

VENDOR DUE DILIGENCE
VASTUUN JAKAUTUMISEN NÄKÖKULMASTA

Helsingin yliopisto

Oikeustieteellinen tiedekunta

Yksityisoikeuden laitos

Kauppa-oikeus

Pro gradu -tutkielma

Ohjaaja: Seppo Villa

Tekijä: Kristiina Meriläinen

Marraskuu 2012

Tiedekunta/Osasto Fakultet/Sektion – Faculty Oikeustieteellinen tiedekunta		Laitos/Institution– Department Yksityisoikeuden laitos	
Tekijä/Författare – Author Kristiina Meriläinen			
Työn nimi / Arbetets titel – Title Vendor due diligence vastuun jakautumisen näkökulmasta			
Oppiaine /Läroämne – Subject Kauppa-oikeus			
Työn laji/Arbetets art – Level Pro gradu -tutkielma		Aika/Datum – Month and year Marraskuu 2012	Sivumäärä/ Sidoantal – Number of pages XVIII+116
Tiivistelmä/Referat – Abstract			
<p>Tämän tutkielman tarkoituksena on ollut hahmottaa vastuun määräytymistä yrityskaupassa, jossa on suoritettu due diligence myyjän toimesta, eli niin sanottu vendor due diligence. Erityisesti työssä on tarkasteltu seuraavia kysymyksiä: miten vendor due diligence eroaa perinteisestä due diligencestä, miten vastuu määräytyy lain ja yleisten oikeudellisten periaatteiden valossa, missä menevät kunkin osapuolen selonotto- ja tiedonantovelvollisuuksien rajat, sekä kuinka todennäköisiä ovat mahdolliset vastuukysymyksiin liittyvät riitatilanteet vendor due diligencen yhteydessä. Vastuuasetelmia on tarkasteltu erityisesti yhtiöoikeudelliselta sekä sopimusoikeudelliselta kannalta. Oikeusvertailevasta näkökulmasta vertailumaiksi on valittu Ruotsi ja Yhdysvallat. Vastuuasetelma on haastava, koska sopimukset ja oikeussuhteet ovat kaiken kaikkiaan viime vuosina monimutkaistuneet, oikeuskäytäntöä on vähän ja mahdollisia vastuukysymyksiin liittyviä osapuolia on useita.</p> <p>Myyjäyhtymisen johdon vastuun rakentumista on hahmotettu erityisesti päämies-agenttiteorian, johdon fidusiaaristen velvollisuuksien sekä liiketoimintapäätösperiaatteen (<i>Business judgment rule</i>) kautta. Vastuusta vapautuakseen johdon on pystyttävä näyttämään, että se on toiminut huolellisesti ja yhtiön edun mukaisesti. Myyjän ja ostajan välinen vastuu määräytyy ensisijaisesti sen mukaan, mitä on sovittu. Tärkeimpinä sopimusoikeudellisina periaatteina esiin nousivat sopimusvapaus, kohtuus, luottamuksensuoja ja lojaliteetti. Vastuunrajoitusten ja muiden sopimusehtojen merkitys korostuu, kun kyseessä on monimutkainen sopimuskokonaisuus. Mikäli toisin ei ole sovittu, vastuu yrityskaupassa määräytyy kauppalaain säännösten mukaisesti. Asiantuntijan vastuun määrittämisessä taas huolellisuuden ja tiedonantovelvollisuuksien merkitys on suuri. Erilaiset asiantuntijapalvelun erityispiirteistä johtuvat velvollisuudet, kuten asiantuntijan pedagoginen velvollisuus, sekä ammatilliset erityisvelvollisuudet, kuten asianajajan korostunut lojaalisuusvelvollisuus, vaikuttavat suoraan vastuun määräytymiseen.</p> <p>Oikeuskirjallisuudessa on esitetty sopimusoikeuden niin sanotun harmaan alueen laajentuneen. Kolmanteen kohdistuvan vastuun oikeudellinen tila on verrattain epäselvä ja muutoksessa. Myös asiantuntijapalvelun tarjoajan vastuu on laajentunut. Näiden seikkojen voisi olettaa kasvattavan ristiriitojen mahdollisuutta. Tutkimuksen yhteydessä suoritettujen haastattelujen mukaan riitatilanteet vendor due diligence -tarkastukseen liittyen ovat kuitenkin erittäin harvinaisia ja niitä pyritään välttämään niin pitkälle kuin mahdollista. Luottamus ja kestävät sopimussuhteet koetaan tärkeinä ja niiden vuoksi ollaan valmiita joustamaan erimielisyystilanteissa. Tiedonsaannin sekä tarkan ja täsmällisen sopimisen merkitys on korostunut. Näin ennakkoiden voidaan minimoida mahdolliset riitatilanteet ja hallita monimutkaisetkin oikeudelliset suhteet.</p>			
Avainsanat – Nyckelord – Keywords due diligence, vendor due diligence, johdon vastuu, vahingonkorvaus, vastuunrajoitus, asiantuntijapalvelu, lojaliteettivelvollisuus, huolellisuusvelvollisuus, tiedonantovelvollisuus, selonottovelvollisuus			
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited Helsingin yliopiston Keskustakampuksen kirjasto			
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information			

SISÄLLYS

LÄHTEET	vi
OIKEUSTAPAUKSET.....	xiii
LAINSÄÄDÄNTÖ.....	xvi
HAASTATTELUT.....	xvii
LYHENTEET	xviii
1. JOHDANTO	1
1.1. Tutkimuksen tarkoitus ja tutkimusongelmat	1
1.2. Tutkimuksen rakenne ja aiheen rajaaminen	1
1.3. Tutkimuksessa käytetyt metodit ja lähteet	3
1.3.1. Yleisesti metodeista ja lähteistä	3
1.3.2. Lainoppi eli oikeusdogmatiikka	4
1.3.3. Oikeusvertailu	5
1.3.4. Oikeustaloustiede eli Law and Economics-suuntaus.....	6
1.3.5. Haastattelututkimus	7
2. DUE DILIGENCE YRITYSKAUPAN YHTEYDESSÄ.....	9
2.1. Due diligenen taustasta ja tarkoituksesta.....	9
2.2. Due diligenen osa-alueet.....	12
2.2.1. Yleisesti	12
2.2.2. Business due diligence.....	12
2.2.3. Financial due diligence	13
2.2.4. Legal due diligence	14
2.2.5. Environmental due diligence	15
2.3. Vendor due diligence -prosessi	18
2.4. Vendor due diligence ja sen erot perinteiseen due diligenceen.....	20
3. TIEDON MERKITYS JA JOHDON VASTUU YRITYSKAUPASSA.....	25
3.1. Päämies-agenttiteoria ja johdon fidusiariset velvollisuudet.....	25
3.2. Osakkeenomistajan oikeus saada tietoa, johdon velvollisuus antaa tietoa, ja yhtiön ulkopuolelle annettava tieto	26
3.2.1. Osakkeenomistajan oikeus tietoon	26

3.2.2.	<i>Yrityksen ulkopuolelle annettava tieto</i>	29
3.2.3.	<i>Sisäpiirintieto</i>	31
3.3.	Business judgment rule, liiketoimintapäätösperiaate ja johdon vastuu	33
3.4.	Vahingonkorvaus osakeyhtiölain mukaan	37
4.	LAINSÄÄDÄNTÖPOHJA JA SOVELTUVAT OIKEUDELLISET PERIAATTEET	41
4.1.	Vahingonkorvausoikeus	41
4.1.1.	<i>Sopimusvastuu ja sopimuksenulkoisen vastuu</i>	41
4.1.2.	<i>Sopimusvastuun laajentumisen merkitys</i>	44
4.2.	Sopimusoikeudellisten periaatteiden merkitys	45
4.2.1.	<i>Sopimusvapaus ja sopimuksen sitovuus lähtökohtina</i>	45
4.2.2.	<i>Yhdenvertaisuus</i>	46
4.2.3.	<i>Luottamuksensuoja ja lojaliteetti</i>	49
4.2.4.	<i>Kohtuus ja heikomman suoja</i>	51
4.3.	Kauppalaki ja virhevastuusäännökset kauppalain mukaan	54
4.3.1.	<i>Kauppalain soveltuvuus yrityskaupan virhevastuuseen</i>	54
4.3.2.	<i>Kauppalain 17, 18, 19 ja 20 § ja vastuukysymykset</i>	56
5.	VASTUUN RAJAT	61
5.1.	Myyjän vastuu, tiedonantovelvollisuus ja vakuutukset	61
5.1.1.	<i>Myyjän tiedonantovelvollisuudet</i>	61
5.1.2.	<i>Myyjän takuut ja vakuutukset</i>	62
5.1.3.	<i>Myyjän vastuu ostajaehdokkaista kohtaan</i>	65
5.2.	Ostajan selonttovelvollisuus	68
5.2.1.	<i>Caveat emptor-periaate ja ostajan vastuu</i>	68
5.2.2.	<i>Selonttovelvollisuus kiinteistön kaupassa</i>	69
5.2.3.	<i>Muita ostajan selonttovelvollisuuteen vaikuttavia seikkoja</i>	70
5.3.	Asiantuntijan vastuu	72
5.3.1.	<i>Asiantuntijan vastuusta yleisesti</i>	72
5.3.2.	<i>Asiantuntijan pedagoginen velvollisuus</i>	76
5.3.3.	<i>Todistustaakan jakautumisesta</i>	80
5.4.	Asiantuntijan vastuu kolmatta kohtaan	81
5.4.1.	<i>Vastuunottojen ylitys</i>	81
5.4.2.	<i>Rajanvetoa oikeuskäytännössä</i>	83
5.4.3.	<i>Regressivastuu sopimusketjussa</i>	88
5.5.	Asiantuntijan vastuu ja erityinen lojaalisuusvelvollisuus	88

5.6.	Vastuunrajoitusehdot ja niiden merkitys	94
6.	KÄYTÄNNÖN NÄKÖKULMIA	99
6.1.	Haastattelujen toteuttaminen ja käsitellyt teemat.....	99
6.2.	Myyjän näkökulma ja syyt VDD -raportin laatimiselle	99
6.3.	Legal VDD -raportin laatijan näkökulma.....	101
6.3.1.	<i>Vendor due diligencen kehitys ja ominaispiirteet</i>	101
6.3.2.	<i>Vastuuriskien realisoitumisesta</i>	102
6.3.3.	<i>Mitä myyjältä odotetaan ja myyjän vaikutusmahdollisuudet raporttiin..</i>	104
6.4.	Konsultin näkökulma	105
6.5.	Rahoittajapankin näkökulma	109
6.6.	Kehityksen suunta ja mahdolliset tulevaisuuden näkymät.....	110
7.	LOPUKSI	112

LÄHTEET

KIRJALLISUUSLÄHTEET

Aarnio, Aulis: Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta. Toim. Juha Häyhä: Minun metodini WSOY. Porvoo 1997.

Aava, Ott: Risk Allocation Mechanisms in Merger and Acquisition Agreements. Helsinki Law Review 2/2010, s. 31-59.

Amato, Filippo – Pollard, Marcus: Mergers and Acquisitions in Europe Selected Issues and Jurisdictions. Toim. Dennis Campbell: The Comparative Law Yearbook of International Business. Special Issue 2011. Wolters Kluwer Law & Business. Kluwer Law International. Alphen aan den Rijn 2011.

Batterson, Donald E. – Malik, Thaddeus J. – Parker, Christine A.: Mergers & Acquisitions: Third-party reliance common on due diligence common in U.K. The National Law Journal. 7.11.2005.

Bäck, Jonathan – Karsio, Tomi – Markula, Eeva-Maria – Palmu, Mikko: Due Diligence - Onnistuneen yrityskaupan edellytys. KHT-media. Helsinki 2009.

Christina Blomkvist: Med vederbörlig omsorg – en skiljedom om due diligence. Juridisk Tidskrift 2/2011-12, s. 299-312.

Blomqvist, Lars – Blummé, Nils – Simola, Anna-Maija: Due Diligence ja arvonmäärittäminen yrityskaupoissa. KHT-yhdistyksen palvelu Oy. Helsinki 1997.

Boman, Carol R: Environmental Due Diligence – How Much is Enough. GPSolo 26/2001, s. 26-29.

Calissendorff, Axel: Vendor due diligence - En ny typ av uppdrag ur advokatetiska och skadeståndsrättsliga perspektiv. Juridiska fakultaten i Stockholm 100 år - En minnesskrift. Juridiska fakultaten Stockholms universitet 2007.

Carlberg, Ander – Ollila, Jan: The International Comparative Legal Guide to: Mergers & Acquisitions 2009. Global Legal Group Ltd. Lontoo 2009.

Erola, Eero – Louto, Pentti: Riskit voimavaraksi – liiketoimintariskien hallinta yrityksessä. Oy Edita Ab. Helsinki 2000.

Eskola, Jari – Suoranta, Juha: Johdatus laadulliseen tutkimukseen. Osuuskunta Vastapaino. Tampere 2003.

Gorton, Lars: Due diligence – Garantier och undersökning vid olika avtalstyper. Juridiska Fakultaten vid Lunds universitetet. Distribution Studentlitteratur. Lund 2002.

Grayston, Clare – Schmitz, Winfried F. – Abbatescianni, Girolamo: Sale of Private and Public Companies by Auction. Association Internationale des Jeunes Avocats. Kluwer Law International Ltd. Lontoo 1996.

Halila, Heikki – Hemmo, Mika: Sopimustyytit. Talentum Media Oy. Helsinki 2008.

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus I. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1997.

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus II. Talentum. Helsinki 2003.

Hemmo, Mika: Oikeudellisen riskienhallinnan perusteita. Forum Iuris. Helsinki 2005. (Hemmo 2005 I)

Hemmo, Mika: Vahingonkorvausoikeus. WSOYpro. Helsinki 2005. (Hemmo 2005 II)

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus III. Talentum. Helsinki 2005. (Hemmo 2005 III)

Hirvonen, Ari: Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17. Helsinki 2011.

Hoffren, Mia: Kuntotarkastus, vastuunrajoitus ja ostajan tarkastusvelvollisuus – KKO 2009:31. Lakimies 7-8/2009, s. 1188-1195.

Hoppu, Kari: Palvelutalouden juridiset haasteet. Lakimies 7-8/2011, s. 1363-1375.

Husa, Jaakko: Johdatus oikeusvertailuun. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1998.

Husa, Jaakko – Mutanen, Anu – Pohjalainen, Teuvo: Kirjoitetaan juridiikkaa. Talentum Media Oy. Helsinki 2008.

Immonen, Raimo: Yritysjärjestelyt. Talentum Media Oy. Helsinki 2006.

Karhu, Juha: Muuttuvat olosuhteet ja sopimuksen sitovuus. Lakimies 7-8/2004, s. 1449-1463.

Kendall, Joe – Barrow, Pamela O. – Allenbaugh, Mark H.: The Diligence Due in the Era of Globalized Terrorism. The International Lawyer Vol. 36, No. 1/2002, s. 49-66.

Keskitalo, Petri: From Assumptions To The Risk Management. An analysis of risk management for changing circumstances in commercial contracts, especially in the Nordic countries. Kauppakaari Oyj. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2000.

Keskuskauppakamarin Yrityskauppala-autakunta: Suositus 12 - Due diligence -tarkastus kohdeyhtiössä. Helsinki 2006.

Kirveskari, Eeva: Kohtuullinen puhdistamisvastuu. Defensor Legis N:o 5/2009, s. 804-827.

Kraakman, Reinier – Armour, John – Davies, Paul – Hansmann, Henry – Hertig – Gerard – Hopt, Klaus J. – Kanda, Hideki – Rock, Edward B.: The anatomy of corporate law: A comparative and functional approach. Oxford University Press. USA 2006.

Kurkela, Matti – Ståhlberg, Kaarina: Due diligence yrityskaupassa ja osakkeenomistajan oikeus saada tietoja julkisesta osakeyhtiöstä. Defensor Legis 6/1997, s. 914-920.

Laine, Juhani: Eräs näkökohta osakeyhtiön johdon ja osakkeenomistajien kolmanteen kohdistuvasta vastuusta. Defensor Legis 2/2011, s. 163-176.

Laitinen Sari: Doing Business in the USA, Opas oikeudellisten riskien hallintaan Yhdysvalloissa. Talentum Media Oy. Helsinki 2007.

Lampi-Fagerholm, Elina – Forsbacka, Kristina: Lyhyempiä kirjoituksia – Joitakin eroavaisuuksia koskien pilaantuneen alueen puhdistamisvastuuta Suomessa ja Ruotsissa erityisesti yrityskauppoja ajatellen. Defensor Legis N:o 5/2005, s. 1140 -1145.

Laurila, Anna-Maarit: Teoksessa Business Law Forum 2012. Helsingin yliopiston yksityisoikeuden oppiainepoolin julkaisuja/Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2011.

Lindholm, Thomas – Hakoranta, Eeva: Myyjän virhevastuusta ja kaupan kohteen tarkastuksesta yrityskaupassa. Defensor Legis 1997:1, s. 75-92. (Lindholm & Hakoranta I)

Lindholm, Thomas – Hakoranta, Eeva: Vielä lisää myyjän virhevastuusta osakkeiden kaupassa. Defensor Legis 1997:4, s. 321-323. (Lindholm & Hakoranta II)

Mononen, Marko: Onko sopimusoikeudessamme yhtenäistä vastuuperustetta? Lakimies 7-8/2004, s. 1379-1397.

Mähönen, Jukka: Taloustiede lain tulkinnassa. Lakimies 1/2004, s. 49-64.

Mähönen, Jukka – Villa, Seppo: Osakeyhtiö I, Yleiset opit. WSOYpro. Porvoo 2006. (Mähönen & Villa 2006 I)

Mähönen, Jukka – Villa, Seppo: Osakeyhtiö III, Corporate Governance. WSOYpro. Porvoo 2006. (Mähönen & Villa 2006 II)

Mähönen, Jukka – Villa, Seppo: Osakeyhtiö IV: Osakeyhtiö ja verotus. WSOYpro. Porvoo 2009.

Mähönen, Jukka – Säiläkivi, Antti – Villa, Seppo: Osakeyhtiölaki käytännössä. WSOYpro. Porvoo 2006.

Mäkelä, Juha: Oikeuserehtys sopimusoikeudellisena ongelmana. Lakimies 4/2010, s. 656-659.

Mäntysaari, Petri: Kauppalaki ja osakkeiden myyjän vastuu yhtiön ominaisuuksista. Defensor Legis Vol. 74/1993, s. 663-688.

Mäntysaari, Petri: Oikeudelliset virheet osakkeiden kaupassa. Defensor Legis Vol. 75/1994, s. 589-608.

Mäntysaari, Petri: Lisää myyjän virhevastuusta osakkeiden kaupassa. Defensor Legis 3/1997, s. 314-320.

Mäntysaari, Petri: Verokonsultin vastuusta. Defensor Legis N:o 2/2000, s. 245 -273.

Norio-Timonen, Jaana: Toiselle aiheutettujen vahinkojen korvaaminen, vahingontorjunta ja moraalinen uhkapeli. *Lakimies* 6/2007, s. 807-829.

Norros, Olli: Asiantuntijan vastuu sivullista kohtaan. *Defensor Legis* 5/2007, s. 699-719.

Norros, Olli: Vahingonkorvaus asiantuntijapalveluissa. *Lakimies* 4/2008, s. 637-643.

Peltonen, Jukka: Asianajajan korvausvastuusta sekä sen laki- ja sopimusperusteisista rajoituksista. *Defensor Legis* N:o 1/2001, s. 4-30.

Perillo, Joseph M.: *Calamari and Perillo on Contracts*. West Group. 5 edition. St. Paul 2003.

Potter, Lee J. Jr.: Vendor Due Diligence: Could It Catch On Here? *Business Law Today*. 7/2011, s. 1-2.

Routamo, Eero – Ramberg, Jan: *Kauppalain kommentaari*. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1997.

Rudanko, Matti: *Kauppaoikeuden kehityssuuntauksia II. Kaupallisten oikeussuhteiden teoria*. *Lakimies*1/1998, s. 68-89.

Ruuskanen, Petri: *Verkostotalous ja luottamus*. Minerva kustannus. Helsinki 2003.

Saarnilehto, Ari: *Varallisuusosoikeuden kantavat periaatteet*. Werner Söderström Lakitieto Oy. Helsinki 2000.

Saarnilehto, Ari: *Velvollisuudesta reklamoida*. *Lakimies* 1/2010, s. 3-18.

Saarnilehto, Ari: *Yritys ja vastuu. Sopimuskumppanit, vastuunrajoitus ja tuotevastuu*. *Lakimies* 7-8/2011, s. 1393-1407.

Salonen, Aki: *Osakeyhtiön hallituksen jäsenen huolellisuusvelvollisuus*. Werner Söderström Lakitieto Oy. Helsinki 2000.

Savela, Ari: *Vahingonkorvaus osakeyhtiössä*. Keuruu 2006.

Siltala, Raimo: *Johdatus oikeusteoriaan*. Helsingin yliopisto. Helsinki 2001.

Simpson, Scott V: *The Emerging Rule of the Special Committee – Ensuring Business Judgment Rule Protection in the Context of Management leveraged Buyouts and Other*

Corporate Transactions Involving Conflicts of Interests. *The Business Lawyer* Vol. 43/1988, s. 665-690.

Schmitz, Winfried: Due Diligence for Corporate Acquisitions. Association Internationale des Jeunes Avocats. Lontoo 1996.

Ståhlberg, Pauli – Holappa, Miia – Kankaanpää, Liina: Lyhyempiä kirjoituksia. Sopimusvastuun soveltamisesta sopimussuhteen ulkopuolella. *Defensor Legis* N:o 4/2001, s. 750-756.

Taxell, Lars Erik: Köplagen: Några riktlinjer. Åbo Akademis Förlag. Turku 1991.

Tieva, Antti: Luottamus, lojaliteettivelvollisuus ja liike-elämän pitkäkestoiset sopimukset. *Defensor Legis* N:o 2/2006, s. 240-251.

Tieva, Antti: Sopimus – Sopimusneuvottelut – Sopimuksentekorikkomus – Vahingonkorvaus – Korvattava vahinko. *Defensor Legis* N:o 5/2009, s. 902

Toivanen, Antti: Law and Economics, mitä se on? *Lakimies* 6/2000, s. 960-969.

Virtanen, Jenny: Todistustaakan ja vastuunrajoitusehtojen merkityksestä sopimusvastuussa. *Defensor Legis* N:o 3/2005, s. 485-504.

Whalley, Michael – Semler, Franz-Jörg: International Business Acquisitions, Major Legal Issues and Due Diligence. Third Edition. Kluwer Law International. Alphen aan den Rijn 2007.

Wilhelmsson, Thomas: Vakiosopimus ja kohtuuttomat sopimusehdot. Talentum. Helsinki 2008.

Williamsson, Oliver E.: The Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics*. Vol. 22, No. 2 1979, s. 233-261.

Wist, Tarja – Oker-Blom, Max – Pöntynen, Inga: Due diligence med hänsyn till aktiebolags-, värdepappersmarknads- och konkurrensrättsliga aspekter. *Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland* 137 (2001), s. 426-451.

Wölfle, Andreas – Wilske, Stephan – Wilson, Kathryn: Mergers and Acquisitions in Europe Selected Issues and Jurisdictions. Toim. Dennis Campbell: The Comparative Law Yearbook of International Business. Special Issue 2011. Wolters Kluwer Law & Business. Kluwer Law International. Alphen aan den Rijn 2011.

VIRALLISLÄHTEET

Hallituksen esitys eduskunnalle kauppalaiksi HE 93/1986 vp. Antopäivä: 27.3.1987.

Hallituksen esitys eduskunnalle maakaareksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi HE 120/1994 vp. Antopäivä: 12.4.1995.

Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi HE 109/2005 vp. Antopäivä: 21.7.2006.

OHJEET

Suomen asianajajaliitto: Suomen asianajajaliiton säännöt (1959/191)

Suomen asianajajaliitto: Hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet (15.1.2009)

Suomen asianajajaliitto: Hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden kommentaari (31.1.2011)

Sveriges advokatsamfund: Vägledande regler om god advokatsed (28.8.2008, tarkistettu 11.12.2011)

Conceil des Barreaux de la Communauté Européenne: Code of Conduct -säännöt (17.2.2012)

INTERNET-LÄHTEET

Deloitte:14.6.2012_ http://www.deloitte.com/view/en_ZA/za/services/corporatefinance/financialduediligence/vendorduediligence/index.htm

KKO: Tiedote 17.1.2011 – ”Nordean katsottiin täyttäneen tiedonantovelvollisuutensa Selektia-säästöhenkivakuutuksen markkinoinnissa”. <http://www.kko.fi/53351.htm>

OIKEUSTAPAUKSET

SUOMI

KKO 1982 II 35

KKO 1983 II 91

KKO 1983 II 95

KKO 1992:44

KKO 1992:165

KKO 1993:130

KKO 1993:166

KKO 1995:71

KKO 1996:7

KKO 1999:32

KKO 1999:33

KKO 1999:48

KKO 1999:80

KKO 2001:17

KKO 2001:70

KKO 2001:128

KKO 2003:26

KKO 2003:81

KKO 2003:131

KKO 2005:14

KKO 2009:45

KKO 2011:15

RUOTSI

NJA 1923 s. 244

NJA 1977 s. 756

NJA 1987 s. 692

NJA 1988 s. 335

NJA 1991 s. 625

NJA 1994 s. 532

NJA 1994 s. 598

NJA 1997 s. 65

NJA 1998 s. 407

NJA 2001 s. 878

ENGLANTI

House of Lords: Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd [1964] AC 465

House of Lords: White v. Jones [1995] 2 AC s 207

YHDYSVALLAT

Laidlaw v. Organ 15 U.S. 178 (1817)

United Copper Securities Co. v. Amalgamated Copper Co., 244 U.S. 261 (1917)

Escott v. BarChris Construction Corporation (SD NY 1968)

Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984)

Smith v. Van Gorkom 488 A.2d 858 (Del. 1985)

Brehm v. Eisner, 746 A.2d 244 (Del. 2000)

Spivey v. Adaptive Marketing, 660 F. Supp. 2d (U.S. District Court, Illinois, 2009)

LAINSÄÄDÄNTÖ

AML = Arvopaperimarkkinalaki 495/1989

AAL = Asianajalaki 496/1958

EOYL = Vuoden 1978 osakeyhtiölaki 734/1978

JL = Jätelaki 1072/1993

KL = Kauppalaki 355/1987

KiintVälL = laki kiinteistöjen ja vuokrahuoneistojen välityksestä 2000/1074

KSL = Kuluttajansuojalaki 38/1978

MK = Maakaari 540/1995

OikTL = Laki varallisuusosoikeudellisista oikeustoimista 228/1929

OK = Oikeudenkäymiskaari, 4/1734

OYL = Osakeyhtiölaki 624/2006

TTL = Tilintarkastuslaki 936/1994

VahL = Vahingonkorvauslaki 412/1974

VakEdL = laki vakuutusedustuksesta 2005/570

VakSopL = Vakuutusopimuslaki 543/1994

VKL = Velkakirjalaki 622/1947

YmpVahL = Laki ympäristövahinkojen korvaamisesta 737/1994

YSL = Ympäristönsuojelulaki 86/2000

HAASTATTELUT

Kautinen, Kari, Vice President, M&A, Fortum Oyj. Espoo 12.1.2012

Virkajärvi, Seija, Senior Legal Counsel, Legal Affairs, Fortum Oyj. Espoo 12.1.2012

Paavilainen, Mika, Senior Legal Counsel, Head of M&A Competence, Fortum Oyj. Espoo
12.1.2012 & 22.3.2012

Karjalainen, Jani, Tax Manager, KPMG. Helsinki 26.4.2012

Sadinmaa, Erkki-Antti, Partner, Avance Attorneys. Helsinki 2.5.2012

N.N., Senior Legal Counsel, Suuri kansainvälinen konsulttitoimisto. Helsinki/Sveitsi
4.5.2012

Kahri, Antti, Partner, Roschier. Helsinki 8.5.2012

Partanen, Antti-Jussi, Senior Associate, Roschier. Helsinki 8.5.2012

Teräkivi, Tapio, Partner, Castrén & Snellman. Helsinki 10.5.2012

Björknäs, Lars, Senior Manager, Transaction Services, Deloitte. Helsinki 21.5.2012

Paasonen, Saija, Partner, KHT Transaction Services, Deloitte. Helsinki 21.5.2012

Carlberg, Anders, Partner, Dittmar & Indrenius. Helsinki 21.5.2012

Holz, Daniela, Assistant VP, Suuri kansainvälinen pankki. Helsinki/Lontoo 4.6.2012

LYHENTEET

CCBE = CONCEIL DES BARREAUX DE LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE (EUROOPAN ASIANAJAJALIITTOJEN NEUVOSTO)

DD = DUE DILIGENCE

E(V)DD = ENVIRONMENTAL (VENDOR) DUE DILIGENCE

F(V)DD = FINANCIAL (VENDOR) DUE DILIGENCE

HD = HÖGSTA DOMSTOLEN

KKO = KORKEIN OIKEUS

L(V)DD = LEGAL (VENDOR) DUE DILIGENCE

TCE = TRANSACTION COST ECONOMICS

VA = VENDOR ASSISTANCE

VDD = VENDOR DUE DILIGENCE

VRGA = VÄGLEDANDE REGLER OM GOD ADVOKATSED

1. JOHDANTO

1.1. Tutkimuksen tarkoitus ja tutkimusongelmat

Yrityskaupoissa on ostajan kannalta tärkeää selvittää huolellisesti kaupan kohteen ominaisuudet. Koska kyseessä on usein suuri ja monimutkainen kokonaisuus, voi tämän selvitystyön kattavuuden ja laajuuden määrittäminen olla haastavaa. Toisaalta on myös myyjän edun mukaista, että ostajalla on kohteen ominaisuuksista todenmukainen ja riittävä tieto. Näin vältetään turhilta epäselvyyksiltä ja jälkikäteen eteen tulevien vastuukysymysten selvittelyltä.

Due diligence (DD) on liike-elämässä vakiintunut termi, jolla tarkoitetaan suunnitellun yrityskaupan osapuolen suorittamaa yrityskaupan kohteen tarkastusta. Tämän työn tavoitteena on hahmottaa vastuun määräytymistä yrityskaupassa, jossa on suoritettu due diligence myyjän toimesta, eli niin sanottu *vendor due diligence (VDD)*. Erityisesti seuraavat kysymykset tulevat tarkasteltaviksi:

- Millaisia erityiskysymyksiä vendor due diligencen suorittamiseen liittyy?
- Miten vastuu määräytyy lain ja yleisten oikeudellisten periaatteiden valossa?
- Missä menevät kunkin osapuolen selonotto-, ja toisaalta tiedonanto- sekä täydentämisvelvollisuuksien rajat?
- Mitä seikkoja on erityisesti huomioitava, jotta yllättäviltä vastuukysymyksiltä välttyttäisiin ja vastuun rajat olisi määritelty mahdollisimman selkeästi?
- Kuinka todennäköistä on riitatilanteeseen joutuminen vendor due diligencen suorittamiseen liittyen?

1.2. Tutkimuksen rakenne ja aiheen rajaaminen

Tutkielman toisessa kappaleessa käsitellään ensin due diligence -tarkastusta yleisesti. Tämän jälkeen käydään läpi eräitä due diligencen tyypillisimpiä lajeja, joita ovat business, financial, legal, ja environmental due diligence. Perinteistä due diligenceä verrataan sittemmin myyjän teettämään due diligenceen, eli vendor due diligenceen. Huomioon otetaan vendor due diligencen erityispiirteet sekä näiden mahdollinen vaikutus

yrityskaupan osapuolten vastuisiin. Kappaleessa tarkastellaan myös syitä vendor due diligenceen yleistymiselle, ja toisaalta sille, miksei vendor due diligence ole saavuttanut samanlaista jalansijaa Yhdysvalloissa kuin Euroopassa.

Kolmannessa kappaleessa vastuuseen liittyviä seikkoja käsitellään yhtiöoikeudelliselta kannalta, hahmottaen erityisesti sitä, mitkä yhtiöoikeudelliset säännökset ja periaatteet, sekä oikeustaloustieteelliset teoriat soveltuvat vastuukysymysten tarkasteluun. Päämies-agenttiteoria, liiketoimintapäätösperiaate sekä fidusiaariset velvollisuudet luovat pohjaa erityisesti myyjän vastuuposition rakentumiselle. Myös osakeyhtiölain mukaiset vahingonkorvaussäännökset käydään tässä yhteydessä läpi. Tiedonsaanti on merkittävässä roolissa yrityskauppatilanteessa. Kappaleessa kolme tarkastellaankin myyjäyrityksen johdon asemaa ja tiedonantovelvollisuuksia erityisesti yhtiöoikeuden näkökulmasta.

Neljännessä kappaleessa lähestytään käytäntöä käsittelemällä vastuuta erityisesti sopimusoikeudelliselta kannalta. Tarkastelun pääosassa on se, miten vastuu määräytyy sopimusoikeudellisten ja vahingonkorvausoikeudellisten säännösten ja periaatteiden valossa. Sopimusoikeudellisesti tärkeimpiä ja aihealueen kannalta olennaisimpia periaatteita käsitellään vastuunjaon näkökulmasta käsin. Tämän jälkeen tarkastellaan sopimuksen ulkoisen vahingonkorvausvastuun mahdollisuutta, sekä kauppalain mukaisia virhevastuusäännöksiä.

Viidennessä kappaleessa tarkastellaan vastuuta konkreettisemmin jokaisen vendor due diligenceen osallistuvan tai siitä hyötyvän eli myyjän, ostajan, sekä raportin laatijan osalta. Vastuuta käsitellään jokaisen osapuolen kannalta erityisesti heihin kohdistuvien erityisodotusten tai vastuuriskien näkökulmasta. Erityinen asema on lojaliteettiperiaatteella. Tämän periaatteen merkitystä tarkastellaankin kappaleessa kaikkien yrityskaupan osapuolten toimintaa ohjaavana tekijänä. Laajemmalti käsitellään myös myyjän vastuuta ostajaehdokkaita kohtaan, sekä kysymystä asiantuntijan vastuusta kolmatta kohtaan. Oikeustila on monen kysymyksen, muun muassa kolmanteen kohdistuvan vastuun osalta epäselvä. Kuvaa pyritään selkeyttämään erityisesti aihepiiriin liittyvien oikeustapausten avulla.

Kuudennessa kappaleessa aiemmassa vaiheessa esiin tulleita kysymyksiä käydään läpi käytännön, eli pääasiassa haastatteluissa esiin tulleiden tietojen ja ajatusten kautta. Haastatteluissa kerätyistä tiedoista pyritään tekemään yleistäviä johtopäätöksiä muun muassa siitä, millaista vendor due diligencen käyttö on ollut viimeisten kymmenen vuoden aikana Suomessa, miten asiantuntijat suhtautuvat siihen käytännön työkaluna, mitä erityisiä vastuukysymyksiä sen käyttöön liittyy, ja millaiset ovat vendor due diligencen tulevaisuuden näkymät. Viimeisessä kappaleessa esitetään johtopäätökset ja kootaan yhteen työssä esiin tulleet olennaisimmat seikat.

Koska kyseessä on pro gradu -työ, esityksen suppeuden vuoksi tutkimuksessa ei ole mahdollisuutta perehtyä tarkasti yksittäisen due diligence -lajin ongelmiin, vaan tarkastelu tapahtuu pääasiassa yleisellä tasolla. Tutkimuksen ulkopuolelle jäävät myös syvemmin erityislainsäädäntöjen alaan kuuluvat kysymykset, kuten tarkastelu arvopaperimarkkinaoikeuden tai vero-oikeuden näkökulmasta. Koska tarkoituksena on nimenomaan tarkastella vendor due diligencen liittyviä vastuukysymyksiä, myös yrityskauppaan yleisemmin liittyvien riskien tarkastelu on suurelta osin rajattu työn ulkopuolelle.

Tutkimuksen käytännön näkökulma painottuu vahvasti vendor due diligence -raportin tilaajan ja laatijan näkemyksiin. Samasta syystä ostajan näkökulma jää tässä yhteydessä suunnitellusti hieman pienempään rooliin.

1.3. Tutkimuksessa käytetyt metodit ja lähteet

1.3.1. Yleisesti metodeista ja lähteistä

Tämä tutkimus on jaettu oikeuskirjallisuuden ja oikeustapausten pohjalta laadittuun teoreettisempaan osaan (kappaleet 2-5) sekä käytännön näkökulmia käsittelevään empiriaosaan (kappale 6). Työn pääasiallisena toteuttamistapana on tutkia due diligence- ja vendor due diligence -tarkastusten merkitystä oikeuskirjallisuuden ja lainsäädännön valossa. Tämän lisäksi teoriaosuudessa saavutettuja tuloksia täydennetään käytännön kokemuksista, eli haastatteluista ja tarkastusasiakirjoista saatavilla tiedoilla. Käytetyt metodit ovat lainoppi eli oikeusdogmatiikka, oikeusvertailu ja oikeustaloustieteellinen

metodi. Lisäksi on käytetty haastattelututkimusta empiirisenä metodina yhteiskuntatieteellisten käytänteiden mukaisesti.

1.3.2. Lainoppi eli oikeusdogmatiikka

Oikeustieteen perinteinen ydinalue on ollut lainoppi eli oikeusdogmatiikka, jonka tutkimuskohteena on voimassaoleva oikeus. Vastaus oikeuden olemusopilliseen kysymykseen siitä, mitä oikeus on, kuuluu seuraavasti: *”Oikeus on voimassaoleva eli pätevä ja velvoittava oikeus”*. Lainopin tutkimuskohteena on normien maailma eli pitämisen maailma. Sen tuottama tieto normien todellisuudesta on luonteeltaan normatiivista tietoa eli tieteellistä tietoa oikeusnormeista. Lainopilla on perinteisesti ollut kaksi tehtävää: tulkinta ja systematisointi.¹ Tulkintaa, eli oikeussääntöjen sisällön selvittämistä voi myös nimittää lainopin praktiseksi, ja systematisointia teoreettiseksi ulottuvuudeksi.²

Lainopin keskeisimpänä tutkimusongelmana on selvittää mikä on voimassa olevan oikeuden sisältö kulloinkin käsiteltävässä oikeusongelmassa. Lainoppi pyrkii antamaan vastauksen kysymykseen, kuinka aktuaalisessa tilanteessa pitäisi toimia voimassa olevan oikeuden mukaan. Lainopin tärkein tehtävä johtuu oikeusjärjestyksen sisältöä koskevasta epätietoisuudesta. Systematisointi taas on voimassa olevan oikeuden jäsentämistä. Systematisoinnin avulla lainoppi pyrkii luomaan ja kehittämään oikeudellista käsitejärjestelmää, jonka varassa oikeutta tulkitaan.³

Olennaista on lainopin kulloinenkin valmius vastata oikeusyhteisössä tai laajemmin kansalaisyhteiskunnassa esitettävään kysymykseen: Miksi näin? Siitä seuraa, että lainopin on tuotettava perusteltuja kannanottoja oikeusjärjestyksen sisällöstä. Vain sillä keinoin oikeusyhteisö saa vastauksen miksi-kysymyksiin, koska ainoastaan siten on mahdollista kontrolloida, ettei lainopin kanta ole pelkkä mielipide tai mielivaltainen, tuulesta temmattu päähänpinttymä. Tältä kannalta ei ole erityisen kiinnostavaa myöskään se, ovatko lainopissa muodostetut kannat ainoita oikeita, mutta on ensiarvoisen tärkeää

¹ Hirvonen 2011, s. 21-22

² Aarnio, 1997, s. 37

³ Husa et al. 2008, s. 20

osata arvioida, onko ne perusteltu parhaalla mahdollisella tavalla, kaikki asianhaarat huomioon ottaen.⁴

Tässä työssä tarkastellaan vastuukysymyksiä erityisesti yhtiöoikeudellisesta ja sopimusoikeudellisesta näkökulmasta. Oikeuskäytännön avulla pyritään selvittämään oikeuden kehitystä asiantuntijapalvelun käyttöön ja suorittamiseen liittyvien vastuukysymysten osalta, sekä hahmottamaan kehityksen suuntaa jatkossa.

1.3.3. Oikeusvertailu

Vertaileva oikeustiede tarkastelee vähintään kahden maan oikeusjärjestyksiin kuuluvia oikeussääntöjä ja oikeudellisia ilmiöitä suhteessa toisiinsa. Oikeusvertailu on usein avustavana tukielementtinä oikeushistoriallisissa ja lainopillisissa tutkimuksissa, vaikka se voi toimia myös täysin itsenäisenä oikeustieteen haarana. Oikeusvertailu on erityisen lähellä oikeushistoriaa, sillä molemmat tutkimushaarat pyrkivät ymmärtämään ja selittämään oikeuden ja yhteiskunnan välistä suhdetta: Mitkä tekijät selittävät erilaisten/samanlaisten oikeudellisten ratkaisutapojen omaksumisen erilaisissa kulttuureissa? Vertailevaa oikeustiedettä voidaan harjoittaa lainopillisin painotuksin. Tällöin mielenkiinnon kohteena on jokin oikeussääntö ja tehtävä on selvittää, miten sen koskema asia on säännelty muissa oikeusjärjestyksissä.⁵

Oikeusvertailun tekeminen on haastavaa erityisesti oikeuskulttuurien historiassa kehittyneiden eroavaisuuksien vuoksi. Syvällisemmällä tasolla on kyse oikeudellisen aateilmaston ja käsitteiden sekä oikeusinstituutioiden erilaisesta hahmotustavasta.⁶

Tässä tutkimuksessa pääasiallisiksi vertailumaiksi on valittu Yhdysvallat ja Ruotsi. Ruotsin lainsäädäntö on hyvin pitkälti oman lainsäädäntömme kaltainen. Ruotsissa on kuitenkin kertynyt Suomea enemmän oikeuskäytäntöä tutkimuksessa käsiteltyjä aihealueita koskien. Yleinen näkemys on myös että erityisesti liike-elämän ja -juridiikan alalla tietyt trendit ja käytännöt saavuttavat Ruotsin ensin. Tästä syystä Ruotsin oikeuskäytännön

⁴ Aarnio, 1997, s. 49

⁵ Husa et al. 2008, s. 23-24

⁶ Husa 1998, s. 107

tarkastelu on erityisen mielekästä, kun halutaan muodostaa kokonaiskuva tilanteesta Suomessa ja tulevasta oikeuskehityksestä.

Yhdysvalloissa due diligencen rooli on korostuneen tärkeä yrityskaupoissa. Maassa on myös pitkälle historiaan ulottuvaa oikeuskäytäntöä liittyen huolellisuuden, selonottovelvollisuuden ja luottamuksen merkitykseen. Lisäksi vertailukohtana Yhdysvallat on mielenkiintoinen, koska liiketoimintaympäristö ja siihen sovellettava oikeudellinen sääntely eroavat merkittävästi omastamme. Sellaisen vendor due diligencen käyttö, jossa lopulliselle ostajalle annetaan reliance, eli oikeus luottaa raporttiin, on Yhdysvalloissa harvinaista. Tältä kannalta on kiinnostavaa huomata taustalla vaikuttavat syyt esimerkiksi huolellisuusvaatimuksen erilaiselle tasolle Yhdysvalloissa ja Suomessa, tai yleisemminkin Euroopassa.

1.3.4. Oikeustaloustiede eli Law and Economics-suuntaus

Oikeustaloustiede, tai oikeuden taloudellinen analyysi, voi olla tyypiltään kahdenlaista. Oikeudellisen sääntelyn teoriassa on kyse de lege ferenda -tutkimuksesta, jossa lähtökohtana on oikeudellinen sääntely, joka toteuttaa parhaalla mahdollisella tavalla taloudellista tehokkuutta.⁷

Taloustieteellisillä perusteilla voidaan osoittaa, millainen oikeudellisen sääntelyn tulisi olla, jotta se ohjaisi yksilöitä tai yrityksiä sellaiseen käyttäytymiseen, joka on taloudellisessa mielessä tehokasta. Toiseksi oikeuden taloudellinen analyysi voi tarkoittaa oikeuden tuomarin ratkaisuharkintaan sovellettuna oikeussääntöjen tulkinnan ja toteutuneiden viranomaiskäytäntöjen arvioimista siltä kannalta, miten hyvin ne toteuttavat taloudellisen kustannustehokkuuden kriteeriä.⁸

Oikeustaloustieteen asema on vakiintunut osaksi suomalaista oikeustutkimusta. Pääpaino on ollut toistaiseksi de lege ferenda -tyyppisessä tutkimuksessa. Oikeustaloustieteellisen argumentaation rooli tulkinnassa on jäänyt vähemmälle huomiolle. Taloustieteellisen

⁷ Siltala, 2001, s. 131

⁸ Siltala, 2001, s. 131-132

argumentaation mahdollisuuksiin tulkinnassa on suhtauduttu varauksellisesti erityisesti oikeustieteilijöiden omassa piirissä, jopa varauksellisemmin kuin sen ulkopuolella.⁹

Syynä varauksellisuuteen on ollut pitäytyminen perinteisessä normatiivisessa laintulkintaopissa, jolloin taloudellinen argumentaatio on pelkistetty lähinnä reaalisiksi argumenteiksi, joiden rooli on jäänyt väistämättä sekundääriseksi.¹⁰ Viime vuosina oikeustaloustieteellisen tutkimuksen rooli ja merkitys myös tulkinnan välineenä on ollut nousussa.

Yhteenvedollisesti voitaneen sanoa, että oppisuunnan tarkoituksena on tutkia oikeudellisia ilmiöitä vuorovaikutussuhteessa taloustieteiden kanssa siten, että taloustieteellisillä argumenteilla olisi painavampi asema reaalisena argumenttina kuin vallitsevaksi katsotussa käytännössä.¹¹

Tässä työssä oikeustaloustieteellistä teoriaa edustavat erityisesti päämies-agenttiteoria sekä liiketoimintapäätösperiaate. Informaation ja luottamuksen merkitystä sivutaan myös oikeustaloustieteellisestä näkökulmasta. Näihin teorioihin palataan tarkemmin luvussa kolme.

1.3.5. Haastattelututkimus

Haastattelu on monessa tapauksessa käyttökelpoinen tiedonhankintatapa, jolla voidaan täydentää kirjallisista aineistoista saatavaa tietoa. Haastattelussa tutkimuseettisten sääntöjen noudattamisen merkitys nousee esille korostuneemmin kuin lähdekirjallisuutta käytettäessä. Ulkopuolisen on jälkikäteen vaikea kontrolloida haastattelutietoa. Luotettavin tapa tehdä haastattelu on menetelmä, jossa haastateltavalle annetaan kysymykset ennalta ja vastaukset saadaan kirjallisina.¹² Haastattelun määritelmät ovat kuitenkin laventuneet suuresti viime vuosina. Perinteisestä kysymys-vastaus-

⁹ Mähönen 2004, s. 49

¹⁰ Mähönen 2004, s. 49

¹¹ Toivanen 2000, s. 961

¹² Husa et al. 2008, s. 91-92

haastattelusta on yhä enemmän siirrytty keskustelunomaisempiin haastattelutyyppeihin.¹³

Tässä tutkimuksessa empiriaosuuden rakentaminen lähtee hyvin käytännönläheisistä kysymyksistä ja haastattelut onkin toteutettu keskustelulähtöisesti. Pääsääntöisesti haastateltaville on esitetty samankaltaisia kysymyksiä aihepiiriin liittyen, mutta kysymyksiä on myös modifioitu haastateltavien erityisasiantuntemukseen ja tehtäväkenttään liittyen. Haastattelujen päätarkoitus on ollut saada yleiskäsitys siitä, miten eri toimijat kokevat vendor due diligencen käytön, mitä näkemyksiä heillä on riski- ja vastuujatteluun liittyen, sekä millaiselta tämän työkalun käytön kehitys vaikuttaa. Tuloksissa heijastuu myös haastattelujen keskustelunomainen luonne.

Tarkoituksena ei siis ole tuottaa faktatietoa vendor due diligence -tarkastuksesta, vaan nimenomaisesti luoda yleiskäsitystä työkalun käytöstä ja siihen liittyvistä erityiskysymyksistä. Näin haastattelut onkin toteutettu niin sanottuina teemahaastatteluina, joissa haastattelujen aihepiirit, teema-alueet, on etukäteen määritetty. Menetelmästä puuttuu strukturoidulle haastattelulle tyypillinen kysymysten tarkka muoto ja järjestys. Tässä haastattelumuodossa haastattelija varmistaa, että kaikki etukäteen päätetyt teema-alueet käydään haastateltavan kanssa läpi, mutta niiden järjestys ja laajuus vaihtelevat haastattelusta toiseen.¹⁴ Tarkemmin haastattelujen tuloksia tarkastellaan luvussa kuusi.

¹³ Eskola & Suoranta 2003, s. 85

¹⁴ Eskola & Suoranta 2003, s. 86

2. DUE DILIGENCE YRITYSKAUPAN YHTEYDESSÄ

2.1. Due diligencen taustasta ja tarkoituksesta

Due diligencen yleisyys vaihtelee eri maissa ja oikeuskulttuureissa. Yleensä lainmukaista velvollisuutta sen suorittamiseen ei ole, mutta se on suositeltavaa. Yhdysvalloissa due diligence muodostaa osan lakimiesten huolellisuusvelvollisuutta yrityskaupoissa ja se on vaatimuksena osakkeiden rekisteröinnille. Kanadassa taas mikäli asianajaja ei yrityskaupan yhteydessä edes tuo due diligencen mahdollisuutta esiin, hänen voidaan katsoa syyllistyneen sopimusrikkomukseen tai laiminlyöntiin.¹⁵

Jo pitkään, ensin *common law* -maissa - ja nykyään myös muualla - due diligence on ollut vakiintunut osa yrityskauppoja, eikä sen tarpeellisuutta juurikaan kyseenalaisteta. Haastavampaa on sen sijaan määrittää se, kuinka laaja tarkastuksen tulisi olla. Tarkastuksen laajuus vaikuttaa olennaisesti myös mahdollisesti myöhäisemmässä vaiheessa ilmenevien vastuukysymysten selvittelyyn.

Olennainen kysymys onkin, mikä on riittävä huolellisuuden taso? Yhdysvaltojen arvopaperimarkkinalain (Securities Act, Section 12) mukaan kaikki, jotka tarjoavat tai myyvät osakkeita esitteen avulla, ovat vastuussa siitä, ettei esitetty tieto ole väärää, puutteellista tai harhaanjohtavaa. Jos voidaan osoittaa, että huolellisista selvityksistä (*the exercise of reasonable care*) huolimatta myyjä ei ole ollut tietoinen tietojen virheellisyydestä tai puutteellisuudesta, voi tämä välttyä vastuulta. Käytännössä puhutaan niin sanotusta due diligence-puolustuksesta (*due diligence defence*). Vastuulta voidaan välttyä, mikäli myyjä pystyy osoittamaan, ettei ole tullut tietoiseksi esitteen virheellisyyksistä tai puutteellisuuksista, vaikka riittävän kattava ja huolellinen due diligence -tutkimus on suoritettu.¹⁶

Securities Act:in (Section 11 c) mukaan tutkimuksen (*reasonable investigation*) riittävyttä harkittaessa arvioidaan, miten sen olisi suorittanut varovainen henkilö, joka hallitsee itseään ja omaisuuttaan (*"a prudent man in the management of his own property"*). Vaikka Yhdysvalloissa ei ole mitään vakiintunutta määritelmää huolellisuuden

¹⁵ Schmitz 1996, s.5

¹⁶ Wist et al. s. 426

mittapuusta, yleisesti kuitenkin katsotaan, että johtajilla täytyy olla riittävästi tietoa aiotusta toimenpiteestä. The Model Business Corporation Act -mallisäännöksessä ”*duty of care*” -toimintastandardin määrittämisessä on käytetty termiä ”*ordinary prudent person*”. Tämä on henkilö, jota pidetään ns. perusjohtajana ja jonka odotetaan käyttävän tervettä järkeä. Hänellä on perustiedot oman yrityksensä toimialan liiketoiminnasta ja hän tiedostaa toiminnan perimmäisen tarkoituksen, eli voiton tuottamisen. Hänellä on pelkän omaisuuden hoidon ja säilyttämisen sijasta kyky tehdä strategisia liiketoiminnan linjanvetoja.¹⁷

Due diligencen kohtuullinen taso on Yhdysvalloissa määritelty oikeuskäytännön kautta. Due diligencen riittävyttä koskeva merkittävä oikeustapaus on *Escott v. BarChris Construction Corporation*, jossa on määritelty asiantuntijoiden ja erityisesti asianajajien korvausvastuun rajoja.¹⁸

Yleisen due diligence -periaatteen mukaan hallituksen jäsenten ja toimitusjohtajan kannalta on tärkeää, että voidaan jälkeinpäin kiistatta todeta vastuullisten henkilöiden toimineen vilpittömin mielin ja parhaan kykynsä mukaisesti. Due diligence -periaate edellyttää, että riittäviin toimenpiteisiin on ryhdytty vahinkojen estämiseksi ja niiden vaikutusten minimoimiseksi. Periaatteen mukainen toiminta edellyttää, että riskienhallinnassa edetään systemaattisesti. Due diligence -periaatteen hengessä riskienhallinnan keskeisiä seikkoja ovat toimenpiteiden kattavuus, systemaattisuus, oleellisuus, jatkuvuus, asiantuntevuus, jäljitettävyyys ja dokumentointi.¹⁹ Johdon vastuuta käsitellään jatkossa tarkemmin kappaleessa kolme.

Muun muassa yrityksen toimialasta ja koosta riippuen voivat due diligencen eri osa-alueet painottua tarkastuksessa eri tavalla. Esimerkiksi suurissa yrityksissä kilpailuoikeudelliset näkökannat voivat nousta erityisen tärkeiksi. Kilpailuoikeudelliset olot arvioidaan tyypillisesti markkinaosuuksien ja markkinoiden keskittymisen kannalta. Muita olennaisia asioita ovat esimerkiksi uusien toimijoiden alalletulon mahdollisuudet ja toisaalta asiakkaiden todelliset valinnanmahdollisuudet.²⁰

¹⁷ Salonen 2000, s. 65-66

¹⁸ 283 F. Supp. 643 (S.D.N.Y. 1968)

¹⁹ Erola & Luoto 2000, s. 43

²⁰ Amato & Pollard 2011, s. 207

Due diligencen painotukset vaihtelevat myös alueellisesti. Yhtiön toiminta-alue määrittelee pitkälti sen liiketoimintaan kohdistuvia riskejä. Globalisaatio ja liiketoiminnan kansainvälistyminen tuovat tarkasteluun uusia mahdollisuuksia ja riskejä. Globalisaatio näkyy erityisesti teknisenä kehityksenä liittyen tietotekniikkaan, kansainväliseen viestintään ja kuljetuspalveluihin. Valtiot ovat siirtyneet protektionistisesta kauppapolitiikastaan kansainvälisempään suuntaan, madaltaneet raja-aitojaan ja näin mahdollistaneet kansainvälisen kaupan.

Kansainvälistyminen voi tuoda mukanaan myös riskin rikollisuudesta tai jopa terrorismista. Samat mekanismit, jotka mahdollistavat kansainvälisen kaupan, myös altistavat yritykset näille uhkille. Kendall et al.:n²¹ mukaan terrorismi on ”globalisaation pimeä puoli”. Erityisen painottunut terrorismiriski on amerikkalaisille yrityksille, mutta voi koskettaa myös suomalaisyrityksiä, jotka toimivat epävakaisissa maissa tai muuten riskialttiissa ympäristössä. Olennaista näiden riskien hallinnassa on huomioida, että vastuu voi laajentua myös odottamattomasti. Esimerkiksi Yhdysvalloissa yritys voi joutua rikosoikeudelliseen vastuuseen myös agenttiensa toimista. Näitä ovat erilaiset yhtiöt, mutta myös voittoa tavoittelemattomat yhteisöt, kuten partnershipit, eläkevakuutusyhtiöt ja -rahastot, tai jopa kunnat.²²

Erytyisesti rajat ylittävissä yrityskaupoissa tulisi ottaa huomioon myös kulttuurierojen merkitys. Yrityskaupan osapuolten tulisi suhtautua sopimukseen kulttuurisella ymmärryksellä ja laskea lisääntymään kulttuurillisten ja lainsäädännöllisten erojen selvittämiseen. Käytännössä tällaiset selvitykset ja järjestelyt aiheutuvat esimerkiksi oikeusjärjestysten eroista ja käännoistöiden tarpeesta. Niin sanottujen pehmeiden seikkojen due diligencen - kuten kulttuurisen yhteensopivuuden, johtamistaitojen ja asiakassuhteiden tutkimisen - merkitystä ei tulisi väheksyä.²³

²¹ Kendall et al. 2002, s. 50

²² Kendall et al. 2002, s. 50

²³ Wölfler et al. 2011, s. 29

2.2. Due diligencen osa-alueet

2.2.1. Yleisesti

Due diligence voidaan jakaa osa-alueisiin sen perusteella, mihin seikkoihin tarkastus perustuu. Tyypillisimpiä ovat liiketoimintaympäristön olosuhteita selvittävä business due diligence, talouden lukuihin keskittyvä financial due diligence, oikeudellinen, eli legal due diligence, teknisten asioiden technical due diligence, sekä ympäristöasioita kartoittava environmental due diligence. Seuraavassa käsitellään eräitä olennaisimpia kysymyksiä liittyen erilaisiin due diligence -lajeihin.

2.2.2. Business due diligence

Liiketoiminnan olosuhteiden selvittäminen annetaan usein ostajayrityksen johtohenkilöiden ja business controllereiden tehtäväksi. Haastattelujen sekä markkinatutkimusten ja -katsausten suorittamiseen käytetään yleensä liikkeenjohdon konsultteja. Tärkeimpiä asiakkaita ja toimittajia haastatellaan ja kuullaan. Valittujen strategioiden menestymismahdollisuuksia punnitaan.²⁴

Tämä osa-alue on yrityskaupan onnistumisen kannalta keskeisellä sijalla. On ratkaisevan tärkeää, että ostettava yritys vastaa niitä strategisia ja kaupallisia tavoitteita, joita ostajalla kauppiaan nähden on. Perussyyt yrityskauppojen epäonnistumisiin löytyvät yleensä tältä sektorilta. Lisäksi strategisiin, kaupallisiin, teknisiin ja organisatorisiin kysymyksiin liittyviä puutteita on vaikea korvata kauppakirjaan otettavilla myyjän vakuutuksilla ja takuilla.²⁵

Ostajatahon asettamien ostokriteerien merkitystä on korostettava due diligence -prosessissa. Painotukset tulevat ensisijaisesti näistä eli oleellisuuskriteerit määräytyvät ostajan asettamien arvojen perusteella. Kun ostettavaa liiketoimintaa tai yritystä analysoidaan, etsitään riskejä, jotka saattavat tyypillisesti toteutua tai esiintyä ao. toimialalla; näiden riskien huomioon ottamiseksi on käytetty eri menetelmiä. On

²⁴ Blomqvist et al. 1997, s. 21

²⁵ Blomqvist et al. 1997, s. 21

huomattava, että ostokohteessa havaitut riskit saattavat kertaantua, jos ne esiintyvät samanaikaisesti. Riskien analysointi auttaa asettamaan ne oikeaan perspektiiviin ostajatahon kriteerien ja arvojen mukaisesti.²⁶

2.2.3. *Financial due diligence*

Financial due diligence tyypillisimmin kattaa tilinpäätöstiedot sekä laskentatoimen tason kohdeyrityksessä. Tavallista on kytkeä niin sanottu tax due diligence -tutkimus, eli verotukseen liittyvien asioiden läpikäynti osaksi financial due diligence -tutkimusta. Osittain verot sisältyvät myös legal due diligence -tutkimuksiin. Samoin budjetointi- ja suunnittelujärjestelmät sisältyvät financial due diligence -tutkimukseen kuten myös tulos- ja muut ennusteet.²⁷

Financial due diligence on siis suppeasti määriteltynä käsitetty taloudellisen informaation läpikäynniksi. Tosin numeroiden takaa löytyvät usein riskialueet ja kauppahintaan vaikuttavat seikat. Taloudelliset analyysit teetetään useimmiten tilintarkastajilla. Näiden analyysien laajuus ja syvyys vaihtelevat tapauskohtaisesti. Käytännön neuvottelutilanteessa paljon keskustelua aiheuttavat varojen arvostus, taseen ulkopuoliset vastuut ja verotus. Vaikka ostaja voikin sopimusteitse rajata vastuutaan vanhan omistuksen aikana syntyneistä vastuista, käydään kaikki tase-erät läpi due diligencessa. Taloudellinen analyysi aloitetaan aineiston keruulla, jolloin ensiksi määritellään, kuinka paljon historiallista tietoa kerätään. Yleisimmin hankitaan tiedot kolmelta viimeisimmältä tilikaudelta ja viimeinen välitilinpäätös vertailutietoineen. Joissakin tapauksissa hankitaan viiden vuoden tiedot. Virallisen tilinpäätös- ja kirjanpitoaineiston lisäksi analyysin apuna voivat olla mahdolliset listalleotto- ja tarjousesitteet sekä viranomaisraportointi. Kohdeyrityksen strategia, budjetti ja business plan ovat avuksi analysoinnissa.²⁸

²⁶ Blomqvist et al. 1997, s. 22

²⁷ Blomqvist et al. 1997, s. 23

²⁸ Blomqvist et al. 1997, s. 61-62

2.2.4. Legal due diligence

Oikeudellisen eli legal due diligencen suorittavat yleensä juridiset asiantuntijat. Tutkimuksen suorittajana toimii usein suurehko asianajotoimisto, jolla on asettaa tarvittavat resurssit ostajayhtiön käyttöön. Heillä on myös kokemusta vastaavista toimeksiannoista ja vertailuaineistoa käytössään esimerkiksi benchmark-mielessä. Riskien kartoituksessa he keskittyvät yleensä niihin vastuuasioihin, jotka eivät ilmene taseesta tai sen liitteistä. Tilintarkastajien ja lakimiesten välinen yhteistyö due diligence -tutkimuksissa on erityisen tärkeää, jotta riskit tulisivat monipuolisesti selvitettyiksi ja jotta välttyttäisiin päällekkäiseltä työltä.²⁹

Tarkastus koskee muun muassa seuraavia asioita: voimassaolevat sopimukset, yhtiö, yhtiöjärjestys, rekisteröinti, yhtiösuhteet, vakuutukset, nykyiset tai odotettavissa olevat riidat, ympäristövastuut ja niiden lainmukaisuus, työvoima, eläke- ja palkka-asiat, immateriaalioikeudet, kuten patentit, tavaramerkit ja rekisteröidyt toiminimet, sekä kilpailuoikeudelliset asiat. Legal due diligence on yleensä hyvin laaja mitä tulee yrityksen vastuisiin ja sopimuksiin sekä näihin liittyviin riskeihin.³⁰

Yhtiön perustietojen etsimisessä käytetään apuna yhtiöjärjestystä, kaupparekisterimerkintöjä, osake- ja osakasrekistereitä sekä mahdollisia osakassopimuksia. Lisäksi selvitetään kohdistuuko osakkeisiin joitain vaihdannanrajoituksia tai pantteja vastuiden vakuudeksi.³¹

Sopimuksista tulisi selvittää niiden merkittävimmät ehdot, kuten kesto, irtisanomis- ja uusimisehdot sekä mahdolliset yrityskauppatilanteita koskevat omistajanvaihdos- tai kilpailukieltolausekkeet. Näiden lisäksi tulisi tarkastaa sopimusten vähimmäis- ja enimmäisostomäärät, ja palvelusopimusten osalta tarjottavan palvelun vähimmäisehdot. Myös suulliset sopimukset, mikäli sellaisia on, tulee luonnollisesti saada tarkastettua.³² Yhtiön henkilökunnan osalta oikeudellisessa due diligence -tarkastuksessa selvitetään esimerkiksi kohdeyhtiön organisaatorakenne, työntekijämäärät, työsopimukset, kannustinjärjestelmät ja kartoitetaan yhtiön avainhenkilöt.

²⁹ Blomqvist et al 1997, s. 22-23

³⁰ Gorton 2002, s. 33

³¹ Bäck et al. 2009, s. 92

³² Bäck et al. 2009, s. 93

Kohdeyhtiön tavaramerkit, patentit, mallisuoja, toiminimet ja internetin verkkotunnukset saattavat olla erityisen tärkeitä tämän harjoittamalle liiketoiminnalle. Immateriaalioikeuksien merkitys liiketoiminnassa on viime vuosikymmeninä jatkuvasti kasvanut.³³ Immateriaalioikeuksien selvittämiseen käytetään apuna Patentti- ja rekisterihallituksen ylläpitämiä rekistereitä. Mikäli yrityksellä on immateriaalioikeuksia, tulee tarkastuksessa varmistaa niihin liittyvien sopimusten ja lupien voimassaolo sekä näiden tärkeimmät ehdot.³⁴ Immateriaalioikeuksien arvostaminen on vaikeaa, koska ei ole olemassa yhtä objektiivisesti oikeaa arvoa. On vain arvoja, jotka ovat enemmän tai vähemmän perusteltuja.³⁵

Muita tarkastettavia asioita ovat esimerkiksi viranomais- ja lupa-asiat, yhtiön vakuutukset, sekä kilpailua rajoittavat sitoumukset ja jäsenyydet erilaisissa etuyhteisöissä, markkinointitutkimukset, aiemmin suoritettujen yritystutkimusten perusteella laaditut raportit ja muut selvitykset yhtiöstä, sekä lehdistötiedotteet.

2.2.5. *Environmental due diligence*

Ympäristöön kohdistuva due diligence on tullut tärkeäksi useasta syystä. Ostajien tulee pystyä määrittämään kohteen pilaantumisesta, kuten esimerkiksi maanalaisen öljytankin vuodosta, aiheutuneet kustannukset. Kohteen kehittäjien tulee tietää estääkö pilaantuminen uuden rakentamisen kiinteistölle, tai tekeekö se siitä kannattamattoman kallista. Kaikissa tapauksissa osapuolten on tiedettävä onko kohteen alueella saastumista ja mitkä ovat kohteen arvioidut puhdistamiskustannukset.³⁶ Ympäristöllisen due diligencen vaatimus on hiljalleen kehittynyt. Ensimmäinen motivaattori Yhdysvalloissa oli rahoitussektori. Koska ympäristölait oli mitoitettu vastuun osalta hyvin laajoiksi, rahoittajat huolestuivat mahdollisen ympäristövastuunsa toteutumisesta omistuksessaan olevien kiinteistöjen osalta.³⁷

³³ Bergström 2002, s. 460

³⁴ Bäck et al. 2009, s. 94

³⁵ Bergström 2002, s. 460

³⁶ Boman 2001, s. 26

³⁷ Boman 2001, s. 26

Ympäristö muodostaa tietyiltä osin täysin omanlaisensa tarkastuskohteen. Ympäristöön kohdistuvan due diligence -tarkastuksen suorittavat teknisen koulutuksen saaneet asiantuntijat. Tutkimus kohdistuu tällöin ympäristöasioiden hoitoon yleisesti sekä riskitekijöiden tunnistamiseen ja riskien hallintaan liittyviin seikkoihin ja toimenpiteisiin.³⁸

Merkittävät kiinteistötransaktiot sisältävät nykyään lähes aina environmental due diligence -tarkastuksen, jossa tutkitaan onko alueella mahdollisesti pilaantuneita maita ja suoritetaan riskiarvio ennen kaupantekoa. Aina tällainen ennalta varautuminen ei kuitenkaan ole mahdollista, ja pilaantuneen maaperän puhdistamisvelvoite saattaa muodostua merkittäväksi kustannusongelmaksi kiinteistön omistajalle.³⁹ Yleinen periaate ympäristövastuusta on ”pilaaja maksaa” tai ”the polluter pays” -periaate. Kuitenkin laissa ympäristövahinkojen korvaamisesta 737/1994 säädetään, että sekä toimintaa harjoittava yhteisö, että ostaja ovat vastuussa aiheutuneista vahingoista, olettaen että ostaja tiesi tai tämän olisi pitänyt tietää vahingoista tai niiden uhkasta kaupanteon hetkellä.⁴⁰

EU-maissa ympäristölainsäädäntö on harmonisoinnin kohteena. Tärkeä ympäristöä koskeva direktiivi on IPPC-direktiivi (*Integrated Pollution and Prevention Control*), jonka tarkoituksena on yhteensovitetusti ehkäistä ja vähentää ilman, veden ja maaperän pilaantumista jäsenvaltioissa. Suomessa IPPC-direktiivin voimaansaattaminen tapahtui vuonna 2000 voimaan tulleella ympäristönsuojelulalla (YSL). Ympäristönsuojelulalla kumottiin jätelaki siltä osin, kuin siinä oli säädetty maaperän puhdistamisvastuusta. Samassa yhteydessä kumottiin myös vesilain jäteveden johtamista koskevat säännökset.⁴¹

Julkisoikeudellinen puhdistamisvelvollisuus voi nykyisen lainsäädännön mukaan kohdistua joko pilaantumisen aiheuttajaan, pilaantuneen alueen haltijaan tai kuntaan.⁴² Lainsäätäjä on kuitenkin alun perin jätelain⁴³ säätämisen yhteydessä huomionnut, ettei mittavan kustannusvastuun osoittaminen pilaantuneen alueen haltijalle ole kaikissa tapauksissa kohtuullista.⁴⁴ Maan omistaja on toissijaisesti vastuussa puhdistuksesta ympäristönsuojelulain mukaan. Tämä edellyttää myös ostajan tietoisuutta saastumisesta

³⁸ Blomquist et al. 1997, s. 23

³⁹ Kirveskari 2009, s.804

⁴⁰ Whalley et al. 2007, s. 148

⁴¹ Lampi-Fagerholm & Forsbacka 2005, s. 1140

⁴² YSL 86/2000, 75 §

⁴³ JL 1072/1993

⁴⁴ Kirveskari 2009, s. 804

tai sen mahdollisuudesta. Huomioon on otettava myös, että kiinteistön ostajalla on velvollisuus ottaa selkoa mahdollisista ympäristöllisistä ongelmista, erityisesti silloin, kun paikalla on harjoitettu teollista toimintaa. Käytännössä pelkkä epäily saastumisesta siirtää vastuun ostajalle. Ostajan epätietoisuus saastumisesta kaupanteon hetkellä ei pelasta ostajaa vastuulta, mikäli tämä jatkaa samaa toimintaa kiinteistöllä.⁴⁵

Ympäristöön kohdistuvista riskeistä ja vastuista on yleisestikin lainsäädännössä säännelty usein erikseen ja erityisen ankarasti. Esimerkkinä sopimuksenulkaisen vastuun tilanteita koskevista säännöksistä voidaan mainita ympäristövahinkojen korvaamisesta annetun lain (737/1994) 7 §, jonka perusteella osakkeenomistajat voivat joutua henkilökohtaiseen vastuuseen yhtiön aiheuttamasta ympäristövahingosta.⁴⁶

Ympäristöön kohdistuvia vastuuriiskejä harkittaessa on hyvä olla tietoinen myös tietyistä maakohtaisista eroista. Tällaisia eroja voidaan havaita esimerkiksi jo Suomen ja Ruotsin oikeudessa. Toiminnanharjoittaja on sekä Suomessa, että Ruotsissa ensisijaisesti vastuussa pilaantuneen alueen puhdistamisesta. Toissijaisesti vastuussa on Suomessa kiinteistönhaltija ja Ruotsissa kiinteistönomistaja. Suomen ympäristönsuojelulaki sisältää toiminnanharjoittajan käsitteen laajennetun määritelmän. Tämä merkitsee sitä, että vastuuseen voi joutua se, joka tosiasiallisesti päättää ympäristön pilaantumisen vaaraa aiheuttavasta toiminnasta. Vastuu voi siten Suomessa ulottua muuhunkin tahoon kuin liiketoimintaa harjoittavaan yhtiöön, kuten esimerkiksi emoyhtiöön, joka faktisesti on päättänyt tytäryhtiön harjoittamasta ympäristöä pilaavasta toiminnasta.⁴⁷

Toiminnanharjoittaja vastaa Ruotsissa solidaarisesti yhdessä aiemman ja myöhemmän toiminnanharjoittajan kanssa. Lisäksi Ruotsissa sovelletaan käännettyä todistustaakkaa, joka tiukentaa toiminnanharjoittajan vastuuta. Toiminnanharjoittajan vastuu Ruotsissa näyttää muodostuvan tiukemmaksi kuin toiminnanharjoittajan vastuu Suomen lain mukaan. Vaatimustasoa arvioitaessa on kuitenkin otettava huomioon Ruotsin ympäristökaaren mukainen kohtuuserviointi, jolla puhdistamisvastuun laajuus lopullisesti määritellään.⁴⁸

⁴⁵ Whalley et al. 2007, s. 148

⁴⁶ Laine 2011, s. 172

⁴⁷ Lampi-Fagerholm & Forsbacka 2005, s. 1144-1145

⁴⁸ Lampi-Fagerholm & Forsbacka 2005, s. 1144-1145

Kiinteistökauppatilanteissa Ruotsin Ympäristökaaren esitöiden mukaan maaperätutkimus tulisi tehdä ennen kiinteistökauppaa, jotta markkinamekanismit myötävaikuttaisivat paremman ympäristön muotoutumiseen. Luovutuksensaajan selontotevelvollisuutta koskien mahdollista julkisoikeudellista ennallistamisvastuuta ei pitäisi säännönmukaisesti voida korvata myyjän esittämällä selvityksillä tai tutkimuksilla. Ruotsissa kohtuusarviointi tehdään kuitenkin näissäkin tilanteissa. Suomessa YSL vaikuttaa tässä suhteessa asettavan yksityiskohtaisemman selontekovelvollisuuden myyjälle kuin Ruotsissa. Suomen lain mukaan myyjän pitää luovutuksen yhteydessä toimittaa uuden omistajan tai kiinteistönhaltijan tietoon saatavilla oleva informaatio kiinteistöllä harjoitetusta toiminnasta, ja jätteistä tai aineista, jotka ovat voineet aiheuttaa pilaantumisen.⁴⁹

Jos myyjän antama selvitys ei anna aiheutta olettaa kiinteistön olevan pilaantunut, ostaja voi yleensä luottaa tähän. Ostajan ei tällöin tarvitse tehdä mitään erityistä selvitystä välttääkseen vastuun pilaantumisesta. Vastuun välttämiseksi myyjän antaman selvityksen pitää kuitenkin olla riittävä ja uskottava.⁵⁰

2.3. Vendor due diligence -prosessi

Perinteinen due diligence menee useimmissa yrityskaupoissa samaa tunnettua polkua. Ostajan oikeudelliset ja taloudelliset neuvonantajat käyvät läpi myyjän tai kohdeyrityksen tarjoaman materiaalin ja mahdollisesti haastattelevat johtoa. Muut ostajan palkkaamat asiantuntijat, kuten ympäristökonsultit, suorittavat omat erilliset tutkimuksensa. Tämän jälkeen asiantuntijat laativat yhden tai useamman raportin asiakkaansa tarkasteltavaksi. Yleensä nämä dokumentit (ainakin ostajan neuvonantajan laatima legal -raportti) sisältävät ehdon, jonka mukaan kukaan muu asiakkaan lisäksi ei saa luottaa raporttiin.⁵¹

Joskus due diligence -tutkimus suoritetaan ennen alustavaa sopimusta tai aiesopimusta (*letter of intent*), joskus vasta kauppakirjan solmimisen jälkeen; useimmiten kuitenkin näiden rajojen välimaastossa. Prosessin alkaminen ja erityisesti sen päättyminen on

⁴⁹ Lampi-Fagerholm & Forsbacka 2005, s. 1144

⁵⁰ Lampi-Fagerholm & Forsbacka 2005, s. 1144

⁵¹ Potter, 2011, s. 1

toisinaan vähintäänkin epätarkkaa. Monesti siirrytään sujuvasti itse kaupan jälkihoitovaiheeseen tekemättä suurempaa eroa prosessivaiheiden välillä.⁵²

Kun yrityksen myyntiä aletaan suunnitella tavoitteena yrityksen myyminen huutokaupalla, on Euroopassa nykyään tyypillistä laatia vendor due diligence. Tämä aloitetaan yritystä koskevien tietojen dokumentoinnilla ja tarkastelulla. Sittemmin laaditaan niin sanottu *Information Memorandum*, jonka laatii investointipankki. Info(rmation) memo(randumi)n tehtävänä on ilmoittaa mahdollisesta kohteesta ja tuoda se potentiaalisten ostajaehdokkaiden tietoon. Se toimii tavallaan ensi vaiheen myynti-ilmoituksena. Jo ennen tätä vaihetta aloitetaan vendor due diligencen ensimmäinen osio, jossa tarkoituksena on etsiä viat tai puutteet yrityksessä ja korjata ne.

Tyypillisessä VDD -prosessissa myyjän palkkaamat taloudelliset ja (vero-)oikeudelliset neuvonantajat käyvät läpi kohdeyhtiön olennaisen materiaalin. Nämä neuvonantajat valmistelevat sittemmin asiakirjoja, jotka annetaan ostajaehdokkaiden läpikäytäväksi. Ennen raportin saamista, jokainen ostajaehdokka allekirjoittaa "*non-reliance*" tai "*release letterin*", jossa todetaan, että raportin laatija ei vastaa ostajaehdokasta kohtaan mistään virheistä tai tiedoista, joita raportissa mahdollisesti esiintyy. Samalla kun ostajaehdokkaat saavat mahdollisuuden käydä läpi raportteja, myyjä usein tarjoaa ostajaehdokkaille, tai valitsemalleen osalle heistä, pääsyn raportin taustalla oleviin tietoihin ja dokumentteihin, jotta ostaja voi suorittaa varmistavan due diligencen.⁵³ Tätä varten käytössä on niin sanottu "*data room*", jonka avulla dokumentteja voidaan jakaa turvallisesti ja kontrolloidusti.

Ostajaehdokkaan tekemälle due diligencelle tarjottu aika vaihtelee useista tekijöistä johtuen. Tällaisia seikkoja ovat esimerkiksi informaation määrä, VDD -raporttien yksityiskohtaisuus ja ostajien ja myyjän suhteellinen neuvotteluvara. Joka tapauksessa tarjottu aika on todennäköisesti lyhyempi, kuin mitä se olisi VDD -raporttien puuttuessa kokonaan, jolloin ostajaehdokkaat joutuisivat suorittamaan oman laajan DD:nsä.⁵⁴

⁵² Blomqvist et al. 1997, s. 11

⁵³ Potter 2011, s. 2

⁵⁴ Potter 2011, s. 2

Kun lopullinen ostaja on varmistunut, voidaan harkinnan mukaan tälle myöntää oikeus luottaa laadittuun raporttiin, mahdollisten vastuunrajoitusten puitteissa, eli niin sanottu ”*reliance letter*”.

2.4. Vendor due diligence ja sen erot perinteiseen due diligenceen

Vendor due diligence -tutkimuksella tarkoitetaan siis myyjän suorittamaa due diligence tarkastusta. Termi ei ole täysin vakiintunut ja vendor due diligencesta puhutaankin monenlaisten myyjän suorittamien tutkimusten yhteydessä. Olennaista vastuukysymysten kannalta olisi kuitenkin tehdä ero myyjälle itselleen tiedon kartuttamiseksi tehtävän vendor due diligencen ja sellaisen vendor due diligencen välillä, jossa tarkoituksena on antaa ostajalle reliance letter, eli oikeus luottaa laadittuun raporttiin. Voidaankin puhua kaksivaiheisesta vendor due diligencesta, jossa ensimmäisessä vaiheessa yrityksessä sisäisesti löydetään ongelmakohtat ja korjataan ne, ja toisessa vaiheessa laaditaan raportti myös ostajaehdokkaiden saataville. Näin vendor due diligence on sekä yrityksen sisäinen että ulkoinen työkalu.

Vendor due diligence käsitteenä on kohtalaisen uusi. Tässä tutkimuksessa haastateltujen mukaan se on yleistynyt Suomessa 2000-luvulla. 1990-luvun kirjallisuudessa kuvaillaan kyllä ostajan asiantuntijan tekemää due diligenceä⁵⁵ ja tähän liittyvää prosessia, mutta termi ”*vendor due diligence*” on alkanut esiintyä laajemmin vasta 2000-luvulla.

Vendor due diligence sopii erityisesti tilanteisiin, joissa:

- Yritysjärjestelyn luonne on sellainen, että due diligence on ennakkovaatimus mille tahansa tarjoukselle
- Huutokauppatilanteessa on mukana useita mahdollisia ostajaehdokkaita
- Aikataulu on tiukka ja luottamuksellisuuden säilyttäminen on tärkeää
- Liiketoimintaan ei haluta häiriötekijöitä

⁵⁵ Ks. esim. Grayston et al. 1996

- Transaktio on monimutkainen ja myyjä toivoo pystyvänsä pitämään ostajaehdokkaiden kyselyt ja tietopyynnöt hyvin hallinnassaan⁵⁶

Tyypillisesti vendor due diligence tehdään siis niin sanotussa huutokauppatilanteessa, kun mahdollisia ostajaehdokkaita on useita. Näin ostajaehdokkaat saavat osallistua myyntiprosessiin myyjän asiantuntijan laatiman raportin pohjalta.⁵⁷ Vendor due diligence mahdollistaa paremman kauppahinnan, koska useampi ostajaehdokkaas voidaan pitää myyntiprosessissa pidempään mukana. Selvityksen avulla voidaan välttyä epämiellyttäviltä yllätyksiltä myyntiprosessin edetessä, ja se vähentää myös johdon työtaakkaa, kun yksittäiset ostajaehdokkaat eivät tee laaja-alaista taloudellista selvitystä kohteesta.

VDD myös vähentää ostajaehdokkaille koituvia kustannuksia, erityisesti ostotunnustelujen alkuvaiheessa, jolloin heidän muuten tulisi kuluttaa merkittäviä summia neuvonantajien palkkaamiseen saadakseen edes perusymmärryksen yrityksen tilanteesta. Nämä kustannussäästöt voivat johtaa siihen, että hyvät ostajaehdokkaat pysyvät mukana prosessissa, mikä taas voi johtaa lopulta parempaan myyntihintaan tai -ehtoihin myyjälle.⁵⁸

Batterson et al.:n⁵⁹ mukaan erityisen tärkeää on VDD:n vaikutus ostajan rahoituskuluihin. Ostajan rahoittajille on myös hyvin tärkeää saada luottava laadittuun raporttiin. Mikäli he eivät saa reliance letteriä VDD:hen, tulee heidän suorittaa erilliset omat due diligencensä, mikä luonnollisesti kasvattaa kustannuksia. Toisaalta taas mahdollisten riskien ja vastuiden esiintuonti jo VDD -raportin yhteydessä vähentää mahdollisuutta siihen, että yksittäinen tarjoaja voisi tehdä ylisuuren tarjouksen eksklusiviteetin saavuttaakseen, ja myöhemmin neuvotella hintaa alemmaksi kyseisiin riskeihin ja vastuisiin vedoten.⁶⁰

Koska myyjän teettämää tarkastusta ei ole suunnattu kenellekään yksittäiselle ostajalle, ei myöskään yksittäisten ostajien tarkoitusta yritysoston suhteen voida raportissa ottaa huomioon. Tämä johtaa siihen, että raportista tulee yleisluontoisempi, ilman että siinä

⁵⁶ Deloitte 14.6.2012

⁵⁷ Calissendorff 2007, s. 109

⁵⁸ Potter 2011, s. 3

⁵⁹ Batterson et al. 2005, s. 2

⁶⁰ Potter 2011, s. 3

painotettaisiin mitään tiettyä toimintoa tai osa-aluetta. Raportit on usein laadittu siten, että niiden pohjalta voi olla vaikea tunnistaa ja arvioida riskejä. Ne harvoin sisältävät selkeitä vakuutuksia tai osapuolten oikeuksien ja vastuiden määrittelyä.⁶¹ Olennaista tavallisen due diligence -tutkimuksen ja vendor due diligencen välillä on myös ero raportin laatijan neuvontavelvollisuudessa. Ostaja ei voi vendor due diligencen yhteydessä odottaa neuvoja siitä, kuinka tiettyjen raportissa esiin tulleiden seikkojen osalta tulisi toimia.⁶² Vendor due diligence -raportti on usein myös laadittu siten, että siitä on vaikeampi tunnistaa ja arvottaa riskejä. Näin yksi olennainen ero koskeekin ostajan mahdollisuuksia näyttää toteen kärsimänsä vahingot.⁶³

Myyjäyrityksen kannalta merkityksellistä on myös VDD:sta aiheutuvat kustannukset, jotka nousevat helposti korkeiksi. Toisaalta ostaja voi olla haluton luottamaan pelkästään myyjän tarjoamaan raporttiin, koska sen ovat laatineet nimenomaan myyjän neuvonantajat.⁶⁴ Potterin⁶⁵ mukaan VDD:ssa mukanaolo voi myös johtaa yhdysvaltalaisille lakitoimistoille harmillisiin ongelmiin.

Yhdysvalloissa vendor due diligence ei ole saavuttanut suosiota Euroopan maiden tapaan. Syyt liittyvät juurikin oikeuskäytäntöjen eroihin vastuukysymyksissä. Amerikkalaiselle lakifirmalle ei ole tyypillistä antaa muun kuin asiakkaan edes nähdä laatimiaan due diligence-raportteja ennen *release letterin* allekirjoittamista. Tämä johtuu korostuneesta vastuuriskistä. Huolellisuuden laiminlyöntisyytökset asianajotoimistoja vastaan ovat Yhdysvalloissa yleisempiä kuin missään muualla. Lisäksi asianajajien eettiset ohjeet estävät amerikkalaisia asianajajia rajoittamasta vastuunsa määrää millään tavalla laiminlyöntitilanteessa. Näin ollen asianajotoimisto, joka antaisi ostajalle sopimuksin mahdollisuuden luottaa raporttiin, olisi rajoittamattomassa vastuussa kaikista virheistä ja vääristä tiedoista, joita raportti mahdollisesti sisältäisi. Lisäksi kun lopullinen ostaja ei raportin laatimisvaiheessa ole vielä tiedossa, ei asianajaja voi tietää tämän tietyn ostajan

⁶¹ Calissendorff 2007, s. 129

⁶² Calissendorff 2007, s. 124

⁶³ Calissendorff 2007, s. 129

⁶⁴ Potter 2011, s. 2

⁶⁵ 2011, s. 2

näkökulmaa ja tarkoitusta kaupassa.⁶⁶ Potterin⁶⁷ mukaan on vaikea kuvitella, että mikään asianajotoimisto Yhdysvalloissa suostuisi tällaiseen järjestelyyn.

Batterson et al.:n mukaan amerikkalaiset asianajotoimistot eivät halua vendor due diligencen yhteydessä antaa reliance kolmannelle, vedoten siihen että niin ei Yhdysvalloissa ole tapana tehdä. Tässä suhteessa sekä Euroopassa että Yhdysvalloissa toimivalla asianajotoimistolla on hankala tasapainotteluasema.⁶⁸ Mikäli se ei halua suostua Euroopassa yleiseen käytäntöön, voi se kohdata syytöksiä kaupan tarpeettomasta viivyttämistä ja riskeerata jopa omien asiakassuhteidensa jatkuvuuden.

Jos amerikkalainen toimisto ei suostu antamaan omaa *reliance letteriään*, voi eurooppalainen toimisto päättää vaihtoehtoisesti sisällyttää amerikkalaisen toimiston raportin omaan raporttiinsa. Tällöin amerikkalainen toimija voi ainakin olettaa että mahdolliset erimielisyydet käydään läpi myyjän ja ostajan, tai myyjän ja paikallisen asiantuntijan välillä. Kuitenkin myös tällaisessa tapauksessa voivat vastuukysymykset silti joissain tapauksissa kohdistua amerikkalaiseen yritykseen, jos kyseessä on velvollisuuksien laiminlyöntisyytös, johon vastuunrajoitukset eivät siis päde.⁶⁹

Batterson et al.⁷⁰ tuovat esiin, että vaatimus reliance letterin antamisesta ostajalle, tai ostajan rahoittajalle voi tulla amerikkalaiselle asianajotoimistolle yllätyksenä. Toisaalta eurooppalaiseen yrityskauppakulttuuriin tottuneet osapuolet voivat kokea kieltäytymisen reliance letterin antamisesta turhana viivyttämisenä ja kaupan loppuun saattamista uhkaavana tekijänä.

Toisaalta nykyään kyseiseen ongelmaan on jossain määrin Euroopassa totuttu, kuten myös tätä tutkielmaa varten haastatellun rahoitusalan toimijan näkemyksestä käy ilmi:

"Generally, getting reliance is crucial for us as a bank, but there have however been cases where you need to get comfortable without. In fact, there are even some providers who never give reliance. But in that case you know that in advance and just have to work around that".

⁶⁶ Potter 2011, s. 2

⁶⁷ 2011, s. 2

⁶⁸ Batterson et al. 2005, s.2

⁶⁹ Potter 2011, s. 2

⁷⁰ 2005, s. 2

Kun lopullinen ostaja on valikoitunut, seuraa yleensä ostajan suorittama, täydentävä due diligence -tutkimus ja tällöin ollaan jo lähempänä tavanomaisempaa kauppakirjan ehtoihin nojautuvaa due diligence -prosessia.⁷¹ Vendor due diligencen käytännön eroja tavalliseen due diligence -tarkastukseen verrattuna käsitellään lisää kappaleessa kuusi.

⁷¹ Blomqvist et al. 1997, s. 24

3. TIEDON MERKITYS JA JOHDON VASTUU YRITYSKAUPASSA

3.1. Päämies-agenttiteoria ja johdon fidusiaariset velvollisuudet

Fidusiaarisuhteessa on kysymys fidusiaarin, eräänlaisen asiainhoitajan, erityiseen asemaan perustuvasta luottamussuhteesta hoitaa toisen henkilön, fidusiantin, asioita. Fidusiaarisuhde voi perustua lakiin tai oikeustoimeen. Tyypillisiä sopimukseen perustuvia fidusiaarisuhteita ovat erilaiset asiamiehuhteet, välityssuhteet sekä asianajajan, tilintarkastajan, kirjanpitäjän ja asiakkaan väliset päämies-agentti-suhteet. Kaikille fidusiaarisuhteille on kuitenkin tärkeää luottamus: kun agentti voi toimia harkintansa mukaan, päämiehen tulee luottaa asiamieheensä. Tämä vaikuttaa agentin huolellisuuden arviointiin, siihen, millä perustein toimeksiantosopimuksen voi saada päättymään sekä siihen, mitä seuraamuksia fidusiaaristen velvollisuuksien rikkomisella on.⁷²

Globaalisti hallitsevalle valtavirtayhtiöoikeustieteelle on ominaista tällä hetkellä osakkeenomistajan erityisasemaa, sopimustoimintaa ja itsesääntelyä korostava ajattelutapa. Paradigma perustuu 1970-luvulta lähtien kehitettyyn mikrotaloustieteelliseen yrityksen teoriaan, jonka olennainen osa on agentuurisuhteiden taloustiede, eli päämies-agenttiteoria. Käännö merkitsi irtaantumista aiemmasta käsityksestä yhtiöstä organisaationa ja sen näkemistä ennemminkin markkinapaikkana, jolla yrityksen eri eturyhmät kohtaavat.⁷³

Päämies-agenttiteoriassa päämies-agenttisuhteella ymmärretään sopimussuhdetta, jossa toinen osapuoli, päämies, solmii sopimuksen tietyn tehtävän suorittamisesta toisen osapuolen, agentin, kanssa. Osapuolet sopivat sopimuksen tavoitteesta, mutta myös siitä, että sen toteuttamiseksi tarvittavat päätökset jäävät agentin tehtäväksi. Tällaisissa sopimuksissa yksityiskohtainen sopimus päämiehen ja agentin välillä agentin velvollisuuksista on mahdoton, tai ainakin vaikeasti toteutettava. Päämies-agenttisuhteelle onkin ominaista epäsymmetrinen informaatio: päämiehellä on huomattavasti vähemmän tietoa agentin käyttäytymisestä kuin agentilla itsellään. Näin

⁷² Mähönen & Villa 2006 I, s. 108-109

⁷³ Mähönen & Villa 2006 I, s. 86

agentti voi tehtävää suorittaessaan ajaa opportunistisesti omia intressejään ilman että päämiehellä on mahdollisuutta sitä havaita ("take the money and run").⁷⁴

Erityisesti yhtiön johdon ja osakkeenomistajan välisessä suhteessa⁷⁵ korostuvat päämies-agenttisuhteeseen liittyvät edellä mainitut kysymykset. Johdon opportunistisen käyttäytymisen välttämiseksi on OYL:ssa säädetty johdon fidusiaarisista velvollisuuksista. OYL 1:8:n mukaan yhtiön johdon tehtävänä on huolellisesti toimien edistää yhtiön etua. Määritelmä on kaksiosainen: se sisältää yhtäältä johdon velvollisuuden toimia huolellisesti ja toisaalta velvollisuuden toimia yhtiön edun mukaisesti. Ensiksi mainitussa velvollisuudessa on kyse yhtiöoikeudessa vakiintuneesta huolellisuusvelvollisuudesta. Velvollisuus toimia yhtiön edun mukaisesti sisältää johdon lojaliteettivelvollisuuden suhteessa yhtiöön ja sen kaikkiin osakkeenomistajiin.⁷⁶ On huomattava, että yhtiön etu ei ole sama asia, kuin yksittäisen osakkeenomistajan, tai edes osakkeenomistajien enemmistön etu, joten johdon on työssään toteutettava kokonaisuudessaan nimenomaan yhtiön etua.⁷⁷

3.2. Osakkeenomistajan oikeus saada tietoa, johdon velvollisuus antaa tietoa, ja yhtiön ulkopuolelle annettava tieto

3.2.1. Osakkeenomistajan oikeus tietoon

Tarkasteltaessa yhtiötä ja sen eri sidosryhmiä, on tiedolla merkittävä rooli suhteessa useisiin yhtiötä lähellä oleviin tahoihin. Johdon informaatiovelvoitteet eri intressitahoja kohtaan eroavat toisistaan. Enemmistössä olevalla osakkeenomistajalla on lähtökohtaisesti paremmat mahdollisuudet vaikuttaa yrityksen toimintaan ja oikeus saada yritystä koskevaa informaatiota kuin vähemmistössä olevalla osakkeenomistajalla,

⁷⁴ Mähönen & Villa 2006 I, s. 87

⁷⁵ Koko ajan on muistettava, että yhtiössä on kolme päämies-agenttisuhdetta: osakkeenomistaja-johtorelaatio, vähemmistöosakkeenomistaja-määräävä osakkeenomistaja-relaatio ja muut sidosryhmät (velkojat, työntekijät, asiakkaat) – yhtiö (osakkeenomistajat)-relaatio, kt. Mähönen & Villa I 2006, kpl 4.3.

⁷⁶ HE 109/2005 vp. s. 40

⁷⁷ Wist et al. 2001, s. 434

velkojalla tai muilla yrityksen etutahoilla. Sopimusverkossa informaation määrällä, laadulla ja kululla onkin erityisen tärkeä asema.⁷⁸

Osakkeenomistajien ja johdon välinen informaatioepäsymmetria on eräs esimerkki klassisen taloustieteen rationaalisuuskäsitystä rajoittavasta yksilöiden rajoittuneesta rationaalisuudesta. Mikäli johto pyrkii käyttämään informaatiota opportunistisesti omaksi hyväkseen, kyseessä on esimerkki toisesta rationaalisuuden rajoitteesta, rajoittuneesta tahdosta: johdon kyvyttömyydestä käyttäytyä pitkän aikavälin etujensa mukaisesti.⁷⁹

Erilaisilla tiedonantovelvollisuuksilla voidaan yrittää tasata tiedon epäsymmetriaa johdon ja osakkeenomistajan välillä, onhan intressiristiriidan todennäköisyys sitä korkeampi, mitä vähemmän informaatiota osakkeenomistajilla on käytettävissään. Mitä suurempi on informaation epäsymmetria, sitä suurempaa riskipreemiota osakkeenomistajat vaativat, mikä puolestaan lisää yhtiöiden rahoituskustannuksia.⁸⁰

Monissa maissa pyritään erilaisin määräyksiin varmistumaan siitä, että yrityskauppa on osakkeenomistajien edun mukainen. Yleensä tähän pyritään vaatimalla kolmannen osapuolen näkemys asiasta. Esimerkiksi Ranskassa ja Saksassa vaaditaan yrityskaupan osapuolten toimittavan puolueettomien asiantuntijoiden laatimat raportit kaupan ehdoista ennen yhtiökokousta. Japanissa taas pörssit tavanomaisesti vaativat asiantuntijalausunnon siitä, että kauppa on osakkeenomistajien edun mukainen. Yhdysvalloissa julkiset yhtiöt jotka suunnittelevat yrityskauppaa, pyrkivät suojaamaan itsensä osakkeenomistajien kanteilta hakemalla investointipankkiirin kannanoton siitä, että kauppa on osakkeenomistajien edunmukainen (ns. *"fairness opinion"*).⁸¹

Esimerkkinä fidusiaarisuhteessa tapahtuvasta eturistiriitatilanteesta voidaan nähdä seuraavanlainen julkista ostotarjousta koskeva tilanne. Ostotarjoustilanteessa kohdeyhtiön johdon ja osakkeenomistajien etujen välillä saattaa esiintyä ristiriitoja, joiden johdosta kohdeyhtiön johto saattaa omaa etuaan ajaakseen pyrkiä torjumaan osakkeenomistajille edullisen julkisen ostotarjouksen. Vaikka julkisia ostotarjouksia koskevat säännökset sisältyvät arvopaperimarkkinalakiin, toimii kohdeyhtiön hallitus

⁷⁸ Mähönen & Villa 2006 I, s. 199

⁷⁹ Mähönen & Villa 2006 I, s. 88

⁸⁰ Mähönen & Villa 2006 I, s. 128

⁸¹ Kraakman et al. 2006, s. 135

yhtiöoikeudellisen orgaanin roolissa reagoiessaan julkiseen ostotarjoukseen. Kohdeyhtiön hallituksen toimet ilman liiketaloudellista perustetta vastustaa osakkeenomistajille edullista ostotarjousta voitaneen tulkita osakeyhtiölain 1:5:n⁸², 1:7:n⁸³ tai 6:4:n⁸⁴ vastaiseksi menettelyksi. Kohdeyhtiön hallituksen vahingonkorvausvastuun syntyminen arvopaperimarkkinalain nojalla on sen sijaan esimerkkitapauksen esittäneen Laurilan mukaan hyvin epätodennäköistä.⁸⁵

Laurila perustaa kantansa sille, että tilanteissa, joissa johto onnistuu ilman liiketaloudellista perustetta torjumaan osakkeenomistajille edullisen tarjouksen syntymisen jo ennen sen julkistamista, osakkeenomistajien asema on varsin heikko. Osakkeenomistajat eivät tällaisissa tilanteissa todennäköisesti edes tiedosta kärsineensä vahinkoa, jolloin myöskään vahingonkorvauskanteen nostaminen ei ole realistinen vaihtoehto. Nykyisen oikeustilan vallitessa osakeyhtiöoikeus sen paremmin kuin arvopaperimarkkinaoikeuskaan eivät Laurilan mukaan tarjoa riittävän tehokkaita mekanismeja valvoa yhtiön johdon toimintaa.⁸⁶

Helpommin toteen näytettävässä tilanteessa, jossa johto onnistuu torjumaan yritysvaltauksen ostotarjouksen jälkeen, vahingonkorvausvastuu johdon toimista aiheuttomasti vastustaa julkista ostotarjousta on mahdollista toteuttaa OYL:n nojalla, mutta vahingonkorvausvastuun syntyminen AML:n nojalla on hyvin epätodennäköistä. AML:n sisältämän vahingonkorvaussäännöksen voidaan katsoa ensisijaisesti velvoittavan AML:ssa tarkoitettuja yrityksiä eikä niiden johtoa.⁸⁷

Osakeyhtiölaissa ei ole nimenomaisia säännöksiä johdon salassapitovelvollisuudesta. Sen sijaan toimeksiantosopimuksia koskevassa kirjallisuudessa toimeksisaajan

⁸² Toiminnan tarkoitus. Yhtiön toiminnan tarkoituksena on tuottaa voittoa osakkeenomistajille, jollei yhtiöjärjestyksessä määrätä toisin.

⁸³ Yhdenvertaisuus: Kaikki osakkeet tuottavat yhtiössä yhtäläiset oikeudet, jollei yhtiöjärjestyksessä määrätä toisin. Yhtiökokous, hallitus, toimitusjohtaja tai hallintoneuvosto ei saa tehdä päätöstä tai ryhtyä muuhun toimenpiteeseen, joka on omiaan tuottamaan osakkeenomistajille tai muulle epäoikeutettua etua yhtiön tai toisen osakkeenomistajan kustannuksella.

⁸⁴ Hallituksen jäsenen esteellisyys: Hallituksen jäsen ei saa osallistua hänen ja yhtiön välistä sopimusta koskevan asian käsittelyyn. Hän ei myöskään saa osallistua yhtiön ja kolmannen välistä sopimusta koskevan asian käsittelyyn, jos hänellä on odotettavissa siitä olennaista etua, joka saattaa olla ristiriidassa yhtiön edun kanssa.

⁸⁵ Laurila 2011, s. 3

⁸⁶ Laurila 2011, s. 64

⁸⁷ Laurila 2011, s. 64

lojaliteettivelvollisuuden olennaisena ainesosana pidetään juuri hänen velvollisuuttaan pitää saamansa tiedot salassa. Salassapitovelvollisuuden sisältöä onkin Mähösen ja Villan⁸⁸ mukaan tarkasteltava kaikissa fidusiaarisissa suhteissa tiedonsaantioikeuden ja sen perusteltujen rajoitusten kautta. Näistä keskeisin on osakkeenomistajan kyselyoikeus, josta on säännökset OYL 5:25:ssä. OYL 5:25.1:n mukaan hallituksen ja toimitusjohtajan on yhtiökokouksessa osakkeenomistajan pyynnöstä annettava tarkempia tietoja seikoista, jotka voivat vaikuttaa kokouksessa käsiteltävän asian arviointiin. Tilinpäätösinformaation lisäksi osakkeenomistajalla on oikeus saada yhtiötä koskevia tietoja esittämällä yhtiökokouksessa yhtiön taloudellista tilaa koskevia kysymyksiä. Osakkeenomistajankin kyselyoikeus rajoittuu yhtiökokoukseen. Hänelle ei ole osakeyhtiölaissa annettu jatkuvaa oikeutta saada yhtiön johdolta tietoja yhtiön toiminnasta ja taloudellisesta asemasta. Hänellä ei myöskään ole muuta yleistä oikeutta kuin osakeyhtiölaissa erikseen annettu oikeus saada nähtäväkseen tai saada jäljennös yhtiön asiakirjoista tai sopimuksista.⁸⁹ Tietoja ei kuitenkaan saa antaa, jos niiden antaminen tuottaisi yhtiölle *olennaista* haittaa.

Sulautumisesta ja jakautumisesta päätettäessä nähtävänä pidettävistä ja pyynnöstä lähetettävistä asiakirjoista säädetään OYL 16:11:ssä ja OYL 17:11:ssä.

3.2.2. Yrityksen ulkopuolelle annettava tieto

Keskuskauppakamarin yrityskauppalauskunnan antaman, ”Takeover Code -työryhmän” esitykseen perustuvan suosituksen⁹⁰ mukaan yhtiötä koskevien tietojen antaminen *yhtiön ulkopuoliselle taholle* taas edellyttää erityistä syytä. Due diligence -tarkastus voidaan sallia tilanteessa, jossa tarkastuksen katsotaan olevan osakkeenomistajien etujen mukaista. Tarkastuksen salliminen, laajuus ja aikataulu on kuitenkin harkittava aina erikseen ottaen huomioon kuhunkin yksittäistapaukseen liittyvät olosuhteet, mahdolliset kilpailuoikeudelliset näkökohdat, ja se mahdollisuus, että tarjous ei koskaan toteudu.

⁸⁸ 2006 I, s. 130

⁸⁹ Mähönen et al. 2006, s.134-135

⁹⁰ Keskuskauppakamarin yrityskauppalauskunnan suositus julkisissa ostotarjouksissa noudatettavista menettelytavoista, 2006, s. 21-23

Oikean ja riittävän informaation merkitys yrityskaupassa on ostajan kannalta olennainen. Yritystotavasta riippuen ostajalla voi olla eriasteinen pääsy informaatioon. Vihamielisen valtauksen yhteydessä ostajan on yleensä tyydyttävä kohdeyrityksestä tarjolla olevaan julkiseen tietoon. Tällaista julkista tietoa voi olla esimerkiksi osakasrekisteri, vuosittaiset tilinpäätöstiedot, osavuosikatsaukset sekä muu lakisääteisesti julkaistava informaatio. Muissa tapauksissa ostajalla on mahdollisuus tehdä kohdeyrityksestä due diligence - tutkimus.⁹¹

Due diligence voidaan toteuttaa siinä laajuudessa, kuin kohdeyrityksen hallitus katsoo tarpeelliseksi osakkeenomistajien edun kannalta. Ennen tutkimusta ostajaehdokkaan tulee sitoutua vaitioloon. Due diligence tulisi yleensä suorittaa ennen tarjouksen antamista, jotta välttyttäisiin tilanteelta, jossa ostaja vetäytyy tarjouksestaan due diligence -tarkastuksessa havaitsemiensa seikkojen johdosta. Kaikki sisäpiirin tiedoksi katsottava ostajan saama tieto on julkistettava ennen tarjouksen antamista.⁹²

Julkisen ostotarjouksen ollessa kyseessä, kaikkia ostajaehdokkaita on kohdeltava tasavertaisesti. Mikäli yhdelle annetaan mahdollisuus tutkimuksen suorittamiseen, tulisi sama mahdollisuus tarjota myös muille, joiden alustava tarjous on ainakin yhtä hyvä. Annettu tieto tulee kuitenkin aina arvioida tapauskohtaisesti. Mikäli ostajaehdokka on kilpailija, strateginen toimittaja tai esimerkiksi private equity house, voidaan tarjoajakohtaisesti päätyä eri tiedon antamiseen. Tähän tulee kuitenkin olla perusteltu syy.⁹³

Ostotarjoustilanteessa hallituksella on velvollisuus pyrkiä osakkeenomistajien kannalta parhaaseen lopputulokseen. Jos due diligence -tarkastuksen suorittaminen on osakkeenomistajille tehtävän julkisen ostotarjouksen edellytyksenä ja kyseessä on osakkeenomistajien kannalta kokonaisuutena arvioiden edullinen tarjous, tarkastuksen voidaan yleensä katsoa olevan osakkeenomistajien edun mukaista. Kohdeyhtiön hallituksen ei tule sallia due diligence -tarkastusta, mikäli ehdotettua tarjousta ei voida

⁹¹ Carlberg & Ollila 2009, s. 91-92

⁹² Carlberg & Ollila 2009, s. 91-92

⁹³ Carlberg & Ollila 2009, s. 91-92

hallituksen käsityksen mukaan pitää vakavasti otettavana tai osakkeenomistajien edun mukaisena.⁹⁴

Ostotarjoustilanteessa due diligence -tarkastuksen sallimisen tarkoituksena on luoda edellytykset kaikille osakkeenomistajille tehtävän tarjouksen toteutumiseen riippumatta siitä, omistaako tarjouksen tekijä ennestään kohdeyhtiön osakkeita vai ei. Jos tarjous on osakkeenomistajien kannalta edullinen, tietojen antamisesta ei yleensä voida katsoa aiheutuvan osakeyhtiölaissa tarkoitettua epäoikeutettua etua tarjouksen tekijälle muiden osakkeenomistajien (tai yhtiön) kustannuksella,⁹⁵ vaikka tarjouksen tekijä olisi ennestään yhtiön osakkeenomistaja. Osakeyhtiölain yhdenvertaisuussäännökset eivät siten lähtökohtaisesti rajoita kohdeyhtiön hallituksen mahdollisuutta sallia due diligence -tarkastusta tai velvoita hallitusta antamaan due diligence -tarkastuksessa annettavia tietoja yhtiön muille osakkeenomistajille.⁹⁶

3.2.3. Sisäpiirintieto

Oma lukunsa ovat kuitenkin sisäpiirintietoon liittyvät kysymykset. Jos hallitus päättää sallia due diligence -tarkastuksen, sen tulee huolehtia siitä, että tarjouksen tekijä ja kohdeyhtiö allekirjoittavat salassapitosopimuksen ennen tarkastuksen aloittamista, jollei tällaista sopimusta ole allekirjoitettu jo prosessin aikaisemmassa vaiheessa. Salassapitosopimuksen tulee muun muassa rajoittaa tarjouksen tekijän (ja tämän neuvonantajien ja muiden mahdollisten tahojen, jotka saavat due diligence -tarkastuksessa annettavaa tietoa) oikeutta käyttää tarkastuksessa annettavaa tietoa muuhun tarkoitukseen kuin itse tarjouksen arviointiin samoin kuin oikeutta ilmaista tällaista tietoa kolmansille osapuolille. Salassapitosopimuksessa tulee varautua siihen tilanteeseen, ettei mahdollinen tarjous koskaan toteudu.

⁹⁴ Keskuskauppakamarin yrityskauppalauskunnan suositus ostatarjouksissa noudatettavista menettelytavoista 2006, s. 21-23

⁹⁵ ks. OYL 1:7

⁹⁶ Keskuskauppakamarin yrityskauppalauskunnan suositus ostatarjouksissa noudatettavista menettelytavoista 2006, s.21-23

Suomessa, kuten useissa muissa maissa, sisäpiirikauppaa säädellään neljällä eri tavalla. Ensinnäkin niin sanotuilla sisäpiiriläisillä on velvollisuus julkistaa omistusosuutensa yhtiöstä. Toisekseen eräiltä sisäpiiriin kuuluilta on kielletty arvopaperimarkkinatransaktioiden tekeminen tietyllä ajanjaksolla. Kolmanneksi sisäpiiritiedon väärinkäyttö on lailla säädetty rangaistavaksi teoksi. Törkeässä tekemuodossa maksimirangaistus on neljä vuotta vankeutta.⁹⁷ Neljänneksi arvopaperimarkkinalain mukaan säännöksiä rikkonut voi joutua vahingonkorvausvastuuseen aiheuttamistaan vahingoista.⁹⁸

Sisäpiirintietoa koskevia rajoituksia lukuun ottamatta osakeyhtiölaki ja arvopaperimarkkinalaki eivät aseta rajoituksia annettavan tiedon laadulle ja määrälle. Hallituksella on kuitenkin velvollisuus suojata yhtiön etuja päättäessään tietylle tarjouksen tekijälle annettavasta tiedosta. Hallituksen tulee myös arvioida, voiko esimerkiksi yhtiön liikesalaisuuksien paljastaminen tarkastuksessa aiheuttaa yhtiölle vahinkoa tarjouksen tekijän allekirjoittamasta salassapitosopimuksesta huolimatta. Jos tarjouksen tekijä ja yhtiö ovat kilpailijoita, myös kilpailulainsäädäntö voi asettaa annettavalle tiedolle rajoituksia.⁹⁹

Kohdeyhtiön hallituksella on velvollisuus huolehtia sisäpiirintiedon asianmukaisesta hallinnasta due diligence -prosessin aikana erityisesti, jos due diligence -tarkastus suoritetaan ajankohtana, jolloin kohdeyhtiössä on vireillä sisäpiirihanke tai muuten yhtiöön liittyvää sisäpiirintietoa. Tässä yhteydessä on syytä huomata, että kaikki kohdeyhtiöllä oleva julkistamaton tieto ei välttämättä ole sisäpiirintietoa.

Rahoitustarkastuksen standardin 5.2b mukaan arvopaperimarkkinalakiin sisältyvä sisäpiirintiedon ilmaisukielto ei yleensä estä sisäpiirintiedon ilmaisemista

⁹⁷ Vakavammissa tapauksissa voidaan rangaista törkeästä sisäpiirintiedon väärinkäytöstä (RL 51-luvun 2 §), jos tahallisessa sisäpiirintiedon väärinkäytössä tavoitellaan erityisen suurta hyötyä tai huomattavaa henkilökohtaista etua, rikoksentehtäjä käyttää rikoksen tekemisessä hyväkseen erityisen vastuullista asemaansa arvopaperin liikkeeseenlaskijan (kuten yhtiö) tai sen kanssa samaan konserniin kuuluvan yhteisön palveluksessa tai edustajana taikka niiden antamassa tehtävässä tai rikos tehdään suunnitelmallisesti ja sisäpiirintiedon väärinkäyttö on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä.

⁹⁸ Wist et al. 2001, s. 438-439

⁹⁹ Keskuskauppakamarin yrityskauppalautekunnan suositus ostatarjouksissa noudatettavista menettelytavoista 2006, s.21-23

neuvottelutilanteissa neuvottelun vastapuolelle ja tämän neuvonantajalle. Ostotarjoustilanteessa due diligence -tarkastuksen suorittaminen on yleensä osa tarjouksen tekijän ja kohdeyhtiön välisiä neuvotteluja. Jos due diligence -tarkastus on osakkeenomistajille tehtävän edullisen tarjouksen edellytyksenä, tarkastuksen salliminen on lähtökohtaisesti myös osakkeenomistajien edun mukaista. Sisäpiirintiedon ilmaisukiellon ei siten yleensä katsota estävän kohdeyhtiötä antamasta tarjouksen tekijälle sisäpiirintietoa due diligence -tarkastuksen yhteydessä. Kohdeyhtiön on kuitenkin ilmoitettava tarjouksen tekijälle tiedon sisäpiiriluonteesta ja tähän liittyvistä oikeudellisista velvollisuuksista sekä huolehdittava salassapitonäkökohdista varmistaakseen tiedon säilymisen luottamuksellisena.¹⁰⁰

Vertailukohtana, Yhdysvaltalaisessa doktriinissa johdon vaitiolovelvollisuutta ei käsitellä erillisenä lojaalisuuskysymyksenä, vaan osana niin sanottua *corporate opportunity* -tematiikkaa. Koska sisäpiirintieto katsotaan yhtiön omaisuudeksi, sen käyttö johdon omaksi hyväksi voidaan katsoa yhtiön omaisuuden väärinkäytöksi ja näin lojaliteettivelvollisuuden vastaiseksi. Johdolla on velvollisuus korvata näin saamansa hyöty yhtiölle.¹⁰¹

3.3. Business judgment rule, liiketoimintapäätösperiaate ja johdon vastuu

Yhdysvaltalaisen doktriinin mukaan huolellisuusvelvollisuus määrittyy niin sanotun ”*business judgment rulen*” eli *liiketoimintapäätösperiaatteen* kautta. Business judgment rule rajoittaa johdon vastuuta liiketoimintaratkaisussa. Liiketoimintapäätösperiaate on formuloitu Delawaren korkeimman oikeuden ratkaisussa *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984) ja toistettu ratkaisussa *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244 (Del. 2000). Periaatteen mukaan hallituksen jäsenet eivät ole vastuussa liiketoimintaratkaisusta, jos¹⁰²:

1. kyseessä ei ole oikeustoimi henkilön itsensä kanssa, eikä käsillä ole intressiristiriitaa käsiteltävän asian suhteen;

¹⁰⁰ ks. sisäpiirisääntelystä tarkemmin AML 5 luku sekä Rahoitustarkastuksen standardi 5.2b

¹⁰¹ Mähönen & Villa I 2006, s. 120

¹⁰² Mähönen & Villa I 2006, s. 112-113

2. hallitus käsittelee asiaa ja ratkaisee sen. Business judgment rule ei siis suojaa passiivisuutta. Sen sijaan päätös olla tekemättä mitään on säännön alainen;
3. hallituksen jäsenet hankkivat asianmukaisen informaation ennen päätöksentekoa. Päätöksen perustaksi on selvitettävä kaikki asiaan vaikuttavat oleelliset tiedot, jotka ovat kohtuullisesti hankittavissa; ja
4. hallituksen toimet eivät ole täysin perusteettomia tai epärationaalisia. Toimella täytyy siis olla järkevä liiketaloudellinen peruste, eikä se saa olla räikeän virheellinen.

Business judgment rule -periaatteeseen perustuva vastuunrajoitus pohjautuu siten siihen oletamaan, että hallituksen jäsen on noudattanut hänelle kuuluvia fidusiaarisia velvollisuuksia – huolellisuus ja lojaliteetti – tehdessään liiketoimintaa koskevia päätöksiä. Tätä presumptiota perustellaan sillä, että ensisijainen vastuu yhtiön valvonnasta ja johtamisesta kuuluu johtajille. Toiseksi johtajilla on parhaat edellytykset tutkia kaikki päätöksentekoa varten saatu tieto ja harkita tämän pohjalta päätöksen tarkoitusta ja oikeudenmukaisuutta (*to be well informed*).¹⁰³

Business judgment rule -periaate ei Yhdysvalloissa ole selkeä ja yksiselitteinen. Sen sisältö ja tulkinta vaihtelevat eri osavaltioissa. Lähtökohtaisesti ollaan kuitenkin yksimielisiä siitä, että johtajan on täytettävä samat vaatimukset kuin toimitsijan (*fiduciary*), eli huolellisuusvelvollisuus- (*duty of care*) ja lojaliteettivelvollisuusvaatimukset.¹⁰⁴

Jo lähes 80 vuoden takaisessa oikeustapauksessa *United Copper Sec. Co v. Amalgamater Copper Co.* tuomioistuin totesi:

“Courts interfere seldom to control such discretion intra vires the corporation except where the directors are guilty of misconduct of equivalent to a breach of trust, or where they stand in a dual relation which prevents an unprejudiced exercise of judgment”

Viitattu tapaus osoittaa, että yhtiön toimialaan (*intra vires*) kuuluvasta hallituksen päätöksestä voi korvausvastuu seurata lähinnä lojaliteettivelvollisuuden rikkomisen perusteella, eli kun selvästi on loukattu johtajan asemaan kuuluvaa luottamussuhdetta

¹⁰³ Salonen 2000, s. 70

¹⁰⁴ Simpson 1988, s. 671

(*breach of trust*), tai toimimalla henkilökohtaisten tai muiden kuin yhtiön intressien mukaan.¹⁰⁵

Yhdysvalloissa ehkä eniten hallituksen jäsenten asemaan ja vastuun arviointiin on vaikuttanut niin sanottu van Gorkom-tapaus. Van Gorkom-tapaus vuodelta 1985 herätti oikeustieteessä laajaa keskustelua. Van Gorkom-tapauksessa yhtiön osakkaat nostivat ryhmäkanteen hallituksen jäseniä vastaan ja vaativat heiltä vahingonkorvausta, koska hallitus oli hyväksynyt fuusiosopimuksen sellaisen yhtiön kanssa, joka oli tarjoutunut lunastamaan yhtiön osakkeet hintaan USD 55. Tarjottu hinta ylitti selvästi yhtiön sen hetkisen pörssikurssin. Kanteessaan osakkaat toivat esiin, että osakkeiden hinta ei vastannut yhtiön käypää arvoa, ja siten fuusiosopimuksesta aiheutui osakkaille tappiota.

Kantajat moittivat hallituksen jäseniä huolimattomuudesta, kun he olivat hyväksyneet fuusiosopimuksen (*cash out merger*), ja siitä, ettei hallitus esittänyt kaikkea tarpeellista tietoa osakkaille kun sopimuksen hyväksymisestä päätettiin yhtiökokouksessa. Hallituksen kokouksessa, joka kutsuttiin kokoon päivää aikaisemmin, puheenjohtaja van Gorkom antoi lyhyen suullisen selostuksen ostotarjouksen sisällöstä. Hallituksen jäsenillä ei kiireisen aikataulun aiheuttaman ajanpuutteen vuoksi ollut mahdollisuutta perehtyä neuvotellun hintasopimuksen sisältöön. Hallituksen puheenjohtajan neuvotteleman hintasopimuksen perusteeksi ei annettu mitään lisäinformaatiota. Hallituksen muut jäsenet eivät tieneet, että hintaehdotus oli hallituksen puheenjohtajan van Gorkomin ehdottama, eikä se itse asiassa perustunut osapuolten neuvottelemaan hintaan. Hallituksen muilla jäsenillä oli noin kaksi tuntia kestäneessä hallituksen kokouksessa jonkin verran yhtiön asianajajalta ja hallintoa edustavalta johtajalta saatua informaatiota. Tietoa siitä, että hallintoa edustaneet johtajat vastustivat tarjousta, ei hallituksen jäsenille paljastettu. Hallitus hyväksyi ostotarjouksen sellaisenaan.¹⁰⁶

Tapaus herätti kaksi kysymystä: *oliko hallitus menetellyt huolimattomasti ja oliko vahinkoa aiheutunut?*

Van Gorkom -tapaus osoittaa, miten business judgment rule-periaatteen huolellisuusvelvollisuusvaatimus tuossa yksittäisessä tapauksessa olisi pitänyt täyttää ja

¹⁰⁵ Salonen 2006, s. 70

¹⁰⁶ Salonen, 2000, s. 71

miten se yleensä pitää täyttää. Johtopäätöksenä van Gorkom-tapauksesta voidaan todeta, että keskeistä hallituksen johtamistehtävien hoidossa on tarpeellisen tiedon hankinta, hankittuun tietoon tutustuminen, siitä keskusteleminen hallituksen sisällä ja yhtiön ammattijohtajien kanssa. Tarvittaessa on käytävä konsultaatiota ulkopuolisten asiantuntijoiden kanssa, arvioitava päätöksen vaikutuksia ja pohdittava eri vaihtoehtojen merkitystä ja seurauksia. Tähän työhön on varattava riittävästi aikaa, ja kaikkien hallituksen jäsenten käsitysten ja keskustelujen sisällön on ilmettävä riittävän selvästi hallituksen pöytäkirjoista.¹⁰⁷ Van Gorkom-tapauksen on USA:ssa katsottu aiheuttaneen sen, että yhtiön olisi turvauduttava ulkopuoliseen asiantuntija-apuun, mikäli yhtiöllä ei ole asiantuntijoita omasta takaa.¹⁰⁸

Mähönen ja Villa¹⁰⁹ tuovat esiin, että osakeyhtiölain perustelujen mukaan Suomessa sovelletaan liiketoimintapäätösperiaatetta (business judgment rule) lähes sellaisenaan. Huolellisuusvaatimus on täytetty, kun ratkaisun taustaksi on hankittu tilanteen edellyttämä asianmukainen tieto, sen perusteella on tehty johdonmukainen päätös tai muu toimi, eivätkä päätöksen tai muun toimen tekoon ole vaikuttaneet johdon jäsenten eturistiriidat.¹¹⁰

Sekä business judgment rulen että liiketoimintapäätösperiaatteen käytössä näyttösäännöt eroavat muodollisesti jonkin verran toisistaan, mutta lopputuloksessa ei ole suurta käytännön eroa.¹¹¹ Molemmissa näyttötaakka periaatteen rikkomisesta on lähtökohtaisesti kantajalla; OYL 22:1.3:n tuottamusolettama ei näet koske pelkkää huolellisuusvelvollisuuden rikkomista. Toisaalta molemmissa maissa prosessuaaliset näyttötaakkasäännökset tasaavat näyttövelvollisuutta. Yhdysvalloissa prosessioikeus antaa kantajalle varsin laajan oikeuden vaatia oikeudenkäynnin vastapuolta toimittamaan asiakirjoja, joilla saattaa olla vaikutusta oikeudenkäyntiin ja jotka helpottavat liiketoimintapäätösperiaatteen rikkomisen näyttämistä.¹¹²

¹⁰⁷ Pöytäkirjamerkinnoilla ei ole OYL:n mukaan materiaalista merkitystä, mutta ne helpottavat todistelua.

¹⁰⁸ Salonen, 2000, s.73

¹⁰⁹ I, 2006, s. 114

¹¹⁰ HE 109/2005 vp, s. 195

¹¹¹ Mähönen & Villa II 2006, s. 303

¹¹² Savela 2001, s. 24; 2006, s. 89

Suomessa näyttötaakkasäännökset eivät ole puolestaan niin tiukkoja, että kantajalla olisi velvollisuus näyttää liiketoimintapäätösperiaatteen rikkominen kokonaisuudessaan. Jos hän saa horjutettua riittävästi tuomioistuimen luottamusta siihen, että liiketoimintapäätösperiaatetta olisi noudatettu, näyttötaakka siirtyy vastaajana oleville johtoon kuuluville, joiden tulee esittää näyttöä sen tueksi, että liiketoimintapäätösperiaatetta on noudatettu.¹¹³

3.4. Vahingonkorvaus osakeyhtiölain mukaan

Osakeyhtiölaissa on sekä erityisiä vahingonkorvausnormeja että rangaistussäännöksiä. Vahingonkorvaussäännökset ovat lain 22 luvussa ja rangaistussäännökset 25 luvussa.

Johtoon kuuluvien henkilöiden osakeyhtiöoikeudellista vastuuta koskeva säännös on kaksiosainen: hallituksen jäsenen, hallintoneuvoston jäsenen ja toimitusjohtajan on korvattava yhtäältä vahinko, jonka hän on tehtävässään OYL 1:8:ssa säädetyn huolellisuusvelvoitteen vastaisesti tahallaan tai huolimattomuudesta aiheuttanut yhtiölle (OYL 22:1.1), toisaalta heidän on korvattava myös vahinko, jonka he ovat tehtävässään muuten osakeyhtiölakia tai yhtiöjärjestystä rikkomalla tahallaan tai huolimattomuudesta aiheuttaneet yhtiölle, osakkeenomistajalle tai muulle henkilölle (OYL 22:1.2).¹¹⁴ Lisäksi OYL:ssa on säännökset osakkeenomistajan ja yhtiökokouksen puheenjohtajan vastuusta. Tilintarkastajan vastuusta OYL:ssa on viittaussäännös, jonka mukaan tilintarkastajan vahingonkorvausvelvollisuudesta säädetään tilintarkastuslain yleisessä korvaussäännöksessä eli TTL 44 §:ssä.

Säännökset muodostavat kuitenkin vain osan osakeyhtiöoikeudellista vastuujärjestelmää. Osakeyhtiölaissa säädetään ensinnäkin ainoastaan tiettyjen yhtiön sidosryhmien, toisin sanoen yhtiön johtoon kuuluvien eli hallituksen ja hallintoneuvoston jäsenten sekä toimitusjohtajan, osakkeenomistajien, yhtiökokouksen puheenjohtajan ja tilintarkastajien osakeyhtiöoikeudellisesta vastuusta yhtiötä, osakkeenomistajaa ja kolmatta kohtaan.¹¹⁵

¹¹³ Mähönen & Villa II 2006, s. 303

¹¹⁴ Mähönen & Villa III 2006, s. 277

¹¹⁵ Mähönen & Villa III 2006, s. 277

Osakeyhtiölain sääntelyn ulkopuolelle on jätetty kokonaan yhtiön oma vastuu sekä yhtiön eri sidosryhmiin kuuluvien henkilöiden henkilökohtainen vastuu muulla kuin osakeyhtiöoikeudellisella perusteella. Osakeyhtiöoikeudellista vastuuta koskevat säännökset eivät siis sulje pois muun korvausvastuun mahdollisuutta.¹¹⁶ Niin sanotun rinnakkaisperiaatteen mukaan vahingonkorvaus voi tulla maksettavaksi samaan tosiseikastoon perustuen joko erityislainsäädännön sisältämän korvausnormiston tai VahL:n nojalla, ellei jälkimmäinen vaihtoehto tapaukseen sovellettaessa erityislainsäädännössä ole poissuljettu.¹¹⁷

Suomessa yhtiöoikeudellinen peruseriaate on, että yhtiökokous voi ottaa vahingonkorvausta koskevan asian uudelleen päätettäväkseen ja tehdä siinä aikaisemmasta poikkeavan päätöksen. Tähän periaatteeseen on kuitenkin tehty poikkeus vastuuvapauden myöntämispäätöksen osalta, joka on vakiintuneesti ymmärretty ratkaisuksi, jolla korvausvelvollinen lopullisesti vapautetaan vastuusta. OYL 5:3.2:n 3 kohdan mukaan varsinaisessa yhtiökokouksessa on päätettävä vastuuvapaudesta hallituksen jäsenille, hallintoneuvoston jäsenille ja toimitusjohtajalle.¹¹⁸ Vastuuvapauspäätöksen sitovuus edellyttää, että yhtiökokoukselle on annettu olennaisesti oikeat ja riittävät tiedot korvausvelvollisuuden perusteena olevasta päätöksestä tai toimenpiteestä.

Osakeyhtiöoikeuden keskeisenä periaatteena pidetään yleisesti, että yhtiö itsenäisenä oikeussubjektina vastaa omista sitoumuksistaan yksin omalla erillisvarallisuudellaan, eivätkä sen osakkeenomistajat taikka sen orgaaneina toimineet henkilöt ole vastuussa sen velvoitteista. Vaikka sopimuksen yhtiön puolesta tekisikin hallitus tai toimitusjohtaja, eivät nämä joudu vastuuseen mahdollisen yhtiön sopimusrikkomuksen takia. Vastuu sopimuksen täyttämisestä ja mahdollisen suoritusvirheen seuraamuksista on yhtiön. Yhtiön johto on puolestaan vastuussa toimistaan yhtiölle. Yhtiön vastuu sopimuskumppaneitaan tai muita tahoja kohtaan ratkaistaan taas sopimus- ja vahingonkorvausoikeuden sääntöjen mukaan.¹¹⁹

¹¹⁶ Mähönen & Villa III 2006, s. 277

¹¹⁷ Laine 2011, s.166

¹¹⁸ Mähönen et al. 2006, s. 621

¹¹⁹ Laine 2011, s. 164

OYL 22 luvun vahingonkorvaussäännökset ovat lähtökohtaisesti pakottavia. Nimenomainen poikkeus vahingonkorvausvastuusta on kuitenkin OYL 2:10.3:ssä, jonka mukaan hallitus ja toimitusjohtaja voivat ilman henkilökohtaista vastuuta käyttää puhevaltaa yhtiön perustamista koskeissa asioissa ja ryhtyä toimenpiteisiin osakkeista suoritettavan maksun saamiseksi. Säännöstä tulee kuitenkin tulkita suppeasti: se ei tarkoita, etteivätkö hallitus ja toimitusjohtaja saata olla OYL 22 luvun säännösten nojalla vastuussa muusta vahingosta, joka on aiheutettu ennen yhtiön rekisteröintiä. Muutoin johdon, osakkeenomistajan, yhtiökokouksen puheenjohtajan ja tilintarkastajan yhtiöoikeudellista (OYL 22 lukuun ja TTL 44 §:ään perustuvaa) korvausvastuuta yhtiölle voidaan kuitenkin yhtiöjärjestyksessä tietyin edellytyksin osakkeenomistajien yksimielisellä päätöksellä rajoittaa.¹²⁰

Yhtiöjärjestyksessä ei kuitenkaan voida rajoittaa oikeutta yhtiöoikeudelliseen vahingonkorvaukseen, jos vahinko on aiheutettu (OYL 22:9.1):

1. Rikkomalla säännöksiä, joista ei voida poiketa yhtiöjärjestyksen määräyksellä taikka
2. muuten tahallaan tai törkeästi huolimattomuudesta.

Laitisen¹²¹ mukaan hallituksen vastuuvapaus on Yhdysvalloissa hyvin rajallinen. Päinvastoin kuin Suomessa, Yhdysvalloissa hallituksille ei voida myöntää yleisiä vastuuvapauksia. Osakeyhtiöt voivat kuitenkin lisätä yhtiöjärjestykseensä rajallisen vastuuvapauden niitä tapauksia varten, joissa hallitus on rikkonut huolellisuusvelvollisuuttaan tai -vastuutaan. Sen sijaan uskollisuusvelvollisuudesta (*duty of loyalty*) ei ole mahdollista saada vastuuvapautta. Vastuuvapautta ei voi myöskään saada esimerkiksi tahallisesta vääryydestä tai tietoisesta lain rikkomisesta, eikä asiasta, jonka perusteella hallituksen jäsen on saanut sopimatonta henkilökohtaista etua.¹²² Tässä valossa on ymmärrettävää, että vastuukysymyksiin suhtaudutaan Yhdysvalloissa myös (vendor) due diligence -asioissa erityisen varovaisesti.

Henkilökohtaiseen vastuuseen voi joutua muissakin laissa erikseen määrätyissä tilanteissa. Yhdysvalloissa yritysten vakuutuspaketteihin kuuluvat niin sanotut D&O

¹²⁰ Mähönen et. al 2006, s. 629

¹²¹ 2007, s.129

¹²² Laitinen 2007, s. 129

(*Director & Officer*) -vakuutukset, joilla pyritään suojaamaan hallitusten jäseniä henkilökohtaiselta korvausvastuulta hallitustyöhön liittyen.¹²³

Johdon vastuuta sääntelevä lainsäädäntö vaihtelee maakohtaisesti, joten vastuu voi samankaltaisessa tilanteessa muodostua hyvinkin erilaiseksi sovellettavan lainsäädännön mukaan. Vertailun vuoksi, Juhani Laine¹²⁴ on esittänyt, että Norjan osakeyhtiölainsäädäntö tarjoaa esimerkin yhtiön johdon vahingonkorvausvastuuta koskevasta sääntelystä, joka *ei* estäisi yhtiön sopimuskumppania tai muuta kolmatta tahoja esittämästä korvausvaatimusta yhtiön johtoa kohtaan, jos se on tehtävässään tahallisesti tai tuottamuksella aiheuttanut vahingon, eikä korvausta olisi mahdollista saada yhtiöltä.

OYL 22 luvun 1 §:n muuttaminen tässä suhteessa Norjan osakeyhtiölainsäädäntöä vastaavaksi antaisi mahdollisuuden puuttua niin sanottuun sarjayrittäjyyteen suoraan nimenomaisen ja ei-tulkinnanvaraisen korvausnormin perusteella. Norjassa on katsottu, että sellainen hallituksen jäsen, joka yhtiön nimissä on tehnyt sopimuksen tietoisena siitä, ettei yhtiö kykene täyttämään sopimuksen mukaisia velvoitteitaan, voi joutua korvausvastuuseen yhtiön sopimuskumppaniin nähden. Ensisijainen vastuu on kuitenkin yhtiöllä itsellään.¹²⁵

¹²³ Laitinen 2007, s. 130

¹²⁴ Laine 2011, s.168

¹²⁵ Laine 2011, s.168

4. LAINSÄÄDÄNTÖPOHJA JA SOVELTUVAT OIKEUDELLISET PERIAATTEET

4.1. Vahingonkorvausoikeus

4.1.1. *Sopimusvastuu ja sopimuksenulkoisen vastuu*

Vahingonkorvausoikeudesta puhuttaessa keskeistä on jako sopimusperusteiseen ja sopimuksenulkoiseen, eli deliktiperusteiseen korvausvastuuseen. Sopimusperusteisesta korvausvastuusta Suomessa ei ole yleislakia, mutta sitä säännellään useissa sopimuskohtaisissa laeissa, kuten kauppalaissa, kuluttajansuojalaissa ja kuljetussopimuksia koskevissa laeissa.

Jos vahinko on aiheutunut sopimussuhteessa, vastuuperusteen olemassaoloa arvioidaan sopimusperusteista vastuuta koskevien normien eli sopimusnormien mukaan. Jos taas mainittua sopimussuhdetta ei ole, vaatimukset on perustettava deliktinormeihin. Tämän erottelun ylläpitäminen on kuitenkin osoittautunut vaikeaksi.¹²⁶

Sopimuksenulkoista vastuuta sääntelee vahingonkorvauslaki (VahL), joka on aihepiiriä sääntelevä yleislaki siinä mielessä, että se käsittää erilaiset sopimuksenulkoisen korvausvastuun tilanteet, ellei niistä ole säädetty jollakin muulla lailla.¹²⁷ Deliktivastuussa vastuuperusteet on jaettu sen mukaan, edellytetäänkö vahingonaiheuttajan tuottamusta vai syntykö korvausvastuu tuottamuksesta riippumatta. Vahingonkorvausvastuu on perinteisesti perustunut tuottamusvastuulle. Vahinkojen korvaamista koskeva pääperiaate on ollut, että tahallisesti tai huolimattomuudella toiselle aiheutetut vahingot on korvattava. Korvausvelvollisuus syntyy siitä, ettei vahingonaiheuttaja ole täyttänyt voimassa olevassa oikeudessa asetettuja huolellisuusvaatimuksia. Korvausvelvollinen on rikkomalla huolellisuusnormeja syyllistynyt oikeuden loukkaukseen.¹²⁸

¹²⁶ Mononen 2004, s. 1380

¹²⁷ Hemmo 2005 I, s. 17

¹²⁸ Mononen 2004, s. 1380

Sen sijaan ankarassa vastuussa edellytyksenä ei ole asetettujen normien rikkominen. Ankaruus vastuu perustuu siihen, että toimintaa harjoittavan on korvattava toiminnastaan aiheutuneet vahingot. Ankaruutta vastuuta on pidetty poikkeuksena, ja se on kehittynyt erityislainsäädännön ja oikeuskäytännön kautta. Yleisenä huomiona voidaan todeta, että ankaruuden vastuun ala on kasvanut merkittäväällä tavalla viimeisen kahdenkymmenen vuoden aikana.¹²⁹

Poikkeuksettomuuden vastuun vallitessa korvausvastuu välittömistä vahingoista syntyy, kun tehty suoritus ei vastaa soveltuvan virhemääritelmän mukaisia vaatimuksia. Suoritusvelvollinen ei voi enää tämän jälkeen estää vastuuta millään ylivoimaisista syistä tai muista sellaisista seikoista koskevalla näytöllä. Ankaruudesta huolimatta tämä vastuuperuste ei merkitse kovinkaan radikaalia poikkeusta aikaisemmasta, koska sopimusvelkojalla on muutenkin ollut ehdoton oikeus hinnanalennukseen. Poikkeukseton vastuu välittömistä vahingoista tuo tähän nähden tehostettua suojaa oikeastaan vain siltä osin, että erilaiset virheen selvittelyyn ja reklamaation aiheuttamat kustannukset sekä virheen korjauksen aiheuttamat menot tulevat korvausvastuun piiriin.¹³⁰

Osa sopimusoikeudellisesta lainsäädännöstä, kuten kauppalaki ja kuluttajansuojalaki, rakentuu kontrollivastuun ja tuottamusvastuun erottelulle. Näissä laeissa kontrollivastuun on välittömien vahinkojen korvaamista koskeva vastuuperuste, kun taas tuottamus on välillisten vahinkojen korvausedellytys.¹³¹

Kontrollivastuun vallitessa suorituksessaan viivästynyt tai virheellisen suorituksen tehnyt on korvausvelvollinen, ellei hän näytä erityisen vapautumisperusteen olemassaoloa. Kontrollivastuun mukainen vastuusta vapautuminen tulee kysymykseen, jos velallinen osoittaa, että viivästyminen tai virheellinen suoritus on johtunut hänen vaikutusmahdollisuuksiensa ulkopuolisesta esteestä. Lisäksi esteen on vielä pitänyt olla sopimuksentekohetkellä ennakoimaton ja sellainen, jota velallinen ei ole voinut välttää tai voittaa. Tuottamusvastuu on kauppalakia ja kuluttajansuojalakia säädettäessä ajateltu jonkin verran kontrollivastuuta vaikeammin täyttyväksi vastuuperusteeksi. Tuottamuksen

¹²⁹ Mononen 2004, s. 1380

¹³⁰ Hemmo 2005 III, s. 307-308

¹³¹ Hemmo 2005 I, s. 19

puuttuminen johtaa näiden lakien mukaan siihen, että velallinen onnistuu välttämään välillisiä vahinkoja koskevan vastuun.¹³²

Tarkasteltaessa vahingonkorvausjärjestelmää preventionäkökulmasta nousee esiin kysymys vahingonaiheuttajan tuottamuksen ja tuottamuksen asteen merkityksestä. Yhtäältä voidaan lähteä siitä, että kaikenasteinen tuottamus on osoitus vahingonaiheuttajan käyttäytymisen moitittavuudesta ja aiheuttaa siksi täyden vahingonkorvausvastuun. Toisaalta voidaan ajatella, että korvausvastuun laajuuden tulisi määräytyä vahingonaiheuttajan osoittaman syyllisyydenasteen nojalla. Reparatiivisesta näkökulmasta, vahingonkärsijän kannalta katsottuna, aiheutunut vahinko ja sen korvaaminen on tietysti keskeistä, mutta tuottamuksen asteellakin voidaan kuitenkin ainakin joissakin tilanteissa ajatella olevan merkitystä sille, millaista korvausta vahingonkärsijä pitää kannaltaan oikeudenmukaisena.¹³³

Vahingonkorvausvastuun edellytyksenä on myös vahingon *ennalta-arvattavuus* eli *adekvaattisuus*. Tämä merkitsee vahingonaiheuttajan suojaamista sellaista korvausvastuuta vastaan, johon hänellä ei ole edellytyksiä varautua. Vahingonaiheuttajalla on siis oltava mahdollisuus toimia siten, että korvattavaa vahinkoa ei synny.¹³⁴

Kontrollivastuun ja tuottamusvastuun erottelu ei koske kaikkia sopimustyypppejä. Esimerkiksi erilaisten neuvonta-, säilytys- ja hoitopalvelujen tarjoajan vastuu rakentuu niin sanotulle ekskulpaatiovastuulle, jota ennen kauppalain säätämistä pidettiin johtavana sopimusoikeudellisena vastuuperusteena. Ekskulpaatiovastuussa on kysymys käännettyyn todistustaakkaan perustuvasta tuottamusvastuusta, jonka vallitessa velallinen joutuu sopimusrikkomuksensa perusteella korvausvelvolliseksi, ellei hän näytä menetelleensä kaikin puolin huolellisesti. Käytännössä kontrollivastuun ja ekskulpaatiovastuun ankaruudessa ei ole kovin merkittävää eroa.¹³⁵

Huomionarvoista on, että ekskulpaatiovastuuseen liittyy sopimusoikeudelle ominainen laaja vastuu apuna käytetyistä täytäntöönpanoapulaisista. Ero VahL:n mukaiseen

¹³² Hemmo 2005 I, s. 19

¹³³ Norio-Timonen 2007, s. 807

¹³⁴ Norio-Timonen 2007, s. 808

¹³⁵ Hemmo 2005 I, s. 19

sopimuksenulkoiseen isännänvastuuseen on selvä. VahL:n 3 luvun mukainen isännänvastuu käsittää vain työntekijän, virkamiehen, eräiden näihin rinnastettavien henkilöiden¹³⁶ ja työntekijään rinnastettavan itsenäisen yrittäjän aiheuttamat vahingot. Sopimusperusteinen vastuu käsittää sen sijaan sopimuksen täyttämässä apuna käytetyn itsenäisen yrityksen aiheuttamat vahingot yrityksen koosta ja toimeksiantosuhteen erityispiirteistä riippumatta. Jos suoritusvirhe johtuu alihankkijan, kuljetusyhtiön tai muun apulaisen toiminnassa tapahtuneesta virheestä, vastuusta vapautuminen edellyttää ekskulpaationäytön esittämistä niin velallisen kuin kyseisen täytäntöönpanoapulaisenkin osalta.¹³⁷

4.1.2. Sopimusvastuun laajentumisen merkitys

Sopimusvastuu on laajentunut ja siten vallannut alaa deliktivastuulta. Koska sopimusvastuu nähdään myös deliktivastuuseen nähden ankarampana vastuumuotona, tämä kehitys on vaikuttanut vahingonkorvausvastuun ankaroitumiseen. Sopimusvastuun laajentumisen taustalla ovat muutokset sopimuksen käsitteessä. Sopimuksen käsitteen väljentyminen ilmentää periaatteellista muutosta sopimusoikeudessa. Sen mukaan sopimusoikeudessa siirrytään kategorisoivasta luokittelusta taloudellisen vaihdannan tosiasiallisia rakenteita ja yhteistoimintasuhteiden tosiasiallisia piirteitä ja intensiteettiä painottavaan ajattelutapaan. Sopimusnormien soveltuvuus ei ole joko-tai-luonteinen kysymys, vaan sopimusvastuuta laajennetaan olosuhteisiin, joihin liittyy sopimussuhteille tyypillisiä elementtejä. Keskeinen huomio kohdistuu siihen, miten perusteltuja osapuolten odotukset ovat.¹³⁸

Luottamuksen suojan vahvistuminen johtaa myös varovaisuus- ja varautumisperiaatteen merkityksen kasvuun. Korvausvastuun ankaroituminen merkitsee, että toimintaa harjoittavien on kiinnitettävä enemmän huomiota riskien ennakointiin ja hallintaan.¹³⁹ Tähän liittyen tullaan kappaleessa viisi tarkastelemaan laajemmin sopimusoikeuden niin sanotun harmaan alueen käsitettä.

¹³⁶ VahL 3:1.3

¹³⁷ Hemmo 2003, s. 239

¹³⁸ Mononen 2004, s. 1388

¹³⁹ Mononen 2004, s. 1388

Oikeuskäytännöllä on vahingonkorvausoikeudessa varsin tärkeä asema. Monin kohdin normisto tukeutuu vahvasti prejudikatuuriin. Tällaisia aihepiirejä ovat esimerkiksi ankaran vastuun soveltamisala, syy-yhteysvaatimus ja siihen liittyvät korvausvastuun rajoitukset, työntekijän korvausvastuu työnantajan sopimuskumppania kohtaan, varallisuusvahinkojen korvauskelpoisuus¹⁴⁰, sekä eräät aineettomien vahinkojen korvausmäärät.¹⁴¹ Yhdysvalloissa tämä piirre on sopimusoikeudelle hyvin leimallinen ja perussopimusoikeus on vain harvoissa tapauksissa kodifioitu. Sopimusoikeus on ensisijaisesti common law -oikeutta, joka muodostuu oikeustapauksista.¹⁴²

4.2. Sopimusoikeudellisten periaatteiden merkitys

4.2.1. Sopimusvapaus ja sopimuksen sitovuus lähtökohtina

Sopimusvapaudella on sopimusoikeuden kantavana periaatteena tärkeä merkitys sopimusvastuun muotoutumisessa. Taustalla on perustava lähtökohta vapaudesta keskeisenä perusoikeutena. Ennen kaikkea sopimusvapaudessa korostuu sopijapuolille kuuluva sisältövapaus. Sopimusosapuolilla on oikeus määrätä haluamallaan tavalla sopimuksen sisältö ja siten myös sopimusvastuuseen liittyvät seikat. Oikeusjärjestys antaa sopijapuolille oikeuden asettaa sopijapuolia sitovia sopimusnormeja (yksityisnormi).¹⁴³

Sopimusvapauden puitteissa osapuolet voivat määrätä kaikista sopimusvastuun syntymiseen liittyvistä kysymyksistä. Osapuolet voivat määrittää muun muassa sen, mitä pidetään sopimusrikkomuksena, millaista vastuuperustetta korvausvastuu edellyttää ja millaisiin vahinkoihin korvausvastuu ulottuu.¹⁴⁴ Toisaalta sopimusten sitovuus (*pacta sunt servanda*) on sopimusoikeuden klassinen perusta. Sen mukaan toimijat voivat keskinäisellä päätöksellään velvoittautua toisiaan kohtaan niin, että syntyneet sopimusvelvoitteet pannaan viime kädessä täytäntöön tuomioistuinlaitoksen ja ulosottokoneiston avulla. Toisaalta sopimusten sitovuus ei ole mitenkään absoluuttista. Sopiminen menettää merkityksensä aina silloin, kun pakottava lainsäädäntö poikkeaa

¹⁴⁰ VahL 5:1:n soveltaminen

¹⁴¹ Hemmo 2005 II, s. 17

¹⁴² Perillo 2003, s.15

¹⁴³ Mononen 2004, s. 1381

¹⁴⁴ Mononen 2004, s. 1381

osapuolten päättämistä ehdoista. Muulloinkin sitovuuteen voidaan puuttua erilaisin kriteerein, jotka ovat joko sopimuksen syntytapaan (esimerkiksi harhaanjohtaminen sopimuksen valmisteluvaiheessa) tai sisältöön (veloitteiden kohtuuton epätasapaino) liittyviä.¹⁴⁵

Sopimusvapaudella on keskeinen merkitys vaihdantajärjestelmän kulmakivenä länsimaisissa yhteiskunnissa. Silä on samalla tärkeä yhteys muihin taloudellista toimintaa koskeviin vapauden muotoihin, kuten elinkeinonvapauteen, liikkeenperustamisvapauteen ja yhdistymisvapauteen. Viimeksi mainittujen vapauksien toteuttaminen ei olisi mahdollista ilman vapaasti solmittavia sopimuksia.¹⁴⁶

Sopimusoikeuden kehitys on vaikuttanut sopimusvapauden olennaisimmaksi osa-alueeksi katsotun sisältövapauden asemaan. Tavallisin syy sisältövapauden rajoittamiseen on pyrkimys heikomman suojan tehostamiseen. Kuluttajansuojalainsäädännölle on tyypillistä, että vähintäänkin suuri osa säännöksistä on yksipuolisesti pakottavia niin, ettei niistä voida pätevästi poiketa kuluttajan vahingoksi. Elinkeinoelämän sopimussuhteissa pakottava sääntely on vastaavasti harvinaista, ja sopimusvapaus on vahva pääsääntö.¹⁴⁷

Sopimusvapauden asemasta on oikeuskirjallisuudessa käyty runsaasti keskustelua. Päähuomio on kohdistunut siihen, missä määrin muut sopimusoikeuden kantavat periaatteet ovat kaventaneet sopimusvapauden hallitsevaa asemaa. Ennen kaikkea on tarkasteltu sitä, mikä on ollut luottamuksensuojan, kohtuusperiaatteen sekä heikomman suojan vaikutus.¹⁴⁸

4.2.2. Yhdenvertaisuus

Sopijaosapuolilla on kyky ja mahdollisuus arvioida oikeustoimen merkitys omien intressiensä kannalta. Niiden oletetaan olevan yhdenvertaiset molemmilla osapuolilla. Tämä on oikeusjärjestyksen lähtökohta ja pääperiaate. Vain sellaisissa tapauksissa, joissa tämä mahdollisuus joko tyypillisenä sopijapuoliasemana (esimerkiksi kuluttaja-

¹⁴⁵ Hemmo 2006, s. 52-53

¹⁴⁶ Hemmo 2006, s. 61

¹⁴⁷ Hemmo 2006, s. 63

¹⁴⁸ Mononen 2004, s. 1381

elinkeinonharjoittaja) tai tyypillisiltä vaikutuksiltaan (esimerkiksi olosuhteiden kohtuuton muutos) on osapuolilla erilainen, tulevat kysymykseen erivertaisuutta tasoittavat ja korvaavat oikeudelliset keinot.¹⁴⁹

Yhdenvertaisuuden periaatteella on tärkeä taustamerkitys useamman oikeusperiaatteen kannalta. Sen perustapaus on niin sanottu heikompaa suojaava, pakottava lainsäädäntö, mutta se ulottuu myös kohtuus- ja lojaliteettiperiaatteen eräisiin keskeisiin sovellustilanteisiin. Itsenäisenä periaatteena sitä ei juuri sopimusoikeudessa käytetä.¹⁵⁰

Yhdenvertaisuuden periaatteen merkittävää laajentumista edustaa nykyään ajatus, että taloudellisen yhdenvertaisuuden ohella myös tiedollinen tasavertaisuus on relevantti seikka sopimuksen pätevyyttä, kohtuullisuutta tai osapuolten toimimisvelvoitteita koskevissa kysymyksissä. On sanottu, että nykyään sopimus ei ole enää perinteisen liberalismiin mukainen oman eduntavoittelun instrumentti, vaan sopijapuolten yhteisen edun ja vastavuoroisuuden väline, jossa täytyy kohtuullisesti ottaa huomioon myös toisen osapuolen perustellut intressit. Yhdenvertaisuus on tuonut myös vastavuoroisen toimimisen velvoitteita.¹⁵¹ Yhdenvertaisuuden vaatimus sopimussuhteissa alkaa jo sopimusneuvotteluissa¹⁵² ja jatkuu sopimuksen ”jälkivaikutuksiin”, jos sopimus raukeaa virheen tai viivästyksen johdosta.¹⁵³

Mäkelä¹⁵⁴ on pohtinut sitä, missä määrin tietämättömyys oikeuden sisällöstä vaikuttaa vastuun rakentumiseen. Säännösten ja periaatteiden tulkinta ja hallitseminen voi olla haasteellista etenkin tulkinnanvaraisempien säännösten ja sellaisten tilanteiden kohdalla, joissa tulkinta edellyttää usein oikeusjärjestelmän, tai ainakin oikeudenalan, kattavampaa tuntemusta. Tilanne saattaa olla myös sellainen, että oikeustila on aidosti epäselvä, jolloin oikeudellisilla asiantuntijoillakaan ei ole yhteistä käsitystä siitä, miten tilannetta olisi oikeudellisesti arvioitava. Ratkaisevaa ei kuitenkaan Mäkelän mukaan ole se, millaisten tietojen varassa henkilöt tosiasiaassa tekevät sopimuksia, vaan se, olisiko heidän tullut ottaa selvää oikeuden sisällöstä. Oikeuserhdystä koskevan sopimusoikeudellisen

¹⁴⁹ Saarnilehto 2000, s. 82-83

¹⁵⁰ Saarnilehto 2000, s. 82-83

¹⁵¹ Saarnilehto 2000, s. 84

¹⁵² Ks. esim. KKO 1993:130, jossa taloudellisesti yhdenvertaisten sopijapuolten sopimussuhteessa katsottiin, että se, jolla informaatio on helpoimmin saatavissa, on velvollinen tiedottamaan siitä toiselle osapuolelle.

¹⁵³ Saarnilehto 2000, s. 84

¹⁵⁴ 2010, s. 657

tutkimuksen ydin liittyy toisaalta tämän selonottovelvollisuuden arvioimiseen eri näkökulmista ja toisaalta erehtyneen osapuolen sopijakumppanin luottamuksensuojan arvioimiseen.

Mäkelän mukaan viimeaikaisessa oikeuskehityksessä on nähtävissä tiettyjä viitteitä lieventyneestä suhtautumisesta oikeuserehdykseen ja ne voidaan liittää oikeusjärjestelmässä tapahtuneisiin muutoksiin. Ensinnäkin sääntelyn määrä on kasvanut radikaalilla tavalla viimeisen sadan vuoden aikana. Tähän liittyen oikeuskirjallisuudessa on puhuttu normitulvan mukanaan tuomista ongelmista. Oikeuden sisällön selvittämistä ei vaikeuta yksinomaan sääntelyn määrän kasvu, sillä oikeusjärjestys on samanaikaisesti myös monimutkaistunut. Monimutkaistuminen johtuu muun muassa yhä suppeampien alojen erityissääntelyn lisääntymisestä, jonka seurauksena oikeusjärjestelmästä on tullut vaikeammin hallittava. Monimutkaistumiseen on vaikuttanut myös sääntelyn kansainvälistyminen, jossa keskeinen rooli on ollut EU-sääntelyllä. Nämä muutokset ovat tehneet oikeuden tuntemisvaatimuksesta yhä vaativamman.¹⁵⁵

Luottamuksensuojan periaatteen vahva asema sopimusoikeuden järjestelmässä johtaa kysymään, onko perusteltua suojata erehtyneen osapuolen sopijakumppanin luottamusta niissäkin tilanteissa, joissa olettaen kaikkien tuntemasta oikeudesta ei selvästikään pidä paikkaansa. Onko perusteltua estää oikeuserehdykseen vetoaminen myös niissä tilanteissa, joissa sopimuskumppani on voinut havaita toisen osapuolen erehtyneen oikeuden sisällöstä?¹⁵⁶

Kysyä voidaan myös, onko molemmilla sopimusoapuolilla yhtä laaja oikeuden sisältöä koskeva selonottovelvollisuus heidän oikeudellisen asiantuntemuksensa tason ollessa suuressa epätasapainossa. Sopimusoikeudellisen harkinnan kannalta sopijapuolten välisten selonotto- ja tiedonantovelvollisuuksien määrittäminen on keskeisessä asemassa. Tältä kannalta oikeuserehdyksenkin arvioinnissa on otettava huomioon yleinen asiantuntijoiden vastuun kiristymistä koskeva kehitys. Tämä on merkinnyt erityisesti asiantuntijoiden laajentunutta tiedonantovelvollisuutta.

¹⁵⁵ Mäkelä 2010, s. 657

¹⁵⁶ Mäkelä 2010, s. 657

4.2.3. *Luottamuksensuoja ja lojaliteetti*

Luottamus on moniulotteinen ilmiö. Sitä on vuosien ajan tutkittu eri tieteellisissä yhteyksissä, mutta vähintään yhtä kauan sillä on myös ollut suurta merkitystä käytännön toiminnassa, esimerkiksi kaupankäynnissä. Luottamuksen on esitetty olevan sosiaalisesti sitova, integratiivinen mekanismi, joka luo ja ylläpitää solidaarisuutta yhteisön jäsenten kesken. Tämän solidaarisuuden ansiosta yhteiskunnallisesta elämästä tulee sujuvaa ja ennakoitavaa. Luottamus lieventää epävarmuutta ja auttaa tekemään tulevaisuuteen ulottuvia sitoumuksia eriytyneessä ja monimutkaisessa yhteiskunnassa. Luottamuksella on myös keskeinen merkitys yritysten liiketoimintasuhteiden mahdollistajana.¹⁵⁷

Yrityksen toimintaympäristöön liittyvät potentiaaliset muutokset ja epävarmuudet sekä liikesuhteiden määrän lisääntyminen, ja myös monimutkaistuminen, ovat kaikki tekijöitä, jotka edellyttävät toimijoilta entistä enemmän luottamusta. Luottamus näyttää olevan keskeinen sekä yrityksen sisäisen että yritysten välisen yhteistyön kehittymisen edellytys, jonka avulla yritykset tekevät tulevaisuutensa, ainakin osaksi, ennakoitavaksi. Mikäli toimija ei luota yhteistyökumppaneihinsa, hän pyrkii yleensä pidättämään itsellään informaatiota, salaamaan ideoitaan ja tekemiään päätelmiä.¹⁵⁸

Luottamuksella on merkittävä rooli riskien hallinnoinnin kannalta. Luottamus vaikuttaa myös riskienhallinnan mitoituksen kautta suoraan transaktiokustannusten määrään. Teoriapohjan tälle ajattelulle muodostaa Ronald H. Coasen alun perin yli 70 vuotta sitten kehittämä teoria transaktiokustannusten taloustieteellisestä merkityksestä - *transaction cost economics (TCE)*. Lainopillisesta perspektiivistä on myös huomionarvoista, että Yhdysvalloissa TCE:hen on viitattu U.S. Court of Appeal Seventh Circuit -tuomioistuimen päätöksissä.¹⁵⁹

Vastuun ja riskien hinnoittelu mukaan sopimukseen voidaan myös nähdä osana luottamuksen ja lojaliteetin taloudellista merkitystä. Kuten myös tämän työn kappaleen kuusi haastattelujen tuloksista käy ilmi, palvelut ostetaan mieluiten siltä taholta, johon luotetaan. Tämä pätee usein siinäkin tapauksessa, että lisäkustannukset ovat merkittäviä.

¹⁵⁷ Tieva 2009, s.908

¹⁵⁸ Ruuskanen 2003, s. 91

¹⁵⁹ Keskitalo 2000, s. 110-111

Lojaliteettivelvollisuudella on tarkoitettu sopimusoikeudessamme velvollisuutta ottaa vastapuolen edut huomioon kohtuullisessa määrin, ilman että sopimuksesta aiheutuvat omat oikeudet vaarantuvat kohtuuttomasti.¹⁶⁰ Pitkäkestoisten sopimusten ja sopimussuhteiden osalta lojaliteettivelvollisuus aktualisoituu erityisissä tilanteissa, joissa edellytetään sopimuspuolelta myös toisen sopimuspuolen etujen huomioonottamista. Liike-elämän pitkäkestoisten sopimussuhteiden lojaliteettivelvollisuuden lähempi merkitys ja merkityssisältö määräytyvät kunkin sopimuksen omista lähtökohdista ja piirteistä käsin. Näin ollen mitä yksilöllisempi ja yhteistyöpainotteisempi sopimus on ja mitä enemmän sen valmistelu on vaatinut suunnitelmallisuutta ja huomiota, sitä enemmän myös sopimuspuoilta voidaan vaatia sopimuskaudella sanoissa ja teoissa keskinäistä lojaliteettia. Lojaliteettivelvollisuus johdattaa mielenkiinnon sopimusehtojen ulkopuolelle. Voidaan katsoa, että se konkretisoituu tilanteissa, joihin sopimusosapuolet eivät ole varautuneet laatiessaan sopimusehtoja ja muodostaessaan oikeusasemaansa.¹⁶¹

Pitkäkestoisten yhteistyöjärjestelyjen yhteyteen on kehittynyt viimeisten vuosikymmenien aikana sopimusoikeuteen ja sopimustoimintaan keskittyvä *relational contracting* -oppi.¹⁶² Sen mukaan sopimukset nähdään sitoutumisena käytännön yhteistoimintaan, joka kohdistuu usein pitkäkestoisiin ja monimutkaisiin sopimuksiin, joihin sitoutuminen vaikuttaa osapuolten toimintaan hyvin kokonaisvaltaisesti.¹⁶³ Niin ikään korostetaan osapuolten käytännön yhteistyötä ja vapaaehtoisia riskinhallinnan välineitä ja pidetään oikeudellisten keinojen ja virallisen oikeussuojakoneiston merkitystä vähäisenä.¹⁶⁴

Sopimussidonnaisuudet perustuvat muun muassa sääntökeskeisen sopimusoikeuden ja sopimussuhdekeskeisen yritystodellisuuden näkemiseen toisistaan irrallisina sfääreinä. Esimerkiksi keskinäinen luottamus ja liikesuhteen jatkuvuus nähdään käytännön kannalta paljon tärkeämpänä kuin sopimusten sanatarkka noudattaminen ja sopimusrikkomusseuraamusten soveltaminen.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Tieva 2006, s. 246

¹⁶¹ Tieva 2006, s. 248

¹⁶² Ks. myös Williamson 1979, s.238

¹⁶³ Rudanko 1998, s. 87

¹⁶⁴ Tieva 2006, s. 242

¹⁶⁵ Tieva 2006, s. 242-243

Kuten todettu, nykyaikaisessa sopimusoikeudessa sopimus on yhteistoiminnan väline, tai paremminkin: sopimus oikeusinstituutina on tarkoitettu käytettäväksi sopimuspuolten yhteistoiminnan toteuttamiseen. Yhteistoiminnallisuutta voidaan sopimusoikeuden normijärjestelmän lähtökohtana eritellä kahdella tavalla. Ensinnäkin normijärjestelmän perustarkoituksena voidaan pitää juuri luottamuksen turvaamista. Luottamuksesta johtaa perusteltujen odotusten kautta tie tehokkaaseen oikeussuojaan. Toiseksi yhteistoiminnallisuutta voidaan turvata sopimusnormistolla pitäen lähtökohtana epäluottamusta. Tällöin korostetaan näkökohtaa siitä, että juuri sopimuskumppani voi omaa etuaan tavoitellessaan aiheuttaa suurimman taloudellisen haitan. Sopimusnormisto on keino estää tällainen käyttäytyminen, ja sen tehokkuudella estetään egoistinen opportunisti.¹⁶⁶

Karhun¹⁶⁷ mukaan näistä perusvalinnoista on aiheutumassa oikeuden maailman uusi kahtiajako. Kysymys ei enää ole tapauspohjaisen *common law* -oikeusjärjestelmän ja mannermaisen säädännäisen oikeuden järjestelmän eroista. Kummankin sisällä on tärkeämmäksi muodostumassa rajanveto luottamukselle rakentaviin ja epäluottamukselle rakentaviin järjestelmiin. Eron sisältö voidaan oikeustaloustieteen näkökulmasta tiivistää niin, että luottamus säästää sopimusten valvonta- ja varautumiskustannuksia. Luottamus näkyy taloudellistakin merkitystä saavana sosiaalisena pääomana.

4.2.4. Kohtuus ja heikomman suoja

Monissa yhteyksissä on todettu kohtuusperiaatteen painoarvon kasvaneen nykyisessä sopimusoikeudessa.¹⁶⁸ Liikesuhteissa ja yksityishenkilöiden välisissä sopimussuhteissa vapautta rajoittavat ainoastaan eräät sopimusten pätevyydelle asetetut menettelytapoihin liittyvät normit sekä se, etteivät sopimusehdot saa olla kohtuuttomia. Kohtuuttomuus määrittää sopimusvapauden sisällöllisiä rajoja.¹⁶⁹

Kohtuusperiaatteen leviämisestä on puhuttu kahdessa eri merkityksessä. Ensinnäkin usein ilmeisesti pidetty silmällä sitä seikkaa, että sopimussuhteen sääntelyssä on turvauduttu

¹⁶⁶ Karhu 2004, s. 1453-1454

¹⁶⁷ 2004, s. 1453

¹⁶⁸ Wilhelmsson 2008, s.207

¹⁶⁹ Saarnilehto 2000, s. 84

yleislausekkeisiin, jotka antavat tuomioistuimelle oikeuden tapauskohtaisesti sovitella kohtuuttomia sopimuksia tai jotka antavat muulle viranomaiselle mahdollisuuden puuttua kohtuuttomiin sopimuksiin. Näin ajateltaessa käsitetään kohtuusperiaatteen kasvaneen merkityksen samalla merkitsevän tuomioistuinten ja muiden viranomaisten lisääntyneitä mahdollisuuksia puuttua sopimusehtoihin joustavan kohtuusharkinnan perusteella. Kohtuus merkitsee sopimusehtojen *joustavan valvonnan* mahdollisuutta.¹⁷⁰ OikTL:n 36 §:ssä on yleislauseke kohtuuttomien sopimusehtojen sovittelusta.¹⁷¹ Säännöksen mukaan kohtuuttomuutta arvosteltaessa:

”on otettava huomioon oikeustoimen koko sisältö, osapuolten asema, oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat”.

Toisaalta kohtuusperiaatetta voidaan pitää sopimusten sitovuuden periaatteen jäykän soveltamisen vastakohtana. Tällainen kohtuuskäsite on laajempi, koska sopimussisällön valvonnan muodolla ei tässä ole merkitystä. Kohtuusperiaatetta voidaan pitää kaikkien niiden sopimusvapauden rajoitusten yhteisnimityksenä, joita on toteutettu niin pakottavana lainsäädäntönä kuin yleislausekkeinkin ja joiden avulla on pyritty suojelemaan toista sopimuspuolta. Kohtuusperiaate tässä laajassa merkityksessä käsitetään sosiaalisen sopimusoikeuden ilmaukseksi.¹⁷²

Tosin koska sovittelukynnys on etenkin liikesuhteissa osapuolten tasavertaisuuteen ja rationalisuuteen liittyvien oletusten vuoksi varsin korkea, jää sovittelumahdollisuuden merkitys sopimusvapaudelle käytännössä vähäiseksi. Sovittelumahdollisuus ei ole juurikaan heikentänyt sopimusvapauden asemaa johtavana periaatteena.¹⁷³

Kohtuusperiaate ilmentää siis poikkeusta sopimuksen sitovuuden periaatteeseen: periaatteen mukaan ainoastaan kohtuulliset sopimukset ovat sitovia. Näin siis sopimusosapuolen käyttäytyminen, joka sopimuksen alkuperäisten ehtojen mukaan olisi muodostanut sopimusrikkomuksen ja josta olisi seurannut tälle negatiivisia oikeusvaikutuksia (yleensä vahingonkorvaus), katsotaan sopimuksen mukaiseksi.

¹⁷⁰ Wilhelmsson 2008, s. 207

¹⁷¹ Jos oikeustoimen ehto on kohtuuton tai sen soveltaminen johtaisi kohtuuttomuuteen, ehtoa voidaan joko sovitella tai jättää se huomioon ottamatta.

¹⁷² Wilhelmsson 2008, s. 207-208

¹⁷³ Mononen 2004, s. 1383

Kohtuutonta sopimusta ei tarvitse pitää, eikä toisella osapuolella ole oikeutta saada oikeussuojaa sen täytäntöönpanoon.¹⁷⁴

Kohtuusperiaatteella on yhtymäkohtia sekä heikomman suojan periaatteeseen että lojaliteettivelvollisuuteen. Yleensä kohtuusperiaate on kuitenkin nähty erillisenä periaatteena, joka korostaa sopimusosapuolten todellista tasa-arvoisuutta. Kohtuusperiaatteen ilmentymillä pyritään korjaamaan sopijapuolten taloudellisesta ja tiedollisesta eriarvoisuudesta aiheutuva epätasapaino puuttumatta vaihdannan vapauteen. Näin kohtuusperiaatteen soveltaminen tarkoittaa sopijapuolten aseman yhdenvertaisuuden varmistamista.¹⁷⁵

Heikomman suojalla on yhtymäkohtia kohtuusperiaatteen arvoihin, joista yksi on vapaus. Vapautta muuttaa asuinpaikkaa, vaihtaa työtä, ryhtyä erilaisiin taloudellisiin toimiin ym. on pidetty markkinatalousjärjestelmän keskeisenä sosiaalisena arvona. Periaatteessa voidaan siksi lähteä siitä, ettei heikomman osapuolen vapautta tule voida sopimuksin kohtuuttoman pitkäaikaisesti tai olennaisesti rajoittaa. Osapuolen vapauden huomioon ottaminen on ollut myös OikTL 38 §:n perusteena. Siinä säädetään, ettei kilpailunrajoitussopimus, jossa osapuoli on sitoutunut olemaan harjoittamatta tietynlaista toimintaa tai tekemättä työsopimusta jonkun kanssa, joka harjoittaa sellaista toimintaa, ole sitova siltä osin kuin se rajoittaa kohtuuttomasti kysymyksessä olevan osapuolen toimintavapautta.¹⁷⁶

Vaikka sellaisten näyttävien oikeustapausten määrä, joissa sopimusta on soviteltu, on ilmeisesti noussut, ei Wilhelmssonin¹⁷⁷ mukaan kuitenkaan pelkästään tällä perusteella ole syytä tunnustaa sovittelusäännöksille kovin merkittävää painoa sopimussuhteen heikomman osapuolen suojan välineenä. Kaikesta huolimatta on ollut kysymys yksittäisistä tapauksista, jotka laskennallisesti edustavat pientä osaa kaikista niistä sopimuksen soveltamista koskevista riidoista, joita yhteiskunnassa voidaan olettaa olevan. Hyvinvointivaltion kasvu ja uudet näkemykset oikeuden ja oikeustieteen roolista

¹⁷⁴ Saarnilehto 2000, s. 110

¹⁷⁵ Saarnilehto 2000, s. 111

¹⁷⁶ Wilhelmsson 2008, s. 212-213

¹⁷⁷ 2008, s. 179

ovat johtaneet myös siihen, että monin paikoin on alettu keskustella vaihtoehtoisten sopimus- ja oikeusnäkemysten mahdollisuuksista.¹⁷⁸

4.3. Kauppalaki ja virhevastuusäännökset kauppalain mukaan

4.3.1. Kauppalain soveltuvuus yrityskaupan virhevastuuseen

Ratkaistaessa soveltuuko kauppalaki, on ensiksi otettava kantaa kysymykseen siitä, onko yleensä kysymyksessä irtaimen kauppaa tarkoittava sopimus. Kauppalaissa ei täsmennetä kaupan tunnusmerkistöä. Yleisesti hyväksytyyn käsitykseen mukaan kauppana pidetään kuitenkin omaisuuden luovuttamista rahavastiketta vastaan.¹⁷⁹ Muutakin vastiketta voidaan ajatella, kuten sitä, että ostaja ottaa suorittaakseen erilaisia velvoitteita, kauppalaki koskee myös vaihtoa.

Erityisesti 1990-luvulla käytiin oikeustieteen piirissä keskustelua siitä, mitä normistoa yrityskauppojen virhevastuutilanteisiin tulisi soveltaa. Siitä, missä määrin kauppalain virhearviointia koskevia säännöksiä voidaan soveltaa osakkeiden kauppaan, on pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa esitetty eriäviä mielipiteitä. Yhtäältä on katsottu, että uusien pohjoismaisten kauppalakien virhekäsitteet pitkälti soveltuvat myös osakkeiden kauppaan lukuun ottamatta kenties julkisilla markkinapaikoilla käytävää kauppaa.¹⁸⁰

Toisaalta on katsottu, että kauppalain 17 ja 18 §:ien virhettä koskevat säännökset eivät soveltuisi osakkeiden kauppaan ja että myyjän virhevastuuta (ja siten myös ostajan kauppaa edeltävää selonottovelvollisuutta) olisi näiden sijasta arvioitava velkakirjalain luovutusta koskevan velkakirjalain 9 §:n 2 momentin ilmentämän *caveat emptor*- tai *ostaja varokoon* -periaatteen mukaan.¹⁸¹

¹⁷⁸ Ks. esimerkiksi yhdysvaltalaisessa kirjallisuudessa Critical Legal Studies -liikkeen tuottamat analyysit, kuten Roberto Mangabeira Ungerin (1983) analyysi vaihtoehtoisesta sopimusoikeudesta.

¹⁷⁹ Routamo & Ramberg 1997, s. 3

¹⁸⁰ Lindholm & Hakoranta 1997 I, s. 76

¹⁸¹ Lindholm & Hakoranta 1997 I, s. 76

Velkakirjan luovuttaja vastaa VKL 9.1 §:n nojalla muutoin kuin lahjaksi luovutetun velkakirjan saamisen *pätevyydestä* (*veritas*). Velallisen maksukyvyystä velkakirjan luovuttaja sen sijaan vastaa vain, mikäli on siihen erikseen sitoutunut. Velkakirjan ostajalla on siten selonottovelvollisuus saamisen *hyvyyden* (*bonitas*) osalta. KL 17 ja 18 §:iä sovellettaessa ostajalla on oikeus luottaa siihen, että kaupan kohteella on jonkinlaista normaalistandardia vastaavat ominaisuudet, ellei myyjä muuta ilmoita. Ostajan selonottovelvollisuus on pääsääntöisesti toissijainen myyjän tiedonantovelvollisuuteen nähden. Koska myyjän ja ostajan velvollisuudet mainituissa säännöstyössä eroavat merkittävästi, edellyttää virhekäsittelyn täsmentäminen osakekaupassa selkeää kannanottoa sovellettavasta normistosta.¹⁸²

Mäntysaari¹⁸³ katsoi, että velkakirjalain säännöstöä virhevastuun määrittelyssä voitaisiin soveltaa, jos osakeoikeus rinnastetaan saamisoikeuteen. Mäntysaaren mukaan VKL 1 luvun 9 §:n mukaista periaatetta tulisi soveltaa osakkeiden kaupassa arvopaperioikeudellisena erityissäännöksenä KL 17 ja 18 §:ien sijasta. Myös esimerkiksi Kurkela ja Ståhlberg¹⁸⁴ sekä Taxell¹⁸⁵ olivat varovaisesti VKL:n soveltamisen kannalla.

Lindholm ja Hakoranta¹⁸⁶ taas ovat tulleet siihen johtopäätökseen, ettei osakkeen erityinen luonne arvopaperina tai tietyinä oikeusasemana yhtiössä sinänsä estä kauppalain virhesäännösten soveltamista osakkeiden kaupassa. Virhearviointi kuitenkin vaihtelee heidän mukaansa kaupantekotilanteesta ja -tavasta, osake-erän suuruudesta ja kaupan osapuolten asiantuntemuksesta riippuen ja sen lähtökohtana ovat ostajan ns. oikeutetut odotukset. Myöskään VKL 9.2 § ei erikoissäännösluonteensa vuoksi syrjäytä KL 17 ja 18 §:iä, kun kyseessä on osakkeiden kauppa. Velkakirjalaki ei heidän mukaansa (entisen EOYL) osakeyhtiölain nojalla soveltunut osakkeiden luovutukseen. VKL 9.2 §:ää onkin heidän mukaansa pidettävä vain velkakirjoihin ja niihin rinnastettaviin sitoumuksiin soveltuvana kauppaoikeuden syrjäyttävänä erityissäännöksenä.

Nykyisin voidaan jo todeta yksimielisyyden vallitsevan siitä, että kauppalaki käy soveltuvina osin yrityskauppojen virhevastuunormistoksi. Tälle kannalle ovat asettuneet myös

¹⁸² Lindholm & Hakoranta 1997 I, s. 76-77

¹⁸³ 1993, s. 668-676 ja 1994, s. 590-591

¹⁸⁴ 1997, s. 914

¹⁸⁵ 1991, s. 24

¹⁸⁶ 1997 I, s. 77-79

esimerkiksi Mähönen ja Villa¹⁸⁷, Routamo ja Ramberg¹⁸⁸ sekä Wilhelmsson, Sevón ja Koskelo¹⁸⁹. Myös Ruotsin oikeuskirjallisuudessa aihetta on käsitelty paljon. Ruotsissa vallitsi Lindholmin ja Hakorannan¹⁹⁰ mukaan jo 1990-luvulla käydyin debatin aikaan verraten suuri yksimielisyys siitä, että kauppalain virhevastuuta koskeva säännöstö soveltuu yrityskauppoihin. Ruotsin ja Suomen lainsäädäntö on puheena olevalta osin käytännöllisesti katsoen identtinen.¹⁹¹

Kauppalaki ja yleiset sopimusoikeudelliset periaatteet ovat dispositiivista oikeutta, joten vastuusta voidaan sopia erilaisin sopimusehdoin.¹⁹² Kauppalain dispositiivisuus ilmaistaan lain 3 §:ssä: *”Kauppalain säännöksiä ei sovelleta, mikäli sopimuksesta, sopijapuolten omaksumasta käytännöstä tai kauppatavasta tai muusta tavasta, jota on pidettävä sopijapuolia sitovana, muuta johtuu”*. Kauppalain virhearviointin lähtökohtana on siis itse kauppasopimus. Lain 17-19 §:t sisältävät kuitenkin virhearviointia koskevia täydentäviä säännöksiä tilanteen varalta, että kaupan kohteen ominaisuuksia ei sopimuksessa riittävän yksiselitteisesti ole määritelty.¹⁹³

4.3.2. Kauppalain 17, 18, 19 ja 20 § ja vastuukysymykset

Yrityskaupoissa vastuun kannalta olennaisia kauppalain säännöksiä ovat siis erityisesti sen 17, 18, 19 ja 20 §:t. Kauppalain 17 § koskee kaupankohteen sopimuksenmukaisuutta. Lähtökohtana on osapuolten sopimus kaupankohteen ominaisuuksista. Lainkohdan mukaan:

”Tavaran on lajiltaan, määrältään, laadultaan, muilta ominaisuuksiltaan ja pakkaukseltaan vastattava sitä, mitä voidaan katsoa sovitun. Jos muusta ei voida katsoa sovitun, tavaran tulee: 1) soveltua tarkoitukseen, johon sellaisia tavaroita yleisesti käytetään; 2) soveltua siihen erityiseen tarkoitukseen, johon tavaraa oli tarkoitus käyttää, jos myyjän on kaupantekohetkellä täytynyt olla selvillä tästä tarkoituksesta ja ostajalla on

¹⁸⁷ 2009, s. 537

¹⁸⁸ 1997, s. 13

¹⁸⁹ 2006, s.18

¹⁹⁰ 1997 II, s. 321-322

¹⁹¹ Lindholm & Hakoranta 1997 II, s. 321

¹⁹² Saarnilehto 2011, s. 1395

¹⁹³ Lindholm & Hakoranta 1997 I, s. 85

ollut perusteltua aihetta luottaa myyjän asiantuntemukseen; 3) vastata ominaisuuksiltaan sitä, mihin myyjä on viitannut esittämällä näytteen tai mallin; sekä 4) olla pakattu tavanmukaisella tai muuten sopivalla tavalla, jos pakkaus on tarpeen tavarán säilyttämiseksi tai suojaamiseksi. jos tavara poikkeaa siitä, mitä 1 tai 2 momentissa säädetään, siinä on virhe.”

Yrityskaupat ovat ominaisuuksiltaan hyvin erilaisia, joten on vaikea määrittää niin sanottua normaalistandardia. Kohdan kaksi määräys on yhteydessä osapuolten subjektiivisiin aikomuksiin. Ensiksi on sen vuoksi vahvistettava, että ostajalla on ollut erityinen tarkoitus kauppaa tehdessään. Toiseksi vaaditaan, että myyjän on kaupan tekohetkellä täytynyt olla selvillä tästä tarkoituksesta. On huomattava, että myyjän tietoisuuden on oltava olemassa kaupan tekohetkellä, eikä se, mitä hän ostajan antamien tietojen perusteella sen jälkeen on ymmärtänyt, riitä määräyksen soveltamiseen. Viimeisenä edellytyksenä on, että ostajalla on ollut perusteltua aihetta luottaa myyjän asiantuntemukseen ja arviointiin.¹⁹⁴

Kauppalain 18 §:n mukaan:

”Tavarassa on virhe, jos se ei vastaa niitä tietoja, jotka myyjä on antanut tavarán ominaisuuksista tai käytöstä tavaraa markkinoitaessa tai muuten ennen kaupantekoa ja joiden voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan.

Tavarassa on myös virhe, jos se ei vastaa niitä tietoja, joita joku muu kuin myyjä, aikaisemmassa myyntiportaassa tai myyjän lukuun, on ennen kaupantekoa tavaraa markkinoitaessa antanut sen ominaisuuksista tai käytöstä ja joiden voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan. Tavarán ei kuitenkaan katsota olevan virheellinen, jos myyjä ei ollut eikä hänen olisi pitänytkaan olla selvillä näistä tiedoista.

Tämän pykälän 1 ja 2 momentin säännöksiä ei sovelleta, jos tiedot on ajoissa selkeällä tavalla oikaistu.”

19 § ”sellaisena kuin se on” -ehdosta kytkeytyy myyjän tiedonantovelvollisuuteen. Lainkohdan mukaan:

¹⁹⁴ Routamo & Ramberg 1997, s. 145

"Jos tavara on myyty "sellaisena kuin se on" tai samankaltaista yleistä varaumaa käyttäen, siinä katsotaan kuitenkin olevan virhe, jos: 1) tavara ei vastaa niitä tietoja, jotka myyjä on ennen kaupantekoa antanut sen ominaisuuksista tai käytöstä ja joiden voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan; 2) myyjä on ennen kaupantekoa laiminlyönyt antaa ostajalle tiedon sellaisesta tavaran ominaisuuksista tai käyttöä koskevasta olennaisesta seikasta, josta hänen täytyy olettaa tietneen ja josta ostaja perustellusti saattoi olettaa saavansa tiedon, ja laiminlyönnin voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan; tai 3) tavara on olennaisesti huonommassa kunnossa kuin ostajalla sen hinta ja muut olosuhteet huomioon ottaen on ollut perusteltua aihetta edellyttää."

KL 19.1 §:n 2 kohdassa asetetaan myyjälle nimenomainen, itsenäinen ja oma-aloitteinen tiedonantovelvollisuus, jonka laiminlyönnin seurauksena on virhevastuun aktualisoituminen. Vastaavanlaista nimenomaista säännöstä myyjän tiedonantovelvollisuudesta ei ole säädetty niiden tapausten varalta, joissa yleistä vastuunrajoitusehtoa ei ole käytetty. On katsottu, ettei tällainen säännös ole tarpeen, koska KL 17.2 §:n 1 ja 2 kohtien säännöksistä aiheutuu myyjälle epäsuorasti tiedonantovelvollisuus. KL 19.1 §:n 2 kohdan säännöksessä myyjän tietoisuudelle annetaan poikkeuksellisesti merkitystä. Hallituksen esityksen mukaan edellytetään myyjän todella olleen tietoinen asianomaisesta seikasta, jotta virhevastuu tiedonantovelvollisuuden laiminlyönnin perusteella voisi tulla kysymykseen. Virhevastuun aktualisoituminen edellyttää myös syy-yhteyttä tiedonantovelvollisuuden laiminlyönnin ja ostajan ostopäätöksen välillä. Yrityskaupassa ostajalla olisi näin ollen todistustaakka sekä myyjän tietoisuudesta että puuttuvan tiedon vaikutuksesta ostajan hinnanmääritykseen.¹⁹⁵

Huomionarvoista on, että vaikka myyjällä on KL 18 §:n mukainen vastuu markkinointitiedoista, kaikki tavaraa koskevat tiedot eivät ole relevantteja. Virhevastuun syntyminen edellyttää, että tietojen voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan. Tietojen tulee siis koskea ostajan kannalta merkityksellisiä seikkoja, ja niiden on täytynyt tulla hänen tietoonsa ennen kaupantekoa.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Lindholm & Hakoranta 1997 I, s. 87

¹⁹⁶ Wilhelmsson et al. 2006, s. 103

18 §:n mukaisesti myyjän vastuun edellytyksenä on, että tiedot on antanut aikaisempi myyntiporras, tai joku hänen lukuunsa.¹⁹⁷ Yrityskauppaa ajatellen mielenkiintoiseksi muodostuu, miten pitkälle myyjän vastuu muiden antamista tiedoista tulee KL 18 §:n ja 19.1 §:n 1 kohdan nojalla ulottaa. Neuvotteluihin ottavat usein osaa useat myyjän edustajat, tilintarkastajat, juridiset neuvonantajat sekä vielä kohdeyhtiön edustajat. Arvioinnin täytyy tapahtua tässäkin tapauksessa sen perusteella, mitä ostajalla on ollut perusteltua aihetta olettaa. Yleensä ostajan täytyy voida luottaa myyjän yrityskaupparyhmään kuuluvien jäsenten neuvotteluiden yhteydessä antamiin tietoihin, ellei näiden epävarmuutta ole tuotu esille. Kaupan kohteena olevan yhtiön edustajien antamiin tietoihin ostajan tulee niinkään yleensä voida luottaa. Tältä taholta saatavat tiedot annetaan yleensä ostajan suorittaman due diligence -tarkastuksen yhteydessä. Lindholmin ja Hakorannan¹⁹⁸ mukaan myyjä vastaa yhtiön edustajien antamista tiedoista ainakin silloin, kun ostaja on ollut yhteydessä näihin *myyjän tietien ja tämän suostumuksella*.

Vastuu vääristä tiedoista voidaan välttää, jos ne oikaistaan ajoissa riittävän selkeästi. Oikaisun täytyy olla konkreettinen ja kohdistua väärään tietoon. Myyjä voi välttää vastuun myös silloin, kun hän yksittäisessä tapauksessa selittää, ettei hän halua olla vastuussa annettujen tietojen oikeellisuudesta. Siinä tilanteessa oikaisun on kohdistuttava suoraan kysymyksessä olevaan tietoon.¹⁹⁹

20 § koskee tavaran tarkastusta ennen kauppaa ja liittyy ostajan selonottovelvollisuuteen. KL 20.1 §:n mukaan *”ostaja ei saa virheenä vedota seikkaan, josta hänen täytyy olettaa tietneen kauppaa tehtäessä”*. Ostajan tietoisuus poistaa siten myyjän virhevastuun. Tietoisuudelle asetetaan kuitenkin varsin korkea vaatimus, jonka mukaan ostajalla pelkän tietoisuuden lisäksi täytyy olettaa olleen käsitys virheen merkityksestä.²⁰⁰

Myyjän vilpittömällä mielellä ei ole merkitystä virhevastuun kannalta. KL 20.1 § sen sijaan asettaa ostajalle velvollisuuden olla vilpittömässä mielessä sopimuksentekohetkellä. Myyjän yrityskaupposopimuksessa antama takuu ei lähtökohtaisesti poista tätä

¹⁹⁷ Routamo & Ramberg 1997, s. 152

¹⁹⁸ Lindholm & Hakoranta 1997 I, s. 86

¹⁹⁹ Routamo & Ramberg 1997, s. 153

²⁰⁰ Lindholm & Hakoranta 1997 I, s. 89. Ks. HE 93/1986, s. 65

vilpittömän mielen vaatimusta ainakaan, milloin osapuolet eivät ole sopineet toisin. Siten ostaja ei kauppalain nojalla pääsääntöisesti voine vedota sopimuksen takuulausekkeeseen, jonka ymmärsi olevan paikkansapitämätön kaupantekohetkellä. Tällainen menettely saattaisi olla ristiriidassa niin sanotun neuvottelulohjaliteetin kanssa ja tulla OikTL 33 §:n mukaisena kunnianvastaisena ja arvottomana menettelynä arvosteltavaksi.²⁰¹

Vaikka kauppaoikeus on dispositiivista oikeutta, ei sen dispositiivisuudesta seuraa, että sopimusvapaus olisi rajoittamaton. Sopimus kaupasta, kuten muutkin sopimukset, on OikTL 36 §:n alainen. Sen perusteella voidaan sopimusehtoja sovitella, jos ne yksittäisessä tapauksessa johtavat kohtuuttomuuteen. Merkitystä on annettava muun muassa sille, onko jompikumpi osapuolista alistetussa asemassa vastapuoleen nähden. Harkittaessa sopimusehdon kohtuuttomuutta voivat dispositiiviset oikeusohjeet olla tärkeä vertailukohde.²⁰²

Tiettyä epävarmuutta voi syntyä siitä, missä laajuudessa sopimusvapautta voidaan käyttää syrjäyttämään sellaiset kauppalain määräykset, jotka selvästi perustuvat lainsäätäjän ilmaisemiin oikeuspoliittisiin näkökohtiin. Tämä koskee erityisesti myyjän vastuuta markkinointitiedoista 18 §:n mukaan ja ”*sellaisena kuin se on*” -ehdon tulkintaa 19 §:n mukaan. Sopimusvapauden käyttäminen näiden säännösten syrjäyttämiseksi vaatii ainakin nimenomaista ja selvää lausumaa, jotta epävarmuutta ei voisi syntyä ehdon tarkoituksesta.²⁰³ Mikäli yrityskauppaan sisältyy myös kiinteää omaisuutta, on sen osalta luonnollisesti noudatettava maakaaren säännöksiä.

²⁰¹ Lindholm & Hakoranta 1997 I, s. 90

²⁰² Routamo & Ramberg 1997, s. 29

²⁰³ Routamo & Ramberg 1997, s. 29

5. VASTUUN RAJAT

5.1. Myyjän vastuu, tiedonantovelvollisuus ja vakuutukset

5.1.1. Myyjän tiedonantovelvollisuudet

Sopimusoikeudessa tiedonantovelvollisuudella ymmärretään sopimuspuolten velvollisuutta antaa sekä sopimuksetekovaiheessa että sopimuksen kestäessä toiselle osapuolelle sopimusta koskevia tietoja. Toisin kuin lojaliteettivelvollisuus, tiedonantovelvollisuus on enemmänkin sopimustyyppikohtainen kuin yleinen velvollisuus. Näin määriteltynä tiedonantovelvollisuudeksi voidaan kutsua ainoastaan nimenomaista laissa, oikeuskäytännössä, tai itse sopimuksessa asetettua velvollisuutta antaa erikseen määriteltäviä tietoja toiselle osapuolelle. Tällainen velvollisuus on asetettu takauksen lisäksi esimerkiksi vakuutus sopimusten ja kuluttajasopimusten osalta. Mikäli tällaista velvollisuutta ei ole, tilannetta on tarkasteltava lojaliteettivelvollisuuden valossa.²⁰⁴

Yksi sopimusoikeudellisen lainsäädännön nopean lisääntymisen vaikutuksia on ollut sopimuksen päättämiseen liittyvien tiedonantovelvollisuuksien yhä näkyvämpi esiinnousu. Korostuneimpia tiedonantovelvollisuudet ovat kuluttajansuojalainsäädännössä, mutta niillä on tärkeä merkitys myös useissa lähtökohtaisesti tasaveroisten osapuolten suhteita koskevissa laeissa.²⁰⁵

Tiedonantovirhe voi ilmetä joko väärin tietojen antamisena tai tarpeellisten tietojen antamatta jäämisenä. Tiedon antamisen ei aina tarvitse tapahtua yksilöllisen kommunikaation kautta, vaan osapuoli voi saada sopimukseen vaikuttavaa tietoa esimerkiksi toisen markkinoinnista. Sopimusoikeudellisten tiedonantovelvollisuuksien laajuus riippuu siitä, millaiseksi neuvotteluosapuolten suhde ymmärretään ja mitä pidetään hyväksyttävänä tavoitteina.²⁰⁶

²⁰⁴ Saarnilehto 2000, s. 132-133

²⁰⁵ Hemmo 1997, s. 175

²⁰⁶ Hemmo 1997, s. 176

Viimeisten vuosikymmenten oikeuskehitys on selvästi kulkenut tietojen hyödyntämisen vapaudesta kohti velvollisuutta varmistaa neuvottelukumppanin riittävä tiedontaso. Linjaukset eivät kuitenkaan ole yhtenäisiä sen enempää kaikissa sopimustyypeissä kuin kaikkien oikeuskysymystenkin kohdalla. Osapuolten sopimuksentekoasemat ja asiantuntemus ovat lisäksi huomattavan tärkeitä tiedonantovelvollisuuksien laajuuteen vaikuttavia tekijöitä.²⁰⁷

Vaikka kauppalaissa ei ole yleistä säännöstä myyjän tiedonantovelvollisuudesta, ei se estä sitä, että tämä saattaa useissa tilanteissa olla velvollinen ilmoittamaan sellaisesta seikasta, josta hänen katsotaan täytyneen tietää ja jonka hän on ymmärtänyt olevan ostajalle olennainen. Annettaessa merkitys säännöksessä olevalle ilmaisulle ”*menetellyt kunnianvastaisesti ja arvottomasti*”, voidaan ottaa huomioon, missä määrin myyjä kohtuudella on täyttänyt velvollisuutensa kertoa ostajalle olennaisista asioista.²⁰⁸

5.1.2. Myyjän takuut ja vakuutukset

Melko laajat myyjän vakuutukset ovat tyyppillisiä suomalaisissa yrityskauppasopimuksissa ja ne vastaavat pitkälti muualla Euroopassa käytettyjä ehtoja. Luonnollisesti tämä vaihtelee tapauskohtaisesti ja riippuu paljon kaupan koosta ja riskeistä.²⁰⁹

Myyjän takuista olennaisin on yleensä yhtiön tilinpäätöstä koskeva takuu siitä, että tilinpäätös on laadittu lain ja hyvän kirjanpitotavan mukaisesti. Tämän lisäksi myyjä yleensä antaa joukon muita takuita, jotka koskevat sellaisia yrityksen ominaisuuksia, jotka eivät käy ilmi tilinpäätöksestä, mutta jotka saattavat olla merkityksellisiä. Nämä takuut ikään kuin täydentävät tilinpäätöstakuuta.²¹⁰

Toinen tyyppillisesti toistuva takuulauseke vahvistaa, että yhtiö on liiketoiminnassaan noudattanut lakeja ja viranomaisten vaatimuksia. Tähän sisältyy yleensä myös vakuutus

²⁰⁷ Hemmo 1997, s. 177-178

²⁰⁸ Routamo & Ramberg 1997, s.167

²⁰⁹ Whalley & Semler 2007, s. 141

²¹⁰ Lindholm & Hakoranta 1997 I, s. 84

siitä, että yhtiöllä on kaikki sen liiketoiminnalle välttämättömät viranomais- ja muut luvat.²¹¹

Yrityskauppoihin sovellettavan säännösten suhteen vallitsee varsin suuri oikeudellinen epävarmuus, jota osaltaan lisää myös se, että kauppa usein tehdään ”yli rajojen”, jolloin ostaja tyypillisesti on ulkomaalainen. Siten sekä ostajan että myyjän intressissä yleensä on se, että sopimus tyhjentävästi sääntelee heidän suhteensa. Yksittäisten sopimuslausekkeiden täsmällinen sisältö vaihtelee hyvin paljon, joten tässä suhteessa ei voida katsoa muodostuneen selkeää normaalistandardia, jota voitaisiin tulkintatilanteessa käyttää apuna. Yhteistä yrityskauppasopimuksille kuitenkin on, että niissä yleensä hyväksytään varsin pitkälle menevä myyjän vastuu siitä, että kaupan kohteessa ei ole sellaisia kohteen arvoa vähentäviä ominaisuuksia, joita ostaja ei kohtuudella voisi hyväksyä. Toisaalta myyjän pyrkimyksenä yleensä on myös, että myyjä ei vastaa sellaisista kaupan kohteen ominaisuuksista, joita hän ei sopimuksessa ole taannut.

Vaikka yrityskauppasopimusten sisältö vaihtelee tilanteesta toiseen niin paljon, että on vaikea määritellä ominaisuuksia, joiden ostaja perustellusti voisi edellyttää sisältyvän kaupan kohteeseen, sopimuskäytäntö on kansainvälistymiskehityksen myötä Suomessakin kenties siinä määrin vakiintunut, että voidaan todeta yrityskauppasopimusten lukuisten yksilöllisten sopimusmääräysten ja takuulausekkeiden ohella tavanomaisesti sisältävän tiettyjä kerta toisensa jälkeen toistuvia takuulausekkeitä. Nämä lausekkeet ovat yleensä sellaisia, jotka ostaja vaatii sopimukseen täysin riippumatta siitä, että on voinut due diligence -tarkastuksen yhteydessä varmistua kyseisistä seikoista. Lindholmin ja Hakorannan²¹² mukaan voidaan katsoa, että sopimuskäytännön myötä on siis kehitymässä jonkinlainen yrityskauppasopimustyyppiä koskeva normaalistandardi, jonka mukaisten ominaisuuksien olemassaolo ostajalla yrityskaupassa tavanomaisesti on oikeus edellyttää. Samansuuntaisia näkemyksiä on esitetty myös Ruotsissa.

Omistuskaupassa on tavallista ottaa kauppakirjaan veloista ja vastuista ehto, jossa myyjä vakuuttaa ja vastaa siitä, ettei kohdeyhtiöllä ole kauppakirjassa tai sen liitteissä mainitsemattomia velkoja tai vastuita. Sen varalta, että tällaisia tuntemattomia velkoja tai vastuita kuitenkin ilmaantuu kaupan jälkeen, kauppakirjassa tavallisesti sovitaan, että

²¹¹ Lindholm & Hakoranta 1997 I, s. 89

²¹² 1997 I, s. 87

ostajalla on oikeus vaatia näiden osalta kauppahinnan alentamista tai, lisävelkojen ja vastuiden määrästä riippuen, jopa kaupan purkamista.²¹³

Tällainen tuntematon velka on usein kohdeyhtiön maksettavaksi kaupan jälkeen pantava vero. Tavallisesti kauppakirjassa sovitaan, että myyjäpuoli vastaa kohdeyhtiölle mahdollisesti määrättävistä veroista, jälkiveroista ja veronoikaisuista sikäli kun niiden peruste on syntynyt ennen kauppakirjan allekirjoittamista, ja ostaja vastaa veroista sen jälkeiseltä ajalta. Kauppakirjan ehto verovastuun jakamisesta ei kuitenkaan sido veronsaajia, vaan sen sitova vaikutus jää asianosaisten väliseksi. Tuntemattomia vastuita voi ilmetä myöhemmin myös erilaisissa ympäristönsuojelunormien rikkomistilanteissa tai takuu-, reklamaatio- ja tuotevastuuvetoitteina. Myös kilpailuoikeudelliset velvoitteet, esimerkiksi kartellirikkomuksista, voivat ilmetä jälkeinpäin.²¹⁴

Usein jokin osa kauppahinnasta maksetaan vasta myöhemmin sen varmistamiseksi, että tiettyyn maksupäivään mennessä esiin tulleet tuntemattomat vastuut voidaan ottaa huomioon loppukauppahintaa suoritettaessa. Kauppahinta voidaan jättää täsmennettäväksi myöhemmin myös sen vuoksi, että sen lopullinen määrä riippuu yrityskaupan jälkeisestä tuloskehityksestä.²¹⁵

Lindholmin ja Hakorannan mukaan myyjä joskus kieltäytyy täysin antamasta ostajalle tarkastusmahdollisuutta, jolloin ostaja joutuu tyytymään siihen, että kauppasopimukseen sisällytetään varsin kattavat myyjän takuut. Tällainen tilanne saattaa tulla kyseeseen esimerkiksi silloin, jos ostajana on myyjän kilpailija, jolle ei haluta kaupan toteutumatta jäämisen varalta paljastaa liikesalaisuuksia. Toisaalta myyjä luonnollisesti pyrkii ennakkotarkastuksen avulla tosiasiallisesti rajoittamaan virhevastuutaan. Mitä laajemman ja perusteellisemmän tarkastusoikeuden ostaja saa, sitä rajoitetumpi on periaatteessa myyjän vastuu.²¹⁶

Myyjän vastuu tiedoista, jotka on annettu ostajalle ennen kaupantekoa ja joiden voidaan olettaa vaikuttavan kauppaan (*syy-yhteysvaatimus*), on kauppalain mukaan tuottamuksesta riippumaton. Antaessaan tietoja ostajalle, myyjä on siten velvollinen joko

²¹³ Immonen 2006, s. 46

²¹⁴ Immonen 2006, s. 46

²¹⁵ Immonen 2006, s. 46-47

²¹⁶ Lindholm & Hakoranta 1997 I, s. 83-84

tarkistamaan antamiensa tietojen oikeellisuuden, liittämään annettuun tietoon sen oikeellisuutta koskevan varauman tai muutoin tekemään ostajalle selväksi, että tieto on epävarma.²¹⁷

5.1.3. Myyjän vastuu ostajaehdokkaita kohtaan

Kuten jo aikaisemmin todettiin, sillä, mitä tietoja ja missä laajuudessa yrityksestä annetaan ulospäin, on merkitystä. Liian yksityiskohtaisten tietojen jakaminen liian laajalle voi vaikuttaa negatiivisesti muun muassa yrityksen kilpailuasemaan.

Sekä kansallisesti, että kansainvälisesti sopimusoikeudellisina peruseriaatteina on pidetty neuvotteluvapautta ja neuvotteluriskiä. Näiden mukaan sopimuksesta neuvottelemisen ei sellaisenaan perusta velvollisuutta sopimuksen päättämiseen eikä vastuuta toiselle aiheutuneista kustannuksista. Tästä poikkeava korvausvelvollisuus voi kuitenkin syntyä osapuolten kustannusten jakamista koskevan sopimuksen perusteella tai vahingonkorvausvelvollisuutena hylättäväksi katsotun neuvottelukäyttämisen jälkeen.²¹⁸ Neuvotteluja ei ole lupa käydä vilpillisesti, eikä niin, että toinen osapuoli tulee harhaanjohtetuksi ja kärsii sen johdosta turhia kustannuksia tai vahinkoa.²¹⁹

Sopimuksen valmisteluun liittyvien vastuuriskien hallinnassa on tarpeen kiinnittää huomiota neuvottelumenettelyn asianmukaisuuteen ja siihen, että sitoutumisvalmiuden asteesta annetaan oikea kuva. Tätä tavoitetta edistetään huolehtimalla siitä, että sopimushankkeeseen liittyvä epävarmuus tulee asianmukaisesti kirjatuksi neuvotteludokumentteihin. Harhaanjohtavien tietojen antaminen sopimusneuvottelujen aikana on luonnollisesti sopimatonta ja saa aikaan riskin epäedullisista seuraamuksista näin menetelleelle. Jos neuvottelut katkeavat toisen osapuolen vilpillisen neuvottelukäyttämisen vuoksi, saattaa valmistelukulujen korvaaminen loukatulle osapuolelle tulla kysymykseen. Tämä riski koskee kuitenkin vain selvästi moitittavaa menettelyä. Oman suorituksen tavanomainen kaupallinen kehuminen ei perusta

²¹⁷ Lindholm & Hakoranta 1997 I, s. 85. Ks. HE 93/1986, s. 62-65

²¹⁸ Hemmo 2005 I, s. 43

²¹⁹ Tieva 2009, s. 904

vastuuta, vaikka esitettyjen arvioiden objektiivinen perusteltavuus olisi jossain määrin kyseenalainen.²²⁰

Sopimus voi perustua myös luottamuksen suojaan. Sopimukseen perustuvat odotukset voivat johtua siitä, että toinen osapuoli on käyttäytynyt tietyllä tavalla. Oikeusjärjestys antaa oikeussuojaa sille, että toinen osapuoli luottaa vastapuolen sitoutuneen tietynlaiseen käyttäytymiseen.²²¹

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty väite, jonka mukaan sopimuksen käsite olisi väljentynyt. On puhuttu myös sopimuksen raja-aitojen madaltumisesta. Tämä merkitsee sitä, että sopimusvastuu voitaisiin ulottaa myös tilanteisiin, joissa varsinaista sopimusta ei – perinteisessä mielessä – osapuolten välillä ole ollut. Esimerkiksi tietyissä tilanteissa on voitu katsoa, että osapuolten välille on syntynyt velvollisuus tehdä sopimus, jolloin tämän velvollisuuden rikkomista ja seuraamuksia arvioidaan sopimusoikeudellisten normien mukaisesti. Tyypillinen tilanne on se, kun osapuolten välillä on esisopimus. Sen lisäksi osapuolet ovat voineet sitoutua sopimuksen tekemiseen myös muulla tavoin.²²²

Eräissä tapauksissa saatetaan myös katsoa, että osapuoli on menetellyt tuottamuksellisesti sopimuskumppaniaan kohtaan. Tällainen tilanne voi olla käsillä ensinnäkin silloin, kun on aihetta epäillä, ettei neuvotteluihin osallistunut olisi rajallisen kapasiteettinsa tai muun syyn vuoksi lainkaan kyennyt keskustelujen kohteena olleen sopimuksen täyttämiseen ja etteivät neuvottelut olisi siten voineet alun alkaenkaan johtaa positiiviseen tulokseen. Sama vastuuriski on käsillä, jos osapuolella ei ole ollut todellista tarkoitusta päättää sopimusta, vaan hän on tavoitellut ainoastaan esimerkiksi hanketta koskevan kustannusarvion saamista.²²³

Myös sopimuksentekotuottamukseen perustuvassa korvausvastuussa voidaan nähdä sopimusvastuulle tyypillisiä elementtejä, vaikka varsinaisesta sopimusvastuuseen

²²⁰ Hemmo 2005 III, s.82

²²¹ Mononen 2004, s. 1385

²²² Mononen 2004, s. 1386. Sen sijaan, että merkitystä annettaisiin neuvotteluvaiheessa laaditun sopimusinstrumentin nimelle, keskeinen merkitys on sopimuksen sisällöllä ja sillä, kuinka kattava ja yksityiskohtainen osapuolten välinen yhteisymmärrys sopimukseen liittyvistä kysymyksistä on ollut (KKO 1996:7 ja KKO 1999:48). Vaikka varsinaista sopimusta osapuolten välillä ei voitaisi yksilöidä, sopimukseen rinnasteisena oikeussuhteena voidaan nähdä myös erityissuhde, jossa toinen osapuoli on hyväksynyt vastapuolen toiminnan ja tämä hyväksyntä johtaa siihen, että hyväksyjän on toimittava tietyllä tavalla (KKO 2003:131).

²²³ Hemmo 2005 I, s. 43

kuuluvasta ilmiöstä ei olekaan kyse. Oikeuskirjallisuudessa on puollettu kantaa, jonka mukaan sopimuksentekotuottamukseen perustuva korvausvastuu määräytyisi itsenäisen lakiin kirjoittamattoman normiston perusteella. Tällöin voitaisiin korostaa deliktivastuulle tyypillisen tuottamusarvioinnin sijaan sopimusvastuulle ominaista luottamuksensuojaa. Keskeinen kysymys liittyisi siihen, kuinka vahvasti perusteltuja neuvotteluosapuolen odotukset ovat.²²⁴

Yksi tahallisen sopimusrikkomuksen muodoista konkretisoituu silloin, kun sopimuksen päättämisen jälkeiset tapahtumat tekevät sopimuksen rikkomisen toiselle osapuolelle noudattamista edullisemmaksi. Näin voi käydä esimerkiksi siinä tapauksessa, että ulkopuolinen taho tekee sopimuspuolelle voimassa olevaa sopimusta paremman tarjouksen eikä osapuoli kykene sopimuskohteen ainutlaatuisuuden tai kapasiteettirajoitustensa vuoksi täyttämään molempia sopimuksia. Osapuoli saattaa tässä tapauksessa opportunistisesti päättää, että sopimuksen rikkominen kannattaa, koska hän jää voitolle vielä senkin jälkeen, kun korvaa aiheuttamansa vahingon tai kantaa muusta sopimusoikeudellisesta seuraamuksesta koituvat kustannukset. Opportunistinen sopimusrikkomus perustuu puhtaasti taloudellisten etujen ja haittojen vertailuun, joten sen vaaraa voidaan rajoittaa ylikompensatorisilla sopimussanktioilla.²²⁵

Jos sopimusrikkomus johtuu siitä, että kolmas osapuoli tavoittelee vastaavaa sopimusta, voidaan tämä tilanne eräissä tapauksissa ehkäistä aikaansaamalla tilanne, jossa kolmas häviää sopimuksen kohdetta koskevan kollision kaksoisluovutussääntöjen mukaan. Kolmatta vastaan voidaan pyrkiä reagoimaan myös uhkaamalla tätä vahingonkorvausvaatimuksella. Vastuu perustuisi tällöin siihen, että kolmas on oikeudenvastaisesti pyrkinyt saamaan sopimusvelallisen rikkomaan aikaisemman sopimuksensa. Tällaisesta *interference of contract* -opista on käyty keskustelua anglo-amerikkalaisissa maissa, mutta Suomessa se on jäänyt vähälle huomiolle.²²⁶

²²⁴ Mononen 2004, s. 1386.

²²⁵ Hemmo 2005 III, s. 43-44

²²⁶ Hemmo 2005III, s. 44-45

Neuvotteluihin osallistuvan voi olla aihetta todisteellisesti korostaa, ettei lopullista sitoutumispäätöstä ole tehty, mikäli neuvottelukumppani on pitkälle edenneiden neuvottelujen yhteydessä ryhtymässä erityisiä kustannuksia aiheuttaviin toimiin.²²⁷

5.2. Ostajan selonottovelvollisuus

5.2.1. *Caveat emptor-periaate ja ostajan vastuu*

Ostajan selonottovelvollisuus vaihtelee kaupan kohteen ja olosuhteiden mukaan. Selonottovelvollisuuden laajuus vaihtelee myös maittain ja oikeuskulttuureittain. Aiemmin mainittu ”*caveat emptor*”- tai ”*ostaja varokoon*” -periaate tarkoittaa käytännössä sitä, että ostaja on velvollinen suorittamaan kaupan kohteesta tarkastuksen, due diligencen, varmistuakseen, että kaupan kohde vastaa sitä mitä ostaja olettaa sen olevan. Kyseessä on ikivanha oikeusperiaate, jota ennen moderneja aikoja noudatettiin yleisesti.

Periaate tuli ensimmäistä kertaa äänenlausutuksi oikeustapauksessa Yhdysvalloissa vuonna 1817 tapauksessa *Laidlaw v. Organ* 15 U.S. 178 Chief Justice Marshallin esittämänä. Tapausta käytetään klassikkoesimerkinä oikeuskirjallisuudessa keskusteltaessa siitä, mitä kaupan osapuolet ovat velvollisia paljastamaan toisilleen kaupan kohteesta.²²⁸

Erityisesti kuluttajaoikeudellisen lainsäädännön kehittymisen myötä *caveat emptor* -periaate alettiin nähdä epäoikeudenmukaisena varsinkin tiedollisesti epätasavertaisten sopimuskumppaneiden välisissä kaupoissa, ja siihen vetoaminen vähentyi. Tasavertaisten sopimuspuolten suhteessa sillä on kuitenkin vielä merkitystä. Erityisesti periaatteeseen on vedottu koskien kiinteistöjen kauppaa, jossa ostajan selonottovelvollisuudesta on perinteisesti muodostunut oikeuskäytäntöä.

²²⁷ Esim. KKO 2009:45, jossa katsottiin että sopimusneuvottelut katkaissut osapuoli oli korvausvelvollinen toiselle osapuolelle.

²²⁸ Uudempaa oikeuskäytäntöä: ks. esim. tapaus *Spivey v. Adaptive Marketing*, 660 F. Supp. 2d (United States District Court, Illinois, 2009)

5.2.2. *Selonottovelvollisuus kiinteistön kaupassa*

Suomessakin ostajalla on kiinteistön fyysisiä ominaisuuksia koskeva tarkastusvelvollisuus. Hän ei saa vedota laatuvirheenä seikkaan, joka olisi voitu havaita kiinteistön tarkastamisessa ennen kaupan tekemistä (MK 2:22.1) Tarkastus on suoritettava sellaisella huolellisuudella, jota voidaan yleensä olettaa käytettävän arvokasta omaisuutta hankittaessa.²²⁹

Tarkastusvelvollisuus ei yleensä ulotu seikkoihin, joiden selvittäminen edellyttää teknisiä tai muita tavanomaisesta poikkeavia toimenpiteitä. Lain esitöiden mukaan tarkastusvelvollisuus koskee pääsääntöisesti vain sellaisia tiloja, joihin on esteetön pääsy. Normaalioloissa ei edellytetä asiantuntija-avun käyttämistä, vaan riittää, että ostaja tarkastaa kiinteistön itse. Jos ostaja kuitenkin havaitsee epäilyttäviä seikkoja, joiden merkitystä hän ei itse pysty arvioimaan, hänen voidaan edellyttää turvautuvan asiantuntija-apuun. Tällaisia seikkoja voivat olla esimerkiksi kiinteistöön kuuluvan rakennuksen seinissä havaitut kosteusvauriot.²³⁰

Maakaaren mukainen ostajan tarkastusvelvollisuus on pohjoismaisessa vertailussa melko ankara. Tanskassa ja Norjassa lähtökohtaista tarkastusvelvollisuutta ei ole. Ostaja ei kuitenkaan voi vedota virheisiin, jotka hänen olisi pitänyt havaita tarkastuksessa, jos hän on tosiasiallisesti tarkastanut kohteen tai myyjä on häntä kehottanut niin tekemään. Tarkastukselle ei tällöinkään aseteta kovin suuria laatuvaatimuksia: tarkastus voi olla suhteellisen pinnallinen eikä asiantuntija-apua tarvitse käyttää. Ostaja menettää oikeuden vedota vain sellaisiin virheisiin, jotka hän olisi tosiasiallisesti voinut havaita. Jos ostaja käyttää tarkastuksessa asiantuntijaa, tarkastusvelvollisuus ankaroituu ja sitä arvioidaan sen mukaan, mitä asiantuntijan pitäisi havaita.²³¹

Ruotsissa ostaja ei voi virheenä vedota seikkaan, joka hänen olisi pitänyt huomata sellaisessa tarkastuksessa, johon kiinteistön kunto, vastaavanlaisten kiinteistöjen normaali laatu ja olosuhteet antoivat aihetta. Lähtökohtaisesti ostajan ei tarvitse tehdä

²²⁹ Hallituksen esitys 120/1994 eduskunnalle maakaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 56

²³⁰ HE 120/1994 vp, s. 56

²³¹ Hoffrén 2009, s. 1193

rakenteita rikkovia tarkastuksia tai käyttää asiantuntijaa, mutta hänen havaitsemansa merkit mahdollisista puutteellisuuksista vaikuttavat selonottovelvollisuutta korottavasti ja saattavat edellyttää tällaisiinkin toimenpiteisiin ryhtymistä. Esimerkiksi kuntotarkastuksessa havaitut epäilyttävät seikat voivat korottaa ostajan selonottovelvollisuutta. Ratkaisussa NJA 1998 s. 407 katsottiin, että tarkastuksessa havaitut kohonneet kosteusarvot olisivat olleet peruste tavanomaista perusteellisempaan tarkastukseen.²³²

Suomessa ostajan tarkastusvelvollisuus sisältää lähtökohtaisesti vain pintapuolisen tarkastuksen ja ostajan on turvauduttava asiantuntija-apuun tai rakenteita rikkoviin toimenpiteisiin vain silloin, kun siihen on erityinen syy. Kuntotarkastuksessa havaittujen epäkohtien on oikeuskirjallisuudessa katsottu voivan antaa aihetta tavanomaista tarkempaan tarkastukseen.²³³

5.2.3. *Muita ostajan selonottovelvollisuuteen vaikuttavia seikkoja*

Yleisesti olennaista on myös huomata, että ostajalla on oma tarkoituksensa kaupan kohteen suhteen; miksi ostaja haluaa ostaa yrityksen ja mitkä ovat tämän mahdolliset tulevaisuuden suunnitelmat yrityksen suhteen? Myyjä ei ota kantaa näiden suunnitelmien mahdollisiin riskeihin VDD -raportissaan. Toisaalta ostajan tietoisuus virheen aiheuttajasta poistaa mahdollisuuden vedota virheeseen. Ostaja ei voi myöhemmin vedota virheeseen, jos ostajan itse teettämässä due diligencessä tulee esiin epäilyttäviä seikkoja, vaikkei niistä olisi mainittu VDD -raportissa.

Ostajalla on kuitenkin KL 17.2 §:n 2 kohdan mukaan oikeus edellyttää, että kaupan kohde soveltuu hänen erityiseen tarkoitukseensa, mikäli myyjän on kaupantekohetkellä täytynyt olla selvillä tästä tarkoituksesta ja ostajalla on ollut perusteltua aihetta luottaa myyjän asiantuntemukseen ja arviointiin. Myyjän tietoisuudella siitä, vastaako kaupan kohde ostajan erityisiä edellytyksiä, ei ole merkitystä myyjän virhevastuun kannalta. Merkitystä on sen sijaan sillä, onko myyjä tullut tietoiseksi ostajan erityisestä tarkoituksesta. Mikäli

²³² Hoffrén 2009, s. 1193

²³³ Hoffrén 2009, s. 1193

säännöksen soveltamisen edellytykset täyttyvät, on myyjällä tuottamuksesta riippumaton virhevastuu.²³⁴

Yrityskaupassa kyseisellä säännöksellä saattaisi olla merkitystä tilanteessa, jossa myyjä ei anna ostajalle tilaisuutta tarkastaa kohdeyritystä. Yleensä lienee kuitenkin katsottava, että ostaja ei voi yrityskaupassa jättää erityisten edellytystensä arvioimista myyjän asiantuntemuksen varaan, vaan joutuu itse varmistumaan näiden olemassaolosta tarkastamalla kaupan kohteen etukäteen riittävässä laajuudessa ja kirjaamalla erityiset edellytyksensä kauppasopimukseen takuulausekkeina tai muunlaisina sopimusehtoina.²³⁵

Huomionarvoista on kuitenkin, että vaikka ostaja todella on tiennyt tietyn seikan, joka merkitsee tavarán virheellisyyttä, ei tästä välttämättä seuraa, että hän on ymmärtänyt myös virheen merkityksen. Myyjä voi sen vuoksi tietyissä tilanteissa joutua virhevastuuseen, kun ostaja on huomannut tiettyjä virheeseen liittyviä olosuhteita ymmärtämättä kuitenkin niiden merkitystä.²³⁶

Kauppalain mukaan ostajan oikeus tehdä vaatimuksia virheen perusteella on olemassa sekä silloin, kun myyjä on menetellyt petollisesti että silloin, kun hän on menetellyt kunnianvastaisesti ja arvottomasti. Ostajalla ei kauppalain mukaan ole mitään yleistä tarkastusvelvollisuutta. Edellytyksenä sille, että ostaja menettää oikeutensa vedota virheeseen on joko se, että hän todella on tarkastanut tavarán ennen kaupan tekemistä tai se, että hän on ilman hyväksyttävää syytä laiminlyönyt noudattaa myyjän kehotusta tarkastaa tavara.²³⁷ Yrityskaupassa tarkastusvelvollisuus tosin syntyy Lindholmin ja Hakorannan²³⁸ mukaan jo pelkästään sen johdosta, että myyjä antaa ostajalle tilaisuuden tarkastaa kohdeyhtiön.

Ostajan tarkastusvelvollisuuden laajuus määräytyy lähtökohtaisesti sen mukaan, miten tarkastusvelvollisuus on syntynyt. Jos myyjä on esimerkiksi todennut tiettyjen antamiensa

²³⁴ Lindholm & Hakoranta 1997 I, s 89

²³⁵ Lindholm & Hakoranta 1997 I, s 89

²³⁶ Routamo & Ramberg 1997, s. 164

²³⁷ Routamo & Ramberg 1997, s. 164. Ks. myös NJA 1923 s. 244, jossa myyjä ennen kaupan tekemistä vakuutti tavaralla ollevan tiettyjä ominaisuuksia. Myyjä tarjosi ostajalle tilaisuuden tavarán tarkastamiseen, mutta ostaja kieltäytyi. Tavarán toimittamisen jälkeen todettiin, että luvatuista ominaisuuksista puuttui kaksi. Ostajalla katsottiin olevan oikeus vedota virheeseen mm. sen takia, että virheiden katsottiin olevan sellaisia, ettei tarkastuksen laiminlyöntiä voitu pitää ostajan virheenä. Vrt. myös NJA 1977 s. 756 ja NJA 1988 s. 335.

²³⁸ 1997 I, s. 90

tietojen olevan epävarmoja, on ostaja lähtökohtaisesti velvollinen tarkastamaan vain nämä, muttei välttämättä ulottamaan tarkastustaan näiden ulkopuolelle, ellei tarkastuksen aikana ilmene aihetta tähän. Se mitä ostajan olisi pitänyt tarkastuksessa havaita, arvioidaan tapauskohtaisesti ostajan yleisestä asemasta ja asiantuntemuksesta riippuen. Yrityskaupassa ostajalle lienee tässä suhteessa asetettava varsin ankara huolellisuusvaatimus. On myös lähdettävä siitä, että ostajan tulee tarpeen vaatiessa käyttää asiantuntijoita.²³⁹

Routamon ja Rambergin²⁴⁰ mukaan due diligence -menettelyn tarkoituksena on estää myöhemmät riidat osapuolten kesken yrityksen arvosta. Seikkaan, joka olisi pitänyt havaita noudattamalla ”due diligence”-vaatimusta tarkastuksessa, ei periaatteessa saa vedota. Yrityskauppojen sopimukset sisältävät usein tästä nimenomaisen määräyksen. Ellei sellaista määräystä ole, on kaupan osalta silti mahdollista vedota KL 20 §:n 2 mom:iin.

5.3. Asiantuntijan vastuu

5.3.1. Asiantuntijan vastuusta yleisesti

Asiantuntijapalvelun tarjoajalla on varsin pitkälle menevä velvollisuus huolehtia toimeksiantajan edun turvaamisesta. Vastuu ei myöskään rajoitu yksin niihin tapauksiin, joissa asiakkaana on kuluttaja, vaan vallitsee usein myös silloin, kun elinkeinonharjoittaja-asiakasta ei voida pitää asiantuntijana alalla. Asiakkaalta itseltään edellytettävät tiedot eivät rajaa tällaista vastuuta kovinkaan voimakkaasti, koska asiantuntijapalvelun käyttäminen tarkoittaa jo lähtökohtaisesti sitä, että asiakas katsoo olevansa tietotasoltaan toimeksisaajaa heikompi.²⁴¹

Sopimukset luokitellaan monissa maissa vakiintuneesti työntekosopimukseen ja työntulosopimukseen. Työntulosopimuksissa sopimusrikkomuksena pidetään sovitun

²³⁹ Lindholm & Hakoranta 1997 I, s. 91

²⁴⁰ 1997, s 166

²⁴¹ Hemmo 2005 I, s. 89-90

tuloksen jäämistä saavuttamatta – riittää, että sovittu tulos saavutetaan. Sen sijaan työntekoprosessissa sopimusrikkomuksen olemassaoloa arvioidaan työprosessin asianmukaisuuden perusteella. Työprosessin asianmukaisuudella on kummassakin tapauksessa merkitystä arvioitaessa tuottamuksen olemassaoloa. Jaottelulla on vaikutusta myös näyttövelvollisuuteen. Työntulosopimuksessa asiakkaan on näytettävä, että sovittu tulos jäi saavuttamatta; sopimuskumppanin on näytettävä, että sopimusrikkomus ei johtunut hänen tuottamuksestaan. Työntekosopimuksessa asiakkaan on näytettävä, että sopimuskumppanin työprosessi ei ollut asianmukainen; sopimuskumppanin on näytettävä, että sopimusrikkomus ei johtunut hänen tuottamuksestaan.²⁴²

Neuvontapalveluja koskevien sopimusten on katsottu kuuluvan työntekosopimuksiin. Lähtökohtaisesti neuvontapalvelujen tarjoajan ei ole katsottu sitoutuvan vastuuseen työnsä tuloksesta, vaan työprosessinsa asianmukaisuudesta – pelkkä neuvon virheellisyys tai toivotun tuloksen saavuttamatta jääminen ei ole sopimusrikkomus.²⁴³

Konsultin työprosessia koskevista velvollisuuksista tärkeimpiä ovat tiedonantovelvollisuus sekä selvitysvelvollisuus. Sopimussuhteessa yleisesti vaaditaan myös huolellisuusvelvollisuutta. Eri alojen erityissäätelyssä on periaatteessa mahdollista johtua muitakin velvollisuuksia. Esimerkiksi tilintarkastusalan, asianajotoiminnan ja sijoitusneuvonnan erityissäätelystä saattaa seurata riippumattomuutta ja työn dokumentointia koskevia lisävelvollisuuksia.²⁴⁴

Mäntysaaren²⁴⁵ mukaan neuvontapalvelujen luonteeseen kuuluu, että asiakkaalle on annettava päätöksentekoa varten riittävät tiedot. Asiakkaan pitää pystyä itse arvioimaan, mikä vaihtoehto on hänen etunsa mukainen. Jos tällaista velvollisuutta ei olisi, neuvontapalvelun tarkoitus ei toteutuisi. Jos toimeksiannon sisältö on epäselvä, neuvontapalvelun tarjoaja ei voi tietää tarkasti, mitä tietoja hänen pitää antaa asiakkaalle. Neuvontapalvelujen tarjoaja ei pysty antamaan asiakkaalleen tämän päätöksentekoa

²⁴² Mäntysaari 2000, s. 246

²⁴³ Esimerkiksi asianajajan sopimusrikkomuksena ei ole pidetty sitä että hän häviää juttunsa tuomioistuimessa, ja sijoituskonsultin sopimusrikkomuksena ei muun sopimuksen puuttuessa ole pidetty sitä, että hänen suosittelmansa arvopaperin kurssikehitys jää indeksia huonommaksi.

²⁴⁴ Ks. Mäntysaari 2000 s. 257

²⁴⁵ 2000, s. 252

varten riittäviä tietoja, ellei neuvontapalvelun tarjoaja ensin selvitä, mitä asiakas toimeksiannolta tarkkaan ottaen haluaa.

Palvelusuorituksen sisällön määrittämisessä asiantuntijapalveluiden erityispiirteenä voidaan pitää sitä, että asiantuntijalla on usein melko laaja vastuu toimeksiannon tarkoituksenmukaisuuden rajauksesta. Toisin sanoen asiantuntija ei voi suoralta kädeltä tyytyä tarjoamaan tarkasti sitä, mitä asiakas tilaa, vaan hänen on autettava asiakastaan toimeksiannon järkevässä rajaamisessa. Asiantuntijan on pyrittävä hahmottamaan toimeksiannon asiayhteys ja ehdottamaan sellaista toimeksiannon rajausta, joka mahdollisimman hyvin vastaa asiakkaan tarpeeseen.²⁴⁶

Suomessa kuvaavana esimerkkinä voidaan viitata KKO:n ennakkoratkaisuun 2001:128. Tapauksessa toimeksiantaja oli antanut tilitoimistolle tehtäväksi laatia asiakirjat kommandiittiyhtiön yhtiöosuuden luovuttamista varten. Kommandiittiyhtiö oli pitkän aikaa käyttänyt tilitoimiston tarjoamia muun muassa kirjanpito- ja verosuunnittelupalveluja. Yhtiöosuuden luovuttamista koskeneen toimeksiannon yhteydessä ei keskusteltu siitä, onko veroneuvonnalle tarvetta. Nimenomaisesti oli puhetta ainoastaan luovutusasiakirjojen laatimisesta. Asiakirjat laadittiin toimeksiantajan pyynnön mukaisesti, mutta myöhemmin kävi ilmi, että luovutus oli verotuksellisesti hyvin epätarkoituksenmukainen. KKO katsoi, että tilitoimiston olisi huolellisesti toimiakseen tullut varoittaa toimeksiantajaa veroseuraamuksesta siitäkin huolimatta, ettei toimeksiantoon sinänsä kuulunut verokonsultointia. Näin tilitoimisto joutui korvaamaan toimeksiantajalleen veroa vastaavan vahingon.²⁴⁷

Korkein oikeus on ottanut ratkaisussaan KKO 1999:80 kantaa verokonsultin vastuuseen asiakkaaseen nähden. Tapauksessa tilintarkastusyhtiö antoi sinänsä oikean vastauksen toimeksiantajan esittämään verovaikutuksia koskevaan kysymykseen, mutta toimeksiantaja oli kuvannut tilanteen (sen, kuinka kauan eräs vuokrasopimus oli ollut voimassa) virheellisesti, jonka vuoksi toimenpiteen verokohtelu oli asiakkaalle epäedullinen. KKO velvoitti tilintarkastusyhtiön suorittamaan ylimääräistä veroa

²⁴⁶ Norros 2008, s. 638

²⁴⁷ Norros 2008, s. 638

vastaavan vahingonkorvauksen, koska yhtiön olisi vallinneissa olosuhteissa pitänyt KKO:n mukaan selvittää asiakkaan antamien pohjatietojen oikeellisuus.²⁴⁸

Ratkaisun perustelujen mukaan:

*a) verokonsultin työnantajana toiminut tilintarkastusyhtiö oli rikkonut sopimusta antamalla virheellisen neuvon; b) tilintarkastusyhtiö ei ollut näyttänyt, ettei neuvon virheellisyys ollut johtunut sen tuottamuksesta; ja c) jutussa oli pikemminkin näytetty, että sopimusrikkomus eli neuvon virheellisyys johtui tilintarkastusyhtiön tuottamuksesta.*²⁴⁹

Mäntysaaren mukaan ratkaisu KKO 1999:80 hämärtää edellä mainittua työnteko- ja työntulosopimusten välistä eroa ja lisää verokonsulttien vastuuta. Ratkaisulla on yleistä merkitystä, koska sitä voidaan soveltaa muidenkin neuvontapalvelujen tarjoajien kuin verokonsulttien vastuuseen. Esimerkiksi asianajajan vastuuseen pitää soveltaa samoja sopimusoikeuden yleisiä oppeja.²⁵⁰

Toisinaan vastuunrajoitusehdot pyritään kytkemään olemassa oleviin vakuutuksiin niin, että vakuutusmäärän ylittävää korvausvastuuta ei synny. Tapauksessa KKO 2003:26 rakennuttamis- ja valvontatehtäviä koskevaan sopimukseen oli otettu ”Muut ehdot” - otsikoitu sopimuskohta, joka kuului:

”Konsulttitoiminnan yleiset sopimusehdot KSE 83. Lisäksi konsultti sitoutuu pitämään voimassa sopimuksen kestoajan 5 000 000 mk:n konsulttivastuuvakuutuksen.”

KSE 83 -ehtojen mukaan toimeksisaajan vastuu rajoittui palkkion määrään, joka tapauksessa oli 46 000 markkaa. KKO katsoi kuitenkin, että ehto oli ollut omiaan antamaan toimeksiantajana olleelle seurakunnalle aiheen otaksua, että vahingonkorvauksen yläraja oli 5 000 000 markkaa. Seurakunnan käsitykselle oli tulkinnassa aihetta antaa erityistä painoa senkin vuoksi, että toimeksisaajana ollut yhtiö oli laatinut sopimuksen ja oli ollut sopimusta tehtäessä asiantuntemuksensa perusteella

²⁴⁸ Hemmo 2005 III, s. 204 Lopputulosta perusteltiin sillä, että neuvon antanut konsultti oli ollut tietoinen siitä, mikä vaikutus siirtokelpoisella vuokraoikeudella ja sen kestolla oli veroseuraamukseen.

²⁴⁹ Mäntysaari 2000, s. 245

²⁵⁰ Mäntysaari 2000, s. 245

selvästi paremmassa asemassa arvioimaan sopimustekstin sisältöä. Sopimusta tulkittiin tämän vuoksi niin, että vastuu ei rajoittunut palkkion määrään.²⁵¹

Miten sitten ratkaista kysymys siitä, mitä oikeusseuraamuksia toimeksiannon sisältöä koskevan selvitysvelvollisuuden rikkomiseen liittyy. Mitä pidetään sovittuna, kun tätä velvollisuutta on rikottu? Epäselvyssäntöä voidaan soveltaa yleensä vain silloin, kun toinen osapuoli on laatinut sopimusasiakirjan, joka sisältää tulkinnanvaraisen ehdon.²⁵²

Vastaukseksi Mäntysaari²⁵³ ehdottaa oikeustoimilain 6 §:n 2 momentista ilmenevää periaatetta, jonka perusteella toimeksiannon sisältö voisi määräytyä sen perusteella, mitä konsultin olisi pitänyt tietää asiakkaalla olleesta käsityksestä, tai vakuutuslainsäädännön analogiaa, jonka mukaan toimeksiannon laajuus määräytyisi sen mukaan, mikä käsitys asiakkaan objektiivisesti arvioiden olisi pitänyt toimeksiannon laajuudesta saada.

Ruotsissa pidetään epätavallisena, että neuvontapalvelujen tarjoaja sitoutuu vastuuseen antamiensa neuvojen sisällöstä. Kuitenkin ratkaisussa NJA 1991 s. 625, jossa oli kyse kiinteistönvälittäjän vastuusta myyntivoiton verotuksesta antamansa tiedon paikkansapitävyydestä, tietojen paikkansapitämättömyyttä on pidetty sopimusrikkomuksena.

5.3.2. *Asiantuntijan pedagoginen velvollisuus*

Hemmon²⁵⁴ mukaan sopimusoikeuden viimeisten vuosikymmenten kehitystä on leimannut varsinaisen päävelvoitteen ulkopuolisten velvollisuuksien lisääntyminen. Osa näistä tähtää siihen, että sopimuskumppani pääsisi sopimuksen avulla haluamaansa tulokseen, eikä hänen tarpeentyydytyksensä jäisi toteutumatta esimerkiksi oman asiantuntemattomuuden vuoksi. Tällainen tavoite konkretisoituu etenkin silloin, kun kysymyksessä on asiantuntijatahon ja asiakkaan suhde. Päämäärään pyritään muun muassa vahventamalla asiantuntijaosapuolen velvollisuuksia huolehtia

²⁵¹ Hemmo II 2005, s. 321-322

²⁵² Mäntysaari 2000, s. 251

²⁵³ 2000, s. 252

²⁵⁴ 2005 III, s. 203

sopimuskumppanin riittävästä tiedontasosta ja sopimuksen kohteen soveltuvuudesta hänen käyttöönsä.

Nykyisin voidaankin sanoa, että etenkin asiantuntemuksen suhteen epätasapainoisessa sopimussuhteessa osapuolella on usein velvollisuus:

- varmistautua suorituksen sopivuudesta sopimuskumppanin käyttöön asiakkaan tarkoituksestaan antamat tiedot huomioon ottaen,
- antaa tarpeellisia tietoja suorituksen käytöstä ja sopimukseen liittyvistä riskeistä,
- varmistua siitä, että sopimuskumppani on ymmärtänyt sopimussuhteen kannalta olennaiset seikat²⁵⁵

Asiantuntija ei siis voi yhteydenpidossaan toimeksiantajan kanssa tyytyä vain sinänsä oikeiden ja riittävien tietojen välittämiseen, vaan hänen on kiinnitettävä huomiota myös antamiensa tietojen ymmärrettävyyteen. Tämä niin sanottu asiantuntijapalvelun tarjoajan pedagoginen velvollisuus on tullut ääneenlausutuksi Ruotsissa oikeustapauksessa NJA 1994 s. 532, jossa Ruotsin korkein oikeus totesi:

”Det måste anses åligga den uppdragstagare som mot betalning åtar sig att utföra en tekniskt komplicerad analys att redovisa resultatet av denna analys på ett sätt som tillåter uppdragsgivaren att dra rimliga och korrekta slutsatser av dessa resultat”.

Ei riitä, että palvelun toimittaja tekee riittävän selvityksen ja analyysin. On hyvin tärkeää, että tilaajan kanssa myös kommunikoidaan tuloksista sillä tavoin, että tämä ymmärtää analyysin sisällön. Tämä mahdollistaa sen, että tilaaja voi tehdä oikeat ja sopivat johtopäätökset niin pitkälle kuin mahdollista.²⁵⁶

Toinen aihealueeseen liittyvä esimerkki Ruotsista on tapaus NJA 1994 s. 598, jossa asiakas noudatti pankin neuvoa halutessaan välttää luovutusvoitonveron. Menettely tuli kuitenkin kelvottomaksi Ruotsin verolainsäädännön mukaan. Asiakas syytti pankkia ja vaati vahingonkorvauksia. Korkein oikeus totesi lausunnossaan:

”Allmänt sett är det påkallat att den som lämnar rådgivning i komplicerade rättsfrågor fäster uppdragsgivarens uppmärksamhet på om prejudikat saknas och om rättsläget av

²⁵⁵ Hemmo 2005 III, s. 203

²⁵⁶ Calissendorff 2007, s. 118

denna eller någon annan anledning kan vara osäkert. Behovet av att sådan information lämnas måste emellertid vara beroende av vem uppdragsgivaren är, vilka kvalifikationer han har och om han redan känner till problematiken. Fall kan tänkas då det framstår som så uppenbart att rättsläget är osäkert att ett särskilt påpekande härom får anses onödigt.”²⁵⁷

Toisinaan pedagoginen vaatimustaso on saatettu viedä varsin pitkällekin. Tapauksessa NJA 1997 s. 65 rakennustarkastaja oli havainnut, ettei rakennuksen sisäkatossa ollut ilmanvaihdon kannalta välttämättömiä aukkoja. Hän oli raportissaan huomauttanut aukkojen puutteesta ja kehottanut toimeksiantajanaan olevia yksityishenkilöitä korjaamaan asian. Tarkastaja ei kuitenkaan nimenomaisesti huomauttanut, että korjauksen laiminlyönti aiheuttaa vaaran rakenteiden mätänemisestä. HD:n enemmistö (3-2) katsoi, ettei tarkastaja ollut riittävästi painottanut korjaustoimen välttämättömyyttä ja että hänen oli tästä syystä korvattava toimeksiantajansa vahinko. Ratkaisua voidaan pitää sikäli melko ankarana, että ilmanvaihdon laiminlyönnin ja rakenteiden mätänemisvaaran yhteys lienee yleisesti melko selvä.²⁵⁸

Myös Hopun²⁵⁹ mukaan viimeisen kymmenen vuoden aikana asiantuntijavastuusta on kertynyt runsaasti oikeuskäytäntöä ja tälle on ominaista erityisesti se, että asiantuntijan velvoitteita on tulkittu laajasti. Näin ollen asiantuntijapalvelun tarjoaja ei voi tyytyä tulkitsemaan tehtäviään kapea-alaisesti, vaan hänen on vähintäänkin huomautettava asiakasta sellaisista toimeksiantoon liittyvistä kysymyksistä, joihin voi liittyä riskejä asiakkaan kannalta, jos ne jätetään selvittämättä. Asiantuntijalla on asiakkaisiinsa nähden toimeksiannon puitteissa laaja tiedonantovelvollisuus sellaisista seikoista, jotka voivat vaikuttaa haitallisesti asiakkaan etuihin. Tämä varoittamisvelvollisuus voi koskea veroseuraamusta, asiantuntijapalvelun tarjoajan ja asiakkaan välistä eturistiriitaa, ristiriitaisesta informaatiosta varoittamista tai toimeksiantoon sisältyvistä muista erityisistä riskeistä varoittamista. Asiantuntijalla saattaa tiettyssä määrin olla myös asiakkaan antamien tietojen tarkistamisvelvollisuus.

²⁵⁷ Calissendorff 2007, s. 119

²⁵⁸ Norros 2008, s. 638

²⁵⁹ Hoppu 2011, s. 1373

Yhteiskunnan muuttuessa yhä monimutkaisemmaksi eivät tiedonantovelvoitteet enää välttämättä turvaa asiakkaan asemaa riittävässä määrin. Vaikka asiakkaalle annettaisiin asiantuntijapalvelun kohteena olevista seikoista tietoa, ei hän välttämättä ymmärrä toimintaympäristön kokonaisuutta ja täten hän ei myöskään ymmärrä annetun tiedon merkitystä. Asiakas ei aina itse edes tiedosta, ettei hänellä ole valmiuksia ymmärtää annetun tiedon merkitystä toimeksiannon kannalta. Esimerkiksi rahoitusallalla arvopaperinvälittäjälle asetettu laajakaan tiedonantovelvollisuus ei kaikissa tilanteissa riitä turvaamaan asiakkaan asemaa riittävästi.²⁶⁰

Rahoitusalan toimintaympäristö ja tuotteet ovat niin monimutkaisia, etteivät varsinkaan yksityissijoittajat aina pysty hyödyntämään saamaansa tietoa. Tämä johtuu siitä, että saatujen tietojen hyödyntäminen edellyttää erityistuntemusta arvopaperimarkkinoilla tarjottavien tuotteiden ominaisuuksista ja arvopaperimarkkinoiden toiminnasta. Tämä ongelma on pyritty ratkaisemaan siten, että arvopaperinvälittäjälle on asetettu arvopaperimarkkinalaissa selonottovelvoitteita asiakkaan suhteen. Arvopaperinvälittäjän tulee selvittää asiakkaan yksilöllinen tilanne, ja tiedot saatuaan on arvopaperinvälittäjän asiakkaan puolesta arvioitava, mitkä sijoitustuotteet tälle sopivat ja mitkä eivät. Tällä tavalla arvopaperinvälittäjän ammattitaito valjastetaan asiakkaan käyttöön.²⁶¹

Uudempaa oikeuskäytäntöä Suomessa edustaa tapaus 2011:15, jossa vakuutusentajat olivat vakuutus sopimuksen päättyessä menettäneet huomattavan osan sijoittamistaan varoista sen vuoksi, että ne osakerahastot, joiden arvonkehitykseen sijoituksen arvo oli sidottu, olivat menettäneet arvoaan. Kysymys oli siitä, oliko vakuutusentaja täyttänyt vakuutus sopimuslain 5 §:n 1 momentin (543/1994) mukaisen tiedonantovelvollisuutensa ennen vakuutus sopimuksen päättämistä.²⁶²

KKO katsoi, etteivät pelkät pankin sijoittajille toimittamat kirjalliset tiedot tässä tapauksessa riittäneet täyttämään vakuutus sopimuslain mukaista tiedonantovelvollisuutta. Kun pääoman menettämisen riskistä oli kuitenkin lisäksi kerrottu sijoittajille henkilökohtaisesti ennen sijoituksista päättämistä siten, että oli todettu sijoitukseen liittyvän riskin olevan samanlainen kuin suorassa osakesijoituksessa,

²⁶⁰ Hoppu 2011, s. 1374

²⁶¹ Hoppu 2011, s. 1374

²⁶² KKO 2011:5

KKO katsoi pankin täyttäneen tiedonantovelvollisuuteensa suhteessa asiakkainaan olleisiin kokeneisiin sijoittajiin.²⁶³

5.3.3. Todistustaakan jakautumisesta

Käytännössä merkittävä kysymys on, kuuluuko todistustaakka asiantuntijan virheestä toimeksiantajalle vai asiantuntijalle. Oikeudenkäymiskaaren 17:1.1:n mukaan kantajan tulee riita-asiassa näyttää toteen ne seikat, jotka tukevat kannetta. Lainkohta viittaa siihen, että toimeksiantajalla olisi ainakin lähtökohtaisesti todistustaakka asiantuntijan virheestä. Tulkintatapaa voidaan soveltaa ongelmitta lähtökohtaisena ainakin tilanteessa, jossa asiantuntija on sitoutunut tietyn tuloksen saavuttamiseen. Ellei toimeksiantaja pysty osoittamaan tuloksen jääneen saavuttamatta, asiantuntijan suoritusta on pidettävä virheettömänä. Tosin vaikka suorituksen virheellisyys todettaisiinkin, asiantuntijalla olisi vielä mahdollisuus välttää vahingonkorvausvastuu näyttämällä, ettei virhe johdu hänen tuottamuksestaan.²⁶⁴

Jos asiantuntijan veloitteena on kuitenkin ollut ainoastaan huolellinen toiminta ilman tulosvastuuta, kysymys todistustaakasta on vaikeampi hahmottaa. Perusongelma on se, että asiantuntijan suorituksen virheellisyysarviointi ja vahingonkorvausoikeudellinen tuottamusarviointi muodostuvat tilanteessa päällekkäisiksi, mutta todistustaakka kohdistuu kysymyksissä keskenään päinvastaisella tavalla. Kuten todettiin, OK 17:1.1 viittaisi sinänsä siihen, että asiantuntijan virhearvioinnissa todistustaakka asiantuntijan huolimattomuudesta kuuluu toimeksiantajalle. Toisaalta jos asiantuntijan suorituksessa todetaan virhe, hänen vahingonkorvausvastuutaan arvioidaan pääsääntöisesti käännettyyn todistustaakkaan perustuvan tuottamusvastuun, eli ekskulpaatiovastuun nojalla. Vahingonkorvausoikeudellisessa tuottamusharkinnassa jäisi siis lähtökohtaisesti asiantuntijan osoitettavaksi, että hän on toiminut huolellisesti.²⁶⁵

²⁶³ KKO: Tiedote 17.1.2011

²⁶⁴ Norros 2008, s. 640

²⁶⁵ Norros 2008, s. 640

Norroksen²⁶⁶ mukaan on kuitenkin näyttötaakasta puhuttaessa kiinnitettävä huomiota siihen, että näyttötaakka vahingon aiheuttamisesta ja sen määrästä kuuluu joka tapauksessa toimeksiantajalle OK 17:1.1:n nojalla. Ei siis ole riittävää, että toimeksiantaja ilmoittaa kärsineensä vahinkoa ja vaatii asiantuntijalta selvitystä tämän huolellisuudesta. Jotta korvauskanne menestyisi, toimeksiantajan on yleensä osoitettava, miten hänen varallisuusasemaansa on vaikuttanut se, että asiantuntijan suorituksessa on ollut väitetty virhe.²⁶⁷

5.4. Asiantuntijan vastuu kolmatta kohtaan

5.4.1. Vastuumuotojen ylitys

Sopimusvastuu ja ulkokontrahdillinen vastuu poikkeavat toisistaan. Yksi merkittävimmistä eroista on se, että sopimusvastuussa ns. puhtaat varallisuusvahingot korvataan ilman erityisiä edellytyksiä, kun taas ulkokontrahdillisessa vastuussa ne korvataan vain poikkeuksellisesti. Ulkokontrahdillista vastuuta sääntelevä vahingonkorvauslaki (VahL 5:1) edellyttää, että vahingot on aiheutettu rangaistavaksi säädettyllä teolla, julkista valtaa käytettäessä, tai korvaamiselle on erittäin painavia syitä.²⁶⁸

Yksi olennaisimpia kysymyksiä asiantuntijaraportin käytössä on se, kuka saa luottaa laadittuun raporttiin. Perinteisesti vain raportin tilaaja saa ilman erityistä mainintaa luottaa raporttiin. Kaksiasianosaissuhteen ylittävä sopimusvastuu koskee tilanteita, joissa osapuolten välillä ei ole edes sopimukseen rinnastuvaa oikeussuhdetta. Kyse on siten perinteisessä mielessä selkeästi sopimuksenulkoisesta suhteesta. Sopimusoikeudellisessa kirjallisuudessa on kuitenkin pohdittu, onko mahdollista, että vahingonkärsijällä olisi oikeus vaatia sopimusnormien perusteella vahingonkorvausta siltä, johon tämä ei ole sopimussuhteessa. Klassisen *privaty-opin* mukaan tämä ei ole mahdollista.²⁶⁹

²⁶⁶ 2008, s. 641

²⁶⁷ Norros 2008, s. 641

²⁶⁸ Ståhlberg et al. 2001, s.750

²⁶⁹ Mononen 2004, s. 1387

Oikeuskirjallisuudessa on tarkasteltu argumentteja, joiden perusteella tällainen vastuumuotojen ylitys voisi olla perusteltu ilman kirjoitetun lain antamaa tukea. Näissä argumenteissa korostuu Monosen²⁷⁰ mukaan ennen kaikkea se, että vahinkotilanteen osapuolten välillä on oltava jonkinlainen sopimuksenkaltaisen erityissuhde. Tällainen suhde voi tulla kyseeseen esimerkiksi sopimusketjuissa ja -verkostoissa. Kaksiasianosaissuhteen ylittävä sopimusvastuu laajentaisi sopimusvastuun piiriä entisestään. Toisaalta Mononen toteaa aiheeseen liittyvien oppien ja normatiivisten argumenttien olevan vasta kehitysvaiheessa.

Traditionaalisen sopimusoikeuden lähtökohdan mukaan sopimusoikeudellinen vastuu siis rajoittuu välittömien sopimuspuolten suhteeseen. Tämä rajoitus ei kuitenkaan ole enää absoluuttinen, vaan yhä useammin on sallittu sopimusoikeudellisten sääntöjen mukaan määräytyvän vaatimuksen esittäminen muuta sopimusketjuun kuuluvaa tai sopimuksen sivullisintressenttiä kohtaan.²⁷¹

Eräissä toimeksiantotyypeissä asiantuntijan vastuusta sivullista kohtaan säädetään suoraan laissa. Esimerkkeinä säännellyistä tilanteista voidaan mainita kiinteistönvälittäjän vastuu toimeksiantajansa vastapuolta kohtaan (laki kiinteistöjen ja vuokrahuoneistojen välityksestä, KiintVälL, 14 §) ja vakuutusmeklarin vastuu muuta henkilöä kuin toimeksiantajaa kohtaan (laki vakuutusedustuksesta, VakEdL, 40.1 §). Lisäksi KKO on muutamassa ennakkoratkaisussaan tuominnut asiantuntijan vastuuseen sivullista kohtaan myös ilman lainsäädännön tukea. Esimerkkeinä voidaan mainita lahjakirjan laatijan vastuu lahjansaajaa kohtaan²⁷² ja asianajajan vastuu kuolinpesän muuta osakasta kuin omaa päämiestä kohtaan^{273 274}.

Oikeuskäytännössä on eräiden asiantuntijapalveluiden osalta kehittynyt praksista, jonka mukaan toimeksisaaja vastaa sopimusperusteisten vastuusääntöjen mukaan paitsi varsinaista toimeksiantajaa, myös järjestelyn edunsaajaa kohtaan. Elinkeinonharjoittajien

²⁷⁰ 2004, s. 1388

²⁷¹ Hemmo 2005 I, s. 60

²⁷² KKO 1992:165

²⁷³ KKO 1992:44

²⁷⁴ Norros 2007, s. 699

välisissä sopimussuhteissa välittömän sopimussuhteen ylittävän sopimusvastuun mahdollisuus on toistaiseksi varsin epäselvä.²⁷⁵

Asiantuntijan ja sivullisen vastuusuhdetta voidaan tilanteesta riippuen joutua arvioimaan joko sopimusoikeudellisen vahingonkorvausnormiston tai VahL:n nojalla.²⁷⁶ Sivulliselle aiheutuneen vahingon korvattavuus vaatii erityisperusteita kummassakin vastuumuodossa, mikä kaventaa olennaisesti vastuumuotoerottelun merkitystä asiantuntijan vastuuta arvioitaessa. Vastuuharkinta asiantuntijan ja sivullisen välillä muodostuu väistämättä korostuneen tapaussidonnaiseksi.²⁷⁷

Myös asianajaja voi joutua korvaamaan myös toimeksiantajansa vastapuolelle tai muille sivullisille aiheuttamansa vahingon. Kyseessä on varallisuusvahingon korvaaminen sopimuksenulkoisessa tilanteessa, mikä edellyttää, jos kyseessä ei ole rikos, VahL 5:1:ssä mainittujen erittäin painavien syiden olemassaoloa.²⁷⁸

5.4.2. Rajanvetoa oikeuskäytännössä

Oikeuskäytännössä tapauksessa KKO 2001:70 oli kyse muun muassa siitä, oliko asianajoyhtiö vastuussa vahingosta, jonka sen lukuun toiminut pesänhoitaja oli aiheuttanut konkurssipesälle. Ratkaisun otsikossa on lausuttu asiaan liittyviltä osin seuraavaa:

KKO 2001:70: Asianajaja A oli toiminut yhdessä asianajajien B, C, D ja E kanssa Asianajotoimisto Ky:n vastuunalaisena yhtiömiehenä. Ky oli sittemmin muuttunut Oy:ksi. A oli toimiessaan konkurssipesien pesänhoitajana kavaltanut 11 konkurssipesästä varoja. Tuomiosta ilmenevillä perusteilla katsottiin, että Oy vastasi A:n kavalluksillaan konkurssipesille sekä yhtiön Ky että Oy -aikana aiheuttamista vahingoista eikä korvausta ollut perusteltua sovitella. Pesänhoitajan tehtävä ei perustu sopimukseen, vaan tuomioistuimen määräykseen. Tuomioistuimen määräyksen perusteella yhtiössä hoidettavana olevasta pesänhoitotehtävästä aiheutuvan vastuun katsottiin olevan

²⁷⁵ Hemmo 2005 I, s. 60

²⁷⁶ Norros 2007, s. 703

²⁷⁷ Norros 2007, s. 704

²⁷⁸ Halila & Hemmo 2008, s. 192

erityistyyppistä, sopimusperusteisen vastuun ja sopimukseen perustumattoman vastuun välille sijoittuvaa vastuuta. Vaikka yhtiön vastuun muodollisena perusteena ei ollutkaan sopimussuhde, tilanne jossa yhtiön vastuu tuli ajankohtaiseksi, muistutti kuitenkin läheisesti sopimusvastuun olosuhteita.²⁷⁹

Ratkaisun perusteluista voidaan päätellä, että ennakkopäätöksellä on nimenomaisesti tunnustettu, että sopimusvastuun ja sopimuksenulkoisen vastuun välille jää harmaa alue. Lisäksi ratkaisusta voidaan tehdä sellainen johtopäätös, että valintaan sen suhteen minkä alueen normeja tilanteeseen sovelletaan, vaikuttavat vahinkotapahtuman olosuhteet. Jos olosuhteet muistuttavat riittävästi sopimustilannetta, sopimusvastuun normit voivat mahdollisesti tulla sovellettavaksi VahL:n sijasta.²⁸⁰

Niiden tilanteiden kirjo, joissa vahinkotapahtuma ei ole puhtaasti sopimuksenulkoisen, on laaja. Esimerkiksi vahinkotilanteen olosuhteet, osapuolten asema, tai luottamus toisen osapuolen määrätynlaiseen yhteistoimintaan voivat vaikuttaa siihen, ettei VahL:n soveltaminen ole perusteltua.²⁸¹

Kolmannen yhteys toimeksiantoon on usein selvästi tunnistettavissa myös sellaisissa tilanteissa, joissa asiantuntija toimii välittäjänä tai avustajana toimeksiantajansa ja kolmannen välisessä transaktiossa. Kysymys sivullisintressentin riittävästä tunnistettavuudesta on vaikeampi sellaisissa tapauksissa, joissa toimeksianto on sinänsä tehty ainoastaan toimeksiantajaa varten, mutta joissa toimeksiannon tulosta voi käyttää hyväkseen laaja sivullisten joukko. Tyyppiesimerkkinä voidaan mainita erilaiset kohdeomaisuuden arvosta tai henkilön luottokelpoisuudesta laaditut arviot. Jos esimerkiksi henkilön luottokelpoisuudesta annettu arvio kulkeutuu sivulliselle, tämä saattaa arvioon luottaen rahoittaa arvioinnin kohdetta. Jos arvio osoittautuu virheelliseksi ja rahoittaja kärsii luottotappion, hän saattaisi harkita korvauksen vaatimista arvion laatijalta. Tästä tapaustyyppistä on kansainvälisesti monia esimerkkejä, mutta Suomessa ainakaan KKO ei ole joutunut ottamaan asetelmaan kantaa.²⁸²

²⁷⁹ Ståhlberg et al. 2001, s. 751

²⁸⁰ Ståhlberg et al. 2001, s. 751

²⁸¹ Ståhlberg et al. 2001, s. 755-756

²⁸² Norros 2007, s. 706-707

Kansainvälisesti tunnetuimpana esimerkkitapauksena voidaan käyttää jo aiemmin mainittua Englannin House of Lordsin ratkaisua Hedley Byrne & Co., Ltd v. Heller & Partners, Ltd. Tapauksessa pankki A oli asiakkaansa C intressissä tiedustellut toiselta pankilta B, onko jälkimmäisen pankin asiakas D siinä määrin vakavarainen, että C voi sitoutua tietyn laajuiseen yhteishankkeeseen D:n kanssa. Pankki B ilmoitti pitävänsä D:tä riittävän vakavaraisena. C ryhtyi yhteishankkeeseen D:n kanssa, mutta D joutuikin konkurssiin ja tästä aiheutui C:lle tappio. House of Lords katsoi, että pankki B:lle oli sinänsä syntynyt huolenpitovelvoite (*duty of care*) C:tä kohtaan. Korvausvastuun esti kuitenkin se, että pankki oli nimenomaisesti ilmoittanut, ettei se ota vastuuta arvionsa paikkansapitävyydestä. Oikeuskirjallisuudessa viitataan usein Lord Morrisin lausumaan, joka voidaan suomennettuna ja tiivistettynä esittää seuraavasti:

*"jos henkilö on asemassa, jossa toimiminen antaa perustellun aiheen luottaa hänen asiantuntemukseensa, hän on vastuussa antamistaan neuvoista sekä suoraan neuvotteleville, että myös niille, joille tietää neuvojensa kulkeutuvan".*²⁸³

Samantyyppiseen vastuupiirin rajaukseen on viitattu myös Ruotsin HD:n ratkaisussa NJA 1987 s. 692 ja NJA 2001 s. 878. Ensin mainitussa arvion laatija joutui korvaamaan vahingon, vaikka osapuolten välillä ei ollutkaan toimeksiantosuhtetta. Jälkimmäisessä, niin sanotussa *Kone-tapauksessa*, HD hylkäsi korvausvaatimuksen ja enemmistön perustelujen mukaan ilman mainittua varaumaa arvion laatija olisi joutunut korvaamaan rahoittajan vahingon. Perustelujen mukaan tällaisia tapauksia ratkaistaessa on olennaista se, oliko sivullisella perusteltu syy luottaa arvioon.²⁸⁴

Suomessa ennakkoratkaisussa KKO 1992:44 on kyseessä tapaus, jossa asianajaja oli saanut toimeksiannon testamentinsaajalta, jota luultiin kuolinpesän ainoaksi osakkaaksi. Asianajaja avusti päämiestään kuolinpesään kuuluvan omaisuuden myynnissä varmistamatta testamentin lainvoimaisuutta. Testamentti kumottiin sittemmin. Kumoamista vaatineelle perilliselle aiheutui vahinkoa, kun myydystä omaisuudesta saatua kauppahintaa ei enää saatu takaisin. KKO tuomitsi asianajajan vastuuseen vahingonkorvauslain nojalla. KKO:n mukaan asianajajan erityistä luottamusasemaa ja

²⁸³ Norros 2007, s. 707

²⁸⁴ Norros 2007, s. 707

siihen liittyvää korostunutta huolellisuusvelvollisuutta oli pidettävä Vahl 5:1:n mukaisena erittäin painavana syynä varallisuusvahingon korvaamiselle.²⁸⁵

Norroksen²⁸⁶ mukaan tällainen ajattelu ”harmaasta alueesta”, jolle KKO näytti raottavan ovea vuosituhanen vaihteessa, on kuitenkin jäämässä melko vähäiseksi. Ajattelutapaan viitattiin epäsuorasti ratkaisuisissa KKO 1999:32 ja 1999:33 sekä nimenomaisesti ratkaisussa 2001:70. Uudemmissa ratkaisuisaan KKO 2003:81, 2003:131 ja 2005:14 KKO näyttää kuitenkin Norroksen²⁸⁷ mielestä aiheellisesti omaksuneen ajattelutavan, jonka mukaan sopimus- ja deliktivastuun välillä ei voi olla ainakaan kovin laajaa harmaata aluetta.

Periaatteellisesti kiinnostavaa on myös, että sekä Suomessa että muissa maissa on oikeuskäytännössä todettu, että asiantuntija voi joutua sivullista kohtaan vastuuseen myös suorituksensa laaturvirheen perusteella. Normiperusteena on tällaisessa tilanteessa sopimusvastuun henkilöllisen ulottuvuuden laajentuminen. Korvausvastuun syntyminen edellyttää vähintään, että asiantuntija voi melko selvästi havaita sivullisen intressin toimeksiantoon ja sen vahinkoriskin, joka sivulliselle syntyy toimeksiannon virheestä. Jos sivullisen intressi toimeksiantoon on samansuuntainen kuin toimeksiantajalla, - toisin sanoen toimeksiantajan ja sivullisen välillä ei ole intressiristiriitaa - asiantuntijan vastuu sivullista kohtaan on Norroksen²⁸⁸ mukaan mahdollinen.

Vastuuharkinta on tällaisissa tilanteissa voimakkaan tapaussidonnaista, mikä korostaa oikeuskäytännön merkitystä argumentaatiossa. Tapauksessa KKO 1992:165 henkilö oli antanut pankille toimeksi laatia lahjakirjan, jonka perusteella lahjansaajan puolisollla ei olisi avio-oikeutta lahjoitettavaan omaisuuteen. Pankin lakimies oli kuitenkin laatinut lahjakirjan ilman avio-oikeuden poistavaa ehtoa sillä seurauksella, että lahjansaaja oli joutunut maksamaan tasinkoa puolisolleen myös lahjoitetun omaisuuden arvon perusteella. Täysistunnon kaikki 20 oikeusneuvosta tuomitsivat pankin

²⁸⁵ Norros 2008, s. 641-642

²⁸⁶ 2007, s. 704

²⁸⁷ 2007, s. 704

²⁸⁸ 2008, s. 642

vahingonkorvausvastuuseen. Otsikon mukaan pankille oli lahjakirjan laatimistoimeksiannon perusteella syntynyt "velvollisuus valvoa lahjansaajan etua".²⁸⁹

Asiantuntijan virhevastuu sivullista kohtaan voi muodostua ongelmalliseksi, jos asiantuntijan suoritus on luonteeltaan sellainen, että sitä voi hyödyntää laaja sivullisten joukko. Lausuttua voidaan havainnollistaa aiemmin mainitulla Ruotsin HD:n ratkaisulla NJA 1987 s. 692. Tapauksessa kiinteistön arvosta annettu arvio osoittautui virheelliseksi, mistä aiheutui vahinkoa arvioon luottaneelle sivulliselle rahoittajalle. Arvion laatija joutui korvaamaan rahoittajan vahingon, vaikka heidän välillään ei ollutkaan toimeksiantosuhdetta. HD perusteli arvion laatijan korvausvastuuta muun muassa sillä, että laatijan oli pitänyt ymmärtää, että muutkin kuin kiinteistön omistaja saattavat luottaa arvioon. Ratkaisua on kuitenkin arvosteltu painavin perustein. Voidaan kysyä, miksi asiantuntijan pitäisi vastata suorituksestaan sellaista rajoittamatonta sivullisten joukkoa kohtaan, jonka jäsenet eivät maksa asiantuntijan palvelusta mitään. Ongelmaa korostaa vielä se, että suorituksen leviämistä voi olla vaikea estää.²⁹⁰

Jotta asiantuntijan vastuu sivullista kohtaan olisi puollettavissa, voidaan edellyttää, että asiantuntijalla on ollut mahdollisuus tunnistaa kolmannen intressi toimeksiantoon. Jos asiantuntija ei ole tiennyt, eikä hänen ole kohtuudella pitänytkään tietää, että toimeksiannon puutteellinen hoitaminen voi aiheuttaa vahinkoa sivullisille, vastuuta ei voi syntyä. Olisi vahingonkorvausoikeutemme perusteiden vastaista, jos asiantuntija voisi joutua vastuuseen sellaista sivullista kohtaan, jonka intressi asiantuntijatoimeksiantoon ei ole ollut ennalta tunnistettavissa. Myös kansainvälisesti esimerkkeinä voidaan mainita edelleen Ruotsin HD:n ratkaisu NJA 1987 s. 692 ja Englannin House of Lordsin ratkaisu *Hedley Byrne & Co., Ltd v. Heller & Partners, Ltd.*, joissa kummankin ratkaisun perusteluissa viitataan siihen, että asiantuntijan huolenpitovelvoitteen ulottuminen kolmanteen edellyttää sitä, että tämän intressi toimeksiantoon on ollut tunnistettavissa.²⁹¹ Yhdysvalloissa tämä asiantuntijan vastuun laajenemisen raja on häilyväisempi, ja asiantuntijan asema mahdollisen vastuun kannalta on vaikeampi, kuten aikaisemmin kappaleessa kaksi on tullut todetuksi.

²⁸⁹ Norros 2008, s. 642. Samansuuntaisena ennakkoratkaisuna voidaan testamentin virheen osalta mainita kansainvälisesti tunnettu Englannin House of Lordsin ratkaisu *White v. Jones* (1995 2 Appeal Cases s. 207).

²⁹⁰ Norros 2008, s. 642-643. Ks. myös Norros 2007 palvelun maksullisuuden ja vastuun suhteesta.

²⁹¹ Norros 2007, s. 705

5.4.3. *Regressivastuu sopimusketjussa*

Jos joku sopimusketjun korvausvelvollisista suorittaa vahingonkärsijälle korvausta, tulee jatkoselvittelyssä esille se, miten vastuu jakaantuu mahdollisten vastuuvollisten välillä. Tämä vastuuseelvitys tapahtuu tässä tapauksessa takautumisvaatimuksen perusteella. Pohjimmiltaan kysymys on sen määrittämisestä, kuka on viimesijainen vastuuvollinen, eli sellainen taho, joka ei voi enää vierittää vastuuta kenenkään muun kannettavaksi. Johtava arviointikriteeri tässä yhteydessä on ns. aiheuttamisperiaate, jota sovellettaessa otetaan kantaa siihen, kenen toiminta on määrävimmmin vaikuttanut vahingon aiheutumiseen.²⁹² Selvittelyä mutkistaa kuitenkin se, että sopimusketjun eri portaissa on voitu käyttää toisistaan poikkeavia sopimusehtoja muun muassa laatuvaatimusten, vastuunrajoitusten, vastuun voimassaoloaikojen ja muiden kysymysten suhteen.²⁹³

Asiantuntijapalveluun liittyvää regressiselvitystä on säännelty KvälL 15 §:ssä. Säännös koskee tilanteita, joissa kiinteistönvälittäjä tai toimeksiantaja on joutunut korvaamaan vahingon toimeksiantajan sopimuskumppanille. Korvausvelvolliseksi joutunut välittäjä saa tällöin takautumisoikeuden toimeksisaajaa kohtaan, jos jälkimmäinen on *tahallaan tai huolimattomuudellaan* antanut välittäjälle virheellisiä tai puutteellisia tietoja. Takautumisvastuu on säännöksen mukaan mitoitettava kohtuulliseksi ottaen huomioon kummankin osapuolen huolimattomuuden laatu ja toimeksisaajan saama etu. Vastaavasti toimeksiantaja, joka on joutunut välitysvälityksen suorituksessa olleen virheen vuoksi maksamaan korvausta vastapuolelleen, saa regressioikeuden välitysvälitystä kohtaan siltä osin kuin välitysvälitys olisi edellä selostetun säännön mukaan jäänyt yksin vastuuseen vahingosta, jos korvausta olisi vaadittu siltä.²⁹⁴

5.5. **Asianajajan vastuu ja erityinen lojaalisuusvelvollisuus**

Asianajajan on korvattava päämiehelleen toimeksiantoa hoitaessaan tahallaan tai tuottamuksellisesti päämiehelle aiheuttamansa vahinko samojen periaatteiden

²⁹² Hemmo 2003, s. 433

²⁹³ Hemmo 2003, s. 434

²⁹⁴ Hemmo 2003, s. 434

mukaisesti kuin toimeksisaajien yleensäkin. Mittapuuna siihen, mitä asianajajalta voidaan vaatia vahinkoja välttääkseen, saatetaan pitää sitä, miten huolellinen asianajaja olisi toiminut kysymyksessä olevassa tilanteessa. Asianajajalla on asiantuntijan vastuu siinä, että asiakkaalla on oikeus luottaa asianajajan käyttävän taitoaan ja kokemustaan sopimuksen täyttämiseksi. Huolellisuusvaatimuksen perustana ovat osaltaan hyvää asianajotapaa koskevat ohjeet, joskaan niiden sivuuttaminen ei automaattisesti johda vahingonkorvausvastuuseen.²⁹⁵

Asianajajan tapaohjeiden mukaan *”tehtävät on hoidettava huolellisesti, täsmällisesti, tarpeellisella joutuisuudella sekä tarpeettomia kustannuksia aiheuttamatta.”*²⁹⁶

Asianajajalla on huolellisuusvelvollisuus ja toimimisvelvollisuus. Näiden velvollisuuksien erottaminen toisistaan korostaa sitä, että pelkkä toimiminen ei ole riittävää, vaan toimimisen on oltava huolellisuusvaatimuksen mukaista. Huolellisuusvaatimus edellyttää, että neuvot ja toimenpiteet on perustettava tosiseikkojen ja voimassa olevan oikeuden sisällön riittävään tutkimiseen. Tähän kuuluu esimerkiksi oma-aloitteisten kysymysten esittäminen asiakkaalle pelkän kuuntelemisen lisäksi, relevanttien seikkojen seulominen ja tarpeettomien syrjään jättäminen, väittämistäakka- ja näyttötaakkakysymysten pohtiminen sekä asiakkaan persoonallisuuteen ja olosuhteisiin liittyvien seikkojen huomioon ottaminen.²⁹⁷

Asianajajan perehtymisvelvollisuus asiakkaansa asiaan määräytyy tarkemmin tehtävän kulloisenkin laadun ja merkityksen, tehtävän sisällön ja olosuhteiden mukaan. Kun arvioidaan sitä, onko asianajaja toiminut huolimattomasti, ratkaisevaa on se, millaista huolellisuutta asianajajalta yleensä voidaan ammattikuntansa jäsenenä kohtuudella vaatia kyseessä olevassa konkreettisesti tilanteessa. Asianajajan huolellisuusvaatimus ei ole riippuvainen asiakkaan huolellisuuden tasosta, vaan asianajajan huolellisuusvaatimus on aina samantasoinen asiakkaan huolellisuudesta tai huolimattomuudesta riippumatta.²⁹⁸

Asianajajan vastuu voidaan jakaa siviili-, prosessi-, ja rikosoikeudelliseen vastuuseen. Prosessioikeudellinen vastuu ilmenee lähinnä mahdollisuudessa OK 21:6:n nojalla

²⁹⁵ Halila & Hemmo 2008, s. 190-191

²⁹⁶ 2009, s. 3

²⁹⁷ Hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden kommentaari 2011, s. 9

²⁹⁸ Hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden kommentaari 2011, s. 9

velvoittaa asianajaja yhteisvastuullisesti päämiehensä kanssa korvaamaan vastapuolen oikeudenkäyntikulut. Rikosoikeudellinen vastuu ilmenee langettaessa rangaistus- tai konfiskaatioseuraamus, minkä lisäksi vahingon aiheuttamisella tahallisesti tai rangaistavaksi säädetyllä teolla on välitöntä merkitystä asianajajan vahingonkorvausvastuun perusteisiin. Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu taas ilmenee ensisijaisesti asianajajan velvollisuutena suorittaa toimeksianto asianmukaisella ammattitaidolla ja huolellisuudella.²⁹⁹

Asianajajan sopimusperusteinen korvausvastuu on tuottamusvastuuta. Asianajajan velvollisuudet päämiestä kohtaan määräytyvät AAL 5, 1§:n ja hyvän asianajajatavan sekä asianajajan mahdollisesti antamien lupauksen perusteella.³⁰⁰

Koska asianajajan vastuu on ammattivastuun laji, johon liittyy erityisen oikeudellisen asiantuntemuksen vaatimus ja päämiehen oikeus luottaa asianajajan ammattitaitoon, ei ajatukselle siitä, että asianajaja voisi vapautua huonosti hoidetuksi osoittautuneen toimeksiannon aiheuttamaa vahinkoa koskevasta korvausvastuusta asian liikavaikeuteen vedoten, näytä löytyvän perusteita. Päinvastoin näyttää siltä, että asianajajalle ylivoimaisen vaikeaksi osoittautuvan ja erityisosaamista edellyttävän toimeksiannon vastaanottaminen ja sen hoitamisen jatkaminen ovat omiaan herkistämään vastuuperusteen syntymistä.³⁰¹ Peltosen³⁰² mukaan osaamisvaatimusta ei ole nykyisissä tapaohjeissa huomioitu, mitä on pidettävä puutteena.

Asianajajan toimeksiantosopimus luetaan immateriaalisia palveluja koskeviin sopimuksiin todeten, että asianajotoiminnassa on kysymys henkilökohtaisesta tehtävästä yrityskohtaisen tehtävän vastaparina. Asianajajat toimivat kuitenkin yleisesti asianajoyhtiöissä, joko henkilö- tai osakeyhtiössä, erilaisissa asemissa. Tästä aiheutuu asianajotoimintaan perustuvan korvausvastuun määräytymiseen eräitä erityisongelmia, jotka koskevat etenkin korvausvastuun henkilöllistä kohdentumista.³⁰³

²⁹⁹ Peltonen 2001, s. 4

³⁰⁰ Peltonen 2001, s. 5

³⁰¹ Peltonen 2001, s. 6

³⁰² 2001, s.6

³⁰³ Peltonen 2001, s. 7

Pystymättä tässä yhteydessä työn suppeuden vuoksi laajemmalti perehtymään kyseiseen problematiikkaan, todettakoon, että asianajajan henkilökohtaisen korvausvastuun perusteet ovat Peltosen³⁰⁴ mukaan seuraavat:

1. Jos asianajaja toimii yksinomaan lukuunsa, hänen henkilökohtainen korvausvastuunsa perustuu hänen asemaansa toimeksiantosopimuksen osapuolena tai määräyksen- ja nimityksenvaraisia tehtäviä koskeviin säännöksiin taikka VahL:iin.
2. Jos asianajaja toimii asianajajayhtiössä, hänen henkilökohtainen korvausvastuunsa perustuu hänen asemaansa asianajajayhtiön osakkaana tai määräyksen- ja nimityksenvaraisia tehtäviä koskeviin säännöksiin taikka VahL:iin.

Asianajajan työtä säännellään tarkasti. Pohjan tälle sääntelylle muodostavat siis asianajajalaki sekä Asianajajaliiton antamat asianajajan tapaohjeet eli hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet. Asianajajaliiton säännöistä ilmenee millaista käyttäytymistä asianajajan odotetaan noudattavat toiminnassaan liiton jäsenenä. Myös muihin lakeihin sisältyy useita asiamiestä yleensä tai erityisesti asianajajaa koskevia säännöksiä. Kansainvälisestä ohjeistuksesta tärkein on Eurooppalaisten asianajajien tapaohjeet (*Code of Conduct for European Lawyers*).

Yleisestä sopimusoikeudellisesta lojaliteettivelvollisuudesta voidaan erottaa se erityinen lojaalisuusvelvollisuus, joka toimeksiantosopimuksissa toimeksisaajalla, esimerkiksi asianajajalla tai kiinteistövälittäjällä, on päämiestään kohtaan.³⁰⁵

Asianajajan lojaalisuusvelvollisuutta suhteessa asiakkaaseen säännellään Suomessa asianajajan tapaohjeissa³⁰⁶ muun muassa seuraavasti:

3.1 Lojaalisuus

Asianajajan on oltava asiakkaalleen lojaali. Asianajaja on velvollinen lakia ja hyvää asianajajatapaa noudattaen parhaan kykynsä mukaan valvomaan asiakkaansa etua ja oikeutta.

³⁰⁴ 2001, s. 15

³⁰⁵ Saarnilehto 2000, s. 137

³⁰⁶ 2009, s. 3

3.2 Riippumattomuus

Asianajajan on tehtävää hoitaessaan oltava riippumaton sellaisista ulkopuolisista vaikutteista, jotka voivat haitata hänen kykyään täysipainoisesti valvoa asiakkaansa etua. Asianajaja ei saa sallia omien etujensa, asian aiheuttaman rasituksen tai siihen liittyvien kiusallisten seikkojen, asianosaisten yhteiskunnallisen aseman, kansallisuuden, rodun, sukupuolen, poliittisen tai uskonnollisen vakaumuksen tai muiden tällaisten seikkojen vaikuttua tehtävän suorittamiseen.

Asianajajan on toiminnassaan säilytettävä riippumattomuutensa, vaikka se vaatisikin toimia tai ratkaisuja, jotka eivät miellytä hänen asiakastaan, tämän vastapuolta, viranomaisia tai muita tahoja.

3.3 Esteettömyys

Asianajajan on tehtävää vastaanottaessaan ja sitä hoitaessaan oltava esteetön.

3.4 Luottamuksellisuus

Asianajaja ei saa luvattomasti ilmaista sellaista yksityisen tai perheen salaisuutta taikka liike- tai ammattisalaisuutta, josta hän tehtävässään on saanut tiedon (salassapitovelvollisuus).

Asianajaja ei saa myöskään luvattomasti ilmaista muita tietoja, joita hän on tehtävää hoitaessaan saanut tietää asiakkaasta ja tämän oloista (vaitiolovelvollisuus).

6.2 Esteellisyys lojaalisuusvelvollisuuden perusteella

Asianajaja ei saa ottaa tehtävää nykyistä tai entistä asiakastaan vastaan, jos tehtävän vastaanottaminen rikkoo lojaalisuusvelvollisuutta uutta asiakasta tai vastapuolena olevaa nykyistä tai entistä asiakasta kohtaan, elleivät asiakkaat anna suostumusta tehtävän vastaanottamiseen.

Asianajajan lojaalisuusvelvollisuuden laajuuteen tehtävän suorittamisen aikana ja velvollisuuden keston tehtävän päättymisen jälkeen vaikuttavat esimerkiksi asianajajan asiakkaalleen hoitamien tehtävien laatu ja laajuus, asian merkitys asiakkaalle sekä asiakassuhteen kesto ja asiakkaan merkitys asianajajalle.

Vertailun vuoksi, Ruotsissa vastaava ohjeistus löytyy *Vägledande regler om god advokatsed (VRGA)*³⁰⁷ sekä Euroopan asianajajaliittojen neuvoston CCBE:n *Code of Conduct* -säännöistä³⁰⁸, joissa myös korostetaan lojaalisuuden merkitystä. Kuten näistä säännöistä voidaan todeta, asianajajan erityinen lojaalisuusvelvollisuus on tärkeä kansainvälinen ja kestävä periaate.

³⁰⁷ Sveriges advokatsamfund 2008, s. 112: 14 §: Advokat är skyldig att avböja erbjudet uppdrag, om han själv, hos honom anställd biträdande jurist eller advokat, som är hans arbetsgivare eller kompanjon eller med vilken han har gemensam kontorsorganisation: 1. i saken eller i annan sak, som kan vara av betydelse vid det erbjudna uppdragets utförande, företräder eller själv har ett personligt eller ekonomisk intresse, som strider mot uppdragsgivarens, eller 2. tidigare konsulterats av eller eljest biträtt motparten i samma sak eller i annan angelägenhet av sådan art, att de uppgifter vederbörande till följd därav erhållit kan tänkas få betydelse vid det erbjudna uppdragets utförande. Likaså är advokat skyldig att avböja erbjudet uppdrag, om eljest någon omsändighet föreligger, som uppenbarligen utgör hinder för advokaten att obundet hävda uppdragsgivarens intressen. Utan hinder av vad ovan sagts äger advokat biträda i frågor rörande avtal mellan två eller flera personer, som i samförstånd med varandra begär hans biträde. I sådant fall är advokaten skyldig att beakta samtliga uppdragsgivarens intressen. Uppstår mellan klienterna tvist i saken, äger advokaten inte i tvisten biträda någon av dem. 18 §: Advokat är skyldig att gentemot klienten iaktta trohet och lojalitetet.

³⁰⁸ 2008, s. 14-15: 2.7 The Client's Interest: Subject to due observance of all rules of law and professional conduct, a lawyer must always act in the best interest of the client and must put those interests before the lawyer's own interests or those of fellow members of the legal profession. 3.2 Conflict of Interest: 3.2.1 A lawyer may not advise, represent or act on behalf of two or more clients in the same matter if there is a conflict, or a significant risk of a conflict, between the interests of those clients. 3.2.2 A lawyer must cease to act for both or all of the clients concerned when a conflict of interests arises between those clients and also whenever there is a risk of a breach of confidence or where the lawyer's independence may be impaired. 3.2.3 A lawyer must also refrain from acting for a new client if there is a risk of breach of confidence entrusted to the lawyer by a former client would give an undue advantage to the new client. 3.2.4 Where lawyers are practicing in association, paragraphs 3.2.1 to 3.2.3 above shall apply to the association and its members.

5.6. Vastuunrajoitusehdot ja niiden merkitys

Vastuunrajoitusehdolla tarkoitetaan sopimusehtoa, jonka mukaan sopimuspuolten vahingonkorvausvastuuta supistetaan siitä, mikä se dispositiivisen oikeuden mukaan olisi. Vastuunrajoitusehtojen käyttäminen kuuluu osapuolten sopimusvapauteen. Osapuolten välinen sopimus on edelleen lähtökohtaisesti osapuolten ensisijainen normi ainakin elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa. Vastuunrajoitusehtoja voidaan pitää rationaalisen, toimivan ja taloudellisesti tehokkaan sopimustodellisuuden välineinä.³⁰⁹

Suoritusvelvollisuuden laiminlyönnistä johtuvaa vastuuta rajoittavat ehdot kuuluvat yleisimpiin sopimusehtoihin. Nämä ehdot voivat olla varsin monenlaisia. Vastuun syntyedellytyksiä voidaan kaventaa laajentamalla vastuusta vapauttavien suoritusesteiden määritelmiä, jota tarkoitusta erilaiset ylivoimaisia tapahtumia koskevat ehdot palvelevat. Vastuun ajallista ulottuvuutta on mahdollista säännellä sopimusehdoin niin, että kohde-esinettä koskeva virhevastuu lakkaa määräajan jälkeen. Usein vastuunrajoittamistehtävä liitetään myös takuuehtoon, jolloin takuuseen liitetyt oikeuskeinot sulkevat pois muita seuraamuksia.³¹⁰

Edellä kuvattujen vahinkotyyppien lisäksi rajoitusehdot kohdistuvat tavallisesti myös korvattavan vahingon sisältöön. Tyypillistä on sulkea vastuun ulkopuolelle välilliset vahingot, joiden sisältöä rajoituseddossa saatetaan erikseen täsmentää. Mahdollista on myös vahvistaa korvausvelvollisuudelle tietty enimmäismäärä, joka voi olla kiinteä summa tai esimerkiksi prosenttiosuus korvausvelvollisen saamasta vastasuorituksesta. Tällaiset korvausvastuun enimmäismäärää sääntelevät ehdot ovat suoritusvelvolliselle edullisia nimenomaan sen vuoksi, että vastuuriski ei voi niitä sovellettaessa laajentua hallitsemattomasti, vaan korvausvastuun rajat ovat tiedossa sopimuksen päättämisen jälkeen.³¹¹

Vastuun rajoittamisessa on kyse riskien pienentämisestä. Vastuuriskien hallinnassa ei voida kuitenkaan tyytyä pelkästään siihen, että sopimukseen otetaan tarpeellisia

³⁰⁹ Virtanen 2005, s. 494

³¹⁰ Hemmo III 2005, s. 321

³¹¹ Hemmo III 2005, s. 321

vastuunrajoituksia. Yhtäältä vastuunrajoitukset eivät ole kaikissa tapauksissa mahdollisia ja toisaalta ne eivät ole ainoa keino vastuun hallintaan.³¹²

Yrityskaupoissa signing- ja closing-vaiheiden välisen ajan riskit ovat tyypillisesti oikeudellisia. Robert T. Miller³¹³ on jakanut viivästyneeseen closing-vaiheeseen liittyvät riskit neljään kategoriaan. Ensimmäisenä ovat niin sanotut *systemaattiset riskit*, joihin kuuluvat esimerkiksi muutokset rahoitusmarkkinoilla, yleiset muutokset jotka vaikuttavat alaan, jolla kohdeyhtiö operoi, lainsäädännölliset muutokset, kirjanpitosäännösten muutokset, muutokset poliittisessa ympäristössä tai sodat ja luonnonkatastrofit. Yleensä kummallakaan kaupan osapuolella ei ole mahdollisuutta vaikuttaa näihin riskeihin. Toiseksi niin sanotut *indikaattoririskit* ovat riskejä, jotka liittyvät yritykseen itseensä ja joihin yritys voi varautua. Tällaisia ovat esimerkiksi muutos yhtiön osakkeen arvossa. Kolmanneksi on olemassa *sopimusriskit*, jotka liittyvät työntekijöiden pakenemiseen tai asiakkaiden vetäytymiseen sopimuksista yrityskaupan johdosta. Neljäntenä riskinä Miller mainitsee *liiketoimintariskit*, eli ongelmat, jotka aiheutuvat yrityksen liiketoiminnallisista päätöksistä tai olosuhteista. Tällaisia voivat olla suuren asiakkaan menetys, kausittaiset muutokset liiketoiminnassa, suuret yrityksen toimista johtuvat oikeusjutut, uusista kirjanpito- tai tietojärjestelmien implementoinnista johtuvat ongelmat tai tuotevirheet ja näistä johtuvat mahdolliset takaisinvedot.³¹⁴

Hemmo esittää seuraavaa kokonaisuutta vastuuriskien hallintaan:³¹⁵

1. Suoritusvelvollisuuden sisältöä koskevat ehdot.
2. Ylivoimaista estettä tai muuta vastuusta vapauttavaa seikastoa koskevat ehdot.
3. Korvattavia vahinkoja ja vastuun enimmäismäärää määrittelevät ehdot.
4. Velkojan käytössä olevat muut oikeuskeinot kuin vahingonkorvaus.
5. Exit-tyyppiset ehdot, joiden turvin osapuoli voi irrottautua tarpeen vaatiessa sopimuksesta tekemättä suoritusta.

Varsinaisten vastuunrajoitusehtojen ohella on käytössä muitakin korvausvelvollisuuteen vaikuttavia ehtoja, kuten vakuuttamisehdot.³¹⁶ Sopijakumppaneilla on mahdollisuus ottaa

³¹² Saarnilehto 2011, s. 1402

³¹³ Aava 2010, s. 35

³¹⁴ Aava 2010, s. 35-36

³¹⁵ Hemmo III 2005, s. 245

sopimukseen *indemnity*-tyyppinen ehto. Ehtoa voidaan käyttää esimerkiksi sen varalta, että vastapuolen suorituksessa olevan virheen perusteella suorituksen saajalle syntyy vastuu kolmatta kohtaan. Indemnity-ehdolla siirretään korvausvastuu kolmannen vahingosta sille, joka sopimusten ketjussa vastaa korvausvelvolliseksi joutuneelle. Vastuuseen voi joutua se, jonka suorituksessa virhe on alun perin ollut. Joka tapauksessa virhe on sisältynyt vastuuseen joutuvan suoritukseen. Sopijapuolet eivät voi sopia ulkopuolisen vastuusta. Täten lopullinen vastuun kantaja riippuu siitä, mitä se, jolle vastuu on vyörytetty, on puolestaan omassa sopimuksessaan sopinut aikaisemman suoritusvelvollisen kanssa.³¹⁷

Vastuunrajoituksia koskee kansainvälisesti tunnettu periaate, jonka mukaan tahalliseen tai törkeään huolimattomuuden sopimusrikkomukseen syyllistynyt ei voi vedota vastuutaan rajoittaviin ehtoihin. Vastuunrajoituksen sitomattomuutta ei ole vahvistettu laissa, mutta asiasta on vallinnut laaja yksimielisyys.³¹⁸ Suoritusvelvollinen voi siten saada vastuunrajoituksen avulla suojaa oman tuottamuksellisen menettelynsä vastuuseuraamuksia vastaan, mutta tämä vastuunhallintaintressi ei enää saa hyväksyntää, jos tuottamus on erityisen korkea-asteista.³¹⁹ Toisin sanoen jos vahingonkärsijä haluaa rajoituksesta huolimatta saada korvauksen, hänen tulee käytännössä osoittaa vastapuolen toiminnan törkeä tuottamus.³²⁰ Tämä kanta saa tukea korkeimman oikeuden ratkaisuksista.³²¹

Oikeuskäytännössä törkeän huolimattomuuden raja on asetettu varsin korkealle. Tuottamusasteen sisältöä on kuvattu puhumalla muun muassa tahallisuutta lähellä olevasta menettelystä sekä häikäilemättömästä ja välinpitämättömästä toiminnasta.³²² Siten vastuunrajoitus ei käytännössä menetä kovinkaan helposti sitovuuttaan kvalifioidun tuottamuksen vuoksi.³²³ Huomionarvoista on myös, että törkeä tuottamus vaikuttaa muun muassa ostajan reklamaatiovelvollisuuteen. Kauppalain 33 §:n mukaan ostaja saa

³¹⁶ Saarnilehto 2011, s. 1402, Ks. myös KKO 1994:5, jonka perusteluissa korkein oikeus on todennut vakuutuskenottajan ottaneen vastatakseen vakuutetusta vahingosta.

³¹⁷ Saarnilehto 2011, s. 1403

³¹⁸ Oikeuskäytännöstä ks. KKO 1993:166

³¹⁹ Hemmo II 2005, s. 322-323

³²⁰ Virtanen 2005, s. 502

³²¹ Ks. esim. KKO 1982 II 35, KKO 1983 II 95, KKO 2001:17 ja KKO 1993:166

³²² KKO 1995:71 ja KKO 2001:17

³²³ Hemmo II 2005, s. 323

31 ja 32 §:n säännösten estämättä vedota tavaran virheeseen, jos myyjä on menetellyt törkeän huolimattomasti tai kunnianvastaisesti ja arvottomasti.³²⁴

Kvalifioituun tuottamukseen liittyvä erilliskysymys on se, miten erilaisten täytäntöönpanoapulaisten törkeä huolimattomuus vaikuttaa toimeksiantajan ja hänen sopimuskumppaninsa välisen vastuunrajoituksen asemaan. Tähän kysymykseen ei ole muotoutunut yksiselitteisiä vastauksia. Ratkaisu KKO 1983 II 91 antaa tiettyä tukea toimeksiantajan ja apulaisen samastamiselle tässäkin mielessä. Toisaalta suoritusvelvollisen riskinhallintaintressi puoltaisi vastuunrajoituksen sitovuutta.³²⁵

Varsinaisia vastuunrajoituksia arvioitaessa on syytä ottaa huomioon, että sopimusperusteisessa vahingonkorvauksessa ei doktriinin tasolla katsota korvattaviksi kuin niin sanotut ennakoitavat vahingot. Ennakoitavuuden vaatimusta voidaankin pitää oikeusjärjestyksen hyväksymänä lopullisena vastuunrajoituksena. Lainsäädännössä periaatetta ei ilmaista selkeästi. Lyhyesti voidaan todeta, että ennakoitavia – ja korvattavia – ovat vahingot, jotka sopimusta solmittaessa vallinneiden olosuhteiden mukaan olivat ennalta arvattavia ja tavanomaisia sopimusrikkomuksen seurauksia. Ennakoitavuuden käsite jää kuitenkin parhaimpien määrittelyjenkin mukaan epämääräiseksi.³²⁶

Kolmannelle annettava vendor due diligence -raportin yhteydessä yleisiin vastuunrajoitusehtoihin sisältyy muun muassa seuraavanlaisia ehtoja³²⁷:

- Raportin laajuuden rajoittaminen vain asiakkaan antamien erityisten ohjeiden mukaiseksi, mukaanlukien kaikki määritellyt riskit kuten ne on pohjana olevassa due diligence -raportissa todettu, poislukien kaikki ylimääräiset kolmannen osapuolen erityisintressit.
- Rajoitus, jonka mukaan raportti vastaa antopäivänsä tilannetta, eikä raportin antajalla ole velvollisuutta päivittää sitä myöhemmin.

³²⁴ Saarnilehto 2010, s.11

³²⁵ Hemmo II 2005, s. 323

³²⁶ Virtanen 2005, s. 494

³²⁷ Batterson et al. 2005, s. 2

- Rajoitus, jonka mukaan kolmannella on oikeus luottaa raporttiin ainoastaan kyseessä olevaan yritysostoon liittyvässä tarkoituksessa, eikä asianajotoimiston vastuu kolmatta kohtaan voi olla suurempi, kuin mitä se on asiakasta kohtaan.
- Toteama, että asianajotoimisto on laatinut raportin vain saamansa aineiston pohjalta, eikä ole tehnyt lisätutkimusta yrityksestä.
- Vastuunrajoitus, jonka mukaan toimisto on tehnyt raporttinsa rajaten sen vain oikeudellisiin asioihin paikallisen lain mukaan, nimenomaisesti jättäen huomiotta tietyt aihealueet ja ottamatta kantaa yrityskaupan taloudelliseen luonteeseen.
- Vastuunrajoitus, jonka mukaan toimisto ei ole itse todentanut vastaanottamiensa tietojen todenmukaisuutta, vaan olettaa niiden olevan joka suhteessa paikkansapitäviä.
- Yritys rajoittaa raportin tiedot luottamuksellisiksi ja asiakkaan ja asianajajan luottamussuhteen piiriin, vaikkakin tieto annetaan kolmannelle osapuolelle.
- Määrälliset vastuunrajoitukset.

6. KÄYTÄNNÖN NÄKÖKULMIA

6.1. Haastattelujen toteuttaminen ja käsitellyt teemat

Tätä tutkimusta varten on haastateltu asiantuntijoita, jotka työskentelevät due diligencen ja vendor due diligencen parissa. Haastatellut ovat asianajajia, konsultteja ja rahoituksen asiantuntijoita. Haastatteluissa on kysytty muun muassa VDD:n ja DD:n eroja, mahdollisia vastuukysymyksiä VDD:hen liittyen, VDD:n lähihistoriaa ja tulevaisuuden näkymiä, asiantuntijan odotuksia myyjää kohtaan, sekä asiantuntijoiden omia ammatillisia erityisvastuita ja velvollisuuksia.

Tässä työssä tarkastelun painotus on erityisesti myyjän ja tämän käyttämän asiantuntijan, eli vendor due diligence -raportin laatijan vastuunäkökohdissa. Ostajapuolen vaatimukset ja odotukset vaikuttavat näiden vastuurakenteiden muodostumiseen. Rahoittajan ja esimerkiksi ostajana toimivan rahoitusyhtiön näkökulmat ovat monin tavoin yhtenevät. Esimerkiksi molemmat haluavat tunnistaa kohteen riskit ja mahdollisuudet ennen kuin sitoutuvat kauppaan tai rahoitukseen, molemmat ovat kiinnostuneita toteuttamaan kaupan mahdollisimman verotehokkaalla tavalla ja molemmat ovat kiinnostuneita yrityksen tuottavuuden jatkumisesta koko sen elinkaaren ajan. Tästä syystä kappaleessa 6.5. onkin käsitelty käytännön näkökulmasta myös rahoittajan odotuksia ja näkemyksiä.

6.2. Myyjän näkökulma ja syyt VDD -raportin laatimiselle

Myyjän syyt vendor due diligencen teettämiselle ovat moninaiset. Kuten aiemmin kappaleessa kaksi on todettu, VDD:n käyttö tulee kyseeseen silloin, kun ostajaehdokkaita on useita. Kun myyjäyhtiön johdon ei tarvitse käyttää aikaansa useisiin päällekkäisiin tiedusteluihin, säästää se johdon aikaa ja resursseja muuhun liiketoimintaan keskittymiseen. Yritykselle on myös aina tärkeää huolehtia siitä, etteivät yrityksen kannalta tärkeät tiedot ja liikesalaisuudet pääse leviämään sellaisille tahoilla, jotka voisivat hyödyntää niitä ilman korvausta, tai käyttää niitä yrityksen kannalta haitallisiin

tarkoituksiin. Tiedon jakaminen on VDD:n ansiosta helpompaa pitää hallittuna. Tällöin myös ostajaehdokkaat tulevat tiedonsaannin kannalta tasapuolisesti kohdelluiksi.

VDD:n ansiosta myyjä saa itse käsityksen kaupan kohteesta, ehtii arvioida sen ja valmistautua neuvotteluissa mahdollisesti esiin nouseviin ongelmiin tai puutteisiin. Alkuvaiheessa VDD:n tärkeänä tehtävänä on kartoittaa ja löytää sellaiset riskit ja heikkoudet, joiden korjaaminen on mahdollista. Näitä voivat olla esimerkiksi vanhentunut lupa, rikkiäinen kone, maaperäpuhdistukset ja carve-out -kysymykset. Myyjä voi arvioida pystyykö tai haluaako se korjata mahdolliset kauppahintaan tai kaupan ehtoihin negatiivisesti vaikuttavat puutteet ennen myyntiprosessia. Tämä säästää yritystä mahdollisilta myöhemmiltä vastuuta koskevilta kiistakysymyksiltä ja oikeudellisilta epäselvyyksiltä. Haastateltavien mukaan jotain tällaista korjattavaa löytyy yleensä aina.

Haastatellut asiantuntijat näkivät ensisijaisina syinä VDD:n laatimiselle parempien ostajien houkuttelun ja tiedon tarjoamisen näille. Toisaalta myyjä saa näin pidettyä useampia ostajaehdokkaita kauemmin mukana prosessissa. Etuna VDD:ssä on myös, että sen avulla saadaan nopeampia prosesseja. Ostaja pääsee halvemmalla ja myyntiprosessi nopeutuu, koska ostajan ei tarvitse aloittaa omaa DD-tarkastustaan "nollasta", vaan se saa hyvin laadittujen VDD-raporttien pohjalta yleiskäsityksen kohdeyrityksestä. Tätä yleiskäsitystä toki yleensä ostajan omalla DD:llä myöhemmin täydennetään ja syvennetään. Toisaalta kun yrityskaupprosessin tekeminen on nopeaa, selonottovelvollisuuden näkökulmasta voi olla haastavaa se, miten ostajan selonottovelvollisuus on mahdollista saada täytetyksi niin lyhyessä ajassa. Monesti tällaisissa tilanteissa myyjän vakuutukset ovat olleet suppeat.

Vastuukysymys VDD:n yhteydessä nähtiin yleisesti toissijaisena, sillä haastateltavien mielestä tärkeintä VDD:ssä ovat prosessiekonomiset hyödyt ja ajansäästö. Myyjän tulisi kuitenkin tilausvaiheessa edellyttää VDD:n laatijoilta markkinakäytännön mukaista reliancea lopulliselle ostajalle, eli lopulliselle ostajalle oikeutta luottaa VDD-raporttiin siinä olevien vastuunrajoitusten puitteissa. Tähän relianceen sisältyy tarvittaessa myös oikeus esittää vaade suoraan VDD:n laatijatahoa kohtaan.

6.3. Legal VDD -raportin laatijan näkökulma

6.3.1. *Vendor due diligencen kehitys ja ominaispiirteet*

Vendor due diligencen tekeminen yrityskaupan yhteydessä on suuressa mittakaavassa suhteellisen uusi ilmiö. 2004-2007 tehtiin paljon yrityskauppoja ja VDD tulikin haastateltavien mukaan yleisemmin käytännöksi vuosina 2005-2006, tavallaan reaktiona yrityskauppojen suureen määrään.

Yksittäisten legal vendor due diligence -raporttien laatiminen on alkanut noin 2000-luvun puolivälissä, ja ensimmäiset haastateltavien muistamat raportit laadittiin vuonna 2003. Tätä ennen raportteja on laadittu lähinnä kiinteistöpuolella. Aluksi raportit annettiin vain informaatiopohjalta, jollain sekä myyjän että laatijan vastuu raportista rajattiin sopimuksin pois. Haastateltujen mukaan monet yrityskaupat, jotka tehtiin nousukauden aikaan, vuosina 2005-2007, olivat ylihinnoiteltuja ja johtivat pahimmassa tapauksessa siihen, että ostetut yritykset ajautuivat vaikeuksien kautta konkurssiin. Nykyään karkeasti ottaen noin 50 %:ssa kaikkia prosesseja tehdään jonkinlainen VDD, eli VDD:n tekeminen on lisääntynyt. Toisaalta prosessiaikojen pidentyminen on vähentänyt VDD:n teettämisen tarvetta joissain kaupoissa.

Mielenkiintoista oli, että asianajajien käsitykset VDD:n yleisyydestä vaihtelivat jonkin verran. Osan mielestä VDD:n tekeminen oli hyvinkin yleistä, osan mielestä melko harvinaista. Tässä voi olla kyse myös siitä mitä VDD:llä tarkoitetaan. Puhutaanko reliance letterin antamiseen tähtäävästä VDD:stä, vai enemmän vendor assistance-tyyppisestä palvelusta, jossa ei lopulta olekaan tarkoitus antaa ostajalla oikeutta luottaa laadittuun raporttiin.

Asiantuntijan näkökulmasta olennaisin ero DD:n ja VDD:n välillä on siinä, että VDD:n yhteydessä täytyy sopia kirjallisesti tarkemmin kaikesta. Yleensä perinteisen DD:n tekijän ja sen tilaajan välillä on paljon hiljaista viestintää ja mahdollisesti jo aiempi asiakassuhde. Tällöin tiedetään usein ilman varsinaista sopimistakin, mitä asiakas haluaa. Tällöin tavat ja käytännöt, myös ne joita ei ole kirjattu, ovat tuttuja. Erona perinteiseen DD:hen nähdään myös se, että VDD:ssä vastuut rajataan paljon selkeämmin. VDD -tarkastusta tehtäessä

käytössä on harvoin selkeitä juridisia normeja, jotka sääntelisivät VDD:n tekemistä. Jokainen tapaus on erilainen, ja esiin tulevat asiat voivat olla yllättäviäkin. Erään haastateltavan mainitsemassa esimerkkitapauksessa VDD:n yhteydessä löydetty lahjontaepäily on johtanut kaupan peruuntumiseen. Tapauksessa amerikkalainen ostaja perääntyi kaupasta VDD:n tietojen pohjalta. VDD:n yhteydessä esiin tulleet tiedot voivat siis oikeasti vaikuttaa kauppaan ratkaisevalla tavalla.

Tiivistetysti ”VDD on enemmän yleinen ja kuvaileva raportti. Sen soveltuvuus on huonompi, mutta käytettävyys laajempi ja se ottaa vähemmän kantaa siihen mikä on olennaista”. Niin sanottu downside VDD:n osalta ostajan näkökulmasta on, että ostajat joutuvat VDD:n yleisluontoisuuden vuoksi tekemään oman DD:nsä omiin tarpeisiinsa.

6.3.2. Vastuuriskien realisoitumisesta

Asianajajan vastuu raportin laadinnassa muodostuu tavallaan kaksiosaisesti. Ensinnäkin laatijalla on normaali vastuu annettavista tiedoista, eli vääriä tietoja ei saa antaa. Toisaalta täytyy huomioida raportin laajuus (*scope*), johon tutkimus kohdistuu: mitä siihen pitäisi sisältyä, kun laajuus on määritelty.

Haastateltavista kukaan ei tuonut esiin omakohtaisia tai muiden asianajajien kohdalle sattuneita tapauksia, joissa raportti olisi riitautettu ostajan havaitseman virheen perusteella. Ei myöskään ole tavanomaista, että myyjä joutuisi maksamaan vahingonkorvausta. Sopimus on ensisijainen dokumentti ja vastuukysymykset ratkaistaan sen mukaan.

Vastuukysymysten realisoitumisen välttämiseksi asiantuntijalla on tiettyjä odotuksia myyjää kohtaan. Toimeksiantajan tulee laittaa vastuunrajaukset kauppasopimukseen. Vastuukysymysten kannalta kauhuskenaario olisikin se, että mistään ei ole sovittu, jolloin on teoriassa mahdollista, että ostaja voisi vaatia myyjältä vahingonkorvausta myös VDD:n perusteella. Vastuupositiot on myyjän ja ostajan välillä sovittava ja kirjattava asianmukaisesti.

Millainen sitten on ostajan selonottovelvollisuus suhteessa VDD:hen? Ohjenuorana voidaan pitää termiä *Fairly disclosed information*, eli on otettava huomioon, että vaikka

VDD -raportti ei sisältäisi tiettyä tietoa, ei ostaja tämän perusteella voi vedota virheeseen, mikäli hän muuta kautta tiesi asiasta. Toisin sanoen tieto virheen syystä sulkee pois mahdollisuuden vaatia vahingonkorvausta virheen perusteella. Ostajan tulee lukea VDD huolellisesti ja pohtia, kattaako se kaiken ostajan kannalta olennaisen. Yleensä yrityskaupan epäonnistumisen syynä ovat liiketoiminnalliset ongelmat, joiden taustalla on implementoinnin epäonnistuminen. Tällöin ”epäonnistuneessakaan” yrityskaupassa kaupan kohteessa ei ole virhettä, vaan se löytyy yrityksen toiminnasta ja siinä tehtävistä päätöksistä.

Tyypillistä on, että kauppalaki suljetaan sopimuksin pois. Kuitenkin jäljelle jäävät periaatteiden, kuten lojaliteetin ja kohtuuden merkitykset. Näitä ei voida sulkea sopimuksin ainakaan kokonaisuudessaan pois. Kauppakirjasta ilmenevät osapuolten selonotto- ja tiedonantovelvollisuudet. Claim-pohjana ovat myyjän vakuutukset. Reliance letterin käyttöön liittyy erilaisia käytäntöjä. Käytössä on kaksi tapaa antaa reliance. Toisaalta sopimus voidaan siirtää, tai vaihtoehtoisesti antaa reliance letter, jossa vastuun määrä on yleensä määritelty. Haastatteluissa esiintulleen mukaan vastuun määrittelyn käytännöt vaihtelevat toimistoittain. Haastatteluissa toisaalta korostettiin myös, että asianajajan osalta tarkoituksena ei ole lisätä riskipreemiota hintaan, vaan palkkio on nimenomaisesti vain korvaus tehdystä työstä.

Luottamuksen merkitys on suuri ja tähän liittyy myös lisäarvo, jonka asiakas saa neuvonantajaltaan. Asiakassuhteiden suojaaminen on tärkeämpää kuin riitely - asiakassuhde pyritään mieluummin säilyttämään ja tulemaan vastaan antamalla hyvitystä, kuin mennään oikeuteen ja joudutaan maksamaan vahingonkorvausta. Ruotsissa on haastateltavien mukaan DD-asioissa realisoitunut vakaviakin virheitä. Tällä haastateltavat viittasivat KPMG:n ja saksalaisyritys PWG:n tapaukseen, jossa kohdeyritys lyhyessä ajassa menetti koko arvonsa.³²⁸

Haastatellut mainitsivat yleisesti tiedossa olevan konsulttiyhtiön, joka on Suomessa joutunut välimiesmenettelyyn raportin laadinnassa tehdyistä virheistä. Yleisesti tiedossa olevia, riitatilanteisiin johtaneita virheitä oli tapahtunut myös erään tilintarkastusyhteisön kohdalla. Kyseessä ollut toimija joutui maksamaan huomattavia korvauksia virheen

³²⁸ Ks. tarkemmin Blomqvist 2011, s.302-303

johdosta. Joka tapauksessa, saadun yleisvaikutelman perusteella kyse on hyvin yksittäisistä tapauksista. Asianajotoimistojen kohdalla vastaavasta ei ollut haastateltavilla tietoa. Huomioon on erityisesti otettava, kuten kappaleessa viisi on jo tuotu esille, että jos kyseessä on iso virhe, eli törkeä huolimattomuus tai tahallisuus, eivät mitkään vastuunrajoitukset päde. Koska maine on alalla kaiken perusta, pyrkivät asiantuntijat hoitamaan kaikki erimielisyydet niin suuressa hiljaisuudessa kuin mahdollista, sovitellen tai välimiesmenettelyä käyttäen. Näistä syistä myöskään oikeuskäytäntöä ei juuri ole.

6.3.3. Mitä myyjältä odotetaan ja myyjän vaikutusmahdollisuudet raporttiin

Vendor due diligence -raportin tulee olla objektiivinen ja puolueeton. Tämä herättää kysymyksen siitä, missä menevät myyjän vaikuttamisen rajat. Aiemmin kappaleessa neljä todetun mukaisesti myyjä on vastuussa, mikäli tavara ei vastaa niitä tietoja, joita joku muu kuin myyjä, aikaisemmassa myyntiportaassa tai myyjän lukuun, on ennen kaupantekoa tavaraa markkinoitaessa antanut sen ominaisuuksista tai käytöstä ja joiden voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan. Tavarana ei kuitenkaan katsota olevan virheellinen, jos myyjä ei ollut eikä hänen olisi pitänytkään olla selvillä näistä tiedoista. Koska myyjäyrityksen johto hyväksyy aina vendor due diligence -raportin, myyjäyrityksen oletetaan olevan tietoinen raportin sisällöstä. Toisaalta voidaan kysyä, missä määrin vastuuseen vaikuttaa myyjän oma toiminta raportin valmistelussa.

Haastatteluista kävi ilmi, että joissain tapauksissa myyjä haluaa vaikuttaa siihen, mitä raportissa lukee. Asiantuntijan kanta on selkeä: riskipositiot pitää aina tuoda esiin, mutta esitystapa voi tuki vaihdella. Erona perinteiseen due diligence -raporttiin, VDD -raportissa myyjä haluaa kuitenkin tuoda asiat esiin niin, että siinä pyritään olemaan diplomaattisempia. Jos DD:ssä sama riski mainitaan etusivulla korostetusti, VDD:ssä se voidaan mainita muiden asioiden joukossa. Vastuuriskienhallinnan kannalta olennaista on, että kaikki riskit tulevat ostajan tietoon. Tilanne, jossa myyjä haluaisi sanella mitä VDD:hen tulee, on haastateltujen mukaan kuitenkin hyvin harvinainen.

Haastateltavien mukaan myyjä melko harvoin puuttuu raporttiin tai haluaa edes kaunistella sitä. Isot toimistot eivät tällaiseen toimintaan suostu, eikä se näin ollen tule edes harkintaan. Tietyn tahon tekemät VDD:t merkitsevät ostajalle enemmän, eli tuntemattoman toimijan VDD:llä ei luonnollisesti ole samanlaista arvoa kuin tunnetun ja alallaan arvostetun asiantuntijan raportilla. Olennaista on raportin laatijan vastuunkantokyky. Markkinat hyväksyvät ja tunnustavat asiantuntijan luotettavaksi tekijäksi. On olennaisen tärkeää, että VDD on tehty vaikutteista vapaana.

Myyjältä odotetaan myös, että yrityksestä annettava tieto on hyvin järjestettyä ja ajantasaista, sekä että myyjä vastaa asiantuntijoiden kysymyksiin nopeasti. Tiedon keräämiseen käytetään tietopyyntilistoja. Haastattelujen saaminen on myös ratkaisevan tärkeää työn tekemisen kannalta. Muita merkittävästi työtä helpottavia seikkoja ovat muun muassa materiaalin runsaus ja tiedonsaannin mutkattomuus.

Legal -puolella korostetaan, että DD:ssä on eroteltava puhtaan juridinen aspekti ja käytännön puoli. Eri due diligence-lajien suhteen jo aivan perusfundamentit vaihtelevat. Selkein ero haastateltujen asianajajien mukaan on juuri legal due diligencen ja due diligencen muiden lajien välillä. Kuten aikaisemminkin on todettu, asianajajia koskevat tietyt erityisvelvollisuudet liittyen lojaalisuuteen. Konsultit noudattavat omia ammattistandardejaan, eli pääasiallisesti KSE95-ehtoja ja tilintarkastajien omia *global terms and conditions* -ehtoja, jotka ohjaavat toimintaa. Seuraavassa tarkastellaan näitä kysymyksiä erityisesti konsultin näkökulmasta.

6.4. Konsultin näkökulma

Toisin kuin asianajopuolella, konsulttipuolella tilanne on hieman erilainen, koska raportteja on riitautettu ja oikeuskäytäntöäkin löytyy. Kuitenkin sekä asianajo- että konsulttipuolella vahva näkemys on se, että tärkeintä on asiantuntijan maine. Asiantuntijaorganisaatiolle maine on kaikki kaikessa ja tieto liikkuu nopeasti. Mikäli erimielisyyksiä esiintyisi, pyritään ne aina ensisijaisesti sovittelemaan. Mahdollisista korvauksista sopiminen on tavoiteltavaa ja riitelemine on aina viimesijainen keino.

Konsulttiyritys pyrkii rajaamaan vastuunsa mahdollisimman tehokkaasti. Vastuunrajoitukset ovat tärkeitä, ja yleinen sääntö onkin niin sanottu *liability cap*, eli vastuu on rajoitettu palkkion määrään. Joissain tapauksissa vastuu on neuvoteltu isommaksi ja tämä maksaa enemmän. Konsulttipuolella vastuunrajoituksen määrä korreloi hinnan kanssa suuremmin kuin asianajopuolella. Esimerkiksi suurilla toimipisteillä kuten Lontoon toimistoilla on tyypillisesti paljon suuremmat korvausrajat. Tämä voi johtaa tietyissä tapauksissa siihen, että asiakas haluaa raporttinsa laatijaksi (sopimuskumppaniksi) suuren toimiston. Suuret rahamääräiset vastuurajat helpottavat rahoituksen saantia. Toisaalta tällainen ajattelu ei välttämättä ole optimaalista yleisen taloudellisen tehokkuuden kannalta. Hinta saattaa kaksin- jopa kolminkertaistua laatijan mukaan. Suurempi toimija kuitenkin hankkii palvelunsa pienemmältä, jolla on liiketoimintaympäristöä koskevaa asiantuntemusta ja kokemusta. Näin kierrättämällä hinta nousee suuresti, mutta raportin laadun kannalta lopputulos on sama.

Yhdysvalloissa on vastuunrajoituksissa konsulttipuolella samankaltaiset käytännöt, mutta Englanti on poikkeus. Lontoossa ei haastateltavien mukaan suostuta laittamaan nimeä alle raporttiin, jota he eivät itse tee, tai jonka laatimiseen he eivät osallistu. Maineriski on isoin motivaattori työn huolelliselle tekemiselle, ei rahamääräisen vahingonkorvauksen mahdollisuus. Mikään vastuunrajoitus ei päde, mikäli työn teossa ei ole noudatettu vaadittavaa huolellisuutta. Työ, sekä erityisesti siihen liittyvä laadunvalvonta maksaa ja vie aikaa.

Reliance letter teknisen ja ympäristöllisen VDD:n puolella on enemmän poikkeus kuin sääntö, mutta sen käytöstä sovitaan joskus. Ruotsissa oikeutta on haastateltavien mukaan tulkittu toisin kuin Suomessa. Siellä ostajalla on suurempi mahdollisuus vaatia, että se saa luottaa raporttiin. Tässä yhteydessä on mainittava että Ruotsissa ympäristöön kohdistuvan vastuu eroaa varsinkin pilaamisesta johtuvan vastuun osalta Suomen vastaavasta, kuten on aiemmin todettu kappaleessa 2.2.5.

VDD on edelleen harvinaisempi ympäristöpuolella. Asiakas antaa aina vakuutuksen, ja myyjän vastuu on ympäristöpuolella suurempi. Myyjän vastuun kannalta environmental VDD onkin järkevää tehdä. Jos jotain korjattavaa löydetään, on hyvä että se löydetään jo ennen myyntitoimia. Environmental VDD:ssä kuten myös DD:ssä, haastavaa on

tutkimuksen laajuuden määrittäminen. Environmental ja tekninen DD tai VDD poikkeavat muista raporttityypeistä. Näiden laatiminen ei ole niin ”tarkkaa tiedettä” tai ne eivät välttämättä tuota samalla tavoin numeerista informaatiota kuin lakipuolen tai talouspuolen vastaavat. Raportointi perustuu usein näköhavaintoihin, haastatteluihin ja konkreettisiin mittaustuloksiin.

Vaikka konsultteja eivät sido asianajajan tapaohjeet, on heillä velvollisuus noudattaa alansa vastaavia ammattisääntöjä ja -standardeja. Huomioon on otettava myös, että vastuu-aika ei päde jos tietoa on pimitetty, eivätkä vastuunrajoitukset myöskään tällöin sido.

Financial VDD -raportin laativat yleensä suuret tilintarkastusyhteisöt. Nämä laativat financial- ja veropuolen, joskus myös liiketoiminnallisen (commercial) puolen VDD:n. Vendor due diligence alkoi yleistyä financial-puolella 2000-luvun alussa. Yleensä financial VDD tehdään huutokaupan yhteydessä. Niin sanottuina kuumina vuosina disclaimerit ja vastuuta rajoittavat ehdot olivat yleisempiä. Myyjä otti kauppakirjaan ehdon, ettei se ota vastuuta mistään. Yleinen tuntuma haastateltujen mukaan on, että financial VDD:t ovat huomattavasti lisääntyneet viimeisen 5 vuoden kuluessa. Nousukauden jälkeen, vuosina 2008-2009 ongelmana oli usein, ettei prosessi edennytkään odotusten mukaisesti. Kaikki taustavalmistelut tehtiin, mutta prosessi jäi usein kesken, eikä kauppaa syntyntykään. Muutoksena noin kymmenessä vuodessa - VDD:n yleistymisen aikana - voidaan nähdä, että nykyään on yleisempää, että myös ostajalla on omat neuvonantajansa, jotka tarkastelevat VDD:tä.

Konsulttien odotukset asiakkaan suuntaan VDD:n yhteydessä liittyvät pitkälti aikatauluihin. VDD:n yhteydessä on tullut esiin ongelma, että VDD-tiimi tulee mukaan liian loppuvaiheessa prosessia. Riskien havaitsemiselle ja korjaamiselle pitäisi jäädä enemmän aikaa. Ongelmalliseksi yleisellä tasolla on koettu myös se, että johdon haastatteluja saattaa olla todella vähän ja niille saadaan liian vähän aikaa. Työn parhaan tuloksen saavuttamiseksi pitäisi konsulttien saada enemmän aikaa johdolta. VDD:ssä vaaditaan aina, että johto vahvistaa raportin. Myös sisäpiirintieto voi rajoittaa raportin tekoa.

Erot VDD:n ja perinteisen DD:n välillä ovat konsulttien silmin moninaisia. VDD tehdään huomattavasti lähempänä asiakasta, mikä mahdollistaa paremman pääsyn kohteeseen. Myös riskinjaon kannalta VDD eroaa perinteisestä DD:stä. VDD:tä tehtäessä riski pyritään korjaamaan. Perinteisen DD:n yhteydessä riski löydetään ja ostaja voi arvioida sen merkitystä hänen kannaltaan. Ostaja kantaa riskin ollessaan siitä tietoinen.

Rajanveto tilanteissa joissa myyjä haluaa määrätä mitä raporttiin tulee, ei aiheuta paljon ongelmia. Kyseessä on yleensä neuvottelu sanamuodoista, joiden muuttaminen voi tulla esille, muttei koskaan siten, että raportista vaadittaisiin poistettavaksi jotain. Konsulttien mukaan täytyy muistaa, että VDD ei missään nimessä ole myyntidokumentti. Ennemmin on mahdollista, että info memossa ”kaunistellaan” joitain seikkoja ostajien houkuttamismielessä.

Vastuukysymysten realisoituminen on harvinaista. Haastateltujen konsulttien mukaan VDD käy läpi sellaisen ”mankelin”, että jos työt tehdään asianmukaisesti, mahdolliset virheet tulevat esiin jo prosessin kuluessa. Täydentämisvelvollisuus jatkuu siihen asti kunnes kauppa lyödään lukkoon. Kuten jo aiemmin kappaleissa neljä ja viisi on tullut esille, kolmanteen kohdistuvan vastuun osalta oikeustila on hieman epäselvä.

Millaisia riski- ja kauhuskenaarioita VDD:n osalta voidaan kuvitella? Esimerkkitalanteita on monenlaisia. Mikäli myytävän kohteen ominaisuuksista johtuen ei saada luotettavaa historiadataa, tulee tällöin valita näytetäänkö jotain vai jätetäänkö näyttämättä mitään. Myös laaturiskit voivat olla hankalia arvioitavia. *Carve out*-hankkeissa voi ongelmana olla, ettei kohteesta ole olemassa eriteltyä dataa. Iso riski voi olla myös se, ettei VDD:n käyttäjä ymmärrä riskejä tai annettuja tietoja. Odotuskuiluriskissä arvot joita ostaja painottaa eroavat myyjän näkemistä arvoista. Arvot, jotka myyjän mielestä eivät ole tärkeitä, voivat ostajan mielestä sitä olla.

Financial VDD on erityisen käytetty Saksassa ja Englannissa. Yhdysvalloissa sitä ei käytetä, koska aiemmin mainitun mukaisesti vastuun pelko rajoittaa sen käyttöä. Yhdysvalloissa niin kutsuttu vendor assistance on yleisempi. Myös haastateltujen konsulttien mielestä perinteiseen DD:hen verrattuna tärkeimpiä hyötyjä VDD:ssä on se, että myyjä saa pidettyä useampia ostajakandidaatteja loppuun asti, kun myyjän ei tarvitse tuhlata

johdon rajallisia resursseja useiden ostajaehdokkaiden päällekkäisiin tutkimuksiin ja kyselyihin.

6.5. Rahoittajapankin näkökulma

Vendor due diligencen yhteydessä voidaan antaa ostajalle itselleen reliance letter ja erikseen rahoittajalle oma reliance letter. Rahoittaja käyttää raportteja määrittäessään myönnettävän luoton volyyymiä ja hintaa. Rahoittajan näkökulmasta erityisen tärkeitä ovat yrityksen liiketoimintaa kuvaava business due diligence ja financial due diligence. Rahoittaja arvioi liiketoiminnan mahdollisuuksia ja kehitysnäkymiä muun muassa siltä kannalta, miten yrityksen markkinat tulevat kehittymään, mikä on yrityksen kasvupotentiaali ja mitä liiketoiminnallisia riskejä yritykseen kohdistuu. Tarkastelu ulottuu pitkälle tulevaisuuteen, joten financial due diligence -raportin sisältämän, pääasiallisesti menneisyyteen kohdistuvan, taloustiedon lisäksi tarkan kuvan piirtäminen yrityksen liiketoiminnan tulevaisuudesta on olennaista.

Toisaalta myös financial due diligence sisältää ennusteet yrityksen taloudellisesta kehityksestä, minkä johdosta nämä kaksi raporttia yhdessä muodostavat tärkeimmän työkalun rahoittajan riskiposition tarkastelussa. Vuosien 2008-2009 taantumien jälkeen financial due diligence tarjoaa monen yrityksen osalta mahdollisuuden tarkastella jo toteutunutta "*worst case scenario*" -näkökulmaa, eli tilannetta, jossa yritys on jo joutunut todella tukalaan tilaan. Tästä voidaan päätellä myös sitä, miten yritys selviytyisi, jos vastaava tilanne koettaisiin uudelleen. Muut due diligencen lajit, kuten ympäristö- tai tekninen due diligence kiinnostavat rahoittajaa vain, mikäli niistä ilmenee jotain erityislaatuista, kuten merkittävä riski tai heikkous tietyllä toiminta-alueella.

Rahoittajan näkökulmasta vendor due diligencen käyttö on jatkuvasti kasvanut ja raportit ovat tarkentuneet. Erityisesti luotonannon tiukennuttua on raportteihin alettu panostaa paljon, ja toisaalta niitä tarkastellaan rahoittajan toimesta kriittisemmin. Vendor due diligence -raporttia yleisluonteisempaa ja yrityksen riskejä korostamattomana dokumenttina tarkastellaan rahoittajan toimesta hieman eri valossa, kuin ostajan tekemää yksityiskohtaisempaa ja kohdistetumpaa raporttia. On myös mahdollista, että

raportit sisältävät keskenään erilaista, jopa ristiriitaista tietoa erityisesti ei-faktisissa kysymyksissä. Tällöin rahoittajan on pyrittävä keräämään objektiivista tietoa kolmannesta lähteestä.

Rahoittaja on myös tyypillinen taho, joka tulee kyseeseen pohdittaessa vastuuta kolmannelle. Etenkin ulkomaisessa oikeuskäytännössä on nähty eräitä esimerkkejä rahoittajaan kohdistuneesta vastuusta. Se, missä laajuudessa rahoittajat voivat luottaa laadittuihin VDD-raportteihin on jatkuvana kiistelyn aiheena rahoittajien ja raportin laatijoiden välillä. Tämän asian selvittäminen on hyvä tehdä prosessin alkuvaiheessa. Tämä siitäkkin huolimatta, että useimmilla vahvoilla ammattilaisilla on käytössään ehdot, joihin he ovat sitoutuneet aikaisemmissa toimeksiannoissaan samoille tai samankaltaisille rahoittajille, kuten myös alakohtaiset ohjeistuksensa. Kiistanaiheet ovat yleensä seuraavanlaisia: taloudellisen vastuun rajat, vaateiden esittämisen aikarajat, sekä kysymys siitä, kuka voi esittää vaatimuksia (rahoittajat haluavat, että kaikki portaat ketjussa saavat mahdollisuuden esittää vaatimuksia, kun taas raportin laatijat haluavat rajoittaa oikeuden vaatimusten esittämiseen vain alkuperäiselle rahoittajalle).

Myöskään rahoituspuolen haastateltavien mukaan oikeustapaukset liittyen VDD-raportteihin eivät ole todennäköinen uhka. Tiedossa ei ollut yhtäkään tapausta, jossa VDD-raportin laatija olisi haastettu oikeuteen raportissa olleiden virheellisyyksien vuoksi.

6.6. Kehityksen suunta ja mahdolliset tulevaisuuden näkymät

Nykyään markkinat ovat rauhoittuneet ja huutokauppamyynnit vähentyneet, joten samanlaista tarvetta vendor due diligencen tekemiselle huutokauppojen yhteydessä kuin ”kuumien vuosien” aikaan ei enää ole. Legal VDD:n puolella tehdään nykyään paljon myös VDD:tä kevyempiä tarkastuksia, joista käytetään nimitystä ”*legal fact book*” tai vain ”*data room guidance*”. Legal-puolella haastatellut tietyiltä osin hieman kyseenalaistivat näiden kevyempien versioiden tarpeellisuuden, koska joka tapauksessa ostaja teettää oman DD:nsä samoista asioista. Tehokkuuden kannalta päällekkäinen työ voi näyttäytyä tarpeettomana.

Konsulttipuolella taas niin sanottu ”*vendor assistance*” (VA) nähdään yleistyvänä käytäntönä. Vendor assistance sopii erityisesti myyntitilanteisiin, joissa on yksi todennäköinen ostaja. Se on vähemmän aikaa vielä ja ”kevyempi” kuin vendor due diligence.

Yleinen trendi on, että analyttisyys on lisääntynyt ja vastuunrajauksia tavataan enemmän myös asianajopuolella. Kuitenkin on vaarallista yleistää, jokainen yrityskauppa ja siihen liittyvä vendor due diligence on omanlaisensa kokonaisuus, ja ne olisikin käsiteltävä aina tapauskohtaisesti ”*case-by-case*”. Nykyisin VDD-tarkastuksia tehdään sen verran vähän, että myös toteutusaika vaihtelee huomattavasti. Toteutusaikaan vaikuttavat erityisesti myytävän yrityksen koko ja mukana olevien yritysten määrä. Tarjousten saanti tai rahoituksen saanti voivat myös pidentää aikaa. Juuri ennen kesää ja ennen joulua tehdään paljon kauppvoja, mihin syynä on pitkiin taukoihin liittyvä taloudellinen epävarmuus.

Konsulttipuolella tulevaisuus näyttää VDD:n osalta hyvältä ja se on tullut työkaluna entistä tunnetummaksi. Investointipankit ja muut yrityskaupan ympärillä toimivat ovat ymmärtäneet, miten tärkeä osa prosessia VDD voi olla ja miten sen avulla voidaan saada aikaan onnistuneempi prosessi. Tulevaisuudessa suunta on se, että VDD on pitkäjänteisempi ja aikaisemmassa vaiheessa aloitettu. Vendor assistance -asiakirjojen, eli sellaisten asiakirjojen käyttö, joihin ei anneta reliancea kenellekään, on yleistymässä. Tämä aiheutuu myös aikapaineesta, info memossa esitetään jo paljon informaatiota.

Keskimäärin toiminta tulee haastateltavien mukaan kasvamaan ja VDD säilyttämään tietyn laatutasonsa ja riippumattomuutensa. VDD:n osalta uusien käytäntöjen omaksumisessa financial-puoli on yleensä etulinjassa ja legal-puoli seuraa omaksuen käytäntöjä asiakkaiden tarpeen mukaan.

7. LOPUKSI

Tässä tutkimuksessa on käsitelty vendor due diligence -tarkastusta ja siihen liittyviä vastuukysymyksiä yrityskaupan yhteydessä. Tarkastelussa on käyty läpi yrityskaupan osapuolten, eli myyjän ja ostajan sekä vendor due diligence -tarkastuksen suorittavan asiantuntijan vastuupositioita ja niihin vaikuttavia seikkoja. Näitä seikkoja ovat erityisesti myyjän tiedonantovelvollisuus, ostajan selonottovelvollisuus, sekä asiantuntijan erityiset ammatilliset ja tehtävään liittyvät lojaliteetti- ja huolellisuusvelvollisuudet. Myös yleisemmin sopimussuhteisiin liittyvien velvoitteiden ja periaatteiden vaikutusta vastuusetelmiin on pyritty käymään läpi niin kattavasti kuin se tämän laajuisessa tutkielmassa on mahdollista. Vastuukysymyksiä on pohdittu yhtiöoikeudelliselta kannalta, erityisesti myyjäyhtiön johdon näkökulmasta.

Toisessa kappaleessa käytiin läpi due diligence -tarkastuksen käsitettä, sekä tärkeimpiä due diligencen osa-alueita erityisesti perehtyen oikeudelliseen ja ympäristölliseen due diligenceen. On huomioitava, että vastuukysymykset voivat vaihdella maakohtaisesti eri due diligence -lajien kesken, sopimusoikeudellisten eroavaisuuksien lisäksi, myös alakohtaisten lainsäädäntöjen eroavaisuuksista johtuen. Havainnollistavana esimerkkinä käytettiin Ruotsin ympäristölainsäädäntöä, joka eroaa tietyiltä osin Suomen vastaavasta ja vaikuttaa näin environmental due diligencen suorittamiseen, kun kaupalla on yhtymäkohtia Ruotsiin.

Jäljempänä käsiteltiin perinteisen due diligencen ja vendor due diligencen eroavaisuuksia sekä tarkastuksen tarkoitusperiä. Tässä yhteydessä etsittiin vastausta myös siihen, miksi Euroopassa yleistynyt vendor due diligence ei ole saanut jalansijaa Yhdysvalloissa. Syyksi todettiin asiantuntijan erilainen vastuuasema amerikkalaisessa oikeuskulttuurissa. Vastuu virheistä on Yhdysvalloissa historiallisesti laajempi ja vastuukysymysten pelko estää tehokkaasti vendor due diligence -tyyppisen työkalun käytön.

Kolmannessa kappaleessa vastuukysymyksiä käsiteltiin yhtiöoikeudelliselta kannalta, painottaen erityisesti myyjäyhtiön yhtiöoikeudellisia velvollisuuksia yrityskaupan

yhteydessä. Vastuun rakennetta avattiin päämies-agenttiteorian kautta ja vastuun määräytymisen rajoja liiketoimintapäätösperiaatteen avulla. Liiketoimintapäätösperiaate määrittää myyjäyrittäjän johdon huolellisuuden tason. Vaikka Yhdysvalloissa, kappaleessa kolme kuvattuna lailla, vastuuriski on johdolle suurempi ja vastuuvapauksien antaminen määräytyy eri lailla kuin Suomessa, itse liiketoimintapäätösperiaatteen (*business judgment rule*) soveltaminen toimii samankaltaisesti molemmissa maissa. Tiedon merkitys on sekä oikeudellisesti että taloustieteellisesti suuri. Yrityskauppatilanteessa olennaista on se, kenelle tietoa annetaan ja missä määrin. Tätä määrittävät eritasoiset tiedonantovelvollisuudet, ja toisaalta velvollisuus olla paljastamatta yritykselle tärkeää tai sisäpiirin tietoon lukeutuvaa tietoa väärissä paikoissa.

Sopimusoikeudellisen vastuun määräytymiseen vaikuttavat myös oikeusperiaatteet. Oikeusperiaatteista tärkeimpiä ovat sopimusvapaus, yhdenvertaisuus, kohtuus ja heikommansuoja, sekä luottamus ja lojaliteetti. Erityisesti luottamuksen merkitys on tärkeää monimutkaisten asiantuntijapalveluiden kyseessä ollessa. Tämä korostui läpi työn teoreettisemman osan ja tuli erityisesti esiin haastatteluissa.

Yrityskauppoihin sovellettavasta virhevastuunormistosta on käyty oikeustieteen piirissä keskustelua koskien sitä, pitäisikö virhevastuutilanteisiin soveltaa velkakirjalakia ja tämän lain mukaista *caveat emptor*-periaatetta vai kauppalaan virhevastuusäännöksiä. Tämä kysymys liittyy olennaisesti ostajan selonottovelvollisuuden laajuuteen. Nykyisellään voidaan katsoa, että vallitseva kanta on selkeästi kauppalaan soveltamisen puolella. Huomionarvoinen VDD:n vastuukysymysten kannalta on myös kauppalaan 18 §:n säännös, jonka mukaan

"Tavarassa on myös virhe, jos se ei vastaa niitä tietoja, joita joku muu kuin myyjä, aikaisemmassa myyntiportaassa tai myyjän lukuun, on ennen kaupantekoa tavaraa markkinoitaessa antanut sen ominaisuuksista tai käytöstä ja joiden voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan. Tavaralla ei kuitenkaan katsota olevan virheellinen, jos myyjä ei ollut eikä hänen olisi pitänytkaan olla selvillä näistä tiedoista".

Kauppalaan mukaisesti lähtökohtana voitaisiin siis pitää sitä, että myyjä vastaa myös yrityskaupparyhmänsä toimijoiden ostajalle antamasta informaatiosta, mikäli

yhteydenpito on tapahtunut myyjän tieteen ja tämän suostumuksella. Lähtökohtana tässäkin vastuunmäärittelyssä ovat ostajan perustellut odotukset.

Viidennessä kappaleessa osapuolten vastuuasemia käsiteltiin tarkemmin, käyden yksityiskohtaisesti läpi kunkin osapuolen, myyjän, ostajan sekä asiantuntijan asemaan vaikuttavia erityispiirteitä. Asianajajien ja konsulttien, eli raportin laatijoiden, vastuuta sääntelevät periaatteet ja ohjeet voidaan nähdä toimintaa ohjaavina ja rajoittavina elementteinä. Kuitenkin mitä suurimmassa määrin myös sääntelemättömät tai vai suuntaviivoin säännellyt seikat, kuten maine sekä toimiva ja luottamuksellinen asiakassuhde ohjaavat asiantuntijoiden työtä vähintään yhtä paljon. Kappaleessa käytiin läpi myös oikeudellisesti epäselviä vastuuseen liittyviä kysymyksiä, kuten kysymystä niin sanotusta sopimusoikeuden harmaasta alueesta, vastuusta kolmatta kohtaan sekä erilaisten, muun muassa tiedonantovelvollisuutta koskevien tiukentuneiden asenteiden vaikutusta osapuolten vastuuasemiin.

Kuudennessa kappaleessa esitettiin kootusti tutkimusta varten tehtyjen haastatteluiden tulokset, peilaten niitä edeltävissä kappaleissa käsiteltyihin vastuisiin vaikuttaviin seikkoihin. Tutkimuksessa käy selvästi ilmi, että käytännönläheisyydestä ja liike-elämän joustavuuteen liittyvistä syistä johtuen, käsitys vendor due diligencen käytöstä, siihen liittyvistä vastuuasetelmista ja riskeistä ei ole missään nimessä yksiselitteinen ja selvä. Työkaluna VDD on uusi ja siihen liittyvää oikeuskäytäntöä ei juuri lainkaan ole. Johdantoa on tutkimuksessa haettu oikeuskäytännöstä jossain määrin samankaltaisissa tilanteissa, kuten kiinteistöjen kaupassa tehtävästä tarkastuksesta tai vastuukysymyksistä asiantuntijapalveluissa yleensäkin. On kuitenkin muistettava, ettei näistä voida vetää suoria johtopäätöksiä vastuun jakautumiseen vendor due diligencen yhteydessä. Tämänkaltaisen palvelun erityispiirteenä on liiketoimintasuhteiden läheisyys ja luottamuksellisuuden erittäin suuri merkitys.

Tutkimuksessa pyrittiin selvittämään, onko riitatilanteita esiintynyt, ja miten todennäköistä niiden esiintyminen vendor due diligence -tarkastuksiin liittyvien vastuukysymysten yhteydessä on. Oikeuskirjallisuudessa on toisaalta esitetty sopimusoikeudellisten velvollisuuksien ja vastuiden selkeästi kasvaneen ja

monimutkaistuneen. Tämä olisi omiaan lisäämään konfliktien mahdollisuutta monimutkaisten ja usein yllättäviä riskejä sisältävien yrityskauppojen yhteydessä.

Haastatteluista käy kuitenkin ilmi, että vastuut pyritään kaikkien osapuolten tahoilta määrittelemään mahdollisimman selkeästi ja mahdolliset erimielisyydet sopimaan aina ennen kuin ne kärjistyvät riitatilanteiksi. Tämä johtuu siitä, että yhteistyösuhteiden säilyttäminen ja vakaa maine koetaan liike-elämässä mitä tärkeimmiksi, ja niiden vuoksi ollaan valmiita myös jonkin verran joustamaan taloudellisesti.

Toisaalta oikeuskirjallisuudessa esitetty mahdollisuus niin sanotun sopimusoikeudellisesti harmaan alueen kasvamisesta ja vastuurajojen hämärtymisestä ei saanut käytännön haastatteluista vastakaikua. Totta on, että sopimuskenttä on monimutkaistunut ja tämä olisi omiaan lisäämään konfliktien mahdollisuutta. Samaan aikaan kuitenkin täsmällisen sopimisen vaatimus on kasvanut, mikä selkeyttää vastuuasemia ja vähentää riskiä erimielisyyksistä.

Haastattelujen perusteella vastuuasetelmia pidetään siis verrattain selkeinä. Yleisesti haastateltujen keskuudessa vallitsi luottamus siihen, että tällaisten vastuuden realisoitumisen riski on hyvin pieni, kun vastuukysymyksistä sovitaan asiallisesti. Myös niin sanottu riitelyhalukkuus nähtiin aihealueen piirissä vähäisenä, eivätkä haastatellut olleet juurikaan tietoisia mahdollisista riitatilanteista vendor due diligenceen liittyen. Useat haastateltavat korostivat luottamuksen ja sopimussuhteen jatkumisen merkitystä sopimusten sanatarkan noudattamisen sijaan.

Monimutkaisuutensa ja vastuuasemien tietyn oikeudellisen epävarmuuden vuoksi VDD on hyvä esimerkki tilanteesta, jossa luottamuksen merkitys korostuu. Vendor due diligenceen liittyy myös erityispiirteitä, jotka erottavat sen niin sanotusta ”tavallisen asiantuntijapalvelun” tarjoamisesta. Näitä ovat esimerkiksi käyttäjäjoukon ja asiantuntijapalvelun tarjoajan suhde, neuvontavelvollisuuden rajoittuminen tilaajaan, sekä raportin yleisluontoisuus. Kaikki nämä ja muut työssä läpikäytyt VDD-palvelun erityispiirteet asettavat omat haasteensa myös vastuukysymysten kannalta katsottuna. Toisaalta tilanteet ovat myös aina vahvasti tapauskohtaisia, mikä vaikuttaa myös asiantuntijapalvelun tarjoajan vastuun arviointiin.

Monosen³²⁹ mukaan yleisesti vastuuperusteiden kehittymisessä voidaan havaita eräitä yleisempiä linjoja. Ensinnäkin kehitys on merkinnyt, että sopimusvastuu on korvausvelvollisen osalta ankaroitunut. Tähän ovat vaikuttaneet etenkin kontrollivastuu ja poikkeukseton vastuu. Lainsäädännöllä on korostettu sopimukseen perustuvien odotusten suojaamisen ja sopimusveloitteiden täyttämisen merkitystä. Lainsäädäntö on vahvistanut vahingonkärsijän luottamuksen suojan ja toisaalta korvausvelallisen riskien hallinnan merkitystä. Sopimusoikeudessa voidaan sopimusvapauden ja luottamuksen suojan rinnalla korostaa varovaisuuden ja varautumisen periaatetta. Sopimusvastuuta koskeva arviointi kytkeytyy läheisemmin riskiperusteiseen arviointitapaan.

Riskipositivoiden huolellinen kartoittaminen ja määrittäminen, sekä ennakoiva sopiminen ovat muodostuneet entistä tärkeämmiksi myös tämän tutkimuksen yhteydessä tehtyjen havaintojen perusteella. Talouden laskukauden ja rahoituksen tiukentumisen myötä myös raporteilta odotettava tarkkuus ja laatutaso ovat kasvaneet, ja tämä kehitys on myös kiristymään päin. Rahoittajat ovat entistä tarkempia ja vaativat täsmällistä tietoa. Tämä vaatii asiantuntijoilta entistäkin korkeampaa huolellisuuden ja ammattitaidon tasoa.

Vallitseva taloustilanne vaikuttaa aina vendor due diligencen käyttöön, mikä tekee siitä kiinnostavan instrumentin. Toisaalta työkalun ollessa kohtalaisen uusi, sen käytössä tapahtuva kehitys on jatkuvaa. Haastatteluista kävi myös ilmi, että uudet ”kevyemmät” myyjän tilaamat tarkastukset ovat kasvattamassa suosiotaan.

Kauppalain mukaisen ”normaalistandardin” muotoutumisen kannalta on mielenkiintoista nähdä, miten due diligence- ja vendor due diligence -käytännöt muokkaavat kauppatapaa. Nykyään voidaankin jo sanoa jonkinasteisen normaalistandardin vallitsevan sen osalta, mitä due diligencen tai ostajan tarkastusvelvollisuuden laajuudelta voidaan odottaa tietynlaisissa tilanteissa. Vaikka yrityskauppatilanteet ovat hyvin yksilöllisiä, ja ne on aina käsiteltävä tapauskohtaisesti, voidaan kuitenkin nähdä tiettyjä yleisiä ehtoja ja käytäntöjä, jotka toistuvat kaupassa ja sen valmistelussa. Nähtäväksi jää, mihin suuntaan normaalistandardin määritelmä yrityskaupan yhteydessä tehtävän vendor due diligencen osalta kehittyy.

³²⁹ 2004, s. 1395