvasanaisesti kuin sitä koskeva hallituksen esitys.

Tunnustuksen asema lieventämisperusteena näyttää muotoutuneen lähinnä oikeuskäytännössä. Näin ollen artikkelin tärkeintä lähdeaineistoa ovat korkeimman oikeuden oikeuskäytännössään antamat kannanotot ja tulkinnat sekä asiantuntijoiden näihin ratkaisuihin laatimat oikeustapauskommentit. Korkeimman oikeuden ratkaisut on valittu siten, että niissä arvioidaan tai jossain määrin sivutaan RL 6:6:n 3 kohdan rangaistuksen lieventämisperusteen soveltamista.

Artikkeli on lainopillinen eli oikeusdogmaattinen tutkimus, jonka tutkimuskohteena on voimassa oleva oikeus ja tehtävänä voimassaolevien oikeusnormien sisällön analysointi. Artikkelin on sekä teoreettisen että käytännöllisen lainopillinen selvittäessään oikeussääntöjen sisältöä ja samalla myös systematisoidessaan niitä.⁵ Voimassaolevien oikeusnormien sisällön analysoimisen lisäksi tavoitteena on lainopillisen ongelman uudelleenmuotoilu sekä uudenlaisten systemaattisten yhteyksien osoittaminen.⁶ Tutkimustyyppi painottuu nimenomaan kohteeseensa teoreettisemmin suuntautuvaan systematisointiin ja arviointiin.⁷

4 Ks. esim. Linna, Tuula. Rikosvastuun huojennus – suomalainen plea bargaining hakee muotoaan. Teoksessa Hyttinen, Tatu (toim.): Rikoksesta rangaistukseen. Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisu N:o 25. Porvoo, WS Bookwell Oy 2012 (Linna 2012); Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti. Syyteneuvottelun ongelmia. Defensor legis N:o 2/2015, s. 230–247 (Tapani – Tolvanen 2015); ja Arviomuistio syytteenä sopimisesta (plea bargain). Lausuntotivistelmä. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja (OMML 47/2010).

5 Aarnio, Aulis. Oikeussääntöjen systematisointi ja tulkinta. Teoksessa Häyhä, Juha (toim.): Minun metodini. Porvoo, Werner Söderström Lakitieto Oy 1997 (Aarnio 1997), s. 36.

6 Tolvanen, Matti. Rikosoikeus ja rikollisuuden tutkimus. Teoksessa Miettinen, Tarmo (toim.): Oikeustieteellinen opinnäyte – artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta. Helsinki, Edita 2016 (Tolvanen 2016), s. 275.

7 Tolvanen 2016, s. 276.

2. RANGAISTUKSEN MÄÄRÄÄMINEN – ERITYISESTI RANGAISTUKSEN MITTAAMISESTA

Rangaistuksen määrääminen on yläkäsite, joka Lappi-Seppälän mukaan sisältää osaratkaisuna asteikon vahvistamisen, lajinvalinnan, rangaistuksen mittaamisen⁸, rangaistuksesta tehtävät vähennykset sekä muut rangaistuksia koskevat lausumat.⁹ Rangaistuksen määräämisen keskeisistä säännöistä ja periaatteista säännellään rikoslain 6 luvussa (13.6.2003/515, Rangaistuksen määräämisestä).¹⁰ Artikkelin kannalta rangaistuksen määräämisen olennaisin osaratkaisu on rangaistuksen mittaaminen, johon vaikuttavat sekä mittaamisperiaatteet että mittaamisperusteet. Mittaamisperiaatteista rangaistuksen mittaamista ohjaavat ensisijaisesti oikeudenmukaisuusperiaatteet. RL 6 luvun 4 §:n mukaan rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttamiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen. Tätä pääsääntöä ja oikeudenmukaisuusperiaatteen ensimmäistä alaperiaatetta kutsutaan suhteellisuusperiaatteeksi. Toinen oikeudenmukaisuusperiaatteen alaperiaate, yhdenvertaisuusperiaate, ilmaistaan RL 6 luvun 3 §:ssä, jonka 1 momentin mukaan rangaistusta määrättäessä on otettava huomioon kaikki lain mukaan rangaistuksen määrään ja lajiin vaikuttavat seikat sekä rangaistuskäytännön yhtenäisyys.¹¹ Yhdenvertaisuusperiaate edellyttää yhtäältä samanlaisten tapausten samanlaista kohtelua ja toisaalta erilaisten tapausten erilaista kohtelua. Näin kyetään

8 Rangaistuksen mittaaminen on usein tuottanut käsitteellisiä tulkintaongelmia, sillä se voidaan ymmärtää laajassa tai suppeassa merkityksessä. Suppeassa merkityksessä termi viittaa rangaistuksen määräämiseen vahvistettavan asteikon ja rangaistuslajin sisällä, kun taas laajemmassa merkityksessä se kattaa myös asteikon vahvistamista koskevan päätöksen. Kaikista laajimmillaan rangaistuksen mittaaminen sisältää sekä määrää että laatua koskevan ratkaisun. Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi (HE 44/2002 vp), s. 12.

9 Lajittelutavat ovat kuitenkin lähinnä pedagogisia ja systematisoivia, ja osatekijät nivoutuvat usein yhteen vaikuttaen päällekkäin. Jaottelutapoja on yhtä monta kuin jaottelijoitakin. Frände esimerkiksi jakaa rangaistuksen määräämisen karkeammin rangaistuslajin valintaan ja rangaistuksen mittaamiseen ja Matikkala 1) soveltuvan rangaistusasteikon määrittämiseen, 2) rangaistuslajin valintaan, 3) rangaistuksen mittaamiseen ja 4) rangaistuksesta tehtäviin vähennyksiin. Ks. Frände, Dan. Yleinen rikosoikeus. Toinen, uudistettu painos. Porvoo, Edita 2012 (Frände 2012), s. 382 ja Matikkala, Jussi. Rikosoikeudellinen seuraamusjärjestelmä. Helsinki, Edita 2010 (Matikkala 2010), s. 112.

10 Rangaistuksen määräämiseen liittyvien normien ja periaatteiden tehtävänä on rikosoikeudellisen vastuun suuruuden määrittäminen. Ks. HE 44/2002 vp, s. 10.

11 Yhdenvertaisuusperiaate ilmaistaan myös perustuslain (731/1999) 6 §:ssä, jonka 1 momentin mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä.

takaamaan rangaistuskäytännön yhtenäisyys.¹² Yhdenvertaisuusperiaate on oikeudellisesti sitova mittaamisperuste.¹³

Rangaistuksen mittaamista – ja siten myös määräämistä – ohjaavat siis ensisijaisesti edellä mainitut oikeudenmukaisuusperiaatteet. Näille periaatteille alisteisina, toissijaisina periaatteina rangaistuksen mittaamista ohjaavat myös kohtuusperiaate sekä artikkelin kannalta olennaiset tarkoituksenmukaisuusperiaatteet. Viimeksi mainitut liittyvät rangaistuksen ja rangaistusjärjestelmän sosiaalisiin tehtäviin: rangaistuksen yleis- ja erityisestävän vaikutuksen ylläpitoon ja vahvistamiseen.¹⁴

Edellä kuvattujen periaatteiden lisäksi rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavat mittaamisperusteet, kuten esimerkiksi koventamis- ja lieventämisperusteet. Lappi-Seppälä on systematisoinut nämä mittaamisperiaatteita täsmentävät ja konkretisoivat mittaamisperusteet jakamalla ne 1) tekoon liittyviin, 2) tekijään liittyviin ja 3) teon ulkopuolisiin perusteisiin.¹⁵ Teon ulkopuoliset mittaamisperusteet liittyvät kiinteästi tuomitun rangaistuksen vaikutukseen ja tehoon. Lappi-Seppälän mukaan teonjälkeinen käyttäytyminen kuuluu viimeksi mainittuun ryhmään ja sisältää yhtenä osanaan pyrkimyksen edistää rikoksensa selvittämistä.¹⁶ Rangaistuksen määräämisharkinnassa teonjälkeinen käyttäytyminen, kuten pyrkimys edistää rikoksensa selvittämistä, otetaan huomioon nimenomaan yleisenä, rangaistuslajeista riippumattomana kohtuus- ja tarkoituksenmukaisuusperusteena, joka perustelee päätymisen suhteellisuusperiaatteen edellyttämää rangaistusta lievempään lopputulokseen.¹⁷

3. TUNNUSTUS RIKOSLAISSA

3.1 Lieventämisperusteiden taustasyöt ja tunnustuksen ajoitus

Tarkoituksenmukaisuus rikosoikeudellisen päätöksentekojärjestelmän yhteydessä tarkoittaa, että järjestelmän on pystyttävä tuottamaan sellaisia päätöksiä, jotka toteuttavat rikosoikeudellisen järjestelmän yhteiskunnallisia arvoja ylläpitävää ja ristiriitoja ratkaisevaa

kokonaispäämäärää.¹⁸ Tarkoituksenmukaisten päätösten tekeminen tarkoittaa siis myös kriminaalipoliittisten tavoitteiden edistämistä. Käytännöllisillä syillä taas tarkoitetaan esimerkiksi pyrkimystä rohkaista tekijää toimiin, jotka helpottavat uhrin asemaa.¹⁹ Käytännöllisiin syihin on korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä katsottu lukeutuvan muun muassa uhrin korvausintressi, prosessiekonomiset säästöt sekä rikoksen selvittämisestä saatavat muut edut.²⁰

Teonjälkeisen käyttäytymisen rangaistusta lieventävän vaikutuksen taustasyiden on yleisten oppien uudistuksen yhteydessä todettu olleen ennen muuta käytännölliset.²¹ Linna on luonnehtinut rangaistuksen lievennystä hyvitykseksi siitä säästöstä, joka valtion esitutkinta-, syyte- ja tuomioistuimelle on aiheutunut tunnustamisen myötä.²² Rikoksensa selvittämistä edistäneen palkitseminen lievennyksin perustuukin prosessiekonomisiin ja tutkinnallisiin intresseihin (selvittämisintressi).²³ Kun rikoksesta epäilty riittävän varhaisessa vaiheessa tunnustaa syyllistyneensä rikokseen, rikoksen selvittäminen helpottuu, mikä taas laskee rikoksen selvittämisestä aiheutuvia kustannuksia.²⁴ Rikoslain yleisten oppien uudistuksen yhteydessä hallituksen esityksessä todetaan kuitenkin RL 6:6:n 3 kohdan lievennysperusteiden nojaavan ennemmin kriminaalipoliittisiin tarkoituksenmukaisuussyihin.²⁵ Näin ollen tulkitsen, että tarkoituksenmukaisuussyöt ja käytännölliset syyt (mukaan lukien selvittämisintressi ja prosessiekonomiset syyt) yhdessä ja osin päällekkäin ovat rikoksen selvittämisen edistämistä koskevan lieventämisperusteiden oikeuttamiseen vaikuttaneet tärkeimmät taustasyöt.²⁶

Vaikka prosessiekonomista osatekijää on pidetty edellä kuvatulla tavalla yhtenä tärkeimmistä RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperusteiden taustasyistä, rikoslaisissa ei ole ollut prosessiekonomisten vaikutusten huomioimiseen velvoittavia säännöksiä ennen syyteneuvottelua koskevan lainsäädännön voimaantulusta.²⁷ Jo vuoden 1975 hallituksen esityksessä (HE 125 II 1975 vp) on kuitenkin annettu painoarvoa sille, missä vaiheessa tunnustus annetaan. Yleisesti on katsottu, että mitä aikaisemmassa vaiheessa tunnustus annetaan, sitä suurempi vaikutus sillä tulisi olla

12 Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti. Rikosoikeus. Rangaistuksen määrääminen ja täytäntöönpano. Helsinki, Talentum 2016 (Tapani – Tolvanen 2016), s. 19.

13 Melander, Sakari. Yhdenvertaisuus rikosoikeudessa. Oikeus 2/2011, s. 175-198 (Melander 2011), s. 188. Ks. myös KKO 1973 II 73, jossa katsottiin tuomareiden syyllistyneen virkavirheeseen, kun he olivat tuominneet kaksi rikoskumppania rangaistuksiin, jotka poikkesivat olennaisesti toisistaan.

14 Lappi-Seppälä, Tapio. Rikosten seuraamukset. Porvoo, Werner Söderström Lakitieto Oy 2000 (Lappi-Seppälä 2000), s. 312.

15 Lappi-Seppälä, Tapio. Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-Sarja N:o 173. Vammala 1987 (Lappi-Seppälä 1987), s. 293-294.

16 Lappi-Seppälä 1987, s. 298.

17 Ks. tarkemmin Lappi-Seppälä 2000, s. 327-328.

18 Utriainen, Terttu. Rikosten rangaistukset ja muut seuraamukset. Toinen, uudistettu painos. Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus 1992 (Utriainen 1992), s. 37.

19 HE 44/2002, s. 169.

20 KKO 2011:93 kohta 22.

21 HE 44/2002 vp, s. 169.

22 Linna, Tuula. Oikeudenmukaisen rankaisemisen ideaali ja reaali – tunnustaminen rangaistuksen lieventämisperusteena. Teoksessa Frände, Dan – Helenius Dan – Korkka, Heli – Lahti, Raimo – Lappi-Seppälä, Tapio – Melander, Sakari (toim.). Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019. Helsinki, Unigrafia 2019 (Linna 2019), s. 282.

23 HE 44/2002 vp, s. 198.

24 Matikkala 2010, s. 138.

25 Muut RL 6:6:n lieventämisperusteet taas liittyvät ennen kaikkea *tekijän teonhetkisen motivaation ja syyllisyyden* arvosteluun. Ks. HE 44/2002 vp, s. 198 ja 199.

26 Lain esitöissä, oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä käsitteille annetaan lähteestä riippuen sama merkitys tai ne jaetaan kahdeksi eri taustasyiksi. Tässä artikkelissa käytetään jälkimmäistä terminologista jaottelua.

27 Rikoslain 6 luvun 8a §:n 1 momentissa on viitattu rikosasioiden oikeudenkäynnistä annetun lain 1 luvun 10 §:ään, jonka 1 momentin 2 kohdan mukaan syyteneuvottelua harkitessa on otettava huomioon muun muassa *käsittelystä ilmeisesti aiheutuvat kustannukset ja siihen kuluva aika*.

rangaistuksen mittaamiseen. Tämän kannan voidaan katsoa ilmentävän prosessiekonomista perustetta, sillä mitä varhaisemmassa vaiheessa epäilty tunnustaa syyllistyneensä rikokseen, sitä halvemmaksi rikoksen selvittäminen tulee. Syyteneuvottelua koskevan lainsäädännön myötä on saatu kaivattua selvennystä myös RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperusteen taustasyihin, sillä jäljempänä luvussa 3.5 käsiteltävän yhtenäistämistavoitteen mukaisesti edellä mainittujen, syyteneuvotteluun liittyvän tunnustuksen yhteydessä huomioitavien prosessiekonomisten perusteiden voidaan katsoa soveltuvan myös RL 6:6:n 3 kohdan yhteydessä.²⁸

Rikoksen selvittämisen edistämisen säätämistä lieventämisperusteeksi on yleisten oppien uudistuksen esitöiden mukaan perusteltu käytännöllisten syiden ja tarkoituksenmukaisuussyiden lisäksi myös eettisin syin.²⁹ Pohdittaessa niin kutsutun kruununtodistajajärjestelmän käyttöönottoa, oman rikoksen paljastamisesta seuraavan lievennyksen on todettu viestivän siitä, että katumus ja omien virheiden myöntäminen voivat tuoda anteeksiannon.³⁰ Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön mukaan eettiset syyt liittyvät siihen, että tekijä osoittaa muuttunutta suhtautumista tekoonsa ja ottaa siitä vastuun.³¹ Eettisin perustein tunnustuksen ajankohdalle annettava merkitys on ristiriitainen: on moraalisesti arveluttavaa, jos syytetty tunnustaa tekonsa lievennetyn tuomion toivossa vasta tuomitsemisen vaikuttaessa todennäköiseltä.

Lieventämisperusteen hyväksymisen taustasyyt voivat periaatteessa vaikuttaa rinnakkain, mutta ratkaisuharkinta kulminoituu usein siihen, katsotaanko prosessiekonomisten vai eettisten syiden painavan enemmän. Eettisten syiden painoarvo vaikuttaa jäävän lähes aina vähäisemmäksi, ellei jopa olemattomaksi, vaikka korkein oikeus on tosin viime aikoina nojannut perusteluissaan eettisiin syihin varsin epäjohdonmukaisesti. Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä on kuitenkin pääsääntöisesti katsottu, ettei lieventämisperustetta sovelleta, jos rikos on jo osittain saatu selvitettyä ennen teon tunnustamista. Tällöin tunnustuksella ei ole enää vaikutusta taloudelliseen hyötyyn tai prosessin keston. Oma tulkintani on, ettei eettisiä syitä voida yksinään katsoa riittäviksi perusteiksi RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperusteen soveltamiselle. Vaikka asiaa ei voi päätellä suoraan säännöksen sanamuodosta, on merkitystä annettava selvittämisen edistämisen seuraukselle eikä sen syyllä. Ratkaisuissa KKO 2011:102 ja KKO 2018:2 on kyse juuri tästä punninnasta.

28 Ajatusmalli on päinvastainen vanhastaan vallinneeseen käsitykseen nähden. ”Vääränä on pidettävä sitä menettelyä, että tunnustus hyvitetään kaavamaisesti. Prosessiekonomiset seikat eivät saa olla ratkaisevina rikolliskäsittelyssä, vaikkapa tuomarin tehtävä tunnustuksen kautta helpottuisikin.” Nousiainen, Tapio. Rangaistuksen määräämisestä erityisesti silmälläpitäen tuomarin mittaamistoimintaa oikean rangaistusmäärän tavoittamiseksi normaalilähtöisin puitteissa: rikosoikeudellinen tutkimus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-Sarja N:o 65. Vammala 1961 (Nousiainen 1961), s. 236.

29 HE 44/2002 vp, s. 199.

30 Kruununtodistajajärjestelmän sen sijaan on katsottu ruokkivan ilmiäntomoraalia ja kertovan, että omat rikokset saa anteeksi, jos voi osoittaa muiden tehneen vielä pahempia rikoksia. Ks. HE 44/2002 vp, s. 182.

31 KKO 2011:102, kohta 31. Ks. myös KKO 2018:2, kohta 12.

KKO 2011:102. Korkein oikeus katsoi muun muassa teon tunnustamisen esitutkinnassa osoittavan vastuun ottamista. Viranomaisten tiedossa oli kuitenkin jo ennen tunnustamista ollut epäily lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä ja lisäksi epäiltyyn tekoon liittyneet yksityiskohdat pääosiltaan, eikä A:n katsottu pyrkineen edistämään rikoksensa selvittämistä siten, että RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperuste olisi tullut sovellettavaksi. Korkein oikeus kuitenkin totesi A:n tunnustamisen helpottaneen sekä esitutkintaa että tuomioistuinkäsittelyä.³²

Lieventämisperusteen soveltamista olisivat puoltaneet sekä eettiset että prosessiekonomiset syyt, sillä korkein oikeus katsoi tunnustuksen osoittaneen vastuun ottamista ja helpottaneen sekä esitutkintaa että tuomioistuinkäsittelyä. Kuitenkaan pelkkää helpottumista ei ole pidetty riittävänä prosessiekonomisena perusteena, vaikka tunnustuksen onkin katsottu ilmentävän vastuun ottamista ja muuttunutta suhtautumista tekoonsa.³³

KKO 2018:2. A oli tunnustamalla rikoksensa jo varhaisessa vaiheessa merkittävällä tavalla nopeuttanut ja helpottanut asian selvittämistä esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä. Hän oli kuitenkin suunnitelmallisesti eräissä yhtiöissä suoritetuista verotarkastuksista huolimatta uudelleen aloittanut ja jatkanut samanlaista rikollista toimintaa muissa yhtiöissä.³⁴

Korkein oikeus totesi perustelujen kohdassa 25, ettei A:n menettely osoita hänen tosiasiallisesti muuttaneen suhtautumista tekoonsa, minkä vuoksi asiassa ei ole erityisiä eettisiä, syyllisyyden asteeseen liittyviä syitä rangaistuksen lieventämiseen. Kysymys oli lopulta pelkästään siitä, että A on menettelyllään helpottanut ja nopeuttanut asian esitutkintaa ja oikeudenkäyntiä. Korkein oikeus päätyi kuitenkin lieventämään A:lle tuomittavaa vankeusrangaistusta RL 6:6:n 3 kohdan nojalla. Korkeimman oikeuden perustelut luovat vaikutelman eettisten syiden asemasta toisena RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperusteen soveltamisedellytyksenä, vaikkei tässä nimenomaisessa ratkaisussa niiden puuttumisella ollut korkeimman oikeuden mukaan vaikutusta lopputulokseen. Linna on artikkelissaan kyseenalaistanut korkeimman oikeuden tavan asettaa eettiset syyt lieventämisperusteen toiseksi ehdoksi. Korkein oikeus viittasi nimittäin ratkaisun KKO 2018:2 perusteluissa sekä ratkaisuun KKO 2011:102 että yleisten oppien uudistuksen esitöihin, joissa kummassakin todetaan yleisellä tasolla tunnustuksen ja eettisyyden yhteydestä, vaikka laissa ei tällaista vaatimusta ilmaista.³⁵ Toisaalta, laissa ei nimenomaisesti mainittu prosessiekonomistenkaan syiden merkitystä ennen syyteneuvottelua koskevan lainsäädännön säätämistä.

32 KKO 2011:102, kohdat 31 ja 32.

33 Korkein oikeus on voinut myös antaa kyseisessä tapauksessa enemmän painoarvoa rikoksen laadulle, sillä kyse oli tekijään läheisessä suhteessa olleeseen lapseen kohdistuneesta seksuaalisesta hyväksikäytöstä.

34 KKO 2018:2, kohta 25.

35 Linna 2019, s. 291-292.

Jäljempänä tarkemmin käsiteltävän ratkaisun KKO 2018:60 perusteluissa korkein oikeus taas ikään kuin palasi aikaisempaan kantaansa todetessaan, ettei tekonsa selvittämiseen liittyvillä motiiveilla ole merkitystä RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperusteen soveltamisedellytyksiä arvioitaessa.³⁶ Korkein oikeus otti siis aikaisempaan ratkaisuunsa KKO 2018:2 nähden päinvastaisen kannan, sillä ratkaisun KKO 2018:60 mukaan eettisille syille ei tulisi antaa minkäänlaista painoarvoa.

Näiden tuoreimpien lieventämisperusteen soveltamista koskevien korkeimman oikeuden ratkaisujen jälkeen voidaan pohtia yhtäältä sitä, tulisiko eettisiä syitä ottaa lainkaan huomioon lieventämisperusteen soveltumisharkinnassa, ja toisaalta sitä, kuinka korkealle rangaistuskäytännön yhtenäistämistä ja syyteneuvottelumenettelysäännösten prosessiekonomisia säästöjä koskevan taustasyyn merkitystä on tarkoituksenmukaista nostaa.³⁷ Esimerkiksi edellä ratkaisussa KKO 2018:2 kuvatus menettelyn ja korkeimman oikeuden itsensä lausuman perusteella tekijä ei ole osoittanut tosiasiallista muuttunutta suhtautumista tekoonsa syyllystyessään uudelleen samanlaiseen toimintaan. Nähdäkseni tällaisen menettelyn ei tulisi olla rangaistusta lieventämällä rohkaistavaa – siitä huolimatta, että asiassa on saavutettu prosessiekonomisia säästöjä.

3.2 Tunnustus rangaistuksen lieventämisperusteena

Rangaistusta lieventävät perusteet voidaan ajatella asteikollisiksi. Pienemmissä määrin toteutuessaan lieventävä peruste voi johtaa rangaistuksen lieventämiseen säädetyn rangaistusasteikon puitteissa, kun taas painavammin harkintaan vaikuttaessa se voi johtaa jopa rikoksesta säädetyn rangaistusasteikon alittamiseen.³⁸ Ensin mainittu tilanne koskee RL 6:6:n nojalla tapahtuvaa rangaistuksen lieventämistä, kun taas jälkimmäinen perustuu RL 6:8:ään.

RL 6:6:n 3 kohdan mukaan yksi rangaistuksen lieventämisperusteista on tekijän ja asianomistajan välillä saavutettu sovinto, tekijän muu pyrkimys estää tai poistaa rikoksensa vaikutuksia taikka hänen pyrkimyksensä edistää rikoksensa selvittämistä. Lieventämisperusteen on katsottu olevan sukua yrityksestä luopumista ja tehokasta katumista koskevalle rikoslain 5 luvun 2 §:lle,³⁹ jonka mukaan tekijän luopuessa yrityksestä ennen tunnusmerkistön täyttymistä tai katuessa tehokkaasti siten, että hän ehkäisee rikoksen vaikutuksen, rikoksen yritys jää kokonaan rankaisematta. Mikäli tunnusmerkistö on jo täyttynyt, kyseeseen voi lieventämisperusteena tulla RL 6:6:n 3 kohdan pyrkimys estää tai poistaa rikoksensa vaikutuksia tai edistää rikoksensa

36 KKO 2018:60, kohta 29.

37 Pohtimisen arvoista on myös ylipäänsä se, miten prosessiekonomian edellytyksen oikeuttavassa syyteneuvottelua koskevassa uudistuksessakaan ei kyseenalaistettu valtiiovallan itseoikeutettua asemaa palkita resurssien säästämisestä sekä se, miten kevyin perustein prosessiekonomiaan perustuva reaalipolitiikka on nostonut asemaansa rikosoikeudellisessa seuraamusjärjestelmässä. Ks. Linna 2019, s. 295–297.

38 Matikkala 2010, s. 141.

39 HE 44/2002 vp, s. 198.

selvittämistä.⁴⁰ RL 6:6:n 3 kohta mahdollistaa näin myös tekijän teonjälkeisen käyttäytymisen huomioimisen rangaistusta mitattaessa lieventävänä perusteena.⁴¹

RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperuste, kuten kaikki säännöksen lieventämisperusteet, on kirjoitettu väljiä ilmaisuja käyttäen. Kyse on syytetyn eduksi vaikuttavasta seikasta, joten väljiä määrittelyä samoin kuin laajentavaa tulkintaa voidaan pitää perusteltuna.⁴² Lieventämisperusteen arvioinnissa voidaan antaa merkitystä tekijän kaikenlaisille pyrkimyksille selvittää rikoksensa, mutta yleisimmin pyrkimys toteutuu tunnustamisena.⁴³ Toisaalta pelkkä tunnustuskaan ei aina oikeuta rangaistuksen lieventämiseen RL 6:6:n 3 kohdan nojalla. Muita esimerkkejä oman rikoksensa selvittämisen edistämisestä ovat totuuden kertominen kuulusteluissa, todistajien esiintuominen ja itsensä ilmiantaminen.⁴⁴ Linna taas on todennut, että lieventämisperusteen soveltamisen yhteydessä varsinaista tunnustusta ei edellytetä, vaikkakin käytännössä tunnustaminen liittyyneen vastaajan osallistumiseen rikoksensa selvittämiseen.⁴⁵ Koska esimerkiksi todistajien esiintuominen tai muu oman rikoksensa selvittäminen edellyttää nähdäkseni aina ennemmin tai myöhemmin jonkinasteista tunnustamista, tässä artikkelissa tällaiset muut pyrkimykset rikoksensa selvittämisen edistämiseksi on jäsenetty tunnustuksen alatyypeiksi. Tällaista laajennettua tunnustamisen käsitettä terminologisena valintana puoltaa myös johdanto-osassa todettu tunnustuksen vakiintunut määritelmä: asianosaisen selitys siitä, että vastapuolen väite *jostain selityksen antajalle epäedullisesta seikasta* on tosi.

RL 6:6:n lieventämisperusteet vaikuttavat rangaistuksen mittaamiseen, eli niillä voi olla vaikutusta ainoastaan vahvistetun rangaistusasteikon sisällä. Tuomioistuimen harkintaan jää lievennyksen määrä yhtenäisen rangaistuskäytännön puitteissa kyseessä olevan rangaistusasteikon sisällä. Vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa aiempaa rikoksensa selvittämisen edistämistä koskevaa rikoslain säännöstä on kuitenkin käytännössä pidetty ”kuolleena lain kirjaimena”.⁴⁶

40 Utriainen 1992, s. 159–160.

41 Utriainen 1992, s. 159

42 Vuoden 1975 hallituksen esityksen mukaan tarkat ja yksityiskohtaiset lieventämisperusteet saattaisivat johtaa käytännössä siihen, että ainoastaan ne otetaan huomioon, vaikka niihin läheisesti verrattavat perusteet voisivat yhtä hyvin oikeuttaa lievemmän rangaistuksen tuomitsemisen. Ks. HE 125 II 1975 vp, s. 13 ja HE 44/2002 vp, s. 195. Sen sijaan koventamisperusteita on oikeusturvasyistä tulkittava suppeasti.

43 Kuten korkein oikeus on jo ratkaisussaan KKO 1998:162 todennut, rikoksensa selvittämisen edistämistä koskeva säännös tarkoittaa sanamuotonsakin mukaisesti vain auttamista omien rikostensa selvittämisessä. Tässä yhteydessä ei ole tarkoituksenmukaista syventyä pohtimaan eräissä lähinnä angloamerikkalaisen oikeuskulttuurin maissa käytössä olevan, ns. kruununtodistajajärjestelmän, soveltumista Suomen oikeusjärjestelmään. Kruununtodistajajärjestelmässä on kyse siitä, että lievennyksen voi hankkia auttamalla viranomaisia selvittämään myös muiden tekemiä rikoksia. Kruununtodistajajärjestelmän mahdollisuus tunnetaan myös eräissä Manner-Euroopan rikoslaeissa, joissa sen soveltamisen piiri on rajattu lähinnä terrorismiin sekä eräisiin järjestäytyneen rikollisuuden muotoihin. Ks. HE 44/2002 vp, s. 182.

44 HE 44/2002 vp, s. 199 ja Matikkala 2010, s. 138.

45 Linna 2012, s. 125.

46 Harju, Pekka, asianajaja. Havaintoja tuomioistuinten rangaistusten mittaamiskäytännöstä. Teoksessa Rangaistuksen mittaamisesta. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja N:o 29. Helsinki 1980 (Harju 1980), s. 151.

Lieventämisperusteiden suoranaisen soveltamisen pykälään viitaten on edelleen katsottu olevan harvinaista.⁴⁷ Oikeuskäytännön on katsottu RL 6:6:n 3 kohdan soveltamisen osalta olevan epäyhtenäistä, eikä tunnustuksen ole voitu taata vaikuttavan lieventävällä tavalla.⁴⁸ Myös syyteneuvottelua koskevan uudistuksen yhteydessä esitöissä on todettu tunnustuksen merkityksen olevan rangaistuksen lieventämisperusteena ja tuomitsematta jättämisen perusteena tilastojen valossa ilmeisen vähäinen.⁴⁹

3.3 Tunnustus rangaistusasteikon lieventämisperusteena

RL 6:8.1:n 5 kohdan mukaan rangaistus määrätään noudattaen lievennettyä rangaistusasteikkoa, jos siihen on 6 tai 7 §:ssä mainituilla tai muilla poikkeuksellisilla perusteilla tuomioissa mainittavia erityisiä syitä. Toisin sanoen sama rikoksensa selvittämisen edistämiseen nojautuva lieventämisperuste soveltuu sekä rangaistuksen (RL 6:6) että rangaistusasteikon (RL 6:8) lieventämisperusteeksi riippuen sen toteutumisen määrästä. RL 6:8:n lieventämisperusteiden soveltuessa tuomioistuin on sidottu tuomitsemaan rangaistus alennetulta asteikolta, kun taas RL 6:6:n lieventämisperusteiden soveltuessa tuomioistuin saa käyttää vapaampaa harkintaa punnitessaan lieventämisperusteiden painavuutta ja vaikutusta rangaistukseen siitä säädetyn asteikon sisällä. Jos tunnustamisen merkitys rangaistusta lieventävänä perusteena on vähäinen, on se vielä vähäisempi rangaistusasteikkoa lieventävänä perusteena. Yhdessä aineistoon kuuluvista korkeimman oikeuden rikoksen selvittämisen edistämistä koskevista ratkaisuista ei pohdittu rangaistusasteikon lieventämistä rikoksen selvittämisen edistämisen johdosta RL 6:8.1:n 5 kohdan nojalla.⁵⁰

47 Leppiniemi, Riitta. Tunnustuksen vaikutuksesta rangaistukseen. Pääkirjoitus. Defensor Legis N:o 1/2010, s. 1–2 (Leppiniemi 2010), s. 1. Leppiniemi toteaa kirjoituksessaan myös käytännön näkökulmasta ongelmallista olevan sen, että asianajajan ja päämiehen kannalta varmuutta lieventämisperusteiden osalta siitä, miten kyseisen jutun tuomari säännöstä soveltaa, ei ole.

48 Asianajajaliiton lausunto, OMLL 47/2010, s. 32–33.

49 Hallituksen esityksen mukaan, vuonna 2009 tuomioistuimissa sovellettiin RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperustetta 128 kertaa (0,2 % tuomituista), 6:8:n 1 momentin 5 kohtaa 10 kertaa ja 6:12:n 4 kohdan tuomitsemattajättämisperustetta 107 kertaa, joista 80 tapauksessa mainittua 4 kohtaa sovellettiin ainoana perusteena (Rikollisuustilanne 2010. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimuksia 258, Helsinki 2011, s. 328 ja 330). Tilastoista ei kuitenkaan saada tarkkaa vastausta siihen, milloin rangaistuksen lieventäminen tai tuomitsemattajättäminen on perustunut nimenomaan tunnustukseen tai muuhun myötävaikuttamiseen, sillä tilastossa näkyvät vain tuomioissa mainitut lainkohdat. Lisäksi lainkohdat sisältävät myös muita lieventämisperusteita. Selvältä kuitenkin näyttää, että varsinkin harvoissa tapauksissa tunnustuksella on ollut merkitystä. Sellaista käytäntöä, jossa tunnustus palkittaisiin säännönmukaisesti, ei vaikuta olevan. Ks. tarkemmin HE 58/2013 vp, s. 5–6.

50 Tässä yhteydessä mainittakoon vielä, että tunnustus voi tietyissä tilanteissa johtaa myös rikoslain 6 luvun 12 §:n mukaiseen tuomitsemattajättämiseen. Säännöksen 4 kohdan mukaan tuomioistuin saa jättää rangaistuksen tuomitsematta, jos rangaistusta on pidettävä kohtuuttomana tai tarkoituksellomana erityisesti, kun otetaan huomioon saman luvun 6 §:n 3 kohdassa ja 7 §:ssä tarkoitettut seikat tai sosiaali- ja terveydenhuollon toimet.

3.4 Oma-aloitteisuus

Vuodelta 1976 peräisin olevan rangaistuksen lieventämisperusteita koskevan rikoslain 6 luvun 3 §:n 3 kohdan mukaan rangaistusta lieventää tekijän *oma-aloitteinen* pyrkimys estää tai poistaa rikoksensa vaikutuksia taikka edistää rikoksensa selvittämistä. Rikoslain yleisten oppien uudistuksen yhteydessä lievennyksen muodolliseksi edellytykseksi ei enää asetettu tekijän vapaaehtoisuutta tai oma-aloitteisuutta. Lain esitöissä kuitenkin todetaan, että arvioinnissa on edelleen lupa kiinnittää huomiota siihen, kuinka oma-aloitteista tekijän toiminta on ollut.⁵¹ Oma-aloitteisuudesta puhutaan vain rikoksen vaikutusten edistämistä ja poistamista koskevan lieventämisperusteiden yhteydessä, mutta edellä kuvattu tulkinta on kuitenkin johdettavissa myös rikoksen selvittämisen edistämistä koskevan lieventämisperusteiden tulkintaan, sillä aikaisempi oma-aloitteisuuden vaatimus koski myös rikoksen selvittämistä. Oma-aloitteisuus kytkeytyy tiiviisti tunnustuksen ajankohtaan, sillä mitä myöhemmin tunnustus annetaan, sitä vähemmän oma-aloitteista se on.

Ratkaisun KKO 2011:93 perusteluissa korkein oikeus totesi, että RL 6:6:n 3 kohdan sanamuodosta ilmenee, ettei lieventämisperusteiden soveltaminen edellytä tekijän oma-aloitteisuutta tai edes vapaaehtoisuutta. Korkein oikeus laajensi näin tulkinnan koskemaan myös rikoksen selvittämisen edistämistä. Korkein oikeus totesi myös:

22. – – Edellytyksenä ei siten enää ole, että korvauksen suorittamisen tulisi tapahtua ennen teon paljastumista. – – 23. Korvauksen suorittamisen ajankohdalla ja tekijän suhtautumisella omaan tekoonsa voi kuitenkin olla merkitystä lieventämisperusteiden arvioinnissa. Harkinnassa voidaan kiinnittää huomiota myös siihen, kuinka oma-aloitteista tekijän toiminta on ollut.

Kohdan 22 perustelu koskee rikoksen vaikutusten poistamista, mutta voidaan pohtia, tarkoittiko korkein oikeus perustelun koskemaan laajentavasti myös rikoksen selvittämistä. Tätä puoltaa se, että kyse on samasta säännöksen kohdasta, jonka edellytyksenä on ennen ollut sama oma-aloitteisuus. Puoltava kanta tarkoittaisi, että myös kukaan tunnustuksen ei tarvitse enää tapahtua ennen teon paljastumista. Tällaista kategorista kantaa tuskin on ollut tarkoitus vakiinnuttaa, mutta lausuma tarkoittanee vähintään sallivampaa suhtautumista tunnustuksen huomioimiselle lieventämisperusteena.

Edellä kappaleessa 3.1 mainitussa korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2018:60 oli kyse siitä, että opettajan (X) kertomat tiedot johtivat rikosnimikkeen muuttumiseen perusmuotoisesta lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä törkeäksi tekemuodoksi. X oli kolmessa ensimmäisessä kuulustelussaan kiistänyt, että hänen ja B:n välillä olisi ollut mitään seksuaalista, ja ilmoittanut,

51 HE 44/2002 vp, s. 199.

että älylaitteista löydetty viestit ovat osapuolten välistä mielikuvitusleikkiä. Tämän jälkeisissä kuulusteluissa X vähissä erin ja valtaosin vasta nimenomaisesti eri seikoista kysyttäessä tunnusti osapuolten välisiä seksuaalisia tekoja. Korkein oikeus totesi kohdassa 29, ettei lieventämisperusteen soveltaminen edellytä oma-aloitteisuutta ja painotti sitä edelleen kohdassa 31 todetessaan, ettei X:n myötävaikutus ollut alun perin oma-aloitteista eikä erityisen aktiivista. Korkein oikeus päätyi soveltamaan RL 6:6:n 3 kohdan mukaista lieventämisperustetta.

Ratkaisu on merkittävä myös edellä kuvattujen lieventämisperusteen taustasyiden kannalta, sillä korkein oikeus totesi oma-aloitteisuuden vaikuttamattomuuden lisäksi, ettei tekijän rikoksensa selvittämiseen liittyvillä motiiveilla ole merkitystä säännöksen soveltamisedellytyksiä arvioitaessa. Korkein oikeus sitoi siten jossain määrin nämä kaksi asiaa toisiinsa sinänsä perustellulla tavalla, sillä joissain tilanteissa suuremman oma-aloitteisuuden voitaisiin katsoa ilmentävän myös suurempaa katumusta ja vastuunkantoa. Korkeimman oikeuden eettisten syiden osalta ristiriitaista perustelukäytäntöä voi selittää tällainen eettisten syiden ja oma-aloitteisuuden välinen ajatuksellinen yhteys, sillä kuten edellä on mainittu, nykyisellään RL 6:6:n 3 kohta ei edellytä oma-aloitteisuutta pyrkimykseltä edistää rikoksensa selvittämistä, mutta oma-aloitteisuus voidaan edelleen periaatteessa ottaa harkinnassa huomioon.

Ratkaisun KKO 2018:60 ollessa tuorein korkeimman oikeuden rikoksen selvittämisen edistämistä koskevaa lainkohtaa avaava ennakkoratkaisu, voi se muodostua merkittäväksi etenkin vastaavissa tilanteissa, joissa syytetyn toimintaa ei voi kutsua oma-aloitteiseksi.

3.5 Syyteneuvottelu ja tunnustamisoikeudenkäynti

Suomessa on 1.1.2015 otettu käyttöön syyteneuvottelumenettely ja siitä seuraava tunnustamisoikeudenkäynti. RL 6 luvun 8 a §:n 1 momentin mukaan rangaistus tulee määrätä noudattaen lievennettyä rangaistusasteikkoa, jos tekijä on myötävaikuttanut rikoksensa selvittämiseen siten kuin oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (ROL) 1 luvun 10 ja 10 a §:ssä ja 5 b luvussa sekä esitutkintalain (ETL) 3 luvun 10 a §:ssä säädetään. Rangaistuskäytännön yhtenäistämiseksi säännöksessä määrätään, että tuomioistuimen on ilmoitettava tuomitun rangaistuksen lisäksi myös millaiseen rangaistukseen se olisi päätenyt ilman rangaistusasteikon lieventämistä.⁵²

Syyteneuvottelua koskevat säännökset soveltuvat rikoksiin, joista ei ole säädetty ankarampaa rangaistusta kuin kuusi vuotta vankeutta. Säännökset eivät kuitenkaan sovellu henkeen tai terveyteen kohdistuviin rikoksiin taikka seksuaalirikoksiin, jotka loukkaavat seksuaalista itsemääräämisoikeutta tai kohdistuvat lapsiin. Syyteneuvottelumenettely on tarkoitettu liittämään lähinnä niihin tapauksiin, joista voidaan ajatella olevan eniten kokonaistaloudellista hyötyä.⁵³

52 HE 58/2013 vp, s. 37.

53 HE 58/2013 vp, s. 13.

Tällaisia rikostyyppisiä ovat esimerkiksi vaativat ja laajat talousrikoskokonaisuudet, joihin syyteneuvottelumenettely on katsottu sopivan erityisen hyvin.⁵⁴

Syyteneuvottelun soveltamisalaa koskevan rajauksen vuoksi tunnustamisen huomioimiselle RL 6 luvun 6 ja 8 §:n mukaisena lieventämisperusteena on yhä tarve. Lainsäädännöstä tai esitöistä sen sijaan ei ilmene uuden RL 6 luvun 8 a §:n ja edellä mainittujen säännösten keskinäistä suhdetta. Korkein oikeus antoi ensimmäisen ennakkopäätöksensä kysymystä koskien vuonna 2018.

KKO 2018:23. A:ta epäiltiin useista talousrikoksista. Esitutinnan aikana A oli ensin kiistänyt syyllisyytensä, mutta myöhemmin myöntänyt sen ja aloittanut syyteneuvottelun syyttäjän kanssa. Asia oli kaikkien epäiltyjen rikosten osalta käsitelty tunnustamisoikeudenkäynnissä. Kysymys oli rangaistuksen mittaamisesta ja erityisesti RL 6 luvun 6 §n 3 kohdan ja 8 a §:n vaikutuksesta A:lle tuomittavaan rangaistukseen.⁵⁵

Hovioikeus oli ratkaisussaan katsonut, että A:n pyrkimys edistää rikoksensa selvittämistä syyteneuvottelussa voidaan vähäisessä määrin ottaa huomioon rangaistuksen mittaamisessa RL 6:6:n 3 kohdan nojalla. Korkeimman oikeuden mukaan lainsäädännöstä tai esitöistä ei ilmene, että RL 6:6:n 3 kohdan mukainen rikoksen selvittämistä koskeva lieventämisperuste olisi tarkoitettu sovellettavaksi RL 6:8a:n mukaisen lievennetyn rangaistusasteikon ohella. Lisäksi korkein oikeus totesi, että syyteneuvottelussa ja tunnustamisoikeudenkäynnissä on jo kysymys siitä, että rikoksesta epäilty edistää rikoksensa selvittämistä. Tämä pyrkimys tulee jo siten huomioon otetuksi erityissäännön asemassa olevan RL 6:8a:n nojalla. Korkeimman oikeuden mukaan RL 6:6:n 3 kohdan soveltamiselle ei ole edellytyksiä rikoksen selvittämistä koskevalta osalta.⁵⁶ Ratkaisu on merkittävä, sillä korkein oikeus vahvisti kantansa aiemmin epäselvään oikeustilaan RL 6:6:n 3 kohdan ja RL 6:8a:n välillä. Korkeimman oikeuden mukaan säännöksiä on tulkittava siten, että ne muodostavat rangaistuksen mittaamisen näkökulmasta laajemman, myötävaikutusta koskevan koherentin normiston.⁵⁷

Tapani ja Tolvanen ovat artikkelissaan kiteyttäneet syyteneuvottelun ja rangaistuskäytännön yhtenäisyyden ongelman kuvitteelliseen tapaukseen, johon sisältyy sekä törkeä petos että törkeä pahoinpitely.⁵⁸ Syyteneuvottelun soveltamisala kattaa törkeän petoksen, mutta ei

54 HE 58/2013 vp, s. 14.

55 Timonen, Pekka (toim.). KKO:n ratkaisut kommentein. Helsinki, jatkuva painos (KKO:n ratkaisut kommentein). KKO 2018:23, Jussi Tapani.

56 Sen sijaan korkein oikeus on katsonut RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperusteen soveltuvan niiltä osin kuin kyse on rikoksen vaikutusten estämisestä tai poistamisesta. Ks. KKO 2018:23 ratkaisun perustelujen kohdat 28–32.

57 KKO:n ratkaisut kommentein. KKO 2018:23, Jussi Tapani.

58 Ks. tarkemmin Tapani – Tolvanen 2015, s. 246.

törkeää pahoinpitelyä. Tapani ja Tolvanen pitävät ongelmallisena, että epäilty ei ole oikeutettu samanlaiseen kannustinvaikutukseen, vaikka hänen menettelynsä, eli rikoksen selvittämistä koskeva myötävaikutus (tunnustaminen), olisi kummassakin tilanteessa painoarvoltaan samanlaista ja tuottaisi samanlaisen rikosprosessuaalisen säästön. Periaatteessa tällöin ainoaksi vaihtoehdoksi näyttäisi jäävän RL 6:6:n 3 kohdan mukaisen lieventämisperusteen tulkitseminen niin, että se tuottaisi syyteneuvottelussa toteutuvaan lievennykseen rinnastettavan vaikutuksen. Väliittömänä vasta-argumenttina Tapani ja Tolvanen kuitenkin toteavat, että tällöin henkilön, joka on syyllistynyt pelkkään pahoinpitelyyn, tulisi olla oikeutettu samanlaiseen lievennykseen kuin henkilön, joka on syyllistynyt lisäksi syyteneuvottelun soveltamisalaan kuuluvaan rikokseen. Tapani ja Tolvanen ehdottavat ratkaisuksi lainsäädännön muuttamista siten, että se tarjoaisi kriminaalipoliittisesti ja prosessiekonomisesti tarkoituksenmukaisen kannustimen rikoksensa selvittämiseen sen sijaan, että RL 6:6:n 3 kohdan mukaista lieventämisperustetta tulkittaisiin yleisesti niin, että se vaikuttaisi konkreettiseen rangaistukseen kolmanneksella alentavasti.⁵⁹

Korkein oikeus on kuitenkin viimeaikaisessa käytännössään korostanut nimenomaan rangaistus-käytännön yhtenäistämistä siten, että syyteneuvottelussa tapahtuvan tunnustuksen ja RL 6:6:n 3 kohdan mukaisen tunnustuksen vaikutuksen rangaistuksen mittaamisessa tulisi lähestyä toisiaan. Ratkaisun KKO 2018:23 lisäksi rangaistuskäytännön yhtenäisyyteen on otettu kantaa myös talousrikoksia koskeneessa ratkaisussa KKO 2018:2. Ratkaisun perusteluissa korkein oikeus painotti perustuslakivaliokunnan kannanottoon⁶⁰ nojaten sitä, että rikosoikeusjärjestelmän sisältämät, rangaistusta lieventävät perusteet, on pyrittävä ymmärtämään rangaistuskäytännön yhtenäisyyttä lisäävällä tavalla siten, etteivät erot seuraamusten ankaruudessa käytännössä muodostu epäasiallisen suuriksi.⁶¹ Tämän voidaan katsoa tarkoittavan konkreettisesti sitä, että RL 6:6:n 3 kohtaa sovellettaessa on kiinnitettävä huomiota myös syyteneuvottelusaäntelyyn.⁶² Huumausainerikoksia koskeneessa ratkaisussa KKO 2018:45 korkein oikeus päätyi lieventämään rangaistusta kolmanneksella, mistä voidaan tehdä varovaisia päätelmiä RL 6:6:n 3 kohdan mukaisen lieventämisperusteen ja syyteneuvottelua koskevan rangaistus-käytännön yhdentymisestä.⁶³

Korkeimman oikeuden viimeaikaisten rangaistuskäytännön yhtenäisyyteen perustuvien kannanottojen myötä RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperustetta, sen soveltamissyitä ja -edellytyksiä sekä vaikutusta rangaistukseen on nähdäkseni tulkittava tavalla, joka enenevässä määrin lähenee syyteneuvottelumenettelyyn liittyvän tunnustuksen tulkintaa.

59 Tapani – Tolvanen 2015, s. 247.

60 Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi (PeVL 4/2014 vp), s. 6.

61 KKO 2018:2, kohta 16.

62 KKO:n ratkaisut kommentein. KKO 2018:2, Jussi Tapani.

63 Ks. yhdenvertaisuuskysymyksistä tarkemmin Linna 2019.

4. TUNNUSTUKSEN AJOITUS

4.1 Johdanto

”Asianajaja ei kuitenkaan nykytilanteessa juuri voi sanoa muuta kuin, että tällainen säännös [rikoslain 6 luvun 6 §:n 3 kohta] on olemassa, mutta mitään varmuutta siitä, miten kyseisen jutun tuomari sitä soveltaa, ei ole. Riittääkö, kun kertoo tekemisensä kuulustelussa vai olisiko pitänyt oma-aloitteisesti ilmoittaa. Miten niissä tilanteissa, joissa epäilty on ilman avustajaa kiistänyt ensimmäisessä kuulustelussa asian ja selvittänyt sen myöhemmin. Ainoa varma asia, mitä asianajaja voi päämiehelleen nykyisin sanoa on se, että hänet tuomitaan kaikesta siitä, minkä hän tunnustaa.”

Näin asianajaja Riitta Leppiniemi kuvasi epäselvää oikeustilaa käytännön näkökulmasta Defensor Legis -julkaisun pääkirjoituksessa vuonna 2010.⁶⁴ Aihe on edelleen ajankohtainen ja esiin nostetut kysymykset ongelmallisia. Yleisesti on aina ollut selvää, että tuomioistuimen on kiinnitettävä huomiota siihen, missä vaiheessa tekijä osoittaa halunsa yhteistyöhön ja että mitä aikaisemmassa vaiheessa tunnustus on annettu, sitä enemmän sillä tulee olla painoarvoa rangaistusta alentavana seikkana.⁶⁵ Esimerkiksi syyteneuvottelumenettelyä koskevissa lain esitöissä tunnustuksen on katsottu tuovan eniten prosessiekonomista hyötyä, kun se annetaan mahdollisimman aikaisin. Koska RL 6:6:n 3 kohdan nykyinen sanamuoto ei edellytä oma-aloitteisuutta pyrkimykseltä estää tai poistaa rikoksensa vaikutuksia taikka pyrkimykseltä edistää rikoksensa selvittämistä, voidaan etenkin säännöksen nykyisen muodon perusteella tulkita vaikutusta saavan tunnustuksen olevan mahdollinen vielä tuomioistuimessakin.⁶⁶

Tunnustuksesta ja sen ajoittumisen merkityksestä saa parhaan kuvan tarkastelemalla korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä. Seuraavissa luvuissa käydään läpi korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä siltä osin kuin siinä on pohdittu RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperusteen, ”pyrkimys rikoksensa selvittämisen edistämiseen”, soveltumista nimenomaan tunnustuksen ajoituksen kannalta. Suurimman prosessiekonomisen hyödyn saaminen on tiiviissä yhteydessä tunnustuksen ajoitukseen nimenomaan viranomaisten hallussa olevien tietojen kannalta sen sijaan, että arvoitaisiin, tapahtuuko tunnustus esimerkiksi ensimmäisessä vai neljännessä kuulustelussa.⁶⁷

64 Leppiniemi 2010, s. 1.

65 Ks. esim. HE 125 II 1975 vp, s. 15 ja HE 58/2013 vp, s. 37.

66 Jo vuoden 1975 hallituksen esityksessä on oma-aloitteisuutta käsittelevän kohdan yhteydessä todettu, että periaatteessa lainkohdan tarkoittama oma-aloitteisuus on mahdollista vielä asian tultua tuomioistuimeenkin, kuitenkin ennen tuomiota. HE 125 II 1975 vp, s. 15.

67 Tunnustuksen ajoituksen merkitystä syyteneuvottelumenettelyyn liittyen on pohdittu nimenomaan prosessinvaiheen kannalta teoksessa Törnqvist, Laura. Rangaistuksen määrääminen tuomioesityksen perusteella. Teoksessa Koponen, Pekka – Lahti, Raimo – Elo, Elina (toim.): Valittuja kysymyksiä rikos- ja rikosprosessioikeudesta I. Helsingin hovioikeus. Helsinki 2018 (Törnqvist 2018), s. 319–321.

Tunnustuksesta, joka tapahtuu jo ennen esitutkintaa, eli ennen kuin henkilö on jäänyt rikoksestaan kiinni, käytän termiä *ilmiantaa*. Ilmiantaminen voi kohdistua rikokseen tai rikoksen tekijään itseensä. Tunnustamiseen käsitteenä taas sisällytän tekijän kaikenlaiset pyrkimykset edistää rikoksensa selvittämistä.

4.2 Rikos tai tekijän yhteys rikokseen ei ollut lainkaan viranomaisten tiedossa

Ratkaisuissa KKO 2015:69 ja KKO 2000:63 oli kyse siitä, sovelletaanko RL 6:6:n 3 kohdan mukaista lieventämisperustetta rangaistuksen määräämisessä.

KKO 2015:69. A oli laittomasti hankkinut 29 kilogrammaa marihuanaa, mistä määrästä hän oli myynyt tai luovuttanut edelleen vähintään 15,8 kilogrammaa ja käyttänyt itse noin 400 grammaa. A oli kuitenkin oma-aloitteisesti ilmiantanut rikoksensa poliisille ja lisäksi osoittanut noin 11,2 kilogrammaa marihuanaa sisältäneen huumausainekätkön sijainnin, minkä vuoksi tuo osa huumausaineesta oli saatu viranomaisten haltuun.⁶⁸

KKO 2000:63. Vastaaja A oli tahallaan tappanut uhrin tämän asunnossa yöllä klo 4:n ja 7:n välisenä aikana. Seuraavana aamupäivänä hän oli ilmoittanut asiasta poliisille toisen henkilön välityksellä ja jäänyt odottamaan poliiseja ilmoittamaansa asuntoon. A oli kertonut poliiseille kuristaneensa uhrinsa ja oli pyrkinyt osoittamaan talon, jossa hän oli syyllistynyt henkirikokseen. Myöhemmin esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä hän ei ollut kertonut yksityiskohtaisesti tapahtumista uhrin asunnossa.⁶⁹

Kummassakin ratkaisussa korkein oikeus alensi A:n rangaistusta RL 6:6:n 3 kohdan perusteella, koska A oli, ennen kuin hän oli jäänyt kiinni rikoksistaan tai hänellä oli ollut aihetta olettaa häntä niistä epäiltävän, ilmiantanut itsensä. Kummassakaan tapauksessa rikos ei ollut tullut vielä ilmi ennen poliisille ilmoittautumista.⁷⁰ Edellä kuvatuissa ratkaisuissa oli näin ollen kyse tilanteesta, jossa *henkilö rikoksen tehtyään ilmoittaa rikoksesta poliisille tai muulle viranomaiselle jo ennen kuin kyseinen rikos – saati sitten henkilön osallisuus tähän rikokseen – on lainkaan tullut poliisin tietoon.*

Ratkaisut KKO 2003:62 ja KKO 2003:63 taas osoittavat korkeimman oikeuden linjan soveltaa lieventämisperustetta tilanteissa, joissa tietystä rikoksesta vangittu kertoo vangitsemisen jälkeen sellaisesta vangitsemiseen johtaneeseen rikokseen liittyvästä toisesta rikoksesta, josta viranomaisilla ei ollut lainkaan tietoa. Tyypillinen tällainen tilanne on juuri huumausainerikoksen yhteydessä sellaisesta laajemmasta huumausaineiden käytöstä kertominen, joka ei ilman epäillyn kertomusta olisi todennäköisesti tullut viranomaisten tietoon.

68 KKO:n ratkaisut kommentein. KKO 2015:69, Jussi Tapani.

69 KKO:n ratkaisut kommentein. KKO 2000:63, Ari-Matti Nuutila.

70 Korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 2015:69 käy ilmi ainoastaan, että A on tunnustanut rikoksensa jo ennen kuin oli rikoksesta epäillyn asemassa (kohta 9) ja että A on ilmiantanut *itsensä* ja tunnustanut rikoksensa (kohta 16). Sen sijaan Keski-Uudenmaan käräjäoikeuden tuomiosta (dnro R 13/3012) ilmenee, että rikos ei olisi selvinnyt ilman A:n ilmoittautumista poliisille.

KKO 2003:62, KKO 2003:63. Vastaaja oli esitutkinnassa oma-aloitteisesti kertonut huumausaineen käytöstään. Tämän ollessa ainoa olemassa oleva selvitys hänen huumeikäytöstään, ilman vastaajan omaa kertomusta olisi hyvin ilmeistä, että hänen hasiskäyttönsä ei olisi koskaan tullut poliisin tietoon. Korkein oikeus päätyi soveltamaan RL 6 luvun 6 §:n 3 kohdan lieventämisperustetta.⁷¹

Ratkaisussa KKO 2017:33 sen sijaan oli kyse muun muassa RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperusteen soveltamisesta tilanteessa, jossa *tapahtunut rikos oli viranomaisten tiedossa, mutta yhteys rikoksen tekijään ei.*

KKO 2017:33. A oli muun muassa tehdäkseen törkeän huumausainerikoksen tai huumausainerikoksen eli viljelläkseen Psilosybe-sieniä tuonut maahan sienten kasvatusalustoja 55 kappaletta. A oli tilannut alustat Hollannista internetin välityksellä ja ne oli tilauksen perusteella lähetetty Suomeen. Alustat oli takavarikoitu Vantaalla.⁷²

A:n teot olivat tulleet ilmi siten, että hän oli ottanut yhteyttä Tulliin saatuaan selville, että kasvatusalustat olivat Tullin hallussa. A oli ilmoittanut olleensa tilauksen tekijä, vaikka tilaus oli tehty toisen henkilön nimellä. A oli lisäksi esitutkinnassa kertonut aikaisemmista kasvatusalustatilauksistaan, joista hänet sittemmin tuomittiin. Kaikista tilauksista esitutkintaviranomaisella ei ollut ollut tietoa tutkinnan tuossa vaiheessa. Korkein oikeus otti A:n pyrkimyksen edistää rikostensa selvittämistä huomioon rangaistuksen lieventämisperusteena. Ratkaisussa KKO 2017:33 oli siten kyse sekä itsensä ilmiantamisesta, ennen kuin kyseistä henkilöä epäiltiin, että oman rikoksensa (muista tilauksista) ilmoittaminen ennen kuin kyseinen rikos oli lainkaan tullut viranomaisten tietoon.

4.3 Rikos ja tekijän yhteys rikokseen pääosin viranomaisten tiedossa

Edellä kuvatussa korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2000:63 oli myös kyse tilanteesta, jossa rikos ja tekijän yhteys rikokseen olivat pääosin viranomaisten tiedossa. Lieventämisperusteen arvioinnissa huomioitiin siten itsensä ilmiantamisen lisäksi se, että A oli välittömästi tämän tehtyään pyrkinyt osoittamaan rikosten tekopaikan. Myös ratkaisun KKO 2015:69 perustelujen kohdan 18 mukaan A oli muun lisäksi osoittamalla poliisille noin 11,2 kilogrammaa marihuanaa sisältäneen huumausainekätkön sijainnin estänyt sen pääsyn katukauppaan. A:n osuus rikoksensa vaikutusten poistamisessa oli siltä osin ratkaiseva. Samoin ratkaisussa KKO 2018:45 lieventämisperusteena huomioitiin se, että A oli oma-aloitteisesti paljastanut poliisille huumausaineen kätköpaikan ja tunnustanut osuutensa rikoksessa välittömästi poliisin otettua hänet kiinni. Menettely johti huumausaineen levittämisen estymiseen ja näin ollen myös rikoksen vaikutusten tehokkaaseen ehkäisemiseen. Todennäköisesti varsinaiselle tunnustukselle annettu painoarvo lieventämisperusteen soveltamisharkinnassa on kuitenkin ollut pieni,

71 KKO 2003:62 ja KKO 2003:63.

72 KKO 2017:33.

sillä kiinnijäämisen jälkeen annetun tunnustuksen ei perinteisesti ole katsottu olevan yhtä merkittävä kuin ennen kiinnijäämistä annetun. Näin ollen pääosin huumeikätkön paljastaminen lienee johtanut lieventämisperusteen huomioimiseen rangaistuksen määräämisessä. Kyse on siis kaikissa tapauksissa ollut siitä, että *rikos ja tekijän yhteys rikokseen ovat pääosin olleet viranomaisten tiedossa*, mutta *tuntemattomaksi jääneen teko- tai kätköpaikan osoittaminen* on johtanut lieventämisperusteen soveltamiseen.

Sen sijaan vanhemmassa ratkaisussa KKO 2005:56 korkein oikeus ei nähnyt syytä lieventää A:n rangaistusta, vaikka A oli tunnustanut oman käyttönsä ja myöhemmin myös huumeiden myymisen muille henkilöille sekä osoittanut poliisiviranomaisille noin 2 500 ekstaasitabletin kätköpaikan. A:n toimien johdosta huomattava osa hänen myymästään huumausaineesta saatiin poliisiin haltuun ja pois levityksestä. Ratkaisu KKO 2018:45 ilmentää korkeimman oikeuden muuttunutta linjaa RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperusteen soveltamisessa suhteessa ratkaisuun KKO 2005:56.

Tuoreimmassa, jo aiemmin mainitussa ennakkopäätöksessään rikoksen selvittämisen vaikutuksesta rangaistukseen korkein oikeus päätyi lieventämisperusteen soveltamiseen seuraavassa tapauksessa.

KKO 2018:60. Naisopettaja oli ollut lukuisia kertoja sukupuoliyhteydessä ja muulla tavoin tehnyt seksuaalisia tekoja kahdelle poikaoppilaalleen, jotka olivat tapahtumaaikaaan 13–15- ja 12–13-vuotiaita. Opettajan syyksi oli hovioikeudessa luettu kaksi törkeää lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä, kaksi seksuaalista hyväksikäyttöä sekä törkeä virka-aseman väärinkäyttäminen. Toisen oppilaan osalta opettaja oli esitutkinnassa vähitellen kertonut teoista sellaisia yksityiskohtia, jotka eivät ilmenneet häneltä takavarikoiduista tietokoneesta ja matkapuhelimesta löydettyistä osapuolten välisistä viesteistä.⁷³

Opettajan kertomien tietojen johdosta esiin tuli sellaisia tosiseikkoja, jotka johtivat törkeään tekemuodon tunnusmerkistön soveltamiseen perusmuotoisen lapsen seksuaalisen hyväksikäytön tunnusmerkistön sijasta. Tapauksessa rikos oli näin ollen jo ennen tunnustamista selvillä, mutta tunnustuksella oli vaikutusta törkeysarviointiin. Kyse ei siis ollut siitä, että ilman tunnustusta rikos olisi jäänyt kokonaan selvittämättä ja tekijä rangaistuksetta. Tilannetta voitaisiin kuvailla parhaiten *oman rikoksensa ilmiäntämiseksi, kun rikos, mutta ei törkeysaste on viranomaisten tiedossa* ja tarkemmin ei teko- tai kätköpaikan – kuten edellä – vaan *muun rikokseen liittyvän seikan osoittamiseksi*.

Lieventämisperusteena on eräissä tapauksissa huomioitu myös *poikkeuksellisen aktiivinen oman rikoksen selvittäminen muulla tavoin*. Tällaisella selvittämällä tarkoitetaan tässä esimerkiksi tunnustamista esitutkinta- tai tuomioistuinvaiheessa taikka muunlaista selvittämistä,

73 KKO 2018:60.

kuten sähköpostin tai tietokoneen salasanan tai muun rikoksen selvittämistä olennaisesti helpottavan tiedon antamista viranomaisten käyttöön. Korkein oikeus sovelsi RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperustetta muun muassa törkeitä veropetoksia ja törkeitä kirjanpitorikoksia koskevassa ratkaisussaan.

KKO 2018:2. A oli esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä tunnustanut tekonsa ja myöntänyt korvausvaatimukset oikeiksi, mikä oli vähentänyt asiassa tarvittavan todistelun määrää kaikkien syytekohtien osalta ja siten olennaisesti vähentänyt kustannuksia ja nopeuttanut menettelyä asian käsittelyn tässä vaiheessa. A:n myötävaikutus rikostensa selvittämiseen verotarkastuksessa, esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä oli kokonaisuutena merkittävää.⁷⁴

Ratkaisussa KKO 2017:51 korkein oikeus taas ei katsonut lieventämisperusteen soveltamiselle olevan edellytyksiä.

KKO 2017:51. A oli internetissä usealla valeprofiililla esiintyen käynyt seksuaalissävyyisiä keskusteluja kahdeksantoista iältään 10–15-vuotiaan lapsen kanssa. A oli pyytänyt lapsia lähettämään intiimejä kuvia itsestään tai kuvaamaan verkkokameralla itseään. Kahdessa tapauksessa A oli saanut lapsista alastonkuvia, jotka hän oli tallentanut tietokoneelleen. Lisäksi A oli levittänyt internetissä lapsipornografiaa sisältäviä kuvia. Tapauksessa A:n syyksi oli luettu 21 eri rikosta.

Eri mieltä olevan jäsenen lausunnosta käy ilmi, että A oli tultuaan kiinniotetuksi ensimmäisissä esitutkintakuulusteluissaan kertonut, millä älylaitteilla hän oli käynyt internetissä seksuaalipitoisia keskusteluja, mitä nimimerkkejä ja valeprofiileja hän oli tällöin käyttänyt ja millä internetin keskustelupalstoilla hän oli lasten kanssa keskustellut. Lisäksi A oli nimennyt muutamia alaikäiseksi muistamiaan lapsia, joiden kanssa hän oli seksuaalipitoisia viestejä tai alastonkuvia vaihtanut. A oli tarkentanut tunnustustaan vastaamalla poliisin yksilöityihin kysymyksiin omista ja lasten käyttämistä nimimerkeistä ja keskustelufoorumista sen jälkeen, kun poliisi oli takavarikoinut A:n käyttämät älylaitteet ja tutkinut niiden sisäisen muistin. Perustelujen kohdassa 20 korkein oikeus totesi, ettei A ollut missään vaiheessa kiistänyt menettelyään, mutta hän ei ollut myöskään sitä olennaisessa laajuudessaan oma-aloitteisesti tuonut ilmi. Asiassa ei ollut tullut esille, että A olisi tunnustamisellaan paljastanut jotain sellaista tekokokonaisuutensa kannalta olennaista, joka ei olisi selvinnyt esitutkintaviranomaiselle viimeistään A:n älylaitteisiin kohdistetun teknisen tutkinnan perusteella.

Vastaavaa selvittämistä ilmeni ratkaisussa KKO 2017:88, jossa oli kyse törkeistä dopingrikoksista. Rikosten selvittämisen yhteydessä A:n katsottiin huomattavasti edistäneen rikostensa selvittämistä muun muassa antamalla esitutkintaviranomaisten käyttöön sähköpostinsa ja

74 KKO 2018:2, kohta 24.

tietokoneensa tiedostot, joista oli selvinnyt valtaosa maahan tuotujen aineiden laadusta ja määrästä.⁷⁵ Tämän korkeimman oikeuden myöhemmän ratkaisun huomioiden myös ratkaisussa KKO 2017:51 olisi nähdäkseni tullut soveltaa RL 6:6:n 3 kohdan mukaista rikoksensa selvittämisen edistämistä koskevaa lieventämisperustetta. Ratkaisukäytännön yhtenäisyyden kannalta tilanne on nähdäkseni epäselvä, korkeimman oikeuden antaessa kahdesta toisiaan muistuttavasta rikoksen selvittämisen edistämistilanteesta kaksi eriävää ratkaisua. Ratkaisun KKO 2017:51 eri mieltä olevan jäsenen lausunnon mukaan A:n rangaistusta olisi tullut lieventää, mutta ottaen huomioon, ettei A:n tunnustaminen ollut asian selvittämisen kannalta ratkaiseva eikä merkittävä, lieventämisperusteen vaikutuksen olisi tullut jäädä vähäiseksi.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1998:162 lieventämisperustetta ei sovellettu, kun A oli kertonut rikoksestaan vasta sen jälkeen, kun hänelle oli tehty henkilöntarkastus ja hänen selkäänsä teipattu amfetamiinierä oli löydetty. Tämä ratkaisu on nähdäkseni perusteltu, sillä A:n tunnustaminen tässä vaiheessa ei tuonut lisäarvoa rikoksen selvittämiseksi, kun rikos kokonaisuudessaan oli jo varsin selvä.⁷⁶ Lieventämisperustetta ei niin ikään sovellettu ratkaisussa KKO 2012:9, jossa oli kyse isän vaimoonsa ja alaikäisiin lapsiinsa kohdistamasta laittomasta uhkauksesta sekä lähisuhdeväkivallasta. A oli ensin kiistänyt teon, mutta kaksi päivää myöhemmin uudelleen kuultuna ilmoittanut vaimonsa rikosilmoituksen tapahtumista olevan oikea ja myöntänyt syyllistyneensä laittomaan uhkaukseen. Kuten ratkaisussa KKO 1998:162, korkein oikeus totesi tapahtumainkulun olleen merkityksellisiltä osin poliisin tiedossa jo siinä vaiheessa, kun A oli esitutkinnassa tunnustanut teon. Tunnustaminen saattoi helpottaa esitutkintaa ja asian tuomioistuinkäsittelyä, mutta merkitys ei kuitenkaan ollut niin ratkaiseva, että A:n toimintaa olisi voitu pitää laissa tarkoitettuna pyrkimyksenä edistää oman rikoksensa selvittämistä. Rikoksen selvittämiskustannusten kannalta tekijän toiminnalla ei ole ollut tapauksissa merkitystä, joten prosessiekonomiset syyt eivät ole puoltaneet lieventämisperusteen soveltamista.

Tällaisen edellä kuvatuissa tapauksissa käsillä olleen *poikkeuksellisen aktiivisen oman rikoksen selvittämisen muulla tavoin* voidaan katsoa asettavan RL 6:6:n 3 kohdan mukaisen lieventämisperusteen soveltamiselle tietyn alarajan. Korkeimman oikeuden ratkaisuista voidaan kuitenkin havaita, että alarajaa tunnustamisen huomioimiselle lieventämisperusteena on mahdotonta yksiselitteisesti linjata, vaan kyse on aina tapauskohtaisesta harkinnasta.

75 KKO 2017:88, kohta 32. Ratkaisu KKO 2017:88 ei enää korkeimmassa oikeudessa suoraan koskenut RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperusteen soveltamista, sillä syyttäjä oli korkeimmassa oikeudessa hyväksynyt, että A:n toiminta rikoksensa selvittämisessä voidaan ottaa huomioon rangaistuksen lieventämisperusteena.

76 Koska lieventämisperustetta sovelletaan vain oman rikoksensa selvittämiseen, A:n rangaistusta ei lievennetty myöskään sillä perusteella, että B jäi kiinni A:n kertomuksen johdosta.

4.4 Tunnustuksen ajoituksen kategorisointi

Perehdyttyäni edellä käsitellyn RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperusteen, tarkemmin ”pyrkimys rikoksensa selvittämisen edistämiseen”, soveltamiskäytäntöön korkeimmassa oikeudessa, olen jaotellut lieventämisperusteen soveltamisen kahteen pääkategoriaan nojaten siihen, minkä verran tietoja viranomaisilla on hallussaan tapahtuneesta rikoksesta tai rikoksen tekijästä.

Ensimmäisessä kategoriassa lieventämisperustetta sovellettiin, kun *rikos ei ollut lainkaan viranomaisten tiedossa, tai jos rikos oli tiedossa, tekijän yhteys rikokseen ei ollut (A)*. Tällä tarkoitan ensiksi tilannetta, jossa viranomaiset eivät ensinkään tiedä, että kyseistä rikosta on tapahtunut (*oman rikoksensa ilmiantaminen, A1*), tai toiseksi tilannetta, jossa kyseinen rikos on viranomaisten tiedossa, mutta heillä ei ole tietoa tekijän yhteydestä kyseiseen rikokseen (*itsensä ilmiantaminen, A2*).

Toisessa kategoriassa lieventämisperustetta taas sovellettiin, kun sekä *rikos että tekijän yhteys rikokseen olivat pääosin viranomaisten tiedossa (B)*. Tässä kohdassa tarkoitan ensiksi tilannetta, jossa tekijä esimerkiksi osoittaa tuntemattomaksi jääneen tekopaikan tai vaikkapa huumeikätkön olinpaikan (B1). Toiseksi kyseessä voi olla poikkeuksellisen aktiivinen oman rikoksen selvittäminen muulla tavoin (B2). Rikoksen selvittämiskustannusten väheneminen on kiinteässä yhteydessä kategorisoinnin mukaiseen lieventämisperusteen sovellettavuuteen. Kategorian A tilanteet tuovat suurempia säästöjä ja ovat siten herkemmin lieventämisperusteena sovellettavia kuin B:n, ja numerointi etenee matalammasta soveltamiskynnyksestä (1) korkeampaan päin (2). Kategorisointi perustuu muuttuneeseen käsitykseen lieventämisperusteiden taustasyiden vaikutuksesta soveltamisharkintaan eli siihen, kuinka prosessiekonomiset syyt katsotaan yhä useammin eettisiä syitä painavammiksi.

A	Rikos tai tekijän yhteys rikokseen ei lainkaan viranomaisten tiedossa	A1	Oman rikoksensa ilmiantaminen viranomaiselle, kun rikos ei viranomaisten tiedossa
		A2	Itsensä ilmiantaminen viranomaiselle, kun yhteys rikokseen ei viranomaisten tiedossa
B	Rikos ja tekijän yhteys rikokseen pääosin viranomaisten tiedossa	B1	Tuntemattomaksi jääneen tekopaikan tai muun rikokseen liittyvän seikan osoittaminen
		B2	Poikkeuksellisen aktiivinen oman rikoksen selvittäminen muulla tavoin

Edellytykset lieventämisperusteen soveltamiselle kasvavat

Taulukko 1. Lieventämisperusteen kategorisointi.

Kuten aiemmin on todettu, RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperusteen on katsottu sekä oikeus-kirjallisuudessa että lain esitöissä olevan sukua yrityksestä luopumista ja tehokasta katumista koskeville säännöksille.⁷⁷ Tehokas katuminen johtaa RL 5:2.1:n mukaan vastuusta vapautumiseen, jos tekijä on vapaaehtoisesti luopunut rikoksen täyttämisestä tai muuten estänyt tunnusmerkistössä tarkoitetun seurauksen syntymisen. RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperusteen yhteydessä on selvää, ettei sen soveltaminen voi johtaa vastuusta vapautumiseen, sillä kyse ei ole seurauksen syntymisen estämisestä, kun rikos on jo tapahtunut. Rikoksen ilmianto ennen kuin viranomaisilla on siitä tietoa (A1) tai ilmoittautuminen poliisille ennen kuin on jäänyt kiinni rikoksesta tai ennen kuin tekijällä on ollut aihetta olettaa häntä siitä epäiltävän (A2) ovat RL 6:6:n 3 kohdan mukaisista tilanteista nähdäkseni läheisimmin rinnastettavissa yrityksestä luopumiseen ja tehokkaaseen katumiseen. A1-kohdan mukainen pyrkimys oman rikoksensa selvittämisen edistämiseen on korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä huomioitu – ja tulisi nähdäkseni huomioida – lähes kategorisesti rangaistuksen lieventämisperusteena. Edelleen tämän puolesta puhuu se, että tekijän A1-kohdan mukaisesta toiminnasta voi aiheutua huomattavia prosessiekonomisia säästöjä viranomaisen saadessa merkittäviä tietoja rikokseen liittyen jo ennen tutkinnan aloittamista. Koska rikos ja sen yhteys rikoksen tekijään eivät myöskään A2-kohdan tilanteissa ole viranomaisten tiedossa, myös tällöin on kyse merkittävästä selvittämiskustannusten vähenemisestä, sillä tekijän ilmianto tarkoittaa viranomaisten kannalta huomattavaa tutkinnan helpottumista.

Toiseksi kategoriaksi olen systematisoinut tilanteet, joissa *sekä rikos että tekijän yhteys rikokseen ovat jo pääosin viranomaisten tiedossa*. Tällaisissa tilanteissa lieventämisperusteen soveltamiskynnys on luonnollisesti korkeampi kuin kategorian A tilanteissa, kun pääosa rikokseen liittyvistä seikoista on jo selvitetty eikä yhtä mittavia säästöjä rikoksen selvittämisestä aiheutuviin kustannuksiin ole enää saatavissa. Rikoksen selvittämisen kannalta olennaiseksi voi kuitenkin muodostua esimerkiksi *tuntemattomaksi jääneen tekopaikan tai muun rikokseen liittyvän seikan osoittaminen* (B1) taikka *poikkeuksellisen aktiivinen oman rikoksen selvittäminen muulla tavoin* (B2). B2-tapaustyyppi on yhtäältä tämän kategorisoinnin ”kaatoluokka”, mutta toisaalta myös merkittävin osa, sillä sen alarajan voidaan katsoa vastaavan RL 6:6:n 3 kohdan soveltamisen alarajaa.

Alarajaa tunnustamisen huomioimiselle lieventämisperusteena on mahdotonta yksiselitteisesti määrittää, vaan kyse on aina tapauskohtaisesta harkinnasta. Lähtökohtaisesti RL 6:6:n 3 kohdan mukainen lieventämisperuste ei ainakaan sovellu, kun tekijä tunnustaa vasta jäätyään kiinni, eikä tunnustuksella selvästi ole minkäänlaista lisäarvoa rikoksen selvittämiselle. Soveltamiskynnyksen määrittely on siis tiiviissä yhteydessä lieventämisperusteen taustasyille annettavaan merkitykseen. Nähdäkseni lieventämisperusteen soveltamisedellytyksen ratkaisee viime kädessä se, millaisia prosessiekonomisia säästöjä tunnustuksella on saatu aikaan sen sijaan, että riittäväksi perusteeksi katsottaisiin tekijän vastuun ottaminen ja katuminen.

77 Ks. esim. Lappi-Seppälä 1987, s. 489; HE 125 II 1975 vp, s. 15 ja HE 44/2002 vp, s. 198.

5. LOPUKSI

Tutkimusongelmana oli selvittää, voidaanko voimassa olevan lainsäädännön, lain esitöiden ja korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön avulla määritellä ajallista alarajaa tunnustuksen antamiselle. Katson, että lieventämisperusteen systematisoinnin (luku 4.4) mukaisen kategorian A (*rikos tai tekijän yhteys rikokseen ei lainkaan viranomaisten tiedossa*) tapauksissa tunnustuksella tulisi olla lähes aina rangaistusta lieventävä vaikutus. Sellaisissa tapauksissa, joissa kyseinen rikos tai tekijä ei tulisi lainkaan viranomaisten tietoon ilman tunnustusta, on tunnustuksella katsottava olevan niin merkittävä vaikutus, että lieventämisperustetta tulisi soveltaa.

Mitä tulee kategoriaan B (*rikos ja tekijän yhteys rikokseen pääosin viranomaisten tiedossa*), lieventämisperusteen soveltaminen ei ole aivan niin yksiselitteistä. Tekopaikan tai muun merkityksellisen paikan osoittamisen (B1) on viimeaikaisessa oikeuskäytännössä katsottu riittävän lieventämisperusteen soveltamiskynnyksen ylittämiseksi, samoin kuin muun rikokseen liittyvän seikan osoittamisen viimeisimmässä kysymystä koskevassa ratkaisussa KKO 2018:60. Viimeiseksi joukoksi olen määritellyt poikkeuksellisen aktiivisen oman rikoksensa selvittämisen muulla tavoin (B2). Vaikka korkein oikeus on ollut ratkaisukäytännössään nähdäkseni jopa epäjohdonmukainen,⁷⁸ katson, että mikäli rikosentekijä vapaaehtoisesti antaa viranomaisten käyttöön rikoksenteossa olennaisessa osassa ollutta elektroniikkaa tai kertoo oma-aloitteisesti siitä, miltä älylaitteilta tai sivustoilta löytyy olennaista rikokseen liittyvää tietoa, tulisi tämän johtaa RL 6:6:n 3 kohdan soveltamiseen. Niin talous-, huumausaine- kuin seksuaalirikoksissa tällaisella tiedolla voi olla olennainen vaikutus rikoksen selvittämisen helpottumiseen ja prosessiekonomisen hyödyn saamiseen, sillä nykyään rikosten tekoon voi enenevässä määrin liittyä mitä moninaisempia tietoteknisiä sovelluksia ja alustoja. Alarajan lieventämisperusteen soveltamiselle voi kuitenkin vetää vähintään siihen, kun tekijä tunnustaa vasta jäätyään kiinni eikä tunnustuksella tai tekijän muilla antamilla tiedoilla saavuteta taloudellisia säästöjä. Etenkin viimeaikaisessa soveltamiskäytännössä painavin merkitys on annettu rikoksen selvittämiskustannusten säästöille, ja näin ollen prosessiekonomisille taustasyille.

Kuten todettu, tunnustamisen merkitys rangaistusta lieventävänä tekijänä on jäänyt varsin vähäiseksi niin RL 6:6:n 3 kohdan kuin syyteneuvottelumenettelyä koskevan RL 6:8a:n mukaisena lieventämisperusteena, puhumattakaan tunnustuksen vaikutuksesta rangaistusasteikkoa lieventävänä tekijänä RL 6:8.1:n 5 kohdan nojalla. Voimassa oleva lainsäädäntö kuitenkin mahdollistaa tunnustuksen huomioimisen säädetyn rangaistusasteikon sisällä (RL 6:6) tai jopa poikkeamisen säädetystä rangaistusasteikosta neljäsosan (RL 6:8) tai peräti kolmasosan (RL 6:8a) verran, joten tarpeelliset muutokset soveltamiskynnyksen madaltamiseksi on jo nähdäkseni toteutettu lainsäädännön avulla.

78 Vrt. KKO 2017:51 ja KKO 2017:88.

ICO RAHOITUSKEINONA – OIKEUDELLINEN ASEMA SIJOITUS- JA HYÖDYKEMUOTOISEN JOUKKORAHOITUKSEN RAJAPINNASSA

ICO AS A FINANCING METHOD – LEGAL STATUS AT THE INTERFACE OF INVESTMENT-BASED AND REWARDS-BASED CROWDFUNDING

Niko Kauppi¹

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol13iss2pp32-63>

Helsinki Law Review, 2/2019, pp. 32–63

© 2019 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



Avainsanat:

Kollikkoanti, lohkoketju, token, joukkorahoitus, siirtokelpoinen arvopaperi, hyödyke, finanssiteknologia

Keywords:

Initial coin offering, blockchain, token, crowdfunding, transferable security, commodity, financial technology

Abstract

An Initial Coin Offering (ICO) is a blockchain-based financing method that can be described as a hybrid form of crowdfunding as it contains characteristics of both crowdfunding and IPOs. The first ICO took place in 2013 but still, after tens of billions of dollars have been raised, the phenomenon is surrounded by legal uncertainty.

This article aims to highlight the issues relevant to the evaluation of ICOs at the interface of investment-based and rewards-based crowdfunding. This interface has become important with the emergence of ICOs, as blockchain technology allows the issuance and speculative trading of different types of digital assets, such as utility tokens and security tokens. The evaluation is

largely based on the European concept of a transferable security as defined in the Markets in Financial Instruments Directive 2014/65/EU (MiFID II).

The main conclusion of this article is that the issuance of tokens with attached dividend-like profit rights (i.e. security tokens) closely resembles the issuance of transferable securities and therefore financial laws should apply to security token issuances. Due to the possibility of speculative trading on secondary markets, questions relating to investor protection arise also in connection to tokens without attached profit rights (i.e. utility tokens). However, applying existing financial laws to utility token offerings would not provide the means for adequate investor protection due to the special characteristics of ICOs.

1 The author is a student of law at the University of Helsinki. This article is based on his Bachelor's Thesis on securities market law.

I. JOHDANTO

Kolikkoanti (*Initial Coin Offering*, jatkossa ICO) on lohkoketjuteknologiaan perustuva rahoituskeino, jonka avulla rahoitusta hankitaan laskemalla liikkeelle lohkoketjuun kytketty instrumentti eli token². Lohkoketju on kryptografian ja konsensusalgoritmien kaltaisten teknisten ratkaisujen avulla toteutettava digitaalinen tilikirja, joka mahdollistaa käyttäjien väliseen luottamukseen perustuvan hajautetun järjestelmän luomisen.³ Lohkoketjuun on mahdollista kytkeä lähes minkäläistä omaisuutta tai ehtoja tahansa⁴, joten ICO on mahdollista toteuttaa käytännössä minkä tahansa rahoituskeinon kaltaisessa muodossa⁵. ICO:ja voidaan kuvata hybridimuotoiseksi joukkorahoitukseksi, sillä ne omaavat piirteitä erityisesti joukkorahoituksesta sekä listautumisanneista (*Initial Public Offering*, jatkossa IPO).⁶

Finanssikriisin jälkeinen muuttunut tilanne rahoitusmarkkinoilla on haastanut erityisesti startup- ja kasvuyritysten rahoitustarpeen täyttämismahdollisuuksia. Sekä ICO että joukkorahoitus täyttävät tätä rahoitusvajetta tarjoamalla suurelle yleisölle mahdollisuuden sijoittaa alkuvaiheen

yrityksiin⁷ internetin välityksellä.⁸ Tämän lisäksi näitä rahoitusmuotoja yhdistää useiden toteuttamismuotojen tarjoama joustavuus. ICO:jen ja IPO:jen välillä on myös useita yhtymäkohtia, mutta tarkasteltaessa rahoitusmuotoja laajempina kokonaisuuksina osana yritysrahoitusta ICO:jen joustavuus sekä asema erityisesti yrityksen alkuvaiheen rahoituskeinona aiheuttavat merkittäviä eroavaisuuksia rahoitusmuotojen välille.⁹

ICO-markkinoiden voimakas kasvu¹⁰ on aiheuttanut lainsäätäjälle merkittäviä haasteita, sillä etenkin ICO:ihin liittyvien erityispiirteiden vuoksi voimassaolevan lainsäädännön soveltaminen uuteen ilmiöön sellaisenaan muodostuu erittäin haastavaksi. Aihepiiri onkin ollut voimakkaan kiinnostuksen kohteena myös lainsäätäjän suunnalta niin kotimaassa ja EU:ssa kuin globaalistakin. Suomessa laki virtuaalivaluutan tarjoajista (572/2019, jatkossa VVTL)¹¹ astui alan ensimmäisenä erityislakina voimaan 1.5.2019. VVTL on monilta osin altis kritiikille, mutta kuvastaa kuitenkin aihepiirin tärkeyttä myös kotimaassa. EU:ssa ICO:t ovat olleet esillä uuden joukkorahoitusasetuksen valmistelussa ja parlamentti on päättänyt ehdottamaan mainintaa ICO:ista uuden asetuksen johdantokappaleisiin, vaikka ICO:t ovatkin jäämässä asetuksen

-
- 2 Suomessa tokeneista on käytetty termejä ”dipoli” eli digitaalinen poletti (Antti Innanen – Mikko Eerola – Juha Viitala – Patrik Elias Johansson, Lohkoketju: Tiekartta päättäjille. Alma Talent 2019, s. 112), virtuaalivaluutta (mm. Finanssivalvonta) ja rahake. Kansainvälisesti ESMA on käyttänyt termiä kryptovara. Erityisesti virtuaalivaluutan, rahakkeen ja (krypto)varallisuuden käsitteisiin saattaa liittyä objektiivista tarkastelua häiritseviä ja tässä yhteydessä virheellisiäkin ennakkokäsityksiä. Termistön vakiintumattomuudesta johtuen tässä tekstissä käytetään kansainvälisessä kirjallisuudessa esiintyvää termiä token.
 - 3 Lohkoketjuteknologian toimintaperiaatteita käsitellään tarkemmin jaksossa 2.
 - 4 Ks. esimerkiksi Don Tapscott – Alex Tapscott, *Realizing the Potential of Blockchain - A Multistakeholder Approach to the Stewardship of Blockchain and Cryptocurrencies*. World Economic Forum White Paper – June 2017, s. 4 sekä William Mougayar, *The Business Blockchain: Promise, Practice, and Application of the Next Internet Technology*. John Wiley & Sons 2016, s. 91.
 - 5 Ryan Amsden – Denis Schweizer, *Are Blockchain Crowdsales the New 'Gold Rush'? Success Determinants of Initial Coin Offerings*. SSRN-artikkeli, saatavilla osoitteesta <<https://ssrn.com/abstract=3163849>>, julkaistu 15.5.2018, s. 10. Erilaisten rahoituskeinojen jäljittely on mahdollista minimaalisin kustannuksin ks. Paul Momtaz, *Initial Coin Offerings*. SSRN-artikkeli, saatavilla osoitteesta <<https://ssrn.com/abstract=3166709>>, julkaistu 7.7.2018, s. 11.
 - 6 Ks. esimerkiksi Hugo Benedetti – Leonard Kostovetsky, *Digital Tulips? Returns to Investors in Initial Coin Offerings*. SSRN-artikkeli, saatavilla osoitteesta <<https://ssrn.com/abstract=3182169>>, julkaistu 5.6.2018, s. 2 sekä Karen Yeung, *Regulation by Blockchain: the Emerging Battle for Supremacy between the Code of Law and Code as Law*. *The Modern Law Review* (2019) 82(2) s. 207–239, s. 226. Joukkorahoituksen ja IPO:jen ohella ICO:t muistuttavat myös venture capital -rahoitusta erityisesti useiden mahdollisten rahoituskierrosten vuoksi, ks. esimerkiksi Nate Crosser, *Initial Coin Offerings as Investment Contracts: Are Blockchain Utility Tokens Securities?*. *Kansas Law Review* 2018 vol.67 s. 379–422, s. 379 sekä Sabrina T. Howell – Marina Niessner – David Yermack, *Initial Coin Offerings: Financing Growth with Cryptocurrency Token Sales*. ECGI – Working Paper Series in Finance N 564/2018, July 2018, s. 1.

-
- 7 Uudet rahoituskeinot ovat tuoneet yleisölle mahdollisuuden sijoittaa korkeariskisiin yrityksiin, joihin sijoittaminen on tyypillisesti ollut mahdollista vain pääomasijoittajille, ks. Yeung 2019, s. 226–227.
 - 8 Joukkorahoituksen osalta ks. Aki Kallio – Lasse Vuola, *Joukkorahoitus*. Alma Talent 2018, s. 75 sekä Matti Turtiainen, *Näkökulmia joukkorahoituksen sääntelyyn* s. 249–266 teoksessa Raimo Immonen – Reijo Knuutinen (toim.), *Oikeuden ja talouden rajapinnassa – Juhlakirja Matti J. Sillanpää 60 vuotta*. Edita 2015, s. 249 ja ICO:jen osalta ks. Amsden – Schweizer 2018, s. 10–12.
 - 9 Suurten linjojen eroavaisuudesta huolimatta ICO:t ovat saaneet vaikutteita IPO:ista erityisesti tiettyjen mekanismien, kuten alihinnoittelun, muodossa. Ks. tarkemmin esim. Alexis Collomb – Primavera De Filippi – Klara Sok, *From IPOs to ICOs: The Impact of Blockchain Technology on Financial Regulation*. SSRN-artikkeli, saatavilla osoitteesta <<https://ssrn.com/abstract=3185347>>, julkaistu 11.6.2019, erit. s. 3–7 sekä Jongsub Lee – Tao Li – Dongwa Shin, *The Wisdom of Crowds in FinTech: Evidence from Initial Coin Offerings*. SSRN-artikkeli, saatavilla osoitteesta <<https://ssrn.com/abstract=3195877>>, julkaistu 21.6.2018, päivitetty viimeksi 12.9.2019.
 - 10 ICO:illa kerättiin rahoitusta vuoden 2018 aikana yli 21 miljardia dollaria ja ICO:t ohitti teknologia-alan startup-yritysten alkuvaiheen rahoitusmuotona muun muassa venture capital -rahoituksen, ks. Stéphane Blemus – Dominique Guégan, *Initial Crypto-asset Offerings (ICOs), tokenization and corporate governance*. SSRN-artikkeli, saatavilla osoitteesta <<https://ssrn.com/abstract=3350771>>, julkaistu 8.4.2019, s. 10, joiden esittämä luku perustuu Coinschedule.com -sivuston tilastoihin. FIVA kertoi elokuussa 2018 antaneensa neuvontaa vajaalle 20:lle ICO:n järjestämisestä suunnitelleelle taholle, ks. Finanssivalvonnan lausunto valtiovaraministeriölle luonnokseen hallituksen esitykseksi laiksi pankki- ja maksutilien valvontajärjestelmästä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (FIVA 23/01.01.00/2018), annettu 8.8.2018 (jatkossa Fiva 2018a), s. 3.
 - 11 Laki perustuu EU:n viidenteen rahanpesudirektiiviin (EU) 2018/843 rahoitusjärjestelmän käytön estämisestä rahanpesuun tai terrorismin rahoitukseen annetun direktiivin (EU) 2015/849 ja direktiivien 2009/138/EY ja 2013/36/EU muuttamisesta.

soveltamisalan ulkopuolelle.¹² Yhdysvalloissa ICO:ja arvioidaan Yhdysvaltain korkeimman oikeuden vuonna 1946 antamaan ratkaisuun perustuvan Howey-testin avulla¹³, mutta sekä senaatissa että kongressissa on annettu useita aihepiiriä koskevia lakialoitteita, jotka saattavat tulevaisuudessa johtaa oikeustilan muutoksiin.¹⁴

Tämä artikkeli tarkastelee ICO:ja ilmiönä hyödyke- ja sijoitusmuotoisen joukkorahoituksen rajapinnassa¹⁵, joka on oikeudellisesti ratkaisevassa asemassa, sillä hyödykemuotoiseen joukkorahoitukseen sovelletaan kuluttajansuojalainsäädäntöä ja kauppalakia siinä missä sijoitusmuotoiseen joukkorahoitukseen sovelletaan rahoitusmarkkinasääntelyä, kuten joukkorahoituslakia ja arvopaperimarkkinalakia.¹⁶ VVTL erityislakina on otettava kaikissa tilanteissa huomioon, vaikka se ei suppeutensa vuoksi tuo merkittävää lisäarvoa arviointiin.

Artikkelissa pyritään aluksi avaamaan lohkoketjuteknologian peruseriaatteita, joiden ymmärtämistä oikeustilan kriittinen tarkastelu edellyttää. Teknologian käsittelyn jälkeen tarkastellaan ICO:jen ja joukkorahoituksen välistä suhdetta, minkä jälkeen syvennytään havaittuihin oikeudellisiin ongelmakohtiin. Lopuksi tarkastellaan Yhdysvaltain oikeustilaa vertailukohtana eurooppalaisen sääntelyn nykytilalle ja pohditaan lyhyesti tämänhetkisten ratkaisujen etuja ja haittoja.

-
- 12 European Parliament legislative resolution of 27 March 2019 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European Crowdfunding Service Providers (ECSP) for Business (COM(2018)0113 – C8-0103/2018 – 2018/0048(COD)), 27.3.2019 (P8_TA(2019)0301) (jatkossa Euroopan parlamentti 2019), johdantokappaleet 11a, 15a ja 15b.
 - 13 Tapauksessa SEC v. W.J. Howey Co. 328 U.S. 293, 298–299 (1946) korkein oikeus määritteli sijoitussopimuksen käsitteen, jonka kriteeristön pohjalta edelleen arvioidaan instrumenttien arvopaperiluonnetta.
 - 14 Ks. esimerkiksi kongressin lakiehdotukset Bill of 116th U.S. Congress - H.R.922 for Virtual Currency Consumer Protection Act of 2019 (30.1.2019), Bill of 116th U.S. Congress - H.R.923 for U.S. Virtual Currency Market and Regulatory Competitiveness Act of 2019 (30.1.2019) sekä Bill of 116th U.S. Congress – H.R. 1361 for Blockchain Promotion Act of 2019 (26.2.2019). Ehdotukset lähinnä valtuuttavat eri viranomaiset tutkimaan mahdollisuuksia alan ilmiöiden sääntelyyn ja alan kehityksen tukemiseen.
 - 15 Rajanveto on muuttunut merkitykselliseksi ICO:jen erityispiirteiden vuoksi, eikä sitä ole aiemmin arvioitu. Esimerkiksi joukkorahoituslain esitöissä arvioitiin lahjoitus- ja hyödykemuotoisen joukkorahoituksen rajapintaa (Hallituksen esitys 46/2016 vp eduskunnalle joukkorahoituslaiksi sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi, annettu 7.4.2016, s. 16), mutta vastaavia haasteita ei nostettu esille hyödyke- ja sijoitusmuotoisen joukkorahoituksen osalta.
 - 16 Ks. esimerkiksi Turtiainen 2015, s. 253. Rahoitusmarkkinalainsäädännön soveltuminen ei kuitenkaan sulje kuluttajansuojalakeja kokonaan pois, vaan kuluttajansuojalaki täydentää sääntelyä yleislakina monessa kohdassa, ks. tarkemmin Arvopaperimarkkinalainsäädännön kokonaisuudistus – Työryhmän muistio. Valtiovarainministeriön julkaisu 12/2011, s. 104–107.

2. LOHKOKETJU – TEKNOLOGIA ICO:JEN TAUSTALLA

2.1 Ideologioista teknologiaan

Laajassa mittakaavassa ICO:t voidaan nähdä osana teknologista kehitystä, joka on vauhdittanut markkinoiden murrosta kohti hajautettua ja yksilölähtoisempää markkinaa.¹⁷ Moderneilla keskitetyillä markkinoilla palveluntarjoajat, kuten pankit, ovat vastuussa järjestelmän ylläpitämisestä ja luotettavuudesta, minkä vuoksi palveluntarjoajia koskee myös laaja lainsäädännöllinen kontrolli.¹⁸ Esimerkiksi maksuja välittäessään pankki varmistaa kahden osapuolen välisen transaktion täyttäen sille maksupalvelulaissa (290/2010) asetetut velvollisuudet¹⁹ ja toimien luotettavana välikätenä transaktion osapuolten välillä.²⁰ Luottamus tällaisiin keskusvetoisiin markkinoihin horjui merkittävällä tavalla vuonna 2008 Yhdysvaltain neljänneksi suurimman investointipankin Lehman Brothersin kaaduttua niin sanottujen roskalainojen myöntämisen seurauksena suistaen samalla maailmanlaajuisen talouden taantumaa.²¹ Kun kritiikkinä keskitetyille markkinalle finanssikriisin puhkeamisen jälkimainingeissa syntyi ensimmäinen hajautetun markkinan periaatteita toteuttava lohkoketjusovellus bitcoin-kryptovaluutta²², jonka hyödyntämä lohkoketjuteknologia hoitaa

-
- 17 Käytännönläheisesti kehitystä voidaan tarkastella keskiakaisista markkinarakenteista lähtien, ks. David C. Donald, From Block Lords to Blockchain: How Securities Dealers Make Markets. The Journal of Corporation Law 2018, vol. 44(1), s. 29–64. Teoreettisen tason tieteellinen keskustelu on virinnyt erityisesti 1960-luvulta alkaen, ks. Juho Rantala, Lohkoketjuteknologian yhteiskunta – Osa II: Lohkoketjun rajatut, desentralisoidut markkinat. Niin & Näin 2/2018, s. 151–163, erityisesti s. 151–153.
 - 18 Osa organisaatioista on suoraan valtion kontrolloimia, ks. Gur Huberman – Jacob D. Leshno – Ciamac Moallemi, Monopoly without a monopolist: An Economic analysis of the bitcoin payment system. Bank of Finland Research Discussion Papers 27/2017, s. 2.
 - 19 Velvollisuuksista ks. Sakari Wuolijoki – Mika Hemmo, Pankkioikeus. Talentum Media Oy 2013, s. 676–687.
 - 20 Koko maksunsiirtojärjestelmä perustuu pohjimmiltaan pankkien ja niiden maksukyvyyn nauttimalle luottamukselle, jonka menettäminen voisi vaarantaa koko rahoitusjärjestelmän toimivuuden, ks. Ross Cranston, Principles of Banking Law. Oxford University Press 1997, s. 249. Puhutaan niin sanotusta systeemiriskistä, jolla tarkoitetaan vaaraa koko rahoitusjärjestelmän romahtamisesta, ks. Tapio Anttila, Pankki, riskit ja sääntely. Lakimiesliiton kustannus 1996, s. 45. Tarve luottamukselle oli yksi markkinoiden keskittymiseen johtaneista syistä jo keskiajalla, ks. Donald 2018, s. 41.
 - 21 Lisäkritiikkiä keskusvetoiselle järjestelmälle aiheutti Ernst & Young -tilintarkastusyhtiön väitetty osallisuus Lehman Brothersin virheellisten taloudellisten tietojen salailussa. Ks. esimerkiksi New York Times: Ernst & Young in Settlement Over Lehman Brothers 15.4.2015, luettavissa osoitteessa <<https://www.nytimes.com/2015/04/16/business/dealbook/ernst-young-in-settlement-over-lehman-brothers.html>>, vierailtu 17.11.2019.
 - 22 Kryptovaluutta on salausalgoritmiikkaan perustuva virtuaalivaluutta, jonka salaus rakentuu julkisiin ja yksityisiin avaimiin, joilla arvoa siirretään henkilöltä toiselle. Virtuaalivaluutta on yksityisen tahon liikkeeseen laskema sähköinen maksuväline, jonka toiset yksityiset tahot voivat hyväksyä maksuvälineenä, mutta joilla ei ole tavallisen valuutan oikeudellista asemaa, ks. esimerkiksi Niels Vandezande, Virtual Currencies: A Legal Framework. Intersentia 2018, s. 35–38 sekä s. 50–69.

perinteisen keskusvastapuolen tehtävän varmistuksen edellytykset transaktion toteuttamiselle ilman tarvetta luotetuille välittäjätaholle.²³ Hajautetussa järjestelmässä avainasemassa ovat järjestelmän käyttäjät, joiden välinen luottamus perustuu teknologiaan luotetun välittäjätahon läsnäolon asemasta.

Ideologisesti puhtaimmillaan lohkoketju on hajautettu julkinen tapahtumarekisteri (*public decentralized ledger*), jossa jokaisella ketjun osallistujalla on pääsy ketjun tietoihin sekä mahdollisuus osallistua ketjun rakentamiseen.²⁴ Tällaisessa yksilöiden toimille perustuvassa järjestelmässä transaktioiden toteuttaminen edellyttää kaikkien käyttäjien välillä (riittävää) yhteisymmärrystä toteutettavan transaktion sisällöstä. Tämä käyttäjien välinen yhteisymmärrys eli konsensus varmistetaan matemaattisesti ja koneellisesti niin sanotun konsensusalgoritmin avulla, minkä seurauksena syntyy luotettava julkinen tapahtumarekisteri eli lohkoketju ilman keskitetyn auktoriteetin kontrollia.²⁵

Hajautetussa vertaisverkossa jokaisella verkossa olevalla toimijalla on hallussaan niin sanottu sähköinen tilikirja, johon kaikki kyseisessä vertaisverkossa aiemmin toteutetut transaktiot ovat tallentuneet ja johon kaikki tulevat transaktiot tulevat tallentumaan. Tämä sähköinen tilikirja koostuu tietyn määrän dataa sisältävistä lohkoista, jotka muodostavat ketjun eli lohkoketjun. Uuden transaktion tapahtuessa konsensusalgoritmin valitsema osallistuja saa oikeuden lisätä seuraavan lohkon ketjuun. Tunnetuimman virtuaalivaluutan eli bitcoinin lohkoketjussa valinta tehdään *Proof-of-Work* (PoW) -menetelmäksi kutsuttavan konsensusalgoritmin avulla.²⁶ PoW-menetelmää käytettäessä osallistujat kilpailevat monimutkaisen matemaattisen tehtävän ratkaisemisessa tietokoneen prosessointitehon avulla²⁷. PoW-menetelmän

haittana ovat riskejä aiheuttavat prosessointikeskittymät, jotka johtuvat prosessointitehon saavuttamiseen vaadittavan teknologian ja suuren energiankulutuksen aiheuttamista korkeista kustannuksista.²⁸ Muun muassa näiden syiden vuoksi PoW-menetelmän ohelle on kehittynyt useita vaihtoehtoisia konsensusalgoritmeja²⁹, joista eniten esillä on ollut *Proof-of-Stake* (PoS) -menetelmäksi kutsuttava algoritmi³⁰, jossa prosessin osallistujat vuorotellen ehdottavat ja äänestävät uusia lohkoja lisättäväksi ketjuun. Äänen painoarvo riippuu osallistujan prosessiin asettamasta panoksesta. Panoksiin perustuvaa järjestelmää pidetään lähtökohtaisesti energiatehokkaampana, nopeampana ja ainakin tietyn edellytyksin turvallisempaan kuin PoW-menetelmää.³¹ Valintaprosessin voittaja saa kannustimena lohkoketjun protokollan mukaisesti esimerkiksi lohkoketjuun kytkettyjä instrumentteja tai osan transaktiosta perittävistä maksuista. Jokaisen lohkon liittäminen ketjuun varmistetaan vertaamalla niitä muiden verkossa olevien toimijoiden hallussa oleviin tilikirjoihin. Jos uusi lohko sisältää ristiriitaista tietoa aiemmista transaktioista, lohkoa ei vahvisteta, vaan siitä syntyy irrallinen muusta ketjusta erillinen haara, jonka tiedot mitätöidään. Järjestelmä ja sen sisäinen luottamus perustuvat hajautetun markkinan periaatteiden mukaisesti yksilöiden kollektiiviseen toimintaan, vaikka yksikään järjestelmän osallisista ei yksinään olisikaan luotettava.³²

Hajautetun julkisen lohkoketjumallin ohella järjestelmä on mahdollista rakentaa myös yksityiseksi, jolloin ketjussa on rajoitettu joko tietojen luku- tai kirjoitusoikeuksia tai vaihtoehtoisesti molempia. Täysin julkisen ja täysin yksityisen mallin ohella hybridimallissa voidaan rakentaa esimerkiksi tietyn alan toimijoiden kesken lohkoketju, jossa ainoastaan ennalta hyväksytyt toimijat saavat kirjoitusoikeuden lohkoketjuun. Tällainen konsortiomalli voisi tulla kyseeseen esimerkiksi

23 Yhteydestä finanssikriisiin ks. Yeung 2019, s. 225. Teknologian perustavoitteista ks. Satoshi Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. Julkaistu vuonna 2008, saatavilla osoitteesta <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>, vierailtu 17.11.2019, s. 1 ja 8. Tätä taustaa vasten bitcoin rakentuu vahvasti ideologisesti perustalle, ks. esimerkiksi Steven Maijor, Crypto-Assets: time to deliver. Keynote Speech at 3rd Annual FinTech Conference – FinTech and Regulation 26 February 2019 – Brussels. Saatavilla osoitteesta <<https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esma-chair-maijors-keynote-crypto-assets>>, vierailtu 17.11.2019, s. 2 sekä Nigel Dodd, The Social Life of Bitcoin. Theory, Culture & Society vol.35 (3), s. 35–56, s. 40, jonka mukaan "[B]itcoin is arguably a social movement as much as it is a currency -".

24 Vitalik Buterin, On Public and Private Blockchains. Ethereum Blog, julkaistu 6.8.2015. Saatavilla osoitteesta <<https://blog.ethereum.org/2015/08/07/on-public-and-private-blockchains/>>, vierailtu 17.11.2019.

25 Innanen et al. 2019, s. 28.

26 Konsensusalgoritmin voidaan todeta olevan lohkoketjuteknologian ydin, jota ilman järjestelmää ei olisi mahdollista ylläpitää. PoW-menetelmää voidaan ainakin lohkoketjuteknologian saralla pitää eräänlaisena konsensusalgoritmien isoisänä, ks. Mougayar 2016, s. 36.

27 Tehtävän ratkaisemiseen vaadittava prosessointiteho kasvaa sitä mukaa, kun bitcoin-lohkoketjuun liittyy uusia osallistujia, mikä suojaa lohkoketjun integriteettiä, ks. esimerkiksi Kevin Werbach, Trust, but Verify: Why the Blockchain Needs the Law. 33 Berkeley Technology Law Journal 2018, s. 489–552, s. 504–505.

28 Cong T. Nguyen – Dinh Thai Hoang – Diep N. Nguyen – Dusit Niyato – Huynh Tuong Nguyen - Eryk Dutkiewicz, Proof-of-Stake Consensus Mechanisms for Future Blockchain Networks: Fundamentals, Applications and Opportunities. IEEE Access, vol. 7, pp. 85727–85745, 2019, s. 4. Transaktioiden varmistaminen on keskittynyt ns. "mining pooleihin". Esimerkiksi bitcoin-lohkoketjussa kahdeksan suurinta mining poolia kontrolloivat yli 80 % lohkoketjun kokonaisprosessointitehosta, mikä altistaa lohkoketjun myös hyökkäyksille, ks. Ben Kaiser – Mireya Jurado – Alex Ledger, The Looming Threat of China: An Analysis of Chinese Influence on Bitcoin. arXiv-artikkeli, saatavilla osoitteesta <<https://arxiv.org/abs/1810.02466>>, julkaistu 5.10.2018, s. 2. Näillä keskittymillä olisi liittoutumalla mahdollisuus ottaa lohkoketju haltuun ns. 51 prosentin hyökkäyksellä, ks. tarkemmin Werbach 2017, s. 504–505 sekä Ning Shi, A new proof-of-work mechanism for bitcoin. Financial Innovation 2016 (2:31), s. 2.

29 Konsensusalgoritmi voi perustua muun muassa teknologiaan (esimerkiksi sitomalla oikeus ketjun jatkamiseen käyttäjän järjestelmän muistikapasiteettiin), omistukseen (esimerkiksi antamalla oikeus osallistujalle, joka on pitänyt pisimpään hallussaan tiettyä määrää tokeneita) tai vaihtoehtoisesti ihmisen toimintaan (esimerkiksi edellyttämällä tiettyä toimenpidettä osallistujalta itseltään), ks. Nguyen et al. 2019, s. 4.

30 PoS-menetelmän saamaan huomioon on varmasti osittain vaikuttanut suunnitelma siirtää ethereum-lohkoketju PoW-menetelmästä PoS-menetelmään, ks. ETHHub.io – Ethereum 2.0 Roadmap – Proof-of-stake, saatavilla osoitteesta <<https://docs.ethhub.io/ethereum-roadmap/ethereum-2.0/proof-of-stake/>>, vierailtu 20.9.2019.

31 Nguyen et al. 2019, s. 3–4.

32 Huberman – Leshno – Moallemi 2017, s. 2 ja s. 8–10.

finanssialalla, jossa pankkien väliset tilisiirrot voitaisiin kytkeä nykyisten clearing-järjestelmien³³ asemesta lohkoketjuun.³⁴ On arvioitu, että suuret kaupalliset lohkoketjujärjestelmät tulevat hyödyntämään juuri yksityisiä tai hybridimuotoisia malleja.³⁵

Lohkoketjuteknologialla voidaan varmistaa ketjuun kirjattujen tietojen luotettavuus. Käytännön toiminnassa luotettavuuden merkitystä rajoittaa tokeneiden säilyttämiseen käytettävien lompakkopalveluiden ja niiden vaihdantaan käytettävien kryptopörssien rajallinen turvallisuus.³⁶ Tällaiset säilytykseen ja vaihdantaan liittyvät rajapintapalvelut muodostavat yksittäisiä riskikohteita (*single point of failure*), joita hajautetun lohkoketjujärjestelmän avulla nimenomaan pyritään välttämään. Käytännössä kaikki kuluttajat hyödyntävät lompakkopalveluita³⁷, jolloin itse lohkoketjuteknologian toiminta ei ilmene kuluttajalle, eikä toiminta kuluttajan näkökulmasta välttämättä juurikaan eroa esimerkiksi tavallisesta osakekaupasta.

2.2 Tokenisaatio lohkoketjuteknologian ja rahoituksen yhdistäjänä

Lohkoketjuteknologian perustalle on mahdollista rakentaa valtava määrä erilaisia järjestelmiä, mutta rahoituksen näkökulmasta lohkoketjujen merkityksellisin soveltamisala liittyy *tokenisaatioksi* kutsuttuun prosessiin, jossa oikeus tiettyyn omaisuuteen tai varallisuuteen kytketään lohkoketjuteknologian avulla digitaaliseen tokeniin.³⁸ Tokenisaatiota voidaan analogisesti verrata perinteiseen arvopaperistamiseen, jonka lopputuotteena syntyvä sijoitustuote edustaa tiettyä osaa arvopaperistetusta omaisuuserästä. Siinä missä arvopaperistamisessa siirretään tietty omaisuuserä erillisyyhtiölle ja lasketaan liikkeelle arvopaperi³⁹, tokenisaatiossa omaisuuserä kytketään lohkoketjuun ja lasketaan liikkeelle token, joka edustaa jotain tiettyä aineetonta tai aineellista omaisuuserää. On esitetty, että käytännössä mitä tahansa digitaalisia, taloudellisia tai konkreettisia omaisuuseriä voidaan kytkeä lohkoketjuun ja kuvata erilaisten tokenien avulla.⁴⁰ Tokenit yhdistetään lohkoketjujärjestelmään,

33 Nykymallista ks. Wuolijoki – Hemmo 2013, s. 674–675.

34 Buterin 2015. Kokoavasti julkisten ja yksityisten mallien välisestä valinnasta ks. Daniel Drescher, Blockchain basics – A Non-Technical Introduction in 25 steps. APress 2017, s. 213–220.

35 Drescher 2017, s. 247.

36 Riskejä on nostettu esille myös viranomaisten toimesta, ks. European Banking Authority (EBA): Report with advice for the European Commission on crypto-assets, 9.1.2019 (jatkossa EBA 2019), s. 16 sekä European Securities and Markets Authority (ESMA): Advice – Initial Coin Offerings and Crypto-Assets (ESMA50-157-1391), 9.1.2019 (jatkossa ESMA 2019a), s. 14–16. Erityisesti kryptopörssit ovat olleet useasti hakkeroinnin kohteena ja näistä hyökkäyksistä aiheutuneet vahingot ylittävät miljardin dollarin rajan, ks. Werbach 2018, s. 519.

37 Werbach 2018, s. 518.

38 Innanen et al. 2019, s. 105.

39 Katja Taipalus – Kari Korhonen – Pertti Pylkkönen, Arvopaperistaminen. Suomen Pankki, Tutkimuksia A:104 2003, s. 14–15.

40 Ks. esimerkiksi Tapscott – Tapscott 2017, s. 4, Mougayar 2016, s. 91 sekä laajemmin Marc Pilkington, Blockchain Technology: Principles and Applications teoksessa F. Xavier Olleros – Majlinda Zhegu (toim.), Research Handbook on Digital Transformations, Edward Elgar Publishing 2016.

jolloin lohkoketju sisältää tiedon kaikista lohkoketjuun kytketyistä omaisuuseristä sekä niitä edustavista tokeneista. Omaisuuserien lisäksi tokeniin voidaan kytkeä myös muita oikeuksia, kuten esimerkiksi ääni- tai immateriaalioikeuksia.⁴¹ Kun tokeneita ostetaan ja myydään, transaktiot toteutetaan ja varmistetaan lohkoketjuteknologian avulla.

3. ICO RAHOITUSKEINONA

3.1 ICO:jen toteuttamismuodot

Kuten todettua, ICO:jen toteuttamistavoissa voidaan jäljitellä käytännössä mitä tahansa rahoitusmuotoa. Joustavuuden ja osittain varmasti myös kollektiivisen ymmärryksen puutteen vuoksi aihepiirin ympärille ei ole muodostunut yhdenmukaista käsitteistöä. Näkemykseni mukaan tässä artikkelissa on tarkoituksenmukaista käyttää ICO:issa liikkeeseen laskettavista instrumenteista neutraalia termiä token, jolla tarkoitetaan tässä yhteydessä kaikkia lohkoketjuihin liitettyjä jonkinlaisen arvon omaavia instrumentteja.⁴² Universaalien määritelmien puuttumisesta huolimatta eri viranomaisten ja tietyissä maissa myös lainsäätäjän toimesta on laadittu tarkempia suuntaviivoja oikeudellisen arvioinnin tueksi.⁴³

Euroopassa arvopaperimarkkinaviranomainen (European Securities and Markets Authority, jatkossa ESMA) ja pankkiviranomainen (European Banking Authority, jatkossa EBA) ovat käyttäneet seuraavaa kolmen pääkategorian jaottelua. *Maksuvälinemuotoiset tokenit* on tarkoitettu maksuvälineeksi, joten ne ovat luonteeltaan lähimpänä perinteisiä valuuttoja. Maksuvälineitä muistuttavat tokenit eivät luo omistajalleen oikeuksia suhteessa liikkeeseenlaskijaan, vaan niiden arvo perustuu odotukseen niiden käyttökelpoisuudesta sopimukseen perustuvana vaihdannan välineenä. Tunnetuin esimerkki maksuvälinemuotoisesta tokenista on bitcoin. *Hyödykemuotoisilla tokeneilla* voidaan maksaa tietyn palveluntarjoajan eli yleensä liikkeeseenlaskijan tuotteita tai palveluita. Hyödykemuotoinen token luo omistajalleen oikeuden suhteessa liikkeeseenlaskijaan, mutta oikeus rajoittuu oikeuteen käyttää liikkeeseenlaskijan palvelua. Hyödykemuotoiset tokenit eivät sovellu käytettäväksi maksuvälineenä muissa palveluissa. Tokenin voi tuki laskea liikkeelle myös useiden toimijoiden

41 Innanen et al. 2019, s. 105–107.

42 Nostettakoon esille, että ESMA käyttää tokeneista termiä kryptovara, kun taas Suomessa finanssivalvonta käyttää termiä virtuaalivaluutta. Kirjoittajan näkemyksen mukaan (krypto)varallisuuden sekä valuutan käsitteisiin voi liittyä tiettyjä ennakkokäsityksiä, jotka voivat potentiaalisesti muodostua harhaanjohtaviksi.

43 EU-jäsenvaltioista erityisesti Ranska, Liechtenstein ja Malta ovat olleet aktiivisia lainsäädännön kehittämässä, ks. ESMA 2019a, s. 48.

muodostama konsortio, jolloin käyttökohteita voi olla useampiakin. *Sijoitusmuotoiset tokenit*⁴⁴ taas muistuttavat ominaisuuksiltaan arvopapereita ja voivat toimia esimerkiksi osakkeen tai velkakirjan tyyppisenä instrumenttina tarjoten omistajalleen esimerkiksi ääni-, omistus- tai osinko-oikeuden yhtiössä. Joka tapauksessa sijoitusmuotoinen token luo hyödykemuotoisesta tokenista poiketen omistajalleen aina jonkinlaisen palvelunulkoisen oikeuden suhteessa liikkeeseenlaskijaan.⁴⁵

Kolmen pääluokan ohella esiintyy niin sanottuja hybriditokeneita, jotka omaavat piirteitä useammasta kuin yhdestä kategoriasta.⁴⁶ ESMA:n mukaan hybriditokenin omistaja voisi esimerkiksi maksaa tokenilla pankkipalveluiden transaktiokustannuksia sekä toisaalta saada omistuksensa perusteella oikeuden kuukausittaiseen osuuteen palvelun kokonaisliikevoitosta.⁴⁷ Tällöin mahdollisuus tokenin käyttämiseen palvelusisäisenä maksuvälineenä olisi hyödykemuotoinen ominaisuus, kun taas tuotto-oikeus olisi sijoitusmuotoinen ominaisuus. Hybriditokenien oikeudellinen arviointi on haasteellista erityisesti siitä syystä, ettei pääluokittelun mukaisillekaan tokeneille ole olemassa selvää arviointikehikkoa. Täten erityisesti hybriditokenien osalta arviointi on tehtävä tapauskohtaisesti kulloinkin käsillä olevan instrumentin ominaisuuksien perusteella.⁴⁸

Edellä esitetty kolmijako yhdessä hybriditokenien olemassaolon kanssa vaikuttaa olevan yleisin ja viranomaisten taholta eniten kannatusta saanut jakotapa erilaisten tokeneiden välillä, mutta myös useita vaihtoehtoisia kategorisointeja on olemassa.⁴⁹ Muun muassa *Athanassiou* on luokitellut tokeneita niiden digitaalisten ja reaalisten ominaisuuksien suhteiden

perusteella sen mukaan, kuvaavatko tokenit jotain reaalista omaisuutta vai perustuuko niiden arvo tokenien digitaalisiin ominaisuuksiin. Lisäksi *Athanassiou* on erottanut toisistaan tokenit, jotka on luotu juuri tietyn tyyppisen toiminnan tarpeisiin (esimerkiksi tietyn sähköisen palvelun käyttöön) ja toisaalta tokenit, jotka toimivat fasilitaattoreina oman lohkoketjunsä ulkopuolisille transaktioille.⁵⁰ Havainnollistava esimerkki fasilitaattorina toimivasta hybriditokenista on ethereum-lohkoketjun token ether.⁵¹

Suomessa finanssivalvonta (jatkossa FIVA) on noudattanut ESMA:n linjauksen mukaista kolmijakoa omissa ohjeistuksissaan. Säädöstasolle on kuitenkin päätyntä termi virtuaalivaluutta, joka on määritelty VVTL 2 §:ssä digitaalisessa muodossa olevaksi arvoksi, jolla ei ole laillisen maksuvälineen asemaa, mutta jota voidaan tästä huolimatta käyttää maksuvälineenä sekä siirtää, vaihtaa ja tallentaa sähköisesti. Hallituksen esityksessä on edelleen todettu virtuaalivaluutan olevan luonteeltaan hyödyke, jonka käyttäminen maksuvälineenä perustuu osapuolten väliseen sopimukseen.⁵² Lain määritelmästä voitaisiin nostaa esille useita ongelmakohtia⁵³, mutta tässä yhteydessä riittää huomio siitä, että määritelmä kattaa kaikki yllä esitetyt token-tyypit, koska niille kaikille voidaan määrittää arvo ja niitä voidaan käyttää vaihdannan välineenä.

Lain määritelmää voidaan pitää epäonnistuneena, sillä se ei tuo todellista selkeyttä ICO:jen lainsäädännölliseen arviointiin. VVTL 2 §:n määritelmä ainoastaan toistaa jo aiemminkin tiedossa olleen faktan: virtuaalivaluutat eivät ole laillisia maksuvälineitä, eikä niillä siten ole laillisen maksuvälineen oikeudellista asemaa. Markkinointia koskevan VVTL 12 §:n yhteydessä taas todetaan arvopaperimarkkinalain soveltumisen olevan mahdollista, jos virtuaalivaluutta

44 Yhdysvalloissa sijoitusmuotoisista tokeneista on käytetty termiä security token ilmeisesti tarkoituksena havainnollistaa arvopaperilainsäädännön soveltuvuutta, ks. esimerkiksi Momtaz 2018, s. 7.

45 European Securities and Markets Authority (ESMA): Annex 1 – Legal qualification of crypto-assets – survey to NCAs (ESMA50-157-1384), 9.1.2019 (jatkossa ESMA 2019b), s. 23 sekä EBA 2019, s. 7. Määritelmät eivät ole universaaleja, ja myös EBA:n raportissa on käytetty eri termejä kuvaamaan esimerkiksi maksuvälinemuotoisia tokeneita. Tässä esityksessä mahdollisimman yksinkertainen jako on perusteltu selkeyden varmistamiseksi.

46 Ks. esimerkiksi Paul Momtaz, Token sales and Initial Coin Offerings: Introduction. The Journal of Alternative Investments, 22(4), Spring 2019 s. 1–6, s. 3.

47 ESMA 2019b, s. 24.

48 Ibid., s. 3.

49 Ks. esim. Phoebus L. Athanassiou, Tokens and the regulation of distributed ledger technologies: where Europe stood in the last quarter of 2018. Journal of International Banking Law and Regulation 2019, 34(3), s. 105–114; Ori Oren, Note: ICO's, DAO's, And The SEC: A Partnership Solution. Columbia Business Law Review 2018 (3), s. 617–658, 628–637; Jonathan Rohr – Aaron Wright, Blockchain-Based Token Sales, Initial Coin Offerings, and the Democratization of Public Capital Markets. Hastings Law Journal Vol. 70 (2), 2019, s. 463–524, 469–480 sekä Thijs Maas, Initial Coin Offerings: When Are Tokens Securities In The EU And US? SSRN-artikkeli, saatavilla osoitteesta <<https://ssrn.com/abstract=3337514>>, julkaistu 13.2.2019, s. 22–25.

50 Athanassiou 2019, s. 107.

51 Ethereum on palvelualusta/protokolla, jonka pohjalta on mahdollista rakentaa uusia sovelluksia. Ethereum-lohkoketjua ylläpidetään käyttämällä kannustimena ether-nimistä tokenia, joka on lohkoketjujärjestelmän sisäinen maksuväline. Nykyisin ether omaa aktiivisen kaupankäynnin vuoksi myös sijoitusmuotoisen tokenin piirteitä, minkä lisäksi jotkut tahot hyväksyvät etherin maksuvälineenä. Ethereum-teknologian pohjalta rakennetuissa sovelluksissa ether toimii fasilitaattorina, joka mahdollistaa uuden teknologian luomisen ethereum-alustalle. Ks. Juho Rantala, Lohkoketjuteknologian yhteiskunta – Osa I: Bitcooinista Ethereumiin. Niin & Näin 1/2018, s. 45–58 (jatkossa Rantala 2018a), 49; EBA 2019, s. 7 sekä Athanassiou 2019, s. 107 alaviite 11

52 Hallituksen esitys 167/2018 vp eduskunnalle laiksi pankki- ja maksutilien valvontajärjestelmästä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, annettu 4.10.2018, s. 84.

53 Mainittuja ongelmakohtia liittyy esimerkiksi hyödykkeen ja maksuvälineen määritelmiin, joihin liittyy ristiriitoja (ks. esimerkiksi KHO 2019:42, erityisesti KHO:ssa esitetyn todistelun osalta). FIVA sekä Suomen pankki nostivat lainvalmistelussa esille määritelmien haittoihin liittyviä havaintoja, joita ei kuitenkaan lopulta huomioitu lakitekstissä, ks. Finanssivalvonnan lausunto eduskunnan talousvaliokunnalle hallituksen esityksestä laiksi pankki- ja maksutilien valvontajärjestelmästä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (FIVA 1/01.01/2018), annettu 8.11.2018 (jatkossa FIVA 2018b), s. 4 sekä Suomen pankin lausunto eduskunnan talousvaliokunnalle hallituksen esityksestä laiksi pankki- ja maksutilien valvontajärjestelmästä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (SP 302/C11.2/2018), annettu 8.11.2018.

täyttää rahoitusvälineen määritelmän. Mainitsemalla laissa ja sen esitöissä maksuvälineen, hyödykkeen ja rahoitusvälineen käsitteet lainsäätäjällä on ainakin jollain tasolla havainnoinut tokenien erityispiirteitä. Avoimeksi jää kuitenkin soveltuvan sääntelyn kannalta olennainen kysymys siitä, millä perusteilla näitä erityispiirteitä tulee arvioida eri token-tyyppien välisessä rajanvedossa.⁵⁴

3.2 ICO:n käytännön toteutuksesta

Typillinen ICO:lla rahoitusta hakeva yritys on vasta elinkaarensa alkuvaiheessa, jolloin liikeidea on usein vain ajatuksen tasolla laadittu konsepti tai vaihtoehtoisesti kehityksen alkuvaiheessa oleva hanke.⁵⁵ ICO:lla rahoitusta hakeva yhtiö laskee liikkeelle tokeneita ja saa rahoittajilta vastineeksi joko tiettyä virtuaalivaluutusta tai vaihtoehtoisesti perinteistä valuutusta kuten euroja tai dollareita. Saatu rahoitus käytetään usein täysin uuden teknologian kehittämiseen, minkä vuoksi kehitysprojekti voi kestää jopa vuosia⁵⁶. Myös ICO:ssa toteutettavan liikkeeseenlaskun kesto voi vaihdella merkittävästi: lyhyimmät ovat kestäneet alle päivän ja pisimmät jopa yli vuoden ajan⁵⁷ keskimääräisen keston ollessa noin 40 päivää.⁵⁸ Perinteistä joukkorahoitusta vastaavasti ICO tapahtuu verkon välityksellä, jolloin periaatteessa kuka tahansa verkkoyhteyden omaava voi sijoittaa ICO:on.⁵⁹

Ennen varsinaisen ICO:n toteuttamista rahoituksen hankkija voi julkaista niin sanotun *whitepaperin*, jota voidaan analogisesti verrata IPO:n tai joukkorahoituksen yhteydessä julkaistaviin tietoihin. Whitepaperin sisältöä ei kuitenkaan ole millään tavalla lainsäädännöllisesti

koordinoitu eikä sen laatimiseen ole minkäänlaista velvoitetta.⁶⁰ Alalla on olemassa viitteellisiä ohjeita, joissa rahoituksen hakijoita ohjeistetaan liikkeeseenlaskujen parhaista käytännöistä esimerkiksi juuri whitepaperin sisällön osalta. Whitepaper on tärkeä osa ICO:n markkinointia yhdessä sosiaalisessa mediassa tapahtuvan markkinoinnin kanssa.⁶¹ Huomionarvoista on, että whitepaper sisältää vain harvoin tietoa ICO:on mahdollisesti soveltuvasta lainsäädännöstä.⁶²

Ennen varsinaista ICO:a noin puolet⁶³ liikkeeseenlaskijoista järjestää ennakkomyyntin, jossa sijoittajilla on mahdollisuus merkitä tokeneita huomattavasti varsinaista ICO:a halvemmalla merkintähinnalla⁶⁴. Liikkeeseenlaskijalle ennakkomyynti tuottaa alkupääomaa varsinaisen ICO:n markkinointiin, tietoa sijoittajien kiinnostuksesta projektia kohtaan sekä signaaleja tokenin arvonmäärittämisestä varten.⁶⁵ Ennakkomyyntit kohdistetaan yleensä institutionaalisille sijoittajille ja pääomasijoittajille, mikä korostaa niiden avulla saatavan informaation painoarvoa.⁶⁶

Yksi ICO:jen erityispiirteistä liittyy vaihteleviin hinnoittelukäytäntöihin. Ensinnäkin ICO:ssa voidaan käyttää ennalta määrättyä kiinteää merkintähintaa samaan tapaan kuin IPO:ssa ja joukkorahoituksessa. Toisaalta ICO voidaan hinnoitella dynaamisesti kasvavalla merkintähinnalla, jolloin hyödynnetään niin sanottua *Fear of missing out* -taktiikkaa, jossa houkutellaan sijoittajia toimimaan mahdollisimman aikaisessa vaiheessa ICO:a. Näiden kahden suosituimman hinnoittelumallin ohella on hyödynnetty erilaisia huutokauppamekanismeihin perustuvia malleja sekä kysyntään perustuvaa mallia, jossa tokenit jaetaan kiinteällä hinnalla tehtyjen merkintöjen määrällisessä suhteessa.⁶⁷

ICO:jen kontekstissa erityisen merkityksellistä on tokeneiden jälkimarkkinan olemassaolo. Jälkimarkkinalla tokeneita voidaan ostaa ja myydä samalla tavalla kuin osakkeita pörssissä tai tiettyjä hyödykkeitä ja valuuttoja valuuttamarkkinoilla. Kaikkia tokeneita ei listata kaupankäynnin kohteeksi, vaan listautumiseen vaikuttavat liikkeeseenlaskijan valinnat sekä

54 Esimerkiksi FIVA:n ehdottama maininta rahoitusmarkkinasääntelyn soveltumisen vaikutuksesta soveltamisalaa koskevaan pykälään olisi parantanut lain nykyisellään epäselvää kokonaiskuvaa, ks. FIVA 2018b, s. 4–5.

55 Ernst & Youngin toteuttaman tutkimuksen (2017) mukaan 84 prosenttia ICO-rahoituksen hakijoista oli vasta ideavaiheessa ja 11 prosentilla oli olemassa ensimmäinen prototyyppi. Vain 5 prosentilla oli todellisuudessa olemassa jo käynnissä oleva tuote, ks. EY research: Initial coin offerings (ICOs) 2017, saatavilla osoitteesta <<https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-research-initial-coin-offerings-icos/%24File/ey-research-initial-coin-offerings-icos.pdf>>, vierailtu 17.11.2019, s. 16.

56 Amsden – Schweizer 2018, s. 12.

57 Momtaz 2018, s. 10. Esimerkiksi tähän mennessä suurin, yli 4 miljardia dollaria rahoitusta kerännyt ICO, jossa laskettiin liikkeelle EOS-token, kesti noin vuoden, ks. Innanen et al. 2019, s. 111. Yksi lyhyimmistä ICO:ista oli BAT-tokenin ICO, joka keräsi 35 miljoonaa dollaria 30 sekunnissa, ks. Rohr – Wright 2019, s. 479.

58 Benedetti – Kostovetsky 2018, s. 17. ICO:n kesto voidaan määritellä ennalta tai se voi päättyä merkintöjen saavuttaessa haettavalle rahoitukselle asetetun maksimimäärän (hard cap). Maksimimäärän lisäksi liikkeeseenlaskija voi asettaa merkinnöille minimirajan (soft cap), jonka alle jäävä ICO katsotaan epäonnistuneeksi ja sijoitetut varat palautetaan sijoittajille, Moran Ofir – Ido Sadeh, ICO vs IPO: Empirical Findings, Market Frictions and the Appropriate Regulatory Framework. SSRN-artikkeli, saatavilla osoitteesta <<https://ssrn.com/abstract=3338067>>, julkaistu 12.3.2019, s. 14.

59 Puhutaan maailmanlaajuisesta joukkorahoitustapahtumasta, ks. Rohr – Wright 2019, s. 478. Sääntelyyn liittyvistä syistä esimerkiksi Kiina ja Yhdysvallat rajataan usein ICO:n ulkopuolelle, Ofir – Sadeh 2019, s. 15.

60 Lennart Ante – Philipp Sandner – Ingo Fiedler, Blockchain-Based ICOs: Pure Hype or the Dawn of a New Era of Startup Financing? Journal of Risk and Financial Management 11(4), 80, s. 8. Julkaisemisella on havaittu sekä positiivisia että negatiivisia vaikutuksia. Negatiivisista vaikutuksista, ks. Ante – Sandner – Fiedler 2018, s. 12 sekä Evgeny Lyandres – Bernardino Palazzo – Daniel Rabetti, Do Tokens Behave Like Securities? An Anatomy of Initial Coin Offerings. SSRN-artikkeli, saatavilla osoitteesta <<https://ssrn.com/abstract=3287583>>, julkaistu 12.12.2018, s. 19. Positiivisista vaikutuksista, ks. Ofir – Sadeh 2019, s. 22.

61 Ofir – Sadeh 2019, s. 27–29.

62 Ibid., s. 23.

63 Ennakkomyyntien järjestäminen on lisääntynyt merkittävästi nousten yhdestä prosentista ennen heinäkuuta 2017 jo 57 prosenttiin vuonna 2018, Benedetti – Kostovetsky 2018, s. 17.

64 Ibid., s. 34. Alihinnoittelu muistuttaa IPO:ille tyypillistä preemiota merkintähinnassa.

65 Momtaz 2018, s. 9.

66 Ofir – Sadeh 2019, s. 30.

67 Howell – Niessner – Yermack 2018, s. 11–12. Yli 50 prosenttia ICO:ista hyödyntää kiinteää merkintähintaa, noin 30 prosenttia dynaamisesti kasvavaa merkintähintaa, noin yhdeksän prosenttia kysyntään perustuvaa hintaa ja noin viisi prosenttia erilaisia huutokauppamekanismeja, Howell – Niessner – Yermack 2018, s. 25.

kauppapaikkojen asettamat vaatimukset, jotka liittyvät esimerkiksi projektiin kohdistuvaan kiinnostukseen sekä projektin innovatiivisuuteen ja potentiaaliin.⁶⁸ Listautuminen on ICO:n menestymisen näkökulmasta tärkeässä roolissa, koska listautuminen toimii indikaattorina projektin laadusta sekä tarjoaa tokeneille likvidin markkinapaikan, mikä on avainasemassa erityisesti hyödykemuotoisten tokenien osalta.⁶⁹ Aktiivisen ja likvidin jälkimarkkinan olemassaolo erottaa hyödykemuotoiset tokenit perinteisessä hyödykemuotoisessa joukkorahoituksessa hankittavista vastikkeista, sillä markkina mahdollistaa myös hyödykemuotoisen tokenin ostajalle spekulatiivisen sijoustoinnin.

4. ICO JOUKKORAHOITUKSEN KONTEKSTISSA

4.1 Joukkorahoituksen toteuttamismuodot

Joukkorahoituksessa rahoitusta kerätään laajalta joukolta ihmisiä yleensä verkossa toimivan joukkorahoituslaman välityksellä. Välissä perinteisesti oleva ammattimainen toimija, kuten pankki tai pääomasijoittaja, kierretään ja rahoitusta haetaan suoraan yksityisiltä henkilöiltä⁷⁰, sillä joukkorahoituslaman roolina on ainoastaan toimia luotettavana välikätenä rahoituksen saajan ja sijoittajien välissä⁷¹. Joukkorahoitus on vakiinnuttanut viime vuosina asemaansa erityisesti startup-yritysten toiminnan alkuvaiheen rahoituskeinona aiemmin merkittävimmän rahoituskeinon, vakuudettomien pankkilainojen, ohella.⁷² Joukkorahoituksen etuina voidaan nähdä erityisesti useiden erilaisten toteuttamisvaihtoehtojen tarjoama joustavuus sekä yhteisön osallistaminen tuotteen tai palvelun kehittämiseen alkuvaiheesta alkaen.⁷³

Joukkorahoitusmallit voidaan jakaa vastikkeettomaan ja vastikkeelliseen joukkorahoitukseen. Vastikkeettomassa rahoituksessa liikkeeseenlaskija kerää varoja lahjoituksina, jolloin lahjoittaja ei saa minkäänlaista vastiketta.⁷⁴ Vastikkeellisen joukkorahoituksen muotoja ovat hyödyke-, sijoitus- ja lainamuotoinen joukkorahoitus. *Hyödykemuotoisessa joukkorahoituksessa*⁷⁵

rahoittaja voi saada vastineeksi esimerkiksi rahoituksella tuotetun hyödykkeen tai oikeuden käyttää tiettyä palvelua.⁷⁶ *Sijoitusmuotoisessa joukkorahoituksessa* sijoittaja saa vastikkeeksi osakkeita, velkakirjoja tai muita rahoitusvälineiksi luokiteltavia arvopapereita, joiden tuotto-odotus voi perustua esimerkiksi arvopaperin arvonnousuun tai omistuksen perusteella jaettavaan osinkoon.⁷⁷ Vaikka sijoitusmuotoisessa joukkorahoituksessa tarjotaan lähtökohtaisesti arvopaperimarkkina-alaissa tarkoitettuja arvopapereita⁷⁸, tarjoaminen poikkeaa listautumisanneista, koska tarjotuilla arvopapereilla ei yleensä käydä kauppaa jälkimarkkinoilla eikä niihin liity merkintätakuuta.⁷⁹ *Lainamuotoisessa joukkorahoituksessa* taloudellinen tuotto perustuu ensisijaisesti lainalle maksettaviin korkoihin tai muihin vastineisiin.⁸⁰

Sijoitus- ja lainamuotoisen joukkorahoituksen käsitteisiin liittyy osittaista päällekkäisyyttä erityisesti siltä osin kuin lainamuotoisessa joukkorahoituksessa lasketaan liikkeelle velkakirjalain 2 luvussa tarkoitettuja juoksevia velkakirjoja. Termiensä mukaisesti sijoitusmuotoisessa joukkorahoituksessa on kuitenkin ensisijaisesti kyse sijoustoinnista siinä missä lainamuotoisessa joukkorahoituksessa on kysymys luotonvälityksestä.⁸¹ Osittaisen päällekkäisyyden vuoksi lainamuotoinen joukkorahoitus on rajattu tämän tarkastelun ulkopuolelle. Osa esitetystä saattaa soveltua tietyin edellytyksin myös lainamuotoiseen joukkorahoitukseen, mutta soveltuvuutta on arvioitava tapauskohtaisesti.

4.2 ICO sijoitus- ja hyödykemuotoisen joukkorahoituksen rajapinnassa

Arvioitaessa ICO:jen asemaa joukkorahoituksen kontekstissa huomaamme selvän yhteyden ICO:jen ja joukkorahoituksen sijoitus- ja hyödykemuotoisten järjestelyjen välillä. Hyödykemuotoinen joukkorahoitus on lähtökohtaisesti kuluttajansuojalain (38/1978, jatkossa KSL) alaista toimintaa rahoittajan saaman vastikkeen luonteen vuoksi.⁸² Sijoitusmuotoinen joukkorahoitus sitä vastoin kuuluu lähtökohtaisesti rahoitusmarkkinasääntelyn piiriin⁸³, joskin muun muassa KSL yleislakina täydentää sääntelyä kulutushyödykkeen määritelmän kattaessa myös arvopaperit⁸⁴. Merkittävät erot soveltuvien sääntelykokonaisuuksien välillä tekevät rajapinnasta mielenkiintoisen tarkasteluohteen. ICO:jen käsittelyä joukkorahoituksen kontekstissa voidaan myös kritisoida, koska ICO:issa ei yleensä hyödynnetä joukkorahoitukselle tyyppillistä välittäjätahoa ja ICO:illa

68 Momtaz 2018, s. 10–11.

69 Ofir – Sadeh 2019, s. 41. Hyödykemuotoisia tokeneita vaaditaan tietyn palvelun käyttämiseen, joten palvelun käyttäjillä tulee olla aktiivinen markkinapaikka, josta ostaa lisää tokeneita.

70 Armin Schwiendbacher – Benjamin Larralde, Crowdfunding of Small Entrepreneurial Ventures. SSRN-artikkeli, saatavilla osoitteesta <<https://ssrn.com/abstract=1699183>>, julkaistu 28.9.2010, s. 4.

71 Kallio – Vuola 2018, s. 72. Joukkorahoituksessa transaktion osapuolena ovat yksityishenkilö ja rahoituksen saaja, kun taas pankkirahoituksessa sijoitettavat varat voivat olla peräisin yksityisiltä pankin toimiessa transaktion osapuolena heidän sijastaan.

72 Komission ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yrityksille suunnatun joukkorahoituspalvelun eurooppalaisista tarjoajista (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti) KOM (2018) 113 final, 8.3.2018 (jatkossa komission ehdotus joukkorahoitusasetukseksi 2018), s. 1.

73 Kallio – Vuola 2018, s. 75 sekä Turtiainen 2015, s. 249.

74 Ks. HE 46/2016 vp, s. 8.

75 Hyödykemuotoisesta joukkorahoituksesta voidaan puhua myös palkinto-, ennakko-osto-, ennakkomyynti- tai vastikemuotoisena joukkorahoituksena, mutta selkeyden vuoksi tässä esityksessä puhutaan hyödykemuotoisesta joukkorahoituksesta.

76 HE 46/2016 vp, s. 16.

77 HE 46/2016 vp, s. 6 ja s. 13.

78 Kallio – Vuola 2018, s. 240. Tarjota voidaan kuitenkin myös muita rahoitusvälineitä, joita voivat olla esimerkiksi kommandiittiyhtiön yhtiöosuudet tai golf-osakkeet.

79 HE 46/2016 vp, s. 6.

80 Ks. Turtiainen 2015, s. 252 sekä Kallio – Vuola 2018, s. 116. Lainamuotoisen rahoituksen perustuessa sosiaaliin tavoitteisiin laina voi olla myös koroton, HE 46/2016 vp, s. 13 ja s. 64.

81 HE 46/2016 vp, s. 107–108.

82 Ks. Ibid., s. 16.

83 Ibid., s. 19.

84 KSL:n vaikutusta voidaan pitää merkittävänä, Jarmo Parkkonen – Mårten Knuts, Arvopaperimarkkinat. Talentum 2014, s. 12.

hankitaan usein suurempia rahoituseriä kuin joukkorahoituksella.⁸⁵ Taloudellisiin raja-arvoihin ja sääntelyn kohteena oleviin tahoihin on kuitenkin suhteellisen helppoa tehdä muutoksia⁸⁶, joten näitä seikkoja ei tule pitää esteenä ICO:jen ja joukkorahoituksen väliselle tarkastelulle. Tyypillisiin toimintamalleihin liittyvistä eroista huolimatta joukkorahoituksen tarjoama rahoitusliitännäinen rajapinta tarjoaa tarkastelulle luontevan perustan verrattuna puhtaaseen kuluttajansuoja- ja rahoitusmarkkinasääntelyn vertailuun.

Kuluttajansuojasääntelyn soveltuessa sekä hyödyke- että sijoitusmuotoiseen joukkorahoitukseen on olennaista arvioida edellytyksiä rahoitusmarkkinasääntelyn soveltumiselle ensisijaisena ICO:ihin kohdistuvana sääntelynä. Osa rahoitusmarkkinasääntelystä voi tulla sovellettavaksi tokenin ollessa rahoitusväline, mutta kokonaisuudessaan sääntely voi tulla sovellettavaksi vasta tokenin täyttäessä rahoitusvälineen määritelmää suppeamman arvopaperin määritelmän.⁸⁷ Tarkastelussa lähdetäänkin liikkeelle arvopaperikäsitteen perustasta.

5. KOTIMAISEN ARVOPAPERIKÄSITTEEN JUURILLA

Nykytilan ymmärtämiseksi on syytä tarkastella kotimaisen arvopaperikäsitteen kehitystä. Vanhemmassa suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa arvopaperin katsottiin tarkoittavan ”sellaista yksityisoikeutta osoittavaa asiakirjaa, jonka hallinta on oikeudenkäytön välttämättömänä edellytyksenä”.⁸⁸ Edelleen, jotta kyseessä olisi liike-elämän vaatimuksia tyydyttävä vaihdantaobjekti, arvopaperilla tulee olla vaihdantapaperin luonne, mikä edellyttää riittävää luovutuksensaajaan kohdistuvaa suojaa.⁸⁹ Edellä sanottu ilmentää tilannetta, jossa arvopaperi asiakirjana kuvastaa jotain yksityisoikeutta, jonka käyttäminen edellyttää kyseisen asiakirjan hallintaa. Tällaiseen arvopaperiin kytketty oikeus saattaa olla esimerkiksi raha tai tavara.⁹⁰ Nykypäivän kontekstissa hyödykkeen käsite kattaa sekä tavarat että palvelut, joten tavara voitaneen tässä yhteydessä perustellusti rinnastaa hyödykkeeseen laajemmassa

85 Nämä ovat osasyitä ICO:jen rajaamiselle EU:n joukkorahoitusasetuksen soveltamisalan ulkopuolelle (Euroopan parlamentti 2019, 11a johdantokappale).

86 Esimerkiksi VVTL:n valmistelussa katsottiin kansallisella päätöksellä perustelluksi laajentaa direktiivin vaatimuksia ja ulottaa lain soveltamisala myös virtuaalivaluutan liikkeeseenlaskijoihin, ks. HE 167/2018 vp, s. 48.

87 Rahoitusvälineen määritelmä sisältää myös arvopaperit. Muihin rahoitusvälineisiin kuin arvopapereihin liittyy kuitenkin sellaisia riskejä, joiden vuoksi ne on esimerkiksi rajattu EU:n uuden joukkorahoitusasetuksen valmistelussa asetuksen soveltamisalan ulkopuolelle (ks. komission ehdotus joukkorahoitusasetukseksi 2018, s. 14). Myöskään esiteasetusta ei sovelleta kaikkiin rahoitusvälineisiin. Muun muassa näiden seikkojen vuoksi rahoitusvälineiden ja arvopapereiden välisiä eroja ei arvioida tässä tekstissä.

88 Simo Zitting, Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta. Werner Söderström Osakeyhtiö 1957, s. 19.

89 Ibid., s. 32. Edellytetään erityisesti suojaa kaksoisluovutuksia vastaan sekä saanto- ja väitesuojaa, Simo Zitting – Martti Rautiala, Esineoikeuden oppikirja. Vammalan Kirjapaino Oy 1966, s. 34. Tämä vastaa olennaisin osin velkakirjalain 2 luvun nykyisin tarjoamaa suojaa.

90 K.A. Telaranta, Arvopaperioikeus. Ekolox 1981, s. 18–19.

merkityksessä.⁹¹ Edellä kuvattu arvopaperin määritelmä kattaisi vaivattomasti sekä hyödyke- että sijoitusmuotoiset tokenit, koska molemmissa on kyse asiakirjasta⁹², joka kuvastaa tietyn oikeuden kuulumista asiakirjan haltijalle.

Asiakirjan ja oikeuden välillä tulee myös olla yhteys, joka perustuu nimenomaan asiakirjan hallintaan. Asiakirja on ainoa yhteys, joka velallisen (liikkeeseenlaskija) ja velkojan (sijoittaja) välillä on ja siten asiakirja on välttämätön legitimaatioväline, jonka hallinnan menettäminen johtaa oikeuden katoamiseen.⁹³ Tokenit ovat nimenomaan välineitä, joiden hallinta on ainoa keino todistaa oikeus suhteessa liikkeeseenlaskijaan. Omistusoikeus, samoin kuin käyttö- tai luovutusoikeuden käyttäminen perustuu yksityisen avaimen hallussapitoon, jota ilman henkilö ei voi todistaa omaavansa tietyn oikeuden⁹⁴ eli käytännössä yksityinen avain on se tekijä, joka vaaditaan omistuksen toteen näyttämiseen. Asiakirjan, eli tässä yhteydessä yksityisen avaimen ja sitä kautta tokenin, hallinnan menettäminen johtaa liikkeeseenlaskijaan kohdistuvan oikeuden katoamiseen. Tokenit ovat siis ilmentymä nostalgisen arvopaperin määritelmän mukaisesta instrumentista.

Arvopaperin määritelmän sisältäneeseen VAML (495/1989) 1 luvun 2 §:ään lisättiin 1.1.2002 voimaan tulleella lakimuutoksella maininta, jonka mukaan lakia ei sovelleta sellaiseen arvopaperiin, joka tuottaa oikeuden käyttää kuluttajansuojalaissa tarkoitettuja kulutushyödykkeitä, jos arvopaperin arvo perustuu sanottuun oikeuteen. Hallituksen esityksessä sanottua täsmennetään toteamalla mainitun lainkohdan koskevan arvopapereita, joiden *hallinnan pääasiallinen tarkoitus* on kulutushyödykkeiden käyttö.⁹⁵ Oikeuskirjallisuuden mukaan hallinnan pääasiallinen tarkoitus on yhteydessä instrumentin arvon määräytymiseen, joten tilanteessa, jossa arvopaperin arvon pääasiallinen määräytyminen objektiivisesti katsoen irtaantuu kulutushyödykkeen käytöstä, arvopaperimarkkinalakia sovellettaisiin kyseiseen instrumenttiin.⁹⁶ Maininta lain soveltumattomuudesta kulutushyödykkeisiin kytkettyihin arvopapereihin poistettiin lakitekstistä aiheettomana vuonna 2013 voimaan tulleen kokonaisuudistetun AML:n säätämisen yhteydessä. Aiheettomuutta perusteltiin toteamalla, että huolimatta siitä, etteivät kulutushyödykkeisiin kytketyt arvopaperit yleensä täytä arvopaperin yleisiä kriteerejä, ei kriteerien täytyminen ole mahdotonta, ja siten lakiin ei tulisi sisältyä muodollista estettä tällaisten arvopaperien kuulumiselle lain piiriin. Uuden lain esitöissä kulutushyödykkeisiin kytketyillä arvopapereilla

91 Näin esimerkiksi KSL 1 luvun 3 §, jonka mukaan ”Kulutushyödykkeellä tarkoitetaan tässä laissa tavaroita, palveluksia sekä muita hyödykkeitä ja etuuksia -”.

92 Asiakirjan käsite ei rajoitu fyysisiin asiakirjoihin, vaan riittävää on oikeudenhaltijan mahdollisuus saada omistuksen osoittava todiste järjestelmästä, johon oikeus on kirjattu, ks. Parkkonen – Knuts 2014, s. 14.

93 Telaranta 1981, s. 20 ja s. 26.

94 Ks. esimerkiksi Vikram Dhillon – David Metcalf – Max Hooper, Blockchain Enabled Applications Understand the Blockchain Ecosystem and How to Make it Work for You. APress 2017, s. 81.

95 Hallituksen esitys 184/2001 vp eduskunnalle laeiksi arvopaperi-markkinalain ja kaupankäynnistä vakioiduilla optioilla ja termiineillä annetun lain muuttamisesta ja eräksi niihin liittyviksi laeiksi, annettu 19.10.2001, s. 54.

96 Jarkko Karjalainen – Jarmo Parkkonen, Arvopaperimarkkinalaki. Talentum 2004, s. 24.

tarkoitetaan arvopapereita, ”joita yleensä tarjotaan yleisölle *tarkoituksin*, että ostaja saa - - käyttöön⁹⁷ arvopaperin liikkeeseenlaskijan tarjoamia *kulutushyödykkeitä* – tavaroita, palveluja tai niiden yhdistelmiä”.

Edellä esitetystä voimme johtaa kaksi kriteeriä arvioinnille. Ensinnäkin arvon määräytymisen ja hallinnan tarkoituksen osalta on arvioitava *tokenin luonnetta* eli tokenin vertailukelpoisuutta moderniin arvopaperiin. Toiseksi merkitystä olisi liikkeeseenlaskun tarkoituksella. ICO:jen tarkoituksena on aina hankkia rahoitusta, joten liikkeeseenlaskijan tarkoitusta ei ole syytä arvioida. Rahoituksenhankkimistarkoitus voi kuitenkin muuttaa liikkeeseenlaskijan ja rahoituksen antajan välistä dynamiikkaa esimerkiksi tiedollisen asymmetrian merkityksen näkökulmasta. Siten toisena kriteerinä tulee arvioida mahdollisuuksia sijoittajan *suojan tarpeen* toteuttamiseen.

6. TOKENIN LUONTEESTA – TOKEN INSTRUMENTTINA MODERNEILLA MARKKINOILLA

Arvopaperin moderni määritelmä löytyy AML 2 luvun 1 §:stä, jonka mukaan arvopaperi on vaihdantakelpoinen ja saatettu yleiseen liikkeeseen useiden samansisältöisistä oikeuksista annettujen arvopaperien kanssa. Arvopaperin määritelmä vastaa olennaisilta osin rahoitusmarkkinoita koskevan EU-direktiivin (EU) 2014/65 (Markets in Financial Instruments Directive, jatkossa MiFID II) 4 artiklan 1 kohdan 44 alakohdan siirtokelpoisen arvopaperin määritelmää. Vertailukelpoisuuden vuoksi MiFID II ja siitä tehty kansainväliset tulkinnat voidaan ottaa myös kotimaisen viitekehyksen arvioinnin tueksi. ESMA teki kesällä 2018 kansallisille valvontaviranomaisille kyselyn ICO:ihin ja tokeneihin liittyvien kansallisten tulkintojen kartoittamiseksi ja tämän kyselyn tuloksia on perusteltua hyödyntää seuraavassa arvopaperin kriteerien arvioinnissa.

6.1 Siirtokelpoisuus

Arvopaperin tulee ensinnäkin olla vaihdantakelpoinen eli arvopaperin luovutuksensaajan tulee nauttia suojaa velkakirjalain 2 luvun juoksevaa velkakirjaa koskevien säännösten nojalla. Lisäksi arvopaperi tulee saattaa yleiseen liikkeeseen.⁹⁸ Vaihdantakelpoisuus ja yleiseen liikkeeseen saattaminen edellyttävät instrumentilta siirtokelpoisuutta. Vapaan siirrettävyyden tilanteiden lisäksi siirtokelpoisuuden kriteerit täyttyvät, ellei siirrettävyyttä ole pysyvästi ja lopullisesti rajoitettu. Siirrettävyyksirajoitus, joka vaatii transaktiolta esimerkiksi liikkeeseenlaskijan etukäteistä hyväksyntää, ei ole sellainen rajoitus, jonka katsotaan riittävällä tavalla

97 Hallituksen esitys 32/2012 vp eduskunnalle arvopaperimarkkinoita koskevaksi lainsäädännöksi, annettu 20.4.2012, s. 103. Korostukset tässä.

98 Parkkonen – Knuts 2014, s. 14.

rajoittavan instrumentin yleistä siirtokelpoisuutta.⁹⁹ Lohkoketjuteknologiassa hyödynnetty varmistamismekanismi voitaisiin tietyissä tilanteissa tulkita etukäteisen hyväksynnän vaatimukseksi erityisesti, jos kyseessä olisi yksityisessä tai hybridimallisessa lohkoketjussa toteutettava transaktio. Tällaiseen teknologiseen ratkaisuun perustuvaa varmistamista ei kuitenkaan tulisi tulkita siirrettävyyksirajoitukseksi, ellei liikkeeseenlaskija ole nimenomaisesti asettanut tiettyjä rajoittavia ehtoja transaktioiden varmistamiselle. Kun vastaavia clearing- eli hyväksyntämenettelyjä käytetään myös perinteisessä keskitetyssä kaupankäynnissä, tokeneita ei ole tässä suhteessa syytä arvioida toisin. Siirtokelpoisuuden osalta on tehty tulkinta, jonka mukaan pelkkä vaihdantamahdollisuuden olemassaolo riittää jopa siinä tapauksessa, ettei tokenille ole vielä olemassa siirtomahdollisuutta tai siirtokelpoisuutta on väliaikaisesti rajoitettu.¹⁰⁰ Jotta siirtokelpoisuutta ei olisi, tulisi tokenin siirrettävyys estää pysyvästi, jolloin kyseessä olisi puhtaasti suljetussa ympäristössä toimiva hyödyke. Tällaisten hyödykkeiden erilainen asema on tunnistettu myös VVTL 4 §:ssä, jonka mukaan rajatussa verkossa palveluita tarjoavalla ei ole rekisteröitymisvelvollisuutta.

6.2 Luonne lajiesineenä

Edelleen arvopaperi tulee saattaa liikkeeseen useiden saman sisältöisten arvopaperien kanssa eli arvopaperin tulee olla lajiesineen kaltainen.¹⁰¹ Lajiesineluonne edellyttää, että instrumenteilla on yhtä suuret nimellisarvot ja standardisoitu luonne eli käytännössä sitä, ettei instrumenttien ehtoja ole neuvoteltu erikseen yksittäisten sijoittajien kanssa.¹⁰² ICO:ssa olisi mahdollista laskea liikkeelle useita erilaisia tokeneita, joihin on liitetty erilaisia ominaisuuksia. Tällaisessa tilanteessa olennaista on, että erilliset tokenilajit muodostavat kaltaistensa parissa riittävän suuren ja eroteltavissa olevan joukon. Tokeneille tyypillinen luonteenpiirre on niiden jakokelpoisuus, sillä yksi token voidaan kaupankäynnissä sekä ICO:ssa jakaa erittäin pieniin osiin.¹⁰³ Tällä jakomahdollisuudella ei kuitenkaan ole vaikutusta lajiesineluonteen arviointiin, koska olennaista on mahdollisuus tokenien yksilöimiseen kaupankäynnin yhteydessä.¹⁰⁴

99 Philipp Maume – Mathias Fromberger, Regulation of Initial Coin Offerings: Reconciling U.S. and E.U. Securities Laws. Chicago Journal of International Law vol. 19 No. 2, s. 548–585, s. 574.

100 ESMA 2019b, s. 6 kohta 20. Lohkoketjuteknologia mahdollistaa niin sanotun lukitusjakson käyttämisen, jolloin sääntelyä olisi mahdollista kiertää rajoittamalla siirrettävyyttä annin hetkellä ja vapauttamalla siirtorajoitus tietyn ajanjakson jälkeen, ks. Maume – Fromberger 2019, s. 575.

101 Parkkonen – Knuts 2014, s. 15. Arvopaperin omistajalle ei siis tulisi olla merkitystä sillä, minkä liikkeeseen laskettavista arvopapereista hän saa haltuunsa, koska jokainen arvopapereista omaa samat ominaisuudet.

102 ESMA 2019b, s. 5 kohta 17. Käytännössä jo vaihdantakelpoisuuden määritelmä edellyttää lajiesineluonnetta, koska pääomamarkkinoilla transaktiot toteutetaan anonymisti identifioimatta transaktion kohdetta tarkemmin, ks. Maume – Fromberger 2019, s. 580.

103 Esimerkiksi bitcoinit voidaan jakaa aina yhteen ”satoshiin” (0,00000001 BTC) asti, ks. Rantala 2018a, s. 45. Yhden bitcoinin arvon lähennellessä 20 000 dollaria 2017–2018 vuodenvaihteessa kaupankäynti olisi todennäköisesti pysähtynyt ilman tätä jakomahdollisuutta.

104 Maume – Fromberger 2019, s. 581.

6.3 Vaihdamarkkinoisuus pääomamarkkinoilla

Vaihdamarkkinoisuus pääomamarkkinoilla liittyy olennaisesti sekä siirtomarkkinoisuuteen että lajiesineluonteeseen, koska kriteeri edellyttää vaihdannan helppoutta.¹⁰⁵ Ilman siirtomarkkinoisuutta vaihdanta ei ole mahdollista, kun taas ilman lajiesineluonnetta aktiivisen markkinan ja markkinahinnan muodostumiselle ei olisi edellytyksiä.¹⁰⁶ Tokeneilla on olemassa tällainen aktiivinen ja likvidi jälkimarkkina, jota ylläpitävät virtuaalivaluuttojen vaihtopalvelut eli niin sanotut kryptopörssit. MiFID II:n 4 (1) artiklan 44 kohdan mukaisen määritelmän mukaan arvopaperilta edellytetään vaihdantamarkkinoisuutta *pääomamarkkinoilla*¹⁰⁷, joten on arvioitava, ovatko perinteisen rahoitusmarkkinasääntelyn ulkopuolella operoivat kryptopörssit osa pääomamarkkinoita. Pääomamarkkinoita ei ole määritelty EU-lainsäädännössä, mutta komissio on todennut määritelmän olevan luonteeltaan laaja ja kattavan kaikki markkinapaikat, joissa *arvopaperien* osto- ja myyntitahdot kohtaavat.¹⁰⁸ Linjaus on paradoksaalinen, koska vaihdantamarkkinoisuuden tulisi olla yksi arvopaperin kriteereistä eikä toisinpäin.¹⁰⁹

Tämä komission antama epäselvä tulkintalinjaus on ilmeisesti johtanut ESMA:n tutkimuksessa esille nousseeseen konfliktiin, sillä lähes puolet kansallisista viranomaisista katsoi, etteivät tokenit ole vaihdantamarkkinoisia, perustaen tulkintansa siihen, ettei tokenia katsottu arvopaperiksi.¹¹⁰ Tiukan tulkinnan mukaan tämä johtaa MiFID II:n 4 (1) artiklan 44 kohtaan sisältyvän arvopapereita koskevan esimerkkilistan muuttumiseen tyhjentyväksi listaksi, koska on käytännössä voitava varmasti todeta arvioitavan instrumentin olevan arvopaperi, jotta se voitaisiin todeta vaihdantamarkkinoiseksi pääomamarkkinoilla. Tämä ei kuitenkaan vastaa direktiivin tarkoitusta¹¹¹, joten tällaisen tiukan linjanvedon tekemistä tulisi välttää. Laajan tulkinnan mukaisesti myös kryptopörssit tulee laskea pääomamarkkinoihin sisältyväksi markkinapaikaksi, koska ne muistuttavat toimintamekanismeiltaan perinteistä arvopaperipörssiä.¹¹² Joka tapauksessa kansallisten viranomaisten linjaus antaa ymmärtää, ettei arvopaperin kriteerejä tällä hetkellä tulkita toisistaan täysin irrallisina elementteinä.¹¹³

105 Ks. Esimerkiksi Maas 2019, s. 50 sekä Maume – Fromberger 2019, s. 578.

106 Parkkonen – Knuts 2014, s. 15.

107 Suomessa lain tasolla käytössä on direktiiviin verrattuna lyhyempi määritelmä, mutta pääomamarkkinoiden MiFID II eli Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/65/EU rahoitusvälineiden markkinoista sekä direktiivin 2002/92/EY ja direktiivin 2011/61/EU muuttamisesta (uudelleenlaadittu), annettu 15.5.2014, EUVL L 173, s. 349–496. Suomessa lain tasolla käytössä on direktiiviin verrattuna lyhyempi määritelmä, mutta pääomamarkkinoiden vaatimus on mainittu arvopaperimarkkinalakia koskevassa hallituksen esityksessä (ks. HE 32/2012 vp, s. 101).

108 ESMA 2019b, s. 7 kohta 23 sekä European commission: Your questions on MiFID Markets in Financial Instruments Directive 2004/39/EC and implementing measures, 31.10.2008.

109 Maas 2019, s. 51.

110 ESMA 2019b, s. 6 kohta 20.

111 Ks. MiFID II 8 johdantokappale, jonka mukaan sääntelyn piiriin olisi otettava sellaiset instrumentit, joihin liittyy samankaltaisia kysymyksiä kuin perinteisten instrumenttien sääntelyyn.

112 Maas 2019, s. 50.

113 ESMA 2019b, s. 6 kohta 20 sekä Maas 2019, s. 51.

Vaihdamarkkinoisuuden voi myös liittyä vaatimus tietystä turvallisuus- tai luotettavuustasosta erityisesti suhteessa kolmansiin osapuoliin.¹¹⁴ Suomen kontekstissa puhuttaisiin velkakirjalain 2 luvun säännösten tarjoamasta suojasta. Kysymys on monimutkainen, sillä teknologiset ratkaisut ja mekanismit vaikuttavat tokenin omistajan saaman suojan arviointiin. Lähtökohtaisesti tokenin voidaan katsoa saavan sivullissuojaa erityisesti lohkoketjuteknologiassa (usein) hyödynnetyn yksityisen avaimen tarjoaman teknologisen suojan vuoksi. Käytännössä tokenia ei voida siirtää ilman tätä yksityistä avainta¹¹⁵, jolloin luovutuksensaaja voi perustellusti luottaa siirron pätevytyteen. Jos ennen siirtoa on tapahtunut väärinkäytös, tilannetta on arvioitava yleisten velvoiteoikeudellisten vastuuperiaatteiden mukaisesti.¹¹⁶ Toisaalta Suomessa on jo pitkään katsottu VKL 2 luvun säännösten voivan tulla analogisesti sovellettavaksi myös sääntelemättömiin arvopaperimarkkinoilla kehittyneisiin arvopaperityyppeihin.¹¹⁷ Tällä perusteella VKL 2 luvun soveltamiselle ei voine muodostua estettä edellyttäen, että muut arvopaperin kriteerit täyttyvät.

6.4 Sijoituskomponentti

Lainsäädännössä arvopaperille asetettujen kriteerien tarkastelu osoittaa, että hyödyke- ja sijoitusmuotoiset tokenit täyttävät lainsäädännössä annetun arvopaperin määritelmän, sillä ne ovat lajiesineen luonteisia, siirtomarkkinoisia sekä vaihdantamarkkinoisia (pääomamarkkinoilla). Kuitenkin VAML:n terminologian mukaisesti hyödykemuotoisten tokenien hallinnan pääasiallisena tarkoituksena on tuottaa omistajalleen oikeus käyttää tiettyä palvelua, siinä missä sijoitusmuotoisten tokenien hallinnan pääasiallisena tarkoituksena taloudellisen tuoton saavuttaminen. Tästä syystä aihetta käsittelevissä kirjoituksissa vaikuttaa muodostuneen suhteellisen yksimielinen kanta, jonka mukaan tokenin tulee hyödykeluonteensa ohella omata sijoitusinstrumentin ominaisuuksia ollakseen arvopaperi.¹¹⁸ Vastaava kanta on otettu myös EU:n jäsenvaltioiden tasolla¹¹⁹, sillä noin puolet kansallisista viranomaisista katsoi yllä käsiteltyjen arvopaperin elementtien täyttyvän myös hyödykemuotoisten tokenien osalta, mutta tästä

114 Maume – Fromberger 2019, s. 579.

115 Alexander Savelyev, Some risks of tokenization and blockchainization of private law. Computer law & security review 34 (2018), s. 863–869, s. 868.

116 Tokenien sivullissuoja ulosmittauksessa vahvistettiin myös keväällä 2019 annetussa hovioikeuden ratkaisussa, jossa B:n hallussa olleet bitcoinit tuli jättää ulosmittauksen ulkopuolelle, koska ne kuuluivat B:n ja A:n välisen sopimuksen perusteella A:lle (Turun hovioikeus U 18/1982, annettu 3.4.2019).

117 Hallituksen esitys 157/1988 vp eduskunnalle arvopaperimarkkinalaiksi sekä siihen liittyväksi lainsäädännöksi, s. 7.

118 Maume – Fromberger 2019, s. 577 ja Philipp Hacker – Chris Thomale, Crypto Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law. SSRN-artikkeli, saatavilla osoitteesta <<https://ssrn.com/abstract=3075820>>, julkaistu 21.7.2018, s. 29. Viitatu kirjoittajat tunnistavat ongelman yhdenmukaisesti, mutta tulkitsevat kokonaisuutta eri tavoin. Maume ja Fromberger katsovat, että sijoituskomponenttia voidaan arvioida yhdessä muiden arvopaperin kriteereiden kanssa erityisesti tarkastelemalla edellä esitettyä pääomamarkkinoiden kriteeriä, Maume – Fromberger 2019, s. 583. Termin paradoksaalisuuden vuoksi lähestymistapa on altis kritiikille.

119 ESMA 2019a, s. 20 kohta 86, jonka mukaan yksikään kansallisista viranomaisista ei luokitellut hyödykemuotoista tokenia siirtomarkkinoiseksi arvopaperiksi tai rahoitusvälineeksi.

huolimatta hyödykemuotoista tokenia ei pidetty arvopaperina.¹²⁰ MiFID II:n voidaan siis katsoa sisältävän erillisen sijoitusluonnetta edellyttävän vaatimuksen, jota kutsutaan myös sijoituskomponentiksi.¹²¹ Kysymys sijoituskomponentin täyttymisestä ratkaisee lopulta, onko kyseessä arvopaperi vai ei.

Yksinkertaistettuna sijoittamisessa on kyse rahan käyttämisestä taloudellisen hyötymisen toivossa. Taloudellinen hyötyminen voi tapahtua joko markkinoilla tapahtuvan arvonnousun seurauksena tai vaihtoehtoisesti välittömästi instrumentin omistuksen perusteella saadun tuoton kuten osingon tai muun vastaavan edun muodossa. Hyödykemuotoisilla tokeneilla voidaan tavoitella taloudellista hyötymistä ICO:n jälkeisessä kaupankäynnissä ja siten niillä on tiettyjä arvonnousuodotuksiin perustuvia spekulatiivisia piirteitä.¹²² Odotukset taloudellisesta hyötymisestä perustuvat kuitenkin ainoastaan tokenien potentiaaliseen arvonnousuun markkinoilla. Mahdollinen tuotto syntyy kahden sijoittajan välisessä relaatiossa, eivätkä sijoittajan ja liikkeeseenlaskijan taloudelliset asemat ole riippuvaisia toisistaan. Hyödykemuotoisen tokenin omistaja ei saa suoraa taloudellista tuottoa yhtiön taloudellisen menestyksen, kuten suuren yrityskaupan tai merkittävän liikevoiton seurauksena, elleivät nämä muutokset heijastu myös tokenin markkinahintaan.¹²³ Hyödykemuotoinen token siis muodostaa omistajalleen ainoastaan liikkeeseenlaskijan palveluun kohdistuvan osto- tai käyttöoikeuden, muttei taloudellista tuotto-oikeutta. Osto- tai käyttöoikeuden ja sitä kautta tokenin markkina-arvo korreloi vain liikkeeseenlaskijan palvelun suosion, muttei liikkeeseenlaskijan taloudellisen aseman kanssa.¹²⁴ Hyödykeominaisuudet ovat puhtaasti hyödykemuotoisten tokenien tärkein ominaisuus, minkä vuoksi ne eivät luonteeltaan vastaa MiFID II:ssä määriteltyjä arvopapereita tai direktiivin suojan tarkoitusta.¹²⁵

Toinen mahdollisuus taloudelliseen hyötymiseen perustuu suoraan taloudelliseen yhteyteen sijoittajan ja liikkeeseenlaskijan välillä. Kansalliset viranomaiset vaikuttavat käyttävän yhteydestä termiä ”liitännäiset tuotto-odotukset” (*attached profit rights*) kuvaamaan kiinteää taloudellista yhteyttä ja eroa suhteessa jälkimarkkinoihin perustuviin arvonnousuodotuksiin.¹²⁶

120 ESMA 2019b, s. 28. Elementtien täyttymiseen olisi voinut uskoa myös useampi kansallisista viranomaisista, mutta osa jätti arvioinnin tekemättä linjattuaan, ettei hyödykemuotoinen token ole arvopaperi.

121 Hacker – Thomale 2018, s. 25 sekä ESMA 2019b, s. 10.

122 Rohr – Wright 2019, s. 468.

123 Hacker – Thomale 2018, s. 34.

124 Iris H-Y Chiu, Decoupling Tokens From Trading: Reaching Beyond Investment Regulation For Regulatory Policy In Initial Coin Offerings. SSRN-artikkeli, saatavilla osoitteesta <<https://ssrn.com/abstract=3156277>>, julkaistu 24.9.2018, kohta 44.

125 Hacker – Thomale 2018, s. 13. Kirjallisuudessa on tokeneiden ominaisuuksia silmällä pitäen tähdennetty, että pelkkä mahdollisuus sijoituskäyttöön ei tee myöskään maksuvälinemuotoisista tokeneista arvopapereita, ks. Innanen et al. 2019, s. 116.

126 ESMA 2019b, s. 3 kohta 8 sekä s. 10 kohta 32.

Liitännäiset tuotto-odotukset voivat perustua esimerkiksi osinkotyyppisiin jako-osuuksiin kohdeyrityksen voitoista tai muihin maksuihin yhtiöltä tokenin omistajalle.¹²⁷ Olennaista tässä suhteessa onkin tuotto-odotuksen ja sitä kautta syntyvän suhteen muodostuminen nimenomaan liikkeeseenlaskijan ja sijoittajan välille, kun taas arvonnousun perusteella sijoittajan saama tuotto muodostuu transaktiosta, joka toteutetaan markkinoilla sijoittajan ja kolmannen osapuolen välillä. Liitännäisten tuotto-odotusten osalta sijoittajalta ei vaadita aktiivisia toimia taloudellisen hyötymisen saavuttamiseksi, koska osingot ja muu tuotto siirtyvät automaattisesti yhtiöltä sijoittajalle. Arvonnousun realisoiminen taas edellyttää sijoittajalta aktiivisia kaupankäyntitoimia markkinoilla.

Noin puolet kansallisista viranomaisista katsoi jälkimarkkinan tarjoaman arvonnousumahdollisuuden olevan (lähtökohtaisesti) riittämätön muodostamaan tokenille sijoituskomponenttia, kun taas suurin osa katsoi (lähtökohtaisesti) liitännäisten tuotto-oikeuksien olemassaolon tekevän tokenista arvopaperin.¹²⁸ Näin voidaan todeta sijoitusmuotoisten, eli liitännäisiä tuotto-oikeuksia sisältävien, tokenien kuuluvan rahoitusmarkkinasääntelyn soveltamisalaan tokenien luonteen perusteella. Arvonnousumahdollisuuksien riittävyttä arvioitaessa on huomioitava MiFID II:n 8 johdantokappaleessa esitetty mahdollisuus laajentaa soveltumisalaa sellaisiin instrumentteihin, joilla käydään kauppaa siten, että niiden sääntelyyn liittyy samankaltaisia kysymyksiä kuin perinteisten rahoitusvälineiden sääntelyyn. Nämä kysymykset liittyvät liikkeeseenlaskujen osalta rahoitusmarkkinasääntelyn perimmäisiin ideaaleihin, erityisesti sijoittajansuojasta ja siihen liittyvästä tiedollisen epätasapainon paikkaamisesta.¹²⁹ Esille on nostettu tarve sääntelyn soveltamiselle esimerkiksi tilanteessa, jossa ICO:n markkinoinnissa erityisen selkeästi korostetaan tokenin arvonnousumahdollisuuksia ja siten luodaan kuvaa tokenin potentiaalisesta sijoitusluonteesta, vaikka kyse olisikin hyödykemuotoisesta tokenista.¹³⁰ Tällöin rahoitusmarkkinainsäädännön soveltuvuus ei kuitenkaan perustuisi tokenin luonteeseen, vaan sijoittajan suojan tarpeeseen. Suojan tarpeen arvioinnissa nousevat esille arvopaperilainsäädännön taustaperiaatteiden sekä erityisesti esitesääntelyn funktiot ja mahdollisuudet tiedollisen asymmetrian paikkaamisessa.¹³¹

127 ESMA 2019b, s. 10 kohta 32.

128 ESMA 2019a, s. 20 kohta 85 ja ESMA 2019b, s. 11 kohta 36.

129 Näin esimerkiksi Lars Klöhn – Nicolas Parhofer – Daniel Resas, Initial Coin Offerings (ICOs): Economics and Regulation. SSRN-artikkeli, saatavilla osoitteesta <<https://ssrn.com/abstract=3290882>>, julkaistu 5.3.2019, s. 31 sekä Hacker – Thomale 2018, s. 25. MiFID II:n 8 johdantokappaleessa on kysymys arvopaperia laajemmin rahoitusvälineistä, mutta idean merkitys on huomioitava myös arvopaperien osalta.

130 Klöhn – Parhofer – Resas 2019, s. 33 sekä Hacker – Thomale 2018, s. 35.

131 Klöhn – Parhofer – Resas 2019, s. 31, Maas 2019, s. 51–52 sekä Hacker – Thomale 2018, s. 25.

7. TOKENIN LUONTEESTA TODELLISEEN SUOJAN TARPEESEEN

7.1 Suojan tarve

Suojan tarpeen tärkeyttä voidaan havainnollistaa nostamalla esille korkeimman hallinto-oikeuden (jatkoksa KHO) ratkaisu 2019:42, jossa arvioitiin ether-tokenin verotuksellista asemaa. Tämän esityksen näkökulmasta ratkaisun ydin¹³² piilee etheriä hankkineen A:n toteamuksessa, jonka mukaan hän on hankkinut etheriä ”sijoitustarkoituksessa hyötyäkseen sen arvon kehityksestä”. Edelleen A on todennut sijoittaneensa hyödykemuotoiseen tokeniin tarkoituksenaan taloudellinen hyötyminen arvonnousun perusteella. Ottamatta kantaa A:n tulkintaan ether-tokenin luonteesta, voidaan todeta myös hyödykemuotoisten tokenien olevan sijoitustoiminnan kohteena. Esitetystä tilanteesta rahoitusmarkkinasääntelyn soveltumista ei voida perustella tokenin luonteella, koska kyseessä ei ole sijoitusmuotoinen token. Soveltamisalan laajentamismahdollisuuksia voidaan kuitenkin arvioida suojan tarpeen näkökulmasta. Rahoitusmarkkinasääntelyn perustavoitteet liittyvät sijoittajan ja liikkeeseenlaskijan välisessä suhteessa esimerkiksi sijoittajansuojaan, markkinoiden tehokkuuteen, läpinäkyvyyteen ja toiminnan tasapuolisuuteen.¹³³ Liikkeeseenlaskujen yhteydessä tavoitteita toteutetaan erityisesti tiedonantovelvollisuuksin, joista kaikkein laajimpana tulee kyseeseen esitesääntely.

EU:n uusi esiteasetus (EU) 2017/1129 astui voimaan 21.7.2019. Esiteasetusta ei sovelleta liikkeeseenlaskuihin, joiden arvo on alle 1 000 000 euroa ja kansallista harkintavaltaa on jätetty niiden liikkeeseenlaskujen osalta, joiden arvo on 1 000 000–8 000 000 euroa.¹³⁴

Tälle välille asettuvat liikkeeseenlaskut edellyttävät joukkorahoituslain 11 ja 21 §:n mukaan valtiovaraministeriön asetuksessa joukkorahoituksen saajan tiedonantovelvollisuuden sisällöstä ja rakenteesta (1045/2016) määritellyn perustietoasiakirjan julkaisemista. Tähän nykytilaan on odotettavissa muutoksia, sillä EU:ssa on valmistelussa joukkorahoitusasetus, jonka valmistelussa on ehdotettu velvollisuutta avaintietoasiakirjaksi kutsuttavan dokumentin julkaisemiseen.¹³⁵

132 Mielenkiintoista on myös käytettävien termien epäselvyys, sillä lyhyessä ratkaisutextissä tokenia kuvaillaan ainakin yhdeksällä eri termillä (mm. maksuväline, digitaalinen hyödyke ja ei-fyysinen irtain omaisuus), mikä kuvaa hyvin niin yhtenäisen käsitteistön puuttumista kuin asiaan liittyvän ymmärryksen puuttumista.

133 HE 32/2012 vp, s. 36. Markkinavalvojen ja liikkeeseenlaskijoiden välisessä suhteessa sääntelyn tavoitteet taas liittyvät erityisesti markkinoiden rakenteellisten riskien hallintaan, ks. HE 32/2012 vp, s. 36. Esimerkiksi ESMA:n tunnistamista riskeistä merkittävä osa liittyy teknologiaan sekä kryptomarkkinoiden ja perinteisten markkinoiden väliin eroihin, ks. ESMA 2019a, s. 13–18, joihin ei ole mahdollista puuttua nykyäänäntelyllä.

134 Ks. esiteasetuksen 2017/1129/EU johdantokappaleet 12 ja 13. Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) 2017/1129 arvopapereiden yleisölle tarjoamisen tai kaupankäynnin kohteeksi säännellyllä markkinalla ottamisen julkaistavasta esitteestä ja direktiivin 2003/71/EY kumoamisesta, annettu 14.6.2017, EUVL L 168, s. 12–82.

135 Euroopan parlamentti 2019, 12a johdantokappale. Kirjoitushetkellä ehdotus on ollut neuvoston käsittelyssä.

7.2 Tiedonantovelvollisuuksien tavoitteet ja niiden soveltuvuus ICO:ihin

Sijoittajan tiedontarve liittyy (hyödykemuotoisten) ICO:jen kontekstissa esimerkiksi tokenin käyttötarkoitukseen, mahdolliseen ennakkomyyntiin ja sen ehtoihin, ICO:n hinnoittelumalliin, liikkeeseenlaskijan organisaatorakenteeseen, sovelluskehitykseen ja siihen liittyviin riskeihin, sovelluksessa käytettävään lohkoketjuteknologiaan, projektin vetäjien kokemukseen sekä teknologiaan (erityisesti lähdekoodiin) mahdollisesti kohdistettuun auditointiin.¹³⁶ Tärkeissä tiedoissa korostuvat siis erityisesti palveluun ja kehitysprojektiin liittyvät tiedot.

Esiteasetuksen mukaiset tiedonantovaatimukset taas kohdistuvat ensisijaisesti liikkeeseenlaskijan talous- ja historiatietoihin sekä liiketoiminnan ja tulevaisuudennäkymien kuvaamiseen yleisellä tasolla. ICO:jen kontekstissa esitteen tiedonantovaatimuksista potentiaalisesti hyödyllisiä olisivat erityisesti varojen käyttötarkoitusta sekä tulevaisuuden riskitekijöitä koskevat tiedot. Riskitekijöiden merkitys ICO:jen kontekstissa jää kuitenkin pieneksi, sillä esitteen riskit liittyvät ensisijaisesti liikkeeseenlaskijan taloudelliseen tilaan, jolla on vain välillisesti merkitystä hyödykemuotoiseen tokeniin sijoittavalle taholle.¹³⁷ Sovelluskehitykseen ja teknologiaan liittyvien riskien kuvaaminen jäisi käytännössä rahoituksen saajan oman aktiivisuuden varaan. Olennaista on myös se, että ICO:jen järjestäjäryitykset ovat yleensä tuotekehityksen alkuvaiheessa tai vaihtoehtoisesti vasta ideavaiheessa, jolloin merkittävää osaa esiteasetuksen vaatimista historiatiedoista ei edes ole annettavissa, eikä esite siten käytännössä paranna sijoittajan asemaa.¹³⁸ Lisäksi uuden esiteasetuksen aiempaa kevyemmistä vaatimuksista huolimatta esitteen laatimisvelvollisuus on liikkeeseenlaskijalle edelleen raskas ja kallis prosessi, joten velvoitteen asettaminen todennäköisesti vähentäisi halukkuutta ICO:jen järjestämiseen ja heikentäisi alueellista kilpailukykyä.

Kotimaisen joukkorahoitussääntelyn mukainen perustietoasiakirja on enintään kuuden sivun pituinen eikä tarjoa esitteeseen verrattuna uutta tietoa. EU:ssa valmistelussa avaintietoasiakirjassa tiedonantovelvollisuudet sen sijaan painottuisivat nykyistä enemmän rahoituksen kohteena olevaan projektiin liiketoiminnan asemesta. Rahoituksen saajan olisi jatkossa annettava tarkempia tietoja rahoituksen käyttökohteena olevan projektin tarkoituksesta ja pääpiirteistä sekä toisaalta projektiin kohdistuvista riskeistä toimialan, projektin, projektin toteuttajan ja sijoitusinstrumentin näkökulmasta.¹³⁹ Näistä tiedonantovelvollisuuksista

136 Klöhn – Parhofer – Resas 2019 s. 39, Smith + Crown: A Framework for ICO/Token Sale Self-Governance 2017 (saatavilla osoitteesta <<https://www.smithandcrown.com/wp-content/uploads/2017/12/A-Framework-for-ICOToken-Sale-Self-Governance.pdf>>, vierailtu 17.11.2019) ja Coinbase: A Securities Law Framework for Blockchain Tokens 2016 (saatavilla osoitteesta <<https://www.coinbase.com/legal/securities-law-framework.pdf>>, vierailtu 17.11.2019), s. 4.

137 Samoin myös muiden ICO:jen osalta Klöhn – Parhofer – Resas 2019, s. 38 ja Hacker – Thomale 2018, s. 29.

138 Klöhn – Parhofer – Resas 2019, s. 38.

139 Council of the European Union: Compromise proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Crowdfunding Service Providers (ECSP) for Business and amending Regulation (EU) No 2017/1129, 24.6.2019, s. 84–85.

huolimatta liikkeeseenlaskijalle jää mahdollisuus jättää julkistamatta olennaisia tietoja esimerkiksi tokenin tuottamiin oikeuksiin, käytettävään hinnoittelumalliin, institutionaalisille sijoittajille suunnatun ennakkomyynnin ehtoihin sekä lohkokejtuteknologiaan (erityisesti lähdekoodiin) liittyen.¹⁴⁰ Mainittujen tietojen antaminen voisi vaikuttaa negatiivisesti ICO:lla saavutettavan rahoituksen määrään.

Akerlöfin luomaan ns. sitruunateoriaan peilaten avaintietoasiakirjan tarjoamat tiedot eivät poista tiedollista epätasapainoa tavalla, joka voisi johtaa pareto-optimaalisen markkinan syntymiseen¹⁴¹, koska myyjillä säilyy insentiivi tiedollisen epätasapainon hyödyntämiseen.¹⁴² Sitruunateorian mukaan markkinatoimijoiden välinen tiedollinen asymmetria aiheuttaa skeptisyyttä toimijoiden välille ja voi jopa pysäyttää markkinoiden toiminnan, ellei tiedollista epätasapainoa onnistuta korjaamaan.¹⁴³ Tietojen saavuttamattomuus voi toisaalta johtaa sijoittajan epävarmuuteen ja olla siten liikkeeseenlaskijalle vahingollinen. Koska ICO:ihin liittyvää tiedonantovelvollisuutta ei ole toistaiseksi säännelty, tällainen epävarmuus ei ole ollut merkittävästi ICO:ja toisistaan erottava tekijä. Viime aikoina on kuitenkin ollut havaittavissa sitruunateorian mukaisen tiedollisen epätasapainon vähentämiseen pyrkivää toimintaa, johon liittyen ICO:jen järjestäjät ovat esimerkiksi lisänneet annettavia tietoja ja pyrkineet toisaalta tuomaan ns. portinvartijan eli kolmannen osapuolen osaksi tyypillisesti liikkeeseenlaskijan ja sijoittajan välistä ICO-transaktiota luomaan luottamusta toimijoiden välille.¹⁴⁴ Rahoitusmarkkinasääntely ei pystyisi ICO:jen kontekstissa tasoittamaan tiedollista asymmetriaa ja suojaamaan sijoittajaa, joten perusteita sääntelyn laajentavalle tulkinnalle ei voida johtaa suojan tarpeen ja voimassaolevan sääntelyn muodostamasta kokonaisuudesta.

Rahoitusmarkkinasääntelyn soveltumattomuuden vuoksi tiedonantovelvollisuudet jäävät hyödykemuotoisten tokenien osalta kuluttajansuojasääntelyn sekä virtuaalivaluuttalain markkinointia koskevien säännösten varaan. KSL 2:8:n suoran tiedonantovelvollisuuden mukaan kulutushyödykkeestä on kerrottava sen pääominaisuudet siinä laajuudessa kuin se on asianmukaista. Tulkinnanvarainen säännös jättää avoimeksi esimerkiksi teknologiaa koskevien tietojen asianmukaisen laajuuden erityisesti siksi, että kuluttajan näkökulmasta muun muassa lähdekoodin kuvaaminen voisi olla mahdollista tulkita myös kuluttajaa harhaanjohtavaksi

140 Näitä elementtejä on nostettu esille myös muualla, ks. esim. Hacker – Thomale 2018, s. 41 sekä Klöhn – Parhofer – Resas 2019, s. 38.

141 Ks. Jesper Lau Hansen, The Hammer and the Saw - A Short Critique of the Recent Compromise Proposal for a Market Abuse Regulation. Nordic & European Company Law Working Paper No. 10-35, 26.12.2012, s. 2–3, jonka mukaan pareto-optimaaliseen lopputulokseen johtava vapaaehtoinen transaktio kahden markkinatoimijan välillä edellyttää riittäviä tiedonantovelvollisuuksia sisältäviä sääntöjä.

142 Akerlöfä mukaillen, ks. George A. Akerlof, The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. The Quarterly Journal of Economics (1970), Vol. 84(3), s. 488–500, 487.

143 Akerlöf 1970, s. 490.

144 Klöhn – Parhofer – Resas 2019, s. 40. Portinvartijan roolista ks. Kallio – Vuola 2018, s. 126.

tiedoksi.¹⁴⁵ KSL 2:7 ja VVTL 12 §¹⁴⁶ sisältävät epäsuoria tiedonantovelvollisuuksia, joiden perusajatuksena on vaatimus kaikkien asiakkaan tai kuluttajan kannalta olennaisten tietojen antamisesta. Näiden vaatimusten käytännön painoarvo jäänee kuitenkin vähäiseksi, kunnes säännösten soveltamisesta saadaan tulkintakäytäntöä.¹⁴⁷ Positiivista on, että nykytila mahdollistaa alan itsesääntelyn ja parhaiden käytäntöjen vapaan muotoutumisen.

8. VAIHTOEHTOINEN LÄHESTYMISTAPA – HOWEY-TESTI ARVIOINNIN PERUSTANA YHDYSVALLOISSA

Yhdysvaltain arvopaperimarkkinaviranomainen (Securities and Exchange Commission, jatkossa SEC) otti ensimmäistä kertaa kantaa ICO:ihin niin sanotussa DAO¹⁴⁸-raportissa¹⁴⁹ vuonna 2017. SEC sovelsi ICO:jen arviointiin *Howey*-testiä, joka perustuu vuonna 1946 ratkaistuun Yhdysvaltain korkeimman oikeuden tapaukseen *SEC v. W.J. Howey Co.* (jatkossa *Howey*-tapaus).

145 Tiedonantovelvollisuuksien arvioinnissa olisi hyödynnettävä keskivertokuluttajan ja tässä yhteydessä myös arvopaperimarkkinaoikeudellisen järkevän sijoittajan konstruktoita. Molempiin käsitteisiin liittyy kuitenkin jo erilläänkin useita arviointia vaikeuttavia haasteita, ks. kuluttajakäsityksestä Klaus Viitanen – Thomas Wilhelmsson, Kuluttajaoikeus s. 999–1188 teoksessa Seppo Villa et al., Yritysoikeus. Talentum 2014, s. 1037–1038 sekä sijoittajakäsityksestä Marika Salo – Jukka Oksaharju, Järkevän sijoittajan monet kasvot. Lakimies 3-4/2019, s. 418–446.

146 VVTL 12 §:n 1 momentin mukainen tiedonantovelvollisuus koskee asiakkaalle markkinoitavaa palvelua. Virtuaalivaluuttaan liittyvällä palvelulla taas tarkoitetaan VVTL 2 §:n 1 momentin 6 kohdassa virtuaalivaluutan liikkeeseenlaskua, vaihtopalvelua ja lompakkopalvelun tarjoamista. Markkinointisäännöksen kytkeminen palvelun käsitteeseen aiheuttaa riskin virhetulkintoille, jos palveluksi katsotaan lain systematiikan nojalla liikkeeseenlasku transaktion, eikä esimerkiksi hyödykemuotoisen tokenin ja sen käyttökohteena olevan palvelun muodostama kokonaisuutta. On kuitenkin oletettava lainsäätäjän tarkoittaneen palvelulla nimenomaan mainittua kokonaisuutta, sillä markkinointisäännöksen tavoitteena on kuluttajien suojaaminen sijoitustoiminnassa, HE 167/2018 vp, s. 48.

147 Kuluttajaoikeudessa epäsuorien tiedonantovelvollisuuksien vähäinen merkitys on johtanut suorien tiedonantovelvollisuuksien lisääntymiseen, Viitanen – Wilhelmsson 2014, s. 1054.

148 DAO eli Decentralized/Distributed Autonomous Organisation on nimensä mukaisesti hajautettu autonominen organisaatio, jota ei ole yleispätevästi määriteltä. Hakkarainen on määritellyt DAO:n olevan älykkäistä sopimuksista koostuva toiminnallinen verkosto, jolla ei ole keskitettyä hallintoa, yhtiöjärjestystä eikä vastuullisia edustajia, ks. Jenni Hakkarainen, Lohkoketjuteknologia ja koodi normina. Voiko koodi korvata lain? Helsinki University Legal Tech Lab 2018, s. 144. DAO voi toimia täysin ilman ulkopuolista ohjausta itsenäisenä digitaalisena organisaationa, jonka toiminta ja ratkaisut perustuvat organisaation jäsenille hajautettuun lähdekoodiin, jonka toimintaa kontrolloidaan ja valvotaan ainoastaan aiemmin mainittujen konsensusalgoritmien sekä lohkokejtun julkisuuden avulla, Aaron Wright – Primavera De Filippi, Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia. SSRN-artikkeli, saatavilla osoitteesta <https://ssrn.com/abstract=2580664>, julkaistu 10.3.2015, s. 15–17.

149 Securities and Exchange Commission: Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO. Release No. 81207, julkaistu 25.7.2017. Raportit kuvaavat SEC:n kantaa liittyen tiettyihin oikeudellisiin kysymyksiin. Ne eivät ole oikeudellisesti sitovia, mutta niillä on painoarvoa etenkin uusien teknologioiden osalta, ks. Nate Crosser, Initial Coin Offerings as Investment Contracts: Are Blockchain Utility Tokens Securities? Kansas Law Review 2018 vol.67 s. 379–422, s. 404.

Tapauksessa korkein oikeus määritteli sijoitussopimuksen¹⁵⁰ koostuvan rahan sijoittamisesta yhteiseen yritykseen (*common enterprise*) tavoitteena saavuttaa tuottoa, joka perustuu muiden kuin sijoittajan suorittamaan toimintaan.¹⁵¹ Sitten SEC on useita kertoja soveltanut testiä sekä julkaissut ohjeistuksen¹⁵² testin soveltamisesta. Eurooppalaisittain testin kiinnostavimmat kysymykset liittyvät tuoton tavoitteluun, joten tässä yhteydessä keskitytään kyseisen kriteerin arviointiin.¹⁵³

Testin elementtinä odotus tuoton saavuttamisesta muistuttaa olennaisilta osin eurooppalaista sijoituskomponentin vaatimusta. *Howey*-testin sanamuodon mukaan sijoitussopimuksesta on kyse, jos henkilö sijoittaa varojaan *odotuksenaan tuoton saavuttaminen*.¹⁵⁴ Tuotto-odotuksen vaatimuksen on esimerkiksi korkeimman oikeuden tapauksessa *SEC v. Edwards* (2004) (jatkoksa *Edwards*-tapaus) katsottu täyttyvän myös sijoituksen arvonnousumahdollisuuden kautta¹⁵⁵, joten myös puhtaasti hyödykemuotoiset tokenit voivat täyttää *Howey*-testin kriteerit¹⁵⁶. SEC on edelleen oikeuskäytäntöön viitaten todennut tuotto-odotusten arvioinnin edellyttävän transaktion taloudellisten realiteettien tarkastelemista.¹⁵⁷ Taloudellisia realiteetteja voidaan tarkastella niin sijoittajan kuin liikkeeseenlaskijankin näkökulmasta. Se, ettei SEC ole ottanut kantaa siihen, kumman tahon näkökulmasta tarkastelu tulisi toteuttaa, on omiaan heikentämään oikeusvarmuutta liikkeeseenlaskijan näkökulmasta.¹⁵⁸

150 Yhdysvalloissa sijoitussopimus on yksi arvopaperiksi katsottavista instrumenteista yhdessä esimerkiksi osakkeiden ja velkakirjojen kanssa. Sijoitussopimus on määritelmältään laajin arvopaperi-termiin alaisuuteen kuuluvista instrumenteista, joten sitä hyödynnetään myös tokenien luonteen arvioinnissa, ks. Jay Preston, *Initial Coin Offerings: Innovation, Democratization And The SEC*, 16 *Duke Law & Technology Review* 318 (2018), s. 318–332, 322.

151 *SEC v. W.J. Howey Co.* 328 U.S. 293, 298–299 (1946)

152 SEC: Framework for “Investment Contract” Analysis of Digital Assets, julkaistu 3.4.2019.

153 Edellä liitännäisten tuotto-oikeuksien yhteydessä arvioitu yhteys taloudellisten asemien välillä nousee esille myös yhteisen yrityksen kriteerin tarkastelussa. Niin sanottu vertikaalisen yhteyden vaatimus edellyttää yhteyttä sijoittajan taloudellisen aseman ja joko liikkeeseenlaskijan taloudellisen aseman tai toiminnan välillä. Aihepiiriin liittyy useita kysymyksiä erityisesti vaadittavan yhteneväisyyden osalta, mutta näihin ei ole mahdollista paneutua tässä yhteydessä. Yleiskäsityksen saamiseksi ks. Randolph Robinson, *The New Digital Wild West: Regulating the Explosion of Initial Coin Offerings*. 85 *Tennessee Law Review* 897 (2017), s. 36–40.

154 *SEC v. W.J. Howey Co.* 328 U.S. 293, 299 (1946).

155 Ks. esimerkiksi *SEC v. Edwards*, 540 U.S. 389, 390 (2004).

156 Ks. esimerkiksi Maas 2019, s. 34 sekä Rohr – Wright 2019, s. 494–495.

157 SEC: Order Instituting Cease-and-desist Proceedings Pursuant to Section 8a of the Securities Act of 1933, Making Findings, and Imposing a Cease-and-Desist Order in the Matter of MUNCHEE INC. Release No. 10445, julkaistu 11.12.2017 (jatkoksa SEC: The Munchee order 2017), s. 9.

158 Sama token on mahdollista hankkia niin sijoitustuotteena kuin hyödykkeenäkin. Erityisesti hyödykemuotoisen tokenin liikkeeseenlaskijan, joka ei ole korostanut taloudellisen hyötymisen mahdollisuutta, voi olla mahdotonta arvioida ostajien toiminnan tarkoitusta. M. Todd Henderson – Max Raskin, *A Regulatory Classification of Digital Assets: Toward an Operational Howey Test for Cryptocurrencies, ICOs, and Other Digital Assets*. *Columbia Business Law Review*, Vol.2019 No. 2, s. 443–493, 480–482.

Edwards-tapauksessa vahvistettiin sijoitussopimuksen määritelmän kattavan kaikki instrumentit, joita voidaan markkinoida sijoitustuotteina.¹⁵⁹ SEC onkin perustanut taloudellisten realiteettien arvioinnin muun muassa markkinointiin. Vuonna 2017 SEC keskeytti MUN-tokenin ICO:n, vaikka kyseessä oli hyödykemuotoinen token, jonka osalta mahdollisuus taloudelliseen hyötymiseen perustui ainoastaan potentiaaliseen arvonnousuun jälkimarkkinoilla.¹⁶⁰ Arvonnousumahdollisuutta kuitenkin korostettiin markkinoinnin yhteydessä muun muassa ICO:n whitepaperissa, joten SEC katsoi tokenin pääasiallisesta hyödykeluonteesta huolimatta MUN-tokenin olevan sijoitussopimus ja siten arvopaperilainsäädännön piirissä.¹⁶¹ Markkinoinnin arviointi tarjoaa perustan liikkeeseenlaskijan tarkoituksen arvioimiselle ja ainakin vahvan oletettaman tokenin ostajan toiminnan tavoitteista. Riskinä on arvioinnin muuttuminen perusteettoman laajaksi tai suppeaksi, kun taas lähestymistavan etuna on ainakin jonkinasteinen tulkinnan ennakoitavuus.¹⁶²

Uudessa ohjeistuksessaan SEC on korostanut arvioinnissa markkinoinnin ohella erityisesti tokenin arvonnousumahdollisuutta liikkeeseenlaskijan ja sijoittajan mahdollisuuksia taloudelliseen hyötymiseen sekä tokenin hyödykemuotoisten ominaisuuksien merkitystä transaktio-kokonaisuudelle.¹⁶³ Joka tapauksessa Euroopasta poiketen tokenit on Yhdysvalloissa tulkittu kevyemmin edellytyksin sijoitussopimuksiksi (vrt. arvopaperi) pelkän arvonnousumahdollisuuden perusteella ilman erillistä vaatimusta liitännäisistä tuotto-odotuksista. Myös Yhdysvalloissa ICO:jen arvioinnissa merkitystä on sekä tokenin luonteella että ICO:n markkinoinnilla. Markkinoinnin ottaminen arvioinnin elementiksi kuvastaa eurooppalaista mallia vastaavalla tavalla myös suojan tarpeen huomioimista pelkän tokenin luonteen ohella.

9. LOPUKSI

ICO rahoituskeinona tuo joustavuutensa ansiosta yritysten käyttöön vielä joukkorahoitukseenkin verrattuna eksponentiaalisen määrän erilaisia vaihtoehtoja rahoituskeinon optimoimiseksi kulloinkin käsillä olevan tarpeen mukaan. Tässä artikkelissa on tarkasteltu toteutusvaihtoehtoja

159 *SEC v. Edwards*, 540 U.S. 389, 391 (2004).

160 Maume – Fromberger 2019, s. 560.

161 SEC: The MUNCHEE order 2017, markkinoinnista s. 4–7 ja sääntelystä s. 8. Markkinoinnin merkitys nousi esille jo *Howey*-tapauksessa, jossa todettiin arviointikehikon muodostuvan joustavista periaatteista, jotka voivat mukautua kattamaan lukemattomia erilaisia rahoitusjärjestelyjä, joilla pyritään hankkimaan varoja perustuen lupaukseen tulevista tuotoista, ks. *SEC v. W.J. Howey Co.* 328 U.S. 293, 299 (1946).

162 Henderson – Raskin 2019, s. 482.

163 SEC: Framework for “Investment Contract” Analysis of Digital Assets, julkaistu 3.4.2019. Kirjallisuudessa on ehdotettu *substantial steps* -testiä, jossa arviointi kohdistettaisiin liikkeeseenlaskijan toimintaan ja siihen, toimiiko liikkeeseenlaskija tarkoituksenaan kehittää tokeneita hyödyntävä palvelu, ks. Henderson – Raskin 2019, s. 483–488.

kahta päälinjaa: sijoitus- ja hyödykemuotoisia rahoitusjärjestelyjä, joiden osalta rajanveto on merkityksellinen erityisesti ICO:jen erityispiirteinä olevan jälkimarkkinoilla tapahtuvan kaupankäynnin vuoksi. Kaupankäynti jälkimarkkinoilla ei rajoitu sijoitusmuotoisiin tokeneihin, vaan myös hyödykemuotoisia tokeneita voidaan hankkia taloudellisessa hyötymistarkoituksessa perinteisen kulutukseen perustuvan tarkoituksen ohella. Tämä erityispiirre johtaa useiden potentiaalisten suojan tarpeiden kohdistumiseen yhteen instrumenttiin.

Liitännäisiä tuotto-odotuksia sisältävien tokeneiden osalta rahoitusmarkkinalainsäädännön soveltumiselle on vahvat perusteet, koska niihin sijoittavien tahojen suojan tarve on vastaava kuin perinteisessä sijoitusmuotoisessa joukkorahoituksessa. Tuottomahdollisuuksien perustuessa jälkimarkkinoilla tapahtuvaan arvonnousuun on arvioitava, onko sijoittajalla sellaista suojan tarvetta, johon olisi vaikutusta tokenin luokitteluksella arvopaperiksi. Tällaisessa tilanteessa voimassa oleva tai lähiaikoina potentiaalisesti voimaan tuleva sääntely ei kykene tarjoamaan ICO:on sijoittavalle sellaista suojaa, jota rahoitusmarkkinasääntelyllä tyypillisesti tavoitellaan. Tästä syystä tokeneita ei tule pelkän arvonnousumahdollisuuden perusteella pitää arvopapereina. Tulkinnasta olisi perusteltua poiketa, jos ICO:n markkinoinnissa annetaan sellaisia tietoja, jotka ovat omiaan houkuttelemaan sijoittajia sijoittamaan nimenomaan taloudellisessa hyötymistarkoituksessa, vaikka kyseessä olisi hyödykemuotoinen token. Tällaisessa tilanteessa on perusteltua kohdistaa liikkeeseenlaskijoihin rahoitusmarkkinasääntelyyn perustuvia velvollisuuksia, sillä sääntelyn tarjoamasta rajallisesta suojasta huolimatta lisävelvollisuuksia asettamalla voisi olla mahdollista rajoittaa opportunistisen markkinointitavan käyttämistä markkinoilla.

Tilanne vaatii lainsäätäjältä tasapainoilua sijoittajansuojan ja toisaalta lainsäädännön mahdollistaman maantieteellisen kilpailun välillä. Esimerkiksi Yhdysvalloissa omaksutun tiukan suhtautumisen on havaittu vähentävän maassa järjestettäviä ICO:ja ja siten sulkevan muut kuin ammattimaiset yhdysvaltalaiset sijoittajat ICO:jen ulkopuolelle heikentäen maan kilpailukykyä sekä yksityisten sijoittajien mahdollisuuksia teknologian kehitykseen perustuvaan taloudelliseen hyötymiseen.¹⁶⁴ Kongressin ja senaatin tekemät lakialoitteet painottuvatkin nimenomaan sijoittajansuojan, kilpailukyvyn ja teknologisen kehityksen tukemismahdollisuuksien tarkasteluun. Vastaavanlaisia kehitysaskleita kaivataan myös Euroopassa, jossa nykytilan aiheuttamat paineet kohdistuvat tehdyn arvioinnin perusteella ennemminkin sijoittajansuojan kuin kilpailukyvyn varmistamiseen.

164 Ks. esimerkiksi Maas 2019, s. 58–64 sekä s. 67.

Joka tapauksessa lainsäätäjällä on tilanteessa ongelmallisen valinnan äärellä, koska nyky-muotoinen lainsäädäntö ei riittävällä tavalla sovellu ICO:ihin. Ensimmäisenä haasteena on kuitenkin käsitteiden selventäminen sekä aihepiiriä koskevan ymmärryksen kasvattaminen. Esimerkiksi talousvaliokunnan lausunnossa vuonna 2018 on todettu teknologian kehittymisen mahdollistaneen kybervaluuttojen eli ICO:jen yleistymisen.¹⁶⁵ Rahoitus- ja arvopaperimarkkinoita käsittelevän valiokunnan sekoitettua vielä viime vuonna instrumentin ja menettelyn toisiinsa, prosessi kattavan ja onnistuneen lainsäädännön luomiseksi on todella aloitettava alkeista. Jäsenvaltioiden osaamisen törmätessä seinään on vastuuta lainsäädännön kehittämisestä otettava EU:n ylätasolla. Katse kääntyykin erityisesti ESMA:n ja komission suuntaan.

Tässä artikkelissa käsiteltyjen kysymysten ohella lohkokejtuteknologia-liitännäisiin toimintamalleihin liittyy useita muitakin oikeudellisia kysymyksiä. Jatkotutkimuksessa voitaisiin tarkastella esimerkiksi osakeyhtiölain mahdollista soveltuvuutta ja tästä tarkastelusta esille nousevia lisäkysymyksiä. Lohkokejtuteknologian lähtökohtaisesta anonymiteetistä johtuen muun muassa osakasluettelon ylläpitovelvollisuuksiin, yhtiön päätöksentekoon sekä varojenjakoan liittyvät kysymykset nostavat päätään. Joka tapauksessa lainsäätäjän ensimmäisenä prioriteettina tulisi olla tässä artikkelissa käsiteltyjen kysymysten ratkaiseminen.

165 Talousvaliokunnan lausunto TaVL 24/2018 vp – Valtioneuvoston selvitys: Euroopan komission tiedonanto – FinTech-toimintasuunnitelma Euroopan rahoitusalan kilpailukyvyn ja innovatiivisuuden parantamiseksi, s. 4. Harmillisella tavalla vastaava virhe on toistettu myös kirjallisuudessa, ks. Kallio – Vuola 2018, s. 355, 370, 372 ja 379.

SELECTIVE FISCAL MEASURES AND THE DEFINITION OF THE RELEVANT REFERENCE FRAMEWORK IN THE LIGHT OF CASES C-106/09 P, COMMISSION V GIBRALTAR AND C-203/16 P, HEITKAMP BAUHOLDING V COMMISSION

Hanna-Mari Immonen¹

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol13iss2pp64-75>

Helsinki Law Review, 2/2019, pp. 64–75

© 2019 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



Keywords:

European Union law, internal market, State aid, selectivity

ABSTRACT

This article examines fiscal State aids and the selectivity condition. Assessing the selectivity is relatively complex in tax matters since it involves the analysis of the general tax system in which the regime under review applies. The focus of this article is on the selectivity analysis and the analysis of the general tax system i.e. the determination of the relevant reference framework. The definition of the relevant reference framework is still open to various interpretations despite the fact that the European Court of Justice has examined selectivity issues in several cases in the 2000s. The *Gibraltar* judgement has materially broadened the interpretation of the selectivity condition and the application of Article 107(1) TFEU. The *Heitkamp BauHolding* judgment confirms the interpretation adopted in the *Gibraltar* judgement, but also defines the scope of Article 107(1) TFEU in more detail. Yet the offset of the selectivity assessment i.e. the determination of the relevant reference system is still receptive to various interpretations.

¹ The author is an LL.M. student at the University of Helsinki. This article is based on a case analysis written for a course in EU State aid law.

INTRODUCTION

In accordance with the usual allocation of competence in tax matters between the EU and the Member States, direct taxation falls within the competence of the Member States. However, Member States must exercise that competence consistently with EU law.² It may be in a Member State's interest to attract foreign enterprises or investments by applying preferential tax treatment to a certain group of undertakings. Such measures may cause harmful tax competition between the Member States, but also distort the competition in the internal market.³ EU tax law instruments aim to prevent harmful tax competition and tax evasion within the EU, while the EU State aid regulations tackle the competition concerns resulting from incompatible tax regimes.

To constitute prohibited State aid, a measure has to fulfil four cumulative conditions listed in Article 107(1) the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)⁴. First, the aid has to be granted by a Member State or through State resources. Second, the measure has to confer a selective advantage to certain undertakings or the production of certain goods. Third, the measure must be liable to affect trade between Member States. Fourth, the measure must distort or threaten to distort competition in the internal market.

This analysis deals with the second condition i.e. the selectivity condition. It is interesting to notice that selectivity has not been under scrutiny in the old leading EU State aid cases, but today, selectivity is probably the most important issue when it comes to fiscal aids.⁵ Assessing the selectivity condition is relatively complex in tax matters since it involves the analysis of the general tax system in which the regime under review applies.⁶ The focus of this article is on the analysis of the general tax system i.e. the determination of the relevant reference framework. This article discusses recent EU case law and the definition of the relevant reference framework regarding materially selective fiscal measure. The focus is on the analysis of two landmark judgements. This article does not analyse the justification but only discusses the problematics related to the first two stages of the three-stage analysis adopted by the European Court of Justice (ECJ).

² See e.g. Judgement 29 March 2012, *3M Italia C-417/10*, EU:C:2012:184, para 25 and Judgement 22 June 2006, *Belgium and Forum 187 ASBL v. Commission* Joined Cases C-182/03 and C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416, para 81.

³ See also e.g. Helminen, Marjaana, EU Tax Law – Direct Taxation. IBFD 2018 (Helminen 2018), p.35–42 on harmful tax competition.

⁴ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ 2012 C 326.

⁵ See e.g. José Luis Buendia Sierra, Finding Selectivity or the Art of Comparison. European State Aid Law Quarterly 2018 (Sierra 2018), p.85.

⁶ Faull, Jonathan and Nikpay, Ali, The EU Law of Competition. 3rd edn, Oxford: Oxford University Press 2014 (Faull & Nikpay 2014), p.1946.

SELECTIVITY ASSESSMENT IN TAX MATTERS

Article 107 TFEU generally prohibits State aid unless it is justified by reasons of general economic development.⁷ Pursuant to Article 107(1) TFEU,

“save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market”.

The Article does not include the definition of ‘State aid’. The ECJ has taken a broad view on the issue: the notion of aid includes not only positive advantages, but also a negative benefit which relieves the recipient of charges which would otherwise be borne by their budgets.⁸ An example of this kind of negative benefit is a national tax regime which gives economic benefit in the form of a smaller tax burden for a certain group of undertakings. That type of incompatible tax advantage may result from various measures, for example in its simplest form, from a tax exemption or a special tax deduction.⁹

Article 107(1) TFEU prohibits State aid ‘favouring certain undertakings or the production of certain goods’. This means that only selective advantages, and not advantages resulting from a general measure applicable without distinction to all economic operators, fall within the concept of State aid.¹⁰ In the course of the time, the ECJ has adopted a broad notion of selectivity. As a general rule, in order to determine whether a measure is selective, it must be examined whether that measure constitutes an advantage for certain undertakings in comparison with others which are in a comparable legal or factual situation.¹¹

To clarify the notion of selectivity, it is useful to distinguish between material and regional selectivity. Regional selectivity usually concerns circumstances where a Member State applies

derogative measures within a defined geographical area.¹² This article discusses the material selectivity which itself may be distinguished between de jure and de facto selectivity. De jure selectivity results directly from the legal criteria and de facto selectivity can be established in cases where, although the formal criteria for the application of the measure are formulated in general and objective terms, the structure of the measure is such that its effects significantly favour a particular group of undertakings. To emphasize the importance of the broad notion of selectivity it should be borne in mind that aid in the form of an aid programme may also concern a whole economic sector and still be covered by Article 107(1) TFEU.¹³

It can be stated that the selectivity condition raises fewer difficulties in the analysis of positive advantages than in the analysis of negative ones, such as tax aids.¹⁴ Schön has said that the most problematic level to apply EU State aid rules to is national tax legislation.¹⁵ Due to the tax sovereignty of Member States non-taxation issues or tax allowances regarding direct taxation as such are not an issue under EU law. Therefore, additional factors to identify incompatible State aids in the area of national tax legislation are needed. It should also be noted that the selectivity requirement differs depending on whether the measure in question is envisaged as an individual aid or a general scheme of aid.¹⁶ The latter is usually the case in tax measures. Therefore, special attention on the selectivity condition must be paid in fiscal matters.

The ECJ has adopted a three-stage analysis when assessing the selectivity condition.¹⁷ The analysis was first construed in the *Adria-Wien Pipeline* judgement.¹⁸ The basic idea is first to identify a relevant reference framework and then determine whether a given measure constitutes a derogation from that framework insofar as it differentiates between economic operators who, in light of the objectives intrinsic to the system, are in a comparable factual and legal situation.¹⁹ This approach requires the definition of a benchmark against which preferential treatment

7 See exemptions listed in Articles 107(2) and 107(3) TFEU.

8 See e.g. Judgement 8 December 2011, *France Télécom v Commission* C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, para 16, Judgement 22 November 2001 *Ferring* C-53/00 ECLI:EU:C:2001:627, para 15, Judgement 17 June 1999 *Piaggio* C-295/97 ECLI:EU:C:1999:313, para 34 and Judgement 15 March 1994 *Banco Exterior de España v Ayuntamiento de Valencia* C-387/92 ECLI:EU:C:1994:100, para 13.

9 Commission Notice on the application of the State aid rules to measures relating to direct business taxation, OJ 1998 C384/3, para 9.

10 Judgement 18 July 2013, P Oy C-6/12, EU:C:2013:525, para 18.

11 Judgement 6 September 2006, *Portugal v Commission* C-88/03 ECLI:EU:C:2006:511, para 54, Judgement 3 March 2005 *Heiser* C-172/03 ECLI:EU:C:2005:130, para 40, Judgement 29 April 2004 *GIL Insurance and Others* C-308/01 ECLI:EU:C:2004:252, para 68 and Judgement 8 November 2001 *Adria-Wien Pipeline and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* C-143/99 ECLI:EU:C:2001:598, para 41.

12 An example of regional selectivity is the so-called *Azores* case, see Judgement 6 September 2006, *Portugal v Commission* C-88/03 ECLI:EU:C:2006:511.

13 Judgement 17 June 1999 *Belgium v Commission* C-75/97 ECLI:EU:C:1999:311, para 33.

14 Faull & Nikpay (2014), p.1946.

15 Wolfgang Schön, Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid: A Review of 5 Years of European Jurisprudence. In: Richelle I., Schön W., Traversa E. (eds) *State Aid Law and Business Taxation*. MPI Studies in Tax Law and Public Finance, vol 6. Springer, Berlin, Heidelberg 2016 (Schön 2016), p.5.

16 Judgement 4 June 2015, *Commission v MOL* C-15/14 P, EU:C:2015:362, para 60.

17 Bacon has pointed out that the three-stage analysis of selectivity has emerged for complex cases, particularly tax cases. See Bacon, Kelyn, *European Union Law of State Aid*. Oxford: Oxford University Press 2017 (Bacon 2017), p.70. See also the Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ 2016 C 262, para 128 regarding the three-stage analysis.

18 Judgement 8 November 2001 *Adria-Wien Pipeline and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke* C-143/99 ECLI:EU:C:2001:598.

19 E.g. Judgement 6 September 2006, *Portugal v Commission* C-88/03 ECLI:EU:C:2006:511, para 56.

can be measured and identified.²⁰ The assessment shall not be arbitrary, but it shall take into consideration essential joint features and differences according to the respective context.²¹

Assessing whether a derogation exists is the key element of this part of the test and allows a conclusion to be drawn as to whether the measure is prima facie selective. If the measure in question does not constitute a derogation from the reference framework, it is not selective. However, if it does (and therefore is prima facie selective), it needs to be established, in the third step of the test, whether the derogation is justified by the nature or the general scheme of the (reference) system.²² The three-stage approach has been a useful assessment tool in several fiscal aid cases.²³ As said before, this analysis does not cover the analysis of the justification but only discusses the problematics related to the first two stages of the three-stage analysis.

The ECJ has stated in the *Portugal v Commission* judgement that the determination of the reference framework has a particular importance in the case of tax measures, since the very existence of an advantage may be established only when compared with 'normal' taxation.²⁴ This comparison requires not only familiarity with the content of the provisions of relevant law but one also has to understand the nature of the national tax regime under scrutiny. The reference framework is composed of a consistent set of rules that generally apply — on the basis of objective criteria — to all undertakings falling within its scope as defined by its objective. In the case of taxes, the reference framework is based on such elements as the tax base, the taxable persons, the taxable event and the tax rates.²⁵ When assessing the selectivity of a tax reduction or a tax exemption the reference framework is fairly easy to define. In the first case, it is the rate from which the reduction is derived and in the latter case, it is the tax from which the exemption is drawn.²⁶ Normally, the comparison is made between a derogation and a principle rule. However, there might be divergent views on what is the applicable principle rule. The ECJ

has taken steps towards further guidance on this conundrum. As a general rule regarding tax advantages, the ECJ has recently concluded the following:

“With regard to a national measure conferring a tax advantage of general application, the condition relating to selectivity is satisfied where the Commission is able to demonstrate that that measure is a derogation from the ordinary or ‘normal’ tax system applicable in the Member State concerned, thereby introducing, through its actual effects, differences in the treatment of operators, although the operators who qualify for the tax advantage and those who do not are, in the light of the objective pursued by that Member State’s tax system, in a comparable factual and legal situation.”²⁷

There are three elements to stress in this rule: (1) the determination of the ordinary or 'normal' tax system, (2) the investigation of actual effects and (3) the concept of comparable factual and legal situation.

It is not yet clear and simple how the abovementioned rule applies in all circumstances. The definition of selectivity itself is still open to various interpretations despite the fact that the ECJ has examined selectivity issues in several cases in the 2000s. The *Gibraltar* case was the first in which the ECJ explicitly concluded that a whole fiscal system was intrinsically selective.²⁸ As discussed below, the judgement has significantly broadened the interpretation of the selectivity condition and the application of Article 107(1) TFEU.²⁹

GIBRALTAR CASE – JOINED CASES C-106/09 P AND C-107/09 P, COMMISSION AND SPAIN V GOVERNMENT OF GIBRALTAR AND UNITED KINGDOM

Defining the relevant reference framework is somewhat simple in cases where the tax advantage is based on a derogation from a general rule. The *Gibraltar* case was a bit more complex. In this case a tax (or rather non-taxation) result was achieved by adjusting and combining the tax rules in such a way that their application resulted in a different tax burden for different undertakings. In the judgement given in 2011, the ECJ finally held that the whole Gibraltar tax reform was materially selective since it conferred selective advantages on offshore companies.

20 Schön (2016), p.7.

21 Michael Lang, State Aid and Taxation: Selectivity and Comparability Analysis. In: Richelle I., Schön W., Traversa E. (eds) State Aid Law and Business Taxation. MPI Studies in Tax Law and Public Finance, vol 6. Springer, Berlin, Heidelberg 2016 (Lang 2016), p. 36.

22 See e.g. Judgement 19 December 2018, *A-Brauerei C- 374/17*, ECLI:EU:C:2018:1024, para 44 and Judgement 21 December 2016, *Commission v World Duty Free Group and Others* Joined Cases C-20/15 P and C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, para 58.

23 See e.g. Judgement 19 December 2018, *A-Brauerei C- 374/17*, ECLI:EU:C:2018:1024, Judgement 28 June 2018, *Andres (faillite Heitkamp BauHolding) v Commission* C-203/16 P, Judgement 15 November 2011, *Commission and Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom* Joined Cases C-106/09 P and C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, Judgement 8 September 2011, *Paint Graphos and Others* Joined Cases C-78-80/08, ECLI:EU:C:2011:550 and Judgement 8 November 2001 *Adria-Wien Pipeline and Wiertersdorfer & Peggauer Zementwerke* C-143/99 ECLI:EU:C:2001:598.

24 Judgement 6 September 2006, *Portugal v Commission* C-88/03 ECLI:EU:C:2006:511, para 56.

25 See more about the general guidelines on identification of the reference system the Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ 2016 C 262, paras 132-134.

26 Phedon Nicolaidis, The Definition of the Reference Tax System Is Still a Puzzle, *European State Aid Law Quarterly* 2018 (Nicolaidis 2018), p.423.

27 Judgement 25 July 2018, *Commission v Spain and Others* C-128/16 P, ECLI:EU:C:2018:591, para 69 and Judgement 21 December 2016, *Commission v World Duty Free Group and Others* Joined Cases C-20/15 P and C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981, para 67.

28 Piernas Lopez, Juan Jorge, *The Concept of State Aid Under EU Law*. Oxford: Oxford University Press 2015. Piernas Lopez (2015), p.150.

29 See e.g. Maarten Aalbers, *Gibraltar: A Rock Solid Interpretation of the Selectivity Criterion*. *European State Aid Law Quarterly* 2017. Aalbers (2017).

In 2002, the Government of Gibraltar introduced an entirely new corporate tax regime for all companies in Gibraltar which departed from the conventional profit-based corporate tax. The new system included three different taxes: (1) a payroll tax the amount of which depended on the number of employees (2) a business property occupation tax (“BPOT”), and (3) a relatively small registration fee which was GBP 300 per annum in the case of companies intended to generate income.³⁰ The ECJ held that the new tax regime in fact excluded from the outset any taxation of offshore companies since they have no employees and also do not occupy business property.³¹

The General Court had criticized the Commission for failing to identify a relevant reference framework. The ECJ, however, held that the Commission had examined the existence of selective advantages for offshore companies in the light of the tax regime at the issue, which formally applies to all undertakings. The ECJ held that the Commission had correctly established that the corporate tax law system was considered to be the national reference framework.³² AG Jääskinen had regarded that, in his view, to accept the Commission’s approach would lead to ‘a methodological revolution in the application of the rules relating to State aid for the purposes of Article 87(1) EC [now Article 107(1) TFEU]’.³³ One could say that the ECJ purposefully adopted by this judgement a transition towards a new less formalistic approach and stressed the substance of the tax regime under scrutiny.

The ECJ regarded that the General Court had erred in law in finding that the proposed tax reform did not confer selective advantages. The ECJ held that the approach which was based on the regulatory technique used by the proposed tax reform did not take into account the effects of the

30 As to the background of the case, the European Commission had opened a State aid formal investigation procedure in Gibraltar in 2001 and a year later, Gibraltar notified to the Commission this entirely new corporate tax regime. The new proposed tax reform was based on the features listed above. According to the proposed tax reform ‘all Gibraltar companies will be liable to a payroll tax in the amount of GBP 3 000 per employee each year; every ‘employer’ in Gibraltar will be required to pay payroll tax in respect of the total number of its full-time and part-time ‘employees’ who are ‘employed in Gibraltar’ and ‘all companies occupying property in Gibraltar for business purposes will have to pay a tax on the occupation of that property at a rate equivalent to a percentage of their liability to the general rates charged on property in Gibraltar’.

31 Judgement 15 November 2011, *Commission and Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom* Joined Cases C-106/09 P and C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, para 102.

32 *ibid* para 95.

33 *Commission and Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom*, Opinion of AG Jääskinen, para 202.

tax measure in question and was thus at variance with the EU case law.³⁴ Secondly, this approach disregarded the settled case law, according to which the existence of a selective advantage for an undertaking entails mitigation of the charges which are normally included in its budget.³⁵

In this judgement, the ECJ finally adopted an effects-based and more substance-oriented approach to determining the relevant reference framework. The ECJ underlined that in this case the regime at issue was to be examined as a whole. The ECJ held that even though the criteria of the payroll tax and the BPOT were of general nature they factually lead to a situation where the offshore companies were not taxed. In other words, the non-taxation of offshore companies in these circumstances was foreseeable. The ECJ regarded that the fact that offshore companies were not taxed was not a random consequence of the regime at issue, but ‘the inevitable consequence’ of the fact that the bases of assessment were specifically designed so that offshore companies, which by their nature have no employees and do not occupy business premises, had no tax base under the bases of assessment adopted in the proposed tax reform.³⁶

The *Gibraltar* case confirms that the EU State aid regulation cannot be bent by giving a group of companies tax advantages which are of general nature but factually based on the specific features characteristic of that group. The ruling was that the advantages accruing to offshore companies were considered a prohibited State aid. The relevant reference framework was not a single rule but the national corporate tax law system.

The ECJ had already stated in the *British Aggregates* judgement that Article 107(1) TFEU defines State interventions on the basis of their effects, and thus independently of the techniques used.³⁷ In the *Gibraltar* case, the de facto selectivity resulted, however, from a regulatory technique which was of a general nature and thus the ECJ had to develop a new, less formal and more substance-oriented doctrine.

34 Judgement 15 November 2011, *Commission and Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom* Joined Cases C-106/09 P and C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, paras 87-88. The ECJ referred to Judgement 22 December 2008, *British Aggregates v Commission* C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:757, paras 85 and 89 and Judgement 8 September 2011, *Commission v Netherlands* C-279/08 P, ECLI:EU:C:2011:551, para 51.

35 Judgement 15 November 2011, *Commission and Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom* Joined Cases C-106/09 P and C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, para 89.

36 *ibid* paras 89 and 106.

37 Judgement 22 December 2008, *British Aggregates v Commission* C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:757, para 89.

IMPACT OF THE GIBRALTAR JUDGEMENT ON POST CASE LAW – C-203/16 P, HEITKAMP BAU HOLDING V COMMISSION

A more recent judgement, *Heitkamp Bau Holding*³⁸, concerned the German ‘*Sanierungsklausel*’, a restructuring clause in the German tax system which aimed at helping companies in financial difficulties by allowing them to carry forward losses despite changes in their shareholdings.³⁹ This judgement shows that there can be divergent views on what is the relevant reference framework even in cases where, on the face of it, the answer seems quite obvious. The ECJ found that the Commission and the General Court had both determined the reference framework incorrectly and thus annulled the Commission decision.

According to the general loss carry-forward rule of the German income tax act (*Einkommensteuergesetz*), losses made in the course of a tax year may be carried forward to later tax years, with the result that the losses in question may be subtracted from the taxable income of the following years. In principle, the rule governing the forfeiture of losses of the German corporation tax act (*Körperschaftsteuergesetz, KStG*) limited or excluded the possibility of carrying forward losses if there were certain kind of changes in a company’s shareholdings (‘the prejudicial acquisition of a shareholding’). Pursuant to the Paragraph 8c(1) of the KStG, if, within a period of five years, 25% to 50% of the subscribed share capital, membership rights, ownership rights or voting rights is transferred, unused losses are forfeited on a pro rata basis. Moreover, unused losses are forfeited if more than 50% of the share capital, membership rights, ownership rights or voting rights is transferred to an acquirer.

The disputed measure in this case concerned an exemption provision which aimed at helping companies having financial difficulties. Pursuant to the Subparagraph 1a (‘the restructuring clause’), an entity may carry losses forward, even in the event of a prejudicial acquisition of a shareholding within the meaning of Paragraph 8c(1) of the KStG, provided that: (i) the acquisition serves the purpose of restructuring the corporate entity, (ii) the company is, or is likely to be, insolvent or over-indebted at the time of the acquisition, (iii) the company’s fundamental business structures are preserved, which essentially entails the safeguarding of jobs, a significant injection of business assets, or write-off of debts which are still recoverable, (iv) the company does not change its sector of activity during the five years following the acquisition, and (v) the company had not ceased operation at the time of the acquisition.

38 Judgement 28 June 2018, *Andres (faillite Heitkamp Bau Holding) v Commission* C-203/16 P, EU:C:2018:505.

39 On 28 June 2018, the ECJ also gave three other judgements dealing with the same tax measure: Judgement 28 June 2018, *Lowell Financial Services v Commission* C-219/16 P, ECLI:EU:C:2018:508, Judgement 28 June 2018, *Germany v Commission* C-209/16 P, ECLI:EU:C:2018:507 and Judgement 28 June 2018, *Germany v Commission* C-208/16 P, ECLI:EU:C:2018:506.

In this case, the ECJ examined a situation in which two sets of rules seemed capable of constituting the relevant reference framework: (1) the general loss carry-forward rule and (2) the rule governing the forfeiture of losses. Both the Commission and the General Court had defined the relevant reference framework covering the rule governing the forfeiture of losses, but the ECJ deviated from this view and stated that they both had erred in law.

The ECJ underlined again the important principle that form of State intervention cannot prevail over its effect. The ECJ held that the classification of a tax system as ‘selective’ is not conditional upon that system being designed in such a way that undertakings which might enjoy a selective advantage are, in general, subject to the same tax burden as other undertakings but benefit from derogating provisions.⁴⁰ The formal objectives of a tax measure are not decisive, but the effects of the measure. An interpretation which would rely the comparison of tax rules solely on the regulatory technique would lead to a situation where national tax rules would fall from the outset outside the scope of control of State aid. Thus, the ECJ stated clearly that the regulatory technique used cannot be decisive for the purposes of the determination of the reference framework.⁴¹

The main point of the judgement is that the ECJ held that the General Court had defined the relevant reference framework manifestly too narrowly. The ECJ held that the restructuring clause’s effect was to define a situation falling under the general loss carry-forward rule, not the rule governing the forfeiture of losses.⁴² The rule governing the forfeiture of losses was itself an exemption to the loss carry-forward rule.

The ECJ also held that the selectivity of a tax measure cannot be precisely assessed on the basis of a reference framework consisting of some provisions that have been artificially taken from a broader legislative framework.⁴³ However, the ECJ did not define explicitly what it meant by stating that the General Court had ‘artificially’ brought the *Sanierungsklausel* under an incorrect reference framework. Nicolaides has brought up a view that ECJ might have intended to say that companies which are in the same position as other companies in relation to reference system A should not be artificially brought under a different reference system B.⁴⁴ It must be borne in mind that in this case the General Court had found that there was a general tax rule applicable to all undertakings subject to corporation tax, the loss carry-forward rule.⁴⁵

40 Judgement 28 June 2018, *Andres (faillite Heitkamp Bau Holding) v Commission* C-203/16 P, EU:C:2018:505, para 90 and Judgement 15 November 2011, *Commission and Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom* Joined Cases C-106/09 P and C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, para 91.

41 Judgement 28 June 2018, *Andres (faillite Heitkamp Bau Holding) v Commission* C-203/16 P, EU:C:2018:505, paras 92 and 104.

42 *ibid* paras 102–103.

43 *ibid* para 103.

44 Nicolaides (2018), p. 423.

45 Judgement of 4 February 2016, *Heitkamp Bau Holding v Commission* T-287/11, ECLI:EU:T:2016:60, para 105.

However, it took the view that the relevant reference framework was constituted only by the rule governing the forfeiture of losses. The ECJ held that the General Court had disregarded the overall examination of the content of those provisions.⁴⁶ Perhaps what the ECJ meant by this artificial measure was to emphasize that both the content and the effects of the tax provisions must be examined carefully. As I see it, the ECJ focused on the examination of the scope of the German tax system. The *Sanierungsklausel* was a general measure which aimed at helping companies having financial difficulties and thus the comparison between the *Sanierungsklausel* and the exemption rule governing the forfeiture of losses was not functional.

According to Nicolaides, the resolution of the conundrum of deciding the correct reference framework comes down to matching companies with the relevant tax rules.⁴⁷ The ECJ held that companies in financial difficulties were in the set of all companies carrying losses forward. The General Court had held that the tax measure's main objective to facilitate the restructuring of undertakings in difficulty did not come within the founding or guiding principles of the tax system and was therefore not intrinsic, but extrinsic thereto.⁴⁸ The ECJ did not take a stand on this issue but reminded that Article 107(1) TFEU does not distinguish between measures of State intervention by reference to their causes or their aims but defines them in relation to their effects.⁴⁹ As I see it, the ECJ's ruling is in line with the settled case law and a different interpretation would have raised even more open questions.

The Heitkamp BauHolding judgement shows that the ECJ has irretrievably deviated from the formalistic approach and that the selectivity assessment is always primarily effects-based and substance-oriented. In order to determine whether a national tax measure deviates from the reference framework, only its effects are taken into account and not the regulatory technique used by a Member State.

46 Judgement 28 June 2018, *Andres (faillite Heitkamp BauHolding) v Commission* C-203/16 P, EU:C:2018:505, para 102.

47 Nicolaides (2018), p. 427.

48 Judgement of 4 February 2016, *Heitkamp BauHolding v Commission* T-287/11, ECLI:EU:T:2016:60, para 166.

49 Judgement 28 June 2018, *Andres (faillite Heitkamp BauHolding) v Commission* C-203/16 P, EU:C:2018:505, para 91.

CONCLUSIONS

While usually the selectivity analysis is based on finding the relevant general rules applying to all undertakings from which a derogation is made for certain undertakings, the *Gibraltar* analysis needed a more developed doctrine. In the *Gibraltar* judgement, the selective result was achieved not through a derogation from the normal tax regime, but through the application of that regime. The statement of the *Gibraltar* judgement is that a tax measure may be selective not only in the form of an exemption rule but also when it factually and intentionally defines a scope which gives tax advantages for a certain group of undertakings. The wording of the ECJ is an 'inevitable consequence'. In this judgement, the ECJ deviated from its formalistic approach and adopted the effect-based approach which stresses the substance of a tax regime. The *Gibraltar* case shows that in complex fiscal cases it is necessary to consider carefully the effects of the tax provisions as a whole. The judgement has materially broadened the interpretation of the selectivity condition and the application of Article 107(1) TFEU.

The Heitkamp BauHolding judgement confirms the *Gibraltar* judgement and stresses that the legal wording and the regulatory technique are not decisive in the assessment of whether a tax measure deviates from the general rule. The intention and the scope of the tax regime as a whole form the core issue under scrutiny. This doctrine may be helpful in cases where more than one set of tax rules could apply but it still leaves some questions open, such the artificial element brought up in the judgement. Nevertheless, it is crystal clear that the selectivity assessment is nowadays always primarily effects-based.

As Sierra has stated, selectivity cannot be an all-embracing concept but must have limits: "After all, a legal concept without limits is not a legal concept".⁵⁰ Despite the recent developments in the selectivity doctrine a more detailed doctrine would be desired. Even though the concept of selectivity is challenging to tie down in tax matters the ECJ has concluded some general rules. Yet the offset of the selectivity assessment i.e. the determination of the relevant reference system is still receptive to various interpretations. It is left to the ECJ to further clarify the limits of this new interpretation.

50 Sierra (2018), p.86.

OSAKKEIDEN LOPULLINEN ARVONMENETYS TULOVEROTUKSESSA

FINAL LOSS OF VALUE OF SHARES IN INCOME TAXATION

Ville Rautapää¹

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol13iss2pp76-93>

Helsinki Law Review, 2/2019, pp. 76–93

© 2019 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



Avainsanat:

Tuloverotus, arvonmenetys, arvoton osake, KHO 2016:49

Keywords:

Income taxation, loss of value, worthless share, KHO 2016:49

ABSTRACT

According to the Finnish Income Tax Law (1535/1992, with amendments) Section 50, Subsection 3, Paragraph 2, loss of value of a security that can be considered final due to bankruptcy or any other comparable reason shall be treated as deductible capital loss. This provision can be divided into four requirements: First, this regulation applies only to securities. As the article examines the problem of the worthless shares in taxation, this definition is not closely examined. Secondly, the security has to lose its value. There is not a definition for loss of value in the Finnish Income Tax Law or in the preparatory works for the regulation. However, the value of the definition is in that it binds the application of the provision to economic facts. Third requirement is that the loss of value has to be final. The finality is especially a matter of income spreading in taxation, as it defines the correct tax year for the deduction. The emphasis of previous research and case law has been on this question of finality. Fourthly, there is the question of bankruptcy or any other comparable reason. In accordance to the case law, this requirement binds the application of this provision to insolvency procedures.

Mainly, the application of the provision means that the taxpayer can deduct the whole acquisition cost of the security. However, shareholders can also finance their company with subordinated loans. According to the ruling of the Supreme Administrative Court of Finland (KHO 2016:49), subordinated loans are considered as additional investment and as such they can be fully deducted when the shares in the company are considered to lose their value in income taxation.

1 Ville Rautapää is a fourth-year law student at the University of Helsinki. This article was inspired by his interest in investing.

I. JOHDANTO

I.1 Taustaa

Ahtium Oyj eli entinen Talvivaara Kaivososakeyhtiö Oyj asetettiin konkurssiin maaliskuussa 2018. Uutisen myötä yhtiön arviolta 80 000 omistajan osakkeet menettivät lopullisesti arvonsa.² Verotuksen kannalta merkittävää tässä suhteessa on joulukuussa 2018 Ahtium Oyj:n konkurssipesän hoitajan antama ilmoitus, että yhtiön osakkeenomistajille ei ollut odotettavissa jako-osuutta, jolloin sijoittajat pystyivät viimein vähentämään omistamiensa arvottomien osakkeiden hankintamenot verotuksessaan.³ Osakkeiden lopullisesta arvonnemetyksestä säädetäänkin tuloverolain (1535/1992, ”TVL”) 50.3 §:n 2 kohdassa, jonka mukaan *luovutustappioon rinnastetaan* sellainen arvopaperin arvonnemetyks, jota voidaan konkurssin tai muun siihen verrattavan syyn vuoksi pitää lopullisena. Sanamuotonsa mukaisesti säännöstä voidaan soveltaa kaikkiin arvopapereihin. Korkeimman hallinto-oikeuden (KHO) oikeuskäytännön mukaan esimerkiksi juoksevan velkakirjan lopullinen arvonnemetyks on voitu vähentää luovutustappiona.⁴ TVL 50.3 §:n 2 kohta on nimenomaisesti poikkeussäännös tuloverotuksessa, sillä pääsääntöisesti luovutustappion vähentäminen edellyttää omaisuuden *luovutusta* TVL 50.1 §:n nojalla, eivätkä muiden kuin arvopaperien arvonnemetykset voi pääsääntöisesti tulla vähennettäviksi TVL:n mukaisessa verotuksessa.⁵

Luovutustappiota koskevan TVL 50.1 §:n sanamuodon mukaisesti luovutustappioiden vähentäminen muista tuloista kuin luovutusvoitoista koskee ainoastaan luonnollisia henkilöitä ja kotimaisia kuolinpesiä. Näin ollen esimerkiksi asunto-osakeyhtiön verotuksessa luovutustappiot voidaan vähentää TVL 50.1 §:n nojalla vain luovutusvoitoista asianomaisena verovuonna ja viitenä sitä seuraavana vuotena.⁶ Käytännössä TVL 50.3 §:n 2 kohdan mukaisesta

arvopaperin arvonnemetyksestä seuraa, että kyseisen arvopaperin hankintameno vähennetään verovelvollisen tuloverotuksessa ensisijaisesti TVL 50.1 §:n mukaan tämän luovutusvoitoista asianomaisena verovuonna ja viitenä sitä seuraavana vuotena sitä mukaa kuin voittoa kertyy. Jos luonnollisen henkilön tai kotimaisen kuolinpesän verotuksessa vähennyskelpoinen luovutustappio jää vähentämättä omaisuuden luovutuksesta saadusta voitosta, vähennetään se puhtaasta pääomatulosta ennen muita pääomatuloista tehtäviä vähennyksiä.

Osakkeiden ja erityisesti pörssi-yhtiöiden osakkeiden arvonnemetyksistä voitaneen pitää yhteiskunnallisesti merkittävimpänä TVL 50.3 §:n 2 kohdan soveltamisen kohteena, sillä niihin voi sisältyä huomattavia yksityishenkilöiden rahallisia panostuksia sijoitusten muodossa, mistä Ahtium Oyj:n tapaus on yksi esimerkki. Erityisesti pörssi-yhtyritysten konkursseihin liittyvien arvonnemetyksien lopullinen ajankohta voi aiheuttaa oikeudellista epävarmuutta yksityissijoittajille. Tämän oikeudellisen epävarmuuden torjumiseksi Verohallinto onkin antanut ohjeita pörssi-yhtyritysten, kuten Elcoteq SE:n⁷, Ahtium Oyj:n⁸ ja Tiimari Oyj:n⁹, osakkeiden arvonnemetyksistä. Näistä syistä tämä artikkeli onkin rajattu käsittelemään nimenomaisesti *osakkeiden* arvonnemetyksistä, eikä muiden arvopaperien menetyksiä tarkastella.

TVL 50.3 §:n 2 kohdassa tarkoitettu arvopaperin *arvonnemetyks* on myös oikeudellisesti erotettava elinkeinotulon verottamisesta annetussa laissa (360/1968, ”EVL”) tarkoitetuista *arvonalentumisista*. Arvonalentumista voitaneen pitää laajempaan määritelmänä, joka pitää sisällään myös arvonnemetyksen määritelmän.¹⁰ Lopullisella arvonnemetyksellä voidaan sanamuodon nojalla katsoa tarkoitettavan sitä, että omaisuuden arvo on *kokonaisuudessaan pysyvästi alentunut* eli omaisuudesta on tullut arvotonta.¹¹ Yritysverotusta koskevat pääsääntöisesti omat säännöksensä, joita ei ole tarkoituksenmukaista tarkastella tässä artikkelissa.

2 Kauppalehden artikkeli: Ahtiumin konkurssi on sijoittajalle pieni helpotus: ”Tuloslaskelmat koomista luettavaa”, 7.3.2018. Saatavissa <https://www.kauppalehti.fi/uutiset/ahtiumin-konkurssi-on-sijoittajalle-pieni-helpotus-tuloslaskelmat-koomista-luettavaa/b9b037fa-f34f-3c2d-96e5-797f7c56684d>, haettu 22.11.2019. Huomioitavaa on, että entisen Talvivaara Kaivosyhtiö Oyj:n operatiivista toimintaa harjoittanut tytäryhtiö asetettiin konkurssiin jo 6.11.2014. Samalla myös kaupankäynti emoyhtiö Talvivaara Kaivosyhtiö Oyj:n osakkeilla keskeytettiin Helsingin pörssissä. Ahtium Oyj:n tilinpäätöstiedote 31.12.2017 päättyneeltä tilikaudelta, s. 2. Saatavissa <http://hugin.info/136227/R/2172308/837322.pdf>, haettu 22.11.2019.

3 Verohallinnon ohje: Ahtium Oyj:n osakkeiden sekä joukkovelkakirjalainojen arvonnemetyks tuloverolain mukaisessa verotuksessa, 11.12.2018, dnro VH/2514/00.01.00/2018, luku 2.

4 KHO 2018:11.

5 Räbinä, Timo – Myllymäki, Janne – Myrsky, Matti. Henkilökohtaisen tulon verotus. Helsinki, Alma Talent 2019. (Räbinä – Myllymäki – Myrsky 2019), s. 345. Poikkeuksellisesti menetykset voivat tulla vähennettäväksi myös tulonhankkimismenoina. Ks. KHO 2014:21. Vrt. KHO 2019:6.

6 Asunto-osakeyhtiöiden verotuksesta tarkemmin ks. Tikka, Kari S. – Nykänen, Olli – Juusela, Janne – Viitala, Tomi. Yritysverotus I-II. Helsinki, Alma Talent Oy. Jatkuvatäydenteinen teos. Viimeisin päivitys 21.8.2019, haettu 22.11.2019. (Tikka ym. 2019), 6. Elinkeinoverolain soveltamisala > Elinkeinonharjoittaja vai muu verovelvollinen > Asunto-osakeyhtiöt ja muut kiinteistöyhtiöt.

7 Verohallinnon ohje: Elcoteq SE:n osakkeiden sekä debenttuuri- ja hybridilainojen arvonnemetyks tuloverolain mukaisessa verotuksessa, 22.11.2016, dnro A173/200/2016.

8 Verohallinnon ohje: Ahtium Oyj:n osakkeiden sekä joukkovelkakirjalainojen arvonnemetyks tuloverolain mukaisessa verotuksessa, 11.12.2018, dnro VH/2514/00.01.00/2018. Ohjeella on korvattu Verohallinnon ohje: Talvivaaran Kaivososakeyhtiö Oyj:n osakkeiden arvonnemetyks, 11.11.2016, dnro A140/200/2016.

9 Verohallinnon ohje: Tiimari Oyj:n osakkeiden arvonnemetyks tuloverolain mukaisessa verotuksessa, 5.9.2014, dnro A114/200/2014.

10 EVL 17 §:n 2 kohdan sanamuodon mukaan vähennyskelpoisia ovat rahoitusomaisuuden lopullisiksi todetut arvonalenemiset. Vähennyskelpoisuuden edellytyksenä ei ole omaisuuden menetyks, vaan muukin pysyväisluontoinen arvonalentuminen voi olla vähennyskelpoinen. Andersson, Edward – Penttilä, Seppo. Elinkeinoverolain kommentaari. Helsinki, Talentum 2014. (Andersson – Penttilä 2014), s. 440. Ks. myös KHO 14.9.1982 taltio 4092, jossa saatava katsottiin lopullisesti arvottomaksi todetuksi, kun yhtiön Irakin valtiota vastaan käymä välimiesmenettely oli pitkittynyt ja tilintarkastaja oli todennut olevan todennäköistä, että Irakin valtiolta ei saada korvausta sen esitettyä vastasaatavavaatimuksen.

11 Ks. myös Kielitoimiston sanakirja, <https://www.kielitoimistonanakkirja.fi/arvoton>: ”Arvoton (tavara)näyte näyte jolla ei ole rahallista arvoa.” Haettu 22.11.2019.

1.2 Tutkimuskysymys ja metodi

Artikkelin tutkimusongelmana on, milloin kyseeseen voi tulla tuloverotuksessa vähennyskelpoinen arvonmenetys. TVL 50.3 §:n 2 kohdan säännöksen sanamuodosta on havaittavissa, että sen soveltamista on tarkasteltava neljän edellytyksen kautta. Ensinnäkin kyseessä tulee olla *arvopaperi*. Tässä artikkelissa on tarkoitus käsitellä vain osakkeiden arvonmenetyksiä, joten tätä määritelmää ei tarkastella sen tarkemmin. Toiseksi kyseessä tulee olla *arvonmenetys*. Kolmanneksi arvonmenetyksen tulee olla sellainen, jota voidaan pitää *lopullisena*, ja neljänneksi sen tulee olla lopullinen *konkurssin tai siihen verrattavan syyn vuoksi*. Käytännön näkökulmasta on myös tärkeää tietää, *kuinka suuri vähennyskelpoinen arvonmenetys on*. Tutkimusongelma voidaan täten jakaa osakysymyksiin, joiden avulla osakkeiden lopullista arvonmenetystä verotuksessa voidaan tarkastella:

- Mitä arvonmenetys tarkoittaa? (Luku 2)
- Milloin arvonmenetys on lopullinen? (Luku 3)
- Mitkä konkurssiin verrattavat syyt aktualisoivat säännöksen soveltamisen? (Luku 3)
- Kuinka suuren arvonmenetyksen voi verotuksessa vähentää? (Luku 4)

Artikkeli on lainopillinen tutkimus, koska osakkeiden lopullisen arvonmenetyksen sisällön selvittämisessä on pohjimmiltaan kysymys yhden säännöksen tulkinnasta. Tulkinnan kannalta on haasteellista, että TVL 50.3 §:n 2 kohdan määritelmää arvonmenetykselle voidaan pitää hyvin väljänä eikä TVL:ssa tai lain esitöissä ole tarkempaa määritelmää arvonmenetykselle.¹² Osakkeen taustalla olevan yhtiön arvostukseen ei voida myöskään soveltaa arvostamislakia.¹³ Siten säännöksen sisällön selvittäminen edellyttää nimenomaisesti lainopillista tutkimusta. Näkemykseni mukaan osakkeiden arvonmenetyksestä tarvitaankin lisää oikeustieteellistä keskustelua.

Eri viranomaisten, kuten KHO:n, keskusverolautakunnan (KVL) ja hallinto-oikeuksien (HAO) oikeuskäytännöstä on havaittavissa suuntaviivoja ja oikeusohjeita TVL 50.3 §:n 2 kohdan

12 Hallituksen esityksessä todetaan melko lakonisesti, että "[t]appioon rinnastettaisiin vastaisuudessa myös sellainen omaisuuden arvonmenetys, jota voidaan pitää lopullisena. Näitä tilanteita ovat ainakin konkurssi ja option raukeaminen." Ks. HE 200/1992 vp – Hallituksen esitys Eduskunnalle tuloverolainsäädännön muuttamisesta, s.39.

13 Varojen arvostamisesta verotuksessa annetun lain (22.12.2005/1142) soveltamisalaa koskevan 1 §:n mukaan tuloverolaissa (1535/1992) tarkoitettua jaettavaa yritystulon ja yhtiön osakkaan tulo-osuuden pääomatulo-osuuden perusteena oleva nettovarallisuus sekä osakkeen matemaattinen arvo samoin kuin kiinteistöveron perusteena olevan kiinteistön arvo lasketaan siten kuin tässä laissa säädetään. Ks. myös Verohallinnon ohje: Varojen arvostaminen perintö- ja lahjaverotuksessa, 25.9.2018, dnro A121/200/2018, luku 1.1.

soveltamiseen. Arvonmenetystä on myös käsitelty Verohallinnon yleisissä ohjeissa¹⁴, mutta nämä viranomaisohjeistukset ovat osittain kollisiossa oikeuskäytännössä esitettyjen lähtökohtien kanssa, kuten jäljemmin esitetään. Näistä näkökulmista säännöksen sanamuodon ja oikeuskäytännön asemaa oikeuslähteinä voidaan pitää korostuneena.

2. ARVONMENETYS

2.1 Oikeuskäytäntö

Johdannossa esitetyllä tavalla TVL 50.3 §:n 2 kohdan soveltamiselle voidaan esittää neljä edellytystä. Arvopaperin käsite on rajattu pois, joten seuraavaksi edellytykseksi nousee *arvonmenetys*. Määritelmää arvonmenetykselle ei kuitenkaan löydy laista tai sen esitöistä, eikä asiaa ole juuri käsitelty kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa.

Myös oikeuskäytännössä huomio on harvoin kohdistunut arvonmenetykseen. Poikkeuksen muodostaa ratkaisu Vaasan HAO 13.3.2009 taltio 09/0104/3 (lainvoimainen), jossa aviopuolisot olivat ostaneet Thaimaasta lomaosakkeen, jonka vastikkeeksi he olivat antaneet lomaosakkeensa Espanjassa sekä rahaa. Thaimaan lomaosaketta ei ollut luovutettu puolisoille, ja heidän vastapuolensa oli tuomittu asiasta seuranneessa rikosoikeudenkäynnissä rangaistukseen törkeästä petoksesta ja veloitettu suorittamaan aviopuolisolle vahingonkorvausta. Aviopuolisot olivat vaatineet Espanjan lomaosakkeen menetyksen vahvistamista luovutustappiona TVL 50.3 §:n 3 kohdan (nyk. 2 kohdan) nojalla. Verotuksen oikaisulautakunta oli hyväksynyt heidän vaatimuksensa. Hallinto-oikeus kuitenkin katsoi, että säännös soveltuu tilanteisiin, joissa arvopaperin markkina-arvo on pysyvästi alentunut. Tapauksessa esitetty tahallinen erehdytys ei tarkoittanut, että lomaosakkeen arvo olisi muuttunut. Hallinto-oikeus katsoi myös, että rikosta ei voitu pitää konkurssiin rinnastettavana tapahtumana.

Hallinto-oikeus siis arvioi osakkeen arvoon kohdistuvaa muutosta itsenäisenä edellytyksenä. Arvonmuutosta ei ollut tapahtunut, sillä kyse oli vain asianosaisten omaan varallisuusasemaan kohdistuneesta muutoksesta, joka oli johtunut tahallisesta erehdyttämisestä. Osakkeen arvon ei näin ollen lähtökohtaisesti voitane katsoa muuttuvan pelkän omistaja-aseman muutoksesta.

Ratkaisussa KHO 1991 B 540¹⁵ oli kyse holdingyhtiön omistamien osakkeiden muuttumisesta arvottomiksi. X Oy oli hankkinut 15.10.1984 Y Oy:n osakkeita. Y Oy oli asetettu 1986 konkurssiin,

14 Verohallinnon ohje: Omaisuuden luovutusvoitot ja -tappiot luonnollisen henkilön tuloverotuksessa, 31.10.2019, dnro VH/330/00.01.00/2019, luku 13.2 ja Verohallinnon ohje: Arvopaperien luovutusten verotus, 4.10.2019, dnro VH/2358/00.01.00/2019, luku 23.2.

15 Ratkaisu on annettu nykyisen TVL:n säätämistä edeltävältä ajalta, jolloin arvonmenetystä ei ollut säädetty lainkaan vähennyskelpoiseksi.

joka oli rauennut varojen puuttuessa. Y Oy oli merkitty kaupparekisteriin lakanneeksi 31.12.1986. X Oy ei ollut saanut Y Oy:stä jako-osuutta. Y Oy:n osakkeiden arvonmenetystä ei ollut hyväksytty X Oy:n verotuksessa vähennyskelpoiseksi.

Lääninoikeudessa X Oy oli vaatinut Y Oy:n osakkeiden arvottomaksi käymisestä aiheutuneen tappion vähentämistä yhtiön verotuksessa, koska tappio oli syntynyt yhtiön tavanomaisessa sijoitustoiminnassa. Lääninoikeus oli hyväksynyt X Oy:n vaatimuksen ja kumonnut toimitetun verotuksen. Tarkastusasiamiehen valituksen myötä KHO kumosi lääninoikeuden päätöksen ja saattoi verolautakunnan toimittaman verotuksen voimaan. KHO:n perustelut kohdistuvat lähinnä siihen, että Y Oy:n osakkeiden arvonmenetystä ei voitu pitää luovutuksena eikä menetyksiä muutoin ollut säädetty vähennyskelpoisiksi tuolloin.

Ratkaisussa arvonmenetyksen määrittelyyn ei suoranaisesti otettu kantaa, koska tilannetta pidettiin selvänä. X Oy ei ollut saanut Y Oy:stä jako-osuutta ja Y Oy oli purkautunut.¹⁶ Tapausta voitaneen pitää osakkeiden arvonmenetyksen tyyppitilanteena; osakkeenomistaja ei ole saanut yrityksestä konkurssin myötä lainkaan jako-osuutta, eikä yritys voi enää toimia purkauduttuaan.

2.2 Arvonmenetyksen käsite ja varojen arvostaminen

Edellä mainituista ratkaisuista on vaikeaa tehdä yhteenvetoa siitä, milloin osakkeen arvo on menetetty TVL 50.3 §:n 2 kohdassa tarkoitettulla tavalla. Hallinto-oikeuden maininta lomaosakkeen markkina-arvon muuttumattomuudesta ratkaisussa Vaasan HAO 13.3.2009 taltio 09/0104/3 johdattaa kuitenkin kysymykseen arvonmenetyksen määrittelystä, jolloin käsitteellä olisi säännöksessä myös itsenäistä merkitystä. Nähdäkseni lainsäätäjän tarkoituksena ei vaikuta olleen määrittellä arvonmenetystä taloudellisista faktoista poikkeavalla tavalla, sillä muuten määritelmää olisi käsitelty erikseen joko lain esitöissä tai itse laissa.

Osakkeen arvonmenetyksen käsitteessä on kyse siitä, että osakkeen arvo on nolla.¹⁷ Vaikka käsite vaikuttaa teoriassa hyvin yksinkertaiselta, käytännössä voi olla vaikeaa määrittellä, milloin yritystä on pidettävä arvottomana. Yleisesti osakkeen taustalla olevan yrityksen arvon määrittelyä on tarkasteltu liiketaloustieteessä, jossa arvonmäärityksen lähtökohtana ovat

16 Tällaisessa tapauksessa on selvää, että yrityksen markkina-arvo on nolla, sillä yrityksestä ei ole tullut osakkeenomistajille lainkaan jako-osuutta, eikä tällaiselle konkurssiyritykselle ole tarjolla ulkopuolisia ostajia. Lisäksi todettakoon, että purkautuminen katsotaan erikseen arvonmenetyksen lopullisuuden vahvistavaksi tekijäksi. Ks. myös KVL 1996/111.

17 Ks. Seppänen, Harri. Yrityksen arvonmääritys. Helsinki, Alma Talent Oy 2017. (Seppänen 2017), s.161.

todennäköisen luovutushinnan sekä substanssi-¹⁸ ja tuottoarvon¹⁹ käsitteet.²⁰ Todettakoon, että nämä lähtökohdat on myös hyväksytty noteeraamattoman osakkeen arvostamisessa perintö- ja lahjaverotuksessa.²¹ Verohallinnon ohjeessa ei ole kuitenkaan erikseen todettu, milloin osake voidaan tällaisessa arvonmäärittelyssä todeta arvottomaksi. Noteerattujen osakkeiden osalta kysymys arvonmäärittelystä ei ole yhtä mielekäs, sillä niiden markkina-arvo määrittyy julkisella markkinapaikalla, kuten pörssissä.²²

Yhtiön substanssiarvon toteaminen lienee useimmiten yksinkertaista, vaikkakin tiettyjen varallisuuserien arvostaminen itsessään voi tuottaa haasteita.²³ Sen sijaan tuottoarvon määrittely on huomattavasti ongelmallisempaa, sillä se edellyttää tulevaisuuden arviointia nykyisyyteen pohjautuvien luvuin.²⁴

On huomautettava, että arvonmenetyksen käsitteen aineellisoikeudelliset kysymykset tulee erottaa prosessuaalisista seikoista. Luonnollisesti osakkeen lopullisen arvonmenetyksen soveltumisen edellytyksenä on, että osake on arvoton eli sen markkina-arvo on nolla. Eri asia on kuitenkin tämän osakkeen arvottomuuden osoittaminen todeksi eli näyttökysymyksistä. Jälkimmäistä kysymystä lieventää kuitenkin jäljempänä tarkasteltava lopullisuuden vaatimus, eivätkä arvostamisongelmat tule itsessään useimmiten kyseeseen.²⁵ Näin arvonmäärityksen soveltuminen osakkeiden lopullisessa arvonmenetyksessä on kyseenalaista, sillä tyyppi-

18 Substanssiarvolla tarkoitetaan yleisesti varojen ja velkojen erotusta. Penttilä, Seppo: Osakkeen arvo verotuksessa. Jyväskylä, Finnpublishers 1991. (Penttilä 1991), s. 231 ja Pönkä, Ville: Osakkeen lunastaminen: Osakeyhtiö- ja sopimusoikeudellinen tutkimus. Helsinki, Talentum Oyj 2015. (Pönkä 2015), s. 260–261.

19 Tuottoarvo kohdistuu yrityksen tulevaisuudessa odotettavaan nettotuloihin ja siten yrityksen tulevaisuudennäkymiin. Tuottoarvon laskemiselle on kehitetty liiketaloustieteessä useita malleja, mutta yksimielisyyttä oikeasta laskentatavasta ei ole. Ks. Penttilä 1991, s. 224 ja Pönkä 2015, s. 263.

20 Penttilä 1991, s. 222 ja Ossa, Jaakko: Yrityksen arvostaminen – vero-oikeudellinen näkökulma. Teoksessa: Yhteisöoikeudellisia kirjoituksia II, toim. Ari Saarnilehto. Turku, Turun yliopisto, 2002, s. 83–104. (Ossa 2002), s. 84.

21 Verohallinnon ohje: Varojen arvostaminen perintö- ja lahjaverotuksessa, 25.9.2018, dnro A121/200/2018, luku 2.5 ja luku 5.

22 Ks. Kukkonen, Matti: Osakeyhtiön myynnin verotus. Helsinki, Lakimiesliiton kustannus 1994, s.232 ja Verohallinnon ohje: Varojen arvostaminen perintö- ja lahjaverotuksessa, 25.9.2018, dnro A121/200/2018, luku 2.4.

23 Esimerkiksi immateriaalioikeuksien arvostaminen taseeseen voi tuottaa myös käytännön ongelmia kirjanpidossa, sillä niiden arvon määrittely pohjautuu subjektiiviseen arvioon, ellei oikeuksia ole myyty. Bergström, Pia: Immateriaalioikeuksien arvostaminen – Osa yrityksen arvonmääritystä. Defensor Legis 3/2002, s. 460–478. (Bergström 2002), s. 467.

24 Ks. Ossa 2002, s. 92 ja Penttilä 1991, s.224.

25 Ks. myös Penttilä 1991, s.486, alaviite 12.

tapauksena osakkeiden arvonmenetyksessä voitaneen säännöksen sanamuodon perusteella pitää yrityksen konkurssia ja siinä todettua yrityksen arvottomuutta. Tällöin arvonmenetystä koskeva problematiikka aiheuttanee harvoin arvostamiseen liittyviä teoreettisia tulkintaongelmia, sillä arvonmenetystä voidaan pitää selkeänä.²⁶ Selvää kuitenkin on, että arvonmenetys ei voi olla osittainen eli osakkeella ei voi olla edes osittaista markkina-arvoa.²⁷

Arvonmenetystä, ja siten arvonmäärittelyä, on loppujen lopuksi käsitelty harvoin itsenäisenä edellytyksenä. Oikeus- ja verotuskäytännössä mielenkiinto on sen sijaan kohdistunut arvonmenetyksen lopullisuuteen ja siten luovutustappioiden oikeaan verovuoteen.²⁸

3. LOPULLISUUS KONKURSSIN TAI SIIHEN VERRATTAVAN SYYN VUOKSI

TVL 50.3 §:n 2 kohdan kolmantena edellytyksenä on arvonmenetyksen *lopullisuus*. Lisäksi neljäntenä edellytyksenä on, että arvonmenetystä voidaan pitää lopullisena *konkurssin tai muun siihen verrattavan syyn vuoksi*. Säännöksen sanamuodossa edellytykset ovat oikeastaan yhdistetty²⁹, joten niitä on luontevinta käsitellä myös yhdessä. Toisaalta edellä käsitellyssä ratkaisussa Vaasan HAO 13.3.2009 T 09/0104/3 hallinto-oikeus totesi erikseen, että rikosta ei voida pitää konkurssiin verrattavana syynä. Niinpä *konkurssia tai siihen verrattavaa syytä* tulee pitää itsenäisenä edellytyksenä.

Lopullisuuden edellytys vaikuttaa osakkeen hankintamenon jaksottamiseen eli siihen, mikä on arvonmenetyksestä syntyneen luovutustappion oikea verovuosi.³⁰ Konkurssin osalta jaksottamiseen ja arvonmenetyksen lopullisuuden määrittelyyn vaikuttavat etenkin ratkaisut KVL 111/1996 ja KHO 2011:55.

Keskusverolautakunnan ennakkoratkaisun KVL 111/1996 nojalla konkurssin osalta on katsottava, että arvonmenetys muodostuu lopulliseksi viimeistään silloin, kun toimitsijamiehet antavat

26 Ks. myös Penttilä 1991, s.486, alaviite 12.

27 Ks. KHO 24.7.1973 taltio 2848 ja Nykänen, Pekka: Menetysten vähennyskelpoisuudesta tuloverolain mukaisessa verotuksessa. Teoksessa: Yritys, omistaja ja verotus – Juhlajulkaisu Seppo Penttilälle, toim. Pekka Nykänen ja Matti Urpilainen. Helsinki, Edita Publishing Oy, 2014, s.291–307. (Nykänen 2014), s.296.

28 Ks. KHO 2011:55 ja KVL 111/1996. Ks. myös Verohallinnon ohje: Elcoteq SE:n osakkeiden sekä debentuurija hybridilainojen arvonmenetys tuloverolain mukaisessa verotuksessa, 22.11.2016, dnro A173/200/2016, luku 1.

29 Säännöksen sanamuodon ilmaisu "voidaan pitää – – syyn vuoksi" linkittää edellytykset yhteen.

30 Nykänen, Pekka – Rabinä, Timo: Yksityishenkilöiden luovutusvoittojen verotus. Helsinki, Talentum Oyj, 2013. (Nykänen – Rabinä 2013), s. 546–547.

lopputilityksensä velkojankokouksessa eikä osakkeenomistajille tule jako-osuutta.³¹ Ratkaisun KHO 2011:55 nojalla arvonmenetystä voidaan pitää lopullisena jo ennen lopputilitystä, jos on selvää, että konkurssipesästä ei jää jako-osuutta osakkeenomistajille. Jako-osuuden saaminen linkittyy vahvasti yrityksen substanssiarvoon.³²

Ratkaisussa KHO 2011:55 osakeyhtiön oma pääoma oli menetetty tilivuoden 2003 aikana ja yhtiö oli asetettu konkurssiin vuonna 2005. Yhtiön konkurssipesän jakoluettelo oli vahvistettu vuonna 2006 ja lopputilitys annettu vuonna 2007. Asiassa esitetyn selvityksen perusteella KHO katsoi, että jo konkurssiinasettamisvuonna 2005 oli ollut selvää, ettei konkurssipesästä jää jako-osuutta osakkeenomistajille. Näin ollen osakkeiden arvonmenetys oli muodostunut lopulliseksi jo vuonna 2005. Osakkeiden hankintameno oli siis vähennettävissä verovuonna 2005.

Näihin kahteen ratkaisuun on myös viitattu säännönmukaisesti Verohallinnon ohjeissa koskien pörssiosakkeiden arvonmenetystä. Ohjeissa on painotettu etenkin arvonmenetyksen lopullisuuden todentamisen prosessuaalista puolta eli sitä, että konkurssissa arvonmenetys tulisi todentaa lopulliseksi joko lopputilityksen tai pesänhoitajan ilmoituksen nojalla.³³

Keinotekoiset toimenpiteet luovutustappion saamiseksi voidaan katsoa verotusmenettelystä annetun lain (1558/1995) 28 §:n nojalla veron kiertämiseksi. Esimerkiksi ratkaisussa Itä-Suomen HAO 29.1.2019 19 taltio 19/0071/1 (lainvoimainen) A oli omistanut 3000 kpl X Oyj:n osakkeita. X Oyj oli asetettu konkurssiin 17.7.2014 ja A oli myynyt omistamansa ja käytännössä arvonsa menettäneet X Oyj:n osakkeet nimelliseen yhden euron hintaan puolisolleen. Näin menetellen A:lle oli syntynyt noin 15 000 euron suuruinen luovutustappio, eikä A ollut esittänyt verotuksesta riippumattomia syitä toimilleen. Ei ollut myöskään ilmennyt, että osakkeiden arvonmenetys olisi ollut TVL 50.3 §:n 2 kohdassa tarkoitettulla tavalla *lopullinen* vielä verovuonna 2015. Hallinto-oikeus katsoi, että kyse oli veron kiertämisestä, eikä A:lla ollut oikeutta vähentää X Oyj:n

31 Ks. myös KVL 72/1986, jossa keskusverolautakunta katsoi yhtiön purkautumistilanteessa osakkeiden luovutusajankohdaksi sen verovuoden, jolloin selvitysmiehet olivat esittäneet yhtiökokoukselle lopputilityksen.

32 Yhtiön varallisuus ylittää yhtiön velat, jos osakkeenomistajat saavat jako-osuuden osakkeilleen konkurssin päätyttyä. Osakeyhtiölain (624/2006) 20:15:n nojalla yhtiön omaisuus voidaan jakaa vasta, kun kaikki tiedossa olevat velat on maksettu.

33 Verohallinnon ohje: Tiimari Oyj:n osakkeiden arvonmenetys tuloverolain mukaisessa verotuksessa, 5.9.2014, dnro A114/200/2014: "Tiimari Oyj:n osakkeiden perusteella aiheutuva arvonmenetys on lopullinen tuloverolain mukaisessa verotuksessa kun: konkurssipesänhoitaja antaa ilmoituksen, ettei jako-osuutta kerry, tai konkurssipesän lopputilitys tehdään". Ks. myös aikaisempi Verohallinnon ohje: Elcoteq SE:n osakkeiden arvonmenetys tuloverolain mukaisessa verotuksessa, 23.4.2012, dnro A17/200/2012 ja Verohallinnon ohje: Arvopaperien luovutusten verotus, 4.10.2019, dnro VH/2358/00.01.00/2019, luku 23.2: "Konkurssiin asetetun yhtiön osakkeiden perusteella aiheutuva arvonmenetys on lopullinen tuloverolain mukaisessa verotuksessa kun: konkurssipesänhoitaja antaa ilmoituksen, että jako-osuutta ei kerry; tai, konkurssipesän lopputilitys tehdään."

hankintamenoa luovutustappiona.³⁴ Tapauksessa oli itse asiassa yritetty kiertää TVL 50.3 §:n menetyksiä koskevia säännöksiä yrittämällä käyttää hyväkseen TVL 50.1 §:n säännöksiä luovutustappioiden vähennykelpoisuudesta.

Ratkaisussa KHO 1976-B-II-513 katsottiin, että holdingyhtiö sai vähentää tuloistaan konserniin kuuluneen yhtiön purkautumisesta johtuneen osakkeiden arvonmenetyksen.³⁵ Julkaisemattomassa ratkaisussa KHO 25.10.2016 taltio 4511 KHO katsoi, että ns. realisaatiosaneerauksessa, jossa yhtiön koko omaisuus realisoidaan ja realisaatiokertymä tilitetään yhtiön velkojille, arvonmenetyksellä lopullinen saneerausmenettelyn aloittamisvuonna.³⁶ Yhtiön omaisuus oli lähes kokonaan realisoitu, eikä yhtiöön realisoinnin jälkeen ollut tarkoitus jäädä liiketoimintaa. Pieniä omaisuuseriä oli jätetty yhtiöön kattamaan lakisääteiset vastuut ja takuut yksityisille talopakettiasiakkaille.³⁷

Ratkaisuista voidaan päätellä, että osakkeen arvonmenetyksen lopullisuus edellyttää taustalla olevan yrityksen realisointia tavalla tai toisella taikka siihen pyrkivää menettelyä. Arvonmenetyksen lopullisuus ei kuitenkaan näyttäisi edellyttävän, että yritys on purkautunut ja poistettu kaupparekisteristä.³⁸

Olenainen kysymys on, kuinka arvonmenetyksen lopullisuus todetaan. Verohallinto on ohjeistuksissaan painottanut erityisesti arvonmenetyksen lopullisuuden prosessuaalista todentamista esimerkiksi pesänhoitajan ilmoituksen avulla. KHO:n oikeuskäytännössä on sen sijaan johdonmukaisesti todettu, että myös taloudelliset tosiasiat voivat osoittaa arvonmenetyksen lopullisuuden. Näissä tapauksissa verovuodeksi on katsottu realisointimenettelyn aloitusvuosi.³⁹ Tapauksissa on ollut oleellista arvonmenetyksen lopullisuuden osoittaminen objektiivisin kriteerein.

34 Ks. myös Andersson, Edward – Linnakangas, Esko – Frände, Joakim: Tuloverotus. Helsinki, Alma Talent, 2016 (Andersson – Linnakangas – Frände 2016), s.274–275 ja Råbinä – Myllymäki – Myrsky 2019, s. 342. Edestakaisista arvopaperikaupoista ks. esim. KHO 2004:8 ja KHO 2012:5. Vrt. KHO 2009:53.

35 Tapaukseen sovellettiin EVL:n säännöksiä, mutta analogia TVL:n mukaisiin arvonmenetyksiin on ilmeinen. Toisaalta vapaaehtoista purkautumista pidetään luovutuksena, jossa osakas vaihtaa yhtiön osakkeet yhtiöstä saatavaan jako-osuuteen. Ks. Verohallinnon ohje: Osakeyhtiön purkautuminen verotuksessa, 7.8.2017, dnro A58/200/2017, luku 1.2.

36 Huomionarvoisena voidaan pitää, että veronsaajien oikeudenvallontayksikkö oli vastineessaan vedonnut nimenomaisesti saneerauksen menettelyllisiin seikkoihin: ”Yhtiön saneerausmenettelyn valvojan lausunnoissa 12.12.2012 tai 4.6.2013 ei todeta, että yhtiön osakkeenomistajille ei tule yrityssaneerauksessa jako-osuutta.” Ratkaisun nojalla voidaan katsoa, että Verohallinnon ohjeissaan esittämä vaatimus esimerkiksi konkurssipesän selvitysmiehen antamasta todistuksesta on perusteeton ainakin ehdottomana edellytyksenä.

37 Yrityksen substanssiarvo oli siten nolla, sillä varat eivät ylittäneet velkoja ja vastuita.

38 Arg. KHO 25.10.2016 taltio 4511.

39 Ks. Myrsky, Matti – Malmgrén, Marianne: Elinkeinotulon verotus. Helsinki, Talentum, 2014. (Myrsky – Malmgrén 2014), s. 206.

Kumpaa tulkintalinjaa on pidettävä pääsääntönä? Sinänsä säännöksessä itsessään jo edellytetään konkurssia tai siihen verrattavaa syytä, joten säännöksen soveltamisen edellytyksenä on lähtökohtaisesti jokin insolvenssioikeudellinen menettely. Toisaalta säännöksessä ei edellytetä ehdotonta prosessuaalista lopullisuutta.⁴⁰ Lisäksi arvonmenetyksen lopullisuuden arviointi puhtaasti Verohallinnon painottamassa prosessuaalisessa tulkintatavassa voi etäännyttää verotuksen taloudellisista realiteeteista.⁴¹ Tässä valossa Verohallinnon tulkintalinjaa voidaan pitää huomattavasti suppeampana kuin KHO:n tuoreessa käytännössä noudatettua linjaa.

4. ARVONMENETYKSEN SUURUUS

4.1 Hankintameno

Arvonmenetyksellä rinnastuu TVL 50.3 §:n 2 kohdan nojalla luovutustappioon, kun osakkeiden arvonmenetyksellä lopullisuus edellyttää taustalla olevan yrityksen realisointia tavalla tai toisella taikka siihen pyrkivää menettelyä. Arvonmenetyksen lopullisuus ei kuitenkaan näyttäisi edellyttävän, että yritys on purkautunut ja poistettu kaupparekisteristä.³⁸

Olennaista lopullisen arvonmenetyksen aiheuttaman luovutustappion laskemisessa on osakkeiden hankintameno. Esimerkiksi pörssiosakkeiden osalta hankintameno on pidettävä yksinkertaisesti niiden hankintahintaa. Jos verovelvollinen on esimerkiksi vuonna 2016 ostanut pörssiosakkeita 100 000 eurolla, niiden hankintameno on tuolloin 100 000 euroa. Jos pörssiosakkeiden arvo on lopullisesti menetetty vuonna 2019, verovelvollinen voi vähentää tuon 100 000 euron hankintameno kokonaisuudessaan vuoden 2019 verotuksessa. Lisäksi, jos tappioita ei voida kokonaisuudessaan vähentää tänä verovuonna, niitä voidaan vähentää myös seuraavina viitenä vuotena sitä mukaa kuin verovelvollinen saa luovutusvoittoa taikka pääomatuloja, jos kyseessä on luonnollinen henkilö tai kotimainen kuolinpesä.

40 Säännöksen sanamuoto ”voidaan – – pitää lopullisena” antaa harkintavaltaa. Tilanne olisi luonnollisesti eri, jos säännöksen sanamuoto olisi *on konkurssin tai muun siihen verrattavan syyn vuoksi lopullinen*. Näin ollen edellytyksenä ei voi olla, että insolvenssimenettely olisi päättynyt, mikä on todennettavissa myös ratkaisusta KHO 25.10.2016 taltio 4511.

41 Ks. esim. KHO 2014:66 ja KHO 2018:40, joissa KHO on todennut, että verotuksessa on pyrittävä arvioimaan tehtyjä toimenpiteitä niiden tosiasiallisen luonteen mukaan. Toisaalta mainittu koski veron kiertämistä koskevan verotusmenettelystä annetun lain 28 §:n soveltamista, eikä osakkeen lopullisessa arvonmenetyksessä ole kyse varsinaisesti verovelvollisen taloudellisista toimenpiteistä.

42 Pääomatulojen alijäämästä tarkemmin ks. Andersson – Linnakangas – Frände 2016, s. 215–218.

Osakkeiden lopullinen arvonmenetys tarkoittaa toisin sanoen käytännössä sitä, että osakkeiden hankintameno saadaan vähentää kokonaisuudessaan verotuksessa. Näin ollen kyse on erityisesti jaksotusongelmasta verotuksessa.⁴³ Edellä kuvatun esimerkkitalanteen lisäksi voi tulla vastaan useita erityistilanteita, joissa hankintameno määrittely ei ole yhtä yksinkertaista. TVL 47.1 §:n nojalla vastikkeettomien saantojen, kuten perinnön ja lahjan, osalta hankintameno on perintö- ja lahjaverotuksessa käytetty verotusarvo. Niinpä myös lahjaksi saatujen osakkeiden lopullinen arvonmenetys on verotuksessa vähennyskelpoinen.⁴⁴

4.2 Pääomailainat (KHO 2016:49)

Osakkeiden arvonmenetyksen määrittelyyn liittyy erityistapauksena pääomailainojen vaikutus hankintameno laskemiseen. Oikeustilaan tältä osin vaikuttaa merkittävästi korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu KHO 2016:49.

Ratkaisussa yhtiö B Oy oli asetettu konkurssiin vuonna 2010. A oli ollut B Oy:n osakkeenomistaja ja antanut yhtiölle pääomailainaa vuosina 2007 ja 2009. Vuoden 2007 pääomailaina oli annettu, koska yhtiö oli tarvinnut osakkeenomistajiltaan rahoitusta osakekauppaa varten. Tämä laina oli sopimuksen mukaan vakuudeton ja viimesijainen yhtiön konkurssissa. Lainan tai korkojen takaisinmaksu oli lisäksi sovittu sallituksi vain silloin, kun vapaan oman pääoman ja kaikkien pääomailainojen määrä maksuhetkellä oli ylittänyt viimeksi päättyneeltä tilikaudelta vahvistettavan tai sitä uudempaan tilinpäätökseen sisältyvän taseen mukaisen tappion määrän. Toimitetussa verotuksessa vuoden 2009 pääomailaina oli rinnastettu B Oy:n osakkeiden hankintameno, kun taas vuoden 2007 pääomailaina katsottiin tavallisen saatavan menetykseksi, jota ei voitu vähentää luovutustappiona. Sekä verotuksen oikaisulautakunta että hallinto-oikeus hylkäsivät A:n valituksen.

Korkein hallinto-oikeus hyväksyi A:n valituksen. Korkeimman hallinto-oikeuden perustelut asiassa ovat lyhyet. Ensinnäkin perusteluissa todetaan, että TVL:ssa ei ole nimenomaista säännöstä siitä, mitkä erät luetaan luonnollisen henkilön verotuksessa tämän hankkimien osakkeiden hankintameno. Korkein hallinto-oikeus totesi vakiintuneesti katsotun, että luonnollisen henkilön tuloverotuksessa hänen omistamiensa osakkeiden hankintameno luetaan muun muassa hänen osakkeiden hankinnan jälkeen yhtiöön tekemänsä lisäsjoiutukset. Näin ollen ratkaisussa arvioitiin tosiasiallisesti sitä, oliko kyseinen vuonna 2007 annettu pääomailaina A:n tekemä lisäsjoiutus yhtiöön. Korkein hallinto-oikeus arvioi tehdyn pääomailinasopimuksen

43 Nykänen 2014, s.295–296.

44 Ks. Andersson – Linnakangas – Frände 2016, s. 273-274 ja Niskakangas, Heikki – Knuutinen, Reijo. Henkilöverotus. Alma Talent Oy, Jatkuvatäydenteinen teos. Viimeisin päivitys 7.11.2019, viitattu 22.11.2019. (Niskakangas – Knuutinen 2019), 5. Luovutusvoitot > Luovutustappio > Vastikkeeton saanto.

ehtojen⁴⁵ nojalla, että pääomailainaa tuli pitää A:n tekemänä lisäsjoiutuksena, joten se tuli lukea tämän menettämien osakkeiden hankintameno, kun A ei ollut saanut velkapääomaa takaisin B Oy:n konkurssissa.

Korkein hallinto-oikeus ei antanut ratkaisussa merkitystä lainan tarkoitukselle, vaan arvioi lähinnä pääomailainan ehtoja.⁴⁶ Nykänen ja Råbinä ovat todenneet, että ratkaisua tulisi tulkita osaltaan suppeasti. Ratkaisua tulisi soveltaa oikeusohjeena siten *konkurssitilanteeseen*.⁴⁷ Näin ollen näyttäytyisi, että kyseisen ratkaisun myötä i) *yhtiön osakkeenomistajan myöntämä* ii) *osakeyhtiölain 12 luvun mukainen pääomailaina* katsotaan iii) *konkurssissa* tämän osakkeiden hankintameno lisäykseksi. Kyseisten edellytysten täytyessä pääomailaina muodostuu yksityishenkilön tuloverotuksessa vähennyskelpoiseksi.

Ratkaisun sitominen yksinomaan konkurssitilanteeseen ei kuitenkaan vaikuta perustellulta edellä kuvatun arvonmenetyksen lopullisuutta koskevan ratkaisukäytännön valossa. Ratkaisussa KHO 2016:49 todettiin nimenomaisesti, että pääomailaina katsottiin *lisäsjoiutukseksi* yhtiöön. On tärkeää huomata myös, että ratkaisussa sovelletuissa oikeusohjeissa viitataan nimenomaisesti TVL 50.3 §:n arvonmenetystä koskevaan kohtaan. Ratkaisussa ei kuitenkaan arvioida varsinaisesti pääomailainan arvonmenetystä, vaan kyse on edellä kuvatulla tavalla pääomailainan merkityksestä lisäsjoiutuksena yhtiöön. Pääomailaina vaikuttaa tällöin arvonsa menettäneen osakkeen hankintameno. Osakeyhtiölain 12 luvun mukaista pääomailainaa ei joka tapauksessa pidetä TVL 50.3 §:n 2 kohdassa tarkoitettuna arvopaperina.⁴⁸ Viittauksen myötä pääomailainan verotuksellinen luonne lisäsjoiutuksena ei nähdäkseen ole riippuvainen

45 Lainan oli i) viimesijainen yhtiön konkurssissa, ii) lainan tai korkojen takaisinmaksu oli sovittu sallituksi vain silloin, kun vapaan oman pääoman ja kaikkien pääomailainojen määrä maksuhetkellä ylittää viimeksi päättyneeltä tilikaudelta vahvistettavan tai sitä uudempaan tilinpäätökseen sisältyvän taseen mukaisen tappion määrän, ja iii) laina oli vakuudeton. Osakeyhtiölain (624/2006) 12 luvun mukainen pääomailaina täyttää kyseiset ehdot. Täysin selvää ei kuitenkaan ratkaisun nojalla ole, rajataanko vähennysoikeus vain osakeyhtiölain 12 luvun mukaisiin pääomailainoihin, sillä esimerkiksi ratkaisussa mainittu vakuudettomuus on luonteeltaan tiukempi ehto kuin osakeyhtiölain 12.1.1:n 3 kohta. Ratkaisussa ei myöskään suoraan viitata osakeyhtiölakiin. Aiheesta tarkemmin ks. Murto-Unkila, Minna. Yritysjärjestelyt ja maksukyvyttömyys – Yhtiö-, vero- ja insolvenssioikeudellinen tutkimus. Turku, Turun kauppakorkeakoulu, 2018. (Murto-Unkila 2018), s.162.

46 Nykänen ja Råbinä olivat katsoneet ratkaisua edeltävän oikeustilan ajalta, että pääomailainaa tulisi pääsääntöisesti käsitellä yksityishenkilön verotuksessa kuten muutakin velkasaatavaa, jolloin pääomailaina ei olisi vähennyskelpoinen yhtiön konkurssitilanteessa. Poikkeuksellisesti, jos pääomailainan *tarkoituksena* olisi ollut esimerkiksi taloudellisissa vaikeuksissa olevan yhtiön vakauttaminen, pääomailaina olisi voitu katsoa osakkeiden hankintameno lisäykseksi. Nykänen – Råbinä 2013, s. 551. Vrt. ratkaisun jälkeiseltä ajalta Nykänen, Pekka – Råbinä, Timo. Ajankohtaiskatsaus luovutusvoiton verotukseen vuodelta 2016, Verotus 2/2017, s. 154–169. (Nykänen – Råbinä 2017), s. 160–161.

47 Nykänen – Råbinä 2017, s. 160.

48 Todetaan ratkaisussa KHO 2018:170.

siitä, onko kyseessä nimenomaisesti konkurssitilanne.⁴⁹ Näin ollen pääomailainaa tulee lukea osakkeiden hankintamenon lisäykeksi myös esimerkiksi yrityssaneerauksessa.⁵⁰

Johtuen pääomailainan lisäsiirtolun luonteesta ja siitä, ettei kyse voi olla TVL 50.3 §:n 2 kohdassa tarkoitettusta arvopaperista, voidaan katsoa, että pääomailainan vähentäminen esimerkiksi yhtiön konkurssitilanteessa edellyttää, että kyse on nimenomaisesti yhtiön osakkeenomistajan myöntämästä pääomailainasta.⁵¹ Muun henkilön antama pääomailainaa voidaan vähentää tietyissä tilanteissa TVL 50.1 §:n mukaisena luovutustappiona.⁵²

5. JOHTOPÄÄTÖKSET

Artikkelissa on havaittu, että TVL 50.3 §:n 2 kohtaan liittyy neljä edellytystä. Näistä *arvopaperin* määrittely on rajattu pois johdannossa kuvatulla tavalla. *Arvonmenetyks* ja *lopullisuus* on esitetty toisistaan erillisinä edellytyksinä. *Konkurssia tai siihen verrattavaa syytä* on tarkasteltu perustellusti yhdessä *lopullisuuden* kanssa, mutta kyseessä ovat erilliset edellytykset.

Oikeuskäytännöstä on havaittavissa ensinnäkin, että tuomioistuimet tarkastelevat osakkeiden lopullista arvonmenetystä kokonaisuutena tilanteissa, joissa osakkeiden arvonmenetys on hyväksytty vähennyskelpoiseksi. Sen sijaan tilanteissa, joissa vähennyskelpoisuus on evätty, perustelut ovat kohdistuneet pääasiassa yksittäiseen edellytykseen. Näin ollen voidaan perustellusti esittää, että säännöksen soveltaminen edellyttää tosiasiallisesti kaikkien edellytysten

49 TVL 50.3 §:n 2 kohdassa mainitaan konkurssin ohella myös *muu siihen rinnastettava syy*.

50 Ks. myös Murto-Unkila 2018, s.161. Verohallinnon ohjeessa asiaan ei oteta täysin selkeästi kantaa. Yhtäältä ohjeessa todetaan, että pääomailainaa pidetään ”erityisesti lainan luovutus- ja menetystilanteissa osakkeenomistajan yhtiön tekemänä lisäsiirtolun riippumatta lainan käyttötarkoituksesta yhtiössä” ja toisaalta ”[k]orkeimman hallinto-oikeuden päätöksen (KHO 2016:49) perusteella osakkeenomistajan yhtiölle antamia pääomailainoja voidaan kuitenkin pitää konkurssitilanteessa osakkeen hankintamenoa luettavana lisäsiirtolun”. Verohallinnon ohje: Pääomailainojen ja muiden yhtiölle annettujen lainojen luovutukset ja menetys tuloverotuksessa, 10.10.2019, dnro VH/1746/00.01.00/2019 luku 3.1 ja 3.3. Sana *erityisesti* viittaa kuitenkin siihen, että pääomailainan lisäsiirtolun luonne on käsitelty myös ohjeessa laajaksi.

51 Muulla pääomailainan myöntäjällä kuin osakkeenomistajalla, ei luonnollisesti ole osakkeita, joiden hankintamenoa pääomailainaa voitaisiin lisätä. Nykänen, Pekka. Kaksi velkasaatavan luovutuksen verokohtelua koskevaa ratkaisua – KHO 2018:170 ja KHO 14.12.2018 T 5890, Edilex 2019. (Nykänen 2019), s. 2.

52 KHO 2018:170, jossa A:n B Oy:lle antama laina oli konvertoitu pääomailainaksi. A oli myynyt omistamansa B Oy:n osakkeet sekä pääomailainan saman konsernin C Oy:lle. Esitetyn selvityksen mukaan A oli saanut pääomailainasta vastikkeena niiden nimellisarvoa alhaisemman käyvän arvon. KHO:n ratkaisun myötä A:lle syntyi verotuksessa vähennyskelpoinen luovutustappio. Ks. myös KHO 14.12.2018 taltio 5890, jossa on vahvistettu konvertoitujen pääomailainan katsominen osaksi osakkeen hankintamenoa, kun osake on luovutettu. Tässä valossa ratkaisussa KHO 2016:49 omaksutun pääomailainan lisäsiirtolun luonteesta suppea tulkitseminen ei ole täysin perusteltua.

täyttymistä, jolloin kyse on neljästä kumulatiivisesta edellytyksestä. Tämän seurauksena kaikilla edellytyksillä olisi myös itsenäistä merkitystä.

Arvonmenetyksen käsitteen merkitystä TVL 50.3 §:n 2 kohdan soveltumisen kannalta voidaan pitää kuitenkin rajallisenä, sillä käsitettä ei ole juurikaan tarkasteltu itsenäisesti oikeuskäytännössä. Arvonmenetyksen merkitys korostuu tarkastellessa KHO:n tapauksia, joissa osakkeiden lopullinen arvonmenetys on hyväksytty vähennyskelpoiseksi. Ratkaisussa KHO 2011:55 ja KHO 25.10.2016 taltio 4511 osakkeiden lopullinen arvonmenetys hyväksyttiin vähennyskelpoiseksi, vaikka insolvenssimenettely ei ollut vielä päättynyt. Oleellisia ratkaisussa olivat verovelvollisten esittämät taloudelliset selvitykset yhtiön tilasta ja toiminnasta. Niinpä arvonmenetys sitoo säännöksen soveltumisen taloudellisiin realiteetteihin, mikä on havaittavissa tästä KHO:n tuoreemmasta oikeuskäytännöstä.⁵³ Tästä oikeuskäytännön ja tulkintalinjan suunnanmuutoksesta huolimatta viranomaiskäytäntö näyttää vanhaan tulkintakäytäntöön jääneenä. Talouteen pohjautuvassa tulkintatavassa oleellista on osakkeiden lopullisen arvonmenetyksen todennettavuus objektiivisin perustein, millä on puolestaan liitännä näyttökysymyksiin. Tällöin tulisi kuitenkin erottaa arvonmenetyksen ja sen lopullisuuden aineellisoikeudelliset kysymykset prosessioikeudellisista kysymyksistä.

Arvonmenetyksen lopullisuuden problematiikka liittyy kysymykseen verotuksen jaksottamisesta. Jaksottamisongelman merkitys korostuu esimerkiksi yrityksen konkurssitilanteen pitkittyessä vuosien pituiseksi, jolloin verovelvollinen voi vuosikautia omistaa joko käytännössä arvottomat tai mitättömän arvoiset osakkeet saamatta vähentää niiden hankintamenoa tai saamatta niistä lainkaan tuottoa. Verotus- ja oikeuskäytännössä on jo aiemmin ollut selvää, että osakkeiden lopullinen arvonmenetys tulee kyseeseen viimeistään silloin, kun realisointimenettely päättyy, osakkeenomistajalle ei tule menettelyssä jako-osuutta ja yritys purkautuu. Oikeana verovuotena on ollut tällöin realisointimenettelyn päättymisvuosi. Sen sijaan KHO:n tuoreempien ratkaisujen nojalla on todettu, että osakkeiden arvonmenetys voidaan vähentää jo realisointimenettelyn alkamisvuonna, mikäli arvonmenetys on muutoin objektiivisesti todennettavissa. Verohallinto on käytännössään edellyttänyt, että konkurssissa arvonmenetyksen vähennyskelpoisuuden edellytyksenä on tällaisissa tilanteissa pesähoitajan ilmoitus, jolloin arvonmenetys voidaan vähentää vasta ilmoitusvuonna.⁵⁴ Nimenomaista vaatimusta pesähoitajan ilmoituksesta osakkeiden lopullisen arvonmenetyksen todentajana ei voida kuitenkaan asettaa lain sanamuodon tai oikeuskäytännön nojalla. Lopullisuudessa on pohjimmiltaan kysymys näyttöseikoista⁵⁵ ja

53 Vastaavanlaisia näkemyksiä on esitetty myös vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa. Ks. Kukkonen 1994, s.232 ja Andersson, Edward – Linnakangas, Esko. Tuloverotus ja varallisuusverotus. Helsinki, Kauppakaari 2002 (Andersson – Linnakangas 2002), s. 258.

54 Ks. Verohallinnon ohje: Ahtium Oy:n osakkeiden sekä joukkovelkakirjalainojen arvonmenetys tuloverolain mukaisessa verotuksessa, 11.12.2018, dnro VH/2514/00.01.00/2018, kohta 2.

55 Arg. KHO 2011:55 ja KHO 25.10.2016 taltio 4511.

siten on ongelmallista, että Verohallinto asettaa käytännössään arvonmenetyksen lopullisuuden aineellisoikeudellisiksi vaatimuksiksi prosessuaalisia edellytyksiä.⁵⁶

Lopullisuuden tarkastelu on kohdistunut pääsääntöisesti asian prosessuaalisiin aspekteihin, sillä säännöksen sanamuodosta ja oikeuskäytännöstä on havaittavissa, että osakkeen arvonmenetyksen lopullisuuden todentajana ovat erilaiset realisointimenettelyt. *Lopullisuus* näyttäytyy puolestaan oikeuskäytännössä näiden realisointimenettelyiden vahvistajana. Tällä tarkoitan sitä, että arvonmenetyksellä voi oikeuskäytännön nojalla olla säännöksessä tarkoitettulla tavalla *lopullinen*, vaikka realisointimenettely olisikin kesken. Tällaisissa tilanteissa merkitystä onkin ollut asian taloudellisilla seikoilla ja siitä esitetyllä näytöllä. Kysymys on näin loppujen lopuksi sekä taloudellisten että menettelyllisten seikkojen yhteensovittamisesta.⁵⁷

Osaltaan arvonmenetyksen suppea merkitys oikeuskäytännössä on johtunut siitä, että käytännössä varsinkin konkurssitilanteessa yrityksen ja siten myös osakkeen arvottomuuden todentaminen on usein hyvinkin itsestään selvää. Oikeuskäytännön suunnanmuutoksen myötä ja taloudellisten kriteerien vahvistuessa vero-oikeudessa arvonmenetyksen itsenäiselle määrittelylle voi tulla kuitenkin huomattavasti laajempaa tarvetta. Tämän suunnanmuutoksen ansiosta viranomaistoimintaan kohdistunee painetta muuttaa käytäntöjä.

Jaksottamisen ohella tärkeää oikeuskäytännössä on myös ollut arvonmenetyksen suuruuden määrittely. Lähtökohtana tällöin on yksinkertaisesti ollut osakkeiden hankintameno. Noteeraamattomien yhtiöiden osalta tärkeää on käytännössä myös lisäsjoitusten sisällyttäminen yrityksen hankintamenoon. Oikeuskäytännön nojalla onkin selvää, että pääomalainat muodostuvat vähennyskelpoisiksi osakkeiden lopullisen arvonmenetyksen kautta.

Osakkeiden lopullinen arvonmenetyksen konkreettisuuden vero-oikeudellisena ilmiönä osoittaa esimerkiksi johdannossa mainittu Ahtium Oyj. Toisaalta ilmiössä on kyse luonnollisesti myös pienten ja keskisuurten yritysten kohtaamista taloudellisista haasteista. Kyse on siten yksittäisiä ihmisiä koskettavasta tärkeästä verotuksellisesta problematiikasta. Artikkelissa mainitun kehityskulun nojalla näyttääkin selvältä, että osakkeiden lopullisen arvonmenetyksen merkitys vero-oikeudessa jatkaa kasvuaan.

56 Verohallinnon ohjeessa esitetään edellytykseksi, että konkurssipesänhoitaja antaa ilmoituksen, että jako-osuutta ei kerry, tai että konkurssipesän lopputilitys tehdään. Verohallinnon ohje: Arvopaperien luovutusten verotus, 4.10.2019, dnro VH/2358/00.01.00/2019, luku 23.2. Ks. myös aiempi Verohallinnon ohje: Omaisuuden luovutusvoitot ja -tappiot luonnollisen henkilön tuloverotuksessa, 27.12.2016, dnro A192/200/2016, luku 13.2: "Näissä tilanteissa osoituksena siitä, että jako-osuutta ei muodostu, on esitettävä konkurssipesän selvitysmiehen antama todistus".

57 Ks. Råbinä – Myllymäki – Myrsky 2019, s. 344: "Kun määritetään *arvonmenetyksen lopullisuuden ajankohtaa*, huomioon tulee ottaa sekä taloudelliset että muodolliset seikat." Vrt. Verohallinnon ohje: Omaisuuden luovutusvoitot ja -tappiot luonnollisen henkilön tuloverotuksessa, 31.10.2019, dnro VH/330/00.01.00/2019, luku 13.2.1 Ohjeessa ratkaisussa KHO 2011:55 omaksuttua linjaa pidetään nimenomaisesti poikkeuksena pääsääntöön.

ELEMENTS OF STYLE

JURISTINA TWITTERISSÄ

OTT Tapio Määttä¹

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol13iss2pp94-96>

Helsinki Law Review, 2/2019, pp. 94-96

© 2019 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

Korkeimman oikeuden Talvivaaraa koskeva rikostuomio, maahanmuuttajataustaisten opiskelijoiden osuus oikeustieteellisten tiedekuntien opiskelijoista, neuvottelutaidon opettaminen osana oikeustieteen opintoja. Näistä aiheista olen tätä kirjoittaessani saman päivän aikana keskustellut Twitterissä.

Twitteristä on tullut yhä tärkeämpi media myös juristeille. Oikeustieteen opettajat ja tutkijat, viranhaltijat, asianajajat, yritysjuristit ja oikeustieteen opiskelijat ovat jo laajasti ja aktiivisesti mukana erilaisilla sosiaalisen median kanavilla. Viime aikoina myös useat tuomarit ovat luoneet Twitter-tilejä ja osallistuvat omilla kasvoillaan keskusteluihin. Muualla maailmassa tämä on vielä yleisempää.

Monet juristien työnantajat arvostavat nykyisin niin sanottua some-osaamista. Joillakin työpaikoilla on lähtökohtana se, että asiantuntijat osallistuvat omilla kasvoillaan alaansa koskeviin keskusteluihin sosiaalisessa mediassa. Esimeriksi ministeriöiden lainvalmistelijoiden odotetaan osallistuvan aktiivisesti omaa osaamisalaansa käsitteleviin keskusteluihin eri kanavilla. Viestintä on nykyisin kaikissa organisaatioissa yhä enemmän jokaisen asiantuntijan vastuulla oleva asia.

Vuorovaikutus-, viestintä- ja kommunikaatiotaidot ovat yhä tärkeämpiä kaikkien juristin työssä. Oikeustieteellisistä tiedekunnista valmistuneilta ja työelämään siirtyneiltä saadun palautteen perusteella näiden taitojen oppimiseen on kiinnitetty oikeustieteellisissä tutkinnoissa aiemmin liian vähän huomiota. Kaikissa tiedekunnissa aihepiiri on kehittämisen kohteena.

Twitter on oivallinen kanava kehittää viestintäosaamistaan. Twitter pakottaa juristin popularisoimaan ja tiivistämään sanottavaansa. Taito on tärkeä kaikissa juristitehtävissä, sillä juristit kommunikoivat työssään laajasti myös muiden kuin toisten juristien kanssa.

Ammattitaitoisen juristin ominaisuuksiin kuuluu taito kertoa monimutkaiset asiatkin ymmärrettävästi myös maallikoille.

Oikeustieteellisen opetuksen lähtökohtana on perinteisesti ollut ajatus tuomarikoulutuksesta ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan valmiuksista juristikoulutuksen saaneiden osaamisen ydinalueena. Tämä lähtökohta on osin jo murtunut, kun juristien työmarkkinat ovat monipuolistuneet. Vakuuttamisen taito ja siihen kytkeytyvä oikeudellisen argumentaation osaaminen ovat kuitenkin edelleen oikeustieteellisen koulutuksen tuottaman maailmankuvan keskeinen elementti.

On syytä kysyä, onko juristikoulutuksen tuottama ”vakuuttamisen taito” siinä muodossa kuin se on perinteisesti rakentunut oikeudellisen argumentaation osaamisen varaan enää riittävää nykytyöelämää ajatellen. Oikeudellisen argumentaation osaamiseen perustuva juristin vakuuttamisen taito nimittäin näyttää nykyisiä työelämävaatimuksia ajatellen yksisuuntaisena viestintänä rajatulle kohdejoukolle: asianajaja yrittää vakuuttaa tuomioistuimen asiakkaansa näkemyksen oikeellisuudesta, tuomioistuimien perustelee ratkaisunsa erityisesti asianosaisille jne.

Juristikoulutuksen tuottaman perinteisen ”vakuuttamisen taidon” rajoitteeksi osoittautuu se, että perinteisiin oikeudellisen argumentaation oppeihin sisältyy vain kapeasti ajatus oppivasta dialogista ja vuorovaikutuksesta. Kärjistäen: kun juristeina kohtaamme toisia ihmisiä, koemme tehtäväksemme yrittää saada heidät vakuuttuneiksi oman kantamme oikeellisuudesta vai näemmekö kohtaamisen mahdollisuudeksi yhteiseen oppimiseen?

Olen kokenut Twitterin oivalliseksi tavaksi kehittää omia vuorovaikutustaitojani. Kaikkia sosiaalisen median kanavia voi tuki käyttää myös vain omien ajatusten tuuttaamiseen ja promoamiseen. Parhaimmillaan Twitter on kuitenkin mielestäni silloin, kun siihen asennoituu dialogin mahdollistavana alustana. Tämä tuki edellyttää avointa mieltä, joskus vähän rohkeaa heittäytymistäkin.

Todella hyödylliseksi olen kokenut keskeneräisten ajatusten testaamisen ja kehittelyn Twitterissä käytävän keskustelun kautta. Päätimme parin kollegan kanssa, että kerromme avoimesti Twitterissä työn alla olevasta oikeustieteen metodeja käsittelevästä kirjastamme. Olemme jokainen, asiaa mitenkään koordinoimatta, twiitaneet työn alla olevia osuukiamme kirjastamme. Twiittien kautta avautuneet keskustelut ovat olleet sekä antoisia että erittäin hyödyllisiä ja auttaneet kirjoitustyössämme.

Olen myös valmistellut useita alustuksiani vuorovaikutteisesti Twitterissä. Kun olin menossa pitämään juhlapuhetta Vaasan hallinto-oikeuden 20-vuotisjuhlaan, esitin Twitterissä seuraavat

¹ Akateeminen rehtori, ympäristöoikeuden professori, Itä-Suomen yliopisto.

kysymykset: ”Pyytäisin twiitin verran apuasi. Pidän perjantaina juhlapuheen Vaasan hallinto-oikeuden 20-vuotisjuhlassa. Minua kiinnostaa juhlapuhetta varten kuulla ajatuksiasi hallinto-oikeuksien brändistä.

- Mikä mielikuva sinulla on hallinto-oikeuksista?
- Jos olet ollut tekemisissä hallinto-oikeuden kanssa, kokemuksia (myönteisiä/kielteisiä)?
- Ovatko hallinto-oikeudet ylipäänsä tuttuja?
- Tiedätkö millaisia asioita hallinto-oikeudet käsittelevät?”

Sain kysymyksiini kymmeniä vastauksia, jotka osoittautuivat todella hyödyllisiksi puhetta rakentaessani.

Asianajaja Jarkko Männistö kommentoi neuvottelutaidon opettamista koskeneessa ketjussa teemaa tätä kirjoittaessani seuraavasti: ”Juristin homma on siitä haastavaa, että juridiikan tuntemuksen lisäksi pitäisi osata tosi paljon kaikkea muutakin: neuvotella, viestiä, puhua eri kieliä. Ja sit pitäis ymmärtää vielä mitä moninaisempia elämän osa-alueita. Hyvä ammatti elinikäiselle oppijalle.”

Kokemukseni mukaan Twitter on mitä oivallisin alusta juristeille toteuttaa käytännössä elinikäistä oppimista sekä seurata ja osallistua ajankohtaisista oikeudellisista teemoista käytävään keskusteluun. Suomitwitterissä käydään päivittäin vilkkaasti keskustelua erilaisista juridisesti kiinnostavista teemoista, joihin juristien ja oikeustieteen opiskelijoiden panosta kaivattaisiin nykyistä laajemmin.

Oikeudellisia teemoja, analysejä KKO:n ja KHO:n ratkaisuista sekä keskustelua oikeustieteen opetuksesta ja sen kehittämisestä voi seurata Twitterissä esimerkiksi aihetunnisteilla #oikis, #oikeustiede, #UEFosku #juristitwitter, #KKOratkaisu ja #KHOratkaisu.

KORJAUKSIA

Saana Ruotun artikkelissa ”*Leniency*-asiakirjojen suoja Suomessa - Erityisesti suhteessa kilpailuoikeudelliseen vahingonkorvaukseen” (Helsinki Law Review 1/2019, s. 122 – 149) oli painovirhe sivujen 136 ja 137 taitteessa. Sivun 137 alaviitteiden numerojuoksu alkoi kyseisellä sivulle ykkösestä (1, 2, 3), eikä siten seurannut artikkelin alaviitteiden normaalia numerojuokсутusta.

Painettu virheellinen lause kuului näin: ”—, jos mikään osapuoli tai kolmas osapuoli ei kohtuudella voi toimijoihin.”

Oikea lause asiayhteydessään kuuluu seuraavasti:

”Ensiksi tulee huomata, että direktiivin 6(10) artiklaa vastaavan kilpailuoikeudellisista vahingonkorvauksista annetun lain 8 §:n 2 momentin mukaan tuomioistuim voi määrätä KKV:n esittämään sen asiakirjaaineistoon kuuluvat todisteet vain, jos mikään osapuoli tai kolmas osapuoli ei kohtuudella voi toimittaa kyseisiä todisteita. Editiovelvollisuus on siten ensisijaisesti kohdistettava yksittäisiin toimijoihin.” (Tässä korjattu kohta on alleviivattu.)

Sivun 137 alaviitteiden oikeat numerot ovat 72, 73 ja 74.

Toimitus pahoittelee painovirhettä.

OFFER YOUR TEXT TO BE PUBLISHED IN HELSINKI LAW REVIEW

Maximum length

for articles is 25 pages A4, or a maximum of 60 000 characters. For other works such as book reviews and case commentary, the maximum length is around 15 pages.

Typeface

Times New Roman, pt 12, spacing 1,5. No hyphenation.

Abstract

All articles should include an abstract in English. In the abstract, briefly present the purpose of the article, the essential research results, and conclusions. Please note that the purpose of the abstract is to summarize the article in whole, not to act as an introduction. The length of the abstract is around 150 words.

Harvard style footnotes

A reference to the source is marked as follows: last name of the author, year of publication, page number(s). The footnote will always end with a period. (Example: Dworkin, 2004, p. 87–88.)

Citations

Direct quotations of over three lines are put inside quotation marks, indented and evened out from the right hand side.

References

A reference list should be attached to the end of every work sent to us. Include the information regarding the publisher and the place of publication – in a collection of essays both the name of the original book and the referenced part – including page numbers. When referring to a journal, mention the year, volume, issue number and page numbers.

Submissions via Journal.fi online service:

<https://journal.fi/helsinkilawreview/about/submissions>

If you have questions on publishing in Helsinki Law Review, send your inquiry to the editors at hlr-toimitus@pykala.fi. With other inquiries and ideas for co-operation, contact heidi.storberg@helsinki.fi.

www.facebook.com/helsinkilawreview

www.linkedin.com/company/helsinki-law-review

