

Conflict Management

Konserniyhtiön maksukyvyttömyys ja konkurssi

Risto Koulu

Konserniyhtiön maksukyvyttömyys ja konkurssi

Konserniyhtiön maksukyvyttömyys ja konkurssi

Risto Koulu

Tämän teoksen elektronisen version on julkaissut Helsingin yliopiston kirjasto vuonna 2022 tekijöiden ja COMIn luvalla.

Tämä teos on julkaistu Creative Commons-lisenssillä CC BY (4.0).

ISBN: 978-951-51-4996-1 (pdf)
DOI: 10.31885/9789515149961



2013

University of Helsinki Conflict Management Institutten julkaisuja

Tilaukset puh. (09) 191 23866 tai comi@comi.fi

© Tekijät ja COMI

ISBN: 978-952-10-7834-7

Graafinen suunnittelu: Kalle Järvenpää

Taitto: Johanna Kerola

Saarijärvi 2013

“konserni s. ryhmä oikeudellisesti erillisiä liikeyrityksiä, jotka ovat yhteisen johdon alaisia, yhtymä”

Nykysuomen sanakirjan määritelmä (1963)

“Yritysten välinen voitto on näennäistä, koska ostajana ja myyjänä on sama taloudellinen kokonaisuus. Pelkistetyksi kysymys on rahan siirtämisestä taskusta toiseen”

Timo Kaisanlahti (2006)

“Emoyhtiön hallitus tekee tytäryhtiöissä toteutettavat koko konsernin muodostaman yrityksen perusratkaisut, kun emoyhtiöllä on riittävä määräamisvalta tytäryhtiön yhtiökokouksessa, koska osakeyhtiölain lähtökohtaisen kirjoitetun toimivaltajaon mukaan osakeyhtiön varojen hoitaminen ja yhtiön edustaminen, mukaan lukien päätöksenteko tytäryhtiön yhtiökokouksessa, kuuluvat yhtiön hallitukselle”

Jukka O. Nikkilä (2006)

“Arguably, creditors of group companies are more vulnerable to shareholder opportunism than are creditors of independent companies. Shareholders can reduce transparency by blurring divisions between the assets of group members and lead creditors to infer - wrongly - that the entire group stands behind each members's debts.”

The Anatomy of Corporate Law (2009)

Monet elleivät useimmat kirjat saavat alkunsa sattumasta. Näin kävi myös tässä kirjassa, joka on ollut suunnitteilla lähes puolitoista vuosikymmentä. Kirjan idea syntyi, kun vuonna 1998 KKO:n ratkaisut kommentein -kirjasarja otti alkuaskeleitaan. Sain ensimmäisten joukossa kirjan päätoimittajalta kommentoitavakseni ratkaisun KKO 1998:17. Tässä ratkaisussa otettiin kantaa kuittauksen peräytymiseen konserniin kuuluvan yhtiön konkurssissa. Kommenttia tehdessäni ihmettelin, miten vähällä konserniin kuulumisen muodostama yhteys oli etenkin korkeimmassa oikeudessa sivuutettu. Tuntui, että liike-elämän todellisuuden ja juridisen konstruoinnin välillä ammotti kuilu.

Kommentti sinänsä ei vaatinut syvällisempää pohtimista, ja se valmistui yhden iltapäivän kuluessa. Kirjoitustyön herättämä näkökulma laajempaan kokonaisuuteen, oikeustieteen tutkimuksen nyrpeä suhtautuminen konserniin, tuntui kuitenkin tieteellisesti lupaavalta ja käytännössäkin merkittävältä. Tosin tieteellinen tiedonintressi ei välttämättä lankea yhteen praktisen tiedonintressin kanssa. Oli miten oli, konserniongelma joka tapauksessa jäi siinä määrin kytemään, että tein siitä erillisen niin sanotun teemakansion odottamaan otollista tilaisuutta. Otollinen tilaisuus tutkimukselle on pitkä ja opetuksesta vapaa tutkimuskausi, jollaiset ovat yliopistoissa yhtä harvinaisia kuin käytävillä liikkuvat yksisarviset.

Teemakansioista on vielä pitkä matka itse tutkimukseen. Tutkija kuin tutkija kerää uransa aikana hyllyihinsä kymmenittäin teemakansioita, joita ani harva etenee toteutusvaiheeseen. Osa kansioista unohtuu, osa jää odottamaan aikaansa. Jälkimmäisen kohtalon koki myös konsernikansio. Kansio (se oli ajalle tyypilliseen tapaan oikea paperimappi eikä sähköinen tiedosto) keräsi pölyä, siihen lisättiin harvakseltaan lehtileikkeitä, aihepiiriä sivuavia oikeustapauksia ja hajanaisia viittauksia kirjoihin, joissa konserniongelmaa oli tavalla tai toisella kosketeltu. Aineistoa tuottivat myös yliopistotutkijan arkea elävöittävät konsultaatiotehtävät, joissa konserniproblematiikka tavan takaa konkretisoitui. Tutkimuksen perusehto, rauhallinen ja yhtäjaksoinen tutkimuskausi tuntui vain karkaavan yhä kaukaisempaan tulevaisuuteen. Opetus ja hallinto rikkoivat työpäiviä aina vain tehokkaammin. Toisaalta kiirettäkään tutkimuksen aloittamiseen ei tuntunut olevan. Ennätyksellinen

2 nousukausi jatkoi, joten insolvenssioikeuden perustutkimuksen tarvekaan ei ollut polttava, sillä yritysten konkurssit olivat harvassa.

Vuosi sitten minun oli pakko tehdä ratkaisu, tutkimus aihepiiristä oli joko aloitettava tai tutkimusidea lopullisesti hylättävä. Päätin aloittaa tutkimuksen, kävi miten kävi eli oli siihen vapaata aikaa tai ei. Tähän oli kaksi syytä. Ensiksikin toivo tutkimukselle tarkoitetuista kausista oli pakko hylätä yhä hektisemmäksi ja repivämmäksi muuttuvassa työilmapiirissä. Tutkimuksen tukemisen tärkeys näkyi kiitettävästi juhlapuheissa mutta ei mainittavasti käytännön toimenpiteissä. Toiseksi Euroopan velkakriisi ja sitä seuraava taantuma nostivat insolvenssioikeudellisen tutkimuksen taas kerran kärkisijoille tutkimuspoliittisessa ja ehkä oikeuspoliittisessakin prioriteettilistassa. Sitä paitsi kun tutkijan aktiivikausikin on suhteellisen lyhyt, ihanteellisen tilaisuuden odottelu olisi luultavasti merkinnyt koko aihepiirin hylkäämistä.

Lopuksi on aika antaa tämän kirjan lukijalle varoitus. Insolvenssioikeuden tutkimus, jonka kohteena on konserni, käsittelee monimutkaisia rakenteita, ilmiöitä ja tapahtumasarjoja. Monimutkaisuus taas vetää mukanaan luvottomasti yksityiskohtia. Jotta metsä ei sananlaskun mukaisesti hukkuisi puilta, esitystä on pakko pelkistää, todellisuutta yksinkertaistaa ja yksityiskohtia unohtaa. Myöskään alaviitteitä ei ole mahdollista käyttää siinä laajuudessa, johon moni juridisten tekstien lukija on tottunut. Täydelliset alaviitteet veisivät tilan kaikelta muulta. Samoin on myönnettävä, että muiden oikeusalojen konsernitutkimus olisi vaatinut syvällisempää tutustumista. Vähintäänkin taloustieteen konsernitutkimus olisi jälkikäteen ajatellen ansainnut vieläkin enemmän huomiota, mitä se on tässä saanut. Lukijan asiaksi jää arvioida, missä määrin nämä puutteet ovat vaikuttaneet kirjan rakenteeseen, konserni-ilmiön taustoitukseen ja toimenpide-ehdotuksiin. Oma käsitykseni on, että varsinaiset lainopilliset tulkintasuositukset eivät näiden rajausten myötä ole joutuneet vaaraan. Virheellisiä ne toki voivat olla.

Tutkimuksesta vain puutteita hakevan - osa lukijoistahan on tällaisia - kannattaa sitä paitsi muistaa lohdullinen aksiooma: huonokin tutkimus on parempi kuin tutkimuksen totaalinen puuttuminen. Seuraava konserni-problematiikkaan tarttuva insolvenssioikeuden tutkija voi lähteä jostakin aikaisemmasta tutkimuksesta liikkeelle. Tällä hetkellä hän joutuu hakemaan tukea yksittäisistä maininnoista yleisesityksissä ja erilliskysymykseen syvennyksistä erityistutkimuksista, joissa kokonaiskuva konsernista helposti katoaa.

Porthaniassa kesäkuussa 2013

Risto Koulu

Sisällys

3

ALKUSANAT	1
SISÄLLYS	3
LYHENTEET	9

YLEINEN OSA

1.	KYSYMYKSENASETTELU	13
1.1.	YKSINAPAISESTA MONINAPAISEEN KONKURSSI- TUTKIMUKSEEN	13
1.1.1.	Yksinkertaistettua konkurssitodellisuutta	13
1.1.2.	Kohti konsernien konkurssioikeutta?	16
1.2.	TUTKIMUSTEHTÄVÄ	18
1.2.1.	Osateemat (I) ja (ii): konkurssiin asettaminen ja takaisinsaanti	19
1.2.2.	Osateemat (iii) ja (iv): konkurssin omaisuus- ja velkaselvittely sekä konkurssipesien hallinto	25
1.2.3.	Tiedonintressejä, lähestymistapoja ja tutkimusmenetelmiä	31
1.3.	TYYPPIKILANTEITA, NÄKÖKULMIA JA TUTKIMUSTULOSTEN YLEISTETTÄVYYS	37
1.3.1.	Peruskonserni ja kahden näkökulman ongelma	37
1.3.2.	Rajauksia ja tarkennuksia	41
1.4.	TUTKIMUKSEN AINEISTO	46
1.4.1.	Konserni lainsäädännössä	46
1.4.2.	Konserni oikeuskäytännössä	50
1.4.3.	Konserni oikeustieteen ja taloustieteen tutkimuksessa	53
1.4.4.	Konsernien ohjaus- ja johtokäytännöt	55

2.	KONSERNI YRITYSTEN YHTEISTOIMINNAN MUOTONA	58
2.1.	YRITYSTOIMINNAN JÄRJESTÄYTYMISEN VAPAAUS	58
2.1.1.	Konsernien muodostuminen: konsernimotiivit	58
2.1.2.	Päätöksenteon muotoutuminen konsernissa	62
2.2.	TYTÄRYHTIÖIDEN JOHTO: PUUN JA KUOREN VÄLISSÄ	66
2.3.	KONSERNISUHDE LUOTONANTAJAN RISKINÄ	70
2.3.1.	Varottava informaatio	70
2.3.2.	Torjuva sääntely	73
2.4.	KONSERNIN RAKENTEELLINEN JÄNNITE: KONSERNI-INTRESSI VAI YHTIÖINTRESSI?	77
2.4.1.	Yhtiöintressin periaatteellinen etusija	77
2.4.2.	Konserni-intressi: sisältöä hakemassa	80
2.4.3.	Ajalliset vaihtelut konserni-intressin intensiteetissä	83
2.5.	KONSERNI EMPIIRISESSÄ AINEISTOSSA	86
2.5.1.	Mitä tiedämme konserneista?	86
2.5.2.	Mitä tiedämme konserniyhtiöiden konkurseista	88
2.5.3.	Millaiseen konsernin yhtiöön konkurssi kohdistuu?	90
2.6.	RAJAPINTOJA: YRITYSRYHMÄ JA YRITYSRYVÄS (KLUSTERI)	92
3.	KILPAILEVAT PERUSTEORiat, NIIDEN KOROLLAARIT JA KIER TOKONSTRUKTIOT	96
3.1.	PERUSTAVA VALINTA: KLASSISTA VAI MODERNIA KONSERNIOIKEUTTA?	96
3.1.1.	Kilpailevat lähestymistavat	96
3.1.2.	Kiistelyä paremmuudesta	99
3.2.	TEORIOIDEN INSOLVENSSIOIKEUDELLISET SOVELLUKSET	101
3.2.1.	Erillisteorian jäykkyys	101
3.2.2.	Yhtenäisteorian muunneltavuus	105
3.3.	KONKURSSIOIKEUDEN VIETERIUKKO: SAMASTAMINEN KOKONAISRATKAISUNA	110

3.3.1.	Ratkaisuja vai näennäisratkaisuja?	110
3.3.2.	Monikasvoinen samastaminen: juridisen kielenkäytön epätarkkuutta	115
3.4.	MILLOIN SAMASTETAAN JA KUKA HYÖTYY?	118
3.4.1.	Samastamisen aineelliset edellytykset	118
3.4.2.	Samastaa vai eikö samastaa? Samastamisen syitä ja vastasyitä	123
3.4.3.	Samastus toimivana kokonaisratkaisuna: <i>pro et contra</i> ?	126
3.4.4.	Samastaminen ja uusi varallisuusosoikeus	129
3.5.	SAMASTUS RISKIN JA ERIARVOISUUDEN LISÄÄJÄNÄ	132
3.5.1.	Samastuksesta kärsivät ja hyötyvät intressitahot?	132
3.5.2.	Unohdettu ongelma: samastuksen toteutus	136
3.6.	PALJU ARKEEN: PIENTEN RATKAISUJEN TIE?	139

SOVELTAVA OSA

4.	KONSERNIYHTIÖN ASETTAMINEN KONKURSSIIN	145
4.1.	KONSERNIYHTIÖ VASTAAJANA KONKURSSIASIASSA	145
4.2.	OLETTAMUKSET MAKSUKYVYTTÖMYYDESTÄ JA HAKIJA-SAATAVAN SELVYYSVAATIMUS	149
4.2.1.	Maksukyvyttömyyden indiisiot	149
4.2.2.	Hakijasaatava velkoja-aloitteisessa konkurssissa	152
4.3.	KONKURSSIN ESTEET KONSERNIKONKURSSISSA	156
4.3.1.	Yleinen esteperuste	156
4.3.2.	Vakuus ja velkojan tahdonilmaisu konkurssin esteenä	158
4.4.	MAKSUKYKYTESTI JA MAKSUKYVYTTÖMYYSARVIO	161
4.4.1.	Maksukyvyttömyys oikeustositseikkana	161
4.4.2.	Maksukyvyttömyysarvion osat: varat, velat, tulot	168
4.4.3.	Subjekttiivinen tekijä: arvostus ja sen perusteet	171
4.4.4.	Maksukyvyttömyys tuomioistuimen tutkittavana	174

4.5.	KONSERNIN ANTAMA TUKI TODISTUSTEEMANA	177
4.5.1.	Konsernituki tulonmuodostuksen osana	177
4.5.2.	Konsernin halu, kyky ja intressi tukea kriisiyhtiötään	181
4.5.3.	Hakijavelkojan kevennetty näyttövelvollisuus vaihtoehtona	185
4.6.	KONSERNIN TALOUDELLINEN TILA TODISTUSTEEMANA	188
4.6.1.	Teoriasta konkretisointiin: soveltamistilanteita ja todistuskeinoja	188
4.6.2.	Arviota vääristäviä tekijöitä	193
4.6.3.	Yhtiöoikeudellinen maksukykytesti: tukea tulkintaan vai sekaannusta arvioon?	196
4.7.	VÄLITILINPÄÄTÖS: TUTKIMUSTULOKSIA JA POHDINTAA	200
5.	TAKAISINSAANTI KONSERNIYHTIÖIDEN VÄLILLÄ	203
5.1.	VARALLISUUDENSIIRROT KONSERNISSA: KÄSITTEET JA TAKAISINSAANTITYYPIT	203
5.1.1.	Konsernituki ja sen muodot	203
5.1.2.	Läheisyssääntelyn vaikutus konsernikonkurssissa	206
5.2.	KONSERNITUEN MUOTOJEN SJOITTUMINEN TAKAISINSAANTIPERUSTEISIIN	210
5.2.1.	Helppo tapaus: konserniavustus	210
5.2.2.	Keskivaikea tapaus: konsernilaina ja konsernivakuus	213
5.2.3.	Kiperä tapaus: siirtohinnoittelu	219
5.3.	PERUSKYSYMYKS 1: VASTIKKEELLISUUDEN ONGELMA	224
5.3.1.	Vastike takaisinsaantijärjestelmässä: käsite, merkitys, sisältö	224
5.3.2.	Mikä kelpaa vastikkeeksi?	229
5.3.3.	Vastikkeen riittävyyden arviointi	233
5.3.4.	Vastikkeellisuus oikeuskäytännössä: ratkaisut KKO 2004:69 ja KKO 2004:115 analysoitavina	238
5.4.	PERUSKYSYMYKS 2: VAHINGOLLISUUDEN ONGELMA	243
5.4.1.	Yleinen vahinkoedellytys ratkaisun KKO 2004:69 luennassa	243
5.4.2.	Todelliseen vahingollisuuden arviointiin: onko syytä	

ylläpitää olettaa vahingollisuudesta?	246
5.5. KONSERNISPESIFISIÄ SOVELLUKSIA	250
5.5.1. Ekskursio 1: maksu vieraila varoilla	250
5.5.2. Ekskursio 2: kuittaus vieraalla vastasaatavalla	257
5.6. VÄLITILINPÄÄTÖS: TUTKIMUSTULOKSIA JA SELITYKSIÄ	259
6. OMISTUS- JA VELKASELVITTELY KONSERNI-KONKURSSISSA	264
6.1. VARALLISUUSPIIRIEN EROTTELUPAKKO	264
6.1.1. Erillisten konkurssipesien konstruktio	264
6.1.2. Normaalia lainsoveltamista vai konsernipoikkeamien korjailua?	266
6.1.3. Kuka oikaisee: toimivaltapohdiskelua	270
6.2. OMISTUKSEN UUELLEENJÄRJESTELY	273
6.2.1. Samastaminen uusissa vaatteissa: "keinotekoisena" järjestelyn sivuuttaminen (KonkL 5:11)	273
6.2.2. KonkL 5:11:n soveltaminen konsernisuhteisiin: vaikeuksia ja yllättäviä tuloksia	279
6.2.3. Sivuttamisen toteuttaminen ja sivuutettavan oikeudenhaltijan suojararve	283
6.3. VELKASUHITEIDEN UUELLEENJÄRJESTELY	286
6.3.1. KonkL 5:11 ja vastuun samastus	286
6.3.2. Suora vastuun samastus nyt ja tulevaisuudessa	289
6.3.3. Sopimusten samastaminen	293
6.3.4. Mahdollista tulevaisuutta: UNCITRAL -mallilain linja	294
6.4. VÄLITILINPÄÄTÖS: TULOKSIA JA HAVAINTOJA	288
7. KONKURSSIPESÄN HALLINTO KONSERNI-KONKURSSISSA	302
7.1. TÄYDELLISYYTTÄ VAI OSITTAISUUTTA?	302
7.2. KONKURSSIPESIEN YHDISTÄMINEN	306
7.2.1. Puhtaana sovellutuksena	306

7.2.2.	Laskennallisten erillisvarallisuuksien malli	310
7.3.	YHTEISHALLINTOSOVELLUKSET	315
7.3.1.	Täydellinen yhteishallinto (yhden konkurssihallinnon malli)	315
7.3.2.	Yhteishallinto henkilöiden kautta (saman konkurssihallinnon malli)	319
7.4.	YHTEISTYÖSOVELLUKSET	324
7.4.1.	Lakisääteinen yhteistyö	324
7.4.2.	Ekskursio: esimerkkinä rajat ylittävä konkurssi	329
7.4.3.	Sopimukseen perustuva yhteistyö	330
7.5.	KUKA SÄÄNTELEE KONKURSSIA KONSERNISSA?	334
7.5.1.	Konkurssiasiain neuvottelukunnan rooli	334
7.5.2.	Konkurssiasiain neuvottelukunta yhteisselvityksen tukena	336
7.6.	VÄLITILINPÄÄTÖS: TUTKIMUSTULOKSIA JA EHDOTUKSIA	338
8.	LOPUKSI	341
8.1.	KAKSOISAJATTELUN VOIMA	341
8.2.	TUTKIMUSTULOKSISTA	344
8.2.1.	Osateema 1: konkurssin hakeminen	344
8.2.2.	Osateema 2: takaisinsaanti konsernissa	346
8.2.3.	Osateema 3: omistus- ja velkasuhteet konserniyhtiön konkurssissa	349
8.2.4.	Osateema 4: konkurssipesän hallinto	351
8.2.5.	Tiivistelmä	354
8.3.	KONSERNI OIKEUSPOLITIIKAN JA SÄÄDETTÄVÄN LAIN ONGELMANA?	356
	KIITOKSET	361
	LÄHTEET	363
	OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO	385
	ASIAHAKEMISTO	387

Lyhenteet

9

ADR	Alternative dispute resolution
EU	Euroopan unioni
EY	Euroopan yhteisö
DN	Dagens Nyheter (Ruotsi)
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung (Saksa)
HE	Hallituksen esitys
KKO	Korkein oikeus
KonkL	Konkurssilaki (20.2.2004/120)
KPL	Kirjanpitolaki (30.12.1997/1336)
MKA	Neuvoston asetus (EY) N:o 1346/2000, annettu 29 päivänä toukokuuta 2000, maksukyvyttömyysmenettelyistä
NEV	Negatiivisen arvon oikeudenkäynti (negative expected value)
OK	Vuoden 1734 lain oikeudenkäymiskaari (1.1.1734/4)
OYL	Osakeyhtiölaki (21.7.2006/624)
RL	Rikoslaki (19.12.1889/39)
SOU	Statens offentliga utredningar (Ruotsi)
TaksL	Laki takaisinsaannista konkurssipesään (26.4.1991/758)
UK	Ulosottokaari (15.6.2007/705)
UL	Ulosottolaki (3.12.1895/37))
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
VahL	Vahingonkorvauslaki (31.5.1974/412)
VKL	Velkakirjalaki (31.7.1947/622)
VML	Laki verotusmenettelystä (18.12.1995/1558)
YrSanL	Laki yrityksen saneerauksesta (25.1.1993/47)

YLEINEN OSA

1. Kysymyksenasettelu

13

1.1 YKSINAPAISESTA MONINAPAISEEN KONKURSSITUTKIMUKSEEN

1.1.1 YKSINKERTAISTETTUA KONKURSSITODELLISUUTTA

Oikeustieteellinen tutkimus tarkastelee, muun tutkimuksen tapaan, mielellään yksinkertaisia ja selkeitä perustilanteita.¹ Luonnontieteissä niitä kutsutaan joskus yksi/yksi -malleiksi. Oikeustieteessäkin velvoiteoikeus tutkii tavallisesti sellaisia velvoitteita, joissa oikeutettuja ja velvoitettuja eli velkojia ja velallisia on vain yksi kumpaakin. Samoin prosessioikeuden tutkimuksessa tavallisesti on esillä kahden asianosaisen oikeudenkäynti. Tilanteet, joissa kantajia tai vastaajia on useampia, pääsevät kunnolliseen tarkasteluun vain silloin, kun jokin erityinen seikka, esimerkiksi niin sanottu välttämätön prosessinyhteys, siihen suorastaan pakottaa. Esineoikeudessakin silmällä pidetään tapauksia, joissa oikeus kuuluu tai ei kuulu kerrallaan yhdelle taholle. Jos tämä edellytys ei täyty - saman puolen oikeudenhaltioita on useampia - tilanne luokitellaan kekseliäästi yhteisomistukseksi ja siirretään sen ongelmana tutkittavaksi. Ongelman siirtäminen tai lykkääminen muualla tutkittavaksi merkitsee pienessä oikeuskulttuurissa yllättävän usein sen unohtamista. Esimerkiksi esineoikeudessa käy näin. Yhteisomistus -instituutio myönnetään yleisesti tutkimukselliseksi *terra incognita* -alueeksi. Sen piirissä ei ole tehty kattavampaa perustutkimusta sitten 1950 -luvun.

Hakeutuminen yksi/yksi -malleihin näkyy myös konkurssi-instituutioon kohdistuvassa tutkimuksessa. Siihen erikoistunutta (yleisen) insolvenssioikeuden osa-aluetta on tapana kutsua konkurssioikeudeksi. Konkurssioikeudesta kylläkin puhutaan monasti silloin, kun kysymyksessä on perinteisen likvidaatiokonkurssin vastinpari eli rehabilitaatiotyyppinen menettely, joko

1.Tämä ei ole moite. Tavallisesti oikeustilan selvittämisessä on tarpeeksi tekemistä, vaikka kysymys on jossain merkityksessä "yksinkertaisesta soveltamislanteesta". Samoin on selvää, että yksinkertaiset tilanteet on saatava tutkituiksi, ennen kuin tutkimus voi siirtyä monimutkaisempiin tilanteeseen. Tästä huolimatta on sanottava, että selkeyden ja yksinkertaisuuden hintana on katvealueiden muodostuminen tutkimukseen. Saavutetut tutkimustulokset eivät tällöin tyydytä todellista tiedonintressiä.

14 saneeraus tai akordi. Vaikka kielenkäytön epätasällisyys on myönnettävä, se laajenee myös kotimaisissa yhteyksissä. Rajat ylittävän maksukyvyttömyyden hoitamisessa laaja konkurssikäsite on tullut jo yleisesti hyväksytyksi. Yhteiskäsitteitä puoltaa perinteisen tulkintajuridiikan ulkopuolella myös se, että konkurssi ja yrityksen saneeraus ovat molemmat yritystoiminnalle varattuja kollektiivisia insolvenssimenettelyjä.

Voidaan kysyä, missä perusmalleihin hakeutuminen näkyy tai miten se ilmenee. Vastausta ei tarvitse hakea. Konkurssoikeudessa tutkimus yksinkertaistaa - ja samalla vääristää - kohdettaan. Oikeudenalalla tehtävä tutkimus nimittäin kiinnittää huomionsa vain yhteen konkurssiin kerrallaan.² Taustalla on ajatus, että yrityksen muu toimintaympäristö säilyy maksukykyisenä ja muutoinkin ennallaan. Tilanteet, joissa maksukyvyttömyys kohtaa samanaikaisesti konkurssiyrityksen lähipiiriä (esimerkiksi pääasiallista liikekumppania), ovat kuitenkin käytännössä tavallisia. Kotimaisessa kirjallisuudessa onkin väitetty, että muun muassa konsernissa siihen kuuluvien yhtiöiden taloudelliset siteet ovat niin vahvat, että kaikki konsernin yhtiöt päätyvät suurin piirtein samanaikaisesti konkurssiin.³ Yhdenkin konsernin yhtiön lopullinen pelastuminen konkurssilta olisi näin epätavallinen ilmiö, eräänlainen onnenkantamoinen. Vaikkakaan väite ei tukeudu varsinaiseen empiriseen otokseen, siihen on sinänsä helppo uskoa.⁴ Vastaahan se sekä taloustieteellisiä säännönmukaisuuksia että arkipäivän havaintoja. Oli näin tai ei, yksi asia on selvä. Jotta pääsääntöisestä ilmiöstä eli monikonkurssista (paremman termin puuttuessa) saataisiin kunnollinen kuva, tarkastelu tulisi ulottaa yhden velallisen konkurssia laajemmalle alueelle.

Näin kuitenkin ei ole tutkimuksessa toistaiseksi tehty. Teoreetikko sanoisi, että foucaultilainen halu tietää (la volonté du savoir) tuntuu kerta kaikkiaan puuttuneen. Kuten tunnettua, ilman tällaista tietämisen halua instituutiot ja tieteenalat eivät rakennu.⁵ Oma aatehistoriallinen kysymyksensä

2. Rajoittunut näkökulma näyttää kansainväliseltä ilmiöltä. " - - - laws relating to corporations and other business forms (on national or international levels) tend to deal with the single entity as if it was the norm. Legal systems normally deal with 'group problem' from the point of view of company law, which is primarily designed to regulate the single company". Näin Mevorach 2009 s. 33. Yksinapaisuus tuntuu leimaavan myös sellaista konkurssitutkimusta, jota ei voi luokitella yksinomaan oikeustieteelliseksi. Ks. Sundgren 1995 s. 7.

3. Pulkkinen 1993 s. 1174. Taloustieteellisessä konkurssitutkimuksessa on kuitenkin tuotu esiin tilanteita, joissa yksi konserniyhtiö saattaa jäädä konkurssin ulkopuolelle, toisin sanoen pelastua. Ks. Lundberg 1999 s. 127. Konkurssilta välttyy hänen mukaansa useimmiten sellainen konserniyhtiö, joka toimii konsulttitoimintaan keskittyneessä konsernissa ja jonka palveluksessa konsernin avaintyöntekijät ovat.

4. Konsernikonkurseista saatavissa olevaa tietoa tarkastellaan jäljempänä jaksossa 2.5.2.

5. Ks. esim. Rajavaara 2007 s. 11.

tietenkin on, miksi halu tietää on tässä tapauksessa puuttunut, tällainen haluhan on, näin väitetään, ihmisen myötäsyttyinen ominaisuus. Voi olla, että monikonkurssija ei, syystä tai toisesta, ole pidetty ”tietämisen” arvoisena. Ehkä myös tällaisten konkurssiasetelmien monimutkaisuus on ohjannut tietämisen halua helpommin lähestyttäviin kohteisiin. Kokonaan tuntematonta tällainen kahden tai useamman konkurssin samanaikainen tarkastelu ei toki ole ollut kirjallisuudessakaan. Esimerkiksi takaisinsaannissa konkurssipesään takaisinsaantivastaaja voi olla konkurssissa. Tällöin joudutaan miettimään, miten takaisinsaantivaade pystytään toteuttamaan suhteessa toiseen konkurssipesään. Ohimennen todettakoon, että hämmästyttävän monissa julkaistuissa takaisinsaantiratkaisuissa oikeudenkäynnin asianosaisina ovatkin olleet konkurssipesät. Asetelma on yleensä merkki ensiksikin konsernisuhteesta tai muusta kiinteästä yhteistyösuhteesta yritysten välillä, toiseksi taas korrelaatiosta tällaisen yhteistoiminnan ja konkurssin kesken.⁶

Konkurssioikeuden tutkimus rajaa kohdettaan toisellakin, vielä vaikeammin havaittavalla tavalla. Tutkimuksella on nimittäin tapana irrottaa ympäristöstään myös se yksittäinen konkurssi, jota katsotaan. Konkurssioikeuden tutkija toisin sanoen joko tietoisesti rajaa tutkimuksen ulkopuolelle tai tiedostamatta jättää huomiotta ne enemmän tai vähemmän kiinteät siteet, jotka ovat vallinneet konkurssiyrityksen ja jonkun muun yrityksen välillä. Näistä syistä voidaan sanoa, että konkurssioikeuden tutkimuksen todellinen tyyppikohde on ollut yksittäisen, kaikista sidonnaisuuksista irrotetun yrityksen konkurssi.⁷ Tällä tavoin päästään ”puhtaaseen” konkurssioikeudelliseen tarkasteluun, mutta puhtaudella on hintansa. Ohitetut sidonnaisuudet vaikuttavat siinä määrin konkurssin edellytyksiin, konkurssin pesänselvitykseen sekä velkojien asemaan, että niiden unohtaminen laskee tutkimuksen tasoa ja samalla tutkimustulosten käyttöarvoa. Lohdutukseksi voidaan sanoa, että konkurssioikeuden tutkimus ei ole ainoa ylipelkistävä oikeudenala. Myös yhtiöoikeutta on moitittu siitä, että se on valinnut tutkittavakseen poikkeuksellisen ilmiön, yksinäisen ja itsenäisen osakeyhtiön.⁸

6. Ks. Koulu 1998 s. 120.

7. Kirjallisuudessa on yritetty hahmottaa tyyppikonkurssi eli suomalainen peruskonkurssi. Ks. Koulu 2009 s. 23. Kannattaa kuitenkin huomata, että tämä empiiris-faktuaalinen peruskonkurssi ei välttämättä korreloi tutkimuksen tarkastelemaan peruskonkurssiin. Pikemminkin näyttää siltä, että ellei konkurssitutkimus ole täysin abstraktia, se kohdistuu suurten yritysten konkurssisiin. Syynä on se, että nimenomaan tällaisessa konkurssissa esiintyy tutkimusta kaipaavia tai muutoin kiinnostavia ongelmia.

8. ”- - - aktieselskabsretlig teori helt op til den nyeste tid kun had beskæftiget sig med det, der i dag næsten er undtagelsestilfældet: Det enkelstående og uafhængige selskab”. Näin Andersen 1997 s. 15. Tällaista yhtiötä kutsutaan kuvaavasti ”konserniin kuulumattomaksi yhtiöksi”.

Optimisti on valmis sanomaan, että muutoksen ensienteet ovat jo ilmassa. Tosin ero yhtiöoikeuden ja insolvenssioikeuden välillä on silmiinpistävä. Kun yhtiöoikeudellinen konsernitutkimus on, kiitos Euroopan unionin vaikutuksesta, pitkälle irtaantunut aikanaan omaksumastaan ahtaasta näkökulmasta, insolvenssioikeudessa vasta harkitaan, onko tutkimuksellisista fiksaatioista syytä irtaantua. Eritahaisen kehityksen syyt ovat ilmeiset. Yhtiöoikeudessa unioni on ollut sekä aloitteentekijä että muutoksen moottori. Insolvenssioikeus taas on tästä "eurooppalaisesta" vaikutuksesta lähes täysin vapaa. Unionilla ei lähtökohtaisesti ole tällä oikeudenalalla mitään toimivaltaa. Näin ollen oikeuskehitys on ollut, jos sitä ylipäättään tapahtuu insolvenssioikeudessa, kansallista ja omaleimaista. Tosin on pakko sanoa, että pohjoismaiset oikeuskulttuurit eivät kaiken kaikkiaan ole olleet insolvenssioikeudessa kehityksen vatureita. Pikemminkin ne ovat edustaneet perinteistä ja tässä suhteessa pidättyväiseksi määriteltyä linjaa.

Yksi seuraus tästä varovaisuudesta on ollut, että konserniyhteyden ei ole katsottu tuovan mukanaan erityisempää tutkimuksen tarvetta, kun kysymys on konkurssioikeudesta. Konsernikonkurssien muodostamaa ongelmaa ei esimerkiksi mainita vuonna 1999 laaditussa konkurssioikeudellisessa tutkimusohjelmassa, joka sijoittuu antologiaan "Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi". Sen sijaan ohjelma kylläkin tuo esiin yritysten halun ulkoistaa jokainen erillinen toimintonsa omaan yhtiöönsä (mikä kasvattaa konserniyhtiöiden määrää) ja taipumuksen herkästi lopettaa kannattamattomat tytäryhtiöt (mikä taas ainakin osaksi lisää konsernikonkursseja).⁹

1.1.2 KOHTI KONSERNIEN KONKURSSIOIKEUTTA?

Monissa Keski-Euroopan maissa suhtautuminen konsernikonkursseihin on ollut ennakkoluulottomampaa ja ehkä rohkeampaaakin. Näissä maissa, tyyppiesimerkkinä Saksa, yksinapaisen - eli yhtä konkurssia tarkastelevan ja yritysten väliset kosketuspinnat sivuuttavan - konkurssioikeuden rinnalle on noussut uusi insolvenssioikeuden osa-alue, joka keskittyy moninapaisen konkurssien erityisiin pulmiin. Tästä uudesta osa-alueesta käytetään muun muassa nimityksiä "konserniin insolvenssioikeus" tai kömpelömmiin "kon-

Ks. Nikkilä 2006 s. 6.

9. Gratzner-Sjögren 1999 s. 391. Selitys voi olla ohjelman taloustieteellisessä painotuksessa, mikä johtaa erilaiseen tärkeysjärjestykseen kuin esimerkiksi oikeustieteellinen painotus. Kiistatonta tietenkin on, että tieteellinen tiedonintressi ei kytkeydy siihen, mikä on jonkun ongelman "käytännön" merkitys.

serni-insolvenssioikeus”. On myönnettävä, että tällaiset nimet eivät ole onnistuneita. Ne esimerkiksi antavat tutkimuskohteesta liian suppean kuvan. Tällä osa-alueella harjoitettu tutkimus kun ei rajoitu yhtiöoikeuden tarkoitamiin konserneihin, vaan se ottaa huomioon muut yritysten muodostamat kokonaisuudet, esimerkiksi yritysryhmät, joissa yritysten väliset yhteydet ovat vähemmän kiinteät.¹⁰ Tässä tutkimuksessa puhutaan kuitenkin konsernien insolvenssioikeudesta (insolvenssioikeuden) yhtenä osa-alueena. Tällä osa-alueella tehtävä tutkimus kattaa niiden tyyppiin katsomatta kaikki kollektiiviset insolvenssimenettelyt, joiden kohteeksi joutuu konserniin tai konsernin kaltaiseen yhteenliittymään kuuluva yritys. Jos tarkasteltavaksi otetaan pelkästään likvidaatiokonkurssi, on paikallaan puhua konsernien konkurssioikeudesta. Tällainen oikeussystemaattinen paikannus ei tietenkään vielä riitä, vaan konserneihin kohdistuva tutkimus vaatii tarkempia käsitteitä. Niitä esitellään jäljempänä jaksossa 1.3.

Kannattaa huomata, että insolvenssioikeus ei muodosta tässä suhteessa erityistapausta. Vastaavaa erikoistumista tai toisesta näkökulmasta tutkimuksen fragmentoitumista on havaittavissa monilla muillakin oikeudenaloilla. Tällaisia vastineita muilla oikeudenaloilla ovat muun muassa konserniyhtiöoikeus ja konsernityöoikeus. Oma, osaksi tutkimuspoliittinen, osaksi tieteellinen kysymyksensä toki on, kootaanko nämä erikoistuneet lohkot yhteen. Saksan oikeudessa näin on tehty: erityisalat kootaan konsernioikeuden (Konzernrecht) nimikkeen alle yhdeksi oikeudenalaksi. Konsernioikeuden tutkimuskohteeksi määritellään konsernin sisäiset ja ulkoiset oikeussuhteet.¹¹ Tällainen yhdistäminen helpottaa vaikutteiden siirtymistä erityisalalta toiselle. Selvää tietenkin on, että konkreettinen kysymyksenasettelu on tavallisesti erityisalaansa sitoutunutta ja näin vaikeasti hyödynnettävää muissa yhteyksissä. Sen sijaan käsitteiden kehittyminen, teoreettiset kehikot ja argumentaatiolinjat ovat tässä suhteessa lupaavampia, koska ne ylittävät oikeudenalansa rajat.

Makuasiaksi tai oikeammin määritelmäasiaksi jää, milloin tällaisen yhdistämisen jälkeen on oikeutettua puhua omasta oikeudenalasta, milloin

10. Yritysryhmää käsitteenä ja taloudellisena toimijana tarkastellaan lähemmin jaksossa 2.6.

11. Hansen 1996 s. 24 ja 35. Konsernioikeutta itsenäisenä tieteenalana ei häneen mukaansa voi syntyä niin sanotuissa klassisen konsernioikeuden maissa. Näissä maissa pidetään kiinni siitä, että konserniyhtiöt ovat erillisiä oikeussubjekteja. Tässä suhteessa Suomikin on luokiteltavissa klassisen konsernioikeuden maaksi. Jos lähtökohta oikeusjärjestelmässä on tällainen, konsernioikeus voi Hansenin käyttämän kielikuvan mukaan viettää vain ”varjoelämää”. Itsenäisyyttä ajatellen havainto voi olla oikea, mutta ”varjoelämästä” vähättelevässä mielessä ei ainakaan insolvenssioikeuden kaltaisilla erityisalueilla ole kohtuullista puhua.

taas kysymys on kysymys pelkästään tutkimussuuntauksesta tai esitysteknisestä kokonaisuudesta. Jotta oikeudenala saavuttaa oikeudenalan statuksen, sille on luotava identifioivat yleiset opit. On kuitenkin ilmeistä, että konsernien insolvenssioikeus joutuu tukeutumaan paljolti ”tavallisen” insolvenssioikeuden yleisiin oppeihin. Näin ollen saatetaan kohtalaisella oikeutuksella väittää, että konsernien insolvenssioikeuden luokittelu omaksi oikeudenalakseen on tässä kehitysvaiheessa ennenaikaista. Tehtävä tutkimus on lähinnä uusi ja entistä avarampi näkökulma yritysten maksukyvyttömyyteen. Kiintoisaa kylläkin tämä konsernien insolvenssioikeus (tällaisen tutkimuksen olemassaolosta sinänsä kaikki lienevät samaa mieltä) on sekin saanut oman erityisalueensa, eli kansainvälisiin konsernisuhteisiin erikoistuneen insolvenssioikeudellisen tutkimuksen. Tämä eräänlainen erityisalan erityisala näyttää paradoksaalisesti kukoistavan myös siellä, missä konsernioikeutta tai konsernien insolvenssioikeutta omana oikeudenalanaan ei tunneta. Tämän insolvenssioikeuden erityisalan erityisalan tutkimuskohteena ovat eri maissa toimivien yritysten ryhmät, jotka tunnetaan parhaiten akronyymillä MEG -yritykset (multinational enterprise groups). Nimenomaan yritysryhmistä puhutaan tässä yhteydessä, koska sellaista muodollista konsernirakennetta, jota kansallinen laki sääntelisi, ei välttämättä muodostu. Siitä huolimatta monikansallisen yritysryhmän yritysten välillä voi vallita samantyyppinen hierarkkinen pyramidisuhde, mikä on konserneille ominaista.¹²

Voidaan kysyä, mitä hyötyä muiden oikeudenalojen konsernitutkimus antaa insolvenssioikeudelliselle konsernitutkimukselle. Yksi vastaus on ennalta tiedossa: muiden oikeudenalojen konsernitutkimus antaa kokemustietoa siitä, mitä vaikeuksia tällainen tutkimus yleensä kohtaa. On todennäköistä, että vastaavia kokemuksia saadaan myös insolvenssioikeudellisessa konsernitutkimuksessa. Yleinen havainto muilla oikeudenaloilla on ollut, että konsernitilanteet ovat tavallisesti hyvin niukalti säädeltyjä. Tästä seuraa, että konsernitutkimuksessa päädytään tavallisimmin tulkitsemaan sellaisia säännöksiä, jotka on laadittu ajattelematta sen kummemmin konsernin muodostamaa kontekstia.¹³ Jo tässä vaiheessa on selvää, että tämä pitää erimerkiksi konkurssilain ja yrityssaneerauslain näkökulmasta paikkansa. Sen sijaan yhtä selvää ei ole, kannattaako hyväksyä tutkimukselliseksi *credoksi* työoikeudesta peräisin olevaa teesiä. Teesi lähtee siitä, että ”konsernispesifit” ongelmat on ratkaistava lähtemällä kyseisen oikeudenalan yleisistä oikeus-

12. Ks. esim. Mevorach 2009 s. 10 ja 126.

13. Tämän on katsottu näkyvän erityisesti yhtiöoikeudellisessa konsernitutkimuksessa. Ks. Mevorach 2009 s. 33.

periaatteista.¹⁴ Pikemminkin näyttää siltä, ettei näin saa tehdä. On otettava huomioon se mahdollisuus, että konsernikonteksti joko syrjäyttää yleiset periaatteet tai ainakin muuttaa niiden sovellutuksia.

1.2 TUTKIMUSTEHTÄVÄ

1.2.1 OSATEEMAT (I) JA (II): KONKURSSIIN ASETTAMINEN JA TAKAISINSAANTI

Konsernien insolvenssioikeuden erikoisuuksiin kuuluu konkreettisen kysymyksenasettelun vaivattomuus. On epätavallisen helppoa asettaa ne kysymykset, joihin liittyy ilmeinen oikeudellinen tiedonintressi. Sen sijaan on paljon vaikeampaa sanoa, miten näitä kysymyksiä tulisi lähestyä. Tutkimus tällä alueella on toistaiseksi niin alussa, että vakiintunutta viitekehystä tai toimiviksi havaittuja tutkimusmenetelmiä ei pystytty ottamaan tutkimuksen pohjaksi. Nämä konkretisoidut osateemat joka tapauksessa ova: konserniyhtiön asettaminen konkurssiin, takaisinsaanti tai laajemmin ennallistaminen konserniyhtiön konkurssissa, konserniyhtiöiden keskinäiset omistus- ja velkasuhteet sekä pesänselvitys kahden tai useamman, samaan konserniin kuuluvan yhtiön konkurssissa. Osateemat ovat osaksi päällekkäisiä, osaksi ne ovat, kylläkin eri nimellä tai eri yhteydessä, olleet aikaisemminkin kotimaisessa tutkimuksessa esillä, osaksi ne taas ovat ennen tuntemattomia.

Jos näille osateemoille haetaan yhteistä nimittäjää, se saadaan vähällä hakemisella yhtiöoikeuden konsernitutkimuksesta. Kaikissa osateemoissa nimittäin on viime kädessä kysymys konsernin ulkopuolisten eli osuvan joskin suomeksi huonosti kääntyvän sanonnan mukaan ”konsernille vieraiden” intressitahojen suojasta.¹⁵ Nämä vieraat tahot eivät saa hyötyä konserniin kuulumisesta, mutta ne kärsivät siitä vinoutumasta taloudellisessa päätöksenteossa ja liikkeenjohdossa, minkä konserniyhteys tuo mukanaan. Näitä tahoja ovat tyypillisesti konsernin tytäryhtiöiden velkojat ja vähemmistöosakkaat.¹⁶ Jos tämä lähtökohta hyväksytään, insolvenssioikeuden tutkimuksen on keskityttävä tytäryhtiöiden konkurssisiin; sen on erityisesti

14. Teesi on konsernien työoikeutta koskevasta yleisesityksestä. Ks. Nielsen 1991 passim.

15. Näin Hansen 1996 s. 26. Alkuperäinen ilmaus on ”koncernfremmede interessegrupper”.

16. Kiintoisaa kylläkin uudessa kotimaisessa tutkimuksessa huomio on kiinnitetty emoyhtiön osakkaiden asemaan heidän yhtiönsä muuttuessa konsernin emoyhtiöksi. Sen sijaan tytäryhtiön osakkeenomistajien asemaa ei ryhdytä selvittämään, koska sitä on jo muutoinkin tutkittu pohjoismaissa runsaasti. Ks. Nikkilä 2006 s. 6. Tällainen tutkimustehtävä nostaa luonnollisesti keskiöön ne rajoitukset, joita emoyhtiön hallituksen ”konserninmuodostusvallalla” on.

tarkasteltava, saavatko tytäryhtiöiden velkojat riittävää suojaa emoyhtiön harjoittamaa ohjailua - eli konsernihallintoa - vastaan. Havaitaan, että yhtiö-oikeudellisesta tutkimuksesta poiketen tytäryhtiön vähemmistöosakkaiden suoja jää insolvenssioikeuden skenaariossa de facto kokonaan sivuun. Sen sijaan vähemmistöosakkaiden suoja painottuu vahvasti yhtiöoikeuden konsernitutkimuksessa.¹⁷ Siellä vaaraksi on pikemminkin nähty, että konsernissa vähemmistö-osakkeenomistajat saattavat saada eräänlaisen veto-oikeuden, vaikka kysymyksessä on liiketaloudellisesti perusteltu toimenpide.¹⁸

Osateemassa (i) kysymme, miten konserniyhteys vaikuttaa konkurssin edellytyksiin ja esteisiin. Vaikka etualalle nousee yksittäisen konserniyhtiön maksukyvyn arviointi, tavanomainen kysymyksenasettelu toistuu lähes sellaisenaan: mitä vaatimuksia asetetaan hakijasaatavalle, missä määrin maksukyvttömyyden indiisiot ylittävät yhtiörajat, miten tulkitaan konkurssin yleistä esteperustetta tai milloin toisen konserniyhtiön asettama vakuus katsotaan turvaavaksi ja näin konkurssin estäväksi? Taustana on oletamus, että konserniin kuuluvan yhtiön taloudellista tilaa ei voi arvioida pelkästään tuijottamalla sen omiin varoihin ja velkoihin. Muilta konserniyhtiöiltä luvassa oleva tuki tai päinvastoin konsernista seuraava rasitus vaikuttaa siihen, kykeneekö konserniyhteys maksamaan velkansa niiden erääntyessä, mitä laki edellyttää. Konsernin taloudellinen kokonaistilanne heijastuu toisin sanoen yksittäisen konserniyhtiön maksukykyyn. Huono kokonaistilanne heikentää, hyvä kokonaistilanne parantaa yksittäisen konserniyhtiön maksukykyä. Myös yhtiön paikka konsernirakenteessa on otettava huomioon. Kokemusperäisesti tiedetään, että konsernin emoyhtiö kykenee mobilisoimaan koko konsernin taloudelliset voimavarat taakseen. Myös tytäryhtiöt voivat laskea, että ne saavat kriittisissä tilanteissa jonkinlaista tukea joko emoyhtiöltä tai muilta tytäryhtiöiltä. Tässä näkyy ero yksin toimivaan yritykseen nähden, joka on oman kannattavuutensa ja markkinoilta saatavan rahoituksen varassa. Tästä syystä konserniyhteys vaikuttaa enemmän tai vähemmän suoraan konkurssin materiaalliseen edellytykseen, maksukyvttömyyteen.

Maksukyvttömyys liittyy niin sanottuihin konkurssi-indiisioihin ja niiden kumoutumiseen. Tästä syystä sitäkin mahdollisuutta, että konserniyhteys heijastuu myös indiisioihin ja todistustaakan jakaantumiseen, ei voida suoralta kädeltä torjua. Esimerkiksi: konsernin emoyhtiö A on lakkauttanut maksunsa. Kun konkurssiin haetaan sen tytäryhtiötä B, onko konkurssi-in-

17. Ks. esim. Mähönen-Villa 2006 s. 124. Heidän mukaansa vähemmistöosakkaita ei saa perusteettomasti syrjiä emoyhtiön edun kustannuksella.

18. Pönkä 2012 s. 339.

diisio sellaisenaan sovellettavissa myös tytäryhtiöön? Jos vastaus on myönteinen, tytäryhtiön maksukyvyttömyys ei kaipa todistelua. Jos taas vastaamme kieltävästi, joudumme vähintäänkin ottamaan kantaa siihen, muuttaako emoyhtiön käyttäytyminen todistustaakan normaalia jakoa tai säilyykö maksukyvyttömyyden näyttökynnys tässäkin tapauksessa tavanomaisen korkealla.¹⁹ Konserniyhteys tuntuu myös luovan tarpeen arvioida erikseen hakija-saatavalle asetettavia selvyysvaatimuksia sekä konkurssin esteitä.

Osateeman (i) tutkimusta ei tarvitse aloittaa tyhjältä pöydältä. Konsernin nostaminen omaksi soveltamistilanteekseen ei nimittäin ole uutta. Päinvastoin konserniyhteys eli konserniin kuuluminen on ollut esillä yrityksen saneerauksessa. Yhteyden on oletettu tavalla tai toisella vaikuttavan lakisääteisen saneerausmenettelyn aloittamisen edellytyksiin. Tällöin on muun muassa kysytty, miten yrityksen jatkamiskelpoisuuteen (mikä on toinen saneerausmenettelyn aloittamisen edellytyksistä) vaikuttaa se, että saneerattava yritys on konsernin osa.²⁰ Perimmältään sama kysymys kertaantuu myös konkurssin tarjoamassa kontekstissa. Saneeraustutkimuksessa on päädytty myös vastauksiin, jotka vaikuttavat suuntaa-antavilta myös konkurssia ajatellen. On ensiksikin katsottu, että konserniin kuuluminen eli konserni -ominaisuus on otettava saneerauksen aloittamisharkinnassa huomioon. Sitä ei siis saa sivuuttaa ”asiaan kuulumattomana”. Toiseksi on päädytty siihen, että konserniyhtiön liiketoiminnan jatkamiskelpoisuus riippuu pääsääntöisesti konsernikokonaisuuden jatkamiskelpoisuudesta. Yksittäinen konserniyritys ei lähtökohtaisesti ole elinkelpoinen. Vaikka nämä havainnot koskevat toista insolvenssimenettelyä, ne antavat aiheen olettaa, että konserniin kuuluminen luultavasti heijastuu myös konkurssin aloittamisen edellytyksiin.

Osateema (ii), takaisinsaanti konsernissa, on sekin tuttu aikaisemmasta tutkimuksesta. Se on ollut osateemoista näkyvin tai ainakin eniten esillä oikeuskäytännössä, jossain määrin myös kirjallisuudessa. Asia erikseen on, että konserniyhteyteen on otettu kantaa tavallisesti vain ohimennen. Yleisellä tasolla osateema (ii) pelkistyy peruskysymykseksi, miten konsernirakenne eli taloudellinen yhteys konkurssiyrityksen ja muun yrityksen (eli käytännössä takaisinsaantivastaaajan) kanssa muuttaa takaisinsaantiperusteiden tulkintaa. Teoreettisia vaihtoehtoja on kolme: mikään ei muutu normaalitulkintaan verrattuna, takaisinsaannin käyttöala laajenee tai takaisinsaannin mahdollisuudet ovat normaalia suppeammat. Oma, tavallaan ennakollinen ongelmansa

19. Elleivät konkurssi-indiisiot ole käytettävissä, näyttökynnys on notorisen korkea. Etenkin velkoja kohtaa suuria ellei voittamattomia vaikeuksia. Ks. lähemmin Koulu 2009 s. 70.

20. Koulu 1994 s. 131.

on tai oikeammin olisi selvittää, milloin yritysten välillä vallitsee läheisyys-suhde. Tässä tutkimuksessa tämä sinänsä merkittävä kysymysryhmä ei pää-se aktualisoitumaan. Tämä johtuu siitä, että tutkimuksen lähtökohdaksi on otettu osakeyhtiöiden välinen konsernisuhde. Konsernisuhteen on tällöin katsottu luovan osakeyhtiöiden välille poikkeuksetta konkurssioikeudellisen läheisyyden.²¹ Koska läheisyys laajentaa takaisinsaannin edellytyksiä, voidaan sanoa, että konserniyhtiöt ovat keskinäisissä suhteissaan automaattisesti alttiimpia takaisinsaannille kuin itsenäiset yhtiöt.

Pääongelmaksi osateemassa (ii) muodostuu tässä tutkimuksessa vastikkeellisuusongelmaksi nimetty kysymyskokonaisuus. Se havainnollistuu ehkä selvimmin ratkaisussa KKO 2004:115²²: ratkaisuun palataan jäljempänä useissa yhteyksissä.²³ Vastikkeellisuuden merkitys juontuu siitä, että pohjoismaiset ja monet muutkin konkurssilait tekevät eron vastikkeellisten ja lahjanluonteisten varallisuudensiirtojen välillä. Jälkimmäiset ovat peräytettävissä kauemmin, laajemmin ja helpommin kuin ensimmäiset. Tästä syystä joudutaan kysymään, miten konserniin kuulumisen hyöty eli niin sanottu konserni-intressi (johon siihenkin palataan jäljempänä) sijoittaa oikeustoimen velallisen tekemän oikeustoimen tässä kahtiajaossa. Pelkistetysti: voivatko konsernista johtuvat edut olla vastiketta takaisinsaannin kannalta? Mainitussa ratkaisussa tämä periaatteessa myönnettiin (perustelujen 9-k), joskaan velallisyhtiön hyötymistä ei kyetty todistamaan. Kysymys vastikkeellisuudesta on paljolti päällekkäinen niin sanotun vahingollisuusedellytyksen kanssa. Varallisuudensiirto on periaatteessa palautettavissa ainoastaan, kun se on tuonut vahinkoa velkojille. Tässä suhteessa etenkin emoyhtiön konserniavustukset tytäryhtiölle tuottavat soveltamisvaikeuksia.

Koska emoyhtiö tavallisesti omistaa tytäryhtiön osakkeita, varallisuuden-

21. Tuominen 1997 s. 54. Selvyiden vuoksi mainittakoon, että yhtiöoikeudellinen konsernisuhde ei ole sen enempää välttämätön kuin tarpeellinen edellytys sille, että konkurssilain läheisyysääntely tulee sovellettavaksi. Näin Huser 1992 s. 115.

22. Ratkaisun epäinformatiivinen otsikko kuuluu seuraavasti: Emoyhtiö oli antanut lähes kokonaan omistamalleen tytäryhtiölle tämän rahoitustarpeen tyydyttämistä varten konserniavustuksen. Emoyhtiön osalta aloitettiin saneerausmenettely ja tytäryhtiö asetettiin konkurssiin. Kysymys siitä, voitiinko konserniavustus katsoa lahjaksi ja peräyttää emoyhtiön yrityssaneeraukseen.

23. Itse ongelma hahmotettiin jo aikaisemmin. Pulkkinen pohti vuonna 1993 ilmestyneessä artikkelissaan konsernivakuuden - eli yhden konserniyhtiön toisen konserniyhtiön velasta antaman vakuuden - peräyttämistä. Tällainen vakuus ei, jos se oli ollut luoton ehtona, välttämättä ollut lahjanluonteinen, koska huomioon oli otettava konserni ja sen vakuudenantajalle tuottamat edut. Ks. Pulkkinen 1993 s. 1176. Hieman vaikeaselkoisesta esityksestä on luettu, että vastikkeen saamiselle ei saa asettaa "kovin korkeita vaatimuksia", mitä sen yksilöintiin tulee.. Ks. lähemmin Tuomisto 2012 s. 545.

siirrot emoyhtiöstä tytäryhtiöön lisäävät omistettujen tytäryhtiön osakkeiden arvoa. Näin tytäryhtiön osakkeiden arvonnousu kompensoi - näin pystytään melkoisella uskottavuudella väittämään - reaalisen varallisuudensiirron menetykset. Ratkaisussa KKO 2004:69 konserniyhteyden vaikutus vahingollisuusharkintaan periaatteessa tunnustettiin, joskin tässäkin takaisinsaantikanne sinänsä hyväksyttiin. Arvonnousu tai ainakin sen pysyvyys nimittäin jäi näyttämättä.²⁴ Kannattaa panna merille, että logiikka muuttuu, jos tai kun varallisuus kulkee vastakkaiseen suuntaan eli tytäryhtiöstä emoyhtiön varallisuuspieriin. Koska tytäryhtiö ei tavallisesti omista emoyhtiön osakkeita, arvonnoususta koostuvaa "vastiketta" ei synny eikä mahdollinen arvonnousu pysty kompensoimaan tytäryhtiön velkojen kärsimää vahinkoa. Tästä seuraa, että kyseinen varallisuudensiirto putoaa tai ainakin näyttää väistämättä putoavan lahjanluonteisten eli vastikkeettomien luovutusten joukkoon. Aivan kiistatonta tämä päättely ei ole. Kun emoyhtiön varallisuusasema paranee, se kykenee jatkossa tukemaan tytäryhtiötä aikaisempaa tehokkaammin tai vähintäänkin tarjoamaan jatkossakin konsernietuja. Osuvasti on sanottu, että emoyhtiön menestys on myös tytäryhtiön menestystä.

Osateeman (ii) lähtökohtien tarkastelu antaa vaikutelman ajattelun murroksesta. Pohjoismaissa on nimittäin vakiintuneesti katsottu, että konserni-intressistä saadut edut eivät poista varallisuudensiirron primääriä vastikkeettomuutta eivätkä kompensoi velkojille aiheutunutta vahinkoa.²⁵ Vuoden 2004 ratkaisujen valossa näyttää kuitenkin siltä, että ajattelu on muuttumassa vähemmän formaaliseksi eli taloudelliset realiteetit tunnustaviksi. Kaikkia konsernin sisäisiä varallisuudensiirtoja ei voi leimata suoralta kädeltä lahjanluonteisiksi ja velkoja vahingoittaviksi - ja välttyä näin niiden luonteen ja taloudellisen vaikutuksen tarkemmalta analysoinnilta.

Takaisinsaantitutkimuksessa on keskitytty kahteen konsernikonkurssille tyypilliseen varallisuudensiirtoon, konsernilainoihin ja konserniavustuksiin. Se on tavallaan perusteltuakin. Nämä tyypitilanteet nimittäin nostavat kärjistyneinä esiin edellä mainitut vastikkeellisuuden ja vahingollisuuden ongelmat.²⁶ Ei saa kuitenkaan unohtaa, että konserneissa esiintyy muitakin

24. Ratkaisun KKO 2004:69 selostus on sekin harvinaisen epäinformatiivinen: "Kysymys vahinkoedellytyksen arvioinnista konserniyhtiöiden välisessä takaisinsaantia konkurssipesään koskevassa asiassa..

25. Ks. esim. Munch 1997 s. 436.

26. Muun muassa konkurssiavustukset sijoitetaan suoralta kädeltä vastikkeettomiin ja vahingollisiin varallisuudensiirtoihin. "Taloudelliselta luonteeltaan konserniavustus on vastikkeetonta varojen jakoa. Tämän vuoksi avustus vaikuttaa sekä velkojen että vähemmistöosakkeenomistajien oikeuksiin." Näin Immonen 1994 s. 41. Vrt. Wikström 1987 s. 163.

vain niille ominaisia varallisuuden siirtämisen muotoja. Näistä epätyypillisistä siirroista eniten huomiota ovat saaneet tarkoituksellinen ali- tai ylihinnoittelu konsernin sisällä. Tällaista hinnoittelua kutsutaan kaunistellen “siirtohinnoitteluksi”.²⁷ Konsernirakenne avaa lukuisia mahdollisuuksia viinoutuneeseen hinnoitteluun. Kun konsernin yhtiöt käyvät kauppaa keskenään, konsernijohto määrää tai ainakin voi määrätä sisäisten liiketoimien hinnat täysin riippumatta siitä, mikä suoritteiden käypä hinta olisi ollut tai mitkä niiden tuotantokustannukset de facto ovat olleet. Siirtohinnoittelua sovelletaan esimerkiksi tuotteiden ja raaka-aineiden kauppaan, lisenssikorvauksiin sekä konserniyhtiöiden keskinäiseen luotonantoon. Siirtohinnoittelu on perinteisesti nähty verotuksen ongelmaksi. Tosin on aavistuksen kyynisesti sanottu, että siirtohinnoitteluun on verotuksessa puututtu tosiasiallisesti vasta, kun sen avulla verotettavaa tuloa siirrettiin ulkomaille eli verottajan ulottumattomiin.²⁸

Taloudellisesti väärä hinnoittelu perustuu enimmäkseen verotuksen minimointiin, joten sen tarkoituksena ei välttämättä ole varallisuuden siirtäminen velkojien ulottumattomiin. Yleensä se ei voi onnistuakaan, koska konkurssi kohtaa yleensä kaikkia konserniin kuuluvia yhtiöitä. Varallisuudensiirrot, tehtiin ne missä muodossa tahansa, vaikuttavat vain siihen, miten konserniyhtiöiden varallisuuspiirit määräytyvät ja millaisia jako-osuuksia eri yhtiöiden velkojat saavat. Tutkimuksessa väärä hinnoittelu palautetaan tavallisesti lahjanluontoisia luovutuksia (TakSL 6 §) koskevan takaisinsaantiperusteen tulkintaan.²⁹ Tällöin siitä jää jäljelle vain näyttöongelma, onko ali- tai ylihinnoittelua suhteessa “oikeaan” hintatasoon tapahtunut. Samalla ohitetaan edellä viitattu perusongelma: missä määrin konserni-intressi oikeuttaa ali- tai ylihinnoitteluun? Tosin myös helppoa soveltuvuutta hakevan tulkinnan pulmaksi joka tapauksessa jää “oikean” hintatason määrittely. Mitä erikoistuneempaa konserniyhtiöiden toiminta on ollut, sitä vaikeampaa on löytää sellaista yleistä hintatasoa suoritteille, jota voitaisiin käyttää ali- tai ylihinnoittelun osoittamiseen. Konserniluottojen ylihinnoittelu - eli ylikorko

27. Oikeuskäytännössä onkin tapauksia, joissa konserniyhtiön toiselle konserniyhtiölle antama “alennus” on peräytetty. Ks. lähemmin Tuomisto 2012 s. 540. Alihinnoittelu ilmenee kirjanpidosta juuri alennuksina, ostohyvityksinä tai vastaavina, joten se paljastuu. Sen sijaan ylihinnoittelu ei jätä kirjanpitoon jälkiä: yritys maksaa mitä maksaa. Ohimennen todettakoon, että konsernin sisäisen siirtohinnoittelun oikeellisuus - tarkemmin sanottuna sen dokumentointi - on painoalue niissä verotarkastuksissa, joita Konserniverokeskus tekee. Ks. verotarkastus Konserniverokeskuksessa (17.12.2012).

28. Immonen-Ossa-Villa 2011 s. 263.

29. Kotilainen 1992 s. 42.

- pystytään kylläkin osoittamaan yleisen korkotason avulla. Sen sijaan lisensikorvaukset esimerkiksi tavaramerkeistä tai patenteista ovat ainutkertaisia ja siitä syystä käytännössä varsin immuuneja takaisinsaannille.

1.2.2 OSATEEMAT (III) JA (IV): KONKURSSIN OMAISUUS- JA VELKASELVITTELY SEKÄ KONKURSSIPESIEIEN HALLINTO

Ostateeman (iii) aihepiiristä esillä aikaisemmassa tutkimuksessa ovat olleet etenkin velkasuhteet, kun taas omistussuhteet ovat jääneet huomattavasti vähemmälle huomiolle. Mitä tulee konserniyhtiöiden velkasuhteisiin, osateeman aihepiiri on ollut tapana jakaa kahteen soveltamistilanteeseen. Niistä ensimmäisessä tarkasteluun otettu yksittäinen konserniyhtiö on velallisena, toisessa puolestaan velkojana.³⁰ Ensimmäistä tutkimusasetelmaa eli konserniyhtiötä velallisena lähestytään suoraksi vastuun samastukseksi kutsutun konstruktion kautta. Tällaisen samastuksen tyyppitilanteessa ulkopuolinen velkoja on saamassa maksun sellaiselta konserniyhtiöltä, joka on maksukyvytön tai ainakin vähävarainen. Kysymme, voiko velkoja joissakin olosuhteissa saada maksun myös joltain muulta samaan konserniin kuuluvalla yhtiöltä. Esimerkiksi: ulkopuolisen velkojan vaatimus perustuu vahingonkorvaukseen, tyyppillisesti tuote- tai ympäristövastuuseen. Velkoja vaatii aluksi maksua konsernin tytäryhtiöltä, joka on oikea velallinen. Tytäryhtiö on kuitenkin maksukyvytön, joten velkoja perää maksua emoyhtiöltä. Jos emoyhtiökin on konkurssissa, siihen kohdistuva maksuvaatimus tulee esitettyksi konkurssivalvonnan muodossa. Jos valvonta hyväksytään, suora vastuun samastus toteutuu konkurssissa.

Esimerkistä havaitaan, että syntyvä kysymyksenasettelu on asiallisesti samastuksen aineellisoikeudellisen ja samalla yleisen problematiikan konkurssispesifinen sovellutus. Tästä seuraa, että kysymyksenasettelu ei vaikuta kovin mielenkiintoiselta. Konkurssikonteksti tuntuu paitsi sattumanvaraiselta myös lopputuloksen kannalta suorastaan yhdentekevältä. On vaikea

30. Leppänen 1991 s. 292. Samastus on tietenkin yleisempi ilmiö kuin tässä tutkimuksessa käsitelty konsernitilanne. Konsernisuhde on kuitenkin kirjallisuudessa vakioesimerkki tilanteista, joissa samastamista harkitaan. Konsernikokonaisuus ei kuitenkaan tunnu olevan yhtä altis samastukselle kuin esimerkiksi yhdenyhtiössä yhtiön ja sen omistajan asetelma. Ratkaisu KKO 2013:16 nostaa esiin tavallaan kolmannen ulottuvuuden eli konserniyhteyden vaikutuksen konkurssin velkaselvittelyssä. Tämä asiakokonaisuus jätetään kuitenkin tarkastelun ulkopuolelle. Ratkaisusta KKO 2013:16 ei, sen lopputuloksesta huolimatta, kuitenkaan voitane tehdä johtopäätöstä, että konserniyhteydellä ei ylipäätään olisi merkitystä KonKL 12 ja 13 lukujen tulkinnassa.

uskoa, että konkurssitila toisi jotain uutta perimmältään puhtaaseen velvorteoikeudelliseen arviointiin. Konkurssihan, oli se tytäryhtiön tai emoyhtiön, ei periaatteessa voi sen enempää vähentää kuin laajentaakaan primääriä velkavastuuta.³¹ De facto asia voi toki olla toisin, sillä tytäryhtiöiden käyttämistä konsernin riskinhallinnassa suositellaan. Muun muassa esimerkissä mainitut vakavan tuotevastuuriskin sisältävät toiminnot kannattaa siirtää sitä varten perustettavaan yhtiöön, missä ei ole “mitään kiellettyä”.³² Samastuksen tuomaa vaaraa ei tässä yhteydessä pidetä edes maininnan arvoisena.

Epäsuorassa vastuun samastuksessa yksi konserniyhtiö vaatii maksua toiselta konserniyhtiöltä. Konsernissahan on tavallista, että sen yhtiöt ovat velkasuhteissa keskenään. Joku yhtiö on velkaa, toinen on taas saamassa suorituksen. Jos epäsuora samastus hyväksytään, velkojayhtiön maksuvaatimus - esimerkiksi valvonta velallisenä olevan konserniyhtiön konkurssissa - hylätään. Hylkäämisen perusteena on, että maksua vaativa yhtiö ei ole oma ja erillinen velkojasubjekti vaan velkoja ja velallinen muodostavat yhden ja saman oikeussubjektin. Kukaan ei nimittäin “voi olla oman itsensä velkoja ja velallinen”.³³ Suora ja epäsuora vastuu samastus ovat näin varsin kaukana toisistaan. Suora vastuun samastus on valvonnan (tai muun vaatimuksen) hyväksymistä lähtökohtaisesti väärään velkojaan kohdistettuna, epäsuora samastus taas merkitsee vaatimuksen hylkäämistä, vaikka se kohdistetaankin sinänsä oikeaan velalliseen. Samastuksen vaikutus vaihtelee, vaikka molemmat samastuksen perustyytit lähtökohtaisesti suosivat jotain velkojaa. Suora samastus koituu nimensä mukaisesti suoraan tai välittömästi sen velkojan hyväksi, jonka kohdalla samastetaan. Epäsuora samastus taas hyödyttää epäsuorasti tai välillisesti muita velkojia, sillä samastuksen uhriksi joutunut velkoja putoaa pois siitä kilpailusta, jota velkojat käyvät maksusta.³⁴

Epäsuoran samastuksen kysymyksenasettelu ei myöskään vaikuta järin lupaavalta tämän tutkimuksen lähtökohdat muistaen. Ensiksikin sen asialli-

31. On myönnettävä, että samastustutkimuksessa on annettu merkitystä sille, missä määrin emoyhtiö on huolehtinut tytäryhtiönsä maksukykyistä. Jos emoyhtiö on tarkoituksella taloustieteellisen jargonin mukaan alikapitalisoinut riskialtista toimintaa harjoittavaa tytäryhtiötä, se laskee samastuskynnystä. Eri asia, että tällaista tietoista tarkoitusta on äärimmäisen vaikea osoittaa. Monet samastustulkinnat, tämä mukaan luettuna, kärsivätkin siitä, että niitä on käytännössä mahdotonta toteuttaa. Samastuksen edellytyksiin palataan luvussa 3 ja materiaalisena ilmiönä uudelleen luvussa 6.

32. Hemmo 2002 s. 50.

33. Näin Leppänen 1991 s. 310.

34. Ankaran loogisesti epäsuoraa samastusta ei pitäisi lainkaan kutsua vastuun samastamiseksi. Epäsuorassa samastamisessahan velkoja ja velallinen erillisinä oikeussubjekteina katoavat. Itse asiaa eli samastustyyppien erottamisen mielekkyyttä tällainen kielenkäytön tarkennus ei tietenkään muuta.

set edellytykset ovat vielä tiukemmat kuin suoran samastuksen, joten se jää ääritilanteiden sovellukseksi. Esimerkiksi ratkaisu KKO 1997:17 kuvastaa huomattavan kielteistä asennetta epäsuoraan samastamiseen. Tällaista samastamista ei tapauksessa hyväksytty, koska tytäryhtiöllä oli vähemmistöosakkaita. Kirjallisuudessa on tosin pohdittu sitä, missä määrin ratkaisu on ollut aito linjanmuutos, missä määrin taas lopputulos selittyy yksittäistapauksen olosuhteilla.³⁵ Itse asiaan, epäsuoran samastuksen kapeaan käyttöalaaan, tämä pohdiskelu ei heijastu.

Toiseksi epäsuora vastuun samastus tuntuu kytkeytyvän enemmän tai vähemmän selvästi tässä tutkimuksessa epätyypillisiksi tai keinotekoisiksi kutsuttuihin yhtiörakennelmiin. Käytännössä epäsuoran samastuksen piiriin voisivat jäädä pöytälaatikko- ja ehkä erityisesti off shore-yhtiöistä koostuvat konsernit. On varsin epätodennäköistä, että tuomioistuimet vakavissaan harkitsisivat tällaista samastusta sellaisessa normaalissa konsernissa, jonka kaikki yhtiöt toimivat muutoinkin kuin paperilla. Samastus, oli se suoraa tai epäsuoraa, kytkeytyy siihen, mikä pitävyys annetaan lähtökohdalle eli erillisten oikeussubjektien periaatteelle. Periaatteen mukaan jokainen konsernin yhtiö on itsenäinen omistuksen ja velkasuhteen subjekti. Mitä helpommin samastukseen turvaudutaan sitä enemmän periaatteesta poiketaan. Periaatetta analysoidaan luvussa 3; tässä vaiheessa riittää toteamus, että teoria ei osoita murenemisen merkkejä ydinalueellaan eli tavanomaisissa konsernitilanteissa.

Epäsuoraa (ja äärimmäisen poikkeuksellista) samastusta lukuun ottamatta konserniyhtiöiden keskinäisiä velkasuhteita ei ole nähty pulmallisiksi. Yhtiöt esimerkiksi perivät saataviaan tavalliseen tapaan toisiltaan: toistensa konkurseissa ne valvovat saatavansa ja saavat niille jako-osuudet muiden velkojien tapaan. Konserniyhteys ei toisin sanoen näy keskinäisten velkasuhteiden selvittelyssä. Vaikka näin on ehkä teoriassa, käytännössä konserniyhteys tuo myös keskinäiseen velkaselvittelyyn omat vivahteensa. Niitä aiheuttaa muun muassa siitä, että konsernin rahaliikenne hoidetaan keskitetysti. Konserneissa on monasti yhteinen konsernikassa tai konsernitili, jonka kautta rahavirratt kulkevat. Tällaiset kassa- ja tilijärjestelyt tuntuvat esimerkiksi avaavan sellaisia mahdollisuuksia kuittaukseen, joita normaalisti ei esiinny.

Konserniyhtiöiden ”keskinäisiin” omistussuhteisiin ei ole kiinnitetty huomiota vastaavassa määrin. Tosin tapana on myöntää, että omistus ei konsernissa aina määräydy samalla tavalla kuin itsenäisesti toimivien yhtiöiden

35. Siltala 2008 s. 49.

välillä. Koska konserni on kokonaisuus, muodollisella omistuksella ei ole normaalisti suurtakaan väliä - tärkeää on oikeus käyttää tiettyä omaisuutta (maapohjaa, rakennuksia, koneita, immateriaalioikeuksia, tietotaitoa) yrittystoimintaan. Vinoutunut eli normaaleista kokemussäännöistä poikkeava omistus voi kuitenkin johtaa velkojia harhaan ja aiheuttaa heille vahinkoa. Vastaukseksi epäkohtaan on perinteisesti tarjottu samastusta, joko vastuun samastusta (jolloin omaisuuden muodollisjuridinen omistajakin on joutunut velkavastuuseen) tai omistuksen samastusta (jolloin todellinen omistaja ja muodollisjuridinen omistaja yhdistetään). Samastus on tuotu esiin eräänlaisena teoreettisena vaihtoehtona, ei niinkään todellisena tai praktisena soveltuksena. Laintasoisen oikeusperustan puuttuminen on tuonut omistuksen samastamiseen vielä korkeamman mentaalisen kynnyksen kuin velkavastuun samastukseen. Vuoden 2004 konkurssilakiin otettu säännös keinotekoisista varallisuusjärjestelyistä (KonkL 5:11) on kuitenkin uudistanut ajattelua.³⁶ Säännös saattaa tarjota väylän myös omistuksen vinoutumien oikaisuun. To-ki on syytä muistaa, että normaalisti toimivista konserneista ei välttämättä löydy mitään keinotekoista, mikä on pykälän nojalla syrjäytettävissä. Omistus on määräytynyt sellaiseksi kuin se on liiketaloudellisen rationaliteetin, verotuksen, yhtiöiden historian, ehkä joskus sattumankin seurauksena.

Osateema (iv) eli pesänselvitys konserniyhtiöiden konkurssissa ei sekään ole absoluuttisesti uusi aihepiiri. Uutta on enintään havainto, että aihepiirin tutkimuksessa on tyydytty lähinnä ottamaan kantaa siihen, mikä on voimassaolevan lain mukaan mahdollista, mikä taas on mahdotonta. Eri de lege ferenda vaihtoehtojen tuomia haittoja tai hyötyjä, vielä vähemmän niiden lakiteknistä toteuttamista ei ole juuri mietitty.³⁷ Tämäkään osateema ei ole spesifinen konserneille, joskin konserniyhtiöiden samanaikaiset konkurssit ovat tavallisin konteksti, jossa aktualisoituu kysymys useamman, toisiinsa tavalla tai toisella kytkeytyvien konkurssipesien tarkoituksenmukaisesta selvittämisestä. Vakiintunutta käsitteistöä ilmiöiden ja asiantilojen kuvaamiseen ei kylläkään ole. Käsitettä "konkurssipesien yhteisselvitys" voitaneen kuitenkin pitää yläkäsitteenä; nimitys on kohtalaisen kuvaava, sisällöllisesti neutraali, eikä sillä ole muuta käyttökontekstia, joka veisi lukijaa harhaan. Yhteisselvityksellä tarkoitetaan tässä tutkimuksessa konsernisuhteen huomioon ottamista yksittäisen konserniyhtiön konkurssipesässä eli sen omistus- ja vel-

36. Ks. jäljempänä jakso 6.2.1.

37. Jo tässä vaiheessa on syytä panna merkille konkurssipesien hallintomallin ja samastusoppien yhteys. Joitakin hallinnon muunnelmia voidaan perustella yhtä hyvin samastuksen keinona kuin kustannustehokkaana pesänselvityksen menettelytapana. Ks. jäljempänä jakso 7.1. ja 7.2.

kaselvittelyssä sekä etenkin pesänselvityksen päättövaiheessa, omaisuuden realisoinnissa ja jako-osuuksien määrittelyssä. Yhteisselvityksessä voidaan erottaa eri muunnelmia, joita kutsutaan tässä tutkimuksessa yhdistämis-, yhteishallinto- ja yhteistyösovelluksiksi. Ne eroavat konstruktioltaan, vaikutuksiltaan ja perustaltaan suuresti toisistaan. Muunnelmat ovat riippumattomia siitä, vastaako konkurssipesän selvittämisestä tuomioistuin (tai muu viranomainen) vai yksityinen taho - kuten asianlaista on Suomessa.³⁸

Kiintein yhteisselvityksen muoto on konkurssipesien yhdistäminen. Siinä erilliset varallisuuspiirit (omaisuus ja velat) yhdistetään kokonaisuudeksi. Kaikkien velallisyhtiöiden omaisuus muodostaa yhden varallisuusmassan, josta kaikki velkojat yhdessä kilpailevat. Velkojat voivat siis saada maksun fiktiivisesti "väärälle" velalliselle kuuluvasta varallisuudesta. Konkurssipesien yhdistäminen on kustannustehokasta, sillä konserniyhtiöiden keskinäisiä välejä - kuka omistaa mitäkin, kenen velkaa tietty velka on ja millaisia keskinäisiä saatavia yhtiöillä on - ei tarvitse selvittää. Keskinäisten suhteiden lähemmällä sisällöllä kun ei ole merkitystä, koska jako-osuudet eivät riipu niistä. On sanottu, että yhdistämisessä konkurssi oikeudenkäyntinä ja täytäntöönpanona tapahtuu yhdessä menettelyssä.³⁹ On helppo huomata, että tällaisessa tavallaan materiaalisessa yhdistämisessä jotkut velkojat hyötyvät, jotkut taas kärsivät. Hyötyviä velkojia ovat ne velkojat, jotka muutoin joutuisivat voimakkaassa kilpailussa vaatimaan maksua vähävaraisilta konserniyhtiöiltä. Häviäjinä ovat taas ne velkojat, jotka ilman yhdistämistä olisivat varakkaan konserniyhtiön harvalukuisia velkojia.

Kevyempi, toisesta näkökulmasta lievempi yhteisselvityksen muoto on yhteishallinto. Siinä erilliset varallisuuspiirit konkurssipesissä säilyvät, mutta kaikkia konkurssipesiä hallinnoidaan koordinoitusti ja kokonaisuus huomioon ottaen. Yhteishallinto toteutuu usein ja myös Suomen oikeudessa personaaliunionin kautta: sama henkilö toimii kaikkien konkurssipesien pesänselvitäjänä. Etenkin tällaista yhteishallintoa tehostetaan monasti sopimalla, että kaikkien konkurssipesien velkojainkokoukset pidetään samanaikaisesti.⁴⁰ Oli toteutus mikä tahansa, yhteishallinnolla on selvät etunsa.

38. Julkisen ja yksityisen selvityksen eduista ja haitoista väitellään. Trendinä on, hieman yllättäen, pesänselvityksen yksityistäminen. Tämä ei niinkään johdu yksityisen selvityksen tehokkuudesta kuin halusta siirtää kustannusrasitus pois valtiolta. Ks. lähemmin Carruthers-Halliday 1998 s. 378. Vaikka hallintomalleilla ei ole varsinaista ideologista taustaa, on selvää, että yksityinen pesänselvitys on "kapitalistinen", julkinen taas "etatistinen" sääntelyvaihtoehto. Ks. lähemmin Flessner 1994 s. 19.

39. Näin Leppänen 1991 s. 319.

40. Asia erikseen on, että esimerkiksi Suomen oikeudessa yhdistetty "velkojainkokous" koos-

Ensiksikin realisoinnit pystytään toteuttamaan taloudellisesti mielekkäinä kokonaisuuksina: esimerkiksi kaikkien konserniyhtiöiden liiketoiminnot pystytään myymään kerralla samalle ostajalle. Toiseksi yhteishallinnossa kyetään helpommin (tämä on tosin oletamus) sopimaan konkurssipesien väliset erimielisyydet omistuksista ja veloista, jolloin vältetään pesänselvitystä hidastavilta ja kustannuksia kasvattavilta konkurssihallintojen välisiltä oikeudenkäynneiltä. Kevein yhteisselvityksen sovellus on yhteistyö, joka tunnetaan eurooppalaisesta konkurssioikeudesta. Sovelluksessa erilliset pesänhallinnot esimerkiksi tapailevat, vaihtavat tietoa, koordinoivat toimiaan ja sopivat yhteisistä linjauksista, esimerkiksi realisointien ajankohdista.⁴¹

Tutkimuksessa konkurssipesien yhdistäminen on saanut leijonanosan huomiosta, joskaan tulokset eivät ole kovin rakentavia. Konkurssipesien yhdistäminen on torjuttu suoralta kädeltä. On katsottu, että se vaarantaa ilman lainsäädäntötoimia toteutettuna asianosaisten oikeusturvan.⁴² Yhdistämisessä nimittäin luovutaan erillisten oikeussubjektien periaatteesta: yhdistäminen on (tai oikeammin olisi jos se sallittaisiin) eräänlaista kokonaissamastusta. Tähän kantaan on helppo yhtyä. Sen sijaan pulmallisempaa on ottaa kantaa siihen, kannattaisiko yhdistäminen toteuttaa säädettävässä laissa ja millaista sääntelyä toteutus vaatisi. Tosin lähtökohta on ilmeinen: tarvittava uussääntely koostuisi joka tapauksessa aineellisesta (lähinnä yhtiöoikeudellisesta) lainsäädännöstä, jonka periaatteet konkurssilaki ”teknisesti” toteuttaisi. Kääntäen voidaan sanoa, että konkurssipesien yhdistäminen ylittää konkurssilain valtuuden rajat: muutosta ei voida toteuttaa yksin konkurssilakia muuttamalla. Näin tiedonintressi kääntyy valtaosin oikeuspoliittiseksi. Kannattaa huomata, että vastaus ei ole välttämättä joko/tai, sillä yhdistäminen on järjestettävissä monin tavoin. Yhdistäminen voisi olla pääsääntö tai poikkeus, se voisi kuulua velkojen päätösvaltaan tai tuomioistuimien päätäisi siitä, konkurssipesien yhdistäminen voi olla totaalista tai rajoitettua ja niin edelleen.

Yhteishallinto- ja yhteistyösovellutukset ovat sen sijaan pesänselvityksen järjestelyjä, ne ovat toteutettavissa muuttamatta aineellista alkutilaa. Sovellu-

tuu käsitteellisesti nipuista erillisiä velkojainkokouksia, jotka vain satutaan pitämään samaan aikaan ja samassa paikassa. Yhden konkurssiyhtiön velkojat eivät esimerkiksi saa ottaa osaa äänestykseen toisessa konkurssipesässä. Sen sijaan puheenvuorojen käyttäminen ”väärässä” konkurssissa tavallisesti sallitaan. Ks. lähemmin jaksot 7.3.1. ja 7.4.

41. Koululu 2000 s. 241. Yhteydenpidosta johtuvat velvoitteet palautetaan yhteistoimintaperiaatteeseen, joka on niitä eurooppalaisen konkurssin menettelyperiaatteita, joilla ei ole vastinetta kansallisessa konkurssilaissa.

42. Leppänen 1991 s. 322.

tukset pysyvät näin kuvainnollisesti konkurssilain vaikutuspiirissä. Jos tähän näkemykseen yhdytään, ne ensiksikin voidaan toteuttaa pelkkinä konkurssilain muutoksina, jos lainsäädäntö yleensä katsotaan aiheelliseksi.⁴³ Toiseksi kumpikin sovellutus on jossain muodossa luvallista jo nykyisin, sillä konkurssilaki ei aseta suoranaisia esteitä kummallekaan yhteisselvityksen muodolle. Pesänhoitajien yhteydenpito lienee myös konkurssikäytännössä sääntönä, eikä yhteishallintokaan liene harvinaisuus samanaikaisissa konsernikonkurseissa. Konkurssilain säännöksiä tarvitaan lähinnä määrittämään yksityiskohtia, esimerkiksi onko pesänhoitajalla velvollisuutta yhteydenpitoon ja mikä on velkojien rooli. Samoin voidaan kysyä, vaativatko velkojien yhteiskokoukset velkojien yhteisen suostumuksen tällaiseen päätöksentekoon? Lopuksi havaitaan, että paljon saadaan aikaan jo asenteita muuttamalla, konkurssilain säännösten uustulkinnoin ja nähtävästi myös pehmeällä sääntelyllä eli konkurssiasiaain neuvottelukunnan suosituksilla.

1.2.3 TIEDONINTRESSEJÄ, LÄHESTYMISTAPOJA JA TUTKIMUSMENETELMIÄ

Jos tutkimuksellisten teemakokonaisuuksien paikantaminen on helppoa, sitä vaikeampi on keksiä, miten niitä tulisi tutkia. Aikaisemmasta tutkimuksesta puuttuu valmis teoreettinen kehys, eikä koeteltuja lähestymistapojaakaan tunnu olevan tarjolla. Jotkut tutkimukset muilla oikeudenaloilla ovat toki löytäneet tutkimusmenetelmänsä. Esimerkiksi yhtiöoikeudessa tutkimusmenetelmäksi on määriteltä ”vertaileva analyysi”, jolla valmistellaan konserneja koskevan sääntelyn harmonisointia Euroopassa ja lisätään itseymmärrystä sitä odoteltaessa.⁴⁴ On myönnettävä, että tämä lähestymistapa on siirrettävissä insolvenssioikeuteen. Vertaileva tutkimusotehan on sille muutoinkin tuttu. Ilmeistä kuitenkin on, että paraskaan vertaileva analyysi ei pysty tuottamaan sellaista tietoa, jota tässä tutkimuksessa haetaan. Pelkästään harmonisointia palveleva tiedontarvekin on vähäinen. Vaikka ensiaskeleet on Euroopan unionissa optimisten arvioiden mukaan otettu, esimerkiksi kon-

43. Tätä tarkastellaan lähemmin jaksossa 7.4.

44. Näin Hansen 1996 s. 40. Kotimaisessa konsernitutkimuksessa oikeusvertailu tavallisesti täydentää oikeusdogmaattista päätutkimusteemaa. Ks. esim. Nikkilä 2006 s. 12. Myös vero-oikeudessa turvaudutaan konsernikontekstissa ”poikkitieteelliseen ja vertailevaan” tutkimukseen, joka käsittää oikeusvertailun ohella myös ”oikeuden ja muiden tieteenalojen vertailun”. Ks. esim. Äimä 2009 s. 15. Ohimennen todettakoon, että näihin muihin tieteenaloihin luetaan - yllättävästi - myös joukkopsykologia. Myöskään tämä lähestymistapa ei vaikuta lupaavalt insolvenssioikeuden tutkimuksessa.

kurssioikeuden harmonisointi on valovuosien päässä. Itseymmärrystäkään ei kaivata: talouden ja juridiikan jännite tunnustetaan. Kysymys on vain siitä, miten se ratkaistaan.

Kansainvälisessä insolvenssioikeudessa lähestymistapa on ollut teleologinen tai oikeammin intentionaalinen. Tosin sen piirissä ei tunneta varsinaista konsernitutkimusta, vaan konserneja tarkastellaan yhtenä yritysryhmän muotona.⁴⁵ Toinen eroavuus on ajallinen rajoitus: tarkasteltavaksi otetaan vain tilanne, jossa yhtä yritysryhmään kuuluvaa yritystä koskeva insolvenssimenettely, tyypillisesti konkurssi, on aloitettu. Rajausta sulkee ulkopuolelle esimerkiksi tässä tutkimuksessa kokonaan osateeman (i) ja osaksi myös osateemat (ii) ja (iii). Sen sijaan keskiöön nousee osateema (iv) eli konkurssipesän selvittäminen. Kansainvälisen insolvenssioikeuden tutkimus määrittää itsensä tavoitteensa kautta: tavoitteeksi asetetaan, että insolvenssimenettelyn käynnistyttyä yritysryhmään kuuluvien yritysten välisiä siteitä on tiivistettävä. Tämän jälkeen haetaan ”tarkoituksenmukaisia” ratkaisuja, joissa on otettava huomioon insolvenssimenettelyn perustavoitteet, erityisesti insolvenssivarrallisuuden maksimointi, päätöksenteon tehokkuus ja rehabilitaatiotyyppisten lopputulosten edistäminen.⁴⁶ Vaikka näihin tavoitteisiin sinänsä voidaan osaksi yhtyä (ne toki sopivat yhtä hyvin yksittäiseen kuin yritysryhmässäkin tapahtuvaan konkurssiin), ne eivät hevin käänny teoreettiseksi perustaksi tai edes tutkimusmenetelmiksi.

Jos verrataan yhtäältä insolvenssioikeuden tiedonintressiä tyydyttävää konsernitutkimusta ja muiden oikeudenalojen konsernitutkimusta, havaitaan yllättävä jakolinja. Insolvenssioikeus on enimmäkseen ollut kiinnostunut tässä epätyypilliseksi kutsutuista tilanteista eli tapauksista, joissa konsernimuoto ei vastaa liiketoiminnan todellista sisältöä tai järjestelyjä. Esimerkiksi emoyhtiö on pöytälaatikko- tai off shore-yhtiö, kun taas kaupallis-tuotannollinen toiminta on kokonaisuudessaan keskitetty tytäryhtiöön. Yhtä hyvin asetelma voi olla päinvastainen.⁴⁷ Sen sijaan esimerkiksi yhtiöoikeudellinen tutkimus tarkastelee normaaleja konsernitilanteita, joissa kaik-

45. Käsitteestä ks. jäljempänä jakso 2.6.

46. Näin Mevorach 2009 s. 125.

47. Käsitteestä ks. esim. Mikkola 2003 s. 199. Off shore -yhtiö on yksi pöytälaatikkoyhtiön alalaji. Nimitys johtuu siitä, että tällainen yhtiö on tavallisesti perustettu veroparatiisiin, jotka ovat enimmäkseen ’merentakaisia’ eli saarivaltioita. Off shore -valtiot eivät kuitenkaan välttämättä ole veroparatiiseja eivätkä kaikki veroparatiisit ole ’merentakaisia’. Ensimmäinen käsitteeseen liittyy maantieteelliseen sijaintiin (saari) ja jälkimmäinen normatiiviseen asiantilaan (matala tai olematon verotus). Konkurssioikeudessa esille nostetuista off shore-maista ks. esim. Lyytikäinen 1998 s. 1051.

ki konsernin yhtiöt ovat ‘todellisia,’ ne eivät pelkästään ole “olemassa” vaan harjoittavat muuta kuin näennäistä tai marginaalista liiketoimintaa. Kun lähtökohta on tämä, voidaan väitellä siitä, kuinka mielekäs kannattavuuden, liikkeenjohdon tai rahoituksen kannalta valittu konsernirakenne on, miten velkojia suojataan tai miten vähemmistöosakkaiden oikeutetuista intresseistä huolehditaan. Normaalit konserniolosuhteet nostavat toisin sanoen esiin piilevän jännitteen taloudellisesti painottuneen todellisuuden ja juridisten ajattelumallien välillä.

On helppo huomata, että ensimmäinen lähestymistapa (konsernirakenne on lumetta) helpottaa merkittävästi konserniongelman ratkaisemista. Näennäiset tai kulissinomaiset konsernirakenteet kun eivät perustavanlaatuisesti eroa muista vilpillisistä omistusjärjestelyistä, joilla velkavastuuta vältellään. Laissa on valmiiksi säännöksiä, joilla tällaiset järjestelyt ovat purettavissa alkutekijöihinsä eli jossain merkityksessä “todelliseen” omistukseen.⁴⁸ Voidaan myös sanoa, että epätyypillisissä tapauksissa talouden ja juridiikan jännitettä ei ole koskaan muodostunutkaan. Epätyypilliset konsernitilanteet kuuluvat toisin sanoen yksinomaan juridiikan piiriin. Niissä peruskysymyksenä tavallisesti on, miten niin sanottuihin keinotekoisiiin järjestelyihin tarkoitettuja yleissäännöksiä pystytään soveltamaan sellaisiin yhtiöjärjestelyihin, jotka käyttävät hyväksi konsernirakenteita. Näiden säännösten soveltaminen ei tavallisesti tuota vaikeuksia, sillä pöytälaatikkoyhtiöt ja erityisesti off shore-yhtiöt ovat alusta alkaen olleet lainsäätäjän esimerkkejä tilanteista, joita annettavat säännökset tulevat koskemaan. Myös oikeuskäytännössä niihin on herkästi puututtu kuten ratkaisu KKO 2006:45 osoittaa

On myönnettävä, että todellisen liiketoiminnan vaatimus, jos sillä rajataan tutkimuskohdetta, on epämääräinen. Esimerkiksi uudentyyppisillä yrityksillä ja uusilla yhteistoiminnan muodoilla ei ole välttämättä sellaista vakiintunutta sisältöä, jota voitaisiin kutsua “oikeinkäyttöksi.”⁴⁹ Käynnissä oleva liiketoiminnan rakennemuutos vaikeuttaa sen lisäksi todellisen ja näennäisen liiketoiminnan erottamista. Vaatimus todellisesta liiketoiminnasta kannattaakin jättää väljäksi, sillä tarkoituksena on sulkea tutkimuksesta vain sellaiset selvät pöytälaatikkoyhtiöt, joiden olemassaolon tarkoitus on pelkästään omistaminen. Asia erikseen on, että tilastot eivät paljasta, millaista osuutta pöytälaatikkoyhtiöt edustavat konkurssiin päätyneistä yhtiöistä yleensä ja konserniyhtiöistä erityisesti. Ensi käden kriteeriksi voidaan kylläkin kelpuuttaa työntekijämäärä. Jos yrityksellä ei ole ollut yhtään työntekijää

48. Koulou 2009 s. 245.

49. Pöyhönen 2001 s. 319.

(tilastohan kertoo konkurssiyritysten työntekijöiden lukumäärän), yritys ei ole voinut harjoittaa tuotannollista tai kaupallista toimintaa. Lähellä on näin olettamus, että se on ollut pöytälaatikkoyhtiö. Ohimennen todettakoon, että off shore-yhtiöiden käyttäminen hyväksi lumejärjestelyissä perustuu siihen, että niiden kohdalla on erityisen vaikeaa selvittää, onko tällaisella yhtiöllä muutakin toimintaa kuin omistaminen, esimerkiksi juuri työntekijöitä tai toimitiloja.

Koska valmiita esikuvia konsernissa esiintyvän konkurssin tutkimiselle ei tunnu löytyvän, kannattaa ensimmäiseksi kokeilla, toimivatko modernin insolvenssioikeuden tavanomaiset tutkimusmenetelmät tässäkin yhteydessä.⁵⁰ Voihan olla, että konkurssi konsernissa ei - vastoin lausumatonta olettamusta - sittenkään eroa ratkaisevasti tavallisesta eli niin sanotun riippumattoman yrityksen konkurssista. Jos näin todella on, konserneihin kohdistettua insolvenssioikeudellista tutkimusta uutena tutkimussuuntauksena ei voi pitää uutena tieteellisenä avauksena. Tällöinhän aikaisempi tutkimus on ollut oikeassa jättäessään, enemmän tai vähemmän tietoisesti, konsernikonkurssit joko konkurssilain välittömien sovellutusten tai konkurssioikeuden yleisten periaatteiden varaan. Toki myös tällainen havainto, jos tai kun se tehdään, on merkittävä tutkimustulos. Onhan näin todistettu, että uusia lähestymistapoja, periaatteita tai tutkimusmenetelmiä ei tarvitakaan. Väärinkäsitysten välttämiseksi todettakoon, että konsernikonkurssien luoma erityinen tiedontarve ei häviä havainnolla, että tällaisten konkurssien tutkimiseen käyvät vanhat välineet. Todennäköisempi kuitenkin on se huomio, että perinteiset kysymyksenasettelut ja perustelumallit eivät kunnolla toimi konserniympäristössä. Vaikka tämäkin havainto on tulos sinänsä, toivottavaa toki on, että uusi tutkimus löytää ulospääsyn epätietoisuudesta.⁵¹

Näin päädytään siihen, että tämä tutkimus on pääsääntöisesti oikeusdogmaattinen. Tutkimus sijoittuu osaksi teoreettiseen, osaksi ja sivumäärin mitattuna valtaosin käytännön lainoppiin. Oikeusdogmaattiseen tutkimustehtävään (tai oikeammin osioon) liittyy, modernille insolvenssioikeudelle ominaiseen tapaan, vahva järjestelmäänalyysi eli nykyisen järjestelmän toimivuuden arviointi eli toimivuustutkimus. Toimivuustutkimus taas voidaan luokitella niin sanotun arviointitutkimuksen yhdeksi sovellukseksi.⁵²

50. Niistä ks. esim. Koulu 2004 s. 670.

51. Lainkäyttäjällä onkin tapana asettaa tämä vaatimus tutkimukselle: "Vielä hedelmällisemmäksi lainkäyttäjälle tutkimus muodostuu, kun tutkija uskaltaa ottaa kantaa epätietoisuustilanteeseen ja kykenee perustelemaan kantansa uskottavasti." Näin Nieminen 2006 s. 75.

52. Arviointitutkimuksista oikeustieteessä yleensä ks. Ervasti 2012 s. 32. Arviointitutkimusta on myös arvosteltu. On puhuttu "ennennäkemättömästä vimmastä" arvioida kaikkea ja arvioin-

Siitä, minkä toimimista tutkitaan, voidaan toki keskustella. Lähtökohtaisesti toimivuustutkimus ottaa kantaa siihen, tehoaako tietty oikeudellinen instituutio siihen taloudelliseen tai yhteiskunnalliseen ilmiöön, johon instituutiolla on tarkoitus vaikuttaa. Määritelmä ei sano paljoakaan, joten sitä on täsmennettävä. Hieman pelkistäen yleisessä prosessioikeudessa on tapana kysyä, pääseekö kansalainen asianmukaisesti oikeuksiinsa käytettävissä olevan oikeussuojajärjestelyn avulla. Insolvenssioikeudessa taas perimmäinen kysymys on viime vuosina ollut, onnistuuko insolvenssilainsäädäntö ratkaisemaan optimaalisesti ne taloudelliset, yhteiskunnalliset ja sosiaaliset haitat, joita maksukyvyttömyys aiheuttaa. Konsernien kohdalla aineiston niukkuus ei juuri avaa mahdollisuutta empiiris-analyttisiin arvioihin. Teoreettisesti painottuvalle järjestelmäänalyysille jää sen sijaan kohtalaisesti tilaa, joskaan konsernikonkurssien kohdalla sana ”järjestelmä” on ansaitsematon luonnehdinta. Oikeastaan pitäisi puhua ”epäjärjestelmästä”. Konkurssilakihan ei tunne käsitettä, eikä aikaisempi tutkimus ole ryhtynyt kokonaisvaltaiseen tarkasteluun.

Tässä tutkimuksessa taloustieteellinen argumentointi saa vielä vahvemman aseman kuin insolvenssioikeudessa yleensä. Onhan konserni ennen kaikkea taloudellinen konstruktio. Voidaan sanoa, että konserniongelmaksi kutsutut kysymykset aiheutuu talouden ja juridiikan välisestä jännitteestä. Kun talouden lait eivät kaikella todennäköisyydellä suostu muuntumaan juridiikan toiveiden mukaisiksi, juridiikan on joustettava, jos jännitettä ylipäättään halutaan purkaa.⁵³ Tätä tavoitetta tukee myös muuttunut suhtautuminen maksukyvyttömyyteen yleensä ja yritysten konkurssieihin erityisesti. Jos kerran konkurssi nähdään katastrofin tai vilpillisyyden sijasta markkinatalo-

titrendin luomasta ”arviointiteollisuudesta”. Ks. Rajavaara 2007 s. 12. Lainkäyttöjärjestelmien toimintaa on kuitenkin arvioitu niin vähän, että tällaiset moitteet ovat aiheettomia. Kannattaa huomata, että insolvenssioikeudellinen toimivuustutkimus ei ole pelkkää lainsäädännön vaikutusten tutkimista. Huomioon on otettava myös yhteiskunnalliset käytännöt (esimerkiksi perintäalan ja luotonantajien toimet), lain soveltamiskäytäntö sekä institutionaalisten toimijoiden kuten pesänhoitajien ja ulosottomiesten toiminta. Samalla on myönnettävä, että moderni insolvenssioikeus ei - toisin kuin moderni prosessioikeus - ole kyennyt määrittämään näkökulmaansa. Kun prosessioikeus on valinnut näkökulmakseen oikeuksiaan hakevan kansalaisen, insolvenssioikeus pyrkii tarkastelemaan maksukyvyttömyyttä yhtä aikaa velkojan ja velallisen kannalta.

53. Samansuuntaisia ajatuksia on esitetty myös yhtiöoikeudellisessa konsernitutkimuksessa. ”Problemet er, hvorledes det ordinære selskabsretlige regelsæt - - kan forenes med et koncernretligt regelsæt som forudsætter, at de forbundne selskaber økonomisk kan fungere som en helhed.” Näin Andersen 1997 s. 22. Vrt. ehkä Timonen 2000 s. 20: ”Yhteensovittaminen tulee tehdä oikeustieteen ehdoilla ja oikeustieteen metodisia ratkaisuja kriittisesti uudelleen arvioiden.”

uden normaaliksi ilmiöksi, konkurssilain on otettava paremmin huomioon markkinatalouden lainalaisuudet. Parempi huomioon ottaminen tarkoittaa käytännössä sitä, että kaikkein legalistisimmat ja formaalisimmat sovellukset hylätään. Jos taas jännite halutaan säilyttää (tosin kannattaa kysyä, mitä sillä saavutetaan), vastakohtaisuutta on pidettävä edelleen yllä. Jos taloudelliset rakenteet eivät alistu juridiikan vaatimuksille, sitä pahempi niille. Tässä tutkimuksessa tavoitteena kuitenkin on, että jännitettä juridiikan ja talouden välillä ei ainakaan kärjistetä entisestään. Päinvastoin: jos se voi tapahtua uhraamatta insolvenssioikeuden perustavanlaatuisia tavoitteita - ennen kaikkea ennustettavuuden ja velkojien yhdenvertaisuuden periaatteita - jännitettä puretaan.

Modernille insolvenssioikeudelle on ollut tyypillistä *de lege lata* ja *de lege ferenda* -näkökulmien päällekkäisyys.⁵⁴ Päällekkäisyys johtuu osaksi tietoisesta valinnasta, osaksi rakenteellisista tekijöistä. Toimivuuden arviointi tuottaa käytännössä aina joko julkilausuttuja tai rivien välistä luettavia ehdotuksia siitä, miten järjestelmän toimivuutta voidaan tai tulee parantaa. Epäkohtia lienee mahdotonta käsitellä täysin neutraalisti. Jokainen väite epäkohdasta sisältää jo vihjeen siitä, mistä epäkohta johtuu ja miten se näin ollen pystyttäisiin, jos oikeuspoliittista tahtoa tai halua lainopillisiin uustulkintoihin riittää, poistamaan. Systemaattiseen oikeuspoliittiseen tutkimukseen ei tässä teoksessa kuitenkaan tähdätä. Sinänsä siihen ehkä olisi aihetta, sillä taloustieteellinen näkökulma tukee nimenomaan eri sääntelyvaihtoehtojen arviointia. Eri tulkintavaihtoehtojen seurausharkinnassa sille jää selvästi pienempi rooli.

Kuten edellä todettiin, insolvenssioikeuden konserniongelmalla on vastineensa muillakin oikeudenaloilla. Tästä syystä on aihetta miettiä, missä määrin on tarpeen etsiä kaikille oikeuden aloille yhteisiä ratkaisuja, missä määrin taas oman oikeudenalan erityispiirteet on otettava huomioon - tosin ei välttämättä lähtemällä, mitä *credo* -hypoteesi edellyttäisi, sen totutuista ja vain iso-loitua tilannetta varten kehitellyistä ajatusmalleista. Yksiselitteistä vastausta on mahdotonta antaa. Sovellusten yhteismitallisuus eri oikeudenaloilla on kieltämättä jonkinlainen arvo. Se ylläpitää oikeusjärjestelmän koherenssia, helpottaa konserniproblematiikkaan perehtymistä yli oikeudenalarajojen ja

54. Ks. Hupli 2004 s. 9. Oma kysymyksensä on, missä määrin tämä näkökulmien sulautuminen - "oikeuden sisältöä painottava tutkimusote" - on insolvenssioikeuden erityispiirre, missä määrin taas kaikkien oikeudenalojen. Oli miten oli, insolvenssioikeudessa näkökulmien sulautuminen tuntuu joka tapauksessa pääsäännöltä, kun taas muilla oikeuden aloilla se on säilyttänyt poikkeusluonteensa. Ks. Koulu 2004 s. 665.

estää erityisalojen tutkimusta harhautumasta liian kauas tutkimuksen valtavirrasta. Harmonisuus on kuitenkin hylättävissä, kun yksilöity insolvenssioikeudellinen intressi sitä vaatii. Näin ollen insolvenssioikeudelliset tulkinnot voivat poiketa - esimerkiksi - työoikeudessa ja vero-oikeudessa omaksutuista.

1.3 TYYPITILANTEITA, NÄKÖKULMIA JA TUTKIMUSTULOSTEN YLEISTETTÄVYYS

1.3.1 PERUSKONSERNI JA KAHDEN NÄKÖKULMAN ONGELMA

Tässä tutkimuksessa keskitytään vain osakeyhtiölain mukaisiin eli niin sanottuihin muodollis-juridisiin konserneihin, jotka muodostuvat osakeyhtiöistä. Muut, konkurssia toiminnallisesti muistuttavat yhtiörakenteet - esimerkiksi henkilöyhtiöistä tai henkilöyhtiöiden ja osakeyhtiöiden yhdistelmistä koostuvat - jätetään tarkastelun ulkopuolelle.⁵⁵ Jäljempänä toisin sanoen oletetaan, että oikeudellinen konsernisuhde kiistatta vallitsee, emoyhtiö määrää tosiasiallisesti tytäryhtiön päätöksenteon ja että emoyhtiön määräämisvalta perustuu äänienemmistön omistukseen.⁵⁶ Sille, omistaako emoyhtiö koko osakekannan vai vain määräämisvallan tuottavan enemmistön, ei anneta pääsääntöisesti merkitystä. Sataprosenttisen omistuksen luoma täydellinen intressien yhtenäisyys otetaan kuitenkin esiin joissakin asiayhteyksissä. Vastaavasti tytäryhtiön vähemmistöosakkaiden intressit joudutaan usein otta-
maan huomioon tulkinnoissa. Konserniyritysten koolle, esimerkiksi niiden liiketoiminnan volyymille, ei anneta merkitystä. Tosin kokemus opettaa, että konkurssiin ajautuvat yritykset ovat lähtökohtaisesti pienehköjä ja että oikeudellisia ongelmia aiheuttavat lähinnä pk-yritysten konkurssit. Mikroyritysten konkurseissa yksikään intressitaho ei pidä ongelmien esiin nostamista ja kiistelyä oikeuksistaan kannattavana. Tämä kokemussääntö konkurssiyri-

55. Kannattaa korostaa, että tämä raja on yksinomaan työekonomisen. Näissä kvasikonserneissa (mitä nimitystä niistä voitaneen käyttää) syntyy samantyyppisiä konkurssioikeudellisia pulmia kuin "oikeissakin" konserneissa. Niitä tutkitaan usein samalla kertaa, mikä tietenkin edellyttää spesifistä näkökulmaa. Kvasikonserneista läheisyysproblematiikan kannalta ks. Tuominen 1997 s. 60.

56. Konsernin muodostumisen kriteereistä ks. Villa 1997 s. 368. Konsernilla on sekä yhtiöoikeudellinen että kirjanpidollinen määritelmänsä. Niiden on kuitenkin katsottu lähenevät toisiaan. Ks. Toiviainen 2009 s. 6. Konsernitutkimuksen alkuaikoina ajateltiin, että konsernin tulee, jotta yritys rakenne ansaitsisi tämän nimen, koostua vähintäänkin yhdestä "suuresta" yrityksestä. Ks. Koski 1977 s. 3. Tämä kriteerin on sittemmin jäänyt sivuun. Erilaisista konsernirakenteista ks. esim. af Schultén 2003 s. 33.

tyksen koosta pitäneen paikkansa myös konsernin muodostamassa erityistapauksessa, jos talous kokee enintään tavanomaisia suhdannevaihteluita. Kriiseissä, esimerkkinä vuosien 1990-1993 lama, myös suuryritykset saattavat ajautua konkurssiin.

Konsernirakenne sallii niin monia vaihtoehtoja, että tutkimuksen aluksi on vielä määriteltävä se konsernin muunnelma, johon tutkimus pääasiassa kohdistetaan. Jäljempänä silmällä pidetään ensisijaisesti yksinkertaisinta mahdollista konsernia, jonka muodostavat on emoyhtiö ja yksi tytäryhtiö.⁵⁷ Tästä konsernimuunnelmasta käytetään tarvittaessa termiä peruskonserni. Tätä tutkimuksellista peruskonsernia ei saa sekoittaa kirjanpitolainsäädännössä tunnettuun niin sanottuun pieneen konserniin. Tällaisen konsernin ei kirjanpitolain mukaan tarvitse tehdä konsernitilinpäätöstä.⁵⁸ Tämän tutkimuksen kohde, eli peruskonserni, voi tietenkin olla pieni konserni kirjanpitolain merkityksessä. Jos tarkastellaan konsernin konkurssseja käytännössä, näin luultavasti onkin enimmäkseen asianlaita. Tunnettuhan on, että konkurssiin ajautuvat yritykset ovat pieniä tai enintään keskikokoisia. Jos konsernirakenne on muu kuin peruskonserni eikä se käy ilmi asiayhteydestä, siitä huomautetaan erikseen. Laajempaa, lukuisista tytäryhtiöistä koostuvaa konsernia käsitellään joissakin asiayhteyksissä: jos on tarpeen, siitä käytetään yleisnimitystä 'laaja konserni'. Sen sijaan monitasoiset konsernirakenteet, joissa emokonserniin muodostuu alakonserneja, koska ensiasteen tytäryhtiöilläkin on omat tytäryhtiönsä, jätetään kokonaan huomiotta. Asia erikseen on, että peruskonsernista lausuttu pätee monasti myös alakonserneissa.

Kuten edellä todettiin, tässä tutkimuksessa poiketaan yhdessä suhteessa aikaisemman tutkimuksen painotuksesta: huomio keskitetään täysin normaaleihin konserniyrityksiin. Tämä tarkoittaa, että konserniin kuuluvilla osakeyhtiöillä on omaa ja reaalista tuotannollis-kaupallista liiketoimintaa. Vastaavasti konsernimuotoiset lumerakenteet, joissa jonkun konserniyhtiön (yleensä emoyhtiön) ainoa tehtävä on "omistaa" jotain, jäävät lähtökohtaisesti sivuun.⁵⁹ Valinta saa laajakantoisia vaikutuksia. Se esimerkiksi heijastuu

57. "Konserni on yksinkertaisemmillaan emon ja tyttären muodostama kahden yhtiön yhdistelmä, jossa emoyhtiö hallinnoi ja tytäryhtiö harjoittaa liiketoimintaa." Näin Kukkonen-Walden 2010 s. 23.

58. Ks. esim. Kisanlahti 2006 s. 579.

59. Nimenomaan tällaiset "keinottelukonsernit" (nimitystä ei kylläkään käytetty) askarruttivat varhaista konsernitutkimusta. Konkreettiseksi pulmaksi nostettiin melko hypoteettinen tapaus, jossa konserniyhtiöt merkitsivät toistensa osakkeita, nostivat näin pääomansa keino-tekaisen korkeaksi ja harhauttivat hyväuskoisia antamaan niille luottoa, joka jäi sitten takaisin maksamatta. Ks. Caselius-Heikonen-Huttunen 1964 s. 237. On syytä muistaa, että pelkästään "omistavat" emoyhtiöt ovat varsin tavallisia, mikä tuo verotukseen pulmansa. Ks. Kukkonen-

tutkimustehtävän toteutukseen. Jos konkurssit jaetaan - kuten yhä yleisemmin tehdään - vilpillisiin ja vilpittömiin, linjaus sijoittaa tämän tutkimuksen rehellisten konkurssien kategoriaan. Tällä alueella velallisella on oikeus edellyttää humaania kohtelua, tukea vastaiselle toiminnalle sekä muotoutuneiden oikeudellisten rakenteiden kunnioittamista, kun taas sen vastinparissa kovakätinenkin puuttuminen omistus-, velka- ja sopimussuhteisiin on luallista.⁶⁰ Jos dikotomia siirretään sellaisenaan tutkimukseen, se saattaisi esimerkiksi vaatia, että konkurssilainsäädännöllä ja sen tulkinnalla taloudellisia rakenteita (eli konsernia) ei saa järkyttää enempää kuin konkurssin tavoitteet välttämättä vaativat. Insolvenssioikeudellisen konkurssitutkimuksen on siis haettava konsernitilanteissa yleisten konkurssiperiaatteiden ”pehmeitä” sovelluksia. Radikaalit uudelleenarvioinnit on jätettävä lainsäätäjän huoleksi.

Jos huomioon otetaan aikatekijä, peruskonserniin sijoittuva konkurssi sisältää useita tapausmuunnelmia, jotka muodostavat tai voivat muodostaa omat soveltamistilanteensa. Päämuunnelmia saadaan kolme: molemmat konsernin yhtiöt asetetaan samalla kertaa konkurssiin (tapaus 1), molemmat konsernin yhtiöt asetetaan konkurssiin mutta eri aikoina (tapaus 2) ja vain jompikumpi peruskonsernin yhtiöistä asetetaan konkurssiin (tapaus 3). Tapauksessa 2 on lisäksi kaksi alamuunnelmaa: emoyhtiö asetetaan konkurssiin ensin ja tytäryhtiö myöhemmin (tapaus 2a) tai päinvastoin (2b). Samoin tapauksessa 3 havaitaan kaksi alamuunnelmaa. Ensimmäisessä konkurssiin joutuu emoyhtiö (3a) ja toisessa tytäryhtiö (3b). Empiirisesti tapaus 2 on ehkä yleisin ja tapaus 3 harvinaisin. Alamuunnelmien esiintymistiheys jää arvailujen varaan, joskin tuntuu luultavalta, että konsernihallinto uhraa aluksi tytäryhtiönsä, toisin sanoen tytäryhtiön konkurssi on ajallisesti ensimmäinen, samoin pelastusyritykset keskitetään luultavasti emoyhtiöön.

Walden 2010 s. 23.

60. Euroopan unionin insolvenssipolitiikka edellyttää, että jäsenvaltiot lainsäädännössään ”selvästi” (‘clearly’) erottavat nämä konkurssityypit. Ks. Best Project on Restructuring, Bankruptcy and a Fresh Start 2003 s. 23.

Kaavio 1: Konsernikonkurssien ajallisia muunnelmia

tapaus 1	molemmat yhtiöt samanaikaisesti konkurssissa
tapaus 2 - muunnelma 2a - muunnelma 2b	molemmat yhtiöt eriaikaisesti konkurssissa emoyhtiö ensimmäisenä tytäryhtiö ensimmäisenä
tapaus 3 - muunnelma 3a - muunnelma 3b	vain yksi yhtiö konkurssissa emoyhtiön konkurssi tytäryhtiön konkurssi

Jos tarkastellaan osateemojen tieteellistä painottumista tapausmuunnelmis-
sa, se selvästikin vaihtelee. Esimerkiksi tapauksessa 3 ja osaksi tapauksessa
1 pinnalle nousevat yhtäältä takaisinsaannin, toisaalta keskinäisten velka-
suhteiden - joita on yritetty ratkaista epäsuoran vastuun samastuksen kautta
- ongelmat. Sen sijaan tapauksessa 2 korostuvat konkurssipesien selvityksen
konsernispesifiset ongelmat, joista on tapana puhua konkurssipesien yhdis-
tämisen tai yhteishallinnon nimillä. Osateemoista yksi eli konkurssiin aset-
taminen taas leikkaa kaikki tapausmuunnelmat.

Oikein valittu näkökulma auttaa hahmottamaan monimutkaisia tilanteita
ja kysymyksenasetteluja. Näkökulman määrittely nousee merkittäväksi va-
linnaksi myös tutkittaessa konsernia. Yhtä ja ainoaa oikeaa näkökulmaa ei
kuitenkaan tunnu konsernitutkimukselle löytyvän, pikemminkin esiin nou-
see useita kilpailevia näkökulmia.⁶¹ Niistä perustavimmat ovat yksittäisen
konserniyhtiön spesifi näkökulma ja koko konsernin näkökulma, eräänlai-
nen yleisnäkökulma. Kahden näkökulman samanaikaista käyttämistä ei sel-
västikään pystytä välttämään myöskään konkurssioikeudellisessa konser-
nitutkimuksessa. Tästä syystä siihen on myös varauduttava kielenkäytöllä.
Yleisnäkökulmaa käytetään puhuttaessa ”konsernin konkurssista” tai ”kon-

61. Luontaisen näkökulman olemassaolosta (tai oikeammin sen puuttumisesta) voi olla eri
mieltä. Yhtiöoikeudellisessa kirjallisuudessa on katsottu, että konserniyhteyden tuottamat on-
gelmat ovat nimenomaan tytäryhtiön ongelmia - mikä puoltaisi tytäryhtiönäkökulmaa yleensä
ja konkurssissa tytäryhtiöiden velkojien näkökulmaa erityisesti. Ks. Andersen 1997 s. 23.
Ilmeistä kuitenkin on, että näin ahdas tarkastelu johtaa liialliseen yksinkertaistamiseen. On
muistettava, että velkojat kaiken kaikkiaan muodostavat vain yhden intressitahon ja tytäryhti-
ön velkojat ovat konsernin konkurssissa tavallisesti vähemmistönä.

kurssikonsernista”. Yleensä kaikki konsernin yhtiöt ovat tällöin joko konkurssiin asetettuja tai konkurssiin ajautumassa. Termejä voidaan toki myös käyttää silloin, kun joku konsernin yhtiöstä epätyypillisesti pelastuu eli välttää lopullisesti konkurssin.

Erityinen näkökulma taas tuodaan esiin ilmaisuilla ”konkurssi konsernissa” tai ”konserniyhtiön konkurssi”. Tällöin konsernin muodostamaa ongelmaa tarkastellaan yksittäisen, konkurssiin asetetun yhtiön kannalta. Konsernin näkökulma on pohjana järjestelmätarkastelussa, toimivuusarvioissa sekä joissakin de lege ferenda -ehdotuksissa, kun taas erityinen näkökulma hallitsee lainopillisessa kysymyksenasettelussa. Muitakin näkökulmavalintoja voidaan osoittaa: käytetäänkö velkojanäkökulmaa⁶² vai omistajanäkökulmaa, muodostaako vähemmistöosakkaiden näkökulma omansa⁶³, mikä merkitys annetaan konkurssiammattilaisten (esim. pesänhoitajien) näkökulmalle tai otetaanko huomioon konkurssilain säätäjän näkökulma? Nämä näkökulmat eivät vaadi erityisempää kannanottoa tai kielenkäyttöä, ne sulautuvat yhteen ja ovat otettavissa analyysissä huomioon sellaisenaan, kun konteksti sitä vaatii.

1.3.2 RAJAUKSIA JA TARKENNUKSIA

Tässä tutkimuksessa keskitytään osakeyhtiölain 8:5:n tarkoittamiin konserneihin eli pelkistä osakeyhtiöistä koostuviin konserneihin. Käytetty konsernikäsite on kieltämättä ahdas. Rajoitettu tutkimustehtävä johtaakin näin ongelmaan tutkimustulosten yleistettävyydestä. Kuten edellä havaittiin, kaksi merkittävää konserninkaltaista yritysmuodostelmaa rajautuu tutkimuksen ulkopuolelle. Tutkimuksessa ei käsitellä ensiksikään edellä kvasikonserneiksi tai konserneiksi laajassa merkityksessä kutsuttuja rakenteita. Toiseksi myös niin sanotut yritysryhmät ja yritysryväkset eli yritysklusterit jäävät sivuun tutkimuksen keskiöstä. Ensimmäinen raja on kirjallisuudessa tavallinen, eikä se kaipaa lähempiä selityksiä. Myös tutkimustulosten yleistämiselle pystytään määrittämään lähtökohta. Kvasikonsernit eroavat oikeista konserneista itse asiassa vain siinä, että mukana on muitakin kuin osakeyhtiöiksi organisoituja yrityksiä. Tästä seuraa, että konserneja koskevat tulkinnot ovat taval-

62. Monet konsernitutkimuksista on tehty käyttäen velkojan tai ”velkojainsuojan” näkökulmaa tarkentamatta, kenen velkojista ylipäättään puhutaan. Ks. Siltala 2008 s. 1.

63. Tosin on syytä muistaa, että vähemmistöosakkaiden intressit on perinteisesti jätetty insolvenssioikeuden tutkimuksessa hyvin vähälle huomiolle. Ks. edellä jakso 1.2.1.

lisesti siirrettävissä kvasikonserneihin.⁶⁴ Voidaan jopa sanoa, että toiminnalliset yhtäläisyydet ovat niin vahvat, että tutkimuksellinen todistustaakka on sillä henkilöllä, joka väittää, että jokin erityinen syy estää siirtämisen. Myös teoreettisen lainopin piiriin luettavat tutkimustulokset ovat pääsääntöisesti siirrettävissä, ne ovat vähintäänkin suuntaa-antavia myös kvasikonserneissa.

Toinen raja on sen sijaan kyseenalaisempi; myöskään tutkimustulosten yleistäminen ei ole yhtä selvää. Yritysryhmällä tarkoitetaan toisistaan toiminnallisesti riippuvaisia yrityksiä, yritysryväksellä eli klusterilla taas viitataan yrityksiin, joiden toiminnat tukevat ja täydentävät toisiaan. Yritysryhmiä syntyy ehkä eniten it-alalle, kun taas yritysklustereita tavataan myös perusteollisuudessa (esim. suomalainen metsäteollisuus muodostaa monen mielestä yritysclusterin).⁶⁵ Konsernit ja yritysryhmät ovat taloustieteessä enimmäkseen rinnasteisia, joten logiikka oikeastaan vaatisi niiden yhteistarkastelua. Yritysryhmät (elleivät ne samalla ole konserneja) jätetään kuitenkin tutkimuksen ulkopuolelle, koska ne vaatisivat oman tutkimuksensa. Vaikka kysymyksenasettelu on samantyyppinen, tämän tutkimuksen tulokset eivät pääsääntöisesti ole sovellettavissa yritysryhmiin. Mitä konsernimaisempi yritysryhmä kuitenkin hierarkkiselta rakenteeltaan tai johtojärjestelyiltään on, sitä enemmän avautuu mahdollisuuksia yleistämiseen. Tosin tällöinkin osateemat ovat tässä suhteessa hivenen eri asemassa. Jotkut jäljempänä puollettavat tulokset takaisinsaannista (osateema ii) ovat enemmän tai vähemmän vesittyneinä siirrettävissä yritysryhmä -kontekstiin. Esimerkiksi yritysryhmään kuulumisen tarjoama "intressi" vertautuu konserni-intressiin, ja sille on annettavissa merkitystä.⁶⁶

Osateema (ii) ei ole ainoa, jossa ilmenee yhtäläisyyksiä konsernin ja höllemmän yritysryhmän välillä. Myös osateeman (i) piirissä yritysryhmä ja konserni saattavat toimia samalla tavalla. Ryhmän liiketoiminta nimittäin saattaa siinä määrin riippua yhdestä yhtiöstä, että muut yhtiöt ovat valmiita tukemaan sitä taloudellisesti. Todennäköisyys sille, että kriisiyhtiö saa ulkopuolista rahoitusta jostain lähteestä, toisin sanoen nousee. Tavallisestihan

64. Näin etenkin, kun näkökulmana on velkojainsuoja. " - - - etteivätkö esitetyt asiat sinällään soveltuisi myös niihin konsernisuhteisiin, joissa toisena osapuolena toimii esimerkiksi henkilöyhtiöt." ks. Siltala 2008 s. 1.

65. Käsitteitä tarkastellaan lähemmin jaksossa 2.6.

66. Näihin intresseihin palataan jäljempänä jaksoissa 2.4.1. ja 2.6. Tässä vaiheessa kannattaa kuitenkin huomata "ryhmäedun" suuri hauraus. Yritysryhmään voi esimerkiksi hajota milloin tahansa ja mistä syystä tahansa, koska koossapysymisellä ei ole minkäänlaisia institutionaalisia puitteita. Ryhmää pitää koossa pelkkä siihen kuuluvien yritysten taloudellinen itsekkyys. Mitä tulee intressin sisältöön, ryhmäintressi on vielä vaikeammin määriteltävissä ja osoitettavissa kuin konserni-intressi.

maksuvalmiutensa kanssa taisteleva yritys kohtaa melkoisia esteitä hakiesaan uutta luottoa tai uusia pääomasijoituksia. Myös konkurssipesien selvittämisessä (osateema iv) konsernitutkimus voi antaa apua vastaaville yritysyryhmän kysymyksille, vaikka hyöty on jo välillisempää. Sen sijaan osateeman (iii) alueella kaikkalainen tulosten yleistettävyyys näyttää puuttuvan. Pitkällä tähtäimellä tilanne voi toki muuttua. On juuri ja juuri mahdollisuuksien rajoissa, että ”ryhmäintressi” joskus tunnustetaan ja saa samanlaisen aseman, mitä konserni-intressille yritetään tässä tutkimuksessa antaa.

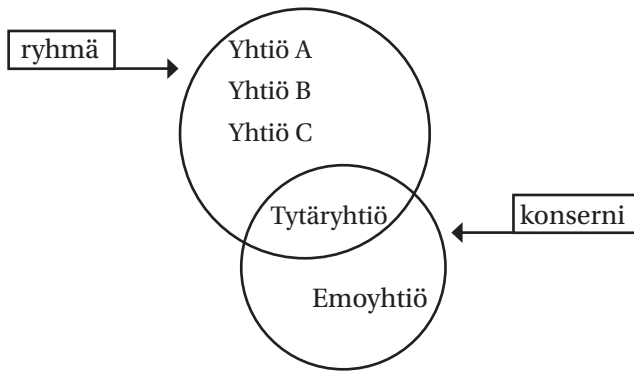
Yritysklustereiden sivuuttamista on jo helpompi perustella. Kysymyksenasettelu on perustavasti toinen, paljon lähempänä perinteistä, itsenäisiin yrityksiin sovellettua. Sitä paitsi yhteinen etu - jonkinlainen klusterihyöty - on jo niin heikko, että taloustieteellisinkään tulkinta ei hevin anna sille oikeudellista merkitystä. Tällä ei tarkoiteta sen kieltämistä, etteikö yritys pääsääntöisesti hyötyisi siitä, että se on tavalla tai toisella saanut paikkansa yritysklusterissa. Tämä on kuitenkin vain yleinen säännönmukaisuus: ryväs ei ole menestyksen tai edes kannattavuuden tae. Tästä seuraa, että konsernitutkimuksen tulokset eivät hevin siirry yritysklusteriin, esimerkiksi takaisin-saannin kannalta ryväsyritykset ovat itsenäisiä toimijoita. On vaikea kuvitella, että tulevaisuuskaan lupaisi muuta. Erityisten klusterinintressien huomioon ottavien sääntöjen kehittäminen kaatuu viimeistään siihen, että yritysklusteriin kuulumisen kriteerit jäävät auttamattoman epätarkoiksi elleivät suorastaan mielivaltaisiksi. Yritysklustereita ei turhaan kutsuta kirjallisuudessa toimialaryhmiksi. Kuten nimitys osoittaa, lähes jokainen alalla toimiva yritys voi väittää olevan osallisena klusterissaan. Toki voidaan sanoa, että sama määrittelyn ongelma rasittaa myös yritysryhmiä. Yritysryhmässä keskinäinen riippuvuus on kuitenkin astetta tai kahta erottelevampi kriteeri kuin pelkkä ”hyötyminen” klusterista. Kun kollektiivista intressiä, toisesta näkökulmasta yrityksen hyötymistä kuulumisesta suurempaan kokonaisuuteen käytetään muuttujana, saadaan seuraava kaavio.

Kaavio 2: Yhteinen etu eri yritysraenteissa

konserni	suuri, joskaan ei aina oikeudellisesti merkittävä
yritysryhmä	kohtalainen, tunnustetaan ainakin joskus
yritysklusteri	heikko tai olematon, ei tunnusteta

On syytä panna merille, että konserni tai yksittäinen konserniyritys voi olla samalla yritysryhmän jäsen.⁶⁷ Jos koko konserni on yritysryhmää, se vahvistaa konsernin sisäistä konserni-intressiä. Jos taas vain joku konserniyhtiöistä on yritysryhmän jäsen, konserni-intressi liukenee tai suorastaan pirstoutuu. Konserniyhtiölle voi joskus olla tärkeämpää pysyä ryhmän jäsenenä kuin kuulua muodollisesti konserniin. Ääritapauksissa konserni-intressi voi kadottaa kokonaan merkityksensä, jolloin se peittyy ryhmäintressin alle. Yrityksen asemaa molemmissa kokonaisuuksissa voidaan kuvata seuraavalla kaaviolla.

Kaavio 3: Konserniyritys yritysryhmässä



Oma ongelmansa muodostuu siitä, otetaanko tutkittavaksi myös rajat ylittävät konsernirakenteet eli tilanteet, joissa konserniyhtiöt toimivat eri maissa. Jotkut argumentit tukevat tällaista laajaa näkökulmaa. Esimerkiksi yhtiö- ja

67. Varhaisessa yhtiöoikeuden tutkimuksessa esillä oli konsernien välinen yhteistyö, mikä ainakin osaksi tarkoitti samaa. Aikaa kuvasi se, että tämän yhteistyön tärkeimmäksi muodoksi todettiin kartellisopimukset markkinoiden jakamisesta. Ks. Caselius-Heikonen-Huttunen 1964 s. 236.

vero-oikeuden konsernitutkimus kohdistuu usein kansainvälisiin konsernirakenteisiin. Tästä syystä voidaan väittää, että myös insolvenssioikeuden tutkimuksen on seurattava esimerkkiä. Tässä tutkimuksessa rajat ylittävät yritysraenteet jätetään kuitenkin kokonaan tutkimuksen ulkopuolelle. Tämä ei johdu niiden merkityksettömyydestä. Pikemminkin esimerkiksi keinotekoinen siirtohinnoittelu, jolla voitot siirretään matalan verotuksen maihin (usein veroparatiiseihin), on paitsi oikeuspoliittinen myös yleispoliittinen ajankohtaisteema. Myös kansainvälisen konsernin maksukyvyttömyyteen liittyy ilmeinen oikeudellisen tiedon tarve. Kaikesta huolimatta, konsernijuuriidikka on uusi tulokas kansainvälisen insolvenssioikeuden agendalla. Se ilmaantui esimerkiksi UNCITRALin insolvenssioikeuden työryhmän (working group V) asialistalle vasta vuonna 2007.⁶⁸ Tosin sen jälkeen konsernien maksukyvyttömyys on ollut esillä jokaisessa työryhmän kokouksessa, mikä todistaa paitsi kasvavaa itseymmärrystä myös vaikeuksia löytää ongelmiin tehoavia ratkaisuja.

Tehtyä rajausta puoltaa etenkin työekonomia. Jos konsernin yhtiöt toimivat eri maissa, muodostuva kysymyksenasettelu on fundamentaalisesti erilainen kuin kansallisissa konsernikonkursseissa syntyvä. Siinä painottuvat lainvalinnan ja ulkomaisen insolvenssimenettelyn tunnustamisen kaltaiset ongelmat. Tästä syystä rajat ylittävien konkurssien ongelmia - niihin liittyvä takaisinsaanti mukaan luettuna - on parempi tarkastella erikseen kansainvälisessä konkurssioikeudessa.⁶⁹ Tosin on syytä pitää mielessä, että monet kansallisen konkurssilain tulkintaongelmat aktualisoituvat usein kansainvälisen konkurssin tarjoamissa puitteissa, mistä ratkaisu KKO 2013:16 on esimerkki. Tapauksessa maksukyvyttömyysasetuksen ja KonkL 13 luvun tulkinta kietoutuivat yhteen. Ratkaisun merkitys ennakkopäätöksenä on siis suuri myös kansallisella tasolla.

Tehdyn rajausratkaisun tueksi voidaan myös vedota eräänlaiseen enakkoluonteisuuteen. Ennen kuin pystymme ottamaan kantaa kansainvä-

68. Aluksi asia kulki nimikkeellä "treatment of corporate groups in insolvency", joka vaihdettiin parin vuoden kuluttua laaja-alaisempaan "treatment of enterprise groups in insolvency". Toiseksi pisimmälle ongelman analysoinnissa ja ratkaisuehdotuksissa on päästy vuoden 2010 työryhmämuistiossa, jota käytetään tässäkin kirjassa yhtenä sen päällelhteistä.

69. Rajat ylittävän takaisinsaannin kaksi suurta kysymystä ovat toimivallan määräytyminen ja lainvalinta. Jos konkurssi sijoittuu Euroopan unionin jäsenvaltioon, sääntely suosii takaisinsaantia. Konkurssimaan laki nimittäin määrää takaisinsaannin edellytykset. Ks. Koululu 2002 s. 178 ja 310. Sen sijaan kansainvälinen toimivalta seuraa kansallista prosessilakia. Suomessa korkein oikeus on omaksunut takaisinsaannin kannalta hyvin epäedullisen tulkinnan, jos vastaajan kotipaikka on muualla kuin Suomessa. Suomalainen tuomioistuin ei ole toimivaltainen, vaikka kysymys on takaisinsaannista suomalaisen konkurssipesään. Ks. Koululu 2012 s. 489.

46 liseen konsernin maksukyvyttömyyteen, meidän on tiedettävä, miten oma konkurssilakimme vastaavasti suhtautuu puhtaasti kotimaisiin konserneihin. Kansainvälisessä insolvenssioikeudessa tapahtuvaa kehitystä käytetään kuitenkin tässä tutkimuksessa toistuvasti esimerkkinä mahdollisista ratkaisumalleista sekä argumenttina. Kuten UNCITRAL- mallilaki osoittaa, kansainvälisessä insolvenssioikeudessa on oltu ehkä kaikkein halukkaimpia totaalisesti luopumaan siitä erillisten oikeussubjektien teoriasta, joka on vallalla kansallisessa insolvenssioikeudessa.⁷⁰ Tosin myöskään UNCITRALin toista, kansallisille lainsäätäjille suunnattua mallilakia, joka siis koskisi valtion sisäisiä yritysryhmien konkurssseja, ei voi syyttää ainakaan vanhoillisuudesta. Myös monet sen ehdotuksista, selvimmän tuomioistuimen määräys erillisten konkurssipesien yhdistämisestä, *de facto* syrjäyttäisivät erillisten oikeussubjektien teorian.⁷¹

1.4 TUTKIMUKSEN AINEISTO

1.4.1 KONSERNI LAINSÄÄDÄNNÖSSÄ

Kuten edellä todettiin, yhtiöoikeudessa konsernilainsäädäntö on vahvasti EU-vaikutteista, kun taas vastaava insolvenssioikeudellinen lainsäädäntö on tällaisista vaikutteista lähes steriilin puhdasta. Yritystoiminta ja konserni sen muotona ovat olleet unionin painoalueita koko sen olemassaolon ajan. Voidaan kuitenkin sanoa, että unionin mielenkiinto tässä suhteessa ratkaisevasti vähenee, kun yritys epäonnistuu ja joutuu konkurssiin. Konkurssista Euroopan unioni nimittäin ei ole ollut vastaavalla tavalla kiinnostunut. Vuosituhannen alussa unioni osoitti hetken aloitteellisuutta saattamalla EU-asetuksena voimaan vanhan yleissopimuksen rajat ylittävistä maksukyvyttömyysmenetelyistä. Kiinnostus konkurssiin kuitenkin lopahti, ja Euroopan unioni on viime vuosikymmenenä keskittynyt sen sijaan rajat ylittävään ulosottoon. Tämän seurauksena kiinnostus konkurssioikeuteen on ollut viimeiset kym-

70. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010b s. 4. Tämä näkyy myös konkreettisisissa tapauksissa. Esimerkiksi tunnetussa ratkaisussa OLG Naumberg 6.10.2010 saksalainen tuomioistuin katsoi, ettei maksukyvyttömyysasetuksen 13 artikla soveltunut emoyhtiön ja tytäryhtiön välisiin maksuihin. Ratkaisua on arvosteltu siitä, että se kokonaan unohtaa, että konsernin yhtiöt ovat itsenäisiä oikeussubjekteja. Kansainvälisen insolvenssioikeuden uudistusmyönteisyyteen palataan jäljempänä jaksossa 3.

71. Ks. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a s. 16. Tätä kotimaisten ('domestic') konkurssien varalta laadittua mallilakiehdotusta käsitellään lähemmin luvuissa 4, 5 ja 7. Yksi sen konkreettisista ehdotuksista on lisäksi pohdittavana luvussa 6.

menen vuotta minimaalista ja rajat ylittäviin konkursseihin rajoittuvaa.

Jos konsernisääntelyä arvioidaan määrällisesti, on oikein sanoa, että sääntely on runsasta ja sen määrä jatkuvasti kasvaa.⁷² Toteamus on kuitenkin tavallaan harhaanjohtava. Sääntely nimittäin keskittyy vahvasti konsernin kirjanpitoon ja tilinpäätösinformaatioon. Sen sijaan esimerkiksi tämän tutkimuksen kannalta tärkeät säännökset konsernin johtamisesta ja konsernihallinnosta kokonaan puuttuvat. Tämän yksipuolisuuden takia on samalla kertaa paikallaan sanoa, että konsernia ohjaava ”aineellinen” lainsäädäntö on hämmästyttävän niukkaa niin Suomessa kuin muuallakin.⁷³ Harvoja tällaisia säännöksiä on emoyhtiön päätöksentekoa ohjaava osakeyhtiölain 5:9. Se kieltää ottamasta osaa yhtiökokoukseen yhtiölle tai sen tytäryhteisölle kuuluvalla osakkeella. Myös insolvenssioikeudesta konserneihin liittyviä säännöksiä saa hakemalla hakea. Suurella vaivalla löydetty säännökset taas koskevat pienehköjä yksityiskohtia, jotka eivät itse asiassa kaipaishi säännöksiä. Tällaisia säännöksiä on muun muassa tuomioistuinten alueellisesta toimivallasta.

Nämä esoteerisiltä kuulostavat säännökset selittyvät sillä, että Suomessa vallalla on erillisten insolvenssimenettelyjen järjestelmä ja toimivalta määräytyy eri tavalla yrityssaneerauksessa ja konkurssissa. Näin sekä samaa yhtiötä koskevat konkurssi- ja saneeraushakemukset että eri konserniyhtiöitä koskevat hakemukset voivat teoriassa ohjautua eri tuomioistuimiin, mikä vaikeuttaa päätöksentekoa. Erityissäännöksillä konserniyhtiöitä tarkoittavat hakemukset keskitetään samaan tuomioistuimeen eli niin sanottuun konserniforumiin (YrSanL 67:2 §, KonkL 7:2). Kun kysymys on konkurssista, konserniyhtiötä koskeva asia voidaan käsitellä, jos se on tarkoituksenmukaista, selaisessa tuomioistuimessa, joka on toimivaltainen toisen samaan konserniin kuuluvan yhtiön konkurssiasiassa. Tämän tuomioistuimen ei siis tarvitse olla emoyhtiön konkurssiforum, vaan emoyhtiökin voidaan asettaa konkurssiin

72. Näin jo Andersen 1997 s. 16. Nämä säännökset on jaettu konserni-informaationsäännöksiin ja muihin konsernisäännöksiin. Ks. af Schultén 2003 s. 38. Vaikka esitys koskee vuoden 1980 lakia, se on käyttökelpoinen myös vuoden 2006 lain kohdalla. Osakeyhtiölain historiasta kiinnostunut huomaa, että konserneissa ilmenneillä väärinkäytöksillä on ollut huomattava vaikutus koko yhtiöoikeuden kehittymiseen. Ks. lähemmin Toiviainen 2002 s. 95.

73. Toiviainen 2009 s. 5. Samaa valiteltiin jo varhaisessa tutkimuksessa. ”- - - varsinaista emo- ja tytäryhtiöitä samoin kuin sisaryhtiöitä koskevaa lainsäädäntöä meillä ei ole ensinkään, minkä vuoksi näiden välisiä suhteita punnittaessa täytyy tyytyä ratkaisemaan esille tulevat kysymykset suurelta osalta yleisten yhtiöoikeudellisten oikeusperiaatteiden mukaan.” Ks. Caselius-Heikonen-Huttunen 1964 s. 238. Huomautus osuu kohteeseensa myös tämän kirjan aihepiiriin kannalta.

tytäryhtiön konkurssiforumissa.⁷⁴ Keskittämistä tehostetaan lisäksi erityisellä säännöksellä konkurssiasian siirtämisestä (KonkL 7:3).

Konkurssilaissa on toinenkin konserniyhtiöiden konkurssija jossain määrin koordinoiva säännös. Lähtökohtaisesti erillisten oikeussubjektien teoria johtaa konkurssissa erillisten konkurssipesien muodostumiseen. Säännöksellä niin sanotusta konsernipesänhoitajasta tähdätään siihen, että sama henkilö voidaan määrätä muunkin samaan konserniin tai muuten samaan taloudelliseen kokonaisuuteen kuuluvan velallisyriityksen pesänhoitajaksi (KonkL 8:5). Näin syntyvä personaaliunioni koordinoi itsestään erilliset pesänselvitykset. Kannattaa huomata, että konsernipesänhoitaja -määräys ei ole pakollinen eikä edes suositus. Lakitekstin perusteella henkilöllä ei ole etusijaa pesänhoitajaa valittaessa, vaikka hän olisikin jo jonkun toisen konserniyhtiön pesänhoitaja. Todettakoon, että tietoja siitä, kuinka usein säännöksiä konserniforumista ja konsernipesänhoitajasta sovelletaan, ei ole. Myös personaaliunionin merkitys pesänselvityksen tehostajana jää uskoniaksi.⁷⁵

Myöskään insolvenssilakien valmistelussa konsernin problematiikka ei saanut osakseen huomiota. Takaisinsaantilain valmistelussa konserneja, jotka jo silloin olivat talouselämässä sääntönä, ei edes mainita. Puolitoista vuosikymmentä myöhemmin eli vuoden 2004 konkurssilain valmistelun lähetessä loppuaan konserneihin viitattiin pari kertaa, silloinkin ohimennen ja kursoorisesti. Hieman korkeamman arvosanan saa yrityssaneerauslain valmistelu. Vaikka laki valmisteltiin kovassa poliittisessa paineessa, konserniyhtiöiden saneerauksen erityisproblematiikka sentään huomattiin.⁷⁶ Eri asia on, missä määrin laissa löydettiin siihen oikeat vastaukset. Laki nimittäin luottaa eri konserniyhtiöihin määrättyjen selvittäjien luontaiseen pyrkimykseen koordinoida toimensa. Mitään institutionaalisia puitteita yhteistyölle ei kuitenkaan luoda, eikä yrityssaneerlauslaki myöskään tunne konserniselvittäjän kaltaista personaaliunionia. Tosin lainvalmistelija ehkä sanoisi, että mikään ei sitä estäkään.

Työoikeus puolestaan on opettava esimerkki sekä konserniongelman huomaamisesta että eri tavoista ratkaista tämä ongelma. Välillä konsernitalanteet säännellään erikseen kirjoitetulla lailla, välillä taas turvaudutaan tässä laajennetuksi kutsuttuun lain soveltamiseen, toisin sanoen lain soveltami-

74. Tulkinnasta ks. Könkkölä-Linna 2013 s. 62. He suosittelevat, että tuomioistuimien kuitenkin "tarvittaessa" neuvottelee oikeuspaikasta pesänhoitajaehdokkaiden tai vaihtoehtoisten tuomioistuimien kanssa.

75. Ks. jäljempänä jakso 7.2.2.

76. Koulumäki 1994 s. 128.

sessä ylitetään yhtiörajat. Ensimmäistä lakitekniikkaa on käytetty esimerkiksi, kun kysymyksessä on yhteistoiminta yrityksissä. Esimerkki jälkimmäisestä tekniikasta ovat jotkut lakiperusteiset työnantajavelvoitteet. Niiden tavoite on edellyttänyt velvoitteen ulottamista muodollista työnantajayritystä ulomaksi eli toiseen konsernin yhtiöön. On luultavaa, että tällaisilla laajennetuilla tulkinnoilla olisi selvitty myös yhteistoimintaa järjestettäessä. Euroopan unionin direktiivi teki kuitenkin erityislain - eli lain yhteistoiminnasta suomalaisissa ja yhteisönlaajuisissa yritysryhmissä (335/2007) - välttämättömäksi.

Lakia perusteltiin sinänsä johdonmukaisesti sillä, että yhteistoiminnan tavoitteita ei konsernissa saavuteta, jos yhteistoiminta jää erikseen toteutettavaksi kussakin konsernin yksittäisessä yrityksessä tai toimintayksikössä.⁷⁷ Tästä syystä lain yleiset tiedottamis- ja neuvottelovelvoitteet tuotiin tällä lailla myös ”yritysryhmätasolle”. Näin päästiin muun muassa siihen, että työntekijöiden edustajat pääsevät neuvottelemaan koko konsernin johdon kanssa, vaikka kysymys on yksittäistä konserniyhtiötä koskevista päätöksistä. Lain todellinen merkitys ei liene kovin suuri. Esimerkiksi lain soveltamisala on hyvin kapea; yhteistoiminta on järjestettävä lain mukaisesti, jos konsernissa on Suomessa vähintään 500 työntekijää. Lain ehkä suurin merkitys on siinä, että se osoittaa konsernitilanteiden erillisten sääntelyn ylipäättään mahdolliseksi. Jotkut lain innovaatioista kuten yritysneuvosto saattaisivat olla toimivia myös maksukyvyttömyystilanteissa.

Jälkimmäiseen tekniikkaan eli laajennettuun soveltamiseen on tutkimuksen ja oikeuskäytännön yhteisellä tuella turvauduttu, kun lainsäätäjä ei ole saanut aikaan nimenomaisia konsernisäännöksiä. Näin ollen muun muassa työnantajan velvollisuus sijoittaa työntekijä uudelleen työpaikalla on ulotettu tulkinnalla koko yrityskokonaisuuteen (esim. KKO 1998:77 ja KKO 1995:93).⁷⁸ Yllättävää ei ole ehkä niinkään itse lopputulos (joka tuntuu luontevalta) kuin tulkinnan logiikka: laajennetussa soveltamisessa ei ole nähty isompaa ongelmaa, eikä soveltamiselle ole haettu tukea vastuun samastuksen kaltaisista kiistanalaisista konstruktioista. Tulkinnan tueksi ei myöskään ole etsitty juridisia uuskonstruktioita, vaan uudelleensijoittamisen on katsottu - ikään kuin luonnonlain kaltaisesti - ”määräytyvän harjoitetun tosiasiallisen yritys-toiminnan pohjalta eikä asianomaisen juridisen henkilön muodollisten tai

77. Hietala-Kaivanto 2012 s. 166.

78. Työoikeudellista argumentointitekniikkaa käytettiin myös samastusratkaisussa KKO 2011:62, johon palataan jäljempänä. Sanaa ”samastus” ei ratkaisun perusteluissa käytetä, mutta lopputulos vastasi sitä, mitä samastus saisi aikaan.

sisäisten yksikkörajojen mukaan”.⁷⁹ Laajennettua soveltamista käsitellään suoraviivaisesti otsikon ”työnantajan vastuupiirin ulottuvuus” alla. Huomion arvoista myös on, että laajennettu soveltaminen voi olla vain osittaista, toisin sanoen laajassa konsernissa vain yhteen konserniyhtiöön ulottuvaa, kun taas muut konserniyhtiöt jäävät soveltamisen ulkopuolelle. Siitä, että tällainen valikoituminen voi olla sattumanvaraista tai loukata asianosaisten yhdenvertaisuutta, ei kanneta minkäänlaista huolta.

Oli kysymys lainsäädännöstä tai laajennetusta soveltamisesta, yksi havainto on yhteinen. Näkemystä konserniyhtiöiden erillisistä varallisuuspiireistä eli tässä tutkimuksessa erillisten oikeussubjektien teoriaa ei ole työoikeudessa otettu vakavasti. Teoria ei tarjoa lähtökohtaa tai muodosta edes mainitsemisen arvoista argumenttia. Siihen ei tavallisesti edes viitata. Toki saatetaan ehkä sanoa, että konsernia koskevat erityissäännökset, olivat ne peräisin laista tai muista oikeuslähteistä, kuitenkin epäsuorasti vahvistavat pääsääntöä eli erillisten oikeussubjektien teoriaa. Nämä säännökset kun suojaavat aina jotain erityistä etua tai erillisintressiä, joten niillä ei puututa juridisen konsernikonstruktion ytimeen, oppiin konserniyhtiöiden erillisyydestä.⁸⁰ Myöskään konserniyhtiön konkurssi ei muuta sen työoikeudellista statusta. Muun muassa tulkinnalla laajennettujen työnantajavelvoitteiden on katsottu olevan voimassa myös insolvenssimenettelyssä, mistä esimerkkinä on varhainen saneerausratkaisu KKO 1996:15.

1.4.2 KONSERNI OIKEUSKÄYTÄNNÖSSÄ

Konserniproblematiikkaa sivuava uudempi oikeuskäytäntö on paitsi odottamattoman vähäistä samalla keskittynyttä. Korkein oikeus on useimmissa ratkaisuissaan ottanut kantaa siihen, miten konserniyhteys (eli velallisyhtiön kuuluminen konserniin) vaikuttaa takaisinsaantiperusteiden soveltamiseen. Mitä tulee tehtyihin linjauksiin, ne ovat havaittavasti muuttuneet ainakin korkeimman oikeuden käytännössä. Vuosituhannen vaihde toimii eräänlaisena vedenjakajana. Varhaisessa eli 1900 -luvun oikeuskäytännössä konserniyhteyden vaikutus ei ensiksikään ole ollut syy ennakkoratkaisun antamiselle, toiseksi konserniyhteys on ennakkoratkaisujen perusteluissa

79. Lainausta on Kairiselta (Kairinen 2002 s. 127).

80. Näin Siltala 2008 s. 9. Veronsaajien fiskaalisia tavoitteita ja työntekijöiden suojelua on helppo pitää tällaisina ”erityisintresseinä”. Kovin pitkälle tällainen logiikka ei kannu. Myös velkojien suoja ja konkurssipesän kustannustehokas selvittäminen ovat vastaavia intressejä, jotka olisivat periaatteessa tyydytettävissä erillisyyttä muodollisesti tai lopullisesti murentamatta. Näin kuitenkin ei ole tehty.

jäänyt jokseenkin totaalisesti huomiotta. Tyypillinen on tässä suhteessa ratkaisu KKO 1998:17.⁸¹ Tapauksessa emoyhtiön saatava oli sen suostumuksella käytetty kuittaukseen tytäryhtiön velasta. Kommentoivassa kirjallisuudessa ratkaisun on katsottu ensisijaisesti vahvistaneen aikaisemman tulokinnan. Siinä toisen puolesta tehty kuittaus on, toisen puolesta tehdyn maksun tapaan, lahjanluonteinen, ellei suorituksen tekijä (tässä emoyhtiö, joka oli antanut kuittaukseen suostumuksensa) saanut siitä niin sanottua ”hyväksyttävää vastiketta”. Vuoden 1998 ratkaisu - etenkin yhdistettynä aikaisempaan vuoden 1988 ratkaisuun (KKO 1988:7) - sivuuttaa täysin konserniproblematiikan. Konserniyhteys ei edes vilahda korkeimman oikeuden perusteluissa, vaan takaisinsaantiperusteita sovelletaan sellaisenaan myös konsernitilanteissa.⁸²

Uusista konserniratkaisuista huomiota ansaitsee etenkin ratkaisupari KKO 2004:69 ja KKO 2004:115. Kummassakin ratkaisussa oli kysymys takaisinsaannista, joskaan ne eivät säädöspohjaltaan ole aivan yhteismitallisia. Ratkaisussa KKO 2004:69 nimittäin aktualisoitui takaisinsaanti konkurssimenettelyssä, ratkaisussa KKO 2004:115 taas esille nousi takaisinsaanti yrityksen saneerauksessa. Kummassakin insolvenssimenettelyssä kuitenkin sovelletaan periaatteessa samoja takaisinsaantilain pykälää, eikä korkein oikeus ainakaan julkilausutusti ole antanut merkitystä soveltamiskontekstille.⁸³ Itse tapaukset olivat vuosien 1990-1993 laman aikaisten suurten konkurssien ja saneerausten jälkiselvittelyä, mikä ei periaatteessa saisi myöskään vaikuttaa ratkaisujen ennakkopäätösarvoon. Asiallisesti ratkaisut painottuvat kiintoisasti eri kysymyksiin. Ratkaisu KKO 2004:69 (luottovakuutuksen peräyttämisen) ottaa kantaa ennen kaikkea määräämistoimen vahingollisuuteen, ratkaisu KKO 2004:11 (konserniavustuksen takaisinsaanti) taas arvioi saatua vastiketta ja sen riittävyttä. Kuten jäljempänä tullaan toteamaan, vahingollisuus ja vastikkeellisuus (tai sen vajaamittaisuus) ovat saman asian eri puolia.⁸⁴

Ratkaisujen päättely on yllättävän identtistä. Kummassakin korkein oikeus ensin vahvistaa erillisten oikeussubjektien periaatteen sitä suorastaan korostaen (KKO 2004:69 23-k, KKO 2004:115 8-k). Tästä lähtökohdasta seuraa,

81. Kuten alkusanoissa todettiin, nimenomaan tämän ratkaisun herättämä kummeksunta -todellisuuden ja fiktion kuilu - antoi herätteen nyt ilmestyvään tutkimukseen.

82. Ratkaisua on pidetty aikansa lapsena. Korkein oikeus on, kommenttien mukaan, edustanut vanhanaikaista lähestymistapaa, mutta ratkaisun vahvuudeksi on myönnetty, että sen ratkaisuohe johtaa ”selkeisiin, käytännössä toimiviin tulkintasuosituksiin”. Ks. Koulu 1998 s. 120.

83. Näin Koulu 2004c s. 326. Uudemmissa analyyseista ks. Vedenkannas 2009 s. 155 ja Ingström 2013 s. 459.

84. Ks. jäljempänä jakso 5.3.3.

että vahingollisuutta ja vastikkeellisuutta tarkastellaan velallisyhtiön näkökulmasta. Velallisyhtiön velkojat eivät saa oikeustoimesta kärsiä vahinkoa, ja velallisyhtiön on saatava omasta suorituksestaan riittävä vastike. Tältä osin ratkaisut eivät tuo mitään uutta aikaisempaan. Linjanmuutos kuitenkin sisältyy niihin poikkeuksiin, joita pääsäännöstä tehdään. Kumpikin ratkaisu nimittäin periaatteessa myöntää konserniyhteyden potentiaalisen vaikutuksen, joskaan vaikutus ei näissä yksittäistapauksissa ollut riittävän vahva torjuakseen peräyttämisen.⁸⁵

Logiikassa on kuitenkin yksi eroavuus. Ratkaisu KKO 2004:115 kääntää vastikkeellisuusongelman viime kädessä näyttökysymykseksi: vastaaja ei kyennyt osoittamaan, että velallisyhtiö olisi saanut omasta suorituksestaan riittävän vastikkeen eli "rahanarvoisen edun" (15-k). Itse tulkintaongelmaa ei kuitenkaan kierretä, kuten välistä tapahtuu. Materiaalinen vastikkeellisuus-sääntö - jos konserniavustus nostaa emoyhtiön omistamien tytäryhtiöosakkeiden arvoa, avustus on vastikkeellinen määräämistoimi - nimittäin näyttää periaatteessa tulleen hyväksytyksi (12-k). Ratkaisu KKO 2004:69 puolestaan ei vahingollisuutta arvioidessaan turvaudu todistustaakkasääntöihin, sillä tosiseikat katsottiin selvästikin tapauksessa näytetyiksi. Ratkaisussa nimittäin todetaan suoraviivaisesti, että vastaajan esiintuomat konserniedut olivat epävarmoja ja että konsernin yhtiöt eivät pystyneet vaikuttamaan niihin tekijöihin, joista edut riippuivat (24-k). Näin velallisyhtiön määräämistoimi oli lahjanluonteinen, se vahingoitti velkojia sekä tuli peräyttää.

Vuoden 2004 ratkaisut ovat asiallisesti radikaaleja uustulkintoja. Ne on saatu, kun pääsääntö on tuotu vahvasti ja suorastaan ylikorostetusti esiin, näyttämään aikaisemman oikeuskäytännön luonnolliselta jatkeelta.⁸⁶ Käytetty perustelutaktiikka yhtyneenä takaisinsaannille myönteiseen lopputulokseen onkin hämärtänyt ratkaisujen merkityksen. Tutkimuksessa vuoden 2004 ratkaisut onkin, kuten jäljempänä tullaan näkemään, ymmärretty eri tavoilla eri luennoissa. Tulkinta riippuu siitä, pannaanko perusteluja tutkitessa painoa pääsäännölle vai siitä tehdyille poikkeuksille.⁸⁷

Oma lukunsa on ratkaisu KKO 2013:16, joka puolestaan korostaa konserniyhtiöiden itsenäisyyttä velkasuhteissa. Konserniyhteydellä ei ratkaisuoheen mukaan ollut minkäänlaista merkitystä, kun konserniyhtiöt valvoivat

85. Ks. edellä jakso 1.2.1.

86. Poliittisesta historiasta kiinnostunut muistaa kommunismin historiasta, kuinka Stalinin on esitettävä oma, hyvin radikaali oppinsa vallankumouksista yhdessä maassa Leninin ajatusten korollaarina - mitä se ei suinkaan ollut. Leninin ajatukset kun olivat muuttuneet aksioomiksi, joihin ei saanut kajota.

87. Ks. jäljempänä jaksot 5.3.3. ja 5.4.1.

keskinäisiä saataviaan konkurssissa. Tämä ratkaisu ei tuota luentaongelmia, joskaan sen heijastama tulkintalinja ei ole sama kuin vuosien 2004 ratkaisuis-
sa. Soveltamiskonteksti oli kuitenkin tyystin toinen, joten korkeinta oikeutta ei voi syyttää epäjohtonmukaiseksi. Oma kysymyksensä on, mitä päätelmiä oikeuskäytännön vähäisyydestä on lupa tehdä. Esimerkiksi: onko tapaus-
ten vähäisyys merkki siitä, että aineellinen sääntely toimii asianmukaisesti? Konsernitilanteiden sääntely - tai oikeammin totaalinen sääntelemättömyys
- toimii, joten kaikki ehdotukset nykytilan muuttamiseksi ovat tarpeettomia. Sitä mikä toimii, ei tunnetun sanonnan mukaan pidä korjata. Tällainen joh-
topäätös kyllä selittäisi, mutta se ei vakuuta. Jännite juridiikan ja talouden välillä on niin vahva, että sääntelemättömyyden täytyy heijastua toimijoiden
käyttäytymiseen. Oikeuskäytännön vähäisyys on ehkä pikemminkin merki-
ki siitä, että ongelmat jäävät piiloon, ehkä juuri siksi kun toimivia ratkaisuja niihin ei tunneta. Yleensäkin on varoteltu siitä, että suppeat tapausotokset
eivät anna oikeaa tietoa siitä, miten aineellinen oikeus toimii.⁸⁸

1.4.3 KONSERNI OIKEUSTIETEEN JA TALOUSTIETEEN TUTKIMUKSESSA

Mitä tulee oikeustieteelliseen tutkimukseen, konsernirakenteeseen paikan-
tuva konkurssi kelpaa esimerkiksi rajapinnasta eri oikeudenalojen välillä. Täl-
laiset rajapinnat yleensä unohtuvat tutkimuksessa, mikä näkyy konserniin si-
joittuvassa konkurssissa poikkeuksellisen selvästi. Yhtiöoikeuden ja muiden
oikeudenalojen konsernitutkimuksessa ei tavallisesti käsitellä konsernin tai
konserniyhtiön konkurssia, eikä konkurssioikeuden tutkimuksessa taas kon-
sernirakenteet ole saaneet erityisempää huomiota.⁸⁹ Konkurssioikeuden tut-
kimus on, kuten edellä todettiin, yksinapaista. Yhtiöoikeudellisissa esityksissä
konkurssi saattaa saada yhden asiasana -viittauksen⁹⁰, konkurssioikeudelli-
sissa teoksissa konserni ei luultavimmin pääse kertaakaan asiahakemistoon.
Tutkimuksen kaikinpuolista niukkuutta kuitenkin kompensoivat UNCITRAL-
mallilakiehdotukset. Niitä täydentävissä lainsäädäntöoppaissa on sekä oike-
uspoliittista analyysiä että oikeusvertailevaa pohdintaa, jonkun verran jopa
suoranaisia tulkintakannanottoja suurten oikeuskulttuurien konkurssilakei-

88. Näin Miceli 2012 s. 472.

89. Ks. edellä 1.1.1. ja jäljempänä jakso 8.3.

90. Esimerkiksi Andersenin massiivisen (lähes 800 sivua) teoksen asiahakemistossa on haku-
sanana konkurssi, mutta sen alla on vain yksittäinen sivuviittaus, joka sekin on tämän tutki-
muksen kannalta toisarvoinen.

hin. Ehdotuksista kiintoisampi on valtionsisäisiin konkursseihin keskittyvät osat I ja II, jotka on julkaistu yhteisniteenä. Monet näiden osien lainsäädäntöehdotuksista ovat yksityiskohtaisia ja laajalti perusteltuja. Ehdotuksiin palataan jäljempänä monessakin yhteydessä. UNCITRAL -mallilakiehdotuksen osa III, joka on tarkoitettu ohjeeksi rajat ylittävien konkursseihin sääntelyyn, on sisällöllisesti radikaalimpi mutta samalla pääpiirteisempi.⁹¹ Sillä on lähinnä arvoa oikeuspolitiikan vaihtoehtojen kartoittajana.

Joistakin konsernin erityisteemoista on toki laajojakin artikkeleita ja opin-
näytteitä. Niissä huomiota ovat saaneet etenkin takaisinsaanti konsernissa
sekä niin sanotut samastusproblematiikan sovellukset konkurssissa. Nämä
artikkelit ovat pääosin tiedonintressiltään praktisia, ja ne kärsivät kysymyk-
senasettelunsa rajallisuudesta. Painotus on voimassaolevan oikeuden ha-
kemisessa. Konserniongelman mittakaava niissä ei paljastu, ja yleisnäke-
myksen puuttuessa tutkimustuloksetkin ovat enimmäkseen ristiriidassa
keskenään. Sitä paitsi useimmat artikkelit ovat kahden vuosikymmenen ta-
kaa eli ajalta ennen modernin insolvenssioikeuden nousua. Ehkä iästään
johtuen aikaisempi oikeustieteellinen tutkimus on huomattavan uskollista
lähtökohdalleen eli erillisten oikeussubjektien periaatteelle. Periaatteeseen
pitäydytään tiukasti. Tutkimusten argumentaatiokin on puhtaan oikeudellis-
ta, enimmäkseen jopa muodollisjuridista. Tästä syystä niiden lähdeaineisto
koostuu yksinomaan perinteisistä oikeuslähteistä.

Taloustieteellinen konsernitutkimus ei sen sijaan täytä niitä korkeita odo-
tuksia, mitä sille edellä asetettiin. Konserneja on toki tutkittu, mutta talous-
tieteen painoalueisiin se ei ole koskaan kuulunut. Ja nimenomaan kaivattua
empiiristä selvitystä konsernin johtamisesta ei tiettävästi ole olemassa. Vaik-
ka odotuksissa petytään, mikään yllätys se ei ole. Taloustieteen tutkimukses-
sa törmätään tavallisesti informaation ikuiseen niukkuuteen: tiedot yritysten
toiminnasta eivät koskaan riitä kehitettyjen teorioiden kunnolliseen testaa-
miseen.⁹² Tästä taas seuraa, että teoriat pohjautuvat aukollisten havainto-
jen yleistyksiin, karkeistuksiin ja likiarvoihin. Osaksi vika on tutkimusmene-
telmissä, jotka eivät mahdollista yritysten ”sisäisen” käyttäytymisen suoraa
havainnointia. Osaksi taas voidaan moittia tutkimuksen ulkoisia vaikeuksia
kuten rajoitettua informaation saatavuutta. Kun pääsy informaatioon yksi-

91. Mallilakiehdotukset ovat tunnettuja siitä, että ne helposti menevät sekaisin. Vastuun tästä sekoittumisriskistä kantaa ensisijaisesti julkaisija eli Yhdistyneet Kansakunnat, joka ei ota huomioon lukijakuntaa. Ehdotukset on nimittäin julkaistu erikseen mutta samalla pääotsikolla ”Part three: Treatment of enterprise groups in insolvency”. Julkaisuvuosi on sama (2010), ehdotukset ovat lisäksi ilmestyneet perättäisinä päivinä (osat I ja II 10.2.2010, osa III 11.2.2010).
92. Simon 1997 s. 72 ja 81.

täistapauksessa avautuu, tuloksena ovat case -tutkimukset. Ne taas tuovat mukanaan kaksi pulmaa. Ensiksikin niissä tehdyt havainnot eivät ole välttämättä yleistettävissä, sillä yrityskulttuurit vaihtelevat jopa samalla toimialalla. Toiseksi taas niissä syntyy tässä rationaalisuusharhaksi kutsuttu ilmiö. Ihmiset selittävät tekemisensä parhain päin. He kuvaavat mieluusti päätöksensä rationaalisiksi ja harkituiksi, vaikka ne todellisuudessa impulsiivisia, intuitiivisia tai suorastaan umpimähkäisiä. Samoin liikkeenjohdolliset onnistumiset saavat suhteettoman huomion, kun taas vastaavat epäonnistumiset sivuutetaan vähin äänin.

Nämä yleiset huomautukset osuvat maaliinsa myös taloustieteen konsernitutkimuksessa. Joissakin tutkimuksissa asetettuja teoreettisia lähtökoh-
tia testataan case-tarkastelussa.⁹³ Tällaisen tarkastelun kohteeksi on päässyt muun muassa Finnair-konserni. Konsernin ongelmat ovat olleet, enimmäkseen ohimennen, esillä myös johtamistaidon kirjoissa.⁹⁴ Kuvaan kuuluu, että konsernin keskeisen johtoelimen - emoyhtiön hallituksen - toiminta jää ja on tarkoituksella jätettykin arvailujen varaan, koska osakeyhtiön hallituksen tekemisiä ja tekemättä jättämisistä ei kunnolla tunneta.⁹⁵

1.4.4 KONSERNIEN OHJAUS- JA JOHTOKÄYTÄNNÖT

Vaikka kirjallisuus paljolti vaikenee, tietoja konsernikäytännöistä saadaan suuryritysten vuosikertomuksista ja niihin liittyvistä konserniesitteistä. Jälkimmäisissä on toisinaan hyvinkin yksityiskohtaisia kuvauksia konsernin liiketoimintastrategioista, konsernihallinnoista sekä sisäisestä tarkastuksesta ja riskienhallinnasta. Tytäryhtiöiden ohjaus - ja de facto valvonta - sijoittuu tavallisesti näiden mitäänsanomattomien nimikkeiden alle. Tätä julkista aineistoa käytetään hyväksi etenkin luvussa 2, jossa käsitellään konserneja liiketoiminnan organisoitumisen tapana. Tällaisten aineistojen käyttöarvoa ja osaksi luotettavuutta ei kuitenkaan pidä liioitella. Ensiksikin tiedot eivät välttämättä ole yleistettävissä pieniin ja keskisuuriin konserneihin. Pikemminkin on syytä uskoa, että niiden ohjauskäytännöt ovat paljon tapauskohtaisempia ja jäsentymättömämpiä. Toiseksi julkinen aineisto saattaa antaa vielä case-tutkimuksiakin voimakkaammin siloitellun kuvan konsernikäytännöistä. Jul-

93. Tällaisen case -osion sisältää esimerkiksi jäljempänä lähteenä käytetty Virtasen tutkimus. Ks. Virtanen 2005 s. 13.

94. Ks. esim. Pellinen 2005 s. 85.

95. "Tiedämme suhteellisen vähän hallituksen toiminnasta ja erityisesti siitä, miten hallitukset voisivat tehostaa toimintaansa. Tähänastinen tutkimus on keskittynyt muutamia harvoja poikkeuksia lukuun ottamatta kapeiden osakysymysten selvittämiseen." Ks. Lainema 1998 s. 70.

kisessa aineistossa halutaan tuoda esiin, miten konserneja pitäisi johtaa, ei sen sijaan, miten niitä de facto johdetaan ja kuinka tehokasta ja tuloksellista johtaminen on. Kuten edellä todettiin, sama heikkous rasittaa kaikkia käytäntöihin kohdistuvia tutkimuksia.

Tässä tutkimuksessa voimavarat eivät kuitenkaan riittäneet konsernijohtoon kuuluvien henkilöiden teemahaastatteluihin, vaikka tällainen kvalitatiivinen aineisto olisi ollut tarpeen julkisen informaation testaamisen. Aukkoa täyttää hieman se, että joissakin johtamistaidon yleisesityksissä on varsin paljon suoria siteerauksia konsernijohtoon ja monialayrityksen hallituksen jäsenten haastatteluista.⁹⁶ Samalla kannattaa muistaa, että tämän tutkimuksen otoskaan ei ole edes omista lähtökohdistaan kattava. Kaikkia julkisia osakeyhtiöitä ei ole käyty läpi, ja vuosikertomuksista on poimittu mukaan vain ne, joissa kyseisestä konsernista annetaan todellista informaatiota. On myös syytä muistaa, että pk -konsernien johtamis- ja ohjauskäytännöt ovat luultavasti paljon suoraviivaisempia kuin suurten konsernien käytännöt.

Todellisia käytäntöjä voitaisiin luultavasti jäljittää muun muassa takaisinsaantioikeudenkäyntien aineistosta. Siinä tavataan monasti erityistilintarkastuskertomuksia. Jos kysymys on konserniyhtiöstä, kertomuksissa selostetaan välillä huomattavan seikkaperäisesti sekä konsernin johtamista että konsernin sisäisiä suhteita. Tähän aineistoon ei kuitenkaan ole perehdytty. Perehtyminen vaatisi ensiksikin paljon työtä⁹⁷, toiseksi aineisto jäisi joka tapauksessa niin pieneksi, että sen edustavuus kärsisi. Sitä paitsi tarkastuskertomuskin on jo konstruoitua todellisuutta, se ei välttämättä vastaa todellisia käytäntöjä tai tapahtumakulkuja.

Tämä tutkimus perustuu olettamuksiin, että julkinen aineisto ja konsernikirjallisuus antaa, kaikista virhelähteistä huolimatta, suurin piirtein oikean kuvan konsernikäytännöistä. On vaikea keksiä motiivia siihen, miksi esimerkiksi julkinen informaatio olisi totaalisesti tai tarkoituksellisesti vinoutunutta. Enintään voidaan ajatella, että konsernit esittävät asiat parhain päin, toisin sanoen antavat vaikutelman, että niiden konserniohjaus ja konsernihallinto (jos nämä käsitteet halutaan erottaa) on tehokkaampaa ja organisoidumpaa, mitä se todellisuudessa on. Ohimennen todettakoon, että myös taloustie-

96. Ks. esim. Lainema 1998 s. 164. Siinä käytetyt haastattelut antavat kaikessa suppeudessaan monialaisen konsernin johtamisesta paljon rosoisemman kuvan kuin konsernien oma aineisto. Toki on syytä muistaa, että esimerkiksi Laineman kirja kuvaa 1990 -luvun lopun tilannetta, jonka jälkeen johtamiskäytännöt ainakin suurissa konserneissa ovat saattaneet muuttua, ehkä kohentuakin.

97. Jo pelkkä konserniin liittyvien takaisinsaantien etsiminen olisi suuritöistä, koska takaisinsaantiasiat jouduttaisiin käymään läpi yksitellen ja manuaalisesti.

teissä päädytään säännönmukaisesti teorioiden testaamiseen "laboratoriossa". Lisäksi teorioiden "surkea vaillinaisuus" ('sadly inadequate') monimutkaisten taloudellisten ilmiöiden kuvaamisessa avoimesti myönnetään.⁹⁸ Tavoitteeksi pystytään nostamaan vain pyrkimys teoriankehittelyyn. Myös nämä huomautukset sopivat tähän tutkimukseen, joskaan normatiivinen tutkimus ei ole yhtä herkkää teorioiden ja empiirisen tiedon ohuelle yhteydelle. Normatiivinen väite voi olla hyvinkin "oikea", vaikka sen pohjalla oleva taloustieteen teoria empiirisine taustoineen pettää. Sen sijaan toimivuustutkimus ja de lege ferenda -tutkimus ovat enemmän sidoksissa taloudelliseen todellisuuteen.

98. Simon 1997 s. 91.

2. Konserni yritysten yhteistoiminnan muotona

2.1 YRITYSTOIMINNAN JÄRJESTÄYTYMISEN VAPAUS

2.1.1 KONSERNIEN MUODOSTUMINEN: KONSERNIMOTIIVIT

Taloudellisen liberalismien vahvimpia jääniteitä on yritystoiminnan järjestäytymisen vapaus eli oikeus valita se oikeudellinen muoto, jossa se toimii.⁹⁹ Konserneja luodaan, koska konserni on joissakin olosuhteissa ihanteellinen yhteistoiminnan muoto. Se sijoittuu, kuten oikeustieteessäkin on kauan sitten havaittu, väljän sopimusperusteisen yhteistoiminnan ja täydellisen, fuusiota vaativan yhteistoiminnan välille.¹⁰⁰ Esimerkki väljästä yhteistoiminnasta saadaan niin sanotuista yritysryhmistä.¹⁰¹ Yritysryhmässä yritysten välillä voi olla erilaisia sopimusjärjestelyjä, usein enemmän tai vähemmän yleisiä puitesopimuksia ja tarkempia sopimuksia konkreettisesta yhteistoiminnasta eri sektoreilla tai alueilla. Tosin sopimukset eivät ole yritysryhmässä välttämättömyys. Luontainen koheesio voi luoda ryhmän ja pitää sitä koossa. Yritysryhmän yritykset saattavat toisin sanoen sovittaa liiketoimintojaan yhteen luontaisesti, eli kysynnän ja tarjonnan paineesta.

Kannattaa huomata, että yritysryhmän ja konsernin välillä ei ole aina näkyvää ulkoista eroa, kun ulkopuolinen tarkastelee niiden toimintaa. Yritysryhmä voi toimia hyvinkin "konsernimaaisesti" eli yhtenäisesti ja keskitetysti, vastaavasti taas konsernin yhtiöt voivat operoida pitkälti omin päin ja muusta konsernista välittämättä, jos konsernijohto on valinnut tällaisen strategian. Oikeastaan ainoat konsernin tarjoamat edut, joita yritysryhmissä ei missään olosuhteissa saavuteta, ovat verotuksellisia. Yritysryhmän yritykset eivät voi siirtää voittoa toisille yritysryhmän yrityksille. Sen sijaan yritysryhmän

99. Sama voidaan sanoa käännettynäkin: "Taloudellinen toiminta ei ole sidottu juridiseen muotoon". Näin Kaisanlahti 2006 s. 575. Myös verolainsäädäntö yrittää edistää vapaata järjestäytymistä. Esimerkiksi konserniavustuksen verokohtelu on perusteltu sillä, että yrityksille "tarjotaan mahdollisuus vapaaseen organisoitumismalliin ilman verotuksellista kustannusta tai muuta haittaa." Näin Kukkonen-Walden 2010 s. 140.

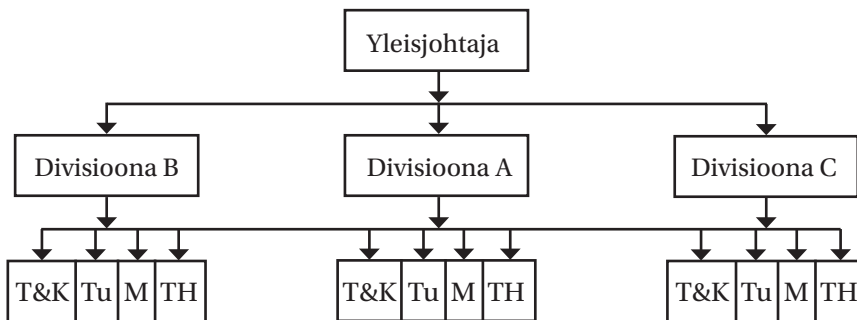
100. Näin Koski 1977 s. 3.

101. Yritysryhmiä käsitellään lähemmin jäljempänä jaksossa 2.6.. Ks. myös edellä jakso 1.3.2, jossa yritysryhmät on rajattu tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

yritykset voivat kyllä omistaa toisiaan, suosia toisiaan hinnoittelussa ja jakaa markkinoita, mitkä ovat keinoja taata pitkän tähtäimen yhteistoiminta pehmein keinoin. Vaikka konserneihin voidaan liittää ideologista ajatusmaailmaa¹⁰², konsernirakenne on ennen kaikkea instrumentaalinen. Luotu konstruktio on toisin sanoen väline, jolla ratkaistaan kustannustehokkaimmin modernia yritystoimintaa rasittavat taloudelliset, liikkeenjohdolliset ja juridiset ongelmat.

Taloustieteessä konserni yhdistetään herkästi monialayrityksiin: konsernirakenne on nimenomaan se tapa, jolla monialayritys järjestäytyy. Mikään välttämättömyys tämä yhteys ei tietenkään ole. Myös yhdellä alalla toimiva yritys voi omaksua konsernirakenteen. Johtamistaidon teoriassa konsernirakenne puolestaan on niin sanotun divisioonarakenteen sovellutus.¹⁰³ Tällaisen divisioonarakenteen yleiseksi vahvuudeksi katsotaan yhtäältä mahdollisuudet tyydyttää asiakkaiden tarpeita, toisaalta taas toiminnallisten yksiköiden kyky sopeuttaa toimintansa markkinoiden mukaan. Heikkouksiksi puolestaan luetaan toiminnan yhtenäistämisen vaikeus ja huono asian-
tuntemus eri toiminnallisilla alueilla.¹⁰⁴ Kuten luettelosta käy ilmi, konsernit eivät muodostu tyydyttämään tai edes huomioon ottamaan velkojien etuja.

Kaavio 4: Divisioonarakenne konsernisovelluksena



T&K = tuotekehitys M = myynti

Tu = tuotanto TH = taloushallinto

102. Konserneja voidaan pitää ja on pidettykin "kapitalismin ilmauksena". Ks. Hansen 1996 s. 24. Etenkin globaalissa taloudessa tämä toki pitää paikkansa, mutta tällaiset luonnehdinnat eivät ymmärrettävästi selitä mitään eli auta ymmärtämään, miksi konserneja syntyy.

103. Lainema 1998 s. 63.

104. Näin Peltonen 2007 s. 35. Myös seuraava kaavio on hieman muunneltuna tästä kirjasta (s. 41).

Kirjallisuudessa on käyty laajalti läpi konsernimotiiveja eli syitä, miksi yritykset ovat valinneet konsernirakenteen tai miksi niiden kannattaa kuulua konserniin.¹⁰⁵ Konsernien muodostuminenhan ei ole sellainen itsestään selvyyttä, mitä kuvitellaan. Konsernirakenne luo riskikeskittymän, joten konserniin kuuluvat yhtiöt eivät osuvan sanonnan mukaan enää ole, kuten itsenäisesti toimivat yhtiöt, kohtalonsa herroja.¹⁰⁶ Jotta riskinotto liiketaloudellisesti kannattaa, konsernirakenteen tulee tuottaa myös jonkinlaista etua. Tässä yhteydessä on syytä erottaa yhtäältä konsernin perustamisen motiivit (jotka jäljempänä onohdetaan) ja toisaalta konserniin kuulumisen motiivit (jotka ovat jatkossa laajalti esillä). Konserniin kuulumisen motiivi on lähtökohtaisesti kuulumisella saavutettavat toiminnalliset, juridiset, verotukselliset ja strategiset edut. Näistä etuja kuvataan traditionaalisesti termillä ”konserni-intressi”, joka itse asiassa on kimppu erillisintressejä. Niitä analysoidaan lähemmin jaksoissa 2.4. ja 5.1. Kuten edellä havaittiin, konserni-intressin kaltaisia piirteitä pystytään erottamaan myös yritysryhmissä ja yritysklustereissa.¹⁰⁷ Konserni-intressin varjomainen vastine on muun muassa yritysryhmissä syntyvä ”ryhmäintressi”. Sekä konserni-intressissä että ryhmäintressissä on joitakin yhteisiä piirteitä: kumpikin intressi on enimmäkseen epämääräinen, paikallisesti ja ajallisesti vaihteleva. Intressistä on vaikea saada otetta juridisessa tarkastelussa, koska sillä ei ole valmista paikkaa oikeustieteen käsitteistössä.

Vaikka konserni-intressiä pystyttäisinkin tarkentamaan (mitä tässä tutkimuksessa yritetään), edessä on vielä sen arvonmäärityksen ongelma - mikä taloudellinen arvo annetaan konserni-intressille tai edistyneemmässä tutkimuksessa ryhmäintressille? Työläs sisällöllinen määrittely ja vielä työläämpi arvonmääritys luovatkin kiusauksen sivuuttaa tällaiset intressit ”taloudellisina” tai ”ei-juridisina” ilmiöinä - mikä on monasti tehtykin. Sivuttaminen tekee kuitenkin väkivaltaa todellisuudelle, koska konserni-intressi yhtäältä ohjaa konsernin toimintaa, toisaalta konserni-intressi antaa selityksen sille, mitä yksittäiset konsernin yhtiöt tekevät. Ellei konserni-intressiä oteta ollenkaan tarkastelussa huomioon, konserniin kuuluvan yrityksen monet toimet näyttävät oudoilta ja yhtiön oman edun vastaisilta. Lainkäyttäjän vaarana on tällöin ajautuminen ylireagointiin: toimet leimataan herkästi velkojia louk-

105. Koski 1977 s. 5. Nykynäkemyksistä ks. esim. Toiviainen 2009 s. 5. Motiivit konkurssien perustamiseen eivät ole paljoakaan muuttuneet sitten varhaisen yhtiöoikeustutkimuksen. Ks. Caselius-Heikonen-Huttunen 1964 s. 237.

106. ”Konserniyritykset muodostavat eräänlaisen riskikeskittymän, sillä niillä on usein keskinäisiä saamisita, velkoja ja takauksia, jonka lisäksi heikosti menestyviä konserniyrityksiä saatetaan tukea konserniavustuksella.” Näin Laitinen-Luotonen 1996 s. 24.

107. Ks. edellä jakso 1.3.2.

kaaviksi tai harmaan talouden piiriin kuuluviksi ilman kunnollista analyysiä tai liiketaloudellisesti aiheetta.

Tässä tutkimuksessa esillä olevan jännitteen aiheuttava tekijä on helppo tuoda esiin. Yritystoiminta organisoituu konserneiksi omien intressiensä takia. Se ei organisoitumisessaan ota huomioon liikekumppanien tai velkojien, etenkin tulevien velkojien, intressejä. Näiden ulkopuolisten intressien eli konsernin kannalta "vieraiden" intressien turvaaminen jää lainsäätäjän ja viime kädessä oikeuden tehtäväksi. Tässä suhteessa onkin tapahtunut merkittävä muutos. Vielä 1990-luvulla voitiin oikeutetusti sanoa, että lainsäätäjä oli suojaamistehtävässään pahasti myöhässä. Lainsäädäntö ei nimittäin ollut seurannut liike-elämässä tapahtunutta kehitystä.¹⁰⁸ Kuten edellä todettiin¹⁰⁹, tällä hetkellä moite on paikallaan vain insolvenssioikeudessa, sillä yhtiöoikeus ja osaksi myös työoikeus ovat ajan tasalla.

Voidaan kysyä, miten lainsäätäjä sitten suojaa sivullisia intressitahoja. Pohjoismaissa perustavanlaatuisin suoja koostuu siitä, että jokainen konsernin yhtiö on periaatteessa oma subjektinsa. Sillä on oma varallisuuspiirinsä eli omat varansa ja velkansa. Kun kuitenkin taloudellisesti konsernia ohjataan keskitetysti emoyhtiöstä käsin ja se näin toimii yhtenä kokonaisuutena¹¹⁰, todellisuus (yritystoiminta) ja teoria (juridiikka) joutuvat perustavanlaatuisen ristiriitaan. Tällainen ristiriita ei ole sinänsä epätavallinen: on olemassa muitakin tilanteita, joissa todellisuus ja oikeus eivät kohtaa. Muun muassa henkilöyhtiöissä yhtiö ja yhtiömiehet ovat samalla kertaa sekä itsenäisiä toimijoita että omia juridisia yksiköitä, eli oikeussubjekteja. Kuitenkin niiden varallisuuspiirit (omaisuus ja velat) ovat vahvassa kohtalonyhteydessä keskenään. Tästä seuraa, että yhtiömiesten tekemisiä ja yhtiön liiketoimintaa ei aina pystytä erottamaan. Myös niin sanotuissa yhdenyhtiöissä on havaittavissa vastaavia piirteitä.

Yksi perustava ero verrattuna konsernikonstruktion on henkilöyhtiöissä kuitenkin osoitettavissa, vaikkakin eroa voidaan pitää epämääräisenä ja

108. Kotilainen 1992 s. 46.

109. Ks. edellä jakso 2.1.

110. Konsernia kuvataan joskus usean muodollisesti erillisen oikeussubjektin "verkostona". Tällä (ulkoisella) verkottumisella päästään tehokkaaseen työnjakoon markkinoilla. Ks. Kairinen 2004 s. 57. Kuvaus tavoittaa oivallisesti yhden puolen konsernista eli yhteistoiminnan. Sen sijaan kuvaus sivuuttaa tämän verkoston normatiivisen luonteen: konserniin kuuluva yritys ei voi omatoimisesti irtaantua verkostosta. Toki saatetaan sanoa, että näin on asianlaita myös silloin, kun verkosto ja yhteistoiminta tukeutuu sopimukseen. Eroon pääseminen sopimusrusteisesta verkostosta kuitenkin on mahdollista, se johtaa enintään korvausvastuuseen. Sen sijaan konsernin verkostosta irtaantuminen yhtiön omalla päätöksellä on - ainakin jos ajatellaan tytäryhtiön asemaa - tosiasiallisesti mahdotonta.

tavallaan suhteellisenakin. Konsernissa siihen kuuluvat yksiköt eli de facto konserniyhtiöt nimittäin toimivat avoimesti tietyssä ominaisuudessa, kun taas henkilöyhtiöissä ja yhdenyhtiöissä on yllättävän usein hämärää, onko henkilö (esim. yhdenyhtiön omistaja) toiminut jossain tilanteessa omissa nimissään vai yhtiön nimissä. Tällainen moniroomisuus on politologiasta tuttu kahden hatun -asetelma, joka erehdyttää etenkin hyväuskoista sivullista. Ammattimainen luotonantaja ei siitä sen sijaan kärsi, koska virallisissa asiakirjoissa taloudellisen toimijan on tietenkin valittava hattunsa yksiselitteisellä tavalla. Hän ei voi siirtää vastuuta oikeinymmärryksestä vastapuolelleen.

2.1.2 PÄÄTÖKSENTEON MUOTOUTUMINEN KONSERNISSA

Yritystoiminnan järjestäytymisen vapaus ulottuu myös konsernin sisälle. Tällä tarkoitetaan sitä, että konserni saa vapaasti päättää, miten ohjaus (eli selkokielisemmin käskytykset) konsernissa järjestetään. Päätösvaltaa tässä suhteessa käyttää periaatteessa emoyhtiön hallitus. Tosin konsernin ohjauksen suuntaviivat saattavat päätyä, osana yhtiön yleistä liiketoimintastrategiaa, myös yhtiökokouksen käsiteltäviksi. Mitä tulee ohjaamisen tapaan, vaihtoehtoja on itse asiassa vain kaksi: konsernia ohjataan joko keskitetysti tai hajautetusti eli desentralisoidusti.¹¹¹ Sen sijaan praktinen ohjaaminen, oli se kumpaa tyyppiä tahansa, voidaan organisoida lukuisilla tavoilla. Ohjauksesta vastaavaa tahoja on tapana kutsua "konsernihallinnoksi" tai "konsernijohdoksi".¹¹² Yksinkertaisimmillaan konsernia ohjataan siten, että emoyhtiö osallistuu tytäryhtiöittensä yhtiökokouksiin. Emoyhtiö voi myös sijoittaa edustajiaan tytäryhtiöiden johtoon, nimittää yhteisiä johtohenkilöitä, käyttää emoyhtiön johtoa konsernijohdona, perustaa erillisiä konsernijohdon yksiköitä tai muodostaa itsenäisen johtoyhtiön.¹¹³ Tavallisinta pienissä tai keskisuurissa konserneissa lienee, että emoyhtiön johto (hallitus ja toimitusjohtaja) vas-

111. Nikkilä 2006 s. 169. Näihin ohjaamisen tapoihin eli ohjausstrategioihin palataan jäljempänä.

112. "Konserneissa toimii yleensä jonkinlainen konsernihallinto, jonka tehtävä on asettaa konsernille toiminnalliset ja taloudelliset tavoitteet, ohjata rahavirtoja konsernissa, vastata konsernin pääomahankinnasta." Ks. af Schultén 2003 s. 451. Konsernijohdon tehtäväkuvauksesta ks. esim. Lainema 1998 s. 163: "Konsernijohdolla on lähes yhden toimialan hallituksen roolia vastaava strategisen kyseenalaistamisen valta." Olettamuksena on, että kaikki konsernin merkittävät päätökset kuten strategiset ratkaisut tehdään "ainakin periaatetasolla" emoyhtiön hallituksessa. Ks. Nikkilä 2006 s. 162.

113. Jaottelu on Koskelta. Ks. Koski 1980 s. 66. Holdingyhtiöiden verotuksellisesta luokittelusta ks. Kukkonen-Walden 2010 s. 24. Erilliseen johtoyhtiöön (eli käytännössä holding-yhtiöön) on tapana koota myös konsernia palvelevia erityistoimintoja. Yhteiset johtohenkilöt johtivatkin vielä 1960-luvulla varsin legalistiseen pohdiskeluun, saattoiko tietty henkilö toimia tällaisessa kaksoisroolissa. Vastaus oli, kuten arvata saattaa, myöntävä. Ks. Huttunen 1953 s. 126.

taa oman päätehtävänsä ohella myös konsernin muiden yhtiöiden operatiivisesta johtamisesta. Näin emoyhtiön johto ja konsernihallinto tavallaan sulautuvat.

Käytännössä näin puhdasoppinen ratkaisu toimii vain suhteellisen pienissä konserneissa. Vähänkään suuremmassa konsernissa jonkinlainen työnjako tulee välttämättömäksi, mistä esimerkin tarjoaa Sanoma-konserni. Siinä emoyhtiön hallitus kylläkin nimellisesti "huolehtii osakeyhtiölain mukaisesti konsernin hallinnosta ja sen toiminnan asianmukaisesta järjestämisestä". Käytännön ohjauksesta vastaa kuitenkin "itsenäisesti" toimitusjohtaja, joka seuraa hallituksen hyväksymiä strategisia suuntaviivoja ja yleisperiaatteita.¹¹⁴ Erillinen ohjausryhmä, johon kuuluvat muun muassa talousjohtaja, henkilöstöjohtaja sekä liiketoimintayksiköiden johtajat (joita on kuusi), puolestaan avustaa toimitusjohtajaa "konsernin johtamisen koordinoimisessa". Välillä konsernijohto on organisoitunut askelta pitemmälle. Esimerkiksi Sampo Group -konsernissa tavanomaisen konsernin johtoryhmän rinnalla toimii omana yksikkönään työvaliokunta. Sen päätehtävänä on toimia toimitusjohtajan "tukena" valmisteltaessa asioita johtoryhmän käsiteltäväksi. Kaikkein monimutkaisimmalta näyttää Konecranes -konsernin konsernijohto. Konsernijohto nimittäin koostuu sekä johtoryhmästä että laajennetusta johtoryhmästä. Laajennettu johtoryhmä käy lisäksi "muun johdon" kanssa kuukausittain läpi liiketoiminnan tilanteen ja tuloskehityksen. Pällekkäiset toimenkuvat antavat vaikutelman epäselvästä työnjaosta.

Konsernihallinto kytkeytyy vahvasti emoyhtiön hallitukseen päätellen siitä, että emoyhtiön yhtiökokouksen asema tuodaan harvoin esiin. Yhtiökokouksen roolia ei tavallisesti edes mainita. Poikkeuksellisesti Vapo-konsernin ja Kemira-konsernin konserniesitteissä kuitenkin huomautetaan, että emoyhtiön yhtiökokous on konsernin ylin päättävä elin. Tästä huolimatta aineiston hallituskeskeisyys antaa viitteen siitä, että yhtiökokousten rooli konserniohjauksessa on vähäinen ellei suorastaan olematon. Konsernin johtoryhmän ja toimitusjohtajan välinen työnjako ei sekään tunnu tuottavan vaikeuksia, koska siitä ei yleensä ole määräyksiä. Eräänlaisena poikkeuksena tässä suhteessa on Sampo Group -konserni. Siinä on määrätty, että johtoryhmässä käsitellään konsernin strategiaa, tuloskehitystä, suuria hankintoja ja projekteja, konsernin rakennetta ja organisaatiota sekä hallinnon päälinjoja ja henkilöstöhallinnon linjakysymyksiä. Muut asiat kuuluvat selvästikin toimi-

114. Ilmatar-konsernissa puolestaan toimitusjohtaja on esitteen mukaan ainoa konsernijohtoon kuuluva henkilö. Tosin hän saa ryhtyä epätavallisiin tai laajakantoisiin toimiin vain hallituksen "siihen valtuuttamana".

64 tusjohtajan hoidettaviin.

Konsernissa voi olla myös erillinen holdingyhtiö, jolle konsernin johtaminen on uskottu. Tosin konsernin emoyhtiöinä toimivat holdingyhtiöt edustavat vain yhtä tällaisten yhtiöiden tyyppiä: kaikki holdingyhtiöt eivät siis johda konsernia. Konsernia johtavienkin holdingyhtiöiden toimenkuva vaihtelee. Sen tehtäväkenttä voi olla suppea tai laaja; laajemmillaan holdingyhtiölle kuuluu huolehtiminen konsernin rahoituksesta, hallinnosta ja ostotoiminnasta.¹¹⁵ Monissa konserneissa on myös tarkkoja määräyksiä siitä, kuinka usein konsernijohto tapaa. Esimerkiksi Marimekko-konsernissa konsernin johtoryhmä kokoontuu ”keskimäärin joka toinen viikko”. Konecranes-konsernin johtoryhmä taas tapaa yleensä kuukausittain joskin tarpeen mukaan. Tapaamiskerrat luultavasti korreloivat ohjauksen tiiviyyteen. Mitä useammin johtoryhmä tapaa, sitä tiiviimpään ohjaukseen se antaa mahdollisuuksia.

Mitä taas tulee konsernin ohjaamisen yleislinjaan, taloustieteessä on tapana erottaa kolme konsernin ohjaustyyliä. Konsernia voidaan ohjata strategisen suunnittelun, strategisen ohjauksen tai taloudellisen ohjauksen välityksellä.¹¹⁶ Ensimmäinen on tyypillistä keskitetylle johtamiselle. Sen sijaan strateginen ohjaus jättää tytäryhtiöille jonkun verran itsenäistä päätösvaltaa, vaikka konsernilla on yhteinen suunnittelujärjestelmä. Taloudellisessa ohjauksessa tällaista yhteistä järjestelmääkään ei ole, mistä syystä tytäryhtiöiden itsenäinen päätösvalta on siinä laajimmillaan. On syytä olettaa, että ohjaus on toisinaan myös de facto tiivistä. Kun noudatetaan strategista suunnittelua tai ohjausta, konsernissa on erillinen konsernihallinto, joka kokoontuu usein. Tutkimuksessa on havaittu, että ohjausstrategia yleensä vastaa viiveellä niihin muutoksiin, joita yrityksen toimintaympäristössä tapahtuu. Ohimennen todettakoon, että konsernirakennetta on perusteltu juuri mahdollisuudella ”muuntuvaan ohjaukseen”.¹¹⁷ Muutoksia aiheuttavat toki myös tietoiset päätökset siitä, että ohjaustyyliä konsernissa muutetaan.

Oma, lähtöasetelmasta riippumaton korrelaatio vallitsee konsernin taloudellisen tilanteen ja strategian valinnan välillä. Lähestyvässä tai alkanees-

115. Nikkilä 2006 s. 210. Ks. myös Koski 1980 s. 66. Holdingyhtiölle on ominaista, että se ei harjoita itse tuotannollista tai kaupallista toimintaa. Johtamistaidon tutkimuksessa erotetaan toimintorakenne, holding-rakenne ja konsernirakenne. Holding-rakenteessa tytäryhtiöt määrittelevät itsenäisesti strategiansa ja ohjausjärjestelmänsä, kun taas konsernirakenteessa tytäryhtiötä ohjataan. Ks. esim. Pellinen 2005 s. 85. Tämä ero sivuutetaan, koska holding-rakennekin yhtäältä mahdollistaa tehokkaan ohjauksen, toisaalta taas konsernirakenteesta voi puuttua kaikkalainen ohjaus.

116. Tämä kuvaus perustuu Virtasen kirjaan. Ks. Virtanen 2005 s. 5.

117. Pellinen 2005 s. 84.

sa kriisissä konsernilla on tapana liukua taloudelliseen ohjaukseen, kun taas normaalioloissa suositaan ”moderneja” ohjailustrategioita, erityisesti strategista ohjausta.¹¹⁸ Kriisillä tarkoitetaan tässä yhteydessä äkillistä toimintaympäristön heikennystä. Voidaan siis väittää, että kannattavuuden ja/tai maksuvalmiuden romahduksessa konsernihallinnon ote tytäryhtiöistä heikkenee. Tämä on vastoin yleistä käsitystä siitä, että kriisissä konsernihallinto kiristää ohjaustaan ja kontrolloi entistä tiukemmin tytäryhtiöitä. Havainto heikkenevästä ohjauksesta pitänee paikkansa, kun ajatellaan varsinaista liiketoimintaa. Kriisissä konsernihallinnon aika - ja ehkä myös tarmo - menee konsernin pelastamiseen: sitä ei riitä liiketoiminnalliseen ohjaukseen. Maksuvalmius on sen sijaan eri juttu. Sen ylläpitämiseksi konsernijohto alkaa yleensä määrätä yhtäältä, mitä ulkopuolisten velkojien saatavia konserniyhtiöt maksavat, ja toisaalta, mitä maksuja konserniyhtiöt tekevät toisilleen.¹¹⁹ Näin konsernihallinto syrjäyttää sekä yhtiön sisäisen maksukäyttäytymisen että niin sanotun taloudellisen etuoikeusjärjestyksen. Tosin jälkimmäisessä se ei onnistu muutoin kuin hetkeksi. Kun työntekijät eivät saa palkkojaan eivätkä alihankkijat ja vastaavat maksujaan, kriisiyhtiön liiketoiminta tyrehtyy itsestään muutaman viikon kuluttua.

Konserni saa myös vapaasti määrätä, mitä edellytyksiä tai rajoituksia konsernihallinnon päätöksenteolle asetetaan. Toisin sanoen se saa päättää, millaisia liikkeenjohdollisia päätöksiä toimiva konsernijohto ottaa tehdäkseen ja millaisia ohjeita se saa antaa tytäryhtiöille.¹²⁰ Hyvin hoidetulla konsernilla on liiketoimintasuunnitelma, joka määrittää vähintäänkin konsernin liikeidean sekä konserniyhtiöiden keskinäisen työnjaon. Konsernijohtoon antamat ohjeet tytäryhtiöille seuraavat ja samalla toteuttavat tätä suunnitelmaa. Ihanteellinen liiketoimintasuunnitelma on kirjallinen ja yksityiskohtainen, mutta käytännössä se lienee enemmän tai vähemmän yleispiirteinen. Suunnitelma voi olla myös pelkästään kulttuurinen eli kollektiivinen mutta kirjaamaton käsitys siitä, miten konsernia johdetaan. Konsernia voidaan tietenkin johtaa ad hoc-päätöksin tai intuitiivisesti; tällöinkin ohjaus voi olla yksityiskohtaista käskytystä tai tavoitteiden asettelua.

118. Virtanen 2005 s. 36.

119. Tällaisilla määräyksillä konsernihallinto pystyy järjestelemään lähes mielensä mukaan kuittaus tilanteita konserniyhtiöiden välille. Tästä syystä konkurssin kuittauskiellot sekä kuittauksen takaisin saanti aktualisoituvat suhteettoman usein juuri konsernikontekstissa. Ks. jäljempänä jakso 5.

120. Konsernijohtoon toimenkuvaan luetaan yleensä ”toimintaperiaatteiden ja suunnitelmien vahvistaminen sekä ehdotusten, suositusten, tavoitteiden, ohjeiden ja määräysten antaminen joko yksittäisiä konkreettisia tilanteita tai pysyväistarkoitusta varten.” Näin Koski 1980 s. 67.

Lopuksi on syytä kysyä, miten konsernihallinto oletettavasti on järjestetty niissä pienissä konserneissa, joiden yhtiöt ovat kaikkein alttiimpia konkurssille. Kysymys on nimenomaan oletuksesta, empiiristä tietoahan näistä seikoista ei ole. Edellä esitetyn perusteella vastaus näyttäisi kuuluvan: tällaista konsernia on johdettu keskitetysti, tytäryhtiön ohjaus on ollut yksityiskohtaista, siitä on vastannut emoyhtiön hallitus tai sen toimitusjohtaja eikä ohjaus ole seurannut liiketoimintasuunnitelmaa tai muutakaan ennakkosuunnittelua.¹²¹ Ohjaus on de facto luultavasti ollut tilannekohtaista. Ja mitä syvemmäksi kriisi muuttuu, sitä hätäisemmäksi ja intuitiivisemmäksi konsernin päätöksenteko todennäköisesti kääntyy.

2.2 TYTÄRYHTIÖIDEN JOHTO: PUUN JA KUOREN VÄLISSÄ

Oli konsernin ohjaus järjestetty miten tahansa, perimmäinen tarkoitus on, että tytäryhtiöt saavat konsernijohdolta määräyksiä ja että ne niitä noudattavat.¹²² Taloustiede lukee konsernihallinnon ohjauskeinoiksi - eufemistisesti vaikutuskeinoiksi - tytäryhtiöiden johdon nimitykset, budjettiohjauksen, strategiaproessin ja investointien hyväksyttämisen. Ohjauksen vaikutuskanavina ovat tavallisesti johdon palaverit sekä konserniin kehittynyt yrityskulttuuri.¹²³ Vaikka nämä keinot ovat pehmeitä, alitussuhdetta sinänsä ei aseta kyseenalaiseksi yhdessäkään taloustieteen tutkimuksessa. Emoyhtiö määrää, ja tytäryhtiöt seuraavat saatuja määräyksiä. Tämä itsestään selvyys tuodaan sen sijaan harvoin esiin yhtiöoikeudellisessa kirjallisuudessa.¹²⁴ Pikkemminkin siinä korostetaan emoyhtiön määräämisvallan yhtiöoikeudellista vastakohtaa eli negaatiota: yhtiön hallitus ei saa vastaanottaa määräyksiä toiselta yhtiöltä tai ulkopuoliselta henkilöltä.

121. Tämä lienee tyypillistä ainakin "patriarkaalisesti" johdetuissa konserneissa. Ks. Koski 1980 s. 64.

122. Ks. esim. af Schultén 2003 s. 451. "Yhteistä erityyppisille konserneille on kuitenkin se, että konsernin emoyhtiön tai muun konsernin johtamisesta vastaavan yhtiön tahtoa on noudatettava."

123. Virtanen 2005 s. 5. Johtamistaidon teokset ovat tässä suhteessa suorasanaisempia. "Konsernirakenne mahdollistaa muuntuvan ohjauksen. Sen osia ovat rahan sisäinen kohdistaminen kannattavampiin kohteisiin sekä tulosityksikköjohtajien ohjaus- ja palkitsemisjärjestelmät." Näin Pellinen 2005 s. 85.

124. Pirstävä poikkeus on Venäjän yhtiöoikeus. Siinä emoyhtiö saa laillisestikin antaa "pakottavia määräyksiä" tytäryhtiölleen. Pakottavuus voi perustua joko tytäryhtiön yhtiöjärjestykseen tai sopimukseen. Jos tällainen määräys kuitenkin ajaa tytäryhtiön konkurssiin, emoyhtiö joutuu tytäryhtiön ohella vastuuseen sen sitoumuksista. Ks. Orlov 1996 s. 121.

Jylhäsanaiset ohjelmanjulistukset eivät tietenkään muuta todellista alitussuhdetta. On pakko sanoa, että tässä kohdin taloudellisen todellisuuden ja juridisen teorian ristiriita on räikeimmillään. Eri asia on, että tämä tytäryhtiön johdon tottelevaisuus eli halu noudattaa emoyhtiön antamia ohjeita ei aina ole konstruoitavissa oikeudelliseksi velvollisuudeksi. Toki osakkeenomistajilla on oikeus antaa yhtiökokouksessa toimintaohjeita yhtiönsä johdolle, yksimieliset osakkeenomistajat voivat, kuten jäljempänä tullaan toteamaan, antaa tällaisia ohjeita kokousten ulkopuolellakin. Jos emoyhtiö omistaa tytäryhtiön sataprosenttisesti, yksimielisyyskriteeri täyttyy automaattisesti. Pulmia syntyy ”vain” siitä, miten velvollisuus noudattaa ohjeita sovitetaan yhteen tytäryhtiön johdon perustavanlaatuisen lojaliteettivelvoitteen kanssa. Heidän ensisijainen tehtävänsähän on pitää huoli oman yhtiönsä (eli viime kädessä tytäryhtiön osakkeenomistajien ja velkojien) edusta. Tytäryhtiön johdon puristusta puun ja kuoren välillä vielä pahentaa se, että kaikkia konsernihallinnon antamia määräyksiä ei kuitenkaan voida luokitella sellaisiksi osakkeenomistajien antamiksi ohjeiksi, jotka sitoisivat tytäryhtiön toimivaa johtoa.

Jos tämä juridinen noudattamisvelvollisuus unohdetaan, tytäryhtiön johdon kuuliaisuus konsernijohdolle varmistetaan tosiasiallisilla sanktioilla. Mikäli tytäryhtiön johto kieltäytyy noudattamasta konsernijohdon määräyksiä tai vitkastelee niiden toteuttamisessa, johto menettää pikaisesti paikkansa. Vastahakoinen johto korvataan myöntyväisimmillä henkilöillä. Tytäryhtiön johdolla ei näin ole käytännössä mahdollisuutta toimia sillä tavoin riippumattomasti ja oman yhtiönsä etua ajatellen, mitä osakeyhtiölaki itse asiassa edellyttäisi. Tämä vaihtoehtottomuus (‘choiceless choice’) juuri luo sen elävän elämän todellisuuden ja juridiikan välisen kuilun, josta edellä on puhuttu.¹²⁵ On tietenkin myönnettävä, että tytäryhtiöiden itsenäisyyden asteessa esiintyy vaihtelua. Vaihtelu johtuu pääasiassa konsernin valitsemasta ohjausstrategiasta¹²⁶ mutta osaksi myös rakenteellisista tekijöistä, esimerkiksi siitä, onko tytäryhtiöissä konsernille vieraita intressejä edustavia tahoja ja kuinka merkittäviä ne ovat. Kiistatonta lienee, että emoyhtiön ote ohjauksessa on erityisen vahva, jos se omistaa kokonaan tytäryhtiön.¹²⁷ Täydellinenkin

125. Ks. myös jäljempänä jakso 2.3.1.

126. Ks. jakso 2.1.1. ja 2.3..

127. Tätä on pidetty yhtiöoikeudessa kiistattomana. ”Tytäryhtiön hallitus voi koostua eri henkilöistä kuin emoyhtiön hallitus, mutta käytännössä kokonaan omistettun tytärosakeyhtiön hallituksen päätösvalta on alistettu emoyhtiön hallitukselle.” Ks. Nikkilä 2006 s. 162. Ohjausongelmia tuskin syntyy silloinkaan, kun tytäryhtiöiden hallituksen jäsenet määrätään suoraan konsernijohtoon kuuluvista henkilöistä. Tämä on julkilausuttuna sääntönä muun muassa Ma-

kontrolli on periaatteessa saavutettavissa. Emoyhtiön hallitus nimittäin saa nimittää itsensä muodollisestikin tytäryhtiön hallitukseksi.

Todellisuus ei kuitenkaan ole aivan mustavalkoinen. Vaikka emoyhtiö omistaa tytäryhtiönsä kokonaan, tytäryhtiön johdolle voi jäädä *de facto* huomattava itsenäinen päätösvalta, oli konsernihallinto järjestetty miten tahansa. Suurissa konserneissa tämä johtuu jo käytännön pakosta: konsernihallinto ei yksinkertaisesti pysty ohjaamaan monilukuisten tytäryhtiöiden toimintaa, vaikka se sitä haluaisikin. Laaja itsenäisyys voi olla myös tietoisien valinnan tulos eli seurata siitä, että konsernin muodostamisella on varta vasten pyritty hajauttamaan päätöksentekoa. Kuitenkin myös periaatteessa ohjaukseltaan hajautetuissa konserneissa konsernihallinto pitää tavallisesti käsissään niin sanotut perusratkaisut konsernissa kuten yhtiörakenteiden muutokset, selvitystilaan hakeutumisen tai yhtiön purkamisen sekä osakepääoman muuttamisen.¹²⁸

Oma ongelmansa syntyy siitä, miten emoyhtiön valta suhteessa tytäryhtiöihin (jota ei kai kukaan voi kiistää) oikeudellisesti selitetään tai konstruoidaan. Emoyhtiön toimielinten toimivalta ei kokonaan syrjäytä tytäryhtiön toimielinten valtaa. Valtarakenteet ovat päällekkäisiä tai oikeammin kaksinkertaisia. Kun kysymys on konsernista, sekä emoyhtiön että tytäryhtiön toimielimet tekevät päätöksiä tytäryhtiötä koskevissa asioissa. Suomalaisessa tutkimuksessa tätä suhdetta selitetään saksalaisperäisesti lisätoimivallan käsitteellä. Sanotaan, että emoyhtiön yhtiökokouksen toimivalta tytäryhtiön asioissa toteutuu "lisätoimivaltana tytäryhtiön omien toimielinten toimivallan ohella".¹²⁹ Yhdysvaltalaisessa yhtiöoikeudessa taas turvaudutaan agenttikonstruktioon; tytäryhtiö toimii emoyhtiönsä etäispäätteenä.¹³⁰ Kumpikin konstruktio valaisee yhtä puolta todellisuudesta. Lisätoimivallalle rakentuva konstruktio selittää yhtäältä emoyhtiön toimielinten roolin ja toimivallan käyttäjien päällekkäisyyden. (Kysymys toimivallanjaosta eli siitä, kuka käyttää emoyhtiössä ohjausvaltaa tytäryhtiöasioissa, on tässä yhteydessä mielenkiintoa vailla.).

Agenttikonstruktio toisaalta selittää loogisesti tytäryhtiön johdon alistei-

rimekko -konsernissa.

128. Näistä konsernin perusratkaisuista ks. Nikkilä 2006 s. 291.

129. Nikkilä 2006 s. 302.

130. Agenttikonstruktioista selitysmallina ks. esim. Andersen 1997 s. 180. Yhdysvaltojen oikeudessa yhtiörakenteiden murtamiseen on kehitetty muitakin tekniikoita. Murtamisessa on turvauduttu muun muassa yleiseen etuun ja trust -analogioihin, vaikkakin yhtiörakenne on kaukana siitä, mitä trust -instituutio perimmältään on. Yhdysvaltojen oikeudesta ks. Villa 1997 s. 380. Trust -instituutiosta ks. Mikkola 2003 s. 85 ja samastusdiskurssin kannalta s. 203.

sen aseman. Pohjoismaita ajatellen tämä konstruktio on kuitenkin virheellinen siinä, että siihen pystytään liittämään sellaisia oikeudellisia vaikutuksia, jotka eivät vastaa oikeustilaa. Päämies tietenkin vastaa agenttinsa kaikista tekemisistä, joten konstruktio avaa tai oikeammin avaisi, jos se hyväksyttäisiin, tien automaattiseen vastuun samastukseen.¹³¹ Se taas murtaisi velka-suhteissa erillisten oikeussubjektien periaatteen.

Kuinka alisteinen tytäryhtiön asema lopulta on, riippuu ratkaisevasti siitä, kuinka tehokkaasti konsernihallinto tosiasiallisesti valvoo tai pystyy valvomaan tytäryhtiöiden tekemisiä ja (yhtä tärkeää) tekemättä jättämisiä. Periaatteessa tiukkin strateginen ohjauskin ohjaustyylinä voi jäädä hampaattomaksi, jos konsernijohto ei tiedä tarpeeksi tytäryhtiön asioista antaakseen adekvaattisia määräyksiä. Toinen malli, yhtiöjohtojen personaaliunioni - tytäryhtiön hallitus koostuu konsernijohtoon edustajista (Marimekko -konsernin malli) - hieman auttaa mutta ei ratkaise informaation ongelmaa. Tällaiset hallituksen jäsenet eivät ehdi päätehtävänsä eli emoyhtiön hallinnon¹³² ohella ohjaamaan kunnolla tytäryhtiön operatiivista liiketoimintaa. Isossa konsernissa näillä jäsenillä lieenee tavallisesti ohjattavanaan (tai suoremmin sanottuna valvottavanaan) useita tytäryhtiöitä, mikä estää kunnollisen perehtymisen tytäryhtiön toimintaan. Sitä paitsi konsernijohtolta ei ole tapana edellyttää toimialaosaamista eli tytäryhtiön toimialan tuntemusta. Etenkin suurissa konserneissa konserniohjausta varten on luotu sisäisen valvonnan järjestelmiä. Siitä huolimatta tehokkaan ohjauksen rajat tulevat lopulta vastaan. Kirjallisuudessa on katsottu, että jo neljän toimialan - eli yksinkertaistetusti tytäryhtiön - ohjaaminen tuottaa vaikeuksia konsernihallinnolle. Konsernihallinnon yksittäisten jäsenten kapasiteetti on tietenkin vielä suppeampi.¹³³

Oma kysymyksensä on, mikä on sisäisen tarkastuksen rooli konsernihallinnossa. Se näyttää julkisen aineiston valossa varsin merkittävältä. Esimerkiksi TeliaSonera-konsernissa sisäisen valvonnan tehtävät määritellään seuraaviksi: konsernin omaisuuden turvaaminen, talousraportoinnin luotettavuuden varmistaminen ja liiketaloudellisten tavoitteiden saavuttamisen turvaaminen. Talousraportoinnin luotettavuuden korostaminen selittyy sillä, että konsernia ohjataan ihannetapauksessa "pelkän kuukausituloraportoin-

131. Emoyhtiön ja tytäryhtiön samastamista keinona konserniongelman ratkaisemiseksi tarkastellaan jäljempänä jaksossa 3.4. .

132. Ks. Lainema 1998 s. 165.

133. Lainema 1998 s. 163.

nin perusteella.”¹³⁴ Sisäisen valvonnan merkitystä osoittaa jo se, että vuoden 2011 vuosikertomuksessa valvonnan kuvaukseen käytetään neljä tiivistekstistä sivua.¹³⁵ Myös Finnair-konsernin taloudellinen katsaus 2011 sisältää vastaavan kuvauksen. Siinä määritellään lisäksi sisäisen valvonnan painoalue. “Konsernin politiikkana on rajata näiden riskien (eli rahoitusriskien) aiheuttamaa epävarmuutta kassavirtaan, tulokseen ja pääomaan.”

Konserniohjaus jättää harvoin asiakirjoin osoitettavaa jälkeä. On arveltu, että käytännössä konsernijohton edustaja ottaa henkilökohtaisesti yhteyttä tytäryhtiön johdon henkilöihin, ohjaus tapahtuu “yleensäkin välittömillä kontakteilla eri konserni- ja toimintayksiköihin”.¹³⁶ Maksuvaikeuksissa kamppaileva konserni tuskin asettaa toimenpiteiden dokumentointia päätavoitteekseen. Sitä paitsi joskus tavoitteena voi nimenomaan olla johtamisen peittäminen tai tapahtumakulun hämärtäminen. Tällöin konserniohjauksen rooli joudutaan pääättelemään olosuhteista. Kun tytäryhtiö tekee jotain odotamatonta ja oman intressinsä vastaista, selitys on useimmiten konsernijohtolta saatu käsky.

2.3 KONSERNISUHDE LUOTONANTAJAN RISKINÄ

2.3.1 VAROTTAVA INFORMAATIO

Itsestään selvänä on pidetty, että konserniyhteys eli yhtiön kuuluminen konserniin muodostaa vaaran sivullisille kuten yksittäisen konserniyhtiön sopimuskumppaneille tai velkojille.¹³⁷ Tätä enemmän tai vähemmän konkreettista vaaraa voidaan kutsua vaikkapa konserniriskiksi. Erityisesti se, joka antaa luottoa konserniin kuuluvalla yritykselle, ottaa kannettavakseen tällaisen konserniriskin eli keskimääräistä suuremman riskin. Myös perimmäinen syy riskin kasvamiseen on tunnettu pitkään. Kun itsenäisessä yhtiössä oman hyödyn tavoittelu pitää yhtiön varallisuutta luontaisesti koossa, konsernissa varallisuus liikkuu konserniyhtiöiden välillä vapaasti - ja mikä luotonantajan kannalta on pahinta - arvaamattomasti. Varojen liikkuvuutta konsernissa on-

134. Näin Pellinen 2005 s. 87.

135. Näin financials: taloudellinen katsaus 2011 s. 59.

136. Ks. Koski 1980 s. 66. Hän mainitsee yhteydenpidon välineinä kiertokirjeet, ohjekirjat, “suulliset yhteydet”, yhteiset toimikuntien kokoukset ja neuvottelutilaisuudet sekä tarkastuskäynnit tytäryhtiöissä.

137. Hakman 1993 s. 158 ja Siltala 2008 s. 37. Riski ei tietenkään poistu toteamuksilla, joiden mukaan emoyhtiön valtaa rajoittaa “tarve ottaa huomioon” tytäryhtiön velkojat. Ks. Nikkilä 2006 s. 167.

kin osuvasti verrattu “rahan siirtämiseen taskusta toiseen”.¹³⁸ Konserniriskin ääri-ilmentymä on tarkoituksellinen konkurssi, jota kutsutaan sievistellen strategiseksi konkurssiksi. Sen tyypillisimmässä tapauksessa emoyhtiö siirtää kaiken varallisuuden pois velkaantuneesta tytäryhtiöstä ja “päästää” tytäryhtiön konkurssiin.¹³⁹ Kuvaavan sanonnan mukaan tällöin lopputulos on, että “velat tekevät konkurssin”. Myös kuuluminen yritysryhmään luo ylimääräisen riskin muun muassa luotonantajalle. Vaarana ei tällöin ole niinkään varallisuuden vapaa liikkuminen yritysryhmässä kuin se taloudellinen kohtalonyhteys, joka yritysryhmässä herkästi muodostuu.¹⁴⁰ Tällöin yhden yritysryhmän yrityksen romahdus vahingoittaa vakavasti jäljelle jääviä yrityksiä.

Riskikerroin ei kuitenkaan ole vakio. Koska konsernia johdetaan emoyhtiöstä, sen intressit asetetaan tavallisesti etusijalle. Luotonanto emoyhtiölle tai sopimuksen tekeminen sen kanssa on suhteellisen turvallista. Ja kääntäen: kaikkein suurimmassa vaarassa ovat tytäryhtiölle luottoa antaneet velkojat. Tytäryhtiön varallisuus voidaan vastikkeettomasti siirtää joko emoyhtiölle tai toiselle tytäryhtiölle käytettäväksi sen velkojen maksuun.¹⁴¹ Nimenomaan viimeksi mainittu eli varojen siirtäminen tytäryhtiöltä toiselle tytäryhtiölle on saanut korkeimman riskiluokituksen. Tytäryhtiöt kun harvemmin tukevat vastavuoroisesti toisiaan.

Helposti unohtuu, että varallisuuden sujuva liikkuvuus konsernissa on kaksikasvoinen ilmiö. Se ei ole pelkästään vahingoita velkojia. Yhtä hyvin jonkun konserniin kuuluvan yhtiön velkojat voivat hyötyä eräänlaisesta onnenkantamoisesta, kun velallisyhtiöön siirretään varoja muista konsernin yhtiöistä. Jos näin käy, alun perin maksukyvyttömäksi arvioitu yhtiö kykenee vastoin odotuksia selviytymään kunnialla veloistaan. Vahingoittavat varallisuudensiirrot ovat kuitenkin olleet tutkimuksessa ja mediajulkisuudessaakin enemmän esillä kuin hyödyttävät varallisuudensiirrot. Inhimillistä nimittäin on, että “hyötyvät” velkojat vaikenivat onnestaan, kun taas “kärsivät” velkojat valittavat äänekkäästi vahinkoaan. Tämä hämärtää mielipiteenmuodostusta,

138. Kaisanlahti 2006 s. 575. Tai yleisemmin ilmaistuna: “konsernissa varojen, velkojen ja liiketoiminnan sijoittaminen eri yhtiöihin tehdään yhtenäisen liiketoimintasuunnitelman puitteissa, jonka sisällön emoyhtiö voi päättää määräämisvaltansa nojalla.” Näin Immonen 1994 s. 46.

139. Hansen 1996 s. 63. Hän muistuttaa myös mitalin (eli keskinäisen riippuvuuden) kääntöpuolesta. Tytäryhtiön taitamaton johto voi aiheuttaa suurta vahinkoa emoyhtiölle ja vetää senkin mukanaan tuhoon eli konkurssiin.

140. Tämä tietenkin johtuu siitä, että yritysryhmässä ei ole konsernihallintoon rinnastuvaa keskusjohtoa, joka voisi “liikuttaa” varallisuutta.

141. Ks. Siltala 2008 s. 81. Nähtävästi tavallisin tapaus on kuitenkin se, jossa tytäryhtiön varat siirretään emoyhtiöön ja käytetään niiden velkojen maksamiseen, joista pääomistaja on henkilökohtaisesti vastuussa. Ks. Hakman 1993 s. 158 (‘useita tapauksia’).

koska kukaan ei todellisuudessa tiedä, mikä on varallisuudensiirtojen kokemusperäinen suunta konserneissa ja mitkä tekijät siihen vaikuttavat. Emme tiedä edes sitä perusasiaa, ohjaako konsernihallinto mieluummin varoja maksuvaikeuksissa kamppailevaan yhtiöönsä vai pois päin siitä.

Tässä suhteessa moite on kohdistettavissa myös insolvenssioikeuden tutkimukseen. Se on syystä tai toisesta omaksunut käsityksen, jonka mukaan konsernin johto lähtökohtaisesti siirtää varallisuutta vastikkeettomasti maksuvaikeuksiin joutuneesta tytäryhtiöstä joko itselleen tai toiselle, elin-kelpoiselle tytäryhtiölle. Oma kysymyksensä myös on, miten varojen vapaa liikkuvuus konsernissa (tai oikeastaan sen mahdollisuus) vaikuttaa koko konsernin rahoituksen saamiseen. Kuten tunnettua, luotonannossa epävarmuus kompensoidaan korkeammalla korolla. Koska emoyhtiö valvoo tehokkaasti intressejään konsernissa, se saa luottoa ainakin periaatteessa matalammalla korolla kuin tytäryhtiö. Näin saamiaan luottoja se voi käyttää tytäryhtiöiden hyväksi.

Konsernirakenteen tuomaan riskiin suhtaudutaan lainsäädännössä varsin vakavasti. Sitä minimoidaan monilla tavoilla. Ensimmäinen tapa suojata ulkopuolisia on, että heidän mahdollisuuksiaan saada informaatiota konsernin kokonaistilanteesta parannetaan. Konsernin kokonaistilannehan heijastuu lopulta yksittäisten yhtiöiden taloudelliseen asemaan. Mitä suuremmassa taloudellisessa ahdingossa konserni kokonaisuutena on, sitä todennäköisimmin siinä turvaudutaan sellaisiin ”sisäisiin” järjestelyihin, jotka loukkaavat jotakin velkojatarhaa. Hyvinvoivassa konsernissa riski on pienempi. Toki sisäisiä järjestelyjä tehdään sielläkin, mutta niiden tavoitteena on tavallisesti niin sanottu verosuunnittelu eli selkokielellä verotuksen minimointi. Tiedonsaantia tehostaa konsernitilinpäätös, jollainen muiden kuin pienten konsernien on laadittava.¹⁴²

Kuten edellä todettiin, informaatiolle rakentuva suojamuuri murtuu juuri niiden pienehköjen konsernien kohdalla, jotka todennäköisimmin ajautuvat maksuvaikeuksiin. Konsernitilinpäätöstä ei nimittäin ole tällaisissa konserneissa pakko laatia. Eri asia on, että osakeyhtiölain mukaan pienenkin konsernin on tehtävä konsernitilinpäätös, jos se jakaa varoja osakkeenomistajille. Tosin maksuvaikeuksiin joutunut konserni ei yleensä pysty jakamaan osinkoja tai muita varoja, joten poikkeussääntö ei paljoakaan lohduta. Säännökset konsernitilinpäätöksestä ovat pääasiallisesti kirjanpitolaissa, joten tätä ensimmäistä suojamuuria voidaan kutsua myös kirjanpidolliseksi. Logiik-

142. Ks. esim. Mähönen-Villa 2006b s. 253.

kana on, että sivullinen (esim. juuri luotonantaja) pystyy arvioimaan konserniriskin ja ottamaan sen päätöksenteossaan huomioon - esimerkiksi hinnoittelemalla luottonsa oikein. Tässä mielessä voidaan puhua konserniriskin hallinnasta ”pehmein keinoin”. Yhtiöoikeudellisen sääntelyn painopisteen voi sanoa olevan tässä tiedonvälittymisessä eli julkisen informaation lisäämisessä.¹⁴³

2.3.2 TORJUVA SÄÄNTELY

Siltä varalta, että tehostettu informaation tuottaminen ja jakelu ei riitä velkojien suojaksi, lainsäätäjät käyttävät järeämpiä välineitä. Ensiksikin osakeyhtiölaki rajoittaa yhtiön varojen jakamista osakkeenomistajille. Varoja ei saa jakaa, jos siitä päätettäessä tiedetään tai pitäisi tietää, että varoja jakava yhtiö on maksukyvytön tai tulee varojen jakamisen seurauksena maksukyvyttömäksi (OYL 13:2). Tätä niin sanottua maksukykyisyydestä sovelletaan kaikkeen varojen jakamiseen, ei siis pelkästään osingonjakoon.¹⁴⁴ Varojen jakamisella nimittäin tarkoitetaan mitä tahansa liiketapahtumaa, joka vähentää yhtiön varoja tai lisää sen velkoja ilman liiketaloudellista perustetta (OYL 13:1.1). Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2006:90 tytäryhtiön antamaa vakuutta emoyhtiön (joka tosin tässä oli osuuskunta) velasta pidettiin kiellettyinä varojen jakamisena, koska pantin lopullinen menetys oli vallitsevissa olosuhteissa hyvin todennäköinen.¹⁴⁵ Liiketaloudellinen peruste taas on, oikein tai väärin, samastettu ”oikeudelliseksi hyväksyttävyydeksi”. Se taas sisältää yhtäältä pätevän syyn varojen jakamiseen, toisaalta taas asianmukaisten muotojen noudattamisen.¹⁴⁶

143. Toki painotuksen määrittely on maksuasiasia. ”Suomen osakeyhtiölaissa pääpaino on konserneja koskevan julkisen informaation lisäämisessä sekä konsernin voitonjaon sääntelyssä.” Näin af Schultén 2003 s. 26. Informaation lisääminen on myös Euroopan unionin tavoitteena: se vaatii, että jäsenvaltiot ”- - - at a minimum, oblige companies (other than smaller ones) to reveal all material related-party transactions that have not been concluded under ‘normal’ market conditions.” Samalla on kummasteltu, kuinka konsernioikeuden luvattu maa, Saksa, tässä suhteessa tyytyy tiedottamisen minimivaatimuksiin. Ks. Kraakman ym. 2009 s. 128 ja 156. 144. Mähönen-Villa 2007 s. 310. Aikanaan apua haettiin myös ”hyvästä liiketavasta”. Se kielsi esimerkiksi luotonannon tytäryhtiölle siinä tarkoituksessa, että tämä ostaisi emoyhtiön osakkeita - ja nostaisi emoyhtiön osakkeiden arvoa pörssissä. Ks. Caselius-Heikonen-Huttunen 1964 s. 237. 145. Ratkaisun ja vuoden 2004 ratkaisujen eroksi on katsottu, että ratkaisussa KKO 2006:90 harkinnassa otettiin huomioon myös ”saavan” yhtiön olosuhteet, kun taas vuoden 2004 ratkaisuissa varallisuudensiirtojen hyväksyttävyyttä tarkasteltiin ”antavan” yhtiön kannalta. Ks. Vedenkannas 2009 s. 157. Tällä ei ehkä ole suurta eroa, sillä ”saavan” yhtiön olosuhteet tietenkin vaikuttavat siihen, mikä on järkevää antavan yhtiön kannalta. 146. Vahtera 2012 s. 288.

Maksukykytestiä vaaditaan luonnollisesti myös, kun tytäryhtiö jakaa varojaan emoyhtiölle. Konserniyhteys vaikuttaa lähemmin määrittelemättömällä tavalla testiin. Vaikka maksukykyisyydesti perustetaan jakavan yhtiön tilinpäätökseen, on kuitenkin katsottu, että myös ”konsernitiedoilla” on merkitystä arvioitaessa testin täyttymistä.¹⁴⁷ Kannattaa kuitenkin muistaa, että varojen jakamista koskevia säännöksiä ei ole laadittu konsernisuhteita ajatellen. Konserniyhtiön velkojien niiden kautta saama suoja on eräänlainen sääntelyn sivutuote. Maksukykytesti on tehtävä sekä siirrettäessä varoja emoyhtiöltä tytäryhtiölle että varojensirrossa tytäryhtiöltä emoyhtiölle tai toiselle tytäryhtiölle. Käytännössä asianmukaisesti tehty testi rajoittanee erityisesti varojen siirtämistä tytäryhtiöstä toiseen tytäryhtiöön. Samalla on kuitenkin muistettava, että OYL 13:2 on eräissä suhteissa niin sanottu kumipykälä. Se on niin avoin, että subjektiivisille arvostukselle jää paljon tilaa.¹⁴⁸ Toinen testin luotettavuutta rasittava tekijä on, että pykälän vastainen toiminta ei välttämättä johda korvausvastuuseen, sillä niin sanottu suojatarkoitussoppi rajoittaa huomattavasti vastuuta väärästä maksukykytestistä. Korvausvastuu nimittäin syntyy vain, kun sivuutetulla säännöksellä on pyritty estämään juuri sellainen vahinko, joka sittemmin syntyi.¹⁴⁹ Korrelaatio on tulkinnallisesti ja todistelun kannalta vaikea ja näin de facto hyvin tehokas lakimääräisen korvausvastuun minimoija.

Yhtiöoikeudellisen maksukykytestin ja insolvenssioikeuden maksukyvyttömyysarvion yhtäläisyyksiin palataan jäljempänä.¹⁵⁰ Jo tässä vaiheessa on kuitenkin syytä sanoa, että sisällöllisesti maksukykytestissä ja maksukyvyttömyyden arviossa ei oikeastaan ole eroavaisuuksia. Kummassakin mitataan suurin piirtein samaa. Sen sijaan maksukykytestin luotettavuus on lähtökohdaisesti heikompi yksinkertaisesti siksi, että testin tekee yhtiö itse. Sen sijaan insolvenssioikeudellisen arvion suorittaa ulkopuolinen lainkäyttöelin, tuomioistuin. Selvää myös lienee, että mitä vapaamuotoisemmin ja epävirallisemmin testi tai arvio tehdään, sitä epäluotettavampi se on. Lopputulokseen vaikuttaa vielä suuresti testin tai arvion adversiaalisuus tai sen vastakohta, tekemisen yksipuolisuus. Kärjistäen voidaan sanoa, että yhtiöoikeudellisesta testistä puuttuu täysin lopputuloksen riitauttava vastapuoli (esim. epäuskoisten velkoja), kun taas insolvenssioikeudellisesta maksukyvyttömyysarviosta sellainen löytyy. Vastapuoli on tällöin maksukyvyttömyysväitteen kiistävä ve-

147. Mähönen-Villa 2007 s. 317.

148. Immonen-Ossa-Villa 2011 s. 165.

149. Ks. lähemmin Nyström 2012 s. 7.

150. Ks. jäljempänä jakso 4.6.4.

lallinen (konkurssihakemus) tai takaisinsaantivastaaja (takaisinsaantikanne).

Kirjallisuudessa on vaadittu velkojien konkreettisempaa ja samalla tehokkaampaa suojaamista varojen jakamisessa. Painotus tulisi siirtää nykyisestä jälkikontrollista velkojien ennakolliseen suojaamiseen. Tämä saataisiin aikaan ennen kaikkea niin sanotun proseduralismin keinoin, toisin sanoen uudistamalla päätöksenteossa noudatettavat menettelytavat. Laissa tulisi tästä syystä säätää konkreettisemmin maksukykyisyydestin menettelyllisestä ja aineellisesta laatimisesta, testin laatimatta jättämisen seurauksista ja johdon vastuusta. Testin uskottavuus nousisi ja velkojien suojan taso vahvistuisi, jos laissa säädettäisiin selvästi muun muassa siitä, että testi on yhtiön johdon vastuulla, testin on liityttävä ajallisesti päätöksentekoon varojen jakamisesta, testi on julkistettava ja testin tekemättä jättäminen tai sen sisällön tahallinen vääristely on sanktioitava.¹⁵¹ Näihin ehdotuksiin on helppo yhtyä. Sitä paitsi alkava taantuma johtaa yritystoiminnan kannattavuuden yleiseen laskuun, mikä taas vuorostaan lisää maksukykytestiin kohdistuvia odotuksia.

Insolvenssioikeuden tarjoamat keinot - samastus, takaisinsaanti ja niin edelleen - muodostavat kovien keinojen valikoiman. Nämä keinot ovat tavaltaan viimeinen suojamuuri, koska näitä keinoja tarvitaan vain, kun mikään muu ei auta.¹⁵² Viimesijaisilla keinoilla puututaan jo tapahtuneisiin varallisuudensiirtoihin, kun taas ensisijaiset keinot yrittävät lähtökohtaisesti estää epälojaaleja ja velkojia vahingoittavia varallisuudensiirtoja. Asia erikseen on, että yhtiöoikeudellisetkin keinot kuten varojen jakamista koskevat rajoitukset vaikuttavat monasti vasta jälkikäteen. Toisin sanoen ne vaativat varojen siirtämisen peruuttamista, eli palautusta. Kovien keinojen tarpeellisuus riippuu tietenkin ratkaisevasti siitä, miten hyvin ensimmäiset suojamuurit toimivat. Ainakin takaisinsaannin kohdalla oikeuskäytännön (suhteellinen) runsaus tuntuu kielivän ennalta estävien järjestelyjen tehottomuudesta. Viimesijaisiksi tarkoitettuihin insolvenssioikeudellisiin turvamekanismeihin kun turvaudutaan yllättävän usein. Kuten jäljempänä tullaan havaitsemaan, velkojien puutteelliseksi koettu oikeussuoja tuntui aktualisoituvan siinä takaisinsaantiperusteiden ankarana tulkintana, mikä oli tyypillistä vanhemmalle oikeuskäytännölle. On syytä pitää mielessä, että insolvenssioikeudellisia suojasäännöksiä ei niitäkään ole, kuten edellä todettiin, laadittu konsernia varten. Suojasäännökset ovat päinvastoin yleissäännöksiä. Ne

151. Villa 2010 s. 363.

152. Siltala 2008 s. 80. Tämä on huomattu ennenkin. Esimerkiksi takaisinsaannin ongelmallapseen, konserniavustukseen, on mahdollista puuttua ”yhtiöoikeudellisin keinoin”. Ks. Kaisto 2006 s. 110.

ovat tarkoitetut sovellettaviksi siihen riippumattoman ja itsenäisesti toimivan velallisyhtiön tapaukseen, joka muodostaa insolvenssioikeuden perustilanteen, eli edellä viitatus *yksi/yksi* -mallin.¹⁵³

Joku voi lukea rikosoikeudellisen vastuun uhan vielä yhdeksi ja tavallaan ylimääräiseksi suojamuuriksi. Laiton varojen jakaminen tulee enimmäkseen rangaistavaksi sellaisena velallisen epärehellisyytenä, joka aiheuttaa maksukyvyttömyyden, ellei siihen ole ollut "hyväksyttävää syytä" (RL 39:1.1:n 2-k).¹⁵⁴ Vaikka varmuutta ei ole, rikosvastuun ennalta estävä vaikutus lienee suurempi kuin varojenjakorajoitusten. Jälkimmäisten rikkomisesta seuraa vain velvollisuus palauttaa laittomasti jaetut varat.¹⁵⁵ Sitä paitsi koko konsernin konkurssissa tällä palautusvelvollisuudella ei ole suurtakaan käytännön merkitystä, koska yhtiöt ovat tavallisesti kaikki maksukyvyttömiä - eivätkä pysty täysimääräisiin palautuksiin. Kaikista suojajärjestelyistä huolimatta velkojan paras turva on näin hänen oma huolellisuutensa. Huolimaton velkoja kärsii helposti vahinkoa eli luottotappion, kun hän antaa luottoa konserniin kuuluvalla yhtiölle. Jotta luottotappiolta tässä tapauksessa välttyttäisiin, velkojan on ensiksikin pystyttävä erottamaan "yhtiörajat" ja toiseksi pystyttävä luottoaikana valvomaan konsernin sisäisiä varallisuudensiirtoja.¹⁵⁶

Vaikka neuvo on käytännön luotonantoja ajatellen eittämättä hyvä, se tavallaan syylistää suhteettomasti luoton antanutta velkojaa. Velkojan mahdollisuudet valvoa luottoaikana konsernin sisäisiä varallisuudensiirtoja ovat nimittäin olemattomat, koska lakisääteistä tiedonsaantia ei ole järjestetty. Vielä vähemmän velkojalla on luottoaikana keinoja puuttua vaarallisiksi ja illojaaleiksi katsomiinsa varallisuudensiirtoihin konsernissa, vaikka ne tulisivat hänen tietoonsakin. Tilanne muuttuu vasta velallisyhtiön insolvenssimenettelyssä. Toki institutionaalinen luotonantaja voi minimoida - tai oi-

153. Ks. edellä jakso 1.1.1.

154. "Hyväksyttävä syy" samastuu monasti kysymykseen, onko luovutetusta omaisuudesta saatu täysi vastike. Ks. esim. Hoffrén 2008 s. 73. Tämä on tietenkin vain pääsääntö, sillä "hyväksyttävä syy" voi olla joku muukin liiketaloudellinen selitys. Sitä paitsi kaikki täyden vastikkeen tuottavat luovutukset eivät ole liiketaloudellisesti järkeviä.

155. Myös takaisin saantisäännösten ennalta estävää vaikutusta luultavasti liioitellaan. Menestynyt takaisinsaanti johtaa vain alkutilan palauttamiseen eli velkoja saa sen aseman, mikä hänellä olisi ollut ilman perääntyvää määräämistointa kuten saatua maksua tai vakuutta. Ks. Koulu 1999 s. 4.

156. Immonen 1994 s. 46. Velkojan oman vastuun lisääminen on myös tulkinnan argumentti. "OYL on orientoitu niin, että se korostaa velkojien omaa vastuuta riskinhallinnastaan - -, mitä taustaa vasten voisi olla johdonmukaista, että suojatarkoitussoppi sulkee pois konkurssipesän mahdollisuuden vedota OYL 20:23.1:n rikkomiseen." Ks. Nyström 2012 s. 11. Kun velkojan keinot "hallita" riskiään ovat varsin vähäiset, moraalisen vastuun sysääminen velkojalle ei tunnu järin reilulle.

keammin yrittää minimoida - riskiään luotonantosopimuksen muotoilulla. Sopimuksessa saatetaan esimerkiksi määrätä, että ilman velkojan suostumusta tytäryhtiö ei saa tehdä sen toiminnan kannalta merkittäviä ratkaisuja.¹⁵⁷ Tällaisten sopimuslausekkeiden teho on vähäinen, joskin niitä paremman puutteessa käytetään etenkin kansainvälisissä luottosopimuksissa. Heikko teho seuraa sanktiomekanismin puuttumisesta. Määräyksen rikkomisen sanktiona on tavallisesti vain luoton ennaikainen erääntyminen. Sanktio on taas suojajärjestelmän todellisessa testissä eli insolvenssimenettelyssä yhdentekevä, koska konkurssi eräännyttää joka tapauksessa kaikki velalliseen kohdistuvat saatavat (KonkL 1:5).

2.4 KONSERNIN RAKENTEELLINEN JÄNNITE: KONSERNI-INTRESSI VAI YHTIÖINTRESSI?

2.4.1 YHTIÖINTRESSIN PERIAATTEELLINEN ETUSIJA

Konsernirakenteen tuomat ongelmat johtuvat perimmältään siitä, että konsernin yhteistä etua (jota on vakiintuneesti kutsuttu konserni-intressiksi¹⁵⁸) ja yksittäisen konserniyhtiön erityistä etua (jota kutsutaan tässä tutkimuksessa yhtiöintressiksi) on niin vaikea sovittaa yhteen. Oikeudellisesti yhtiöintressi asetetaan säännönmukaisesti etusijalle: esimerkiksi tytäryhtiön hallituksen on valvottava periaatteessa vain oman yhtiönsä etuja. Tosin myönnetään, että monasti ja etenkin pitkällä tähtäimellä konserni-intressi voi tuottaa myös tytäryhtiön kannalta paremman tuloksen kuin tiukka pitäytyminen yhtiöintressiin. Konserniin kuulumisen strategiset edut saattavat siis syrjäyttää yhtiön taktisen edun.¹⁵⁹ Tällaisissa tilanteissa ero konserni-intressin ja yhtiöintressin välillä sumenee. Se, että näin voi tapahtua ja ehkä useimmiten tapahtuukin, ei tietenkään poista mahdollisuutta, että yksittäistapauksissa intressit ovat sekä erillisiä että vastakkaisia.

157. Ks. Nikkilä 2006 s. 168.

158. Tässä vaiheessa on aika yrittää määritellä konserni-intressin käsite. Se on yllättävän työlästä, sillä monet kirjoittajat eivät määrittele, mitä he sillä tarkoittavat. Määritelmätkin vaihtelevat. Käyttökelpoisin lienee seuraava määritelmä: "Konserni-intressillä tarkoitetaan konserniyhtiöiden muodostaman taloudellisen kokonaisuuden intressiä, joka ei ole samastettavissa tytäryhtiöiden tai emoyhtiönkään yksittäisiin intresseihin". Ks. Pönkä 2012 s. 327. Kriitikko tosin sanoisi, että konserni-intressi tulee tällöin määritellyksi negaation kautta, joten määritelmä ei sano vielä paljoakaan siitä, mikä konserni-intressi oikeastaan on. Tässä tutkimuksessa konserni-intressillä tarkoitetaan lähtökohtaisesti sitä etua, minkä tarkasteltava yhtiö saa kuulumisesta konserniin.

159. Pönkä 2013 s. 32. Hän tosin puhuu pitkän tähtäimen ja lyhyen aikaperspektiivin intresseistä.

Ristiriita konserni-intressin ja yhtiöintressin välillä kärjistyy, kun konsernihallinto (jonka tehtäviin konserni-intressistä huolehtiminen kuuluu) pakottaa konserniin kuuluvan yhtiön tekemään jotain sellaista, mitä ei se "riippumattomana yhtiönä" tekisi.¹⁶⁰ Ristiriita muuntuu juridisissa yhteyksissä kysymykseksi siitä, muodostaako konserni-intressi sellaisen "hyväksyttävän syyn" tai "liiketaloudellisen perusteen", joka oikeuttaa tällaiseen käyttäytymiseen. Kirjallisuudessa on pidetty selvänä, että jännite purkaantuu erityisesti "vararikkotilanteesta".¹⁶¹ Ongelmallisiksi konsernihallinnon seurausmiöiksi on määritelty konsernipankin käyttäminen, konserniavustuksen ja sisäisten palvelujen hinnoittelu, eli edellä viitatu takaisinsaannin luontaiset kohteet.¹⁶²

Käsitteenmuodostuksen lähtökohta, erillinen oikeussubjektius veisi johdonmukaisesti noudatettuna siihen, että yhtiöintressi - eli konserniin kuuluvan yhtiön oma etu - sivuuttaisi aina ja kaikissa yhteyksissä konserni-intressin. Näin ei kuitenkaan selvästikään tapahdu. Jos konserni-intressi nimittäin väistyisi totaalisesti, konsernirakenteen sisältämä jännite luonnollisesti häviäisi. Konserniin kuuluvaa yhtiötä kohdeltaisiin tulkinnassa ikään kuin sitä riippumatonta ja itsenäistä (eli yksinäistä) yhtiötä, joka muodostaa perusmallin niin yhtiöoikeuden kuin insolvenssioikeudenkin tutkimuksessa. Tästä syystä joudutaankin kysymään, missä tapauksissa näin ei käy, toisin sanoen konserni-intressi otetaankin, tavalla tai toisella, huomioon tulkinnossa. Vielä muutama vuosi sitten tällaisia tapauksia pidettiin varsin sekä epätavallisinä että epätyypillisinä. Saatettiin joltisellakin oikeutuksella väittää, että Suomen oikeudessa konserni-intressi on oikeusvertailevasti poikkeuksellisen heikko ja sitä paitsi vailla institutionaalista tukea.¹⁶³

Ensimmäiseen väitteeseen on periaatteessa yhdyttävä. Suomi kuuluu muiden pohjoismaiden ohella (vähäisenä poikkeuksena Tanska) niin sanotun klassisen konserniteorian maihin.¹⁶⁴ Näissä maissa konserni-intressiä ei lähtökohtaisesti tunnusteta. Sen sijaan on vaikeampi määritellä yleisellä

160. Immonen-Ossa-Villa 2011 s. 272.

161. "Jos tytäryhtiö tai konserni kokonaisuudessaan on joutunut konkurssiin tai yrityssaneeraukseen, tytäryhtiön velkojia, jotka eivät välttämättä ole velkojina muissa konserniyhtiöissä, kiinnostaa luonnollisesti kysymys siitä, olisiko jokin muukin taho konsernissa kuin tytäryhtiön johto, esim. emoyhtiö ja/tai sen johto, vastuussa vahingosta, joka on syntynyt siitä, että tytäryhtiön johtoa on konsernin kokonaisetujen vuoksi "pakotettu" ryhtymään yhtiön kannalta vahingollisiin toimiin." Näin af Schultén 2003 s. 452. Vaikka kysymyksenasettelu on tämän tutkimuksen kannalta perifeerinen, toteamus tavoittaa muutoin konserniongelman ytimen.

162. Ks. edellä jakso 1.2.1.

163. Näin Siltala 2008 s. 9.

164. Tätä teoriaa käsitellään lähemmin seuraavassa luvussa.

tasolla, onko Suomi tässä suhteessa erilainen kuin muut pohjoismaat. Eri-laisuus kun on katsojan silmässä. Toinen väite, konserni-intressiltä puuttuu institutionaalinen luku, kestää tai kaatuu sen varassa, mikä ymmärretään institutionaaliseksi tueksi. Kuten edellä havaittiin, konserniyhteyden tun-nustavaa lainsäädäntöä ei ole; toisaalta myöskään sen merkityksen epäävää sääntelyä ei ole osoitettavissa. Jos taas tutkimus ja oikeuskäytäntö kelpuute-taan institutionaaliseksi tueksi, kuva kääntyykin yllättäen. Ratkaisuisa KKO 2004:115 ja KKO 2004:69 konserni-intressin vaikutus sinänsä hyväksyttiin, kun kysymys oli konserniyhtiöiden välisestä takaisinsaannista. Tosin konserni-intressi havaittiin näissä konkreettisissa tapauksissa liian epämääräiseksi ja osin todistamattomaksi. Ratkaisuisa on kylläkin tuotu esiin ainoastaan yksi tapa, jolla konserni-intressi voi ilmetä. Emoyhtiön kannattaa tukea tytäryhtiötään, jotta sen omistamat tytäryhtiön osakkeet säilyttävät arvonsa. Kon-kurssissa, johon tytäryhtiö ilman tukea päätyisi, nämä osakkeet nimittäin menettävät kokonaan ja lopullisesti arvonsa. Tosin ratkaisussa KKO 2004:115 osakkeet todettiin alun perinkin arvottomiksi, eikä emoyhtiön antaman kon-serniavustuksen voitu osoittaa nostaneenkaan niiden arvoa.¹⁶⁵

Konserni-intressin sisällöllinen määrittely on järkevää aloittaa sen poh-timisesta, miksi konserneja syntyy ja miksi nämä rakenteet ovat niin elinvoi-maisia. Taloustieteessä konsernit saavat oikeutuksen olemassaoloonsa niin sanotusta parenting -edusta.¹⁶⁶ Tällä edulla tarkoitetaan konkurssihallinnon kykyä luoda konserniin kuuluville yhtiöille enemmän "arvoa" kuin mitä niillä olisi, jos ne toimisivat itsenäisiä ja erillisinä yksikköinä. Ellei tässä onnistuta, konsernihallinto ei hoida perustehtäväänsä - ja periaatteessa konserniraken-teen tulisi purkaantua. Konsernien pysyvyys on tavallaan ensi käden todistus siitä, että tällainen etu on tosiasiallisesti olemassa ja että konsernihallinnot enimmäkseen onnistuvat tehtävässään. Tästä syystä myös oikeustieteessä on pakko myöntää, että konserniin kuulumisesta on yhtiöille tavallisesti hyötyä. Säännönmukaisuutta ei kumoa se, että pystytään osoittamaan joitain tapa-uksia, joissa asianlaita ei ole tämä. Sääntö kumoutuu vasta, kun poikkeuksia on niin paljon, että ne muodostavat tarkasteltavien tapausten enemmistön. Samoin erillisen konsernijohtoon olemassaoloa perustellaan sillä lisäarvolla, jolla se parantaa tulosryhmien ja -yksiköiden päätöksenteon laatua ja rea-gointinopeutta.¹⁶⁷

165. Ks. jakso 5.3.3.

166. Ks. esim. Virtanen 2005 s. 9.

167. Lainema 1998 s. 163.

2.4.2 KONSERNI-INTRESSI: SISÄLTÖÄ HAKEMASSA

Voidaan kysyä, mikä konsernissa olemisen tuoma intressi eli konserni-intressi oikeastaan on. Ilman tällaista täsmentämistä keskustelu konserni-intressin ja yhtiöintressin suhteesta on tuomittu jäämään tuloksettomaksi. Näyttää ilmeiseltä, että on olemassa erikseen emoyhtiön konserni-intressi ja tytäryhtiön konserni-intressi. Emoyhtiön intressi on pyrkimys pitää konserni koossa, tytäryhtiön intressi taas olla mukana konsernissa, toisin sanoen päästä nauttimaan niistä eduista, joita konserniyhteys tarjoaa. Nämä edut on kirjallisuudessa jaettu liiketoiminnallisiin etuihin ja taloudelliseen tukeen. Konserniyhtiöt hyötyvät ensiksikin liiketoiminnastaan siitä, että toimintoja pystytään konsernin sisällä rationalisoimaan, koordinoimaan ja keskittämään tavalla, johon on harvoin mahdollisuuksia itsenäisten ja riippumattomien yhtiöiden välillä.¹⁶⁸ Jos konsernietua ryhdytään analysoimaan, tätä edun ilmentymää voidaan kutsua esimerkiksi ”liiketoimintaeduksi”.

Toiseksi maksu- tai kannattavuusvaikeuksiin joutunut konserniyhtiö voi luottaa siihen, että se saa tukea muilta konsernin yhtiöiltä. Tämä tuki voi tulla suorana (eli konserniavustuksina ja konsernilainoina) tai kriisiyhtiötä suosivana hinnoitteluna. Tämä konserni-intressin ilmentymä on nimettävissä ”tukemiseduksi” tai lyhyemmin ”tukieduksi”, Koska kysymyksessä on vasta todennäköisyys saada tukea, nimitys ”tuen odotuksen etu” olisi parempi joskin liian kömpelö luonteeseen kielenkäyttöön. Osoitettua se olisi, sillä odotettua ja ehkä luvattua tukea ei muilta konsernin yhtiöiltä ehkä de facto saadakaan tosipaikan tullen. Tutkimuksessa on tästä syystä katsottu velkojen riskiä lisääväksi tekijäksi se, että konserni uskottelee velkojille, että kaikki sen muutkin yhtiöt ovat luoton saaneen velallisyhtiön takana.¹⁶⁹ Tukemisetu eroaa tässä suhteessa liiketoimintaedusta, joka on pysyvä. Se säilyy niin kauan kuin konserni jatkaa liiketoimintaansa. Tosin tämäkin etu on viime kädessä katoavainen. Liiketoimintaetu saattaa äkkiä ja totaalisesti hävitä, kun konserni järjestee uudelleen liiketoimintojaan. Tällaiseen järjestelyyn konsernihallinnolla on aina sekä oikeus että mahdollisuus.

168. ”Kuuluminen konserniin merkitsee useasti huomattavia keskinäisestä työnjaosta, muusta toimintojen koordinoimisesta ja rationalisoimisesta, hankintojen ja menekin varmistumisesta yms. seikoista johtuvia etuja kullekin yhtiöille.” Näin jo Koski 1977 s. 177. Uudemmassa näkemyksestä ks. esim. Vedenkannas 2009 s. 167. Taloustieteessä puhutaan tässä yhteydessä konsernin kilpailueduista. Ks. esim. Virtanen 2005 s. 5 ja 36. Johtamistaidon näkökulmasta konsernin etuna on, että ”konsernin ohjaukseen tarvitaan vain hyvin vähän, harvakseltaan tapahtuvaa, keskitettyä tiedon keräystä ja -käsittelyä, sillä intensiivistä tiedonvaihtoa edellyttävät toiminnot ovat tulosityksiköissä.” Näin Pellinen 2005. s. 87. Konsernietu on näin pitkälti informaation kustannustehokasta välittymistä.

169. Kraakman ym. 2009 s. 127.

Nimenomaan tukietu johtaa jännitteeseen perinteisen yhtiöintressin kanssa; yhtiöintressihän on voiton tuottaminen. Voidaan yksinkertaisesti sanoa, että yhtiöintressi sallii (ellei jopa sitä suosi) tuen saamisen muilta konsernin yhtiöiltä mutta asettaa esteen sen antamiselle muille konserni-yhtiöille. Joitakin vivahteita pystytään lisäksi osoittamaan. Kuten oikeuskäytäntö osoittaa, emoyhtiön taloudellinen tuki tytäryhtiölle ei suinkaan aina ole ristiriidassa emoyhtiön (oman) yhtiöintressin kanssa. Emoyhtiön oma yhtiöintressi pikemmin samastuu monasti ja ehkä useimmiten konserni-intressiin eli tarpeeseen pitää konserni koossa. Tällä tarkoitetaan myös sitä, että emoyhtiön kannattaa huolehtia siitä, että tytäryhtiön toimintakyky konsernissa säilyy tai vähintäänkin tytäryhtiön edustama arvo (esim. sen myyntiä ajatellen) ei katoa.

Sen sijaan tytäryhtiön yhtiöintressin kohdalla tällaista intressien sulautumista ei tapahdu. Päinvastoin tytäryhtiön oma yhtiöintressi vaatii, että tytäryhtiö ei tue sen enempää emoyhtiötään kuin muita konserniyhtiöitäkään. Samalla on pakko myöntää, että tuki emoyhtiölle ei saata samalla tavalla vaaraan (tytäryhtiön) yhtiöintressiä kuin tytäryhtiön tuki toiselle tytäryhtiölle. Emoyhtiön aseman vahvistuminen nimittäin heijastuu - olkoonkin etä välittyneenä, viiveellä ja osaksi sattumanvaraisestikin - tukea antaneen tytäryhtiön aseman parantumisenä. Sen sijaan jos tukea annetaan toiselle tytäryhtiölle, heijastuminen on monta astetta epämääräisempää ja hitaampaa. Tukea saaneen tytäryhtiön aseman parantaminen hyödyttää nimittäin ensin emoyhtiötä. Toki voidaan sanoa, että tällöinkin emoyhtiön taloudellinen vahvistuminen taas vuorostaan hyödyttää tai voi epäsuorasti hyödyttää tukea antaneita tytäryhtiöitä. Se, kanavoituuko hyöty ikinä näin pitkälle, riippuu olosuhteista, paljolti myös siitä, mikä määritellään hyödyksi ja kuinka pitkää arviointiperspektiiviä käytetään hyötyä laskettaessa. Selvää kuitenkin on, että välitöntä ja suoraa hyötyä toisen tytäryhtiön tukeminen ei tukevalle tytäryhtiölle anna.

Kolmaskin konserni-intressin ilmentymä on löydettävissä. Se on verotuksellinen, sillä konserni tarjoaa jäsenilleen mahdollisuuksia verotusta minimoiviin järjestelyihin.¹⁷⁰ Näin saatavia hyötyjä voidaan kutsua "verotus-eduksi". Voittoja ja tappioita voidaan siirtää konsernin sisällä yhtiöstä toiseen. Verotusetukin on osaksi mahdollisuus eli tilaisuus voiton/tappion siirtämiseen tulevaisuudessa. Tämä siirtäminen käy tietenkin päinsä ainoastaan niin kauan kuin konsernirakenne säilyy, toisin sanoen sen yhtiöitä ei päästetä

170. Varsinkin ennen tätä verotuksellista etua korostettiin konserniin kuulumisen päämotiivina. Ks. Caselius-Heikonen-Huttunen 1964 s. 237.

82 konkurssiin. Tappiollinen konserniyritys saattaa olla jopa jossain tilanteissa kannattavaa sisaryhtiötään arvokkaampi, koska verotusta voidaan välttää siirtämällä sinne konsernin voittoja. Konserni-intressi ja yhtiöintressi ovat harvoin ristiriidassa, kun kysymys on verotusedusta. Yhdenkään yhtiön etu kun ei vaadi, että se maksaa veroa tuloksestaan. Sen sijaan verotusetu tuottaa eettisen ongelman: onko oikein antaa verotusedulle oikeudellista merkitystä?

Kaavio 5: konserni-intressin ilmentymät ja edunsaajat

ETUTYYPPI	EDUNSAAJA	ASTE
liiketoimintaetu	kaikki konserniyhtiöt	vaihtelee, yleensä suuri
tukietu	tytäryhtiö, joskus muu	vaihtelee suuri suhteessa emoyhtiö/tytäryhtiö
verotusetu	kaikki konserniyhtiöt	yleensä suuri, voi puuttua kokonaan

Kaikesta analysoinnista huolimatta on myönnettävä, että juridiseksi työkaluksi konserni-intressi on jokseenkin kelvoton. Tästä vallinneen täydellisen yksimielisyys. Konserni-intressi on sekä sisällöllisesti epämääräinen että intensiteetiltään vaihteleva. Konserni-intressi heilahtelee lisäksi konsernittain, yhtiökohtaisesti ja ajallisesti. Voi olla, että yksittäinen konserniyritys saa liiketoimintaetua, mutta sillä ei ole mahdollisuutta tukeen tai verotusetuun. Tuki- ja vero-odotukset voivat myös olla negatiivisia: yhtiö joutuu pelkästään antamaan tukea tai se kärsii verotuksessa. Vaikka on helppo sanoa kokonaisyhdyn viime kädessä ratkaisevan, etujen määrittäminen ja painottaminen tuottaa tuomioistuimelle työtä, vaikka sillä olisikin käytettävissään täydellinen informaatio. Tosin tämä ihanne tuskin toteutuu käytännössä, esimerkiksi edellä viitatuissa korkeimman oikeuden vuoden 2004 ratkaisuissa ratkaisuaaineisto näyttää olleen harvinaisen aukollinen. Tällöin ratkaisufunktio siirtyy olettamuksille ja todistustaakkasäännöille, jotka korvaavat aineelliset

2.4.3 AJALLISET VAIHTELUT KONSERNI-INTRESSIN INTENSITEETISSÄ

Jos katsotaan konserni-intressin ajallista heilahtelua, kannattaa erottaa konkurssispesifinen aikavaihtelu ja yleinen aikavaihtelu. Mitä tulee ensimmäiseen, konserni-intressi vahvistuu, kun joku konsernin yhtiöistä joutuu konkurssiin alaiseksi ja kyseinen yhtiö on elintärkeä koko konsernille. Esimerkiksi: kriisiyhtiö huolehtii konsernin suoritteiden yhteisestä markkinoinnista. Tällaisen yhtiön konkurssi merkitsisi, että konsernin jakeluketju jouduttaisiin järjestämään uudelleen. Jakeluketjun uudelleenjärjestely taas aiheuttaisi viiveen, kustannuksia ja luultavasti markkinoiden menetystä. Näin ollen keskeisen konserniyhtiön tukeminen - esimerkiksi konserniavustuksilla - on sekä konsernin kokonaisedun mukaista että myös tukea antavien konserniyhtiöiden intressissä. Konsernirakenne ja liiketoimintaedut saadaan säilytetyiksi - ja muut konserniyhtiöt voivat käyttää edelleen kriisiyhtiön palveluksia. Makuasiaksi jää, voidaanko tällaisessa tilanteessa ylipäättään erottaa konserni-intressiä ja yhtiöintressiä. Ne tuntuvat pitkälti sulautuneen. Aktuaalinen konkurssi muodostuu kuitenkin vahvaksi intressien vedenjakajaksi, ajateltiin tilannetta sitten säilyneen konsernin tai yhtiön itsensä kannalta.

Asiat nimittäin muuttuvat perustavasti, jos tai kun pahin tapahtuu eli yksikin konserniyhtiö asetetaan konkurssiin. Konserniin kuulumisen edut kääntyvät enimmäkseen haitoiksi. Ensiksikin konserniyhtiöiden väliset suhteet ovat tavallisesti monimutkaiset ja monasti sekavatkin, joten niin omaisuusselvitys kuin velkaselvitys muodostuvat alkaneessa konkurssissa kalliimmiksi kuin riippumattoman yhtiön konkurssissa. Toiseksi konsernin yhtiöt ovat monasti niin riippuvaisia toisistaan, että niiden varallisuuden rahaksi muuttaminen toiminnallisina kokonaisuuksina on mahdotonta. Jos konkurssiin asetettu konserniyhtiö on esimerkiksi toisen konserniyhtiön ainoa asiakas, sen omaisuuden realisointi yhtäältä riippuu asiakkaana olevan konserniyhtiön kohtalosta, toiseksi se parhaassakin tapauksessa tapahtuu alihintaan, koska potentiaalisia ostajia on vain yksi.¹⁷² Jos taas asiakkaana

171. Ks. jäljempänä jakso 5.3.3. ja 5.5. Ks. myös edellä jakso 2.4.2.

172. Kansainvälisessä insolvenssioikeudessa onkin aiheellisesti tunnettu huolta niistä haitoista, joita yritysryhmän jäsenyys aiheuttaa pesänselvitykselle ja erityisesti realisoinnille. Ks. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010 s. 11. Yllä mainittu esimerkki on nimittäin tästä julkaisusta.

ollut konserniyhtiökin lopettaa toimintansa, ostajia ei luultavasti ole ensimmäistäkään. Haitat kasvavat sitä mukaan, mitä useampi konsernin yhtiö ajautuu konkurssiin.

Jos taas tarkastellaan konserni-intressin yleistä aikavaihtelua, siinä pystytään erottamaan historiallinen konserni-intressi, nykyhetken konserni-intressi ja tulevaisuuden konserni-intressi. Tulevaisuuden konserni-intressi aktualisoituu erityisesti, kun mietitään insolvenssimenettelyn aloittamisen edellytyksiä ja varsinkin yksittäisen konserniyhtiön maksukyvyttömyyttä. Maksukyvyttömyysarvio on perimmältään ennuste. Asia erikseen on, mille aikavälille ennuste tehdään. Jonkinlainen konsensus vallinneekin siitä, että aika on enemmän kuin muutama kuukausi mutta alle viisi vuotta, mikä on liiketaloudellisten ennusteiden maksimikausi. Kotimaisessa kirjallisuudessa on suositeltu nyrkkisäännöksi vuotta. Näin kysymykseksi nousee, saadaanko konserni-intressistä ennustejakson kuluessa niin paljon hyötyä, että se auttaa yritystä selviämään tuona aikana erääntyvistä veloistaan - minä laki asettaa vaatimukseksi. Tulevaisuuden konserni-intressiä on siis sekin ennuste, jota rasittavat samat epävarmuustekijät kuin ennusteita yleensä. Ennuste pystytään tekemään vain tukeutumalla todennäköisyyksiin, joka ovat osaksi liiketaloudellisia lainalaisuuksia, osaksi kyseistä velallisyrittästä koskevia menestysarvioita. Jälkimmäiset tietenkin kärsivät subjektiivisuuden stigmasta.¹⁷³

Nykyhetken konserni-intressi taas hallitsee pesänselvitystä ja erityisesti konkurssihallinnon päätöksentekoa. Konserni-intressi vaikuttaa ensiksikin päätökseen, jatketaanko velallisen liiketoimintaa. Ellei näin tehdä, konserni-intressi menetetään. Jos tämä intressi säilyy, se heijastuu omaisuuden rahaksi muuttamiseen. Mikäli päästään toiminnallisten kokonaisuuksien myymiseen, luontaisia ostajia ovat toiset konserniyhtiöt (elleivät ole nekin vararikossa). Myös ulkopuolinen ostaja on luultavimmin kiinnostunut säilyttämään kuvainnollisen paikkansa konsernissa eli huolehtimaan niistä tehtävistä, mitä konsernin niin sanottu liiketoimintasuunnitelma varasi konkurssiin menneelle konserniyhtiölle.¹⁷⁴ Hän toisin sanoen haluaa koordinoita

173. Yleinen kokemussääntö on, että yritysjohto itse on ylioptimistinen, kun taas konkurssia hakeva velkoja edustaa ylipessimistisiä näkemyksiä. Kokemussäännöt on syytä jakaa yleisestä elämäkokemuksesta johdettaviin ja tieteellisesti verifioituihin. Ensimmäiset vaihtelevat, mikä vaikeuttaa asian ajamista. Osapuolten on vaikea tietää, millainen "yleinen elämäkokemus" tuomarilla on. Ks. esim. Saranpää 2010 s. 250.

174. Tämä on oikeastaan ainoa mahdollisuus, jos esimerkiksi emoyhtiö on ollut konkurssiin päätyneen tytäryhtiön yksinomainen asiakas. Voidaankin sanoa, että mitä erikoistuneempaa konkurssiin päätyneen konserniyhtiön liiketoiminta on ollut, sitä suurempi tarve ulkopuolisella

liiketoimintansa muun konsernin toimintaan. Vaikka nykyhetken konserni-intressi on sekin arvostuksenvarainen, arvion tekijä liikkuu varmemmalla pohjalla kuin ennustetyyppisen arvion tekijä. Nykyhetken arvio ei oikeastaan eroa muista liikkeenjohtoa koskevista päätöksistä. Perustava ero toki on, että ennustetyyppinen arvio on lähtökohtaisesti juridinen, koska maksukyvyttömyys on oikeudellinen käsite ja siihen liittyy oikeusseuraamuksia. Nykyhetken arvio taas on liiketaloudellinen päätös, joskin se osaksi oikeudellistuu konkurssikytkentänsä takia. Konkurssihallinnon päätöksiä kun arvioidaan oikeudellisesti.¹⁷⁵

Historiallinen konserni-intressi puolestaan tulee arvioitavaksi takaisinsaannissa. Kuten edellä todettiin, konserni-intressi vaikuttaa siihen, katsotaanko tietty menneisyyteen sijoittuva toimenpide velkojia vahingoittavaksi vai ei. Aikanaan vallinnut (tai puuttunut) konserni-intressi vaikuttaa takaisinsaantisäännösten sisällä: se määrää muun muassa, luetaanko oikeustoimi vastikkeelliseksi vai vastikkeettomaksi. Arviointi projisoituu menneisyyteen, joten se on teoriassa luotettavampi kuin nykyhetken arvio, puhumattakaan ennustetyyppisestä konserni-intressin arviosta. Historiallinen arvio on tyyppillinen lainkäyttötehtävä, johon tuomioistuimet ovat erikoistuneet. Tosin oikeuskäytäntö - etenkin vuoden 2004 korkeimman oikeuden ratkaisut - osoittaa, että arvioinnin helppous on tällöinkin suhteellista.

Historiallinenkin arvio kärsii monista virhelähteistä. Konserni-intressi on ensiksikin epämääräinen, tutkimus ei ole kyennyt täsmentämään kunnolla sen sisältöä. Toiseksi konserni-intressin näyttäminen kohtaa käytännön pulmia. Osaksi ne toki johtuvat itse käsitteen hämäryydestä, konserni-intressiin vetoava ei yksinkertaisesti tiedä, mitä hänen pitäisi todistaa. Osaksi menneisyyden monimutkaisia ja osaksi mentaalisia tapahtumakulkuja on sinänsä vaikea rekonstruoida. Vaikka arvion tekijä intellektuaalisesti tietää, että arvio on tehtävä aikanaan vallinneen tilanteen mukaan, hänen on mahdotonta samastua päätöksiä tehneen liikkeenjohdon tilanteeseen. Esimerkiksi vuonna 2004 on ollut vaikea mieltää sitä hätää ja ahdinkoa, jossa yritysten johto syvinä lamavuosina 1990-1993 eli ja teki liiketaloudellisia ratkaisujaan. Konserni-intressi on tuohon aikaan voinut näyttäytyä paljon merkittävämpänä ja konserni pelastamisen arvoisena, vaikka vuoden 2004 ilmapiirissä tehdyt toimenpiteet tulkitaan epärealistisiksi ja yhtiöedun vastaisiksi.

ostajalla on päästä mukaan yhteistyöhön. Sivuseikka on, tapahtuuko tämä muodollisen konserniorganisaation kautta (esim. emoyhtiö hankkii määräämisvallan uudessa "tytäryhtiössä") tai väljemmällä yhteistyösopimuksella.

175. Näin tapahtuu erityisesti realisoinnin yhteydessä. Ks. Koulu 2009 s. 355.

2.5 KONSERNI EMPIIRISESSÄ AINEISTOSSA

2.5.1 MITÄ TIEDÄMME KONSERNEISTA?

Moderni insolvenssioikeuden tutkimus on niin empiriaorientoitunutta, että tällaisen aineiston sivuuttaminen vaatisi perusteluja. Empiiristä tietoa tarvitaan sekä tutkimuksen kohdistamiseen, kysymyksenasetteluun että argumentaatioon. Näin kysymykseksi nousee lähinnä se, onko empiiristä aineistoa jostain lähteestä saatavissa. Ensin on toki ratkaistava, mistä teemoista aineistoa tarvitaan. Tässä tutkimuksessa kaivataan tietoa ennen kaikkea konsernien lukumäärästä ja tyypillisestä konsernirakenteesta, konserneissa tapahtuvista konkurseista, konkursseihin ajautuvien konserniyhtiöiden asemasta konsernissa sekä konserniin paikantuvien konkurssien (jos niitä on useita) ajallisesta sijoittumisesta.¹⁷⁶ Toiseksi empiiristä tietoa tarvitsevan on selvitettävä, mitä on saatavissa valmiina muista lähteistä, mitä taas jouduttaisiin keräämään varta vasten tätä tutkimusta varten. Kokemussääntö on, että akateeminen tutkimus on oikeustieteessä pääsääntöisesti pakotettu tyytymään valmiiseen eli muista lähteistä, esimerkiksi muiden tieteenalojen tutkimuksesta saatavaan aineistoon. Oman empiirisen aineiston keruu kaa-tuu yleensä henkilöiden ja rahan puuttumiseen.

Valmiin aineiston käyttämisessä taas on hyvät ja huonot puolensa. Hyviin puoliin kuuluu, että tällainen aineisto on yleensä kunnolla järjestetty ja tieteellisesti analysoitu. Se on myös laadullisesti edustavaa, erityisesti taloustieteissä otokset ovat - oikeustieteeseen verrattuna - moninkertaisia. Huonoihin puoliin taas on luettava se, että muiden tieteenalojen aineisto on tavallisesti koottu tyydyttämään muuta kuin juridista tiedontarvetta, toisin sanoen se jättää aukkoja. Juridisesti kiinnostavia tiedonaihoita ei yksinkertaisesti ole kerätty. Useimmiten eri tieteenalojen tiedonintressit ovat kuitenkin olleet niin lähellä toisiaan, että aineisto on interpoloitavissa eli ainakin suuntaantavana hyödynnettävissä. Aukot taas pystytään jossain määrin täyttämään sellaisilla olettamuksilla (joskus ehkä arvailuillakin), jotka saavat epäsuoraa tukea kerätystä tiedosta.

Vaikka konsernirakenteita ja konserniin sijoittuvia konkurseja väitetään kirjallisuudessa "tavalliseksi" tai "yleiseksi", emme itse asiassa tiedä, miten tavallisia tai yleisiä ne ovat. Tätä valiteltiin jo varhaisessa konsernitutkimuksessa, eikä nykyinen tietämys ole mainittavasti parempaa.¹⁷⁷ Tilastokeskuksen

176. Sitä, mitä empiiristä aineistoa näistä kysymyksistä on saatavilla, käsiteltiin edellä jaksossa 2.2.

177. Leppänen 1991 s. 277. Samoin Koski (1977 s. 13) turvautuu vanhoihin määräärvioihin. Yhtiö-

“Katsaus yrityksiin, toimipaikkoihin ja konserneihin” tilaston mukaan Suomessa on 7 138 konsernia.¹⁷⁸ Niistä puhtaasti kotimaisia on ainoastaan 1 706, ja kotimaisiin konserneihin kuuluu 6 630 emoyhtiötä ja tytäryhtiötä. Kotimaiseksi tulkitaan tilastossa sellainen emoyhtiö, joka ei omista ulkomaisia tytäryhtiöitä. Tilasto antaa kuitenkin vinoutuneen kuvan. Siinä konserniksi luetaan vain ne yritysryhmät, joilla on Suomessa konsernirakenne ja jotka siitä syystä joutuvat laatimaan konsernitalinpäätöksen. Tällainen velvollisuus edellyttää, että emoyhtiöllä on vähintään 250 työntekijää ja sen liikevaihto on 50 miljoonaa euroa. Näin tilastosta jäävät puuttumaan kaikki muut eli pieniksi ja keskiuuriksi kutsutut konsernit. On luultavaa, että pienissä ja keskiuurissa konserneissa ulkomaisten tytäryhtiöiden osuus - tilaston mukaan lähes kolmeen neljäsosaan sen konserneista kuuluu ulkomaisia tytäryhtiöitä - on merkittävästi pienempi. Varmaan ei myöskään ole, onko tilaston mukainen keskiarvo konserniyhtiöiden määrästä - alle neljä yhtiötä konsernissa - yleistettävissä.

Samoin avoimeksi jää, hyötyvätkö yhtiöt kuulumisesta konserniin. Uudessa johtamistaidon teoksissa yhtäältä tunnustetaan konsernien yleisyys - sanotaan esimerkiksi, että “viime vuosisata onkin ollut konsernirakenteen yleistymisen voittokulkua”.¹⁷⁹ Toisaalta teoksissa varoitellaan siitä, että konsernirakenne ei sovi joka paikkaan ja että konsernin muodostamista on aihetta harkita. Konsernirakenteesta saatavien hyötyjen pitäisi olla suuremmat kuin rakenteesta aiheutuvat välittömät ja välilliset lisäkustannukset. Oli miten oli, on syytä olettaa, että konserninmuodostus jatkuu entisellään ellei jopa nopeutuneena. Talouselämän nykytila ja henkinen ilmapiiri suosivat nopealiikkeisiä erillisyyksiköitä entisten jäykkien suuryritysten sijaan, “yhtiöittäminen” on päivän sana. Mitään merkkejä siitä, että konsernien muodostumista yritettäisiin rajoittaa tai niihin liittyviä veroetuja aiottaisiin poistaa, ei ole havaittavissa. Tosin siirtohinnoittelua, jolla voittoa siirretään matalan verotuksen maihin, on viime aikoina paheksuttu voimakkaasti.

oikeudellisessa kirjallisuudessa tavallisia ovat lausumat, joiden mukaan kaikkinaiset empiiriset selvitykset ovat tutkimusmahdollisuuksien ulkopuolella, Ks. Hansen 1996 s. 43. Ohimennen todettakoon, että hän siteeraa vanhaa saksalaista tutkimusta, jonka mukaan 73 prosenttia kaikista osayhtiöistä kuuluu konserneihin.

178. www.stat.fi (17.12.2012). Uusimmat saksalaiset arviot väittävät, että yritykset saavat noin 70 prosenttia liikevaihdostaan “im Verbund mehrerer Unternehmen,” Näin FAZ 20.2.2013. Lukuun sisältyvät sekä kvasikonsernit (eli muistakin kuin osakeyhtiöistä koostuvat konsernit) että yritysryhmässä toimivat yritykset..

179. Pellinen 2005 s. 86.

2.5.2 MITÄ TIEDÄMME KONSERNIYHTIÖIDEN KONKURSSEISTA

Jos konserneista ei tiedetä paljoakaan, vielä vähemmän tiedetään siitä, kuinka tavallisia konsernikonkurssit ovat ja millaisia ongelmia niissä ilmenee. Kansainvälisessä aineistossa konsernin ja yksittäisten konserniyhtiöiden konkurssveja on kylläkin väitetty tavallisiksi. Tällaisten konkurssien on samalla ennustettu pitkällä tähtäimellä lisääntyvän.¹⁸⁰ Kotimainen aineisto on selvässä ristiriitaista, joskin otosten erilaisuus ja niiden erilaiset ajankohdat ehkä selittävät osan ristiriitaisuudesta. Varsinaisia empiirisiä selvityksiä, joissa sivutaan hieman konserneja, on kaksi, vuoden 1993 selvitys nimeltään "Sata konkurssia" ja vuoden 2000 julkaisu, joka nimi on "raportti rauenneista konkurssista". Vuoden 1993 selvityksessä havaittiin, että kaikki "suuret" konkurssiin päätyneet yritykset (joita otoksessa oli kylläkin vain kolme kappaletta) olivat olleet konserniin kuuluvia yhtiöitä.¹⁸¹ Suureksi määriteltiin tässä selvityksessä sellainen yritys, jonka liikevaihto oli yli 50 (silloista) miljoonaa markkaa. Asiallisesti oli siis kysymys varsin pienistä yhtiöistä ja vastaavasti pienistä konserneista. Vuoden 2000 raportissa rauenneista konkurssista todetaan, että enemmistö tutkituista yrityksistä oli niin sanottuna intressi-yrityksiä eli niiden johdossa oli samoja henkilöitä.¹⁸² Valtaosa näistä yrityksistä on nähtävästi täyttänyt konsernin tai kvasikonsernin tunnusmerkistön. Aineistosta ei käy ilmi, kohtasiko konkurssi tilastoiduissa tapauksissa koko konsernia vai vain yksittäisiä konserniyhtiöitä.

Konkurssiasiamiehen toimiston keväällä 2012 antamat tiedot poikkeavat mainituista selvityksistä.¹⁸³ Toimiston edustaja korosti, että tietoja konsernikonkurssista ei ole kootusti tai minkäänlaisella yleisellä haulla saatavissa. Tällaisten konkurssien löytäminen näin ollen vaatisi, että jokaisen konkurssipesän asiakirjat käytäisiin yksitellen läpi. Toimisto kuitenkin arvioi, että noin kymmenesosa - eli kymmenen prosenttia - konkurssiin asetetuista yhtiöistä kuului konserniin. Konserneihin sijoittuvat konkurssit eivät myöskään toimiston käsityksen mukaan olleet sellainen yleinen ongelma konkurssipesien selvittämisessä, "mitä oikeuskäytäntö antaisi aiheen olettaa". Jos konkurssiasiamiehen toimiston arvio konsernikonkurssien matalasta osuudesta pitää läheskään paikkansa, konserniyhtiöiden todennäköisyyden päätyä konkurssiin on oltava matalampi kuin yritysten keskimäärin. Havainto on niin odot-

180. FAZ 29.4.2009.

181. Hakman 1993 s. 44.

182. Suontausta-Hämäläinen 2000 s. 28. Myös laajojen konsernien tai vastaavien kvasikonsernien määrä oli yllättävän suuri. Yli viidesosassa tapauksia samoilla omistajilla oli yli viisi intressiyhtiötä.

183. Ylitarkastaja Antti Kurikka 31.5.2012.

tamaton, että konserniympäristöön sijoittuvan konkurssin (väitetty) harvinaisuus vaatii selityksen.

Ensimmäinen selitys voisi olla, että konserni tarjoaa tässäkin suhteessa merkittävän kilpailuedun - ja sen seurauksena konserniin kuuluvat yhtiöt välttävät todella konkurssin useammin kuin konserniin kuulumattomat yritykset. Jos tämä selitys kelpuutetaan (kannattaa muistaa, että kysymyksessä on vasta hypoteesi), tyypillisen konkurssiyrityksen ominaisuuksia voidaan täydentää vielä yhdellä muuttujalla.¹⁸⁴ Konkurssiin päätyvä yritys on tyypillisesti uusi, pienehkö ja yksinäinen merkityksessä itsenäisesti toimiva. Nämä konkurssitekijät ovat yhteydessä toisiinsa, mikä vaikeuttaa niiden itsenäisen merkityksen arviointia. Uusi yritys on luultavasti samalla kertaa sekä pieni että yksinäinen. Kuten edellä todettiin, niin yrityksen kasvu kuin konserninmuodostuskin vie tietenkin aikaa.

Oma kysymyksensä on, millä alalla toimivaan ja millaiseen rakenteeseen konkurssi todennäköisimmin konsernissa kohdistuu. Ruotsalaisessa aineistossa on tuotu esiin kaksi tyyppitapausta konsernikonkurssista.¹⁸⁵ Tapaukset ovat varsin spesifisiä, joten niitä on mahdotonta yleistää. Ensimmäinen tyyppitapaus on konsulttitoimintaa harjoittava konserni, jonka koko henkilökunta on työsuhteessa vain yhteen konserniyhtiöön. Tällöin ne konserniyhtiöt, joilla ei ole työntekijöitä, päätyvät luultavimmin konkurssiin. Toisessa tyyppitapauksessa taas kysymys on kiinteistökonsernista, jossa jokainen kiinteistö muodostaa oman yhtiönsä eli kiinteistöosakeyhtiön. Tällöin emoyhtiö voi jättää tappiollisiksi osoittautuneet konserniyhtiöt oman onnensa nojaan.

Vaikka konsernikonkurssien nykyinen määrä jää arvailtavaksi, tulevasta kehityksestä voi kuitenkin sanoa jotain. Konsernikonkurssien määrä seurannee yleistä taloudellista kehitystä. Taantumet lisäävät jossain määrin konkurssien määrää, nousukaudet taas vähentävät konkurssreja. Kovin suurista vaihteluista ei ole kysymys, syvinä lamavuosinakin konkurssien määrä pysyi 6 000 - 7 000 vuodessa; parhaina nousukauden vuosina määrä putosi alle kolmentuhannen. Sitä, mikä vaikutus konserniyhteydellä on konkurssialttiuteen eli todennäköisyyteen tulla asetetuksi konkurssiin, joudutaan jälleen arvailemaan. On yhtäältä syytä uskoa, että konserniin kuulumisen tarjoaa suojaa äkillistä maksuvalmiuden menetystä vastaan. Konserniyhtiö ei hevin ajaudu harkitsemattomaan hätäkonkurssiin. Yhtiö voi ensiksikin luottaa muilta konserniyhtiöiltä saatavaan rahalliseen tukeen, toiseksi konserni muodostaa niin ison kokonaisuuden, että sitä suojaa suuruuden laki. Sidos-

184. Suomalaista tyyppikonkurssia on käsitelty edellä jaksossa 1.4.3.

185. Lundberg 1999 s. 127.

90 ryhmät, etenkin luotonantajat, eivät vielä suurempien menetysten pelossa “päästä” yritystä konkurssiin.¹⁸⁶

Toisaalta taas konsernin osana yhtiö ei ole enää oman onnensa seppä. Konsernin yleiset ongelmat - esimerkiksi emoyhtiön luhistuminen - vie tuhoon myös sellaisen konserniyhtiön, joka olisi muutoin kannattava ja elinkelpoinen. On mahdollista, että nämä tekijät kumoavat toisensa, toisin sanoen konserniyhtiöiden alttius konkurssille on sama kuin yhtiöiden yleensäkin. Oma lukunsa on, kuinka usein riippumattoman yhtiön konkurssissa tavattavat ilmiöt - esimerkiksi takaisinsaantitilanteet - esiintyvät konsernikonkurseissa. Toki on syytä muistaa, että konkurssien määrään suhteutettuna takaisinsaantikanteet ovat tavallisissa konkurseissa yllättävän harvinaisia. Voisi kuvitella, että konsernissa esiintyy huomattavasti enemmän sellaisia varallisuudensiirtoja, jotka herättävät kysymyksen takaisinsaannista

2.5.3 MILLAISEEN KONSERNIN YHTIÖÖN KONKURSSI KOHDISTUU?

Vaikka empiiristä aineistoa pystytään jossain määrin lainaamaan yli tieteenalojen rajojen, kunnollista kokonaiskuvaa ei saada. Kuva konsernikonkurssien todellisuudesta joudutaan näin muodostamaan olettamuksista ja satunnaisista maininnoista kirjallisuudessa. Jälkimmäisiin on suhtauduttava varauksella, koska nekaan eivät perustu laajempaan tai kontrolloitavaan aineistoon. Maininnat ovat henkilökohtaisia näkemyksiä, jotka sinänsä voivat tuntua uskottavilta. Tällä varauksella voidaan sanoa, että yllä luetelluista aihepiireistä vain kaksi jää kokonaan olettamuksien varaan. Emme ensikään tiedä, missä järjestyksessä konserniyhtiöt tavallisesti päätyvät konkurssiin. Tosin todennäköistä on, että konkurssi kohtaa ensin tytäryhtiöitä (tapaus 2b). Emoyhtiön johto eli konsernijohto uhraa ne ensimmäiseksi yrittäen pelastaa itsensä.¹⁸⁷ On syytä olettaa, että myös niin sanottuun strategiseen konkurssiin käytetään tytäryhtiöitä. Tapaus 2b on siis yleisempi kuin tapaus

186. Tosin todellisessa lamassa suuruuden laki pettää, kuten vuosien 1990-93 kokemukset osoittavat. Shokkivaikutus on tietenkin alussa suuri. Tästä syystä ensimmäinen suurkonkurssi, Wärtsilä Meriteollisuus Oy:n konkurssi vuonna 1989, jäsensyy elinkeinoelämää enemmän kuin myöhemmät, vielä suuremmat konkurssit. Ks. esim. Vesikansa 1993 s. 369. Tyypillistä on sekin, että vasta tässä suurkonkurssien vaiheessa aletaan vaatia insolvenssilainsäädännön nopeaa uudistamista,

187. Yhtiöoikeudellisessa kirjallisuudessa viitataan välistä siihen, että emoyhtiö voi haittaa kärsimättä hätätilanteessa “uhrata” vaikeuksiin joutuneen tytäryhtiön. Ks. Hansen 1996 s. 63.

2a.¹⁸⁸ Toiseksi joudumme arvailemaan myös sitä, missä määrin yksittäinen konserniyhtiö pystyy pelastumaan, toisin sanoen välttämään välittömän konkurssin. Kuten edellä todettiin, kirjallisuudessa kaikkien konkurssiyhtiöiden enemmän tai vähemmän samanaikaista päätymistä konkurssiin on pidetty sääntönä. Yhdenkin yhtiön pelastuminen on epätavallinen ilmiö.¹⁸⁹ Tapaus 3 on siis harvinainen, joten avoimeksi jää vain, edustaako tapaus 1 vai tapaus 2 normaalia tapahtumakulkua.

Hypoteesi on yhteisessä konkurssissa uskottava niissä pienehköissä konserneissa, joita konkurssi tavallisimmin kohtaa. Pienkonsernissa yhtiöiden taloudelliset siteet ovat läheiset, eikä yhtiöillä juuri ole operatiivista liikku- mavaaraa. Sen sijaan laajassa konsernissa vastaava kohtalonyhteys on tuskin poikkeukseton sääntö. Ohimennen todettakoon, että hypoteesi tytäryhtiöiden päätymisestä ensimmäisinä konkurssiin taas tuntuu pätevän yhtä hyvin ellei paremminkin laajoissa konserneissa. Elonjäämisarviot tietenkin riippuvat siitä, mikä on tarkastelukausi. Taloustieteessä elonjäämisen tarkastelukausi on tavallisesti viisi vuotta, mikä tuntuu tässä yhteydessä suhteettoman pitkältä.

Oma ongelmansa on, kenen aloitteesta konkurssi konsernissa alkaa. Kiintoisaa esimerkiksi olisi tietää, päteekö tavanomainen suhde velkoja-aloitteisten ja velallisaloitteisten välillä myös konsernissa ja raukeavatko tällaiset konkurssit yhtä usein tai harvoin kuin itsenäisten yhtiöiden konkurssit. Konserneihin kuuluvat yhtiöt muodostanevat kuitenkin toimivien yritysten valtaosan, joten luultavaa on, että ne vaikuttavat ratkaisevasti tilastoaineistossa, toisin sanoen tilasto määräytyy hyvin pitkälle konserniin kuuluneiden yritysten perusteella. Tällöin tuntuu luonnolliselta olettaa, että samat suhteet ovat voimassa myös konsernikonkurseissa.

Erillisselvitystä vaatisi myös hypoteesi, jonka mukaan konkurssiin päätyvät tavallisesti uudet yritykset. Valtaosa konkurssiyrityksistä on toiminut alle viisi vuotta, konkurssiin päätyvät yritykset ovat siis säännönmukaisesti pieniä ja uusia.¹⁹⁰ Toisaalta konsernirakenteen kehittyminen vie aikaa. Monet konsernit kylläkin perustetaan yhdellä kertaa, mutta ehkä vielä useammat kehittyvät orgaanisesti yritystoiminnan vaatimusten muuttuessa. Tästä syystä konkurssiin päätyvät konserniyritykset ovat luultavasti toimineet pitempään

188. Tapaustyypeistä ks. edellä jakso 1.3.2.

189. Pulkkinen 1993 s. 1174. Myös ulkomaisessa kirjallisuudessa tuodaan esiin luonnonlain kaltaisena välttämättömyytensä, että yhden konserniyhtiön konkurssi johtaa kaikkien konsernin yhtiöiden konkurssiin. Tällöin syntyy yhtä monta konkurssipesää kuin yhtiötäkin - eikä pesänselvitys enää voi olla tehokasta. Ks. Dotevall 2012 s. 332.

190. Koulu 2009 s. 23.

kuin konkurssiyritykset yleensä. Norjassa on kehitetty konserninmuodostuksen kaksoistypologia, kytkettyjen yritysten konserni ja korttitalo-konserni. Ensimmäisessä yritykset on perustettu harkiten, ja tavoitteena on ollut pitää yllä niiden erillisyyttä. Toisessa taas konserni on kasvanut orgaanisesti, enemmän tai vähemmän hallitsemattomasti. Korttitalo-konserni romahtaa nimensä mukaisesti kerralla, toisin sanoen kaikki konserniyhtiöt ovat konkurssissa yhtä aikaa. Kytkeytyneiden yritysten konsernissa yhtiöt taas päätyvät konkurssiin eri aikoina. Korrelaatio vallitsee myös tyyppin ja väärinkäytösten välillä: kytkeytyneiden yritysten konsernissa on enemmän velkoja vahingoittavia väärinkäytöksiä kuin korttitalo-konsernissa.¹⁹¹ Vaikka hypoteesi ja korrelaatiot pitäisivätkin paikkansa Norjassa, ne jäävät Suomeen siirrettyinä oletta- muksiksi, joskin uskottavan tuntuisiksi sellaisiksi.

Ohimennen todettakoon, että suomalaisessa tutkimuksessa konserninmuodostusta on tutkittu ajatellen ensimmäistä syntytapaa. Konserni muodostuu, kun (tuleva) emoyhtiö joko siirtää liiketoiminnallisen kokonaisuuden apportina olemassa olevaan tai perustettavaan yhtiöön, emoyhtiö perustaa omilla varoillaan tytäryhtiön tai emoyhtiö hankkii yritysostolla määräämisen vallan toiminnassa olevasta yhtiöstä. Syntytilanteiden erottelulla on muukin kuin selittävä funktio. Kiistakysymykseksi nimittäin on noussut, onko emoyhtiön osakkeenomistajien suojantarve näissä tilanteissa sama vai erilainen.¹⁹² Oli niin tai näin, tytäryhtiön velkojen näkökulmasta muunnelmilla ei ole ainakaan heti havaittavaa eroa.

2.6 RAJAPINTOJA: YRITYSRYHMÄ JA YRITYSRYVÄS (KLUSTERI)

Edellä yritysryhmät ja yritysryväkset (klusterit) rajattiin tämän tutkimuksen ulkopuolelle. Taloudellisena ilmiönä ne kuitenkin vaativat muutaman huomautuksen, koska niitä ei aina käsitteellisesti pidetä erillään konserneista. Talouden näkökulmasta tämä onkin perusteltua, mutta oikeustieteellinen tutkimus vaatii tässä suhteessa täsmällisyyttä. Yritysryhmä -rakenne tarjoaa sen sijaan kovemman päähkinän sille, joka pohtii yleistämistä. Yritysryhmä on

191. Ks. Hansen 1995 s. 11. Suomessa taas konsernit on aikanaan jaoteltu ketjumaisiin ja rinnaisiin, mikä on jossain määrin vastaava. Ensimmäisessä konserni on syntynyt vähitellen ison teollisuuslaitoksen ympärille, jälkimmäisessä taas "samat henkilöt perustavat joukon erillisiä osakeyhtiöitä, joilla on yhtenäinen johto". Ks. Caselius-Heikonen-Huttunen 1964 s. 235. Vaikkakaan sitä ei suoraan sanota, ajatus näyttää olleen, että yhtiöt perustetaan enemmän tai vähemmän yhdellä kertaa.

192. Nikkilä 2006 s. 156.

uutuus käsitteenä mutta ei niinkään empiiris-faktuaalisena ilmiönä. Yritysryhmällä tarkoitetaan tavallisimmin kokonaisuutta, joka muodostuu jollakin, lähemmin määrittelemättömällä tavalla toistensa tekemisistä riippuvaisista yrityksistä. Mitä verkottuneemmin yritys toimii, sitä useammin se ajautuu riippuvaiseksi toisista. Verkottunut yritys hän siirtää maksimimäärän toimintojaan ulkopuolelle, kun taas integroitu yritys huolehtii niistä yrityksen oman organisaation voimin.¹⁹³ Keskinäisistä suhteistaan huolimatta yritysryhmään kuuluvat yritykset eivät muodosta konsernia käsitteen muodollis-juridisessa eli hierarkkisessa merkityksessä; ne eivät perusta myöskään määräämisvalan kautta määräytyvää kvasikonsernia.¹⁹⁴

Käsitteenmäärittelyä vaikeuttaa vielä se, että monet oikeudenalat antavat käsitteelle ”yritysryhmä” oman sisältönsä. Sillä tarkoitetaan eri tehtävissä eri asioita, ja käsitteen piirikin määritellään omintakeisesti. Common law -maissa ja esimerkiksi UNCITRAL -mallilakiehdotuksissa yritysryhmä (‘enterprise group’) on laajahko yleiskäsite. Siihen sisältyvät horisontaalisten yritysraakenteiden ohella myös konsernin kaltaiset hierarkiset rakenteet.¹⁹⁵ Suppea yritysryhmän käsite taas löydetään niin sanotusta eurooppalaisesta insolvenssioikeudesta. Siinä yritysryhmällä (group of companies) tarkoitetaan ”a number of companies consisting of parent and subsidiary companies” (MKA-ehdotus 2012 ehdotettu 2 art. i-k). Eurooppalaisen insolvenssioikeuden kontekstissa yritysryhmä (tai oikeammin yhtiöryhmä) on näin ollen konsernin käsitteen synonyymi.

Työoikeudessa yritysryhmän käsite on vielä tätäkin astetta laajempi. Siinä yritysryhmä viittaa sellaiseen ryhmään, johon kuuluvat sekä määräysvaltaa käyttävä yritys että sen määräysvallassa olevat muut yritykset (laki yhteistoiminnasta yritysryhmissä 335/2007 4 §). Määräysvaltaa käyttävä yritys määritellään eri tavalla kuin konserneja koskevissa yhtiölain säännöksissä. Työoikeuden määritelmässä nimittäin käytetään samoja elementtejä kuin takaisinsaannin läheisyysääntelyssä. Kansainvälisessä vero-oikeudessa yritysryhmän puolestaan katsotaan koostuvan niin sanotuista lähipiiriyri-

193. Verkottuneista ja integroituneista yrityksistä ks. esim. Tuula 2002 s. 58. Kumpi toimintamuoto on tehokkaampi, riippuu täysin siitä ympäristöstä, missä yritys toimii. Verkottuminen on tyypillistä juuri niin sanotun uuden talouden yrityksille. Verkottumisen vaikutuksesta insolvenssioikeuteen ks. esim. Koulu 2003 s. 3.

194. Yritysryhmistä ks. esim. Toiviainen 2009 s. 4. Ks. edellä jakso 1.3.2.

195. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a s. 5. Mallilaissa ei ole meikäläistä konsernia koskevia erityissäännöksiä, vaan niihin sovelletaan samoja sääntöjä kuin yritysryhmiin yleensäkin. Tämä on ymmärrettävää mallilakiehdotuksen painoalueen valossa: mallilaki pyrkii tehostamaan konkurssihallintojen yhteistoimintaa, ja tässä suhteessa konsernien ja yritysryhmien välillä ei ole perustavanlaatuista eroa. Ks. jäljempänä jakso 7.4.3.

sistä eli ”tytäryrityksistä”, joissa ”emoyhtiön” omistusosuus ei nouse viiteenkymmeneen prosenttiin.¹⁹⁶ Tässä tutkimuksessa yritysryhmällä tarkoitetaan yksinkertaisesti sellaisia yrityksiä, joiden liiketoiminnot suunnitellusti integroituvat ilman muodollisia siteitä.

Yritysryhmään kuuluvalla yritykselle ei ole toistaiseksi keksitty omaa nimeä. Tällaista yritystä kuitenkin voidaan, konsernin kielenkäyttöä mukaillen, kutsua vaikkapa yritysryhmän yhtiöksi tai yritysryhmäyhtiöksi. Vero-oikeudessa kielenkäytössä tavallinen ”lähipiiriyhtiö” tai ”lähiyhtiö” vie sen sijaan ajatuksen takaisinsaannin läheisyysääntelyyn. Tällainen kielenkäyttö johtaa näin helposti väärinkäsityksiin, sillä lähipiiriyhtiö ei välttämättä ole takaisinsaannin kannalta läheinen, kun taas konserniyhtiöt ovat aina toisten konserniyhtiöiden läheisiä.¹⁹⁷ Vaikka edellä puhutaan osakeyhtiöistä, yritysryhmä voi tietenkin koostua mistä tahansa oikeushenkilötyypistä, joka harjoittaa taloudellista toimintaa. Yritysryhmää on vaikea erottaa yritysryväsistä eli klustereista, ja termejä käytetäänkin usein synonyymeinä.

Yritysryhmät ja yritysklusterit on kuitenkin syytä pitää nekin erillään, vaikkakin rajaviiva on häilyvä eikä sijoittelulla ole suoraa juridista merkitystä. Klusterissa yritykset tukevat ja täydentävät toisiaan; ne eivät kuitenkaan ole, toisin kuin yritysryhmässä, riippuvaisia toisistaan. Toki voidaan sanoa, että yritysryväs tavallaan antaa tukea yrityksilleen. Klusterissa tuki on kuitenkin välillistä eikä sitä välttämättä edes koeta tueksi, koska yritykset kilpailevat keskenään. Yleisesti kuitenkin tunnustetaan, että klusterit kehittävät tietotaitoa, ylläpitävät siihen kuuluvien yritysten imagoa, kouluttavat ammattitaitoista työvoimaa toimialalle ja vaihtavat ideoita. Myös aggressiivinen kilpailu on hyväksi. Kilpailu pakottaa parannuksiin ja vuorovaikutukseen, kun taas itsenäisten yritysten kohdalla vuorovaikutus ei suinkaan ole selviö.¹⁹⁸ Osuva nimitys yritysryppäaseen kuuluvalla yritykselle on klusteriyritys, joka on jo muutoinkin käytössä.

Vaikuttaa kiistattomalta, että ainakin yrityksen kuuluminen yritysryhmään muuttaa perustavasti yrityksen toimintaympäristöä: yritys ei ole klassisen teorian edellyttämällä tavalla vapaa ja itsenäinen. Samoin hinnanmuodostus yritysryhmän sisällä vääristyy, koska normaalit tarjonnan ja kysynnän

196. Ks. Äimä 2009 s. 1 ja 184.

197. Könkkölä-Linna 2013 s. 628. Takaisinsaantilakiehdotuksesta annettiin aikanaan muutamia lausuntoja, joissa kiinnitettiin huomiota siihen, että läheisyyden kriteerit yritysryhmissä tai muutoin yhteistoimintaa harjoittavissa yrityksissä olivat liian epämääräisiä. Läheisyysääntelyä vaadittiin tältä osin täsmennettäväksi. Vaatimukset jäivät kuitenkin tuloksettomiksi. Ks. esim. keskuskauppakamarin lausunto 26.9.1988 ja Kehitysaluerahasto Oy:n lausunto 29.9.1988.

198. Porter 1991 s. 183.

lait eivät enää vallitse. Tästä syystä yritysryhmät esiintyvät - konsernien tapaan - suhteellisen usein takaisinsaantikontekstissa.¹⁹⁹ Se ei varsinaisesti yllätä, koska ryhmän jäsenet ovat per definitionem itsenäisiä yrityksiä enemmän tekemisissä toistensa kanssa. Muutoinhan yritysryhmästä ei voi puhua: yritysryhmä ei, toisin kuin konserni, voi jäädä paperille, vaan siihen kuuluvien yksiköiden on de facto harjoitettava näkyvää liiketoimintaa. Yritysryhmän sisäinen kiinteyskin vaihtelee. Joskus yritysryhmissä voi, kuten edellä todettiin, esiintyä sellaisia hierarkkisia pyramidirakenteita, joita on esimerkiksi päätöksenteon kannalta vaikea erottaa muodollisista konsernisuhteista.²⁰⁰ Valtaosassa yritysryhmiä siihen kuuluvien yritysten välinen sidos on kuitenkin höllempi. Sen sijaan jäsenyys yritysryväksessä ei näytä mainittavasti vaikuttavan toimintaympäristöön. Klusteriyritys on pääsääntöisesti rinnastettavissa itsenäisesti toimivaan yritykseen, joka ennen kaikkea ajaa omaa etuaan.

199. Muun muassa Tuomisto (2012 s. 26) tarkastelee yritysryhmiä läheisyysuhteen näkökulmasta. Esimerkiksi hänen siteeraamansa hovioikeusratkaisut vuodelta 1996 kuvaavat tyypillistä yritysryhmä -konstellaatiota. Yritysryhmään kuuluvan yrityksen maksukyvyttömyys on ollut esillä kansainvälisessä konkurssioikeudessa, jossa ne ovat saaneet melkoisesti huomiota osakseen. Ks. Mevorach 2009 s. 10.

200. Ks. edellä jakso 2.1.1.

3. Kilpailevat perusteoriat, niiden korollaarit ja kiertokonstruktiot

3.1 PERUSTAVA VALINTA: KLASSISTA VAI MODERNIA KONSERNIOIKEUTTA ?

3.1.1 KILPAILEVAT LÄHESTYMISTAVAT

Mielipiteet siitä, miten konsernin kaltaiseen epäluomaan tulee oikeusjärjestelmässä suhtautua, eroavat. Lähestymistavoista käytetään saksalaisperäisiä nimityksiä klassinen ja moderni konsernioikeus; tosin jälkimmäistä termiä ei yleensä ole tapana käyttää, eikä mielipidesuunnalla muutoinkaan ole vakiintunutta nimeä.²⁰¹ Vakiintuneen nimen puuttuminen ei tietenkään vie pohjaa kyseiseltä vastakkainasettelulta. Tässä ei ryhdytä sen enempää pohtimaan, ovatko lähestymistavat selitysmalleja, aitoja juridisia teorioita vai oikeuspoliittisia ideologioita. Sen sijaan keskitytään niiden sisältöön, etenkin niiden oikeudellisiin korollareihin, jotka antavat vastauksia konkreettisiin kysymyksiin. Pelkistetysti voidaan sanoa, että klassinen konsernioikeus kiistää ajatuksen, että konserni olisi jonkinlainen kokonaisuus. Sen mukaan konserni koostuu itsenäisistä oikeussubjekteista (toisin sanoen konserniyhtiöistä), joilla vain sattuu olemaan yhteisiä tai jaettuja taloudellisia intressejä. Toisin sanoen klassinen konsernioikeus tietoisesti katkaisee talouden ja juridiikan yhteyden. Minkäänlaiseen konserniajatteluun ei jää mahdollisuutta, koska sen perusta, käsitys konsernista taloudellisena kokonaisuutena, tulee suoralta kädeltä torjutuksi.²⁰² Klassisen konsernioikeuden ajattelu tiivistyy näin

201. Kuvauksista ks. esim. Hansen 1996 s. 27. Nimitys ”moderni” konsernioikeus on siinä suhteessa epätarkka, että adjektiiviin ”moderni” liitetään positiivinen arvolataus, kun taas adjektiivi ”klassinen” sisältää viittauksen yksinkertaisuuteen, harmonisuuteen ja korkeaan ikään. Moderni konsernioikeus ei kuitenkaan ole sen edistyneempää tai kehittyneempää kuin klassinenkaan. Kielenkäyttö ei myöskään saa oikeutusta ikäerosta. Konserni on kaiken kaikkiaan niin uusi ilmiö, että klassinen ja moderni konsernioikeus kehittyivät rinnakkain. Kuvaavinta olisi käyttää neutraaleja adjektiivipareja kuten ”perinteinen”/”uusi” tai ”traditionaalinen/vaihtoehtoinen” (tai yhtä hyvin ”radikaali”). Tässä teoksessa käytetään kuitenkin nimitystä klassinen konsernioikeus, koska se on kirjallisuudessa niin vakiintunut.

202. ”Konserniajattelu perustuu siihen, että emoyhtiö ja tytär muodostavat taloudellisen kokonaisuuden”. Ks. Immonen-Nuolimaa 2012 s. 24.

teoriaan erillisistä oikeussubjekteista eli eräänlaiseen erillisteoriaan. Teoria on voimassa riippumatta siitä, miten yhtiöt de facto toimivat tai miten ne järjestävät keskinäiset välinsä.

Moderni konsernioikeus taas lähtee yhtenäisteoriaksi kutsutusta ajatuksesta. Siinä konserni katsotaan yhdeksi, yhdistämällä syntyneeksi juridiseksi yksiköksi. Konserni ei välttämättä kaikissa suhteissa ole oikeussubjekti perinteisessä merkityksessä. Sitä vain kohdellaan joissakin tilanteissa kuten oikeussubjektia. Sama voidaan ilmaista sanomalla, että ne taloudelliset yhteydet, joita klassinen konsernioikeus väheksyi ja halusi siirtää sivuun, yhtenäisteoriassa lähtökohtaisesti tunnustetaan. Välistä taloudelliset yhteydet jopa syrjäyttävät erillisistä oikeussubjekteista johdettavat tulokset. On kuitenkin syytä muistaa, että modernikaan konsernioikeus ei sinänsä kiistä, etteivät konsernin yhtiöt ole myös itsenäisiä oikeussubjekteja. Tästä syystä mainitut teoriat eivät ole toistensa peilikuvia, vaikka myönnettäisiinkin, että ne edustavat fundamentaalista skismaa yhteisyyden ja moninaisuuden suhteesta.²⁰³ Yhtenäisteoriaa on tästä syystä helppo haukkua sekateoriaksi; sehän yhtäältä tunnustaa konsernin omaksi kokonaisuudekseen, toisaalta se samanaikaisesti pitää konserniyhtiöitä itsenäisinä toimijoina. Termillä ”yhtenäisteoria” on lisäksi omat, kielenkäyttöön liittyvät ongelmansa. Teoria on samalla fysiikan teoria. Se ei kuitenkaan estä termin käyttämistä juridisissa yhteyksissä, koska sekaantumisvaaraa tuskin on. Asia erikseen on, että teorioilla on jotain yhteistä: ne kumpikin pyrkivät antamaan eräänlaisen kertakaikkisen ‘maailmanselityksen’.

Puhuminen klassisesta ja modernista konsernioikeudesta on mannermaista diskurssia, joten sitä käydään säädännäisen oikeuden maissa. Modernin konsernioikeuden selvimpänä edustajana pidetään Saksaa, kun taas pohjoismaat ovat varsin voimakkaasti pitäytyneet traditionaaliseen näkemykseen, toisin sanoen klassisen konsernioikeuden näkemykseen konserniyhtiöistä erillisinä oikeussubjekteina.²⁰⁴ Suomen kohdalla vahvaa pitäytymistä voidaan pitää pienoisenä ihmeenä; Suomen ja Saksan osakeyhtiöoikeuden

203. Andersen 1997 s. 22. Hän jatkaa: ”Problemet er, hvorledes det ordinære selskabsretlige regelsæt og de selskabsretlige grundsætninger, som dette hviler på, kan forenes med et konersretlige regelsæt som forudsætter, at de forbundne selskaber økonomisk kan fungere som en helhed.”

204. Näin ainakin Andersen 1997 s. 180. Hänen arvionsa on varsin armoton: ”De nordiske lande står overvejende på det traditionelle udgangspunkt, i hvert fald angår teoriens holdning. Nordisk retsteori har i det hele være tilbageholdende med at fravige entity-udgangspunktet.” Luonnehdinta on hieman liian jyrkkä, sillä samastus -konstruktio jossain määrin pehmentää muutoin drakonista erilliset oikeussubjektien teoriaa eli ”perinteistä lähestymistapaa”. Ks. jäljempänä jakso 3.4.

samankaltaisuuttahan on totuttu korostamaan.²⁰⁵ Tanskaa on kylläkin pakko pitää hieman epätyypillisenä pohjoismaana, koska sen konsernioikeudessa näkyy saksalaisen yhtenäisteorian vaikutus. Sen sijaan muista pohjoismaista on oikeutettua sanoa enintään, että niissä pidetään kiinni klassisesta konsernioikeudesta ja erillisteoriasta mutta teorian välittömiä sovelluksia eli korollaareja pehmennetään juridisilla, välistä kyseenalaisillakin konstruktiolla. Ääritapauksissa tällainen konstruktio voi, kuten jäljempänä tullaan havaitsemaan, kokonaankin syrjäyttää sen lopputuloksen, johon erillisteoria puhtaasti sovellettuna veisi.

Vastaava näkemysero tunnetaan myös common law -oikeuskulttuureissa. Niissä se sisällytetään käsitepariin entiteettiperiaate ('entity principle') ja yritystoimintaperiaate ('enterprise principle').²⁰⁶ Nämä periaatteet vastaavat suurin piirtein mannermaisia erillis- ja yhtenäisteorioita, joskin entiteettiperiaate on aavistuksen jyrkempi kuin erillisteoria. Tämä näkyy vertailtaessa niitä esimerkkejä, joita on tapana käyttää. Entiteettiperiaatteen mukaan konsernin yhtiöiden välinen suhde on samanlainen kuin kartellisopimuksen tehneiden, toisistaan riippumattomien yhtiöiden suhde.²⁰⁷ Sen sijaan mannermaisessa erillisteoriassa kartellisopimus tuodaan päin vastoin esiin esimerkkinä (konsernia) löyhemmistä yhteistyörakenteista erillisten yhtiöiden välillä, joissa konserniproblematiikan ei katsota aktualisoituvan.²⁰⁸ Toki konsernioikeudessakin kartellia käytetään joskus esimerkkinä niistä liiketoimintaeduista, joita jäsenyys konsernissa tuo yksittäisille yhtiöille.

3.1.2 KIISTELYÄ PAREMMUUDESTA

Niin säädännäisen oikeuden kuin common law -oikeuden maissakin kiistellään siitä, kumpi perusteoria on kokonaisuutena parempi. Kuten kaikki muutkin paremmuusväittelyt, tämäkin keskustelu jää ratkaisemattomaksi, ellei ensin sovita siitä, mitkä ovat "paremmuuden" kriteerit. Tällaisina kriteereinä voidaan käyttää esimerkiksi seuraavia tekijöitä: teoria vastaa parhaiten reaali maailmaa, teoriolla on ylivoimainen ongelmanratkaisukyky tai teoria takaa asiallisesti hyväksyttävimmän lopputuloksen konkreettisissa sovelta-

205. Nikkilä 2006 s. 25.

206. Ks. esim. Mevorach 2009 s. 32.

207. Pohjoismaisesta näkemyksestä ks. Andersen 1997 s. 179.

208. Näistä sopimusperusteisista yhteistoiminnan muodoista ks. edellä jakso 2.1.1. Eri asia on, että myös näissä löyhissä yhteistoimintarakenteissa - yritysryhmissä ja yritysklustereissa - on mahdollisuus pitkälti samanlaiseen kysymyksenasetteluun kuin konsernioikeudessa. Tästä yleistettävyydestä ks. edellä jaksot 1.3.2. ja 2.6.

mistilanteissa. Jos huomio kohdistetaan teorian ja todellisuuden suhteeseen, lienee kiistatonta, että pitkältä tähtäimellä yhtenäisteoria - ja sen common law -vastine yritystoimintaperiaate - jossain muodossaan voittaa. Voidaan nimittäin väittää, että erillisteoria on keinotekoinen fiktio; se johtaa epäselvyyteen, sisäisiin ristiriitoihin ja käsitesekaannuksiin.²⁰⁹ Jos kuhnilainen näkemys tieteen kehittymisestä pitää paikkansa, on vain ajan kysymys, ennen kuin erillisteoria romahtaa omaan mahdottomuuteensa. Teoriaa rasitetaan yhtä uusilla poikkeuksilla, poikkeuksen poikkeuksilla ja sisäisellä epäjohdonmukaisuudella. kunnes erillisteoriaan perustuva normaalitiede ei enää täytä tehtäväänsä. Ja kun normaalitiede ei selitä eikä ratkaise ongelmia, uuden paradigman hakemisen aika on koittanut.²¹⁰

Kuva kääntyy toisin päin, kun tarkasteluun otetaan ongelmanratkaisun kyky. Tällöin erillisteoria on yliverlainen, jos tai kun sitä sovelletaan rigorisesti. Erillisteorialla on puolellaan täydellinen yksinkertaisuuden etu ja siitä seuraava erinomainen ongelmanratkaisukyky. Kaikki konserniongelmaan sisältyvät yksittäiskysymykset saavat kertaheitolla ratkaisunsa. Sen sijaan yhtenäisteoria, jos se otetaan lähtökohdaksi, tuottaa suuren joukon seuranaisongelmia. Kun erillisistä oikeussubjekteista ei siinäkään, oikeushenkilöoppeja hylkäämättä, voida täysin luopua, tarvitsemme tällöin sääntöjä siitä, milloin noudatetaan erillisteorian, milloin taas yhtenäisteorian edellyttämiä ratkaisuperusteita. Yhtenäisteoria siis johtaa, näennäisestä selkeydestään huolimatta, väistämättä monimutkaisempaan järjestelmään kuin erillisteoria. Tosin oikeustieteellä ei ole samanlaista taipumusta päätyä yksinkertaisimpiin mahdollisiin rakenteisiin eli entropiaan kuin fysikaalisella todellisuudella.

Kolmas paremmuuden arvioinnin peruste, päätyminen asiallisesti hyväksyttäviin tuloksiin, puolestaan ei anna selkeää vastausta. Yhtäältä voidaan sanoa, että erillisteorian ylivoimainen ongelmanratkaisukyky saavutetaan sivuuttamalla perimmäinen ongelma eli talouden ja juridiikan ristiriita. Teoria yksinkertaistaa, mutta se myös vääristää monisärmäisempää todellisuutta. Teorian tuottamat vastaukset eivät ole talouden näkökulmasta hyväksyttäviä, koska ne ovat liian legalistisia. Liikkeenjohto konsernissa on lähes mahdotonta, koska liiketaloudellisten näkökohtien tulisi ohjata päätöksentekoa,

209. Näin Andersen 1997 s. 179. Sama on sanottu pehmeämminkin. Klassisen konsernioikeuden heikkoutena on, että se ei ota huomioon taloudellisia realiteetteja mutta se toteuttaa ihanteellisesti yhtiöoikeuden ydintä. Ks. Hansen 1996 s. 27.

210. Oma lukunsa tiettenkin on, missä määrin nämä tieteenfilosofiset ajatukset pätevät oikeustieteen kaltaisessa "epätieteessä" Osuvia kielikuvia ne kuitenkin tarjoavat, joten kiistely siitä, muuttuuko ajattelu paradigman sisällä vai sen ylittäen, tuntuu hedelmättömältä.

jota kuitenkin arvioidaan puhtaasti juridisen mittapuun mukaan. Oli niin tai näin, erillisteorian ansioksi jää lopputulosten ennustettavuus. Kun konserniyhteys siinä unohtetaan, on helppo sanoa, miten eri konkreettiset kysymykset ratkaistaan. Toisaalta taas yhtenäisteoria mahdollistaa talouden ja juridiikan yhteen sovittavat ja tässä suhteessa hyväksyttävät ratkaisut. Kuten kirjallisuudessa on epäiltykin, hyväksyttävyyden hintana näyttää olevan heikko ennustettavuus. Konserni-intressin vaikutus kun joudutaan arvioimaan tapauskohtaisesti. Vaikka arviointiin on mahdollista kehittää suuntaviivoja, sen perimmäistä epämääräisyyttä lienee mahdotonta eliminoida.

Voidaan kysyä, kannattaako teorioiden paremmuudesta ylipäättään keskustella. Kysymys palautuu perustavampaan ongelmaan eli siihen, mikä merkitys tällaisilla perusvalinnoilla ja niiden avulla luoduilla malleilla lopulta on. Valinnan merkitystä on hieman yllättävästi vähätelty. On väitetty, että teorioiden eroja ei saisi dramatisoida.²¹¹ Jännitteiselle alueelle, jossa talous ja juridiikka pahimmin törmäävät, saadaan kummassakin mallissa hyväksyttävä sovellutus. Esimerkiksi konsernin erityistä suojaa tarvitseville tahoille eli tytäryhtiöiden velkojille ja vähemmistöosakkaille pystytään kummassakin takaamaan kohtuullinen oikeussuoja. Osaksi väite pitää paikkansa. Näin käy, kun pysytellään korkealla järjestelmätasolla ja ajatellaan lainsäätäjän mahdollisuuksia järjestää konserniyhtiöiden oikeussuhteet toisiinsa ja ulkomaailmaan. Osaksi taas väite on virheellinen. Jos nykyinen järjestelmä ja siinä vallitseva perusratkaisu otetaan annettuina, mallit tuottavat, kun niitä sovelletaan ankaran johdonmukaisesti, perustavasti erilaisia tuloksia yksittäiskysymyksissä. Jos tämä perusmallin antama tulos halutaan sivuuttaa, se vaatii painavia argumentteja - ja perustelutaakka on sillä, joka vaatii poikkeamaa. Erityisen vahvaa tämä deterministinen ohjautuminen on sääntelemättömillä alueilla, joita konsernien insolvenssioikeudessa riittää - kuten tullaan havaitsemaan. Siltä osin voidaan huolet sanoa, että rakenteistunut esitieto ohjaa tulkintoja. Esitieto toisin sanoen sisältää sen ”näkymättömän käden”, jonka normatiivinen teorianmuodostus saa parhaimmillaan aikaan. Konserniyhteyksissä voitaisiin allegorisesti puhua ”rautaisesta kädestä”.

Oma kysymyksensä on, missä määrin juridisesti ”oikea” teoria pystyy jäsentämään ja selittämään todellisuutta lainopillisen kysymyksenasettelun ulkopuolella. Selvää kuitenkin lienee, että yhtenäisteoria tuo paremmin esiin konserniongelman taloudellisen dimension, kun taas erillisteoria korostaa konserniongelman juridista laatua. Joka tapauksessa on kiistatonta, että Suo-

211. Andersen 1997 s. 179. Voidaan kenties kysyä, missä määrin toteamus heijastaa hänen yleistä tavoitettaan eli erilaisten suhtautumistapojen tasoittamista.

men oikeusjärjestys rakentuu erillisteorialle ja tulkinnat konkretisoituneissa yksittäiskysymyksissä ovat taipuvaisia päätyämään sen mukaisiin vastauksiin. Tästä syystä on tavallaan luonnollista, että tutkimuksessa aikaa ja vaivaa on uhrattu sellaisiin konstruktioihin ja tulkintoihin, joilla tätä lähtökohtaa kierretään. Oikeustieteellinen tutkimushan nimensä mukaisesti ei tutki itsestäänselvyksiä vaan ongelmia.²¹² Tällainen kiertokonstruktio on etenkin materiaallinen samastus (keinotekoisten järjestelyjen sivuuttamista on pidettävä yhtenä tällaisen samastuksen muotona). Samoin konkurssipesän selvittämistä palvelevat konstruktiot kuten yhteishallinto yrittävät sivuuttaa yhden erillisteorian seuraamuksen.

Järjestelmän ankaruutta lieventäviä tulkintoja taas on syntynyt muun muassa takaisinsaantia ohjaaviin sääntöihin. Esimerkiksi vastikkeellisuuden ja vahingollisuuden uustulkinnat, joihin jo viitattiin²¹³, ovat tällaisia. Tällaisten innovatiivisten konstruktioiden ja uustulkintojen yleisyys kielii osaltaan siitä, että puhtaan erillisteorian katsotaan ainakin joskus johtavan sellaisiin tuloksiin, jotka eivät ole oikeudenmukaisia, toisin sanoen asiallisesti hyväksyttävissä. Luultavaa on, että siirtyminen yhtenäisteoriaan saisi aikaan päinvastaisen kehityksen. Tällöin haettaisiin poikkeavia eli erillisteorian mukaisia vastauksia silloin, kun yhtenäisteorian tuottama lopputulos tuntuisi epäoikeudenmukaiselta. Kyynikko ehkä sanoisi, että valittiin pohjaksi kumpi teoria tahansa, teoria on ennen pitkää niin rapautunut, että se kelpaa ainoastaan pedagogiseksi muistisäännöksi tai esitystekniseksi raamiksi.

3.2 TEORIOIDEN INSOLVENSSSIOIKEUDELLISET SOVELLUKSET

3.2.1 ERILLISTEORIAN JÄYKKYYS

Yhtiöoikeudessa yhtiöiden erillisten oikeussubjektien teoria näkyy niin sanottuna oikeushenkilörajan noudattamisen periaatteena.²¹⁴ Tämä tarkoittaa

212. Tämä on omiaan aiheuttamaan väärinkäsityksiä. Maallikot ja monet käytännön lakimiehetkin kokevat tutkimuksen perustehtävän riidanhaastamiseksi ja toimivien rakenteiden rempimiseksi. Ohimennen todettakoon, että korkea ikä ja aikaisemman kritiikin puuttuminen ei tietenkään todista mitään rakenteen ”hyvyydestä” tai edes sen toimivuudesta.

213. Ks. edellä jakso 1.4.2. Ks. myös jakso 1.2.1.

214. Nikkilä 2006 s. 286. Ks. edellä jakso 2.1. Yleisemmin ja velkojanäkökulmaa korostaen voidaan puhua entiteettisuojausta (entity shielding). Sen perusidean mukaan ”yhteisön varat suojaavat ainoastaan yhteisön itsensä tekemiä sopimusoikeudellisia sitoumuksia”. Suojan tasoista ks. esim. Pykäläinen-Syrjänen 2007 s. 381.

yhtäältä, että konsernin sisällä on kunnioitettava mahdollisimman pitkälle ”oikeudellisia rajoja eri organisaatioyksiköiden välillä”. Ensiksikin jokaisen oikeushenkilön (tässä: tytäryhtiön) asioista saavat tehdä päätöksiä ainoastaan tämän oikeushenkilön omat toimitukset. Toiseksi taas yhtiön päätösvaltaa käyttävät elimet eivät ole velvollisia noudattamaan jonkun toisen yhtiön antamia toimintaa koskevia ohjeita ja määräyksiä. Periaate on kaukana reaalisesta todellisuudesta, eikä se ole kovin vahva edes oikeudellisessa todellisuudessa. Siitä on lukuisia poikkeuksia; niistä tärkein on yksimielisten osakkeenomistajien valta milloin tahansa antaa yhtiön johdolle määräyksiä, joita johdon on, oikeudellisten sanktioiden uhalla, noudatettava. Näin sellainen emoyhtiö, joka kokonaan omistaa tytäryhtiön, pystyy juridisen tehokkaasti päättämään tytäryhtiön toiminnasta ja saamaan päätöksensä täytäntöön. Tätä ohjausvälinettä on mahdollista de facto soveltaa myös niihin tytäryhtiöihin, joissa on vähemmistöosakkaita. On nimittäin luultavaa, että emoyhtiö enimmäkseen pystyy saamaan vähemmistöosakkaatkin yksimieliseksi, toisin sanoen antamiensa määräysten taakse. Vähemmistöosakkaat eivät hevin asetu vastahankaan, koska erimielisyydet emoyhtiön kanssa alentavat heidän osakeomistustensa arvoa. Tavallista sitä paitsi on, että vähemmistöosakkaatkin ovat enemmän tai vähemmän emoyhtiön intressipiirissä joskaan eivät välttämättä sen määräämisvallassa. Näin emoyhtiö pystyy vahingoittamaan uppiniskaisia vähemmistöosakkaita, mikä takaa melkoisen kuuliaisuuden emoyhtiön toivomuksille. Tilanne muuttuu vasta, kun emoyhtiön ja vähemmistöosakkaiden intressit ovat valmiiksi ilmeisessä ristiriidassa.

Tosin määräysten antamisessa tytäryhtiölle on noudatettava eräitä muodollisuuksia, jos halutaan, että määräykset olisivat myös oikeudellisesti sitovia. Periaatteessa kysymys on siitä, että yksimieliset osakkeenomistajat tekevät, yhtiökokousta pitämättä, päätöksen yhtiökokoukselle kuuluvasta asiasta, Tähän heillä on lain mukaan oikeus, kunhan he kirjaavat, päivittävät, numeroivat ja allekirjoittavat päätöksen (osakeyhtiölaki 5:1.2). Kannattaa huomata, että oikeus antaa tällaisia ohjeita ja määräyksiä on vain sellaisilla osakkeenomistajilla, jotka ovat muodollisesti järjestäytyneet (fiktiiviseksi) yhtiökokoukseksi. Näin ollen tämä päätös - asiallisesti siis määräys tytäryhtiölle - sisältää kaksi osaa, ensiksikin päätöksen yhtiökokouksen muotovaatimusten sivuuttamisesta ja toiseksi yksimielisen päätöksen itse asiasta.²¹⁵

215. Ks. af Schultén 2004 s. 15. Yksimieliset osakkeenomistajat voivat tehdä päätöksen myös hallituksen tai toimitusjohtajan yleistöimivaltaan kuuluvassa asiassa (osakeyhtiölaki 5:2.2 i.f.) Tälle päätökselle ei aseteta samanlaisia vaatimuksia kuin yhtiökokouksen korvaavalle päätökselle. Ks. Mähönen-Villa 2006b s. 59. Käytännön konserniohjauksessa luultavasti viis välitetään

Sitovaksi eli oikeudellisesti velvoittavaksi määräys tulee, kun tämä päätös on toimitettu tytäryhtiön johdolle.

Lopullisesti oikeushenkilöraja- ja erillisten oikeussubjektien teoria hajoaa kohdatessaan realiteetit eli käytännön konsernihallinnon. Oli emoyhtiön määräys oikeudellisesti sitova tai pelkkä vetoaminen tytäryhtiön hyvään tahtoon, konsernihallinto ei tavallisesti kohtaa minkäänlaisia vaikeuksia tai esteitä, kun se ohjaa tytäryhtiöittensä johdon tekemisiä. Ja jos hankaluuksia poikkeuksellisesti ilmenee, ne ovat raivattavissa hetkessä tieltä vaihtamalla tytäryhtiön johtoon kuuluvat henkilöt tai uhkaamalla heitä erottamisella. Toki on myönnettävä, että käsitykset konsernionjauksen käytännöistä ovat arvauksia. Sitä, miten konserniyhtiöitä de facto johdetaan, ei tiettävästi ole tutkittu. Sen sijaan tutkimusta siitä, miten niitä pitäisi johtaa, on runsaasti.

Voidaan kysyä, ovatko teorianvalinnan oikeudelliset vaikutukset insolvenssioikeudessa yhtä veteen piirrettyjä kuin yhtiöoikeudessa. Vastaus on yllättävästi kieltävä. Päinvastoin voidaan sanoa, että näiden peruslähtökohtien merkitys näkyy paljon selvemmin niiden insolvenssioikeudellisissa sovelluksissa. Sekä erillisteorialla että yhtenäisteorialla on esimerkiksi omat konkurssispesifiset korollaarinsa, jotka johdonmukaisessa sovelluksessa ovat toistensa peilikuvia. Melkoisena paradoksina voidaankin pitää sitä, että perusteorian korollaarit ovat syntykontekstissaan eli yhtiöoikeudessa jokseenkin yhdentekeviä, kun taas totaalisen vieraassa kontekstissa eli insolvenssioikeudessa ne saavat lähes kaikessa ratkaisevan merkityksen. Tästä syystä ei ole väärin sanoa, että insolvenssitilanteissa juridiikka lopullisesti lyö talouden eli realiteetit, kun taas konsernin harjoittaessa normaalia liiketoimintaansa taloudellinen todellisuus pitää juridiiikan taka-alalla.

Insolvenssioikeudelliset perussovellukset kannattaa tuoda jo tässä vaiheessa esiin. Erillisteorian mukaiset sovellutukset otetaan esille tässä jaksossa, yhtenäisteorian taas seuraavassa jaksossa. Lyhyesti: yhtenäisteoria johtaa yhteen konkurssimenettelyyn, yhteen konkurssipesään ja yhteen konkurssihallintoon. Erillisteoria taas vie, jos se toteutetaan johdonmukaisesti, aluksi erillisiin konkurssimenettelyihin; jokainen konsernin yhtiö asetetaan omana oikeussubjektinaan konkurssiin.²¹⁶ Konkurssiin asettamisen edellytyksiä ja esteitä arvioidaan toisin sanoen itsenäisesti ja välittämättä

osakkeenomistajien päätöksen kaltaisista muodollisuuksista. Emoyhtiön hallitus toisin sanoen ohjaa tytäryhtiöitä yhtä epäformaalisesti kuin omaakin yhtiötään.

216. Saksassa tämä ilmaistaan ytimekkäästi pedagogisella sloganilla "eine gesellschaft, eine insolvenz". Se on jopa ollut suurelle yleisölle tarkoitetun lehtiartikkelin otsikkona, näin FAZ 29.4.2009.

siitä, miten on menetelty muiden samaan konserniin kuuluvien yritysten kohdalla. Konkurssit konsernirakenteessa voivat näin alkaa eri aikoina ja eri tuomioistuimissa. Joku konserniyhtiöistä voi myös välttää konkurssin, mikäli se ei itse hakeudu konkurssiin eikä yksikään sen velkojista esimerkiksi katso konkurssihakemusta vaivan arvoiseksi. Asia erikseen on, että konkurssilta pelastumista on, kuten edellä todettiin, pidetty konsernissa empiirisesti harvinaisena ilmiönä. Jos näin on (muistettakoon, että väite on todistamaton), konserni kylläkin kokonaisuudessaan päätyy siis konkurssiin mutta vain yhtiö kerraltaan ja sattumanvaraisesti eri aikaan.

Erilliset konkurssimenettelyt puolestaan johtavat erillisiin konkurssipesiin.²¹⁷ Ja koska konserni pirstoutuu erillisiksi konkurssipesiksi, jokainen konkurssipesä saa oman ja erillisen konkurssihallintonsa. Suomessa konkurssien selvitys on yksityinen; konkurssihallinto koostuu tuomioistuimen määräämästä pesänhoitajasta sekä velkojakollektiivista, joka käyttää päätösvaltaansa pääsääntöisesti velkojainkokouksissa. Monissa maissa konkurssipesän selvitys ja hallinto on viranomaistoimintaa. Sillä, miten pesänhoito on järjestetty, ei kuitenkaan periaatteessa ole tämän tutkimuksen kohdalla vaikutusta. Kannattaa panna merkkille se perustavanlaatuinen muutos, minkä konserni tuo mukaan valta- ja alistussuhteisiin. Vaikka konsernin tytäryhtiöt ovat olleet alisteisia emoyhtiölle, tytäryhtiöiden konkurssihallinnot eivät sitä ole. Niiden ei tarvitse ottaa vastaan määräyksiä emoyhtiön konkurssihallinnolta, vielä vähemmän emoyhtiön hallitukselta, jos emoyhtiötä ei ole asetettu konkurssiin. Konkurssihallinnot ratkaisevat erimielisyytensä käymällä oikeutta aivan kuin ketkä tahansa riitapuolet. Erillisteorialle rakentuvassa konkurssijärjestelmässä konkurssipesien väliset oikeudenkäynnit ovatkin arkipäivää.

Kannattaa huomata, että erillisteoriaa noudattavassa konkurssissa katoavan konsernirakenteen tilalle ei tule konkurssissa mitään. Säännöksiä siitä, että konkurssihallintojen tulisi koordinoida tekemisiään, esimerkiksi sopia yhteisistä suuntaviivoista pesänselvitykselle tai edes ottaa toisiinsa yhteyttä, ei konkurssilaissa ole. Vanha rakenne toisin sanoen katoaa eikä minkäänlaista uutta muodostu. Konkurssipesät jäävät kuvainnollisesti oman onnensa varaan. Jos asia halutaan ilmaista kauniisti, voidaan toki sanoa, että yhteistoiminta on jätetty pesänhoitajien luontaisen itsekkyyden (konkurssihallintojen kannattaa olla yhteydessä, koska se säästää työtä), konkurssikäytännön tai

217. Konkurssipesällä tarkoitetaan tässä varoista ja veloista koostuvaa varallisuusmassaa, jonka koostumus määräytyy velallisen materiaalsen oikeusaseman kautta. Tätä kutsutaan avoimen konkurssivarallisuuden periaatteeksi. Ks. lähemmin Koulu 2009 s. 229.

konkurssiasiaain neuvottelukunnan suositusten varaan.²¹⁸ Yhtä hyvin on sanottavissa, että yhden konkurssin fiktiosta pidetään kiinni, oli se millaisessa ristiriidassa tahansa todellisuuden kanssa.²¹⁹ Moitetta on kohdistettavissa myös konkurssioikeuden tutkimukseen. Se ei ole sen enempää tuonut esiin yhteistoimintaan velvoittavan sääntelyn tarvetta kuin kehitellyt sääntöjä siitä, millaista tuon yhteistoiminnan tulisi olla ja millaisia sääntöjä sen aikaansaamiseksi tarvittaisiin. Suomea ajatellen erityinen ongelma on, kuka tuottaa tarvittavan sääntelyn. Sääntelykompetenssi kun jakaantuu erikoisella tavalla lainsäätäjän ja konkurssiasiaain neuvottelukunnan kesken.²²⁰

Yllätys ei liene, että tämä siirtymä (konsernihallinnon) keskitetystä johdosta konkurssihallintojen täydelliseen riippumattomuuteen lupaa hankaluuksia jatkolle eli erillisten konkurssipesien selvitykselle ja etenkin niihin kuuluvan varallisuuden rahaksi muuttamiselle. Tämä johtuu siitä, että konserniyhtiöt ovat tavallisesti tarkoitettut toimimaan konsernin osina. Näin ollen niiden liikeomaisuus ei useinkaan muodosta sellaista toiminnallista kokonaisuutta, joka olisi sellaisenaan realisoitavissa, toisin sanoen joku olisi halukas sen ostamaan kunnan hintaan. Rahaksi muuttaminen tällaisina kokonaisuuksina on kuitenkin käytännössä aina edullisin vaihtoehto, ellei toimintaa ole jo lopetettu. Kokonaisuutena voidaan sanoa, että erillisteorian konkurssioikeudellisia sovellutuksia leimaa pohjoismaissa aikamoinen jäykkyys. Vaihtoehtoja, edes korollaarien muunnelmia, ei ole ajatusleikkienä tuotu esiin. Lukijan saamaksi vaikutelmaksi jää näin täydellinen vaihtoehtottomuus: erillisten oikeussubjektien teorian on oletettu vaativan täydellisiä sovellutuksia konkurssissa. Täydellisten sovellutusten kuvainnollista hintaa ei ole missään vaiheessa ryhdytty miettimään.

3.2.2 YHTENÄISTEORIAN MUUNNELTAVUUS

Jos yhtenäisteoria toteutetaan konkurssioikeudelliseen takaseinänsä saakka, aloitettava konkurssi käsittää kaikki konsernin yhtiöt. Ne asetetaan siis kerralla konkurssiin.²²¹ Konkurssimenettelyjä on vain yksi, ja konkurssiin asettami-

218. Yhteistyökäytänteiden luontaiseen kehittymiseen luotettiin yrityssaneerauslain valmistelussa - ainakin jos uskotaan puolivirallista lakikommentaaria. Lakiin ei tullut säännöksiä konsernisaneerauksesta. Näin konserni ei voi olla yhtenäisen saneerausmenettelyn kohteena, vaan - on aloitettava kutakin yhtiötä koskeva erillinen saneerausmenettely. Nämä menettelyt voidaan kuitenkin koordinoita aikataulullisesti sekä organisaation osalta. Ks. Koskelo 1994 s. 219. Tästä yksinapaiseksi kutsutusta konkurssioikeudesta ks. edellä jaksossa 1.1.1.

220. Sääntelykompetenssiin palataan jäljempänä jaksossa 7.5.1.

221. Yhtenäisteorian rakenteellinen heikkous onkin, että konkurssi vetää tavallisesti piiriinsä

sen myötä muodostuu ainoastaan yksi konkurssivarallisuus eli konkurssipesä. Tähän konkurssipesään konkurssihallintojakin tarvitaan vain yksi, joten yhteistoiminnalle tai tiedonvälitykselle tässä suuressa konkurssipesässä ei ole tarpeen keksiä sääntöjä. Yhteistoiminta eli organisoituminen voidaan jättää ”konkurssipesän sisäiseksi asiaksi”, toisin sanoen konkurssihallinnon itsensä järjestettäväksi olosuhteiden vaatimalla tavalla. Estettä ei esimerkiksi ole sille, että entiset konserniyhtiöt muodostavat pesänselvityksessä omat yksikkönsä. Konkurssipesien välisistä oikeudenkäynneistäkin päästään, jos konsernin yhtiöiden varallisuuspiirejä ei ylipäätään ryhdytä erottelemaan. Viime kädessä yhtenäisteoria vie siihen, että kaikki oikeussuhteet sulautuvat yhteen. Velkojen saatavat kohdistuvat kokonaisvarallisuuteen riippumatta siitä, mikä konserniyhtiöistä oli alun perin velkasuhteen velallinen tai mikä konserniyhtiö omisti mitään. Toki yhtenäisteorialle voidaan antaa myös sellaisia konkurssioikeudellisia sovellutuksia, joissa aineellista sulautumista ei tapahdu kuten jäljempänä havaitaan.²²²

On helppo havaita se korrelaatio, joka vallitsee konkurssimallin ja empiirisen todellisuuden välillä. Jos säännönmukaisuutena todella on, että kaikki konsernin yhtiöt päätyvät, ehkä jonkinlaisella viiveellä, lopulta konkurssiin, yhden konkurssimenettelyn ja yhden konkurssipesän malli selvästikin tehostaa pesänselvitystä. Jos taas on tavallista, että vain joku tai jotkut konsernin yhtiöistä asetetaan konkurssiin, erillisteorian edellyttämä erillisten konkurssimenettelyjen malli tuntuu itse asiassa luonteelta. Kuten edellä todettiin, konserniin sijoittuvien konkurssien määriä ei tiedetä; emme tiedä myöskään, kokeeko koko konserni yleensä saman kohtalon vai ei. Jos kirjallisuudessa vallitseva oletama koko konsernin päätymisestä konkurssiin on oikea, erillisteorialle rakentuva konkurssijärjestelmä tavallaan varautuu virheellisesti, toisin sanoen malli ei pääse toimimaan niissä olosuhteissa, joihin se on alkujaan kehitetty.

Erillisteoriaa tai yhtenäisteoriaa ei ole pakko toteuttaa aineelliseen sulautumiseen saakka, vaan monet välimuunnelmät ovat mahdollisia. Yksi tällainen muunnelma on yksi konkurssimenettely ja yksi konkurssivarallisuus, mutta konkurssipesässä sallitaan laskennalliset erillisvarallisuudet. Nykyinenkin laki tuntee tällaisia erillispesiä. Esimerkiksi vakuutusyhtiön konkurs-

myös ne konserniyhtiöt, jotka sinänsä olisivat elinkelpoisia ja joita ei siis kannattaisi asettaa konkurssiin. Käsitteellinen välttämättömyys tämä ei toki ole. Yhtenäisteoriassa konserniyhtiön pelastaminen konkurssilta vaatii kuitenkin tätä tarkoittavaa erityissääntelyä, kun taas erillisteoriaa toteuttavassa konkurssioikeudessa sellaista ei tarvita. Erillisteorian vallitessa konserniyhtiö välttää konkurssin yksinkertaisesti sillä, että sitä ei haeta konkurssiin.

222. Ks. jäljempänä jakso 7.4.1.

sisä vakuutus sopimusten vastuiden kateomaisuus tulee hallinnoitavaksi ”erityisenä selvityspesänä”.²²³ Tämä konstruktio turvaa vakuutuksenottajien korvausvaatimukset. Kun konsernin konkurssissa muodostuu yhtenäisvarallisuus, konserniyhtiöiden laskennalliset erillispesät ottaisivat paremmin huomioon sen, minkä yhtiön kanssa yksittäinen velkoja on ollut velkasuhteessa. Laskennallisten erillisvarallisuuksien malli tuntuu näin yhdistävän kohtuullisesti pesänselvityksen kustannustehokkuuden ja velkojen oikeussuojan. Mahdolliset erimielisyydet laskennallisten erillisvarallisuuksien välillä ovat ratkaistavissa pyytämällä niihin tuomioistuimen kannanottoa. Varsinaiseen kahden asianosaisen oikeudenkäyntiin ei kuitenkaan olisi tarvetta.

Myöskään erillisteorian ei tarvitse päätyä konkurssihallintojen totaaliin itsenäisyyteen ja riippumattomuuteen. Esimerkiksi: erilliset konkurssipesät omine hallintoineen sallitaan, mutta laki velvoittaa konkurssihallinnot yhteistoimintaan ja vähintäänkin jatkuvaan tietojenvaihtoon. Tällöin voidaan puhua yhteistoimintamallista. Etenkin realisoinnissa saatetaan lisäksi edellyttää yhteistä päätöksentekoa, koska siinä kaikkien konkurssihallintojen intressit yhtyvät. Mahdollisimman korkean hinnan saaminen konkurssipesään kuuluvasta liikeomaisuudesta on kaikkien edun mukaista.²²⁴ Pitkälle ohjeistettu yhteistoiminta alkaa jo lähetä konkurssipesien yhteishallintoa.²²⁵ Siinä konkurssipesät ovat muodollisesti erillisiä ja itsenäisiä, mutta niitä hallinnoidaan keskitetysti, esimerkiksi hallinto-organisaatio on yhteinen. Yhteishallinto tietenkin vie tarpeen säänneltyyn eli institutionaaliseen yhteistoimintaan. Tieto välittyy, ja toimenpiteet koordinoituvat enemmän tai vähemmän itsestään.

Omaperäisin on italialainen muunnelma konkurssioikeuden korollarisista. Italiassakin on vallalla erillisteoria, joten konserni ei ole Italian oikeudessa konkurssiyksikkö. toisin sanoen konsernia ei sellaisenaan aseteta konkurssiin, vaan konkurssikelpoisia ovat Italiassa pelkästään konserniin kuuluvat yhtiöt. Sen sijaan konserni toimii Italiassa konkurssitilastoinnin yksikkönä. Tästä seuraa, että oli konkurssiin päätyviä konsernin yhtiöitä miten monta tahansa, kaikki tilastoidaan vain yhtenä konkurssina.²²⁶ Tällä luovalla tilastoinnilla maan talous on saatu aikanaan näyttämään elinvoimaisemmalta

223. Ks. Havansi 1992 s. 35.

224. Teoriassa on toki mahdollista, että jonkun konkurssipesän varallisuus pystyttäisiin myymään erikseen edullisemmin kuin kokonaisuuden osana. Käytännössä tällaiset tilanteet lienevät äärimmäisen epätavallisia, eikä niihin siitä syystä tarvitse varautua.

225. Mahdollisuutta yhteishallintoon nykyisen konkurssilain pohjalta käsitellään jäljempänä jaksoissa 7.3.1. ja 7.4.3. .

226. Insolvencies in Europe 2008 s. 2.

kuin mitä se olikaan. Konkurssien määrä nimittäin jää tilastoinnissa pieneksi verrattuna yritysten määrään. Tämä niin sanottu konkurssisuhde (konkurssija/100 000 yritystä) on yksi kansantalouden terveyden mittareista. Lienee turha sanoa, että konserniongelmaa ei ratkaista tilastointia kehittämällä - olkoonkin että konkurssien tilastoinnissa sinänsä on, kuten edellä todettiin, parantamisen varaa.²²⁷

Osalla näistä välimuodoista on oikeusvertaileva esikuva; osa on vasta kirjallisuudessa esitetyn idean asteella ilman käytännön testiä. Osa välimuotojen innovaatioista on nähtävästi toteutettavissa jo nykyisen lainsäädännön puitteissa, osa selvästikin edellyttää uutta lainsäädäntöä. Ensimmäisiä tarkastellaan lähemmin luvussa 6 ja 7, muihin palataan *de lege ferenda* ehdotuksissa. Ennakkoluulottomimmin konsernikonkursseihin on suhtauduttu kansainvälisessä insolvenssioikeudessa, jossa yritysryhmien maksukyvyttömyys on ollut vuosia polttavin keskusteluteema.²²⁸ UNCITRAL - mallilakiehdotuksessa aihepiiriin puututaan kovalla kädellä.²²⁹ Näissä kehitemissään kyseinen oikeudenala on osoittautunut harvinaisen uudistusmyönteiseksi ja innovatiiviseksi, mikä johtuu kaikesta päättäen siitä, että valmiita malleja ja ajatustottumuksia - 'luutuneita rakenteita' - ei ollut murrettavana. Pohdinassa on tultu eräänlaiseen teorioiden yhdistelmään, jonkun mielestä ilmeiseen "sekateoriaan". Keskeinen havainto on, että väliä ei ole sillä, montako konkurssimenettelyä konsernin maksukyvyttömyys saa aikaan. Pääasia on, että ensiksikin sama lainkäyttöelin päättää yhdellä kertaa kaikkien tarpeellisten konkurssimenettelyjen aloittamisesta. Toiseksi taas yhden ja saman elimen on päästävä hallinnoimaan (administer) kaikkia aloitettuja menettelyjä. Tämän elimen - silmällä on pidetty lähinnä tuomioistuinta - ei tarvitse välttämättä olla sama kuin päättävä elin. Luontevaa kuitenkin on, että molemmat tehtävät kuuluisivat konkurssituomioistuimelle.²³⁰

227. Ruotsin osalta ks. Mellqvist 2007 s. 64. Heikko tietopohja saa aikaan sen, että konkurssioikeuden kehittäminen jää hiljaisen tekijäntiedon, pahimmillaan henkilökohtaisten näkemysten varaan. Suomen kaltaisessa vakaan oikeuskehityksen maassa riski on toki normaaliaikoina vähäinen. Vuosien 1990-93 laman hektinen lainvalmistelu olisi kuitenkin hyötynyt siitä, että yrityskonkurssista ja niiden mekanismeista olisi tiedetty enemmän. Melko paradoksaalista on, että tutkimukset suomalaisen konkurssin käytännöistä jouduttiin tukemaan pääasiassa amerikkalaiseen empiiriseen aineistoon. Ks. Sundgren 1995 s. 57.

228. Ks. edellä jakso 1.4. ja 2.6.

229. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010b s. 4. Seuraava esitys perustuu tähän oppaaseen. Sen sijaan valtiosisäisiin konkurssikonserneihin suunnattu mallilakiehdotus on näennäisesti konservatiivisempi: se hyväksyy vallitsevan erillisten oikeussubjektien teorian (single enterprise approach) mutta kehittää samalla siihen niin laajoja poikkeuksia, että lähtökohta käytännössä murenee. Ks. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a s. 14.

230. Ehdotus perustuu tässä common law -oikeuden näkemykselle, jonka mukaan tuomioistuin

Henkilöhistoria selittänee, miksi samaan perusmalliin ollaan päätyvässä myös Euroopan unionin aloittamassa työssä maksukyvyttömyysasetuksen tarkistamiseksi. Siinäkin aikaisempi periaateratkaisu - jokainen yhtiö on asetettava erikseen konkurssiin (entity-by-entity approach) - säilytetään. Yhteydenpitoa eri insolvenssimenettelyjen välillä kuitenkin tehostetaan (mihin palataan jäljempänä). Samalla myös harkitaan sitä, että yksi tuomioistuin saisi edelleen päättää kaikkien yritysryhmän yhtiöiden insolvenssimenettelystä. Tämä on nykyisenkin asetuksen mukaan mahdollista, jos tuomioistuin katsoo, että kaikkien yhtiöiden pääintressien keskus sijaitsee sen toimipiirissä eli kyseisessä jäsenvaltiossa.²³¹ Konsernityyppisessä yritysryhmässä tulkinta kerää kaikki ryhmän yhtiöt emoyhtiön pääintressien keskukseen ja kyseisen jäsenvaltion toimivaltasateenvarjon alle. On luultavaa, että tämä yritysryhmäforum - joka funktionaalisesti muistuttaa täysin konserniforumiä, jonka esimerkiksi Suomen konkurssilaki tuntee - tulee lähivuosina legalisoiduksi.²³² Joulukuussa 2012 julkaistu komission ehdotus MKA -asetuksen muuttamiseksi ei kuitenkaan mene näin pitkälle. Siinä tyydytään kehittämään yhteistyömuotoja erillisten konkurssipesien hallintojen välillä. Samalla hyväksytään se ajatus, että rinnakkaismenettelyt voivat alkaa eri maissa ja eri aikoina, toisin sanoen tapauskohtaisesti.²³³

Common law -oikeuden vaikutus näkyy vahvana siinä, että asetusehdotuksessa kyseiseksi päättäväksi ja hallinnoivaksi elimeksi on ajateltu tuomioistuinta. Muita vaihtoehtoja ei ole edes tuotu esiin. Sen sijaan erimielisyyttä on syntynyt sen ympärille, miten tämä tuomioistuin määräytyisi, toisin sanoen mikä tuomioistuin on toimivaltainen päättämään yhtäältä menettelykimpun aloittamisesta, toisaalta koordinoimaan niitä. Tällaisen yksityis-

viime kädessä vastaa konkurssipesän selvityksestä. Pesänhoitajat ovat käsitteellisesti lähinnä tuomioistuimen edustajia ('insolvency representatives'). Tämäkin fiktio on - kuten insolvenssioikeuden fiktiot yleensäkin - varsin kaukana todellisuudesta. Edustajan toimivaltuudet kun ovat suurin piirtein samat kuin meikäläisen pesänhoitajan. Ks. esim. Rajak 1995 s. 793.

231. Euroopan unionin maksukyvyttömyysasetuksen soveltamiskäytäntö osoittaa, että tämä ei ole enää mahdollisuus vaan jo todellisuutta. Vaikkakaan se ei ollut alun perin tarkoitus, kansainvälisen konsernin emoyhtiön kotipaikan tuomioistuimet ovat ryhtyneet asettamaan konkurssiin myös emoyhtiön ulkomaisia tytäryhtiöitä. Tähän ovat syllistyneet etenkin britti-tuomioistuimet. Ks. esim. FAZ 10.10.2012 "Meilenstein im Insolvenzrecht". Asetuksen tarkoituksesta ks. Koulu 2007 s. 225.

232. Discussion paper on the Revision of Council Regulation on Insolvency proceedings 2012 s. 3 ja 11. Suomen vastaus asiantuntijaryhmän ehdotukseen edustaa klassista eli erillisteorian mukaista näkemystä. Jos koko yritysryhmä alistettaisiin yhteen ainoaan insolvenssimenettelyyn, se aiheuttaisi "lots of legal and practical problems." Ks. ministry of justice: consultation on the future of european insolvency law 21.6.2012 s. 2.

233. Proposal for a amending Council Regulation on Insolvency Proceedings 2012 s. 5.

kohdan saama huomio selittyy asiayhteydellä. Komission asetusehdotus tarkastelee - UNCITRAL -lainsäädäntöoppaan tapaan - nimenomaan rajat ylittäviä yritysryhmiä. Kansainvälisessä insolvenssioikeudessa taas tuomioistuinten kansainvälinen toimivalta nousee äärimmäisen tärkeäksi. Jokainen valtio kun haluaa samalla kertaa sekä ulottaa oman konkurssituomioistumensa toimivallan mahdollisimman pitkälle yli omien valtiorajojensa että pitää ulkomaisten tuomioistuin toimivallan mahdollisimman suppeana. Autonomisen konkurssioikeuden aikana tämä onnistui yksipuolisesti: asia erikseen oli, miten tasapainottomiin (eli eksorbitentteihin) toimivalta-perusteisiin muissa maissa suhtauduttiin. Sen sijaan yhtenäistetyssä konkurssioikeudessa on pakko hakea tasapainoa. Mikään valtio, jonka alueella konkurssivarallisuus sijaitsee, ei ymmärrettävästi halua antaa toisen valtion tuomioistuimelle varauksetonta toimivaltaa tämän varallisuuden suhteen.

Yhtenäistetyssä konkurssioikeudessa intressiristiriita johtaakin odotetusti sitkeään kiistelyyn yhtenäistettyjen toimivaltasäännösten sanamuodosta. Kansallisissa yhteyksissä toimivaltaperusteet eivät sen sijaan herätä vastaavia intohimoja. Päätävä ja koordinoiva tuomioistuin on määrättävissä tarkoituksenmukaisuusperustein. Praktisin ratkaisu on soveltaa sitä konserniforumiä, joka useimmissa oikeusjärjestyksissä on jo valmiiksi. Kiistely tämänkaltaisista yksityiskohdista ei saa kuitenkaan sotkea yleiskuvaa. Kaiken kaikkiaan yhtenäisteorian mukaisen konkurssin on katsottu sallivan monenlaisia muunnelmia. Niiden etuja ja haittoja on laajalti pohdittu, eikä kerran tehtyjä valintoja koeta kiveen hakatuiksi.

3.3 KONKURSSIOIKEUDEN VIETERIUKKO: SAMASTAMINEN KOKONAISRATKAISUNA

3.3.1 RATKAISUJA VAI NÄENNÄISRATKAISUJA?

Vieteriukko on oikeustieteellisestä kirjallisuudesta tuttu, osin pejoratiivinen vertaus. Alun perin sillä kuvattiin EU-oikeuden odottamatonta aktualisoitumista tilanteessa, joka ei lainkaan näyttänyt kuuluvan EU-oikeuden vaikutuspiiriin. Sittenmin vertaus on laajennettu kuvaamaan ihmisoikeus/perusoikeus -säännösten vastaava soveltamista, erityisesti silloin, kun epäillään säännösten ylitulkintaa.²³⁴ Vieteriukko -vertaus tuntuu olevan paikallaan

234. Helin 2012 s. 11. Jos tuomioistuimet syylistyvät tällaiseen ylitulkintaan, niiden toiminta leimataan oikeudelliseksi aktivismiksi, jonka hyväksyttävyys taas on sidoksissa kantaa ottavan tahon aatemaailmaan. Ks. Koulou 2012 s. 26. Samaa mieltä olevat kehuvat tuomioistuimen

myös silloin, kun kysymys on (ei ylikansallisen supernormiston vaan) kansallisen säännösten odottamattomasta soveltamisesta. Vieteriukko -vertauksella on eräänlainen funktionaalinen ilmentymänsä myös prosessioikeudessa, jossa puhutaan tällöin yllättävästä lain soveltamisesta. Termillä tarkoitetaan sitä, että asian ratkaiseva tuomioistuin perustaa tuomionsa sellaiseen lainkohtaan, jota ei ole oikeudenkäynnissä käsitelty. Yllättävä lainsoveltaminen on kielenkäyttönä leimaavaa: se indikoi, että tuomioistuin on lyönyt laimin informoivan prosessin johdon ja määritelmästä riippuen loukannut kuulemisperiaatetta.²³⁵

Samastus on vieteriukon insolvenssioikeudellinen sovellutus, joskin samastus on ollut alkujaan siviilioikeudellinen kehitemä. Samastuksella muretaan yhtäältä erillisten oikeussubjektien periaate ja toisaalta sen aineellisoikeudellinen vastinperiaate, erillisten varallisuuspiirien periaate. Samastus täyttää vieteriukko -ilmiölle asetetut kriteerit: samastaminen on ensiksikin harvinaista, toiseksi se tapahtuu odottamatta ja kolmanneksi sen edellytykset ja koko käyttöala ovat erinomaisen epämääräiset. Kokonaisuutena on sanottava, että samastus on pahassa ristiriidassa sen ennustettavuuden kanssa, jota insolvenssilainsäädännöltä on totuttu odottamaan.²³⁶ On kuitenkin myönnettävä, että samastus tuntuu tuovan - taiten ja pidättyväisesti käytettynä - korjauksen joihinkin erillisteorian epäonnistuneimpiin sovelluksiin. Tämä pätee etenkin konsernin kaltaiseen tilanteeseen, jossa taloudellinen todellisuus ja juridiset konstruktiot eivät edes lähtökohtaisesti vastaa toisiaan.

Voidaan kysyä, miten oikeudenala vaikuttaa samastukseen instituutiona. Joitakin eroja onkin nähtävissä. Kun siviilioikeudellinen samastus tarkas-

edistyksekkyyttä ja ennakkoluulottomuutta, eri mieltä olevat taas sanovat tuomioistuimen ylittäneet vallan kolmijako-opin asettamat rajat.

235. Ks. Lindell 1988 s. 33. Äärilegalistisen käsityksen mukaanhan kuulemisperiaatetta ei loukata yllättävässä lainsoveltamisessa, koska väittämistäakka ei koske oikeusohjeita. Kaikki kuitenkin myöntävät, että yllättävä lainsoveltaminen vaikeuttaa asianosaisten asianajoa. Lopputuloksen valossa he ajavat "väärin" asiaansa, toisin sanoen vetoavat merkitysettömiin argumentteihin. On helppo huomata, että yllättävän lainsoveltamisen ei tarvitse olla objektiivisesti yllättävää, riittää, että se yllättää asianosaiset tai heistä toisen. Lainsoveltaminen voi siis olla yllättävää, vaikka keskivertolakimiehen mielestä lain soveltaminen on ollut täysin ennustettavaa. Ja kääntäen: vieteriukko -sovellutus ei ole prosessioikeudellisessa merkityksessä yllättävää lain tulkintaa, jos vieterinormiston soveltamismahdollisuutta on käsitelty oikeudenkäynnissä riittävästi, toisin sanoen asianosaiset ovat saaneet esittää siitä oikeudellista argumentointia.

236. Koulu 2009c s. 130. Insolvenssioikeuden ulkopuolella tutkimuksessa on helpompi tarjota samastusta tai sen kaltaisia ratkaisuja. On esimerkiksi katsottu, että immateriaalioikeudelliset luovutusrajoitukset väistyvät, kun yksinoikeus siirretään toiselle saman konsernin yritykselle. Kyseessä ei ole tällöin "oikea" eli lain tarkoittama edelleen luovutus. Ks. Koulu 2003 s. 156. Toisin tulkintaa tukevaa oikeuskäytäntöä saadaan vielä odottaa.

telee samastuksen edellytyksiä, insolvenssioikeuden tutkimuksessa keskiöön nousevat samastuksen oikeusvaikutukset. Yhteistä molemmille lähestymistavoille kuitenkin on, että niihin haittavaikutuksiin, joita tehty samastus tuo mukanaan, kiinnitetään vain vähän huomiota, toisin sanoen samastus nähdään periaatteessa myönteisenä. Vaikka samastus on ollut pitkään myös konkurssioikeuden tutkimuksen vakioteemoja, tutkimus ei juuri ole tuottanut yksiselitteisiä tuloksia. Yllätys ei liene, että samastuksen edellytykset - eli samastusperusteet - ovat insolvenssioikeudessa epäselvät ja samastuksen soveltamisala tästä syystä arvailujen varassa. Näinhän asianlaita on, hieman vähemmässä määrin, myös siviilioikeudellisessa samastuksessa. Sen sijaan ihmeteltävää on, että samastuksen toteuttamisen tapaa - esimerkiksi kuka päättää ja millaisessa käsittelyssä päätös tehdään - ei ole oikeastaan lainkaan otettu esille kummallakaan oikeudenalalla. Onhan selvää, että samastus toteutuessaan muuttaa perustavasti materiaalisia oikeusasemia ja tekee näin intressitahojen oikeussuojasta ensiluokan ongelman. Kuvaavasti samastuksen käsitekin on tarkentamatta, eikä kielenkäyttö ota muutoinkaan huomioon erilaisia (samastuksen) soveltamistilanteita. Samaa termiä käytetään toisin sanoen kuvaamaan erilaisia, päällisin puolin yhteismitattomia tilanteita, mikä ei ole omiaan edistämään rationaalista keskustelua.

Mitä tulee samastuksen aatehistoriaan, samastaminen on ennen kaikkea pohjoismainen keksintö. Kuten edellä todettiin, Yhdysvalloissa samaan tulokseen päästään agenttikonstruktioilla eli katsomalla, että tytäryhtiö toimii omissa nimissään mutta emoyhtiön hyväksi.²³⁷ Kannattaa myös muistaa, että teoriaa samastuksesta insolvenssimenettelyissä ei ole kehitetty konsernikonkurssseja ajatellen. Samastusta tarjottiin alun perin ratkaisuksi rajoitettuihin materiaalsiin ongelmiin, etenkin perustelemaan, miksi emoyhtiön pitäisi vastata tytäryhtiönsä deliktiperusteisista veloista. Tästä lähtökohdasta seuraa, että samastuksesta keskusteltaessa huomio keskittyy siihen, milloin ja miten tytäryhtiö samastetaan emoyhtiöön. Sen sijaan toiseen suuntaan kulkeva samastus - emoyhtiö samastetaan tytäryhtiöön, jolloin tytäryhtiö joutuu vastuuseen emoyhtiön veloista - on unohdettu.²³⁸ Tästä seuraa, että samas-

237. Ks. esim. Andersen 1997 s. 180. Ks. edellä jakso 2.2.

238. Puhuminen samastuksen "suunnasta" on kuvainnollista kielenkäyttöä. Se on myös hieman epätarkkaa, koska suunnan määrittely vaatii oikeastaan kielenkäytön konventiota. Tässä tutkimuksessa samastuksen suunnalla viitataan siihen, minkä yksittäisen oikeussubjektin (materiaalinen) oikeusasema muuttuu samastuksen seurauksena. Emoyhtiöön samastuminen merkitsee siis, että emoyhtiön asema muuttuu, esimerkiksi sen velkavastuu laajenee käsittämään myös sellaiset velkasuhteet, joiden muodollisena velallisena alunperin oli vain tytäryhtiö. Samastaminen tytäryhtiöön taas kertoo esimerkiksi sen, että tytäryhtiön omaisuutta käytetään

tus parhaimmillaankin tarjoaa vain osittaisen ratkaisun. Toki voi olla, että tytäryhtiön samastus emoyhtiöön kattaa käytännössä tärkeimmät tilanteet. Se tarjoaa suojaa etenkin sille taholle, joka sitä eniten kaipaa, eli tytäryhtiön velkojille. Sen sijaan toinen "vieras" intressiryhmä eli tytäryhtiön vähemmistöosakkaat ei millään tavoin hyödy tällaisesta samastuksesta.

Toinenkin seikka rajoittaa samastuksen kelpuuttamista patenttilääkkeeksi, jolla vähällä vaivalla ylitetään todellisuuden ja juridiikan kuilu. Siviilioikeudellinen samastus tulee pääsääntöisesti kysymykseen tilanteissa, joissa jompikumpi samastettavista oikeussubjekteista on toiminut - tavalla tai toisella - moraalis-eettisesti moitittavasti. Tällainen moitittavuus liitetään joskus toimineen tahon motiveihin. Esimerkiksi: emoyhtiö on siirtänyt riskialttiin liiketoiminnan niin sanottuun alikapitalisoituun eli riittämättömällä voimavaroilla varustettuun tytäryhtiöön tarkoituksenaan minimoida näin konsernille aiheutuva riski. Joskus taas toiminnan moitittavuus on luokiteltavissa pikemminkin rakenteelliseksi: oikeushenkilöiden erillisuus ei ole todellista, vaan rakenteet ovat fasadinomaisia, toisin sanoen osapuolet käyttävät tietoisesti hyväkseen sitä erillisten oikeussubjektien periaatetta, jolle järjestelmä rakentuu.²³⁹ Sen sijaan samastus tuntuu lähtökohtaisesti sulkeutuvan pois normaalitilanteissa. Niissä konsernimuodolla ei tarkoitusta "kiertää" mitään vaan se on ollut luonnollinen liiketoiminnan harjoittamisen muoto vallitsevissa olosuhteissa.²⁴⁰ Tässä tutkimuksessa keskitytään juuri näihin todellisiin tai aitoihin konserneihin. Asia erikseen on, että moitittavan käyttäytymisen ja luvallisen hyödyntämisen rajanvedolle lienee mahdotonta löytää sääntöjä. Ratkaisut jäävät näin aina tilannesidonnaisiksi.

Toki on myönnettävä, että samastukselle avautuu lupaavat käyttömahdollisuudet pöytälaatikkoon jääneissä konsernirakenteissa. Tällaiset liiketoimintaa harjoittamattomat yhtiöt ovat muutoinkin vakioesimerkki samastuksen (ja sen modernien vastineiden) ensisijaisista käyttökohteista. Erityisen otollisina soveltamiskohteina samastukselle on pidetty off shore-yhtiöitä ja veroparatiiseihin perustettuja trust-rakenteita.²⁴¹ Ne ovat pääsääntöisesti sivuu-

emoyhtiön velkojen maksamiseen, kun tytäryhtiön muodollinen omistus syrjäytetään keino-tekoisena järjestelynä (KonKL 5:11)..

239. Tammi-Salminen 2001 s. 288. Tämä väärinkäyttämisteoriaksi kutsuttu oppi on peräisin Saksan oikeudesta. Ks. esim. Huttunen 1963 s. 197.

240. "- - - samastusta ei ole kannatettu silloinkaan, kun osakeyhtiö on toiminut pelkästään osakkeenomistajan liiketoiminnan edistämiseksi tai, kun sillä ei ole ollut toimintaansa nähden riittävästi omaa pääomaa." Ks. Immonen 1994 s. 45.

241. Lyytikäinen 1998 s. 1057. Pääsääntöistä sivuuttamista näissä tilanteissa kannatettiin alunperin vastuun samastuksessa, koska säännökset omistuksen samastamisesta - eli keino-tekosten järjestelyjen syrjäyttämisestä - tulivat vasta myöhemmin. Käydystä keskustelusta ks. Mikkola

tettavissa “näön vuoksi” tehtyinä. Tämä onkin totta, jos off shore-ominaisuus sinänsä luetaan merkiksi tai indiisioksi fasadimaisuudesta. On kieltämättä tunnustettava, että tällainen ajatus houkuttelee. Tällaiset yhtiöt on perustettu kaukaisiin ja tiukkaa salassapitovelvollisuutta noudattaviin maihin, jotta niiden todellinen luonne pystytään kätkemään. Sitä paitsi tällaisia yhtiöitä omistavan on helppo esittää näyttöä yhtiönsä tekemisistä eli sen todellises- ta liiketoiminnasta, sen sijaan ulkopuolisille se on vaikeaa ellei suorastaan mahdotonta. Vanhan viisauden mukaan negatiivista seikkaa - tässä: yhtiöl- lä ei ole missään todellista liiketoimintaa - ei ylipäättäen voida todistaa au- kottomasti. Jotta ei syntyisi väärinkäsityksiä, kannattaa todeta, että tällaista todistustaakkasääntöä ei ole tuotu esiin tutkimuksessa. Sen sijaan mahdol- lisuudet ylipäättäen esittää jostain seikasta näyttöä otetaan huomion asetet- taessa todistustaakkasääntöjä. Asia ei muutu silloinkaan, kun tukeudutaan näyttöenemmyysperiaatteeseen.

Näin ollen tuntuu jokseenkin kohtuulliselta asettaa *presumptio* siitä, et- tä off shore-järjestely on oikeushenkilökeinottelu.²⁴² Tosin kirjallisuudessa on aiheellisesti huomautettu siitä, että edes off shore-kohteeseen peruste- tun trust-rakenteen samastaminen sen perustajaan ei ole selviö.²⁴³ Todistus- taakkasääntö ei siis käänny vastaavaksi materiaaliseksi säännöksi. On kui- tenkin myönnettävä, että insolvenssioikeudellisessa samastuksessa ei ole (tai oikeammin olisi) pakko pitää kiinni tällaisista samastuksen “klassisista” edellytyksistä. Toistaiseksi ei kuitenkaan ole havaittavissa merkkejä siitä, että niistä luovuttaisiin. Voidaan myös todeta, että edes jotenkin vakiintuneista tulkinnoista luopumisen myötä koko samastuksen tarpeellisuus tulee ky- seenalaiseksi - asiallisesti tällöin on jo siirrytty yhtenäisteorian maailmaan. Siinä maailmassa samastus taas on turha välikonstruktio; samastamista kun tarvitaan vain erillisteorian hallitsemassa oikeusmaailmassa.

2003 s. 207.

242. Osuva termi “oikeushenkilökeinottelu” on Hemmolta. Ks. Hemmo 1998 s. 257. Off shore-yhtiöillä voidaan myös harjoittaa potentiaalisen vastaajan oikeuspaikkakeinottelua. Oikeuden- käynti tehdään mahdollisimman kalliiksi ja hankalaksi sille, joka vetoaa samastuksen kaltaisiin, oikeushenkilörakenteita purkaviin säännöksiin. Mitä pitemmälle kansallinen laki pitää kiinni siitä, että kannetta on ajattava vastaajan kotimaassa, sitä tehokkaampaa strategia on. Tässä suh- teessa esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä voidaan arvostella voimakkaasti. 243. Mikkola 2003 s. 216. Muutoinkin on huomautettu, että ulosoton kiertämissäännöksen käyt- tömahdollisuuksia ei saa yliarvioida ja että off shore-yhtiöiden edellyttämä juridinen rakenne on ollut olemassa yli sata vuotta. Ks. Pöyhönen 2001 s. 319.

3.3.2 MONIKASVOINEN SAMASTAMINEN: JURIDISEN KIELENKÄYTÖN EPÄTARKKUUTTA

Puhtaan kielellisesti termi ”samastus” suorastaan kerää moitteita. Tämä korimaiseen kirjallisuuteen pesiytynyt ilmaus on liian kaunisteleva. Se saa samastuksen kuulostamaan tekniseltä ja neutraalilta, jonkun mielestä ehkä viattomalta toimenpiteeltä. Tässä luennassa kielenkäyttö hämärtää sekä samastuksen poikkeuksellisuutta että sen perimmäistä radikaalisuutta. Samastushan rikkoo keskeiset juridiset instituutiot kuten olettamuksen erillisistä oikeussubjekteista. Oma, aatehistorian alaan kuuluva kysymyksensä saattaisi kuulua, miksi tällaiseen peittävään tai suorastaan harhaanjohtavaan kielenkäyttöön on kirjallisuudessa päädytty. Voi olla, että kielenkäytöllä on haluttu minimoida sitä vastarintaa, joka on ollut odotettavissa. Jos tavoitteeksi määritettiin reilusti oikeussubjektin käsitteen tai juridisen identiteetin ”murttaminen”, ajatus samastamisesta luultavasti torjuttaisiin paljon voimakkaammin. Englanninkielisen termin - ”piercing the veil” - ansioksi kannattaakin nostaa sen avoimuus ja rehellisyys. Tällaisesta rakenteiden ”puhkaisemisesta” samastuksessa on todella kysymys.

Pelkkä kielenkäytön ihmettely ei kuitenkaan auta tämän pitemmälle, sillä käsitteenäkin ”samastus” (tai käsitteelle annettu uusi ja parempi nimitys) on epämääräinen. On selviö, että samastuksella tarkoitetaan tutkimuksessa eri asioita, joten samastusta koskevien mielipiteiden vertailu kärsii sekä yhteismitattomuudesta että väärinkäsityksistä.²⁴⁴ Yhteismitattomuus alkaa jo eri kirjoittajien käyttämistä jaotteluperusteista. Jaotteluperusteina nimittäin toimivat muun muassa samastuksen kohde (vastuu / omistus/toimija), oikeussystematiikka eli oikeudenalojen jaottelu (yhtiöoikeudellinen / insolvenssioikeudellinen / sopimisoikeudellinen), soveltamiskonteksti (suppea/laaja) sekä vaikutusmekanismi (suora/epäsuora). Omaksi samastuksen sovellukseksi näyttää vielä nousevan sellainen samastus, jolla torjutaan erillisten oikeussubjektien periaatteen väärinkäyttämistä ja joka jotenkin eroaa muusta eli ”tavallisesta” samastamisesta.²⁴⁵ Osa jaotteluperusteista lisää ellei muuta niin itseymmärrystä, osa lähinnä johtaa lukijaa harhapoluille.

Oikeussystemaattisilla jaotteluperusteilla on ehkä eniten informaatioarvoa. Nämä jaotteluperusteet kertovat lukijalle paljon siitä, mitä samastami-

244. Tämä on huomattu ennenkin. Ks. Siltala 2008 s. 81. Myös Leppänen (1991 s. 286) toteaa, että samastus on laajempi ilmiö kuin pelkkä vastuun samastus, jota hän tarkastelee. Jo varhaisessa tutkimuksessa korostettiin että ”samaistus saattaa tulla kysymykseen eri oikeudenaloilla ja eri suhteissa” Näin Huttunen 1963 s. 195.

245. Tammi-Salminen 2001 s. 88. Tässä kannattaa pitää mielessä, että samastus ei koskaan ole tavallista, se on aina poikkeusilmiö.

sesta eli samastusratkaisusta oikeudellisesti seuraa tietyissä tilanteissa. Yhtiöoikeudellinen samastus tarkoittaa, että omistajaosakas joutuu vastuuseen yhtiön velvoitteista tai yhtiö omistajaosakkaan velvoitteista, mikä ei normaalisti tapahdu.²⁴⁶ Tällaisesta samastuksesta käytetään vakiintuneesti ilmausta ”vastuun samastus”, mikä on kuvaava joskaan ei tieteellisesti täsmällinen termi.

Insolvenssioikeudessa samastus taas on ymmärretty hyvin suppeaksi ilmiöksi. Sillä on tarkoitettu ensisijaisesti keinotekoisien järjestelyn sivuuttamista eli muutosta omistussuhteisiin.²⁴⁷ Sopimusoikeudellinen samastus - ohimennen todettakoon, että kirjallisuus ei tunne kyseistä termiä, mutta se tuntuu tässä yhteydessä varsin kuvaavalta - taas ”ilmiönä” muistuttaa sopimusvastuun ulottamista yli alkuperäisten sopimusosapuolten.²⁴⁸ Se näyttää tästä syystä olevan lähellä yhtiöoikeudellista vastuun samastusta. Samastusta voidaan tarkastella myös oikeudellisten instituutioiden ja jopa yksittäisten säännösten tasolla. Tosin tällöin on pakko kysyä, onko kysymyksessä enää radikaali samastus vai pelkästään kyseisten säännösten soveltamisalan enemmän tai vähemmän tavanomainen määrittely.²⁴⁹

Jaottelua suppea/laaja samastus on käytetty kuvaamaan vastuun samastuksen alatyyppejä. Jaottelu jäsentää tätä samastuksen muotoa. Suppea samastus on vastuun muuttumista emoyhtiö/tytäryhtiö -suhteessa, se on toisin sanoen alatyyppejä yhtiöoikeudellista samastusta. Laaja (vastuun) samastus hylkää nämä kytkennät. Laaja samastus tarkoittaa ylipäättään joutumista vastuuseen toisen oikeussubjektin veloista.²⁵⁰ Tämä ero voitaisiin tuoda esiin myös käsitteillä ”erillissamastus” ja ”yleissamastus”. Käsitteet kärsivät kuitenkin siinä määrin epätarkkuudesta, että niitä ei tässä tutkimuksessa käytetä - yleiskielisesti ne toki tarjoavat varsin osuvat kielikuvat. Lausutusta huomataan, että jaottelu suppea / laaja samastus kuvaa paitsi erilaisia soveltamistilanteita myös oikeusvaikutusten ulottuvuutta. Mikään ei estä turvautumasta vastaavaan kielenkäyttöön puhuttaessa omistuksen samastamisesta. Suppea samastus tekee uudesta oikeussubjektista omistajan vain tietyssä suhteessa, esimerkiksi tiettyyn velkojaan nähden. Laaja samastus taas muuttaa omistussuhteet kaikenkattavasti. Yhtä hyvin adjektiivit ovat liitettävissä oikeus-

246. Norros 2007 s. 15.

247. Linna 2004 s. 636.

248. Norros 2007 s. 15. Kummassakin tilanteessa ”kokonaisvaltainen harkinta sivuuttaa muodollisen arvioinnin, joka perustuu oikeussubjektin ja -suhteen käsitteisiin”.

249. Tämän myöntää myös säännöskohtaista tarkastelua harjoittanut Huttunen. Samastuksesta takaisinsaannissa ks. Huttunen 1963 s. 184.

250. Immonen 1994 s. 44. Vrt. ehkä Villa 1997 s. 376.

subjekteihin eikä siis oikeusvaikutuksiin. Suppea samastus voisi muuttaa konserniyhtiöiden välisiä suhteita, laaja samastus tarkoittaisi mitä tahansa omistussuhteiden uudelleenarviointia eri oikeussubjektien välillä. Lopputulokseksi tulee, että jaottelu suppea/laaja on arvoltaan esitystekninen, se selkiinnyttää kysymyksenasettelua. Enintään siitä saa vaikutelman, että samastuksen edellytykset vaihtelevat sen mukaan, kumpia vaikutuksia samastuksella haetaan. Muutoinhan jaottelulle on vaikea löytää järkevää aihetta.

Viimeinen jaottelu eli vaikutusmekanismi jaotteluperusteena kuulostaa kaikkein lupaavimmalta. Tämä lupaus kuitenkin pettää alkuunsa. Jos ajatellaan selitysvoimaa tai kykyä ratkaista ongelmia, jaottelu suoraan ja epäsuoraan samastukseen ei kerro mitään uutta. Jaottelu suoraan ja epäsuoraan samastukseen palautuu periaatteessa samankaltaiseen soveltamistilanteiden erotteluun kuin jaottelu suppea ja laaja samastus. Suorassa samastuksessa samastetaan velalliset, epäsuorassa samastuksessa taas velkojat. Asiaa ei muuta, että soveltamistilanteet määritellään erilaisiksi. Sekä suora että epäsuora samastus tapahtuu yhtiösuhteissa, ja jaottelulla onkin perustansa yhtiöoikeuden tutkimuksessa.²⁵¹

Viime kädessä kaikki muunnelmat palautuvat toimijoiden eli oikeussubjektien samastukseen²⁵²: vain se rooli, joka toimijalla on joko ennen tai jälkeen samastuksen, on ollut ja tulee erilaiseksi. Vastuun samastuksessa velkasuhteelle ulkopuolisesta tulee velallinen, omistuksen samastuksessa ei-omistajasta tulee omistaja, ja sopimussuhteiden samastuksessa sopimustavastuu ulotetaan yli "kaksiasiansaissa-suhteen" eli ei-sopimuspuolesta tulee sopimuspuoli. Yhtä hyvin on sanottavissa, että omistajasta tulee ei-omistaja riippuen siitä, kenen kannalta asiaa tarkastellaan. Vastuun samastus poikkeaa kuitenkin omistuksen samastuksesta siinä, että vastuun samastuksessa alkuperäinen velallinen ei vapaudu velkavastuusta, kun taas omistuksen samastuksessa ajatus lienee, että ainakin yleisessä merkityksessä alkuperäisen omistajan omistaja-asema katoaa. Tosin tätä ei tuoda yksiselitteisesti esiin, vaan se joudutaan lukemaan rivien välistä.

251. Ks. lähemmin af Schulten 1984 s. 77. Sen siirtämisestä konkurssiympäristöön ks. Leppänen 1991 s. 284.

252. Hieman samankaltaisia ajatuksia on esitetty ennenkin. Muun muassa Siltala (2008 s. 40) jakaa samastuksen vastuun samastukseen ja toimijoiden samastukseen. Yllä esitetty kanta eroaa Siltalan näkemyksestä siinä, että sen mukaan myös vastuun samastus on yhtä hyvin redusoitavissa (velkasuhteen) toimijoiden eli velallisten tai velkojien samastukseen.

3.4 MILLOIN SAMASTETAAN JA KUKA HYÖTYY?

3.4.1 SAMASTAMISEN AINEELLISET EDELLYTYKSET

Yksi seuraus siitä, että samastus ei perustu kirjoitettuun lakiin, on samastusperusteiden epämääräisyys. Tämä ei välttämättä ole lainsäätäjän vika, sillä myös tutkimuksessa ennustettavien samastusperusteiden kirjoittamista lakiin on pidetty "jokseenkin mahdottomana".²⁵³ Erikoinen pessimismi, mitä tulee sääntelyn mahdollisuuksiin, selittyy kenties sillä, että osakeyhtiölakitoimikunta oli pari vuotta aikaisemmin katsonut, että "ei ole tarkoituksenmukaista, että Suomen osakeyhtiölainsäädäntöön sisällytettäisiin säännökset vastuun samastuksesta."²⁵⁴ Tälle valmistelulausumalle on myöhemminkin annettu tulkinnallista arvoa. Siitä on päätelty, että samastus voi tulla kysymykseen vain poikkeustilanteissa.²⁵⁵ Näin pitkälle menevät päätelmät lausumasta eivät kuitenkaan ole paikallaan. Lausuma ei näytä perustavan varsinaiseen analyysiin. Sitä paitsi lausuma näyttää kielellisesti enemmänkin oikeuspoliittiselta huomautukselta kuin kannanotolta lakitekniisiin realiteetteihin, vielä vähemmän se antaa apua harkittaessa (kirjoitettuun) lakiin perustumattoman samastuksen käyttöalaa.

On syytä epäillä, että tutkimuskaan ei ole ottanut kovin tosissaan tehtävänsä, mitä tulee samastusperusteiden sisällön selvittämiseen. Sen sijaan on tyydytty korostamaan samastuksen pohjautumista eräänlaiseen punnintaan. Tämä punnintapäätely - ja siitä seuraava kokonaisharkinta - on saanut kannatusta varsinkin yhtiöoikeudessa, jossa sitä on käytetty emoyhtiön vastuun laajentamiseen. Arvioinnissa ovat tällöin vastakkain yhtäältä yhtiöoikeuden normijärjestelmä, joka ei puolla emoyhtiön vastuuta, ja toisaalta ne muut oikeusjärjestyksen normit, jotka taas voivat puoltaa tällaista vastuuta.²⁵⁶ "Muiksi" normeiksi on ajateltu nähtävästi sopimus- ja vahingonkorvausoi-
keudellisia säännöksiä. Emo- ja tytäryhtiön toimintaa konkreettisessa tilan-

253. Immonen 1994 s. 46.

254. KM 1992:32 s. 373.

255. Ks. Villa 1997 s. 378.

256. Tämä punnintamalli ei ollut 1980 -luvun keksintö, vaan se on peräisin varhaisesta samastustutkimuksesta. Tosin kyseistä uudistermiä ei vielä 1960-luvulla tunnettu. Ks. Huttunen 1963 s. 199. Sen sijaan tällöin puhuttiin "normien kollisiosta". Jo tuolloin kuitenkin korostettiin osakeyhtiölain oikeuskelpoisuusnormin - eli erillisten oikeussubjektien teorian - ensisijaisuutta. Siitä huolimatta myönnettiin, että muut asianhaarat kyllä saattoivat tämän normin syrjäyttää mutta se saattoi tapahtua vain *in casu*. Näkyvänä erona nykyteoriaan oli, että contra -argumentteihin ei periaatteessa kiinnitetty huomiota. Vain samastamista puoltavan normin vahvuus ja tarkoitus ratkaisivat, samastettiinke oikeussubjektit vai ei.

teessa arvioitaisiin ”objektiivisesti”; tavallaan ristiriitaisesti objektiivisuuden vaatimuksen kanssa huomioon otettaisiin kuitenkin myös toimijoiden motiiveja kuten sitä, onko tytäryhtiön perustamiseen liittynyt tarkoitus kiertää lain kieltoja.²⁵⁷ Miten motiivit selvitettäisiin - esimerkiksi pääteltäisiinkö ne olosuhteista - jäi kertomatta. Selvää toki on, että mitä subjektiivisempiin tekijöihin samastus kytketään, sitä vaikeampaa on päästä ennustettavaan lain soveltamiseen.

Ilmoitus, että samastus on perustettava kokonaisharkinnalle, ei kerro paljoakaan. Ensimmäinen askel onkin kokonaisharkinnan jäsentäminen. Lainkäyttäjän on osattava etukäteen sanoa, mitkä säikeet - eli yksittäistapauksen olosuhteet - ovat merkittäviä kokonaisharkinnassa ja mikä säikeiden keskinäiset painotukset ovat. Tätä vaatii myös oikeudenhaltijoiden etu. Ilman tällaista ennakkollista jäsentämistä sen enempiä samastusta vaativa taho kuin sitä vastustavakaan taho ei tiedä, mitä tosiseikkoja hänen pitää esittää käsityksensä tueksi ja mistä ”todistusteemoista” hänen pitää esittää näyttöä tai vastanäyttöä.²⁵⁸ Itsestään selvä jatkokysymys on, kumpi taho - samastusta vaativa vai sitä vastustava asianosainen - kärsii haitan siitä, että johonkin seikkaan ei osata vedota tai siitä ei saada riittävää selvitystä. Vaikka molempien osapuolten asianajo on vaikeaa epätietoisuudessa, tuntuu todennäköiseltä, että kantaja kärsii enemmän tulkinnallisesta epätietoisuudesta. Väite perustuu olettamukseen tuomioistuimen käyttäytymisestä eli siihen, että epämääräisyyden vallitessa sen on helpompi hylätä kuin hyväksyä samastusvaatimus. Tuomioistuinta on ensiksikin vaikea saada vakuuttuneeksi kantaajan laintulkinnan ja sen kautta samastusvaatimuksen oikeellisuudesta. Toiseksi taas samastus-tosiseikaston rekonstruointi tuomion perusteluihin eli samastuksen perustelu on sekin luovaa työtä - ja sellaisena vaivaa vaativaa.

Samastuksen käsitteellinen epämääräisyys herättää myös kysymyksen siitä, miten väittämistaakka määräytyy oikeudenkäynnissä, jossa riitakysy-

257. Joskus kirjallisuudessa samastusperusteet jaetaan objektiivisiin ja ei-objektiivisiin. Ks. esim. Mikkola 2003 s. 204. Tosin hän ei käytä tässä yhteydessä adjektiivia ”subjektiivinen”, mikä kuitenkin tuntuu kuvaavan hyvin jälkimmäistä kategoriaa

258. Sana ”todistusteema” on lainausmerkeissä siitä syystä, että samastuksessa todistusteemojen määrittely on sekin tulkinnanvaraista. Muodollisesti todistusteemana lieene vain ”samastuksen edellytykset”, mutta de facto kantaja on toki pakotettu esittämään näyttöä niistä säikeistä, joista tuo todistusteema koostuu. Tässä ei sinänsä ole mitään uutta. Todistusteemalla voidaan tarkoittaa oikeustositseikan asemassa olevaa faktaväitettä, mutta toisaalta ’todistusteemalla’ voidaan viitata myös muuhun todistelun kohteeseen sen prosessioikeudellisesta statuksesta riippumatta. Näin Saranpää 2010 s. 99. Valmistelun tarkoituksena on konkretisoida todistelun tarkoitus, toisin sanoen ”pääteema” puretaan siinä osiinsa. Ellei näin tehdä, on olemassa suuri vaara, että asianosaiset todistelevat ja argumentoivat toistensa ohitse, koska kumpikin asettaa pohjaksi oman ”samastuskuvansa”.

myksenä on samastus. Esimerkiksi: mihin seikkoihin samastamista vaativan asianosaisen (tavallisesti siis oikeudenkäynnin kantajan) on vedottava? Samastus on toki ymmärrettävissä niin sanotuksi kompleksiseksi oikeustoiseikaksi, jonka säikeisiin ('osatosiseikkoihin') ei tarvitse muodollisesti vedota. Tuomioistuिन voi siis perustaa ratkaisunsa samastukseen, vaikka sitä vaatinut asianosainen ei olisikaan osannut ilmoittaa jokaista säiettä, joka tarvitaan samastusperusteen muodostumiseen. Säikeitä ei myöskään ole tarpeen luokitella omiksi todistusteemoikseen valmistelussa, joten niitä koskeva todistelu ei periaatteessa preklusoidu. Väite samastusperusteen kompleksisuudesta saa tukea siitä, että vastaavia tosiseikkojen komplekseja tunnetaan insolvenssioikeudessa muitakin. Niistä yleisimmin kohdattava on maksukyvyttömyys -tosiseikasto, joka tulee jäljempänä esille.²⁵⁹ Samoin vastaajan tulisi tietää etukäteen, mihin vastaseikkoihin hänen kannattaa vedota torjuakseen samastusvaatimuksen.

Tunnettua on, että tosiseikan katsominen kompleksiseksi ei vapauta tuomioistuinta sen velvollisuudesta huolehtia, että jokainen kompleksin osio tulee kunnolla käsitellyksi - mikä taas vaatii, että asianosaiset ja tuomioistuin pystyvät ennalta sanomaan, mitkä säikeet ovat väittämistaakan ja todistusteeman osioita. Kunnollinen käsittely on välttämätöntä etenkin vastaajan näkökulmasta, koska väittämistaakka ei enää ohjaa tehokkaasti hänen puolustautumistaan.²⁶⁰ Kokonaisharkinnassakaan kaikki ajateltavissa olevat tapauksen yksityiskohdat ei tietenkään tule huomioon otetuiksi tai vaikuttaa määräävästi lopputulokseen. Muutoinhan jokainen faktisen asiantilan yksityiskohta muodostaisi säikeen. Tästä syystä praktinen prosessioikeudellinen kysymys on, missä oikeudenkäynnin vaiheessa ja millä tavalla samastus puretaan säikeiksi. Periaatteessa vastaus on yksiselitteinen: valmistelussa ja sen mieluummin sen varhaisessa vaiheessa. Näin mahdollinen (jatko)valmistelu ja pääkäsitteily kohdistuvat alusta alkaen oikein. Keinojakaan ei tarvitse hakea. Tuomioistuin purkaa samastusvaatimuksen osiinsa aineellisen prosessinjohtonsa avulla, joka suullisin kysymyksin tai vaatimalla asianosaisilta kirjallisia lausumia (OK 5:15a), kunnes asia on selvitetty. Laki kylläkin lähtee

259. Ks. jakso 4.4.1.

260. Väittämistaakalle asetettuja vaatimuksia on viime aikoina kiristetty. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2012:86 tuomioistuin ei voinut perustaa ratkaisuaan hiljaiseen sopimukseen, kun asianosainen oli vedonnut suulliseen sopimukseen. Ratkaisu on perusteltu vastapuolen oikeussuojan kannalta. On luultavaa, että tiukentunut suhtautuminen alkaa pitkällä tähtäimellä purkaa aikaisemmin kompleksisiksi katsottuja oikeustoiseikkoja. Asianosaisen on toisen sanoen jatkossa osattava vedota myös "oikeaan" tosiseikan osioon eli käytännössä omaan oikeustoiseikkaan.

siitä, että kirjallista lausumaa ei saa pyytää yhtä kertaa useammin, ellei siihen ole erityistä syytä. Erityisen syyn taas voitaneen katsoa vallitsevan niin kauan kuin on epäselvää, mistä ylipäättään käydään oikeutta.²⁶¹

Jotta todistusteema (ja joskus väittämistaakkakin) pystytään purkamaan, on tunnettava, mitä se sisältää. On toisin sanoen tiedettävä, mistä kaikesta kokonaisharkinta koostuu, mikä kaikki puhuu samastuksen puolesta tai sitä vastaan. Vaikka kirjallisuus ei tässä suhteessa anna kunnollista tukea, etsivä löytää siitä ainakin joitakin samastusindiisioita eli seikkoja, jotka puoltavat sitä, että erilliset oikeussubjektit yksittäistapauksessa samastetaan. Yllätys ei liene, että samastusindiisiot vaihtelevat sen mukaan, mikä potentiaallinen soveltamistilanne on kysymyksessä - tähän on kokonaisarviointeja purettaessa muutoinkin yleinen huomio. Odotettavaa myös ennakkokäsityksen valossa oli, että samastusindiisioiden sisältö on jätetty epämääräiseksi ja yleensä yleiskielisen kuvauksen varaan. Avoimeksi tuntuu myös enimmäkseen jäävän, ovatko nämä indiisiot aineellisia vai presumptiivisia. Ensimmäisessä tapauksessa vastatodistelu ei auta: samastusta ei estä se, mitä vastaaja esittää tai todistaa. Jälkimmäisessä vastaaja taas voi osoittaa, että kantajan näyttämästä asiantilasta huolimatta joku muu seikka estää samastuksen.

Jos nämä indiisiot ymmärretään presumptiivisiksi²⁶², tämä on tavallaan vastoin niiden perusidea. Presumoivan tosiseikan pitää nimittäin olla sekä selkeä että ulkonaisesti helposti todennettava. Lisäksi kun tällaisia presumoivia säikeitä on useampia, kokonaisharkintaa soveltavan lainkäyttäjän tulisi myös tietää niiden keskinäinen painoarvo. Kaikki samastustilanteen säikeet eivät voi olla samanarvoisia, toisin sanoen ratkaisevia tai edes merkittäviä. Muutoin tie mielivaltaan aukeaa: samastus voidaan tehdä tai jättää tekemättä subjektiivisin ja kontrolloimattomin perustein - mikä ei voi olla tarkoitus. Vastaväitteenä toki pystytään sanomaan, että nämä samastuksen säikeet eivät ole perimmältään presumptiivisia, joten niiltä ei saa edellyttää presumptioilta vaadittavia ominaisuuksiakaan.

Loogisestihan tämä on totta. Ero presumption ja kokonaisharkinnassa

261. Tehokkain menettelytapa tietenkin on, että asianosaiset suullisessa keskustelussa pystyvät "purkamaan" teemansa osiin. Tämä kuitenkin vaatii kummankin asianosaisen lakimiehiltä hyvin korkeaa ammattitaitoa, koska samastus -instituutio hahmottuu niin vaikeasti. Vastaajan osa on kuitenkin helpompi, koska hänen lopulliset teemansa ovat enimmäkseen kantajan teemojen peilikuvia. Esimerkiksi: kantaja perustaa samastusväitteensä alikapitalisointiin. Todistus-teema konkretisoituu alateemaan, jonka mukaan kapitalisointi on jäänyt alle toimialan yleisen tason. Vastaajan asiaksi taas jää näyttää, että erityiset olosuhteet kuten toiminnan oletettu riskittömyys ovat tehneet toimitetun kapitalisoinnin taloudellisesti perustelluksi.

262. Komplexisista oikeustositseikoista väittämistaakan kannalta ks. esim. Koulu 1994 s. 227.

huomioon otettavan säikeen välillä on kuitenkin veteen piirretty. Voidaan nimittäin väittää, että tuomioistuimen tosiasiallisessa harkinnassa jokainen esiin nostettu säie toimii presumptiivisena. Säie luo näyttöenemmyysperiaatteen kaltaisesti ”ylipainon”, joka asiantilan kiistävän on kyettävä, tavalla tai toisella eliminoimaan. Eliminoinnin tapa voi olla säikeen kiistäminen (asian-tila ei ollenkaan vallitse), väitetyn säikeen juridisen merkityksen riitauttaminen (sitä ei saa ottaa kokonaisharkinnassa huomioon), sen vähäiseen painoarvoon vetoaminen (asiantila vallitsee ja vaikuttaa, mutta se ei sellaisenaan ole ratkaiseva) tai vastasyyn osoittaminen (joku seikka kumoaa vaikutuksen).

Yleiskuvaa samastamisesta ei tämän jälkeenkään ole helppo muodostaa. Tämä johtuu paljolti siitä, että monet oikeudenalat ovat kehittäneet omat samastusoppinsa. Niissä samastukselle asetetaan eri tavoitteita ja sen toteuttamiselle eri edellytykset. Jopa jäämistöoikeuden tutkimus on kehittänyt oman samastustulkintansa, jotka poikkeavat merkittävästi muiden oikeudenalojen kehittämistä.²⁶³ Yhtiöoikeudellisessa samastuksessa (kannattaa muistaa, että se tarkoittaa lähtökohtaisesti osakkeenomistajan vastuuta osakeyhtiön veloista ja spesifisemmin emoyhtiön vastuuta tytäryhtiön velvoitteista) ehkä keskeisimmäksi indiisioksi on nostettu yhtiömuodon väärinkäyttäminen. Sitä osuvasti kutsutaan, kuten edellä todettiin, oikeushenkilökeinotteluksi. Osaksi merkinä väärinkäyttämisestä, osaksi taas omana indiisionaan mainitaan tytäryhtiön toimiminen pelkästään emoyhtiön intressissä.²⁶⁴ Selvästikin itsenäiseksi indiisioksi katsotaan sen sijaan kausaaliyhteys osakkeenomistajan toiminnan ja yhtiön maksukyvyttömyyden välillä, mikä taas on ilmeinen laina korvausoikeudellisista periaatteista. Kaksi ensimmäistä indiisiota ovat sellaisia, että niiden presumptiivinen arvo on kokonaan kiistettävissä. Mikä on väärinkäyttämistä ja mikä toimimista pelkästään toisen intressissä, on jo ratkaisu sinänsä. Kausaaliyhteys on sen sijaan periaatteessa vanhastaan tunnettu vaatimus. Eri asia on, että sen olemassaolo saattaa olla vaikeasti todistettavissa.²⁶⁵

Sopimussuhteiden samastamisessa painotetaan taas vaihdannan reaali-

263. Jäämistöoikeuden samastukselle pidetään tyypillisenä sitä, että samastuksen edellytykset täytyvät useammin kuin esimerkiksi yhtiöoikeudessa. Ratkaisevaa on, kenelle kuuluu määrittämisvalta. Toisaalta ”yleisiä samastusta koskevia oppeja” ei saa jättää kokonaan huomiotta. Ks. lähemmin Kolehmainen 2009 s. 597.

264. Villa 1997 s. 377. Yleensäkin samastus on tapana yhdistää konsernisuhteisiin. Ks. Pönkä 2012 s. 28. Yhdenyhtiötä koskevassa samastuskeskustelussa on tuotu esiin myös joitakin aksiomaattisia sääntöjä. Samastus ei esimerkiksi tule kysymykseen ”osakkaan intressissä”.

265. Näin on asianlaista ainakin silloin, kun emoyhtiön tekemisiä tarkastellaan yhtenä kokonaisuutena. Kausaaliyhteyttä on perinteisesti haettu yksittäisen teon/tapahtuman ja vahingon väliltä.

rakennetta, regressikysymysten pitämistä yksinkertaisina sekä maksukyvyttömyyden aiheuttaman riskin tarkoituksenmukaista jakamista.²⁶⁶ Vaihdannan reaalarakennetta ei määritellä, mutta se viitanee todellisuuteen, ehkäpä erityisesti siihen ulkoiseen kuvaan, jonka samastusta vaativa tai siitä hyötyvä on saanut sopimuksen tekemisestä ja toteuttamisesta. Regressikysymysten yksinkertaisuus ja riskin asianmukainen jakautuminen taas antavat vaikutelman seurausharkinnan tärkeydestä. Regressikysymysten yksinkertaisuus on kannatettavaa, koska se lisää ennustettavuutta ja estää turhia seurannaisoikeudenkäyntejä. Toki yksinkertaistaminen tässä merkityksessä on yleisjuridinen tavoite, se ei ole mitenkään samastusspesifinen. Yksinkertaisuus ei myöskään riitä sen enempää kumoamaan kuin torjumaankaan sitä pyrkimystä asialliseen hyväksyttävyyteen (oikeudenmukaisuuteen), jota samastuksella haetaan. Samoin asianmukainen - eli kohtuullinen, ennustettava, taloudellista tehokkuutta edistävä ja niin edelleen - riskinjako maksukyvyttömyystilanteissa on insolvenssioikeuden yhteistavoite. Siitä, millainen tuon jaon tulisi olla, ei ole päästy yksimielisyyteen. Erityisesti kiista siitä, jaetaanko riskiä velkojalle vai velalliselle, jakaa oikeuspolitiikkoja ja tutkijoita.

3.4.2 SAMASTAA VAI EIKÖ SAMASTAA ?: SAMASTAMISEN SYITÄ JA VASTASYITÄ

Yhtiömuodon väärinkäyttämisen ja "lain kiertämisen" hyödyttömyys samastuksen arvioinnissa tuotiin esiin jo varhaisessa samastustutkimuksessa. Yhtäältä myönnettiin, että näillä seikoilla on "tietty merkitys" päädyttyessä samastukseen²⁶⁷, toisaalta taas huomautettiin, että niistä johdettava periaate oli "liian laaja ja vähän sanova".²⁶⁸ Kumpikaan havainto ei ole menettänyt ajankohtaisuuttaan: ne voidaan siirtää sellaisenaan nykyhetkeen. Koska ongelmanratkaisukyky jää puuttumaan, väärinkäyttämisen ja lain kiertämisen nostaminen indiisioiksi merkitsee vain turhan esikysymyksen asettamista. Samaa on sanottava ja ehkä vielä suuremmalla syyllä samastuksen edellytysten arvioimisesta identifikaation kautta. Vastauksen hakeminen identifikaation kautta on jo lähellä kehäpäätelmää: samastamiseen on syytä, kun erillisillä oikeussubjekteilla on sama identiteetti - ja yhteinen identiteetti on käsillä, kun oikeussubjektit samastetaan. Tieteellinen *advocatus diabolicus* sanoisi,

266. Hemmo 1998 s. 258. Väärinkäsitysten välttämiseksi todettakoon, että myös hän pitää, asia-yhteydestä päätellen, oikeushenkilökeinottelua tärkeimpänä samastusperusteena.

267. Huttunen 1963 s. 198.

268. Huttunen 1963 s. 172.

että samastusratkaisut ovat tällaisessa logiikassa aina oikeita. Samastus kun toteuttaa omat edellytyksensä.

Vielä syvemmälle sumeaan logiikkaan ajaudutaan omistuksen samastuksessa, jos sen ongelma yritetään ratkaista käyttäen vastinpareja "aito"/"keinotekoinen", "juridinen/taloudellinen" tai "todellinen/epätodellinen".²⁶⁹ Näitä vastinpareja käytetään syrjäytettäessä keinotekoisia järjestelyjä ulosotossa (UK 4:14). Tosin lakiteksti tuntee vain "todellisen oikeuden" (2 mom.): tällainen sivullisen oikeus estää ulosmittauksen toisen velasta eli keinotekoisien järjestelyn sivuuttamisen. Muut käsitteet ovat peräisin säännöstä (tai sen edeltäjiä) kommentoivasta kirjallisuudesta. Näillä käsitteillä on, jos niitä ei laissa legaalimääritellä, vain niiden yleiskielinen merkitys. Ohimennen todettakoon, sivullisen "todellisesta oikeudesta", minkä lakiteksti tuntee, ei siitäkään anneta määritelmää eikä edes kuvausta. Mikä on "todellinen" ja mikä "epätodellinen" oikeus, jää näin lainkäyttäjän arvioitavaksi periaatteessa muusta oikeusjärjestyksestä saatavan tiedon perusteella. Asia erikseen on, missä määrin arvioon vaikuttaa lainkäyttäjän oma subjektiivinen käsitys muodon ja sisällön ('luonne ja tarkoitus') suhteesta yksittäistapauksessa. Jotta ratkaisu edes teoriassa voi olla rationaalinen, lainkäyttäjän on tunnettava tarkkaan vallitseva asiantila, toisin sanoen reaali maailma.

Tätä merkitystä ei taas voi pitää järin eksaktina, koska sanakirjoissa ne määritellään joko vastakohtien tai synonyymien kautta. Niistä kyseinen *advocatus* sanoisi luultavimmin suoraan, että kysymys on sanoilla leikkittelystä, jolla ei ole informaatioarvoa.²⁷⁰ Oikeusturvaa arvostava *advocatus diabolicus* (jos sellainen on kuviteltavissa) lisäisi vielä, että vastinparit antavat intuitiiviselle ja kontrolloimattomalle päätöksenteolle näennäisrationaalisen leiman. Indiisiot (keinotekoinen, epätodellinen ja niin edelleen) riitauttavan on vaikea puolustautua, koska hänen pitäisi tietää vastinpari - joka muodostaa vastaindiision - ja esittää siitä näyttöä. Vastinparin (aito, todellinen ja niin edelleen) sisältö kärsii kuitenkin samasta semanttisesta epäselvyydestä. Näin samastukseen vievän indiision kiistävä - esimerkiksi konsernirakenteen epäaitouden riitauttava vastaaja - ei osaa sanoa, mihin seikkaan hänen on oikeastaan vedottava konserninsa aitouden tueksi ja mistä hänen tulisi esittää näin ollen näyttöä. Hän saa enintään lohdutusta tiedosta, että tämä on

269. Kielenkäytöstä ks. Linna 2004 s. 636. Kritiikistä ks. Lindfors 2008 s. 359.

270. Tällä ei ole tarkoitus väittää, että käsitteitä käyttävä nimenomaan yrittäisi hämärtää päätöksenteon realiteetit. Voihan olla, että käsitteet kehittänyt lainvalmistelija tai tutkija on itse uskonut, että käsitteillä on erottelukykyä ja ne tuovat päätöksentekoon sellaista, mikä ei ole valmiiksi päätöksentekijän ajatuksissa.

“kokonaisarvioiden” yleinen ongelma ja että myös samastusta vaativa kärsii samalla tavalla oikeudellisesta epävarmuudesta.

Vaikka siitä, milloin saadaan samastaa, ollaan tietyn lähtökohdan ulkopuolella²⁷¹ eri mieltä, niin sen sijaan sille näkemykselle, milloin ei saa samastaa, löytyy ellei suorastaan yksimielisyyttä niin ainakin vankka enemmistön tuki. Suhteellisen heikkokin liikeloudellinen ratio, joka on konsernirakenteen taustalla, nimittäin riittää torjumaan samastuksen suunnassa tytäryhtiö -> emoyhtiö. Samastuksen siis estää se, että konsernirakenne on perusteltavissa synergiahyödyillä, verotuseduilla, päätöksenteon kevenemisellä, joustavuudella tai muilla organisatorisilla eduilla. Konsernirakenteen ja konsernissa toimimisen liikeloudellinen perusteltavuus on siis selvä samastuksen vastaindiisio, Tosin vastaindiisioin voimakkuus - esimerkiksi riittääkö se yksin kumoamaan kaikki samastusindiisiot, mitkä ne sitten ovatkin - jää avoimeksi. Vaikutusmekanismi on toki todettavissa. Mitä poikkeuksellisemmaksi ilmiöksi samastus katsotaan, sitä suuremman tehon tämä vastaindiisio tulee saamaan. Nykytilannetta ajatellen voidaan väittää, että oikeuskäytännöstä ei löydy ainakaan kiistattomasti tapauksia, joissa näkyvää reaalista liiketoimintaa harjoittavia konserniyhtiöitä olisi samastettu.²⁷²

Rohkea ulkopuolinen uskaltautuu toiseenkin johtopäätökseen. Kaikesta päättäen samastuksen edellytykset - samastusperusteet tai oikeammin samastusindiisiot²⁷³ - vaihtelevat voimakkaasti. Tämä oli ehkä odotettavissakin, koska soveltamistilanteet ovat niin erilaisia. Vaihtelusta puolestaan seuraa, että samankin yhtiön kohdalla jossakin kontekstissa eli oikeussuhteessa samastetaan, toisessa kontekstissa taas ei. Esimerkiksi vastuu samastetaan, toisin sanoen velallisidentiteetti murretaan, mutta omistusta ei samasteta eli omistajaidentiteetti pysytetään. Myös jonkinlainen astevaihtelu edellytyksissä pistää tarkastelijan silmään. Samastukseen on suhtauduttu hieman suopeimmin, kun kysymyksessä on (velka)vastuun samastus ja emoyhtiö asetetaan vastuuseen tytäryhtiön veloista. On kylläkin syytä muistaa, että tä-

271. Tämä lähtökohta sisältää sen, että samastusratkaisu on kokonaisarvio, että vähintäänkin väärinkäyttämisen indiisio vaikuttaa siihen, milloin tällainen ratkaisu katsotaan hyväksyttäväksi ja että tavallisin samastuksen muoto on emoyhtiön ja tytäryhtiön samastaminen, millä suojataan nimenomaan tytäryhtiön velkojia..

272. Varmasti tätä ei voida sanoa, sillä ratkaisujen niukoissa perusteluissa ei yleensä lähemmin selosteta, mitä yhtiöt ovat tehneet, toisin sanoen millaista toimintaa ne ovat harjoittaneet, kuinka laajaa se on ollut tai kuinka kauan sitä on jatkunut.

273. Kannattaa muistaa, että “kokonaisharkinnalle” tukeutuvassa samastuksessa ei pitäisi puhua samastusperusteista. Tällainen kielenkäyttö antaa vaikutelman, että samastus tukeutuisi täsmällisesti määriteltäisiin ja ulkonaisesti havaittiin tunnusmerkkeihin - mistä ei ole ollut puhuttakaan.

mäkin samastus vaatii poikkeusolosuhteita: se ei ole itsestään selvyytä tai edes pääsääntö. Kun tälle luontevimmalle samastukselle asetetaan kirjallisuudessa kohtalaisen tiukat edellytykset ja vastasyys estää muutoin luvallisen samastuksen, on syytä olettaa, että kynnys samastukselle muissa oikeussuhteissa ja soveltamistilanteissa on paljon korkeampi. Omistuksen ja sopimussuhteiden samastus vaatii vielä poikkeuksellisia poikkeuksia. Itsestään selvää on, että ”samastusperusteiden” epämääräinen sisältö ei ole synonyymi niiden väljyydelle. Sisällöllisesti epämääräinen kriteeri voi olla tiukka (samastuksen kynnys on korkea); tarkkarajainen kriteeri taas voi yhtä hyvin olla väljä (samastuksen kynnys on matala).

3.4.3 SAMASTUS TOIMIVANA KOKONAISRATKAISUNA: *pro et contra*?

Vastaamatta on vielä edellä esitetty kysymys: tarjoaako laajamittainen samastus tyydyttävän ratkaisun siihen jännitteeseen, minkä konserni tuo juridiikkaan? Jotta vastaaminen hivenen helpottuisi, kysymykseen kannattaa vastata kahdessa osassa. Ensiksikin mitä kokemuksia samastuksesta toistaiseksi on, toiseksi millaiselta samastusinstituution tulevaisuus näyttää? Aivan aluksi on kuitenkin syytä pitää mielessä, paljonko samastusta de facto oikeuselämässä käytetään. Jos oikeustieteen tutkimus on suhtautunut samastukseen varovaisen myönteisesti, niin samaa ei voida sanoa oikeuskäytännöstä.²⁷⁴ Asia on juuri päinvastoin. Oikeuskäytännön kielteisestä asenteesta kaikki ovat samaa mieltä. Enintään sanotaan, että samastukseen suhtaudutaan oikeuskäytännössä ”pidättyvästi” mutta että korkein oikeus ei ole sitä halunnut siinänsä torjuakaan.²⁷⁵ Yllättävä havainto pakottaa hakemaan selitystä. Yksi selitys oikeuskäytännön vastahakoisuudelle samastukselle saattaa olla, että samastuksen tuoma oikeussuojariski ymmärretään siinä paremmin kuin kirjallisuudessa. Samastushan on, jos seurataan kirjallisuuden suosituksia, samanaikaisesti poikkeuksellista, tilannekohtaista ja lopputulosta ajatellen

274. Uusin arvio on Vedenkankaalta. Hänen mielestään suhtautuminen samastukseen suomalaisen oikeuskirjallisuudessa on ”ristiriitaista”, kun taas tuomioistuinten asenne suoraan samastukseen on yleensä ”kriittinen”. Ks. Vedenkannas 2007 s. 361. Hän viittaa oikeuskäytännön osalta ratkaisuun KKO 1991:186. Tapauksessa korkein oikeus katsoi, että osakeyhtiö ei vastannut perustamansa eläkesäätiön kattamattomista eläkevastuista.

275. Siltala 2008 s. 81. Hän viittaa esimerkkeinä jo hieman ikääntyneisiin ratkaisuihin KKO 1982 II 184, KKO 1983 II 185 sekä KKO 1991:186. Ks. myös Pönkä 2012 s. 29. Hän puolestaan pitää epätodennäköisenä, että suomalaiset tuomioistuimet jatkossakaan tekisivät päätöksiä ”jonkin lakiin perustumattoman yleisen periaatteen nojalla.” Ennustukseen on helppo yhtyä. Ks. jäljempänä jaksot 6.2.1. ja 6.3.2.

arvaamatonta. Osa näistä rakenteellisista riskeistä on ehkä korjattavissa, jos ajatellaan samastamista *de sententia ferenda*, osaan taas on mahdotonta keksiä korjausta.

Jos samastus yleistyy, se menettää poikkeusluonteensa eikä ainakaan samassa määrin kuin nykyisin yllätä intressitahoja. Tilannekohtaisuuttakin taas saadaan minimoitua, kun epämääräisestä kokonaisharkinnasta luovutaan, toisin sanoen samastusperusteita tarkennetaan ja päätöksentekoa kehitetään jäsentyneemmäksi. Se, missä määrin tässä onnistutaan, ratkaisee, päästäänkö eroon samastusta leimaavasta arvaamattomuudesta. Tässä yhteydessä kirjoitetun lain merkitys tulee näkyviin. Kun samastus perustuu jos ylipäättään perustuu johonkin, ”yleiseen oikeusperiaatteeseen”, samastusratkaisut ovat tuomittuja jäämään tilannekohtaisiksi. Sitä ennustettavuutta, jonka uusi tutkimus asettaa samastuksen ehdoksi²⁷⁶, on toisin sanoen mahdotonta saavuttaa nykyisin vallitsevassa avoimessa tulkintatilanteessa. Oma kysymyksensä on samastuksen tulevaisuus. Vaikka suhtautuminen samastukseen ei ole mainittavasti muuttunut puolen vuosisadan kuluessa,²⁷⁷ varmuutta valitun linjan jatkuvuudesta ei ole. Jos linja muuttuu, se luultavasti muuttuu samastuksen hyväksi, Erillisten oikeussubjektien teoriaan nimittäin kohdistuu aikaisempaa enemmän painetta. Tämä paine voi purkautua - etenkin ellei lainsäätäjä ota aloitetta käsiinsä - samastuksen kautta. Tämä merkitsisi, että samastuksen käyttöala laajenee ja samastusedellytysten väljentyessä samastus menettää nykyisin poikkeuksellisen luonteensa.

Samastushenkistä kehitystä on mahdollista tietoisesti edistää. Nykyistä laajempaa samastusta voidaan justifioida kielellisin keinoin, esimerkiksi kiistämällä sen luonne ”poikkeuksena” jostakin periaatteesta. Tällaisesta kielenkäytöstä on jo nyt havaittavissa joitakin merkkejä. Yhtäältä myönnetään, että samastuskonstruktio murtaa sekä oikeussubjektien erillisyyden että osakeyhtiöoikeudellisen periaatteen, jonka mukaan osakkeenomistaja ei vastaa yhtiön veloista. Toisaalta samaan hengenvetoon samastusta ei

276. Pönkä 2012 s. 29. Hän tosin asettaa tämän vaatimuksen tulevalle oikeustutkimukselle, mutta yhtä hyvin se koskee lainsäätäjää.

277. Klassinen oppi samastuksesta katsotaan tästä pääpiirteissään hahmottuneeksi vuonna 1963 ilmestyneessä Huttusen teoksessa ”Yhdenmiehen osakeyhtiöstä”. Myöhempi tutkimus on pystynyt tuomaan oppiin vain toisintoja tai vähäisiä tarkennuksia. Asia erikseen on, että insolvenssioikeudellinen keinotekoisten järjestelyjen sivuuttaminen voidaan lukea samastuksen funktionaaliseksi vastineeksi tai jopa samastuksen uudelleen ristityksi sovellutukseksi. Jos näin katsotaan, oppi samastuksesta muuttui radikaalisti 1990 -luvun loppupuolella, kun silloiseen ulosottolakiin otettiin ensimmäinen tätä tarkoittava säännös. Ks. Lindfors 2008 s. 298. Keinotekoisten järjestelyjen sivuuttamisen sallivaan sääntelyyn palataan jäljempänä jaksossa 6.2. Ks. myös jakso 7.2.1..

kuitenkaan tunnusteta ”varsinaiseksi” poikkeukseksi näistä periaatteista.²⁷⁸ Lukija huomaa, että varsinaisen ja epävarsinaisen poikkeuksen raja on tietenkin veteen piirretty. Onko tällaisella uuskielenkäytöllä haluttu tietoisesti edistää samastamista, on toki epävarmaa. Selvää kuitenkin on, että samastuksen myöntäminen reaalisesti vaihtoehdoksi (eikä siis poikkeukseksi) eri soveltamistilanteissa helpottaa siihen turvautumista. Samastuksen kynnyksensä alenee.

Vielä selvemmin samastuksen poikkeaminen periaatteista kiistetään keinoitekoisten järjestelyjen sivuuttamisen mahdollistavassa sääntelyssä. Tässä yhteydessä kiinnostaa samastuksen konkurssioikeudellinen sovellus. Samastuksesta ei kylläkään tässä yhteydessä puhuta, vaikka asiallisesti siitä on tietenkin kysymys. Sivulliselle kuuluvaksi väitetty omaisuus ”kuuluu” lain mukaan konkurssipesään, jos sivullisen asema perustuu sellaiseen varallisuus- tai muuhun järjestelyyn, jolle annettu muoto ei vastaa järjestelyn tosiasiallista sisältöä tai tarkoitusta (KonkL 5:11.1). Järjestelyjen sivuuttaminen ei tällöin itse asiassa ole ristiriidassa vallitsevien periaatteiden kanssa. Sivutetut järjestelyt - tässä yhtiörakenne yleensä ja erityisesti konsernirakenne - nimittäin eivät ”vastaa” todellisuutta, toisin sanoen tässä yhteydessä liiketoiminnan laadun ja laajuuden ”tosiasiallista sisältöä ja tarkoitusta”. Huomiota vaille tällöin jää, että tietyn oikeudellisen rakenteen julistaminen sen ”tosiasiallista sisältöä ja tarkoitusta” vastaamattomaksi sisältää jo sellaisenaan paitsi luokittelevan kannanoton myös lopputuloksen. Tällaisen julistamisen jälkeen samastukselle ominaiset vaikutukset saavat itsestään selvyden leiman. Samastusratkaisu on helppo tehdä, ellei lainsäätäjää sitä nimenomaan kiellä joko suoraan tai asettamalla sellaisen vastaindiision, joka estää samastuksen kyseisessä tapauksessa.

Tällöin jää näkemättä, että päättely ei ainakaan konsernitalanteissa tuo lainkäyttäjää yhtään lähemmäs oikeaa vastausta; itse asiassa käy päinvastoin. Kun arvioidaan, vastaako vallitseva yhtiörakenne todellisuutta, on viime kädessä otettava kantaa siihen, missä muodossa ja millaisin rakentein tällaista liiketoimintaa ”oikeastaan” pitäisi harjoittaa. Jos lähtökohdaksi otetaan taloustieteessä tavallinen väite, jonka mukaan yritystoiminta organisoituu itsestään optimaalisimpaan eli tehokkaimpaan muotoonsa, kysymykseen saadaan jonkinlainen vastaus. Keinoitekoista on se, mikä ei ole tehokkainta. Näin ollen sellainen yhtiörakenne, joka ei ole tehokkain, ei vastaa todellisuutta.

278. Leppänen 1991 s. 277. Samaa päämäärää edistää myös se, että samastaminen ymmärretään käsitteenä sen ydinaluetta - samastus on lähtökohtaisesti osakkeenomistajan vastuuta yhtiönsä veloista - laajemmaksi.

ta, toisin sanoen järjestely on keinotekoinen ja ansaitsee tulla sivuutetuksi. Logiikan keveys paljastuu tarkemmin mietittäessä. Jos kerran liiketoiminta olettamuksen mukaan järjestäytyy parhaimmalla mahdollisella tavalla, kuinka uskallamme sanoa, että sen *de facto* valitsema muoto ei jossain tapauksessa olekaan se paras? Jotta uskallamme antaa tällaisen arvion, meidän on vähintäänkin tiedettävä, mikä olisi ollut tiettyjen reunaehtojen vallitessa se paras ja tehokkain tapa. Vastaaminen luultavasti ylittää taloustieteen huippuasiantuntijankin kyvyt. Ilmeistä on, että vastattaessa liikutaan joka tapauksessa hyvin kaukana tuomioistuimen luontaisesta osaamisalueesta. Vastaus (jos se annetaan) on mitä todennäköisemmin diletanttimaista arvailua.

Kiistely samastuksen poikkeuksellisuudesta tai sen vastakohdasta ei periaatteessa vaikuta tai ainakaan saisi vaikuttaa siihen, mitä samastetaan ja millä edellytyksillä. Lopputulos kuitenkin muuttaa sitä tulkintakehystä, johon samastus yksittäisessä tilanteessa sovitetaan. Jos tai kun samastusta on alettu pitää lainkäytön normaali-ilmiönä, siihen turvaudutaan laajemmin ja herkemmin, mitä tapahtuisi pitäydyttäessä alkuperäisessä näkemyksessä samastuksesta poikkeustilanteiden ratkaisuna. Tässä suhteessa pessimisti näkee ajattelussa tapahtuvan muutoksen enteitä ilmassa. Eräät tutkimukselliset trendit, ennen kaikkea uuden varallisuus oikeuden nimellä tunnettu suuntaus ja siitä riippumaton omistuksen relatiivisuutta korostava näkemys, nimitäin tuntuvat tuovat mukanaan suopeamman suhtautumisen samastukseen.

3.4.4 SAMASTAMINEN JA UUSI VARALLISUUSOIKEUS

Avantgardistinen tutkija näkee muutoksen airueen ennen kaikkea uudeksi varallisuus oikeudeksi kutsutussa tutkimussuuntauksessa. Tutkimussuuntaus henkilöityy kehittäjässään Juha Karhussa (entinen Pöyhönen). Yleisesti voidaan sanoa, että tässä suuntauksessa järjestelmää ei rakenneta perinteisesti oikeussuhteiden, oikeussubjektien ja subjektiivisten oikeuksien varaan. Ne korvataan avoimilla (ja samalla epämääräisillä) uuskäsitteillä toimintaympäristö, riskipositio ja niin edelleen. Tämän tutkimuksen kannalta kuitenkin merkittävää on lähinnä se, että uudessa varallisuus oikeudessa pääsääntö/poikkeus -jaottelu hämärtyy. Kannattaa kuitenkin pitää mielessä, että tämä tutkimussuuntauskaan ei ehdota samastusta yleiseksi ratkaisuksi aina, kun todellisuus ja juridiikka eivät kohta. Uuden varallisuus oikeuden lähtökohdat kuitenkin suosivat päätymistä samastuksen kaltaisiin, ennen epätavalli-

siksi katsottuihin sovellutuksiin. Havaintoa ei muuta se, että tätä lopputulosta ei tuoda esiin vanhoilla käsitteillä.

Konsernit ja vastuun samastus ovat olleet paljolti esillä uudessa varallisuusosoikeudessa. Niitä on nimittäin käytetty esimerkkeinä siitä, miten oikeussubjektien erillisuus pystytään "suhteellistamaan".²⁷⁹ Konserni hahmotetaan käsitteellisesti tyypilliseksi "intressitahoksi". Intressitahon käsite korvaa osaksi vanhahtavaksi mielletyn oikeussubjektin.²⁸⁰ Ja jos ajatus intressitahoista viedään loogiseen päätepisteeseen, se johtaa paitsi oikeussubjektien erillisyyden suhteellistumiseen (mitä se lopulta tarkoittaakin) myös lopulta omistuksen erillisyyden periaatteen hylkäämiseen.²⁸¹

Uutta varallisuusosoikeutta ei saa yksin syyttää liiallisesta samastusmyönteisyydestä, vaan matala samastuskynnys on saanut tukea myös perinteisen esineosoikeuden tutkimuksesta. Esineosoikeuden tutkimuksessa on tuotu esiin omistusoikeuden relatiivisuus nimenomaan osakeyhtiöoikeudessa. Relativistisessa omistuskäsityksessä voidaan erottaa ainakin neljä omistuksen käsitettä, muun muassa oikeudellinen, tosiasiallinen ja taloudellinen omistusoikeus.²⁸² Näistä etenkin taloudellinen omistusoikeus avaa polun helpoon samastamiseen. Uusi tämäkään havainto ei ole²⁸³, joskin on sanottava, että relativistisen omistuskäsitteen ajovoima ei vielä näy samastusta koskeissa konkreettisissa tulkintasuosituksissa. Syy tähän lienee kylläkin siinä, että valtaosa samastustutkimuksesta on kohtalaisen iäkästä, toisin sanoen se on tehty ennen relativistisen omistuskäsitteen omaksumista. On syytä kuitenkin panna merille, että relativistinen omistuskäsite antaa suppea-alaisempaa tukea samastukselle kuin uusi varallisuusosoikeus. Relativistinen omistuskäsite tukee ennen kaikkea omistuksen samastaminen, se ei periaatteessa vaikuta siihen, missä laajuudessa samastus sallitaan velka- ja sopimussuhteissa. Sen sijaan uusi varallisuusosoikeus ei sisällä tällaisia rajoituksia: kaikki on samastettavissa!

Uuskonstruktioista huolimatta samastuksen laajamittainen läpimurto ei kuitenkaan ole selviö, sillä jotkut trendit taas kulkevat samastuksen laajentumista vastaan. Ensiksikään samastusta ei tarvita kaikkeen siihen, mihin sitä aikanaan sanottiin tarvittavan. Säännökset keinotekoisien järjestelyjen

279. Pöyhönen 1997 s. 539.

280. Pöyhönen 1997 s. 549.

281. Tämä uhkakuva onkin aiheellisesti tuotu esiin konsernitutkimuksessa. Ks. Siltala 2008 s. 10.

282. Kartio 1990 s. 53.

283. Siltalan esitys näyttää sisältävän tämän ajatuksen: "Kyse on siis eräästä yhtiöoikeudellisesta erityistilanteesta, joka on usein korostunut esimerkiksi samastuksen yhteydessä." Näin Siltala 2008 s. 16. Toki esitystä voidaan lukea toisellakin tavalla.

sivuuttamisesta insolvenssimenettelyssä tekevät klassisen samastuksen tarpeettomaksi. Siitä, ovatko järjestelyn sivuuttaminen ja samastaminen käsitteellisesti ja konstruktiivina sama asia, voidaan toki väitellä.²⁸⁴ Kun lopputulos on kuitenkin kiistatta sama, väittelyn hyöty on vähäinen: voittanut näkemys enintään selittää lopputuloksen hieman paremmin kuin hävinnyt. Myös takaisinsaantisaännöstö on huomattavasti tehokkaampi ja kattavampi kuin 1960 -luvulla. Kyseinen vuosikymmen oli samastustutkimuksen kultakautta, jonka jälkeen tyydyttiin hiomaan yksityiskohtia. Voidaan siis väittää, että melkoinen osa samastukselle asetetuista, enimmäkseen määrittelemättä jääneistä tavoitteista saavutetaan nykyisin takaisinsaannilla.²⁸⁵ Velka- ja sopimussuhteissa taas samaan tulokseen päästään konstituomalla keskinäisiä lojaliteettivelvoitteita emoyhtiön, tytäryhtiön ja sivullisen välille.²⁸⁶ Näiden velvoitteiden laiminlyöminen taas aiheuttaa joko sopimusperusteisen tai rikkomusperusteisen korvausvastuun. Tähän vastuuperusteeseen vetoamalla ulkopuolinen taho pääsee samaan tuloksen kuin tehdyllä samastuksella. On helppo huomata, että tämä kiertotie on oikeuksiin pääsemisen kannalta keveämpi ja luotettavampi. Sopimusvastuuseen ei liity samaa poikkeuksellisuutta kuin samastukseen. Lojaliteettivastuun laajentaminen vastaa lisäksi hyvin modernin sopimusoikeuden näkemyksiä.

Toiseksi uudet tutkimustrendit eivät anna suoranaisia tuloksia, joita voitaisiin tässä käyttää hyväksi. Vaikka ilmapiiri on, oikeussubjektien ja oikeussuhteiden erillisyyden rapautuessa, muuttumassa samastusta suosivammaksi, samastuksen rakenteelliset perusheikkoudet eivät ajattelun muuttuessa katoa mihinkään. Pikemminkin uudessa varallisuus oikeudessa on vielä vaikeampi saavuttaa se kohtuullisen ennustettavuuden taso, mitä insolvenssioikeudellinen sääntely periaatteessa edellyttää. Tapauskohmainen hyväksyttävyyys ja kohtuullinen ennakoitavuus kun ovat ikuisessa ristiriidassa keskenään. Ilmeistä on, että ennustettavuutta ei tässä lähestymistavassa edes tavoitella. Jos samastusta kuitenkin halutaan kehittää yleiseksi tai edes laaja-alaiseksi vastaukseksi todellisuuden ja juridiikan ristiriitaan, samastuk-

284. Tätä keskustelua jatketaan jäljempänä jaksossa 6.2.1.

285. Näin Siltala 2008 s. 83. Vuoden 1869 konkurssisäännön määräykset takaisinsaannista puolestaan olivat tunnettuja kasuistisuudesta ja niiden kiertämisen helpoudesta. Ks. esim. KM 1978:37 s. 477. Tämä on saattanut johtaa pyrkimykseen täyttää aukot erilaisilla samastussoveluksilla, joita ei ehkä muutoin olisi otettu harkintaan.

286. Ks. esim. Vedenkannas 2007 s. 331. Hän pitää jo käyttämissään otsikoissa sopimusrikkomusvastuuta ja samastusta vaihtoehtoina. Ohimennen todettakoon, että lojaliteettivelvoitteita on pidetty erinomaisina oikeudellisina siirännäisinä. Hylkimisreaktiota ei hevin synny, vaikka ne istutetaan vieraaseen oikeuskulttuuriin - esimerkkitapauksessa Japaniin. Ks. Mikkola 2010 s. 826.

selle on saatava määritellyksi ennalta vahvistetut ja riittävän kattavat kriteerit. Tässä yhteydessä kannattaa muistuttaa samastuksesta vakuutusosoikeudessa. Siellä samastaminen tarkoittaa sitä, että ulkopuolisen henkilön tekemiset tai laiminlyönnot rinnastetaan vakuutuksenottajan tekemisiin tai laiminlyönteihin. Samastaminen on kohtalokasta, koska se johtaa vakuutuskorvauksen menettämiseen tai pienenemiseen. Laissa samastustilanteet määritellään yksityiskohtaisesti, lisäksi kirjallisuus ja soveltamiskäytäntö on tuottanut lukuisia tarkennuksia. Yleinen lähtökohta on, että samastamissääntöjä tulkitaan suppeasti.²⁸⁷ Oma ongelmansa on vielä intressitahojen suoja aiheetonta tai yksipuolisesti ajateltua samastusta vastaan, mihin siirrytään seuraavassa jaksossa. Jo tässä vaiheessa todettakoon, että oikeussuoja ei ole tässäkään suhteessa saanut ansaitsemaansa huomiota.

3.5 SAMASTUS RISKIN JA ERIARVOISUUDEN LISÄÄJÄNÄ

3.5.1 SAMASTUKSESTA KÄRSIVÄT JA HYÖTYVÄT INTRESSITAHOT?

Samastustutkimuksen kummallisuuksiin kuuluu samastuksen hyötyjen ihannointi. Samastusta pidetään pääsääntöisesti kannatettavana, koska sillä pystytään saavuttamaan asiallisesti hyväksyttävän lopputulos. Tausta-ajatus (tosin sitä ei suoraan lausuta) tuntuu olevan, että ”kaikki voittavat samastuksessa”. Kun samastusta sovelletaan velkojiin ja silmällä pidetään tyyppitapausta emoyhtiö/tytäryhtiö, niin sekä tytäryhtiön että emoyhtiön velkojat saavat kaikki täysimääräisen maksun. Samastuskeskustelun pohjalla näyttää vallitsevan naivi kuvitelma, jonka mukaan samastuksessa ”vastaanottavalla” taholla - esimerkiksi konsernisuhteissa tytäryhtiön veloista vastuuseen joutuvalla emoyhtiöllä - joko ei ole omia velkojia ollenkaan tai että emoyhtiö kykenee vaikeuksitta maksamaan sekä omat vanhat velkansa että sen vastuulle siirtyvät uudet velat. Mikään empiirinen selvitys ei puhu tämän oletuksen puolesta. Jos koko konsernin päätyminen konkurssiin on, kuten on sanottu, normaali tapahtumien kulku, käy oikeastaan juuri päinvastoin. Jos kärsiville oikeudenhaltijoille on samastustutkimuksessa uhrattu ajatuksia, ne liene-

287. ”Samastaminen voidaan tehdä vain niissä tapauksissa, kun siitä on nimenomaisesti laissa säädetty.” Erikseen on todettu, että samastettavien henkilöpiiriä ei saa tulkita laajentavasti. Ks. esim. Hoppu 1997 s. 170. Kuilu klassiseen samastukseen, jonka säännöt ovat pikemminkin antiteesejä vakuutusosoikeudessa noudatettuihin nähden, ei voisi olla syvempi.

vät lähteneet siitä, että pelkästään yhtiöiden omistajat kärsivät samastuksen seurana tappioita.²⁸⁸ Osakkeenomistajien kärsimä tappio taas ei nouse edes eettiseksi ongelmaksi, juridisesta puhumattakaan. Oman pääoman luonteiset sijoituksethan ovat joka tapauksessa viimeisellä sijalla yhtiön varoja jaettaessa. Täysin tämä logiikka ei kylläkään päde. Samastuksen seurauksena maksuun ensisijaisesti oikeutettuja velkojia on entistä enemmän, joten osakkeenomistajien toiveet saada sijoituksensa takaisin pienenevät.

Kiistatonta lienee, että toteutuva samastus ei kohtelee kaikkia velkojia samalla eli edullisella tavalla. Tavallisesti käy juuri päinvastoin - osa velkojista kärsii, osa taas hyötyy samastuksesta. Jotta samastuksen eduista saataisiin realistinen kokonaiskuva, kannattaa erottaa yhtäältä "kärsivät" eli häviävät, toisaalta "hyötyvät" eli voittavat velkojat. Mitä enemmän on ensimmäiseen kategoriaan kuuluvia velkojia, sitä vaikeammaksi muodostuu samastuksen perusteleminen sillä argumentilla, että samastus on lopputulokseltaan asiallisesti hyväksyttävä, toisin sanoen materiaalisesti oikeudenmukainen. Oma ennakkollinen ongelmansa kylläkin on, miten kärsivät ja hyötyvät velkojat määritellään, eli mikä on tässä yhteydessä hyötyä ja mikä on tappiota. Hyötyyää velkojaa ei tosin ole vaikea osoittaa. Tällaisen velkojan kohdalla se varallisuusmassa, josta velkoja voi odottaa saavansa maksun, objektiivisesti ottaen kasvaa. Esimerkiksi: klassisessa vastuun samastuksessa tytäryhtiön velkoja voi vaatia maksua sekä tytäryhtiön että emoyhtiön varallisuudesta. Samastus on yksisuuntainen, sillä emoyhtiön velkojat eivät suinkaan saa oikeutta maksuun siitä varallisuudesta, joka kuuluu tytäryhtiön omistukseen.²⁸⁹

Kun huomio kiinnitetään samastuksesta kärsiviin velkojiin eli häviäjiin, muunnelmia on useampia, vaikkakin lopputulos, häviäjiä löytyy, enimmäkseen pysyy sama. Ensimmäisessä muunnelmassa varallisuusmassa ei pienee, mutta velkoja joutuu maksua hakiessaan kilpailemaan entistä useampien uusien velkojien kanssa. Suorituksiin käytettävissä oleva varallisuusmassa siis suhteellisesti pienenee, ja toiveet maksun saamisesta vastaavasti heikenevät. Esimerkiksi: vastuu on samastettu ja tytäryhtiön velkojat vaativat maksua emoyhtiön varoista ilman, että emoyhtiön velkojien asema muuttuisi. Toisessa muunnelmassa velkojat (kuvainnollisesti) menettävät lopullisesti sellaista omaisuutta, josta he ilman samastusta olisivat voineet vaatia

288. Näin jyrkkänä väitettä ei ehkä saisi esittää, sillä ajatukseen konsernille 'vieraista' intresseistä sisältyy piilevä olettamus, että joku muukin intressitaho kuin omistajat voi kokea samastuksen epäoikeudenmukaiseksi. Ks. edellä jakso 2.4.1.

289. Vaikka näissä esimerkeissä pidetään silmällä tätä samastuksen perustilannetta, sama hyödyn ja vahingon jakaantuminen on erotettavissa jokseenkin jokaisessa muunnelmassa.

maksua. Esimerkiksi: omistusta on samastettu, ja jokin tytäryhtiön varallisuudeksi luettu omaisuuserä katsotaankin emoyhtiön omaisuudeksi. Näin tytäryhtiön velkojat eivät saa siirtyvän omaisuuserän arvoa käytetyksi saataviensa maksuksi. Tällainen “kärsivien velkojien” ongelma on tunnistettu suhteellisen myöhään keinotekoisia järjestelyjä koskevassa tutkimuksessa.²⁹⁰ Sen sijaan kun keinotekoisien järjestelyjen sivuuttamista käsiteltiin lainvalmistelussa, tämä ongelma sivuutettiin keinotekoisena ja nähtävästi elämälle vieraana.

Käydyssä samastuskeskustelussa on havaittavissa toinenkin yllättävä aukko. Samastusta on lähes aina tarkasteltu - sitä aina esiin tuomatta - pelkästään yksittäisten, erityistä suojaa tarvitsevien velkojien kannalta. Tämä johtaa yleisempään kysymykseen, joka sekin odottaa kunnollista vastausta: pitäisikö samastusta harkittaessa antaa merkitystä velkojaroolille tai toisesta näkökulmasta saatavan laadulle? Kysymystä on kyllä jossain määrin sivuttu. Varsinkin varhaisessa samastustutkimuksessa samastusta pidettiin mahdollisena lähinnä silloin, kun yhtäältä samastettavan tytäryhtiön velkojat olivat deliktiperusteisia (konkreettisena esimerkkinä vedottiin tuotevastuuseen) tai kuluttajavelkojia ja toisaalta emoyhtiön syyksi jäi jonkinlainen moitittava käyttäytyminen. Uudemmassa tutkimuksessa taas esille on nostettu ympäristövahingot, joilla on vahva kytkentä julkisoikeuteen. Tämä kytkentä selittää nähtävästi ratkaisun KKO 2011:62 samastusmyönteisen lopputuloksen.²⁹¹ Ratkaisun erikoisuuksiin kuuluu myös samastuskielenkäytön kaikesta päätellen tietoinen välttely. Öljy-yhtiön katsottiin olevan vastuussa huoltoasemanpitäjän syyksi jäävästä maaperän saastumisesta. Vastuuta perusteltiin kuitenkin sillä, että huoltoasema oli osa jakeluketjua, että sen pitäjän itsenäisyys oli vähäistä ja että öljy-yhtiö omisti osan huoltoaseman laitteista (18-k, 19-k). Myös ratkaisun kommentit sopisivat hyvin keskusteluun samastuksesta.²⁹²

290. Lindfors 2008 s. 323. Aidossa eli klassisessa samastuksessa lausumaton lähtökohta on, kuten edellä todettiin, nähtävästi ollut, että kummankin samastettavan velallistahon velkojat saavat yhdenvertaisesti maksun.. Sen sijaan jos kysymyksessä on keinotekoisien järjestelyjen sivuuttaminen muun muassa KonKL 5:11:n perusteella, syntyy kiistaa siitä, onko samastaminen “yleistä” vai “erillistä”. Erillissamastuksessa taas muodollisen omistajan velkojat jäävät maksua paitsi. Kun olettamuksena on järjestelyn keinotekoisuus, muu lopputulos ei oikeastaan ole mahdollinen. Kovin kohtuullinen se ei kylläkään ole, sillä velkojat eivät ole vaikuttaneet järjestelyn syntymiseen eikä heillä ole yleensä mahdollisuutta edes puolustautua keinotekoisuusväitteitä ja niitä seuraavia sivuuttamisvaatimuksia vastaan. Ks. jäljempänä 6.2.3.

291. Ratkaisusta ks. Sandvik 2011 s. 856. Hän arveleekin, että ratkaisu voi saada suuremman merkityksen kuin mitä sille tosiasiallisesti voidaan antaa.

292. “Ratkaisu siis vahvistaa sitä näkemystä, että ankaran vastuun edellytyksiä ja kohdentamista tulee arvioida kokonaisvaltaisesti sekä myös laajempien toimintakokonaisuuksien ja osapuolten niissä saamien asemien valossa.” Ks. Mielityinen 2012 s. 89.

Toki pääsääntöisesti varhaisessa samastustutkimuksissa puhuttiin velkojista lähemmin määrittelemättä, mikä velkojarooli heillä oli. Hivenen yllättävästi omaksi, erityistä suojaa kaipaavaksi velkojaryhmäksi ei nostettu kaikkia niin sanottuja vastentahtoisia velkojia. Vastentahtoisilla velkojilla tarkoitetaan sellaisia velkojia, jotta eivät voineet omilla toimillaan (esimerkiksi luotonantamisella) vaikuttaa velkasuhteen syntymiseen.²⁹³ Syy pidätyväisyyteen oli selvästikin siinä, että julkinen valta on suurin vastentahtoinen velkoja. Julkista valtaa taas ei voitu hevin väittää sellaiseksi velkasuhteen heikommaksi osapuoleksi, jota pitäisi suojella samastuksen kautta. Jos ja kun velkojan suojantarve otetaan samastuksessa ratkaisevaksi tekijäksi, samastus pystytään pitämään pienimuotoisempana ja asiallisesti hyväksyttävänä. Tosin samalla samastuksen sattumanvaraisuus entisestään kasvaa. Jos vaikka ”vanha” velkoja jotenkin pystyi - mitä nähtävästi odotettiin - seuraamaan velallisansa uutta velkaantumista, uuden velkojan mahdollisuudet seurata, miten ja kenelle velallinen velkaantui, olivat jo olemattomat.

Huomion kiinnittäminen velkojarooliin ja suojantarpeeseen tuo mukanaan jatkokysymyksen samastuksen laajuudesta. Vaihtoehtoja on kaksi, velkojaryhmään rajoittuva samastus ja totaalinen samastus. Ensimmäisessä emo- ja tytäryhtiö samastetaan vain yhden eli erityistä suojaa tarvitsevan velkojaryhmän osalta, sen sijaan muissa velkasuhteissa pidetään kiinni erillisten oikeussubjektien periaatteesta. Esimerkiksi: ainoastaan tytäryhtiön tuotevastuuvelkot oikeutetaan saamaan maksu emoyhtiön omaisuudesta. Järjestely loukkaa velkojien lähtökohtaista yhdenvertaisuutta, mutta periaatteesta on muitakin poikkeuksia.²⁹⁴ Toisessa vaihtoehdossa riittävä määrä erityistä suojaa tarvitsevia velkojia saa aikaan sen, että kaikki velkasuhteet samastetaan. Esimerkiksi: koska tytäryhtiön velkot ovat valtaosin tuotevastuuvelkoja, kaikki tytäryhtiön velkot oikeutetaan saamaan maksu emoyhtiöltä. Tässä tapauksessa velkojien yhdenvertaisuutta ei loukata vastaavassa määrin, mutta osa velkojista saa sattumanvaraisen edun - ’onnenkantamoisen’ - ansiottaan ja ilman erityistä suojaamisen tarvetta. Tätä vaihtoehtoa on vaikea perustella oikeudenmukaisuudella, mikä puoltaisi tiettyyn velkojaryhmään rajoittuvaa vastuun samastusta.

Toisaalta on myönnettävä, että rajoitettu samastus vaatii velkojien ja hei-

293. Luottoa antava velkoja nimittäin saattoi pitää huolta yhtiörajoista eli siitä, että hän antoi luoton ”oikealle” yhtiölle. Velkoja, joka tässä suhteessa oli epätarkka, syyllistettiin huolimattomaan luotonantoon johtaneesta käyttäytymisestä. Ks. edellä jakso 2.3.1.

294. Samoin velkojien suojantarpeesta voidaan huolehtia ja monissa maissa on huolehdittukin muilla tavoin, esimerkiksi etuoikeusjärjestelyllä tai määräämällä, että tällaiset saatavat ovat massavelan asemassa.

dän saataviensa varsin yksityiskohtaista tutkimista. Rajoitettu samastus myös johtaa siihen, että suurin piirtein samanlaisessa asemassa olevia velkojia kohdellaan eri tavalla, mikä samalla tavalla rasittaa oikeudenmukaisuutta. Tietenkin voidaan ajatella, että samastus on jonkinlainen palkinto velkojalle, joka on ryhtynyt aktiivisesti valvomaan etuaan. Tällainen ajattelu on kuitenkin paluuta vanhaan. Aikaisemmin laki monessa kohden suosi velkojan valppautta eli vigilanssia ja liitti siihen erilaisia etuja (esim. ulosmittauksen tuottaman etuoikeuden). Nämä edut on kuitenkin vähitellen poistettu, eikä nykyisin ole enää perusteltua puhua vigilanssiperiaatteesta,

Perustavanlaatuinen kysymys kuuluu, otetaanko tällainen seurausharkinta punnittavaksi, kun samastuksesta päätetään. Silmäys samastuskirjallisuuteen osoittaa vastauksen kieltäväksi. Joitakin ohimeneviä mainintoja tai sellaisiksi tulkittavia huomautuksia vastakkaisesta kannasta ehkä löytyy. Syvällisempää analyysiä samastuksen heijastusvaikutuksista ja seurausharkinnasta saa hakemalla hakea. Myöskään julkaistu oikeuskäytäntö ei todista ainakaan analyttisestä huomiosta. Eri asia on, että oikeuskäytännön tunnettu pidättyväisyys suhtautumisessa samastuksessa²⁹⁵ voi selittyä tuomioistuinten hiljaisella tekijäntiedolla. Tuomioistuimet ovat toisin sanoen taanneet, että samastus ei ole yksinomaan samastusta vaativan velkojan ja velallisen välinen asia. Oli niin tai näin, seurausharkinta ansaitsee vakavaa huomiota mietittäessä samastusta. Se muodostaa näin merkittävän säikeen siinä kokonaisharkinnassa, jonka perusteella ratkaisu suuntaan tai toiseen tehdään. Tästä seuraa, että tuomioistuimen tai muun lainkäyttöelimen on selvitettävä, miten samastus yksittäistapauksessa vaikuttaa muihin velkojiin. Näyttää myös perustellulta, että riittävä suuri haitallinen vaikutus - suuri joukko vanhoja velkojia kärsii merkittävästi samastuksesta - nostetaan vastuun samastuksen esteeksi.

3.5.2 UNOHDETTU ONGELMA: SAMASTUKSEN TOTEUTUS

Vaikka samastaminen hyväksyttäisiinkin yleiseksi ratkaisuksi konsernin konkurssin ongelmaan, samastuskonstruktio jättää lukuisat yksittäiskysymykset kokonaan auki. Vastausta kaipaavat muun muassa kysymykset siitä, miten samastaminen toteutettaisiin ja miten kärsivät eli häviävät tahot (velkojat, vähemmistöosakkaat ja niin edelleen) saisivat suojaa perusteetonta samastamista vastaan. Klassisessa vastuun samastuksessa on selvästikin ajateltu,

295. Ks. esim. Immonen 1994 s. 44.

että samastaminen ratkaistaan oikeudenkäynnissä, jossa tytäryhtiön velkoja vaatii maksua emoyhtiöltä.²⁹⁶ Tällaista kannetta voidaan kutsua esimerkiksi samastuskanteeksi, vaikkakaan nimitystä ei kirjallisuudessa käytetä. Vastaavasti kanteen hyväksyvä tuomio voisi kantaa nimitystä samastustuomio. Kannetta ajava velkoja eli samastusvelkoja joutuu oikeudenkäynnissä tämentämään ne tosiseikat (tämän tutkimuksen mukaan samastusindiisiot), joihin hän perustaa samastusvaatimuksensa. Emoyhtiö taas pystyy puolustautumaan kiistämällä kantajan väittämät tosiseikat, vetoamalla omiin vastatosisekkoihin tai tekee niin sanotun oikeusväitteen. Toki mitä enemmän samastus perustetaan kokonaisharkintaan, sitä enemmän sekä kanteen ajaminen että siihen vastaaminen hämärtyvät, mutta tämä ei muuta itse pääasiää. Keskimäärin ottaen emoyhtiön egoistiset intressit pitävät huolen siitä, että emoyhtiö - näin oletetaan - puolustautuu oikeudenkäynnissä mahdollisimman tehokkaasti. Harva yhtiö haluaa itselleen uusia velkoja. Jos emoyhtiö lyö, syystä tai toisesta, laimin tehokkaan puolustautumisen, muut intressitahot kuten emoyhtiön vanhat velkojat voivat valvoa intressejään väliintulolla (OK 18 luku) ja ääritapauksissa ylimääräisellä muutoksenhaulla (OK 31 luku).

Tytäryhtiön konkurssi tuo perusasetelmaan oman, tosin paljolti teoreettisen ongelman: voiko tytäryhtiön konkurssipesän pesänhoitaja ajaa kyseistä samastuskannetta "konkurssipesän lukuun"? Jos tällainen kanne sallitaan, vastuun samastus käsittäisi kaikki tytäryhtiön konkurssissa valvotut tai muutoin huomioon otetut konkurssivelat, ehkä myös osan massaveloista. Kanteen salliva tulkinta kaatuu kuitenkin järjestelmänäkökohtiin. Oikeus tulla samastetuksi on velkojan individuaalinen "oikeus". Tämä oikeus ei tietenkään kuulu tytäryhtiön konkurssipesään, mistä johtuen pesänhoitaja ei voi ajaa tällaista kollektiivista kannetta konkurssipesän nimissä. Mikään ei toki estä sitä, että pesänhoitaja ajaa kyseistä samastuskannetta konkurssivelkojen erikseen siihen valtuuttamana - mistä syystä ongelma on, kuten edellä todettiin, akateemis-teoreettinen. Pulmaksi jää vain prosessioikeudellinen detajli: onko kaikki samastusvaatimukset mahdollista käsitellä samassa oikeudenkäynnissä? Tämä tietenkin olisi prosessitaloudellisesti mielekästä. OK 18:6 tarjoaa tähän säännöspohjan, sillä yhteinen käsittely varmasti edistää pykälän vaatimalla tavalla "asioiden selvittämistä".²⁹⁷ Täydellisellekään yhteiskäsittelylle ei ole estettä, joskin samankaltaisten samastusvaatimusten

296. Ks. esim. Leppänen 1991 s. 309. "Saaminen on toteutettava siinä järjestyksessä kuin ko. laatuinen saaminen yhteisvelallista vastaan. Yleensä kyseeseen tulee velkomuskanne yleisessä alioikeudessa."

297. Pykälän harkinnanvaraisesta kumulaatiosta ks. Lappalainen 1995 s. 444.

kokoaminen omiin (eli osittaisiin) yhteiskäsittelyihinsä saattaa olla toimivien ratkaisujen ratkaisu.

Jos taas emoyhtiö on konkurssissa, samastusoikeudenkäynti korvautuu tavallisesti sillä, että tytäryhtiön velkoja ilmoittaa saatavansa valvontapäivänä pesähoitajalle (KonkL 12:6).²⁹⁸ Tällöin voidaan puhua samastusvalvonnasta, joka on samastuskanteen rinnakkaisilmiö. Valvonnan muotomääräisyydestä seuraa, että valvonnan tulee sisältää samastusvaatimus²⁹⁹ ja siinä on ilmoitettava samastusperusteet (KonkL 12:12:7.1 2-k). Nämä perusteet on yksilöitävä niin tarkasti, että pesähoitaja ja muut velkojat pystyvät ottamaan kantaa samastuksen oikeellisuuteen. Samastusperusteisiin sisältyy - vaikka todistelu unohdettaisiinkin - niin paljon tulkinnanvaraa ja epämääräisyyttäkin, että samastusvalvonta ei käytännössä voine olla selvä. Näin ollen pesähoitaja joutuu säännönmukaisesti riitauttamaan samastusta vaativan velkojan eli samastusvelkojan valvonnan. Tämä tapahtuu jakoluetteloehdotuksessa, johon on merkittävä myös riitautuksen perustelu (KonkL 13:1.1 4-k). Vähintäänkin hänen on tehtävä jakoluetteloehdotukseensa niin sanottu ”muu huomautus” (KonkL 13:2.2). Riitautusoikeus on tietenkin sekä muilla velkojilla että velallisella (KonkL 13:4).³⁰⁰

Ellei kukaan kuitenkaan riitauta valvottua samastussaatavaa, se katsotaan muiden konkurssisaatavien tapaan hyväksytyksi (KonkL 13:9.1). Konkurssituomioistuimien ei jakoluetteloa vahvistaessaan saa oma-aloisesti tutkia sen enempää samastuksen perusteita kuin samastuksen oikeudenmukaisuutta. Periaatteessa pesähoitaja voi pitää samastussaatavaakin selvänä ja ottaa sen ilman valvontaa huomioon jakoluetteloehdotuksessa (KonkL 12:8). Tällöin saatavan riitauttaminen jää kanssavelkojen harteille. Samastussaatava ei kuitenkaan voine koskaan de facto täyttää pykälässä asetettua selvyysvaatimusta. Oli niin tai näin, jakoluetteloottamisessa on noudatettava yhdenvertaisuutta. Tämä tarkoittaa, että pesähoitaja ei lähtökohtaisesti voi ottaa yhden samastusvelkojan saatavaa ehdotukseensa ja jättää muut samastusvelkojat oman valvontansa varaan. Pesähoitaja ei myöskään saa ryhtyä

298. Ks. jäljempänä jakso 6.3.1.

299. Toisin sanoen pelkkä saatavan ilmoittaminen ei - ainakaan teoriassa - riitä, vaan velkojan on perusteltava, miksi oikeushenkilörajat tai entiteettisuoja on ylitetty, toisin sanoen emoyhtiö onkin joko oikea velallinen tai oikea kanssavelallinen.

300. Samastusvalvonnat tarjoavat myös tilaisuuden hakea sitä sovinnoista ratkaisua, mitä laki toivoo pesähoitajalta (KonkL 13:8). Ks. lähemmin Koulumäki 2005 s. 837. Samastus nimittäin on edellytyksiltään siksi epämääräinen ja epävarma, että sopimus voi hyvinkin syntyä. Sovintoteorian mukaanhan riitapuolet ovat taipuvaisia sopimaan riitansa, jos tai kun mahdollisen oikeudenkäynnin lopputulosta on vaikea ennustaa.

puntaroimaan sitä, onko samastusta vaativilla tai tarvitsevilla velkojilla sellainen erityinen suojan tarve, joka vaikuttaa heidän saataviensa kohtaloon konkurssissa. Mahdollisuus ottaa saatava jakoluetteloehdotukseen ilman valvontaa ei tietenkään vapauta pesänhoitajaa sen selvittämisestä, mihin seikkoihin samastus perustuu.

Kun samastussaatava on riitautettu (tämä lienee normaali kehityskulku), sen pätevyys tutkitaan konkurssin velkaselvittelyssä.³⁰¹ Tutkinta tapahtuu aluksi jakoluetteloehdotuksen vahvistamisen yhteydessä. Tuomioistuinten valta ratkaista suoraan saatavia koskevat erimielisyydet on kuitenkin hyvin rajallinen. Tuomioistuin saa vain joko hyväksyä ilmeisen perustellun riitautuksen tai hylätä selvästi perusteettoman riitautuksen (KonkL 13:11.2). Jos saatava on vahvistettu samastuskanteen yhteydessä lainvoimaisesti, riitautus ei tietenkään voi menestyä (i.f.). Riitautus jätetään tällöin tutkimatta. Samastusvalvonnassa sen enempää riitautuksen hyväksyminen kuin hylkääminenkään ei juuri aktualisoidu: selvän tai ilmeisen perusteettomuuden riitautuksen kriteeri ei käytännössä voi täyttyä, kiitos samastusinstituution epämääräisyyden.

3.6 PALUU ARKEEN: PIENTEN RATKAISUJEN TIE?

Edellä esitetyn valossa lienee selvää, että konsernin tarjoamaan ongelmaan ei ole löydettävissä toimivaa kokonaisratkaisua, ellei vallitsevaa klassista teoriaa korvata ankarasti sovelletulla yhtenäisteorialla. Ratkaisuksi ajatellulla samastuksella on nimittäin kaikki vieteriukkojen heikkoudet: se tuo konserniongelmaan juuri sitä ennustamattomuutta ja tilannekohtaisuutta, josta kokonaisratkaisulla yritetään välttyä. Voidaan sanoa, että lääkkeenä se pahentaa tautia. Se teoreettinen kiinnostus, jonka samastus on kirjallisuudessa herättänyt, on lisäksi vienyt luovan ongelmanratkaisun virhepoluille. Tarkastelu on siirtynyt todellisista ratkaisuista keskusteluksi samastamisen edellytyksistä, jolloin pienimuotoisemmat ja konkreettisemmat keinot - joko nykyiset, uustulkinnoilla kehitettävät tai lainmuutoksilla aikaansaatavat - unohtuvat.

Erityisen kekseliäitä pienten ratkaisujen tiellä on oltu takaisinsaannissa. Kuten edellä todettiin, konserniyhtiöiden keskinäiset varallisuudensiirrot ovat tavallisia, ja kysymys niiden peräyttämistä herää jokseenkin kaikis-

301. Ks. Leppänen 1991 s. 315. Hän tosin käsittelee asiaa vanhan konkurssisäännön ja epäsuoran samastuksen osalta, mutta perusproblematiikka on toki sama. Velkaselvittelyn yksityiskohdista ks. jäljempänä jaksot 6.2.1. ja 6.2.2.

sa konsernikonkursseissa.³⁰² Jonkinlaisena konserniongelman ratkaisuna saatetaan pitää ensiksikin sitä, että teorianmuodostuksesta luovutaan. Yleisiä sääntöjä on mahdotonta kehittää, joten takaisinsaannin soveltuvuus on "ratkaistavissa ainoastaan in casu".³⁰³ On myönnettävä, että samastustutkimuksen vaatimattomat tulokset antavat oikeutuksen tällaiselle tutkimukselliselle nihilismille. Voi myös olla, että tämä luonnehdinta kuvaa osuvasti vallitsevaa selvitys- ja oikeuskäytäntöä. Ad hoc -ratkaisujen tielle ei kuitenkaan voi lopullisesti lähteä, mikäli samalla ei luovuta siitä ennustettavuuden vaatimuksesta, joka insolvenssilainsäädännön - takaisinsaanti -instituutio luetaan tähän lainsäädäntöön - on aina täytettävä.

Toinen osaratkaisu on hedelmällisempi. Tarve takaisinsaantien peräyttämiseen nimittäin vähenee olennaisesti, mikäli reaalisista varallisuudensiirroista päästään eroon. Esimerkiksi konserniavustuksia joudutaan käyttämään yhtiöoikeudellisen maksukykyisyyden säilyttämiseen. Konserniavustuksen ei kuitenkaan tarvitse olla reaalinen - toisin sanoen sisältää rahan siirtymistä emoyhtiön kassasta tytäryhtiön kassaan - jotta tämä tarkoitus saavutetaan. Tästä päästään havaintoon, että konserniavustus kannattaa muuttaa laskennalliseksi kirjanpitotoimeksi. Koska tällöin esineellistä palautusta ei tarvita, kysymystä takaisinsaannistakaan ei herää.³⁰⁴ Takaisinsaantiahan tarvitaan ainoastaan reaalisten varallisuudensiirtojen peräyttämiseen.

Käsitys takaisinsaannin totaalisesta tarpeettomuudesta on kyllä tällöinkin ylioptimistinen. Laskennalliset toimet eivät auta, jos tytäryhtiö tarvitsee likvidejä varoja, jotta se selviytyy erääntyvistä veloistaan. Onhan ilmeistä, että tytäryhtiö ei voi maksaa velkojaan laskennallisilla, verotuksellisilla tai kirjanpidollisilla erillä, vaan siihen tarvitaan reaalista maksuvoimaa. Ellei tytäryhtiöllä ole rahaa eli likvidiä varallisuutta, tytäryhtiö ajautuu ennen pitkää velkoja-aloitteiseen konkurssiin. Konkurssi taas nolaa emoyhtiön osakeomistuksen arvon sekä tuo häiriön konsernin liiketoiminnalliseen logistiikkaan.³⁰⁵ Selvää kuitenkin on, että konserniavustusten laskennallisuus karsii melkoisesti takaisinsaantitilanteita, joten se on myös konkurssioikeuden nä-

302. Ks. edellä jakso 1.2.1.

303. Ks. Pulkkinen 1993 s. 1187

304. Punta 2004 s. 102.

305. Kuten edellä todettiin, mitä pitemmälle työnjako on konsernissa viety, sitä pahempi tämä häiriö on. Ja kääntäen: jos konserniyhtiöt ovat itsenäisiä liiketoimintayksiköitä, emoyhtiön suora vahinko on siinä, että sen omistamat tytäryhtiön osakkeet menettävät arvonsa. Asia erikseen on, että yhdenkin konsernin yhtiön konkurssi on konsernille huonoa mainosta asiakkaiden silmissä ja samalla liikekumppaneille ja luotonantajille merkki konsernin heikosta kannattavuudesta.

kökulmasta kannattamisen arvoinen vaihtoehto.

Myös erillisten konkurssipesien (ja samalla konkurssihallintojen) ongelmaan on löydettävissä osaratkaisuja. Konkurssihallinnot voivat esimerkiksi tehdä keskenään niin sanottuja konkurssisopimuksia. Tällaiset sopimukset voivat koskea yhteistoimintaa, esimerkiksi määrätä tietojen vaihtamisesta tai toiminnallisten kokonaisuuksien yhteisestä realisaatiosta. Konkurssisopimus voi olla myös materiaallinen, jolloin sopimus määrää konkurssipesän varallisuuspiirin (varat/velat) rajat suhteensa toiseen konkurssivarallisuuteen. Konkurssisopimukset ovat olleet keskusteltavina etenkin kansainvälisessä insolvenssioikeudessa. On katsottu, että yritysyörymän rinnakkaiset insolvenssimenettelyt saadaan parhaiten koordinoituksi toisiinsa konkurssisopimuksilla.³⁰⁶ Yhtä hyvin voidaan sanoa, että ne kelpaavat ratkaisuksi konserniyhtiöiden erillisiin konkurssimenettelyihin myös yhdessä ja samassa maassa.

UNCITRAL mallilaki suosittelee, että kansallisten konkurssilakien tulisi mahdollistaa tällaisten sopimusten tekeminen. Tosin useimmissa oikeusjärjestyksissä - Suomi mukaan luettuna - riittää, ettei niitä kielletä tai kieltoa johdeta konkurssilain tiukasti tulkitusta pakottavuudesta. Konkurssipesien välisissä suhteissahan lähtökohtana on sopimusvapaus. Jos konkurssisopimukset tulkitaan sallituiksi, niillä päästään sekä konkurssipesien yhteisselvitykseen että konkurssipesien yhteishallintoon. Konkurssisopimukset avaavat näin huimaavia näköaloja. Niitä käytettäessä materiaallinen erillisten oikeussubjektien teoria voidaan pitää voimassa, mutta sen ”insolvenssioikeudelliset” haitat eli erillisten konkurssipesien koordinoimaton selvitys saadaan eliminoiduksi. Näin päädytään lopulta siihen, että vallitsevalla erillisten oikeussubjektien teorialla on puolellaan melkoisia etuja, ennen kaikkea selkeys ja yksinkertaisuus.³⁰⁷ Teorioiden taistelussa kompromissi on usein, samoin kuin ihmistenkin riidoissa, se kestävin ratkaisu. Tämäkin todistaa tunnetun viisauden: vanha teoria ei ole huonon teorian synonyymi.

306. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010b s. 21. Näitä sopimuksia tarkastellaan lähemmin jaksossa 7.3. Sen sijaan kansallisia konkursseja koskeva UNCITRAL -ehdotus ei tunne koko konkurssisopimus -instituutiota.

307. Ks. edellä jakso 7.2.

SOVELTAVA OSA

4. Konserniyhtiön asettaminen konkurssiin

4.1 KONSERNIYHTIÖ VASTAAJANA KONKURSSIASIASSA

Konkurssiyhteys aktualisoituu ensimmäiseksi, kun konserniin kuuluvaa yhtiötä haetaan konkurssiin. Eniten kysymyksiä herää tietenkin velkoja-aloitteisessa konkurssiasiassa, mutta myöskään velallisaloitteinen konkurssiasia ei ole niistä vapaa. Kannattaa muistaa, että muun muassa maksukyvyttömyys on konkurssin edellytys silloinkin, kun velallinen sitä hakee. On myös syytä pitää mielessä, että erillisten oikeussubjektien periaate on voimassa myös konkurssin hakemisessa. Emoyhtiö ei voi tehdä konkurssihakemusta tytäryhtiön puolesta, vaan sen on saatava tytäryhtiön hallitus hakemuksen tekijäksi. Sille, että emoyhtiö hakee velkojana tytäryhtiötään konkurssiin, ei ole lakisääteisiä esteitä. Konsernin yhtiöillä on säännönmukaisesti keskinäisiä saatavia, joten tämä kiertotie on de facto aina käytettävissä. Sen käyttö on sitäkin helpompaa, sillä emoyhtiö voi antaa tytäryhtiölle konkurssiuhkaisen maksukehotuksen ja estää tytäryhtiötä maksamasta kehotuksen tarkoittamaa saatavaa.³⁰⁸ Tosin emoyhtiön intressi on tavallisesti päinvastainen eli estää tytäryhtiöiden ajautuminen konkurssiin.

Toisaalta tytäryhtiökin voi velkojana hakea emoyhtiönsä asettamista konkurssiin. Koska emoyhtiö ei käytä suoraa päätösvaltaa tytäryhtiössä, se ei voi estää hakemuksen tekemistä, vaikka se omistaisi kaikki tytäryhtiön osakkeet. Kuten edellä todettiin, yksimieliset osakkeenomistajat - eli tässä tapauksessa konsernihallinto - voivat antaa sitovia ohjeita tytäryhtiön johdolle.³⁰⁹ Jollei kapinoiva tytäryhtiö kuitenkaan niitä noudata vaan tekee konkurssihakemuksen, emoyhtiön tahto ei vaikuta konkurssihakemuksen käsittelyyn tuo-

308. Jos konsernissa on käytössä keskitetty tilijärjestelmä, estäminen ei vaadi mainittavaa väivännäköä. Emoyhtiö ei vain suostu siirtämään itselleen rahaa tytäryhtiön alatililtä. Konsernitilin käytöstä ks. jäljempänä jakso 5.5.1. Asia erikseen on, katsotaanko tällöin maksun jo tapahtuneen tai velkojan ajautuneen velkojan viivästykseen. Jälkimmäinenhän muodostaa esteen konkurssiin asettamiselle. Ks. Koulun 2009 s. 110.

309. Ks. edellä jakso 2.2.

mioistuimessa. Tuomioistuimen on käsiteltävä hakemus ja asetettava emoyhtiö konkurssiin, jos konkurssin edellytykset vain täyttyvät. Selvää toki on, että tällaista tilannetta ei hevin synny. Tytäryhtiöt noudattavat lojaalisti emoyhtiön tahtoa, ja tytäryhtiöiden johdon intressissä on pysyä hyvissä väleissä konsernijohdon kanssa. Kapinointi merkitsee parhaassakin tapauksessa konsernituen menettämistä.

Maksukyvyttömyys on konkurssin aineellinen edellytys: konkurssiin saadaan asettaa vain sellainen velallinen, joka on maksukyvytön (KonkL 2:1.1). Konkurssilaki antaa maksukyvyttömyydestä sen standardimääritelmän. Maksukyvyttömyydellä tarkoitetaan sitä, että velallinen on muutoin kuin tilapäisesti kykenemätön maksamaan velkojaan niiden erääntyessä (KonkL 2:1.2). Konserniin kuulumisen eli lyhyemmin konserniyhteys vaikuttaa suuresti jokaisen konserniyhtiön maksukyvyn arviointiin. Tämä väite ei vaatine lähempiä perusteluja, sillä se on luonnollinen seuraus siitä, että konserni ylipäänsä on taloudellinen yksikkö. Jokaisen yksikön osan maksukyky tai vastakohta maksukyvyttömyys riippuu näin kokonaisuuden taloudellisesta tilasta. Riippuvuus voi toki vaihdella intensiteetiltään: se voi olla heikkoa, vahvaa tai täydellistä. Viimeisessä tapauksessa konserniyhtiö on elinkelvoton itsenäisenä ja riippumattomana yrityksenä. Asia erikseen on, miten maksukyvyttömyys osoitetaan.

Konkurssilaissa maksukyvyttömyyden osoittamista helpotetaan niin sanotuilla maksukyvyttömyyden indiisioilla. Indiisiot luetellaan (KonkL 2:3.2), ja lain luettelo on tyhjentävä. Luetteloa myös tulkitaan lähtökohtaisesti sananmukaisesti, joten laajentavaa tulkintaakaan ei sallita. Nämä lakimääräiset maksukyvyttömyyden olettamukset ovat: velallinen on lakkauttanut maksunsa (1-k), ulosotossa on ilmennyt, ettei velalliselta kerry varoja velkojan saatavan täydeksi suoritukseksi (2-k) tai velallinen on laiminlyönyt velkojan maksukehotuksen, jossa on ollut konkurssiuhka (3-k).³¹⁰ Vaikka velkoja voi yrittää suoraan todistaa velallisen maksukyvyttömyyden, konkurssia hakevat velkojat turvautuvat lähes poikkeuksetta indiisioihin. Näin indiisioiden mahdollisesti poikkeava tulkinta konsernitilanteissa on ilmeinen tarkastelukohde. Käytännössä yksi indiisio, laiminlyöty konkurssiuhkainen maksukyvyttömyys, on noussut yli muiden. Kaksi muuta indiisiota, maksujen lakkauttaminen ja tulokseton ulosotto, kärsivät osaksi tulkinnallisesta epäselvyydestä, osaksi vaikeasta näytettävyydestä. Erityisesti maksujen lakkauttaminen on presumptioksi epätyypillinen, sillä presumoiva tosideikka vaatii

310. Tulkinnasta ks. Koulun 2009 s. 79.

sekin monipuolista todistelua.³¹¹ Selvä jatkokysymys kuitenkin on, kuinka hyvin maksukyvyttömyyden lakisääteiset indiisiot toimivat konserniympäristössä.

Oma kysymyksensä puolestaan on, mitä tehdään, kun indiisiot eivät tule yksittäistapauksessa sovellettaviksi tai vastapuolena oleva velallinen haluaa kumota indiision luoman oletettaman vastatodistelulla, toisin sanoen osoittaa maksukykyänsä. Kummassakin tapauksessa joudutaan miettimään perimmiltään samaa asiaa: kuinka konserniyhtiön maksukyvyttömyys tai kääntäen maksukyky todistetaan? Kuka todistaa mitään, mihin näyttökynnys asetetaan ja miten konkurssiasioissa tavallisesti esitettävän näytön todistusarvot määritellään? Näissä tilanteissa tulkitaan lähtökohtaisesti konkurssilain standardityypistä legaalimääritelmää. Määritelmän mukaanhan maksukyvyttömyydellä tarkoitetaan sitä, että velallinen on muutoin kuin tilapäisesti kykenemätön maksamaan velkojaan niiden erääntyessä (KonkL 2:1.2)

Konserniyhtiöissä tehdään monasti myös osakeyhtiölain mukaisia, maksukykytesteiksi kutsuttuja arvioita. Tästä syystä on aihetta kysyä, missä määrin testin tuloksia saadaan käyttää hyväksi konkurssioikeuden maksukyvyttömyysarvioissa. Samaa työtäähän ei periaatteessa kannattaisi tehdä toiseen kertaan. Vaikka osakeyhtiölain mukaiselta maksukykytestiltä evättäisiinkin suora vaikutus, testin ja oikeudellisen maksukyvyttömyysarvion rakenteellinen vertailu voi auttaa ymmärtämään paremmin oikeudellisen arvion virhelähteitä. Siitä, että kaikkinaisen tulkinnallinen tuki ja lisääntyvä itseymmärrys ovat tarpeen, voi tuskin olla eri mieltä. Aikaisemmasta tutkimuksesta saatu apu jää nimittäin heikoksi. Konsernikokonaisuuksien maksukykyä ei - hämmästyttävää kylläkin, kun muistetaan konserniyhtiöiden osuus yritystoiminnasta³¹² - ole juuri käsitelty aikaisemmassa insolvenssioikeuden tutkimuksessa. Näin konsernin maksukyvyttömyyden tulkinta muodostaa uuden kysymyskokonaisuutensa.

Velkoja-aloitteisessa konkurssissa keskiöön nousee myös hakijasaatavan problematiikka. Konkurssilaki määrittelee suhteellisen tarkasti sen, millainen saatava kelpaa konkurssia hakevan velkojan legitimaatioksi. Tässä suhteessa velkojan saatavan on täytettävä tietyt laissa määritellyt kriteerit, joita on tapana kutsua selvyyskriteereiksi (KonkL 2:2.1). Kaksi kriteeriä ovat täsmällisiä, joskaan eivät tulkinnallisesti aivan yksiselitteisiä (1- ja 2 -k); sen sijaan yksi kriteeri (3-k) on täysin avoin.³¹³ Hakijasaatavaksi käy nimittäin

311. Koulou 2009 s. 80.

312. Ks. edellä jaksot 2.5.1. ja 2.5.2.

313. Selvyysvaatimusten tulkinnasta ks. esim. Koulou 2009 s. 112. Suomen oikeus ei tunne jois-

3-kohdan mukaan myös sellainen saatava, joka muutoin on niin selvä, ettei sen oikeellisuutta voida perustellusti epäillä. Selvyyskriteerit on kirjoitettu velkojan ja velallisen välistä ja tässä merkityksessä kiistattomaksi kuviteltua velkasuhdetta ajatellen, ne ovat toisin sanoen eräänlaisia tämän velkasuhteen määrällisiä kriteerejä. Erillinen selvyyden kysymyksensä on sen sijaan saatavan kohdentuminen eli kuka on velkasuhteen toinen osapuoli eli oikea velallinen. Velkoja ei luonnollisestikaan voi kohdistaa konkurssihakemustaan sellaiseen tahoon, joka ei ole hänen velallisensa. Konserneissa ja yrittäjäryhmissä kysymys oikeasta velallisesta aktualisoituu tavallista useammin: luultavaa myös on, että konserniyhteys heijastuu tulkintoihin.³¹⁴

Epäselvyys siitä, kuka on velkasuhteen velallinen, voi saada alkunsa kahdella tavalla. Ensiksikin aina ei ole yksiselitteistä, mistä konsernin yhtiöstä on alun perin tullut velallinen, esimerkiksi minkä konserniyhtiön kanssa se sopimus, jonka toinen osapuoli on velkoja, on syntynyt. Sopimus voi olla paitsi luotonantosopimus myös mikä tahansa muu kaupallinen sopimus, esimerkiksi toimitussopimus. Mitä enemmän konserni mielletään yhdeksi taloudelliseksi kokonaisuudeksi, sitä vähemmän käytännön toimijat kiinnittävät huomiota oikean velallisen (esim. sopimuspuolen) määrittelyn kaltaisiin juridisiin muodollisuuksiin.³¹⁵ Toiseksi toimitettava samastus voi saada aikaan sen, että alun perin selvästi ilmaistu velallinen eli joku konserniyhtiö vaihtuu toiseksi konserniyhtiöksi tai että jälkimäisestä konserniyhtiöstä tulee vähintäänkin alkuperäisen velallisen kanssavelallinen. Jotta hakijasaatavalle asetetut kriteerit täyttäisivät funktionensa, saatavan on oltava ”selvä” myös siinä suhteessa, että se kohdistuu juuri hakemuksen tarkoittamaan konserniyhtiöön. Tätä selvyyden ulottuvuutta ei ole kirjallisuudessa juuri käsitelty. Näin ollen on syytä miettiä, millaisin säännöin saatavan selvyttä tässä suhteessa arvioidaan.

sakin maissa omaksuttua ”kohtalaisen todennäköisen” hakijasaatavan käsitettä. Näissä maissa velkoja voi käyttää, jos hän asettaa vakuuden aiheutuvasta vahingosta, myös tällaista saatavaa hakijasaatavanaan konkurssi-asiassa.

314. Ongelma on vanhastaan tuttu Norjan oikeudesta. Siellä on myös kehitetty innovatiivinen ratkaisu: jos yritysten välinen yhteistyö on tiivistä, se ”i stort utstrekning må føre til solidaransvar”. Näin Huser 1988 s. 36. Tällöin yksi ja sama saatava, jonka oikea velallinen on epäselvä, kelpaa hakijasaatavaksi kaikkien yhteistyössä toimivien yhtiöiden kohdalla. Asia erikseen on, että pulma ”oikeasta” velallisesta korvautuu ongelmalla siitä, milloin yhteistyö on ollut niin tiivistä, että se on luonut yhteisvastuun.

315. Sopimustyypeissä on varmasti tässä suhteessa eroja. Luotonantosopimus edellyttää, luonteensa mukaisesti, kohtalaisen tarkkaa osapuolten määrittelyä. Sen sijaan rutiiniluontoisessa toimituksessa ei ole suinkaan varmaa, että oikea sopimuspuoli - toimituksen muodollinen tilaaja - tulee kirjatuksi mihinkään. Käytännön tarpeisiin kun riittää toimituksen vastaanottajan ilmoittaminen.

Viimeinen ongelmakokonaisuus nousee siitä, miten konserniyhteys heijastuu konkurssin lakisääteisiin esteisiin. Jos tuomioistuin toteaa tällaisen esteen, velallista ei saa asettaa konkurssiin, vaikka hakijalla on pätevä hakijasaatava ja hän on osoittanut velallisen maksukyvyttömyyden. Konkursin lakisääteiksi esteiksi on tapana katsoa seuraavat tosiseikat: konkurssin epätarkoituksenmukaisuus (yleinen este), vireillä oleva tai käynnistytävä rehabilitaatio, velallisen asettama torjuntavakuus sekä velkojan aikaisempi ilmoitus siitä, että hän ei tule hakemaan velallista konkurssiin.³¹⁶ Näistä vain yleinen este (KonkL 2:2.2) ja velallisen asettama vakuus (ilmenee epäsuorasti KonkL 2:4.1:sta) ovat saaneet säännökset konkurssilakiin. Rehabilitaation vaikutuksesta sen sijaan säädetään yrityssaneerauslaissa (YrSanL 24.1 §). Velkojan luopumistahdonilmaisun sitovuus puolestaan seuraa yleisistä sopimusoikeuden periaatteista, viime kädessä yksityisautonomian periaatteesta.³¹⁷ Näyttää jokseenkin kiistattomalta, että konserniyhteys vaikuttaa - tai ainakaan sen vaikutusta ei voida ennalta kiistää - kaikkien näiden esteperusteiden tulkintaan. Todettakoon, että myös tässä kohden aikaisemmassa tutkimuksessa on selvä aukko. Konsernitilanteet on enemmittä perusteluitta jätetty tutkimuksen ulkopuolelle.

4. 2 OLETTAMUKSET MAKSUKYVYTTÖMYYDESTÄ JA HAKIJASAATAVAN SELVYYSVAATIMUS

4.2.1 MAKSUKYVYTTÖMYYDEN INDIISIOT

Jotta maksukyvyttömyyden presumptiot toimisivat lainsäätäjän tarkoittamalla tavalla, presumoivan eli olettamuksen perustavan tosiseikan on oltava suhteellisen yksinkertainen, eri tulkinnoista vapaa ja helposti todistettava. Helppo todistettavuus puolestaan edellyttää, että presumoiva tosiseikka on ulkonaisesti havaittava, se ei ainakaan saa olla motiivi tai mielentila tai edes niiden ja toiminnan välinen korrelaatio. Konkursilaki (KonkL 2:3) onnistuu presumptioittensa muotoilussa oikeuskäytännön valossa kohtalaisesti, koska nämä vaatimukset pääosin täyttyvät. Kiistat siitä, vallitseeko presumoiva tosiseikka yksittäistapauksessa tai miten presumptionormia tulkitaan, ovat

316. Esteiden ryhmittelystä ks. Koulu 2009 s. 92.

317. Hyvällä tahdolla voidaan sanoa, että KonkL 2:4.1 2-kohta vihjaa, puhuessaan kolmannen asettaman vakuuden vaikutuksesta, mahdollisuuteen, että velkoja voi antaa tällaisen lupauksen ('konkurssin hakeminen on vastoin niitä ehtoja, jotka velkojan on vakuuden vastaanottessaan katsottava hyväksyneen').

soveltamiskäytännössä lähes tuntemattomia.³¹⁸ Näin velallinen pakotetaan säännönmukaisesti todistamaan maksukykyään, mikä tekee hänen todistustaakastaan raskaan. Presumption kumoamista sen sijaan harvoin edes yritetään, vielä harvemmin siinä onnistutaan. Tosin kattavaa empiiristä selvitystä presumptioiden tehosta suuntaan tai toiseen ei ole saatavissa. Kommentoiva kirjallisuus ei kuitenkaan sisällä mainintoja siitä, että hakijavelkoja kohtaisi tässä suhteessa ongelmia.³¹⁹ Velallisen kohdalla asia on varmasti toisin.

Presumptiosääntöjen tulkinnassa on kaksi lähtökohtaa. Ensiksikin niitä ei saa tulkinnalla perustaa, toisin sanoen uusia presumoivia tosiseikkoja ei saa luoda ilman lainsäätäjän auktorisointia. Toiseksi presumoivien (ja laissa vahvistettujen) tosiseikkojen sisältö määritellään sananmukaisen tulkinnan avulla. Tämä tarkoittaa, että presumoivien tosiseikkojen soveltamisalaa - eli niiden kattavuutta - ei saa tulkinnalla kasvattaa. Syy tulkinnalliseen pidätyväisyyteen on helppo huomata: jos säännön määrittävää tosiseikkaa tulkitaan sen luontaista soveltamisalaa laajemmin, lopputulos on sama kuin jos keksittäisiin uusi presumptiosääntö. Konkurssi on huomattavan ankara seuraus, ja se on sitä nimenomaan toimivalle yritykselle, koska alkuutilaa ei tavallisesti voida palauttaa, jos havaitaan, että konkurssi on aloitettu ilman oikeudellista perustetta. Näin ollen presumptioiden enemmän tai vähemmän yleiset tulkintasäännöt ovat tehostettuina voimassa, kun kysymys on maksukyvyttömyyden olettamuksista.

Nämä tulkintasäännöt tukevat sitä, mihin päädytään jo erillisten oikeussubjektien periaatteen kautta. Presumptiot eivät konsernissakaan ylitä yhtiörajoja. Näin ollen yhden konserniyhtiön kohdalla täyttyvää presumptiota ei saa soveltaa sellaiseen toiseen konserniyhtiöön, jonka kohdalla presumoivaa tosiseikkaa ei vallitse. Tavallisesti tähän ei ole tarvettakaan. On kuitenkin mahdollista, että velkoja ei pysty tuomaan esiin presumoivaa tosiseikkaa hakemuksen tarkoittaman konserniyhtiön osalta. Esimerkiksi: velkojan saatavat konserniyhtiö y:ltä eivät ole erääntyneitä, joten hän ei voi turvautua konkurssiuhkaiseen maksukehotukseen eivätkä muut lakisääteiset presumptiot täyty.³²⁰ Sen sijaan yhteisvastuussa oleva konserniyhtiö x on laiminlyönyt

318. Tosin presumptioiden tulkinta on saanut kirjallisuudessa paljon huomiota. Näin oli asianlaita jo konkurssisäännön aikakaudella. Ks. Pinomaa 2000 s. 38. Tässä suhteessa ne edustavat poikkeamaa yleensä varsin käytännöllisestä konkurssitutkimuksen valtavuosta.

319. Ks. esim. Nenonen 2004 s. 8.

320. Tämä ei ole niin yllättävää, miltä se kuulostaa. Muut lakisääteiset indiisiot eli maksujen lakkauttaminen ja tulokseton ulosotto, ovat soveltamisalaltaan hyvin ahtaita. Sitä paitsi velkoja, jonka saatava ei ole erääntynyt, ei tietenkään voi saada ulosottoperustetta ja ylipäätään päästä ulosoton hakijaksi. Tosin konkurssia hakeva velkoja voi vedota myös siihen, että joku

konkurssiuhkaisen maksukehotuksen mukaisen maksun kyseiselle velkojalle. Velkoja mielellään vetoaisi tähän presumptioon, jotta hän välttäisi raskaan maksukyvyttömyystodistelun. Ymmärtäväsinkään ja konsernin taloudellisen luonteen myöntävä tulkinta ei kuitenkaan hyväksy presumption suoraa ulottamista ulkopuoliseen tahoon. Asia erikseen on, että tiiviissä konsernissa todennäköisyys siitä, että oletamus vastaa todellisuutta, on hyvin korkea ja luultavasti samaa tasoa kuin sovellettaessa presumptiota itsenäiseen eli riippumattomaan yhtiöön. Tiiviillä konsernilla tarkoitetaan tässä konsernia, jossa työnjako on viety niin pitkälle, että yhtiöt de facto ovat täysin riippuvaisia toisistaan.

Konsernissa syntynyt presumptio ei kuitenkaan ole kokonaan vailla juridista merkitystä, vaikka se kohdistuukin toiseen konserniyhtiöön. Kertoohan jonkun toisen konserniyhtiön kohdalla muodostunut presumptio sen, että konsernin taloudellinen tila ei kokonaisuutena ole hyvä. Ei ole suinkaan itsestään selvää, että hakemuksen tarkoittama konserniyhtiö saa taloudellista tukea muulta konsernilta, vaikka muu konserni haluaisikin auttaa. Toki on myönnettävä, että tällaisen ulkopuolisen presumption vaikutus vaihtelee. Jos konkurssiin haetaan tytäryhtiötä, emoyhtiön kohdalla täyttyvä presumptio (emoyhtiö on esimerkiksi julkistanut maksujen lakkauttamisen) on paljon huolestuttavampaa kuin pientä sisaryhtiötä rasittava presumptio. Konserniyhteys tuo mukanaan myös sellaisen uuden presumption, jota konkurssilaki ei lainkaan tunne mutta joka varmasti käytännössä vaikuttaa tuomioistuihin. Jos joku konserniyhtiöistä on jo asetettu konkurssiin, velallisyhtiön väitteet konsernilta saatavasta tuesta kuulostavat epäuskottavilta - ainakin jos konkurssiin on päätyntä emoyhtiö (tapaus 2a).³²¹ Toisen konserniyhtiön konkurssin (näin jo syntyneen presumption) ja vireillä olevan konkurssihakemuksen (joka konkurssiin johtaessaan perustaa tällaisen tosiasiallisen presumption) välille on sen sijaan vaikea tehdä eroa. Kumpikin horjuttaa sitä lähtökohtaista luottamusta velallisen maksukykyyn, jolle konkurssilaki perustuu. Lähtökohta ei toki muutu. Kuten edellä todettiin, velallisen ei tarvitse todistaa maksukykyään.

Tuntuu kuitenkin kohtuulliselta, että toisen konserniyhtiön kohdalla täyt-

muu velkoja ei ole saanut ulosotossa suoritusta. Ks. Koulu 2009 s. 81.

321. Tällaisia laissa mainitsemattomia, yleiseen elämäkokemukseen perustuvia oletamuksia on tapana kutsua tosiasiallisiksi, luonnollisiksi tai praktisiksi presumptioiksi. Ne voivat joskus olla yhtä vahvoja kuin "oikeatkin" presumptiot, jos ajatellaan niiden vaikutusta päätöksentekoon. Vahvuus riippuu siitä, kuinka voimakas tällaisen presumption taustalla vaikuttava alkuperäinen todennäköisyys on.

tyvä presumptio³²² ja vielä vahvemmin toisen konkurssiyhtiön konkurssi keventävät velkojan todistustaakkaa, vaikkakaan niitä ei voida hyväksyä suoraan vaikuttaviksi presumptioiksi. Näiden konserniyhtiöiden mahdollista tukea kriisiyhtiölle ei oteta huomioon: ne pudotetaan toisin sanoen pois siitä arviosta, joka tehdään konsernin yhdistetystä maksukyvyystä. Näin maksukyvyyttömyysarvio palautuu vain konkurssiin haettavaa konserniyhtiötä koskevaksi. Normaalitilanteissa³²³ nimittäin yhtä konserniyhtiötä tarkoittavassa arviossa joudutaan - kuten jäljempänä havaitaan - ottamaan kantaa koko konsernin taloudelliseen tilanteeseen.³²⁴ Eli äärimmilleen pelkistään: kun tavallisesti sellaisen hakijavelkojan, jolla ei ole apunaan maksukyvyyttömyyden presumptiota, on todistettava, että muu konserni ei auta velallisyhtiötä, niin edellä kuvatussa tilanteessa velallisyhtiön on näytettävä, että konserni vaikeuksistaan huolimatta haluaa ja kykenee auttamaan. Jos kielenkäyttöä halutaan tarkentaa, tätä vaikutusta voidaan kutsua esimerkiksi maksukyvyyttömyysindiision epäsuoraksi käytöksi. Se on - toisin kuin indiision suora käyttäminen - selvästikin lain sallimaa. Epäsuora indiisio on käsitteellisesti maksukyvyyttömyyden säikeeseen liittyvää todistelua.

4.2.2 HAKIJASAATAVA VELKOJA-ALOITTEISESSA KONKURSSISSA

Jotta velkoja pystyy hakemaan konkurssia, hänellä on oltava tietyt selvyysvaatimukset täyttävä saatava (KonkL 2:2.1). Konkurssilaissa määritellään lähemmin, millainen saatava täyttää nämä vaatimukset. Vaikka saatavan on oltava selvä, sen ei tarvitse olla erääntynyt. Velkojan saatava eli niin sanottu hakijasaatava voi olla myös ehdollinen, joskin ehdolliselta hakijasaatavalta on perinteisesti vaadittu korkeaa todennäköisyyttä ehdon täyttymiselle.³²⁵ Lakisääteisistä selvyyskriteereistä kaksi ensimmäistä ovat rakenteeltaan presumptiivisia indiisioita (1- ja 2-k): ne ovat toisin sanoen kumottavissa osoittamalla joko, että indiisioivaa tosiseikkaa ei hakijan väitteestä huolimatta vallitse, tai että saatava ei indiision täyttymisestä huolimatta kuitenkaan ole selvä (1- ja 2-k). Momentin viimeinen selvyyskriteeri - saatava on muuten niin selvä, ettei sen oikeellisuutta voida perustellusti epäillä (3-k) - ei sen sijaan ole presumptio. Se on pikemminkin avoin, tuomioistuimelle lähes

322. Tällä tarkoitetaan toisen konkurssiyhtiön kohdalla täyttyvää indiisiota.

323. Normaalitilanteella tarkoitetaan sitä, että maksuvalmiusongelmia on vain yhdellä eli konkurssihakemuksen tarkoittamalla konserniyhtiöllä. Muut konserniyhtiöt siis oletetaan maksukykyisiksi.

324. Maksukyvyyttömyyden arviointia konsernissa käsitellään jaksossa 4.4.

325. Koulou 2009 s. 107.

rajattomasti liikkumavaraa jättävä yleissäännös. Oikeuskäytännössä selvänä tällä perusteella on pidetty muun muassa ulkomaisessa oikeudenkäynnissä vahvistettua saatavaa, vaikkakaan tuomio ei sinänsä ollut voimassa Suomessa (KKO 1997:50). Tuomioon ei siis liittynyt ennakkokysymyksen luonteista positiivista oikeusvoimaa.

Indiisioita ja niiden vakiintuneita tulkintoja pystytään suhteellisen vähällä vaivalla soveltamaan myös konserniin kuuluvaan velallisyhtiöön. Kuitenkin konserniyhteys tässäkin heijastuu soveltamiseen. Ilmeistä kuitenkin on, että konserniyhteys ei tuo varsinaisia helpotuksia hakijavelkojalle. Selvyyskriteerejä sovelletaan kaikessa ankaruudessaan myös konserniin paikantuvassa konkurssissa. Kuten edellä havaittiin, saatavan primääriä olemassaoloa, määrää ja pätevyyttä koskeva kysymyksenasettelu ei myöskään eroa merkittävästi siitä, millainen se on perinteisessä yhden subjektin konkurssissa.³²⁶ Konserniyhteyden tuoma lisä on lähinnä kysymys siitä, mikä konserniyhtiö on oikea velallinen siinä velkasuhteessa, johon hakijavelkoja vetoaa. On kyläkin myönnettävä, että kysymys sinänsä todellisen velan oikeasta velallisesta teoriassa voi aktualisoitua milloin tahansa, mutta konkurssikäytännössä tällaiset erimielisyydet ovat - jos konsernitapaukset unohdetaan - elleivät tuntemattomia niin ainakin hyvin harvinaisia.

Sen sijaan konsernin velka- ja sopimussuhteissa syntyy herkästi epäselvyyttä: esimerkiksi muodollista sopimuskumppania ei lainkaan ilmoiteta tai ilmoittamisessa tapahtuu erehdys (asiakirjaan tulee väärin konserniyhtiön nimi).³²⁷ Etenkin koko konsernille yhteiset hankinta- ja markkinointiyksiköt ovat omiaan tuomaan epäselvyyttä ja kasvaneen virheiden riskin.³²⁸ Kohdistamisongelmia saattaa tietenkin syntyä myös deliktiperusteisissa velkasuhteissa, esimerkiksi mikä samalla teollisuusalueella toimivista konserniyhtiöistä on aiheuttanut ympäristön pilaantumista. Ongelma tunnetaan myös verotuksesta. Vaikka tulo ja meno tavallisesti syntyvät jonkun konserniyhtiön ”nimissä”, aina näin ei tapahdu, etenkin jos hankintoja tai omistuksia on keskitetty yhteen yhtiöön. Oikeuskäytäntö ailahtelee; välillä sovelletaan

326. Ks. edellä jakso 4.1.

327. Onkin sanottu osuvasti, että ”konserniyhtiöiden itsenäiseen oikeussubjektiuteen ei käytännön toiminnassa kiinnitetä huomiota”. Näin Pulkkinen 1993 s. 1201.

328. Näistä yhteisistä palveluyksiköistä ks. esim. Virtanen 2005 s. 5. Esimerkiksi hänen esimerkkinä käyttämällään Finnair-konsernilla on yhteinen taloushallinto sekä ”keskitetyt ydintoiminnot”. Joissakin erityislaeissa otetaankin huomioon konsernin yhteiset yksiköt. Esimerkiksi saatavien perintään ei tarvita muutoin pakollista lupaa, jos toimeksiantaja ja perintätoiminnan harjoittaja kuuluvat samaan konserniin, toisin sanoen kysymyksessä on omaksi yhtiöksi muodostettu yhteinen perintäyksikkö (laki perintätoiminnan luvanvaraisuudesta 517/1999 1.3 §:n 2-k).

erillisyyttä korostavaa muodollista tulkintaa, välillä taas ”konserniajattelua heijastavaa taloudellisempaa linjaa.”³²⁹ Käsitteellisesti todettakoon, että näissä tulkinnoissa ei ole kysymys samastuksesta vaan eräänlaisesta alkuperäisistä epäselvyydestä. Vastuun samastuksessahan siitä, mikä konserniyhtiö muodollisesti vastaa velasta, ei periaatteessa ole riitaa. Kysymys on vain siitä, ulotetaanko tämä velkavastuu yli yhtiörajojen. On helppo huomata, että juridisesti pulmallinen samastuspohdiskelu on kierrettävissä katsomalla, että velka onkin ”oikeasti” vastuuseen halutun konserniyhtiön (tyyppitilanteessa siis emoyhtiön) velkaa. Joissakin vahingonkorvauksen muodoissa tämä oikotie on suhteellisen helppo avata.

Myös saatavan kohdentaminen oikeaan velalliseen kuuluu, kuten edellä todettiin, selvyysvaatimuksen piiriin. Osa lakisääteistä selvyysindiisioista toimii yllättävän hyvin myös tässä yhteydessä. Jos lainkäyttöraatkaisu (1-k) tai asiakirja (2-k) ilmoittaa tietyn konserniyhtiön velalliseksi, hakijan saatava on KonKL 2:2:n merkityksessä osoitettu. Hakijan asema on jopa hieman vahvempi kuin normaaleissa, saatavan olemassaoloon tai määrään kytkeytyvissä erimielisyyksissä. Vastaajaksi joutunut konserniyhtiö kun ei voi vedota velkasuhteen myöhempiin muutoksiin kuten siihen, että velka on sittemmin ”siirretty” oikealla velalliselle, eli sille konserniyhtiölle, jonka velkaa velka asiallisesti oli. Normaalitilanteissahan vastaaja voi jossain määrin heikentää selvyysindiisioiden presumptiivista vaikutusta vetoamalla jälkikäteiseen maksuun, kuittaukseen tai muuhun saatavan lakkauttavaan tapahtumaan.³³⁰ Jos nämä indiisiot eivät kuitenkaan sovellu, sen osoittaminen, että konkurssihakemuksen tarkoittama konserniyhtiö on oikea velallinen, nousee täystutkintaa vaativaksi - mikä taas on vastoin konkurssiasian käsittelyltä vaadittua joutuisuutta.

Hyvin johdetussa konsernissa apua on saatavissa liiketoimintasuunnitelmasta, joka määrittää konserniyhtiöiden keskinäisen työnjaon. Huonosti tai kaoottisesti johdetussa konsernissa oikean velallisyhtiön löytäminen luultavimmin jää tapauskohtaiseksi. Enintään voidaan kysyä, voidaanko saatavan kohdistamisongelmassa tyytyä matalampiasteiseen selvyyteen kuin mitä laki vaatii saatavan olemassaolon kohdalla. Mitä enemmän konsernin toimintaa yhtenä taloudellisena kokonaisuutena painotetaan, sitä hyväksyttävämmältä tällainen logiikka näyttää. Esimerkiksi: velkojan tekemä kohdistaminen kelpuutetaan, ellei ole ilmeistä, että velalliseksi kuvainnollisesti valittu konserniyhtiö ei sitä ole. Toki tässä on vaaransa. Velkoja luonnollisesti pyrkii

329. Kukkonen-Walden 2010 s. 15.

330. Koulu 2009 s. 112.

hakemaan velalliseksi sen konserniyhtiön, jonka maksukyky on suurin - tyypillisesti emoyhtiön.

Hakijasaatavan selvyttä arvioitaessa konserniyhteys pelkistää samastukseen liittyvistä pohdiskelusta tutun erilliskysymyksen: voiko konkurssia hakeva velkoja vedota samastukseen, toisin sanoen voiko samastussaatava olla konkurssilaissa tarkoitettu hakijasaatavaa.³³¹ Teoriassa tähän ei ole esitetty, kunhan hakijavelkoja vain osoittaa konkurssihakemuksen käsittelyssä, että samastuksen edellytykset ovat olemassa. Todellisuus on kuitenkin toista. Samastusperusteet ovat niin epämääräiset ja niiden näyttäminen niin vaivalloista, että samastussaatava ei käytännössä voi täyttää lain vaatimuksia. Samastussaatava ei toisin sanoen ole "muuten niin selvä, ettei sen oikeellisuutta voida perustellusti epäillä" (KonkL 2:2.1 3-k). Samastuksen edellytysten osoittaminen vaatii täysitutkintaista oikeudenkäyntiä, jollaiseksi konkurssiasiaa ei periaatteessa saisi muuttaa.

Asia muuttuu, jos samastus on ollut jo aikaisemmin oikeudenkäynnin kohteena. Lainvoimainen samastusratkaisu hävittää ongelman. Sen oikeusvoima nimittäin estää samastuksen riitauttamisen (arg. KonkL 2:2.1 1-k). Lainvoimaa vailla olevalla samastusratkaisulla (esimerkiksi: käräjäoikeus on tehnyt samastuksen, mutta emoyhtiö on valittanut tuomiosta) puolestaan on vahva todistusvaikutus. Se saattaa riittää yksinkin näytöksi, mutta todistusvaihtuksen vahvuus joudutaan ratkaisemaan yksittäistapauksittain. Jos oikeudenkäynti on ollut adversiaalinen³³², pääsääntö kuitenkin on, että saatavan oikeellisuudesta ei ensiasteen tuomion jälkeen vallitse perusteltua epäilystä. Vireillä olevalla samastuskanteella ei ole sinänsä todistusvaikutusta. Oikeudenkäynnissä kertynyttä aineistoa voidaan toki hyödyntää myös konkurssiasiaa, joskin aineiston esittäminen johtaa (tai oikeammin johtaisi) säännönmukaisesti täysitutkintaan, johon taas ei periaatteessa saa mennä.³³³

331. Samastussaatava on samastuksen tuloksena syntynyt saatava muulta kuin velkasuhteen alkuperäiseltä velalliselta, tyypillisesti samastussaatava on emoyhtiön velaksi "siirtynyt" saatava tytäryhtiöltä. Kielenkäyttö ei ota kantaa siihen, onko emoyhtiö uusi ja ainoa velallinen vai kanssavelallinen. Ks. edellä jakso 3.4.

332. Yksipuolisen tuomion todistusvaikutus on luonnollisesti olematon, ellei tuomio ole lainvoimainen. Lainvoimaisena yksipuolinenkin tuomio saavuttaa positiivisen oikeusvoiman.

333. Oma kiistakysymyksensä on, onko välittömyysperiaate täydessä laajuudessaan voimassa myös hakemuslainkäytössä. Jos näin on, samastusoikeudenkäynnin aineistoon vetoaminen käy harvoin päinsä.

4.3 KONKURSSIN ESTEET KONSERNIKONKURSSISSA

4.3.1 YLEINEN ESTEPERUSTE

Velkojan konkurssihakemus on lain mukaan jätettävä tutkimatta, jos hänen saatavansa on vähäinen ja konkurssiin asettaminen on epätarkoituksenmukaista tai hyvän perintätavan vastaista (KonkL 2:2.2). Tämä konkurssin yleinen este koskee siis vain velkoja-aloitteista konkurssia. Säännös on periaatteellisesti merkittävä. Se nimittäin asettaa eräänlaisen konkurssi-intressin konkurssin edellytykseksi, mitä aikaisemmassa laissa ei ollut.³³⁴ Momentissa annetaan samalla ohjeita konkurssin tarkoituksenmukaisuuden arvioimiseksi; sen sijaan se, mikä on vähäinen saatava ja mikä on hyvän perintätavan vastaista menettelyä konkurssiin asettamisessa, jää lakitekstissä avoimeksi. Perustelut kuitenkin täydentävät aukkoa melkoisesti. Jos saatava on “muutamia satoja euroja”, velkojalla ei “yleensä” ole oikeutta hakea velallista konkurssin. Saatavan vähäinen määrä ei kuitenkaan ole absoluuttinen suure (eli perustelujen mukaan ‘samansuuruinen kaikille’), vaan merkitystä voidaan antaa velallisen asemalle. Saatavalta vaadittava vähimmäismäärä toisin sanoen suhteellistetaan velallisen olosuhteisiin. Kummallista kylläkin velkojan olosuhteet taas eivät tunnu vaikuttavan esteperusteen soveltamiseen.

On vaikea sanoa, kuinka painaviksi nämä perustelulausumat on tarkoitettu. Jos niiden logiikkaa käytetään kuitenkin apuna tulkinnassa ja konkurssihakemuksen kohteena on toimiva yritys, vähimmäismäärä seurannee joko velallisen liikevaihtoa, velallisen kokonaisvelkaantumista tai molempia. Ellei kyseessä ole niin sanottu mikroyritys (eli yhden työntekijän yritys), hyväksyttävän konkurssi-intressin tulee nousta huomattavasti niistä muutamista sadoista euroista, joista lain perusteluissa puhutaan. Konkurssin kustannukset ovat niin suuret ja sen destruktiivinen potentiaali niin valtaisa, että konkurssin tarkoituksenmukaisuusalueen voidaan väittää alkavan vasta, kun velkojan konkurssi-intressi on kymmeniätuhansia ellei jopa satojatuhansia euroja. Suuryrityksen kohdalla tällainenkin saatava voi olla vielä vähäinen sekä asiallisesti että kirjanpidollisesti. Myöskään velkojen monilukuisuus ei tee konkurssia välttämättömäksi tai tarkoituksenmukaiseksi. Monivelkojatilanteet ovat ulosotossakin arkipäivää, ja ulosottokaari tarjoaa toimivat menettelypuitteet kollektiivista insolvenssimenettelyä lähentelevälle ulos-

334. Ks. esim. Palmgren 1936 s. 131.

otolle. Ohimennen todettakoon, että ulosoton kustannustehokkuus suhteessa konkurssiin johtuu paljolti siitä, että valtio kantaa pääosin ulosoton kustannukset³³⁵, kun taas velkojat joutuvat itse rahoittamaan konkurssipesän selvityksen.

Säännöstä voidaan moittia lakiteknisestä epäloogisuudesta. Erillinen vaatimus saatavan ei-vähäisestä määrästä on turha, koska velkojan saatavan suuruus otettaisiin joka tapauksessa huomioon pohdittaessa, onko konkurssi tarkoituksenmukainen. Tarpeeton vaatimus selittyy taustahistorialla. Konkurssisäännön aikana konkurssihakemusta nimittäin käytettiin laajalti pelotteena piensaatavien perimisessä. Hakijavelkoja ei vakavissaan uskonut, että hakemus johtaisi konkurssiin. Velallinen säännönmukaisesti maksoi velkojan saatavan, jonka jälkeen velkoja peruutti hakemuksensa ja asia jäi sillensä. Nämä perimishakemukset työllistivät suhteettomasti (ja samalla hyödyttömästi) tuomioistuimia. Niinpä yhtenä konkurssilain valmistelun tavoitteena oli tähän epäkohdan korjaaminen.³³⁶ Konkurssikäytännössä yleinen esteperuste onkin jäänyt hyvin vähälle käytölle. Se on ollut tavallaan ansaittua. Säännöstä on nimittäin luettu sen spesifin tavoitteen, konkurssihakemuksen väärinkäyttämisen kiellon, valossa.

Lain sanamuoto avaa kuitenkin mahdollisuuden uustulkintaan eli eräänlaiseen suhteellistettuun vähäisyyteen. Siinä ratkaiseva ei ole hakijasaatavan absoluuttinen määrä vaan sen suuruus suhteessa johonkin mittapuuhun. On myönnettävä, että relatiivinen vähäisyys tuo mukanaan mittapuun ongelman: esimerkiksi haetaanko mittapuuta velallisen vai velkojan ominaisuuksista? Jos velallinen on mittapuuna, hakijasaatavaa arvioidaan vaikkapa suhteessa velallisen kokonaisvelkoihin tai velallisyhtymän liikevaihtoon. Jos taas vertailuperusteena ovat velkojan olosuhteet, kriteerin voi muodostaa muun muassa hakijasaatavien keskimääräinen koko³³⁷ tai velkojan intressi

335. Velkojan perimiskustannuksista ulosottomaksut muodostavat marginaalisen osan. Sen sijaan ulosoton kustannusrasitus kohtaa kaikessa ankaruudessaan velallisten pääjoukon muodostavia luonnollisia henkilöitä, mikä on aiheuttanut oikeuspoliittista arvostelua. Siihen voidaan jossain määrin yhtyä. Ulosoton tarkoitus kun ei ole ulosottojärjestelmän ylläpidon rahoittaminen vaan velkojan saatavien periminen. Ks. Niemi-Kiesiläinen-Varis 1996 s. 52.

336. Taustahistorian valossa ei ole kummastuttavaa, että metsää ei nähty puilta, toisin sanoen konkurssimenettelyn yleinen mielekkäisyys velkavastuun toteutuksessa jäi analysoimatta. Analyysissä olisi tullut verrata konkurssia ja ulosottoa velkavastuun toteutuskeinona. Ulosotto on siinä määrin kustannustehokkaampaa ja kevyempää, että velkavastuun toteutuksen pääpainon tulisi olla siinä. Suomen oikeudelle tyypillinen rajoittamaton konkurssikelpoisuus ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan puuttuminen konkurssin aloittamisesta päätettäessä ovat vanhahtavia piirteitä. Ks. Koulu 2009 s. 92.

337. Tosin empiiriset tietomme konkurseista ovat niin vähäiset, että emme edes tiedä keskimääräisen hakijasaatavan määrää. Eri asia on, että konkurssiasioita hoitavilla juristeilla

saada saatavansa perityksi juuri konkurssin kautta. Tosin on syytä muistaa, että konkurssilain perustelujen mukaan velkojan olosuhteisiin ei kiinnitetä huomiota arvioitaessa, onko tämän saatava vähäinen.

Oli niin tai näin, konserniyhteys tuo lisävivahteen saatavan vähäisyyden arviointiin. Jos suhteellisen vähäisyyden konstruktio hyväksytään, joudutaan kysymään, verrataanko velkojan saatavan määrää koko konserniin (esim. konsernin kokonaisvelkoihin) vai siihen konserniyhtiöön, jota haetaan konkurssiin. Mikäli väite konsernista taloudellisena kokonaisuutena hyväksytään keskeiseksi argumentiksi, se vie ensimmäiseen tulkintaan. Toisin sanoen: vaikka hakijavelkojan saatava on yhden konserniyhtiön näkökulmasta suuri, se saattaa olla vähäinen, kun vertaillaan saatavaa ja koko konsernia. On kuitenkin huomattava, että konserniyhteys vaikuttaa myös toiseen suuntaan ja että tämä käänteisvaikutus pitkälti kompensoi yleisessä esteperusteessa tapahtuvan nousun. Tarkoituksenmukaisuuden kynnys nimittäin laskee, sillä konserniyhteys luo erityisen selvitystarpeen, mikä taas puoltaa tulkintaa konkurssin tarkoituksenmukaisuudesta. Konkurssimenettelyhän on ainoa tapa saada konserniin kuuluvien yhtiöiden keskinäiset omistus- ja velkasuhteet selville. Ulosoton keinot eivät siihen riitä.

4.3.2 VAKUUS JA VELKOJAN TAHDONILMAISU KONKURSSIN ESTEENÄ

Konkurssin esteeksi on tapana lukea myös velallisen tai sivullisen asettama vakuus hakijavelkojan saatavasta eli niin sanottu torjuntavakuus (KonkL 2:4). Tällaiseksi kutsutaan etenkin sellaista vakuutta, jonka velallinen asettaa saatuaan tiedoksi velkojan konkurssihakemuksen. Perinteisiä ongelmia ovat vakuuden turvaavuuden arviointi ja kolmannen asettaman vakuuden vaikutus. Velallisen antama vakuus estää aina konkurssin, kolmannen asettama vakuus automaattisesti vain, kun se on annettu erääntymättömästä saatavasta.³³⁸ Vakuuden arvostus puolestaan nousee erityiseksi pulmaksi konsernissa, koska konserniyhtiöt tarjoavat herkästi vakuudeksi antamiaan takauksia tai jonkun konserniyhtiön osakkeita. Tyypillisin tapaus lienee, että emoyhtiö x antaa takauksen velallisyhtiö y:n velasta velkojalle tai luovuttaa pantiksi sellaisia konserniyhtiö z:n osakkeita, joita se omistaa. Arvostuksen vaikeus johtuu perimmältään siitä, että vakuuden arvo riippuu de facto siitä, mikä on

on tästä suhteellisen luotettavaa tekijäntietoa.

338. Koulou 2009 s. 102.

konsernin kohtalo (eli asetetaanko sen yhtiöitä konkurssiin)³³⁹. Jos emoyhtiö asetetaan itse konkurssiin, sen antama takaus on luultavasti lähes arvoton. Vastaavasti tytäryhtiö z:n konkurssi saa aikaan sen, että sen pantiksi annetut osakkeet ovat jokseenkin varmasti vailla arvoa. Konsernin kohtalo taas riippuu tai voi riippua siitä, tulkitaanko vakuus turvaavaksi - jolloin se estää tai ainakin voi estää aktuaalin konkurssin, jolloin hallitsematon konkurssikierre ei käynnisty ja konserni selviää hetkellisestä maksuvalmiuskriisistään.

Periaatteessa vastaus on yksinkertainen. Myös kyseinen 'konsernin sisäinen' vakuus on kelpuutettava torjuntavakuudeksi, jos on epätodennäköistä, että konserni kokonaisuudessaan tuhoutuu. Ennen vastaväitteitä on syytä muistaa, että vakuuden arvostus on aina sidoksissa todennäköisyyteen eli uskoon siitä, että vakuus realisoituna kattaa velkojan saatavan. Kysymys on - vain - siitä, mitä todennäköisyyttä konsernin elinkelpoisuudelta vaaditaan joko numeerisesti ilmaistuna tai sanallisesti määriteltynä.³⁴⁰ Jotta torjuntavakuuden tavoite toteutuisi, kovin korkeaa todennäköisyyttä ei saisi vaatia. Selvää toki on, että esimerkiksi vireillä oleva velkojan hakemus (takauseimerkissä velkoja hakee emoyhtiötä x tai vakuusesimerkissä tytäryhtiötä z konkurssiin) tekee jo vakuuden turvaavuuden kyseenalaiseksi. Oli niin tai näin, tällainen konserninsisäinen vakuus tuo koko konsernin taloudellisen aseman tutkinnan kohteeksi konkurssiasiaassa. Tämä ei kuitenkaan merkitse mainittavaa muutosta, sillä kuten jäljempänä havaitaan, konsernin taloudellinen asema tulee joka tapauksessa tutkittavaksi arvioitaessa, onko hakemuksen tarkoittama konserniyhtiö maksukyvytön. Tämä arvio perustuu ennustukseen konsernikokonaisuuden elinkelpoisuudesta. Mitään tarvetta kehittää eri sääntöjä torjuntavakuuden turvaavuuden tutkintaa varten ei tunnu olevan, poikkeuksena kenties ennustusaika.

Joskus velkoja on etukäteen luopunut oikeudestaan hakea konkurssia. Tällainen luopuminen on voimassa vain määräajan: velkoja ei voi lopullisesti luopua tästä oikeudestaan, koska konkurssi on velkavastuun viimesijainen toteutumistapa.³⁴¹ Luopuminen konkurssin hakemisesta voi olla nimenomai-

339. On syytä muistaa, että yleisen kokemussäännön mukaan yhdenkin konserniyhtiön päätyminen konkurssiin vie koko konsernin samaan kohtaloon joko välittömästi tai muutaman kuukauden viiveellä. Ks. edellä jakso 2.4.2.

340. Oma, tässä sivuutettava kysymyksensä on, mitä pidetään ennustusjaksona vakuuden arvoa määriteltäessä. Sama ongelma aktualisoituu myös maksukyvyttömyyden tosiseikastossa, joten siihen palataan jäljempänä. Vakuuden turvaavuuden ennustuskauden on kuitenkin oltava lyhyempi. Käytännön sääntö voisi olla, että konsernin muilla yhtiöillä ei saa olla välitöntä vaaraa (esim. vireillä olevaa konkurssihakemusta) konkurssiin ajautumisesta. Näitä tavallaan välillisesti vaikuttavia maksukyvyttömyyden olettamuksia on käsitelty edellä jaksossa 4.2.1.

341. Vähälle huomiolle jäänyt rinnakkaisongelma on, pystyykö velallinen itse luopumaan oi-

nen tai hiljainen. Useimmiten se kuitenkin sisältynee velkojan myöntämään maksuaikaan tai laajempaan luottojärjestelyyn.³⁴² Velkojan luopumiseksi tulkittu tahdonilmaisuus saa aikaan sen, että hänen konkurssihakemuksensa hylätään. Epäselvää tosin on, missä määrin velkoja voi vapautua luopumistahdonilmaisustaan sillä perusteella, että velallinen on myöhemmin laiminlyönyt velvoitteitaan tai velallisen taloudellinen tila on odottamattomasti heikentynyt. Vakiintuneesti katsotaan, että velkoja ainakin jossain määrin vapautuu sitoumuksestaan olla hakematta velallista konkurssiin, jos olosuhteet muuttuvat hänen maksunsaantiaan vaarantavasti.

Nämä tulkinnanvaraisuudet vaivaavat tietenkin myös sellaista luopumistahdonilmaisua, joka koskee konserniin kuuluvaa yhtiötä. Kuuluminen konserniin tuo kuitenkin tässäkin yhteydessä yhden kysymykerroksen lisää. Voidaan ensiksikin miettiä, ovatko luopumistahdonilmaisut tiukan yhtiökohtaisia, toisin sanoen ne koskevat vain siinä mainittua yhtiötä. Jos näin on, tahdonilmaisuus ei, sisällöllisesti yksiselitteisenäkään, estä velkojaa hakemasta toista konserniyhtiötä konkurssiin. Tähän velkojan oikeuteen ei tunnu vaikuttavan edes se, että velkojan hakemuksensa perusteena käyttämä saatava on sama, toisin sanoen hakemuksen tarkoittama toinen konserniyhtiö on joko alkujaankin yhteisvelallinen tai sen velkavastuu perustetaan vastuun samastukseen. Toki velkojan tahdonilmaisuus luopua konkurssin hakemisesta saattaa olla tulkittavissa myös siten, että se koskee koko konsernia. Todistustaakka laajemmasta tarkoituksesta on kuitenkin tätä väittävällä asianosaisella, eli käytännössä toisella konserniyhtiöllä, joka vastustaa konkurssiin asettamistaan.

Toinen saman perusongelman muunnelma on, missä määrin velkoja vapautuu sitoumuksestaan toisen (eli muun kuin sitoumuksen tarkoittaman) konserniyhtiön tekemisten takia. Esimerkiksi: velkoja on antanut pätevän ja yksiselitteisen luopumistahdonilmaisun konsernin yhtiö y:lle. Tämä yhtiö hoitaaakin moitteettomasti maksunsa, eikä yhtiön taloudellinen tilanne myöskään muutoin heikkene. Sen sijaan konsernin emoyhtiön x asema huononee merkittävästi, ja se ajautuu välittömään konkurssin uhkaan. Tällöin

keudestaan hakeutua konkurssiin. Vastaus on ainakin pääsääntöisesti kieltävä, sillä oikeushenkilömuotoisella velallisella on usein lakisääteinen velvollisuus hakeutua konkurssiin. Vanhan osakeyhtiölain mukaan yhtiön omaisuus oli automaattisesti luovutettava konkurssiin, kun selvitysmenettelyssä oli todettu, että yhtiön varat eivät riitä sen velkojen maksuun. Ks. af Schultén 2004 s. 377. Vuoden 2006 laissa tämä velvollisuus on korvattu hallituksen velvollisuudella tehdä rekisteriviranomaiselle ilmoitus osakepääoman menettämisestä (OYL 20:23). Ks. lähemmin Mähönen-Villa 2006 s. 422.

342. Koulou 2009 s. 104.

voidaan väittää, että velkoja vapautuu sitoumuksestaan, koska emoyhtiön mahdollinen konkurssi joka tapauksessa heikentää velallisena olevan yhtiön kykyä maksaa velkansa. Haettu tulkinta siis perustuisi oppiin rauenneista edellytyksistä.³⁴³ Tällainen raukeamissääntö sinänsä on hyväksyttävissä, jos kerran konserni myönnetään taloudelliseksi kokonaisuudeksi ja siinä yhden yhtiön maksukyvyttömyys heijastuu toisiin konsernin yhtiöihin. Erityisen kohtalokas tässä suhteessa on tietenkin emoyhtiön konkurssin uhka. Eri asia on, että emoyhtiön odotettavissa olevan tai jo alkaneen konkurssin vaikutus tytäryhtiön maksukykyyn voi olla yksittäistapauksessa vaikeasti selvitettävä. Siihen tarvitaan useimmiten täysitutkintainen oikeudenkäynti. Oma periaatteellinen pulmansa tietenkin kuuluukin, onko tällainen tutkinta ollenkaan paikallaan konkurssiasiaissa. Vaatimus konkurssiasian joutuisasta käsittelystä tuntuu vievän siihen, että velkojan tahdonilmaisu jätetään huomiotta, ellei se ole täysin yksiselitteinen sekä sisältönsä että ulottuvuutensa osalta. Kiistely velkojan tarkoituksesta tarjoaa nimittäin oivan keinon pitkittää konkurssihakemuksen käsittelyä.

4.4 MAKSUKYKYTESTI JA MAKSUKYVYTÖMYY SARVIO

4.4.1 MAKSUKYVYTÖMYY OIKEUSTOSISEIKKANA

Maksukyvyttömyydestä voidaan puhua kahdessa merkityksessä, yhtäältä arvioitavana historiallisena tosiseikkana, toisaalta ennusteena tulevas-
ta kehityksestä.³⁴⁴ Maksukyvyttömyys ensimmäisessä merkityksessä toimii oikeustosiseikkana monissa takaisinsaantiperusteissa (TakSL 4 §); maksukyvyttömyys on myös yleinen tunnusmerkistötekijä RL 39 luvussa. Maksukyvyttömyys toisessa merkityksessä puolestaan on insolvenssioikeudessa yleensä asetettu ehdoksi lakimääräisen insolvenssimenettelyn aloittamiselle. Maksukyvytön velallinen saadaan asettaa konkurssiin (KonkL 2:1); samalla edel-

343. Ks. lähemmin Norros 2012 s. 393.

344. Ks. esim. Könkkölä 2005 s. 707. Hän tosin puhuu ennusteluonteisesta ja takautuvasta arviosta. Historiallinen maksukyvyttömyysarvio perustuu historian tutkimuksesta tutulle lineaariselle aikakäsitykselle. Tästä seuraa, että monet kokemussäännöt ovat samoja. Historiallista maksukyvyttömyyttä "tutkitaan ikäänkuin kuten esinettä". Mitä kauemmas historiaan mennään, sitä vähemmän tietoa on saatavissa. Tulevaisuus taas on kokonaan suljettu tutkimuksesta, koska tulevaisuuden tutkiminen "ei voi olla empiiristä". Historiantutkimuksen aikakäsitteestä ks. esim. Haapala 1989 s. 10. Historiallinen maksukyvyttömyys takaisinsaannin edellytyksenä ks. Kuusiluoma 2011 s. 37.

lytyksellä aloitetaan myös velallista koskeva saneerausmenettely (YrSanL 6 §). Kummassakin tapauksessa maksukyvyttömyyden legaalimääritelmä on periaatteessa sama: velallinen ei kykene maksamaan velkojaan niiden erääntyessä. Todistelun kannalta maksukyvyttömyystilanteissa on sen sijaan merkittävä ero. Pelkistetysti sanottuna historiallisesta maksukyvyttömyydestä on - ainakin teoriassa - paljon helpompi esittää näyttöä kuin ennustetyyppisestä maksukyvyttömyydestä. Kun kaikki todistelu antaa periaatteessa tulokseksi ainoastaan eriaisteisia todennäköisyyksiä, on johdonmukaista vaatia, että eroavuuden on ilmettävä sen todennäköisyyden asteessa, joka vaaditaan oikeusseuraamuksen syntymiselle. Toisin sanoen historiallisesta maksukyvyttömyydestä vaaditaan parempaa näyttöä kuin ennustetyyppisestä. Sinänsä sama lähtöoletamus, velallinen oletetaan maksukykyiseksi, pätee molemmissa soveltamistilanteissa, ellei laki varta vasten käännä todistustaakkaa.

Yhdessä suhteessa ennustetyyppinen arvio on paradoksaalisesti luotettavampi. Historiallinen maksukyvyttömyyden arviointi nimittäin sisältää psykologisen vaaran eli niin sanotun jälkivääristymän. Tällä tarkoitetaan sitä, että lain soveltaja ottaa menneisyyttä arvioidessaan huomioon myöhemmän eli toteutuneen tapahtumakulun. Nykyhetken tietämys toisin sanoen vaikuttaa menneisyyttä koskevaan arvioon; todellinen ja tiedetty tapahtumakulku antaa linssin, jonka läpi menneisyyttä arvioidaan. Insolvenssioikeudelliset arviot eivät ole sen enempää immuuneja vääristymälle kuin muutkaan historialliset arviot. Insolvenssioikeudessa arviota tekevän henkilön tieto myöhemmästä kehityksestä (yritys joutui pian konkurssiin tai onnekaan sattuman ansiosta pelastui) määrää, pitääkö tämä henkilö velallista maksukyvyttömänä vai ei tietyllä menneisyyden hetkellä. Jos yritys on lopulta ajautunut konkurssiin, sen tilaa pidetään helposti alusta alkaen toivottomana (eli yritys katsotaan maksukyvyttömäksi), vaikka aikalaisarvion ajankohtana x kokeneet asiantuntijat katsoivat perustellusti, että yritys selviää vaikeuksistaan ja säilyttää maksukykinsä.³⁴⁵ Sama tietenkin pätee myös päinvastaisessa suhteessa. Esimerkiksi: yritys tulkitaan hetkellä x maksukykyiseksi, koska yritys jatkoi tämän jälkeen vielä pitkään toimintaansa ja saavutti esimerkiksi

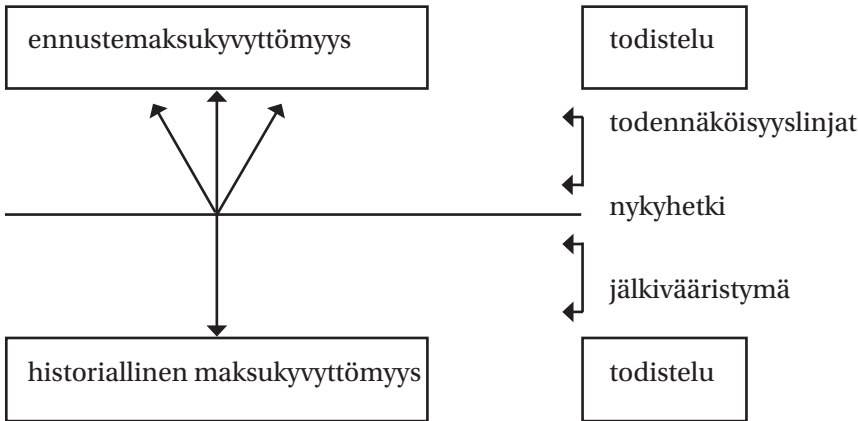
345. Ruotsin valtamediassa on keskusteltu innokkaasti SAAB -konsernin maksukyvyystä. Sitä koskevat arviot antavat kuvan jälkiviisauden voimasta. Konsernin on väitetty olleen maksukyvyttömän useita kuukausia, ennen kuin se jätti konkurssihakemuksen syyskuussa 2012 (DN 29.11.2012). Tänä väliaikana yhtiö kuitenkin sai tiettävästi rahoittajilta huomattavia uusia luottoja, se kävi lehtitietojen valossa vakavia neuvotteluja miljardiluokan pääomasijoituksista, käynnisteli uustuotantoaan, haki saneerausta ja uudisti hallintoaan. Harva lienee uskonut keväällä tai edes kesällä 2012, että kaikki pelastusoperaatiot epäonnistuvat ja konserni päättyy lopulta tavalliseen likvidaatiokonkurssiin.

hetkellisesti kannattavuuskynnyksen. Jälkivääristymältä on erittäin vaikea välttyä, koska se ei tavallisesti ole tietoista, toisin sanoen toteutunut ja tunnettu kehitys projisoidaan alitajuisesti kriittisen hetken todennäköisyysarvioon. Tämän inhimillisen taipumuksen tunteva on toki immuunimpi vääristymälle kuin se, joka ei tunne koko ilmiötä tai ei myönnä olevansa sille alttiina.

Vaikka siinä tämä psykologinen vääristymä vältetään, ennustetyyppinen maksukyvyttömyys tarjoaa todistusoikeudelle pahan pulman. Todistusoi-
keuden periaatteet eivät hevin taivu arvioimaan sellaista näyttöä, joka on esi-
tetty tulevaisuuteen sijoittuvista tosiseikoista. Syytä ei tarvitse kaukaa hakea. Nämä periaatteet on aikanaan kehitetty ajatellen menneisyyteen sijoittuvaa tosiseikkaa ja sen näyttämistä. Tunnettua historian tutkimuksen sanontaa mukaillen: historia ei enää muutu, mutta tulkintamme siitä voivat muuttua. Tulevaisuus sen sijaan varmasti muuttuu; voimme vain hahmottaa siinä eri-
laisia todennäköisyyslinjoja. Perinteisesti ”historiallisessa” todistelussa kat-
sottavaksi jää, antaako kerätty kokonaisnäyttöarvo riittävän tai järkevän to-
dennäköisyyden tosiseikasta. Kun todistelun kohteena on ennuste, kysymys
muuttuu merkittävästi. Etsimme vastausta siihen, antaako kokonaisnäyttö-
arvo järkevän (tai muun) todennäköisyyden jostakin tulevaisuuden kehitys-
kulusta tai ehkä oikeammin mahdollisuuslinjasta. Sana ”mahdollisuuslinja”
tuntuu sopivan erityisen hyvin yritysmaailmaan.

Yhdellä linjalla yritys on maksukykyinen ja sellaisena pysyy, toisella taas yritys on maksukyvytön eikä sen maksukyky palaa, kolmannelle taas yrityk-
sen maksukyvyttömyys on tilapäistä ja korjaantuvaa. Mikä linjoista toteutuu,
riippuu yhtäältä yrityksen tekemisistä, toisaalta niistä ulkoisista olosuhteista,
joissa yritys toimii ja joita se ei paljokaan pysty itse muuttamaan.

Kaavio 6: Kahdenlaista maksukyvyttömyyttä



Vakiintuneesti on katsottu, että näyttökynnyksen asettaminen ja todistus-
taakan jakautumisesta päättäminen ovat oikeuskysymyksiä.³⁴⁶ Oikeuskysy-
mykseksi lasketaan myös se, millaista todennäköisyyden astetta mahdolli-
suuslinjoja koskevalta näytöltä vaaditaan. Sen sijaan näytön todistusarvon
määrittely eli todistusharkinta ei periaatteessa ole tällainen kysymys. Todis-
tusharkintaa on kuvattu sekoitukseksi arkielämän logiikkaa, tuomarin am-
mattitaitoa, yleistä elämäkokemusta, psykologiaa, taustatietoa yhteiskun-
nallisista ja taloudellisista rakenteista sekä osaksi myös intuitiota.³⁴⁷ Tosin
todistusharkintaa on tavallaan epäloogisesti yritetty ohjata kehrittelemällä
erilaisia todistusteorioita. Niiden hyötyä on pidetty kyseenalaisena kahdesta-
kin syystä. Yhtäältä teoriat kertovat, miten tuomarin pitää harkita todisteiden
arvoa; ne eivät sen sijaan ota kantaa siihen, miten tuomari todellisuudessa te-
kee todistusharkintaa.³⁴⁸ Sama moite voidaan kylläkin kohdistaa valtaosaan
kaikesta prosessioikeuden tutkimuksesta. Siitä huolimatta normatiiviset ja
positiiviset todistusteoriat kannattaisi pitää selkeämmin erillään. Sen sijaan
moite siitä, että teoriat eivät auta asianosaisia heidän miettiessään, mitä
näyttöä kannattaa esittää, osuu maaliinsa. Todistusteoriat ovat korostetusti
tuomarin todistusteorioita; strategiset, asianosaisnäkökulmalle rakentuvat
todistusteoriat odottavat vielä kehittäjäänsä. Tämä puute on kouriintuntuva
harkittaessa - esimerkiksi - maksukyvyttömyyden todistelua ilman indiisi-
oiden tukea.

Todistelun oikeuskysymykset eivät ole itsenäisiä vaan vuorovaikutteisia.
Mitä korkeammalle näyttökynnys nostetaan ja mitä suurempaa varmuutta
tulevista tapahtumista (eli mahdollisuuslinjasta) odotetaan, sitä useammin
materiaalinen ratkaisu - onko velallinen maksukykyinen vai maksukyvytön
- jää todistustaakan avulla ratkaistavaksi. Yleisesti tunnustetaan, että nimen-
omaan maksukyvyttömyyttä koskevassa todistelussa todistustaakan jakautu-
minen saa suhteettoman suuren merkityksen. Monasti todistustaakka ratkai-
see lopputuloksen, mikä johtuu tietenkin siitä suoran maksukyvyttömyyden
todistelun vaikeudesta, johon edellä viitattiin.³⁴⁹ Maksukyvyttömyyttä todis-
teltaessa tuomioistuimen aineellinen prosessinjohto nouseekin poikkeuksel-
lisen tärkeäksi. Ilman kunnollista prosessinjohtoa asianosaiset haparoivat
sumussa, ja heidän suora todistelunsa on yleensä tuomittu epäonnistumaan.

346. Ks. esim. Saranpää 2010 s. 12.

347. On sanottu osuvasti, että todisteen yhteys todistusteemaan päätellään "arkijärjen" perus-
teella. Arkijärki myös määrittää, mikä todiste on "olennainen", mikä taas ei. Ks. Jokila 2010 s. 205.

348. Ks. esim. Sanchirico 2012 s. 203.

349. Ks. edellä jakso 4.2.1.

On siis perusteltua vaatia, että tuomioistuin selkeästi ja ajoissa kertoo näkemysensä todistustaakan jakautumisesta eli kenen pitää näyttää ja mitä.³⁵⁰ Maksukyvyttömyyttä koskevat todistustaakkasäännöt ovat nimittäin yksityiskohdissaan kaikkea muuta kuin selvät, vaikka pääsääntö, eli kenenkään ei tarvitse todistaa maksukykyään, onkin tiedossa.

Maksukyvyttömyyden käsite oli vuosien 1990-1993 innoittamassa tutkimuksessa laajalti esillä sekä oikeustieteellisissä että taloustieteellisissä julkaisuissa. Sen sijaan uusin tutkimus ei varsinkaan insolvenssioikeudessa ole ollut aihepiiristä samalla tavalla kiinnostunut.³⁵¹ Oikeustieteessä maksukyvyttömyyttä on tutkittu yhtäältä rikosoikeudessa, toisaalta insolvenssioikeudessa. Tämä on johtanut aikaisemman yhtenäisen maksukyvyttömyyden käsitteen (ja samalla tietenkin vastaavien tosiseikastosisältöjen) eriytymiseen. Eriytymistä ei ole estänyt se, että kysymyksenasettelu on pääsääntöisesti säilynyt yhteisenä. Yksinkertaistaen voidaan sanoa, että rikosoikeuden tosiseikasto maksukyvyttömyydelle on velallisen näkökulmasta lievempi, mikä selittyy rikosoikeuden erityispiirteillä. Maksukyvyttömyydelle asetetaan rikosoikeudessa muun muassa olennaisuuskriteeri, joka sisältää velallisen kannalta kaksi merkittävää lievennystä. Ensiksikin velallinen saa, maksukyvyttömäksi joutumatta, jättää osan maksuistaan hoitamatta. Toiseksi sallitaan, että maksut saavat jonkun verran myöhästyä eräpäivistään. Rikosoikeudellisesti maksukyvyyn säilymiseen riittää näin, että velallinen kykenee suorittamaan kohtuullisen osan erääntyneistä maksuistaan kohtuullisen ajan kuluessa siitä, kun maksut erääntyivät. Kohtuullinen maksujen määrä on monasti sijoitettu 75 prosenttiin erääntyneistä veloista. Sallittu maksujen lykkääntymisen aika taas on vaihdellut viikoista jopa useisiin kuukausiin.³⁵²

Sen sijaan insolvenssioikeuden yleinen maksukyvyttömyyskäsite ei tunne tällaisia lievennyksiä. Velallisen todennettu ja aito kyvyttömyys yhdenkin

350. Ratkaisu KKO 2007:52 on tässä suhteessa suuntaa antava. Ks. esim. Saranpää 2011 s. 517. Oma asiansa, joka tässä sivuutetaan, on tällaisen "ennakkoinformaatio" sitovuus. Ei-sitovakin informaatio on toki parempi vaihtoehto kuin informaation totaalinen puuttuminen. Kiistely sitovuudesta antaa myös alibin sille, joka haluaa tinkiä kunnollisesta prosessinjohtodesta.

351. Etenkin taloustieteessä vaadittiin (ja nähtävästi myös odotettiin) vilkasta keskustelua maksukyvyttömyyden käsitteestä ja sen arvioimisesta. Ks. esim. Laitinen 1998 s. 143. Tällaista keskustelua ei kuitenkaan syntynyt. Yksittäisiä poikkeuksia tästä hiljaisuudesta toki löytyy. Ks. esim. Hupli 2006 s. 201.

352. Ks. Vento 1994 s. 188. Tällöinkin pulmaksi on nähty se, että "yksikin riittävän suuri velka voi aiheuttaa maksukyvyttömyyden". Keskustelusta ks. Hakamies 2005 s. 142. Rikosoikeuden maksukyvyttömyyskäsite onkin niin vesittynyt, että se on ratkaisusta KKO 2004:46 päätellen vaarassa kokonaan syrjäytyä, jos ajatellaan käytännön ratkaisutoimintaa. Hyötymistarkoitus ja maksukykyisyys kun alkavat sulautua toisiinsa, vaikka ne ovat alun perin olleet selkeästi itsenäisiä ja erillisiä käsitteitä. Ratkaisusta ks. Sahavirta 2004 s. 325.

velan maksamiseen sen eräpäivänä konstituoivat maksukyvyttömyyden ja laulaisee näin siihen kytketyt oikeusseuraamukset. Toinen asia on, että tällainen maksukyvyttömyys ehkä tulkitaan tilapäiseksi. Jos tilanne korjaantuu tai sen odotetaan korjaantuvan muutaman kuukauden kuluessa, maksujen laiminlyönnit eivät näin saa aikaan niitä oikeusvaikutuksia, jotka laki liittää 'oikeaan' ja pysyvään maksukyvyttömyyteen.³⁵³ Vaikka lopputulos on sama kummassakin lähestymistavassa, siihen päädytään eri logiikalla. Insolvenssioikeuden maksukyvyttömyydessä osakysymykset jaksottuvat toisin. Maksukyvyttömyyden tilapäisyyttä ryhdytään siinä miettimään vasta, kun on osoitettu, että primääri tosiseikasto - velallinen ei selvi erääntyvistä maksuistaan - on todettu. Arvioissa on jonkinlaista päällekkäisyyttä, mitä tulee maksun saamisen lykkääntymiseen. Arvioinnissa nimittäin otetaan samalla tavalla huomioon velkojan näkökulma: kuinka kauan velkojia voidaan kohtuudella vaatia odottamaan maksua? Pohjana tuntuu olevan arvio siitä, missä ajassa ulosotto antaisi maksun velkojalle. Eri asia on, että tällainen kytkentä on perimmältään epälooginen.³⁵⁴

Omana käsitteenään voidaan vielä pitää siviilioikeudellista maksukyvyttömyyttä. Monet säännökset (esim. VKL 2 §, VahL 6:2) kytkvät erilaisia oikeusvaikutuksia siihen, että materiaalisesti suoritusvelvollinen taho on maksukyvytön. Tätä siviilioikeudellista maksukyvyttömyyttä ei kuitenkaan laissa läheskään aina määritellä, joten se jää tutkimuksen ja oikeuskäytännön tehtäväksi. Välistä tutkimuksessa on päädytty sellaiseen tosiseikastoon, joka on hyvin kaukana insolvenssioikeuden ja jopa rikosoikeuden käytännöstä. Siviilioikeudellinen maksukyvyttömyys on joissain tapauksissa päätelty jo suoritusvelvollisen tahon passiivisuudesta.³⁵⁵ On myönnettävä, että näin ei aina ole. Joskus siviilioikeudenkin säännös (esimerkkinä takauslain 21 §) määrittelee hyvin yksityiskohtaisesti sen tosiseikaston, joka toteuttaa siviilioikeudellisen maksukyvyttömyyden. Yhteistä siviilioikeudelle kuitenkin on, että soveltamistilanteissaan se ei turvaudu insolvenssioikeudelle tyypilliseen ennusteeseen siitä, kykeneekö velallinen suorittamaan velkansa niiden erääntyessä.

Kun kysymys on insolvenssioikeuden maksukyvyttömyydestä, jo toteutuneelle riidattomien maksujen laiminlyönnille on perinteisesti annettu

353. Koulu 1994 s. 242.

354. von Eyben-Møgelvang-Hansen 2001 s. 169.

355. Ks. Norros 2007 s. 269. Toki voidaan sanoa, että yksilöity passiivisuus - esimerkiksi konkurssiuhkaisen maksukehotuksen laiminlyönti - toimii myös maksukyvyttömyyden presumptiona. Ks. edellä jakso 4.2.1.

vahva presumoiva merkitys. Laki ei kylläkään tee sitä suoraviivaisesti, joten presumptiota vahvistava tulkinta on jonkinlainen tosiasiallinen käytännön kokemussääntö. Tämä praktinen presumptio (mitä nimeä päättelystä voitaneen käyttää) toimii kahteen suuntaan, ja oikeastaan kysymys tuntuu olevan kahdesta eri presumptiosäännöstä. Ensinnäkin tapahtunut laiminlyönti katsotaan näytöksi maksukyvyttömyydestä, ellei velallinen muuta osoita.³⁵⁶ Lähökohtaisesti todistustaakka maksukyvyttömyydestä siirtyy siis velan maksun laiminlyömisestä myötä velkojalta velalliselle. Velallisen on nimittäin osoitettava esimerkiksi, että hän ei halua maksaa saatavaa, koska viivästysseuraukset ovat marginaalisia, välit velkojaan ovat huonot tai saatavaan liittyy epäselvyyttä. Tällainen lakisääteinenkin todistustaakkasääntö sisältyy monien maiden konkurssilakeihin. Suomen oikeudessa voidaan puhua enintään sen tavanomaisoikeudellisesta voimassaolosta. Se taas näyttää kiistattomalta. Muun muassa korkein oikeus mainitsee ratkaisuisaan maksukyvyttömyyden osoittavana seikkana säännönmukaisesti sen tosiasian, että velallisella on ollut paljon maksamattomia laskuja (esim. KKO 1999:117).³⁵⁷

Toinen tosiasiallinen presumptio, jolta siltäkin puuttuu perusta kirjoitetussa laissa, puolestaan toimii vastakkaiseen suuntaan. Erääntyneiden velkojen puuttuminen (=velallinen on toistaiseksi maksanut kaikki velkansa ajallaan) tulkitaan merkiksi maksukykyisyydestä eli siitä, että velallinen suoriutuu myös vastaisista veloistaan niiden määräpäivinä. Tämä presumptio saa oikeutuksensa yleisestä elämäkokemuksesta tai psykologiasta. Oikeudellinen maksukyvyttömyys ei kuitenkaan edellytä jo tapahtunutta maksujen laiminlyöntiä. Velallinen voi olla juridisesti maksukyvytön, vaikka yhtään laiminlyötyä maksua ei ole. Väitettä presumption olemassaolosta ei voida tukea edes oikeuskäytäntöön, sillä tilanteet, joissa velallisella ei olisi erääntyneitä rästimaksuja, ovat poikkeuksellisia.

356. Näin nähtävästi Nenonen 2004 s. 7: "Yleensä se, että velkojien saatavat ovat olleet maksamatta useiden kuukausien ajan, on sinänsä osoitus pysyvästä maksukyvyttömyydestä. Poikkeuksena tästä voi olla tilanne, jossa elinkeinotoiminnan kausiluontoisuudesta johtuen tulot kertyvät vain yhtenä tai harvoin ajankohtina vuoden mittaan".

357. Jos hyväksytään edellä viitattu kausiluontoisuuden tuoma poikkeus, velallisen asiaksi jää osoittaa, että kausiluontoisuus on yleensäkin toimialalla tyypillistä ja että yritys on ennenkin joutunut tästä syystä lykkäämään maksujaan. Asia erikseen on, että näin epämääräinen poikkeus ei vastaa presumption perusideaa, toisin sanoen sitä, että yksiselitteinen ja helposti todennettava asian tila toimii presumoivana tosiseikkana.

4.4.2 MAKSUKYVYTTÖMYYSARVION OSAT: VARAT, VELAT, TULOT

Ellei hakijavelkoja turvaudu maksukyvyttömyyden indiisioon tai velallinen yrittää vastatodistelua, ajaututaan yleiseen maksukyvyttömyysarvioon. Insolvenssioikeudellinen arvio sisältää vakiintuneen näkemyksen mukaan kolme osiota: mitkä ovat velallisen varat, mitä velkoja hänellä on sekä miten varat ja velat arvostetaan.³⁵⁸ Maksukyvyttömyysarvion koostumus eli mitä otetaan huomioon on oikeuskysymys. Mitä tulee varojen ja velkojen arvos- tamiseen, jälkimmäinen eli velkojen määrittely on jäänyt vähälle huomi- olle niin tutkimuksessa kuin käytännössäkin. Tämä johtuu praktisesta tie- dontarpeesta tai oikeammin sen puuttumisesta. Kysymys velkojen ”oikeasta” määrästä maksukyvyttömyyden osoittavassa laskelmassa aktualisoituu vain poikkeustapauksissa. Yleensä tällöinkin on kysymys siitä, milloin ehdolliset tai muutoin epävarmat velat (esim. piilevä verovelka tai realisoitumaton ta- kausvastuu) tulee laskea mukaan niihin velkoihin, joihin velallisella pitää riit- tää varoja. Lisäksi teoriassa vastaus ehdollisten velkojen - eli siis kirjanpidon termein ”vastuiden” - tuomaan ongelmaan on helppo muotoilla. Vallitseva kanta lähtee siitä, että ehdollinen velka on otettava huomioon, jos ehdon toteutuminen on todennäköisempää kuin sen vastakohta.³⁵⁹ Eri asia on, et- tä tällaisten todennäköisyyksien määrittäminen maksukyvyttömyyttä tai jo ylivelkaisuutta mietittäessä muodostaa pahan näyttöongelman. Ongelma on osaksi oikeudellinen, osaksi todistusharkinnan osa.

Kotimaisessa tutkimuksessa myös supistava tulkinta on ehkä hieman yl- lättäen saanut kannatusta. On katsottu, että velan tulee olla konkreettisesti ja lopullisesti syntynyt, ennen kuin se voidaan ottaa velkoja arvioitaessa huomi- oon.³⁶⁰ Verovelkoihin sovellettuna tulkinta merkitsee, että vero on otettavissa huomioon vasta maksuunpanon jälkeen. Supistavaa tulkintaa perustellaan sillä, että muutoin etenkin takaisinsaantivastaajan suoja heikentyy liiaksi. Oikeussuoja-argumenttiin voidaan tietenkin vedota myös ennustetyyppises- sä maksukykyarviossa. Onhan selvää, että velallisen oikeusturva vaarantuu, jos hänen velkasaldoaan kasvatetaan mataliin todennäköisyyksiin vedoten. Tässä yhteydessä on lisäksi syytä muistaa, että konkurssiin ajautuminen vää- rin perustein on kohtalokkaampi seuraus kuin vastaava tappio takaisinsa- tioikeudenkäynnissä.

358. Arvostus on käytännössä niin tärkeä osa maksukyvyttömyysarviota, että se tavallisesti nos- tetaan omaksi teemakokonaisuudekseen. Tiukan loogisesti arvostus sisältyy tietenkin arvioon siitä, mitä varoja ja velkoja velallisella on.

359. Yleisen maksukyvyttömyyskäsitteen kannalta ks. Koulu 1994 s. 238. Rikosoikeuden käsi- teen kannalta ks. Vento 1994 s. 203. Samoin nähtävästi myös Andenaes 1999 s. 8.

360. Leppänen 1992 s. 112.

Oli niin tai näin, nämä velkojen arvostuksen pulmat ovat vähäisiä verrattuna niihin ongelmiin, joita varat -sarakkeen täyttäminen tuo mukanaan. Osioon muodostuu kolme pääkysymystä: mikä ylipäättään katsotaan velallisen varoiksi, mitä käytetään arvostusperusteena ja mitä aikajännettä käytetään arvostuksessa. Kustakin osiosta on kirjoitettu monografioita, joten tässä tyydytään antamaan yleiskuva ja sekin nimenomaan konsernia koskevaa kysymyksenasettelua ajatellen. Varat -sarakkeeseen merkitään ensiksikin velallisen nykyinen (eli arviointihetken) omaisuusmassa ja toiseksi todennäköinen tulovirta lähitulevaisuudessa. Todennäköisestä tulovirrasta on kuitenkin vähennettävä todennäköinen menovirta lähitulevaisuudessa. Varoina otetaan huomioon siis eräänlainen nettotulovirta. Makuasia on, tehdäänkö tämä vähennys jo varat -sarakkeessa vai vasta laskettaessa sarakkeet yhteen. Aina kun kysymys on niin sanotuista juoksevista kuluista, ensimmäinen laskutapa on selkeämpi ja siitä syystä suositeltavampi.³⁶¹ Vaikka laskelma näyttää paperilla yksinkertaiselta, todellisuudessa laskelman kaikkiin kohtiin liittyy lukuisia tulkinta- ja näyttöongelmia. Kannattaa myös panna merille, että ongelmia esiintyy lähes yhtä paljon historiallisessa arvioissa, vaikka pulmat tietenkin kärjistyvät ennustetyyppisessä maksukyvyttömyysarviossa. Vaikeus myös historiallisessa arvioissa johtuu yhtäältä siitä, että kerran vallinnutta tilannetta ei pystytäkään vuosien kuluttua enää luotettavasti selvittämään. Toisaalta monasti taas käy lopulta toisin eli tapahtumat eivät etenekään niin kuin mitä aikanaan perustellusti kuviteltiin. Ilmeistä kuitenkin on, että pääsyy arvioinnin vaikeuteen on maksukyvyttömyysarvion ajallinen avoimuus. Arviossa otetaan huomioon tulevaisuudessa ehkä saatava varallisuuden lisäys.

Yhtiöoikeudessa vastaista tulovirtaa eli velallisen kuvainnollista varallisuudenlisäystä kutsutaan epäinformatiivisesti mutta lyhyesti "tulonmuodostukseksi".³⁶² Yrityksissä tulonmuodostus koostuu oman toiminnan nettomääräisestä tulorahoituksesta, hankittavasta vieraan pääoman sijoituksista ja odotettavissa olevista oman pääoman sijoituksista.³⁶³ Oikeustieteessä huomio on, syystä tai toisesta, kiinnitetty suhteettomasti vieraan pääoman odotuksiin eli käytännössä velallisen "mahdollisuuksiin saada

361. Tällä tarkoitetaan siis vastaisuudessa syntyviä velkoja, jotka vaikuttavat välillisesti tulorahoituksen kautta, toisin sanoen vastaisista tuloista on suoritettava ensin vastaiset menot, joten tulovirran nettomäärä laskee.

362. Villa 2010 s. 334.

363. Eli konkurssioikeuden käyttämällä kielellä: "Velallisen maksukykyä arvioitaessa tarkastellaan velallisen taloudellista tilannetta kokonaisuudessaan ja siinä otetaan huomioon myös velallisen tulonhankkimiskyky ja luotonsaantimahdollisuudet." Näin Könkkölä 2005 s. 707. Ks. myös Nenonen 2004 s. 7.

luottoa”. Maksukyvyttömyysarviossa yhtä tärkeää on tietenkin myös velallisen mahdollisuus onnistua keräämään uutta oman pääoman ehtoista rahoitusta. Sitä on periaatteessa saatavissa joko yrityksen vanhoilta omistajilta tai uusilta sijoittajilta. Toki kokemuseräisesti tiedetään, että toiveet löytää uusia sijoittajia maksuvaikeuksissa kamppailevaan yritykseen ovat perin vähäiset. Näin oman pääoman odotukset kohdistetaan tavallisesti vanhoihin omistajiin, joilla on todennäköisemmin intressiä pelastaa vanhat sijoituksensa uudella sijoituksella. Vaikka näillä kolmella tulovirralla on laskelmissa sama painoarvo, pitkällä tähtäimellä toiminnan tulorahoitus on kiistatta niistä tärkein. Jos yrityksen toiminta on jatkuvasti tappiollista, oli se miten varavarainen tahansa varat lopulta ehtyvät. Jossain vaiheessa myöskään uutta vierasta pääomaa tai uusia pääomasijoituksia ei enää saada - ja yritys on viimeistään tuossa vaiheessa oikeudellisestikin maksukyvytön.³⁶⁴

Oma kysymyksensä on, mitä kautta vastainen tulonmuodostuksen annetaan vaikuttaa maksukykyarvioon. Suoraa vaikutusta oikeudellisiin tulkintoihin mekanismin määrittelyllä ei tietenkään ole. Osuva vaikutusmekanismin kuvaus kuitenkin auttaa jäsentämään arviota ja jossain määrin myös ymmärtämään, mistä tuomioistuimen päätöksenteossa on kysymys. Vaikutusmekanismeja tuntuu olevan useita. Vastaiset tulot voivat, huomion otettuina, ensiksikin saada aikaan, että maksukyvyttömyyden primääritoisiseikasto ei ollenkaan täyty, koska yrityksen rahat riittävät velkojen maksuun. Velallinen toisin sanoen kykenee niillä maksamaan tulevaisuudessa erääntyvät velkansa. Toiseksi vastaisten tulojen odotus estää pitämästä jo konkretisoitunutta maksukyvyttömyyttä pysyvänä. Toisin sanoen: vaikka velallinen ei ole kyennyt maksamaan jo erääntyneitä velkojaan, tämä asiantila on vain tilapäinen - eikä siihen näin liitetä niitä oikeusseuraamuksia, mitä normaali maksukyvyttömyys tuottaa.

Ensimmäisessä mekanismissa aktualisoituu yhtäältä kysymys vastaisten tulojen huomioon ottamisesta, toisaalta niiden saamisen todennäköisyydestä. Jälkimmäisessä mekanismissa kantaa on lisäksi otettava siihen, kuinka

364. Kannattavuuden merkityksestä maksukyvyttömyydelle ks. Koulu 1994 s. 237. Mitä pitemmäksi maksukyvyttömyyden aikaulottuvuus viedään, sitä suuremman merkityksen yrityksen kannattavuus saa. Tämä johtuu siitä, että ”maksukyvyttömyys-käsitteellä on dimensio yrityksen kannattavuus -käsitteen suuntaan ja maksukyvyttömyys käsitteenä lähestyy kannattavuuden käsitettä.” Näin Kähkönen 1998 s. 128. Asiaa mutkistaa se, että suhdannevaihtelut tai yrityksen tervehdyttämistoimet voivat merkittävästi parantaa yrityksen kannattavuutta. Arvio kannattavuudesta on näin pohjimmiltaan arvio yrityksen elinkelpoisuudesta, toisin sanoen sen kyvystä mukautua toimintaolosuhteiden muutoksiin.

kauan maksukyvyttömyys saa jatkua, jotta sitä vielä pidetään tilapäisenä.³⁶⁵ Yritystoiminnassa velkojalta ei voi vaatia kovin pitkää odottelua, koska velkojan oma maksukyky voi riippua siitä, että hän saa suoritteistaan ajoissa maksun. Kuukausi tai kaksi lieenee maksimiaika, jonka jälkeen on yhdentekevää, kuinka todennäköisiä vastaiset tulot ovat. Velallinen katsotaan pysyvästi maksukyvyttömäksi. Kolmaskin vaikutusmekanismi häämöttää pinnan alla. Odotukset omalla toiminnalla saatavasta tulo-rahoituksesta - eli mielikuva yrityksen kannattavuudesta - heijastuu tietenkin myös siihen, kuinka halukkaasti luotonantajat ja pääomasijoittajat sijoittavat yritykseen pääomaa.

4.4.3 SUBJEKTIIVINEN TEKIJÄ: ARVOSTUS JA SEN PERUSTEET

Arvojen antaminen maksukyvyttömyysarvion erille eli niin sanottu arvostaminen on maksukyvyttömyysarvion vaikein osa. Paradoksaalista kylläkin tässä suhteessa lainsäätäjä ei lainkaan auta: konkurssilaki ei anna arvostamiselle sääntöjä. Arvostussäännöt toisin sanoen puuttuvat kirjoitetusta laista, Selviö on, että maksukyvyttömyysarvion lopputulos riippuu suuresti ensiksikin toimintaa koskevista lähtökohtaolettamista (arvostusperusteista), ja toiseksi siitä, miten pitkää aikaväliä tarkastellaan (arviokausi). Arvostusperusteilla on myös yhteys siihen vastaiseen tulonmuodostukseen, joka periaatteessa tulee ottaa laskelmassa huomioon. Jos tarkastellaan yrityksen toimintaa, sitä koskevia vaihtoehtoisia olettamia on kaksi. Olettamat ovat going concern-olettama ('yrityksen toiminta jatkuu') ja likvidaatio-olettama ('yrityksen toiminta päättyy'). Olettamat ovat toistensa täydellisiä peilikuvia. Olettamusten välinen ero on suuri ja vaikutus lopputulokseen vastaavasti melkoinen. Ensimmäinen olettama hyödyntää yrityksen vastaisen tulon-tuottamiskyvyn; yritys voi rahoittaa maksujaan tulevaisuuden tulovirroillaan. Olettama suosii näin velallista.

Toinen eli likvidaatio-olettama taas katsoo yritystoiminnan päättyvän omaisuuden pakkomyyntiin. Tällöin yritys voi käyttää velkojensa maksuihin vain sen rahamäärän, mitä omaisuuden pakkomyynti tuottaa. Onhan

365. Tilapäisyysarvioon on kehitetty erityisiä sääntöjä. On muun muassa oletettu, että menetetyt maksukyvyn palauttamiselta tai palautumiselta vaaditaan korkeampaa todennäköisyyttä kuin maksukyvyttömyyden arvion osioissa yleensä. Ks. Koulou 1994 s. 243. Takana on kokemussääntö, jonka mukaan maksukyvyn palauttaminen on paljon vaikeampaa kuin maksukyvyn säilyttäminen. Toisin sanoen erääntyneiden velkojen suorittamisen laiminlyönnillä on - etenkin jos se kestää pitkään - tässäkin suhteessa presumptiivinen vaikutus. Pitkään jatkunut maksukyvyttömyys oletetaan pysyväksi. Tosin todistustaakka siitä, että maksukyvyttömyys on vain tilapäistä, on muutenkin aina velallisella.

selvää, että uutta luottoa tai uutta pääomaa ei saada toimintansa lopettaneelle yritykselle. Yleisesti myönnetään, että kovakätinen likvidaatio-olettama on velalliselle hyvin epäedullinen, koska se sulkee tarkastelun ulkopuolelle vastaisen tulonmuodostuksen. Harva kannattava ja vakavaraiseksi katsottu yrityskään läpäisee sellaisen maksukyvyttömyysarvion, joka perustetaan ankarasti sovelletulle likvidaatio-olettamalle. Tämä oletama tietenkin suosii konkurssia hakevaa velkojaa, sitä enemmän, mitä herkemmin siihen turvaututaan.³⁶⁶

Modernissa insolvenssitutkimuksessa vielä toimivan yrityksen maksukyvyttömyyttä arvioidaan yleensä jatkamisolettaman eli going concern-perusteen valossa. Olettamaa sovelletaan, ellei vastakohtaa osoiteta tai se ei muutoin ole ilmeinen. Likvidaatio-olettamaa puolestaan käytetään ainoastaan silloin, kun yritystoiminta on jo de facto päättynyt konkurssia haettaessa tai sen lopettamisesta on tehty päätös, jota ei ole vielä ehditty panna täytäntöön. Käytännössä yleisin ja varmin liiketoiminnan lopettava tapahtuma on yrityksen liikeomaisuuden luovutus, kaiken kattava pakkomyynti. Historiallisessa arviossa arvion luonnollisen pohjan tarjoaa todellinen tapahtumakulku. Mikäli yrityksen toiminta on jatkunut entisen laajuisena ja muotoisena vuosia tarkasteluhetken jälkeen, going concern-pohjainen arvostus tuntuu itsestään selvyydeltä. Historiallisesta arviossa tämän arvostusperusteen käyttäminen on mahdotonta kiistää. Sen sijaan ennustetyyppisessä arviossa arvostusperuste joudutaan tapauskohtaisesti valitsemaan. Valintaan vaikuttavat olosuhteet eli markkinaodotukset, suhdannenäkymät, kuitenkin eniten yrityksen nykyinen kannattavuus. Kuten edellä havaittiin, melkoinen todennäköisyys puhuu kuitenkin sen puolesta, että de facto toimivan yrityksen toiminta jatkuu tulevaisuudessakin. Näin arvostus on tehtävä lähtökohtaisesti going concern-perusteen nojalla.

Tästä taas pystytään johtamaan näyttösääntö, jonka mukaan muuta väittävän on selvitettävä, miksi yrityksen toiminnan on pian pakko päättyä ja miksi likvidaatio -peruste on oikea. Going concern-perusteen käytön yksittäiskysymys puolestaan on, kuinka kauan liiketoiminnan tulee olettaa jatkuvan, jotta tätä arvostusperustetta saadaan käyttää. Tilintarkastuksessa käytetään usein 12 kuukauden aikajännettä, toisin sanoen on oltava todennäköistä,

366. Kannattaa huomata, että olettaman käyttäminen on riippumatonta siitä, mitä lopulta tapahtuu. Vaikka konkurssi alkaisi likvidaatio-olettamaan tukeutuvan arvion perusteella, liiketoiminta voi jatkua - ja yrityksen omaisuus tulee myytäväksi toiminnallisina kokonaisuuksina. Tällöin voidaan sanoa, että yritys asetettiin konkurssiin "liian helposti". Vastaavasti going concern-arvostuksessa liiketoiminta voi tosiasiallisesti päättyä konkurssin alkaessa tai aikana - ja yrityksen omaisuus myydään esineittäin.

että yrityksen toiminta jatkuu seuraavat 12 kuukautta. Insolvenssikontekstissa riittävän jakamisen ajan aikavaatimus sulautuu yleiseen liiketoiminnan jatkamisen vaatimukseen. On riittävää, että yrityksen toiminnan ylipäättään oletetaan perustellusti jatkuvan. Sen sijaan sitä, kauanko toiminta jatkuu (tai oikeammin sen ajatellaan jatkuvan), ei nosteta erilliseksi kysymykseksi. Tässä suhteessa insolvenssioikeudellinen arvostus on kirjanpidollista lievempää.

Lainsäätäjä ei ole täsmentänyt, mitä aikahaarukkaa maksukyvyttömyysarvioissa tulee käyttää. Toisin sanoen miltä ajalta tulo- ja menovirta otetaan huomioon ja kuinka pitkälle tulevaisuuteen - eli tulevaisuudessa erääntyvien velkojen maksuun - velallisen varojen ja tulojen tulee riittää? Aikahaarukan merkitys sen sijaan on ilmeinen. Mitä pitempi aikahaarukka on, sitä voimakkaammin sisäinen epävarmuus rasittaa arviota. Tarkastelutukauden pidentyessä myös yrityksen kannattavuuden merkitys kasvaa, koska kannattamaton yritys ajautuu joka tapauksessa maksukyvyttömäksi.³⁶⁷ Viittä vuotta on pidetty kaikkien arvioiden teoreettisena ylärajana. Todellisuudessa tyydytään paljon lyhyempään tarkastelukauteen. Uudessa laskentatoimen tutkimuksessa tarkastelukaudeksi on esitetty yrityksen tilikautta, käytännössä siis yhtä kalenterivuotta.³⁶⁸ Esimerkiksi: arvioitaessa, onko yritys X ollut vuoden 2011 lopussa maksukykyinen, huomioon otetaan vuoden 2012 ennakoitu tulo- ja menovirta. Pääsääntöisyys tarkoittaa sitä, että pitempää tai lyhyempää tarkastelukautta vaativan tahon on perusteltava vaatimuksensa. Tulovirtojen kausiluonteisuus lienee useimmiten syy muun tarkastelukauden käyttämiseen, sen sijaan suhdannevaihteluihin vetoaminen tuskin siihen oikeuttaa.

Jos tuleva tulonmuodostus kelpuutetaan maksukyvyttömyysarvioon ja aikahaarukastakin on päästy yksimielisyyteen, on lopuksi ratkaistava, mil-laista varmuutta tai todennäköisyyttä tuloilta vaaditaan. Tyydytäänkö matalaan todennäköisyyteen vai pelkkään tulonmuodostuksen mahdollisuuteen? Yleisiä sääntöjä on vaikea esittää, joten ratkaisu jää väistämättä tilannesi-donnaiseksi. Joistakin kapea-alaisista säännöistä voitaneen olla yksimielisiä. Näyttää siltä, että pelkkä mahdollisuus saada vastaisuudessa tuloja ei riitä maksukyvyyn pohjaksi. Tulojen kertymisen on oltava todennäköisiä. Pitem-mälle ei juuri päästä. Keskustelu siitä, vaaditaanko korkeaa, normaalia vai

367. Korrelaatio ei ole de facto näin kiistaton, sillä kriisiyritys voi, kuten edellä havaittiin, eri keinoin parantaa kannattavuuttaan. Tämä paradoksaalisesti vaikeuttaa maksukyvyttömyysarviota, sillä arvion tekijä on pakotettu ottamaan kantaa siihen, onko kannattavuus realistinen tavoite. Tämä ei ole helppoa edes silloin, kun yritys pystyy esittämään konkreettisia suunnitelmia. Tosin käytännössä nämä viime hetken suunnitelmat ovat tunnettuja ylioptimismistaan.

368. Näin ennustetutyyppisen arvion kohdalla ks. Kähkönen 1998 s. 109.

matalaa todennäköisyyttä, on nimittäin hedelmätöntä. Ennustetyyppisissä arvioissa todennäköisyyden asteita ei pystytä kuitenkaan pitämään erillään. Keskustelu todennäköisyyden asteista pelkästään antaa arvioille valheellisen ”tieteellisyyden” vaikutelman. Tosin voitaneen yhtyä siihen kirjallisuudessa-kin esillä olleeseen näkemykseen, jonka mukaan tapahtumahorisontilla on merkitystä. Mitä kauemmas tulevaisuuteen uudet väitetyt tulot sijoittuvat, sitä suurempaa todennäköisyyttä niiltä odotetaan.³⁶⁹

Jos ajatellaan yrityksiä, perinteisen oikeudellisen maksukyvyttömyyden periheikkoutena on, että se kokonaan unohtaa kannattavuuden. Selvää nimittäin on, että maksukykyä ei voida loputtomiin pitää yllä velkaantumalla. Jossain vaiheessa tulee vääjäämättä hetki, jolloin uutta luottoa ei enää saada ja vanhoja luottoja ei pystytä maksamaan takaisin. Oikeudellinen maksukyvyttömyyskäsite on näin ajallinen yksinkertaistus. Se on tiettyyn hetkeen sidottua, joten kannattavuus tai oikeammin sen vastakohta otetaan huomioon vain epäsuorasti arvioitaessa vastaisen luotonsaannin todellisuutta. Oikeudellista arviota voidaan toki perustella sillä, että yrityksen kannattavuus voi, etenkin jos tarkastelukausi on vuosien mittainen, muuttua suuntaan tai toiseen. Tappiollinen yritys saa takaisin kannattavuutensa, kannattava yritys muuttuu tappiolliseksi. Tilinpäätöksen osoittama negatiivinen käyttökate on tunnetusti selvä varotussignaali luotonantajille.³⁷⁰

4.4.4 MAKSUKYVYTTÖMYYS TUOMIOISTUIMEN TUTKITTAVANA

Oikeustieteellinen tutkimus on sekä ottanut kantaa maksukyvyttömyyden toiseikastoon että pohtinut sitä, miten maksukyvyttömyys tulee tutkituksi tuomioistuimessa. Ensimmäisessä tehtävässään se on seurannut taloustieteellistä maksukyvyttömyystutkimusta. Oikeustieteen antamana kontribuutiona voidaan pitää lähinnä ennustetyyppisen ja historiallisen maksukyvyttömyyden erottamista. Toisessa tehtävässään oikeustieteen tutkimus ei kuitenkaan pidä erottelua välttämättömänä tai edes aiheellisena, toisin sanoen tuomioistuimen tutkittavaksi päästyään ennuste ja historiallinen maksukyvyttömyys seuraavat lähes samoja sääntöjä. Melkoinen yksimielisyys vallitsee lisäksi siitä, että maksukyvyttömyys on kummassakin tilanteessa niin sanottu kompleksinen oikeustosiseikka.³⁷¹ Tällä hahmotuksella on huomattava merkitys,

369. Tämä sovellus on seurausta vastaavasta yleisestä säännöstä. Ks. von Eyben-Møgelvang-Hansen 2001 s. 169.

370. Käyttökateen laskemisesta ks. esim. Laitinen-Luotonen 1996 s. 15.

371. Hupli 2006 s. 201.

kun tuomioistuimien tutkii maksukyvyttömyyttä. Merkitys näkyy ennen kaikkea keventyvänä väittämistaakkana. Maksukyvyttömyyteen vetoavan asianosaisen, oli hän velkoja tai velallinen, ei tarvitse viitata jokaiseen maksukyvyttömyyden säikeeseen eli osateemaan. Riittää, että hän ylipäättään perustaa vaatimuksensa omaan tai toisen maksukyvyttömyyteen. Kun näin on tehty, tuomioistuimissa on tapana siirtyä eräänlaiseen kokonaisarvosteluun.

Maksukyvyttömyyden kokonaisarvostelu ei kuitenkaan tarkoita, että tuomioistuimen siitä tekemä arvio saisi jäädä intuitiiviseksi tai jäsentymättömäksi. Asia on päinvastoin: kokonaisarviointi vaatii jäsennettyä ja perusteellista käsittelyä. Jokainen vaikuttava säie - esimerkiksi mitkä ovat velallisen vastaiset tulot - on otettava erikseen huomioon.³⁷² Tällöin riitaiset säikeet erotetaan riidattomista, tarvittaessa tuomioistuin turvautuu kyselyoikeuteensa. Tämän jälkeen riitaisiksi todetut maksukyvyttömyyden säikeet alistetaan todisteluun ja oikeudelliseen argumentointiin. Päätöksessään tuomioistuin luettelee, mitä säikeitä on ylipäättään otettu huomioon, mikä tuomioistuimen käsitys niistä on ollut ja miten saatu käsitys on vaikuttanut kokonaisarvioon. Selvää on, että moitteettomasti tehtävä maksukyvyttömyysarvio työllistää kohtuuttomasti niin tuomioistuinta kuin asianosaisiakin. Tämä lienee syy siihen, että maksukyvyttömyysarvioiden on joskus väitetty soveltamiskäytännössä jäävän "summittaisiksi kokonaisarvioiksi". Yksittäinen säie - esimerkiksi liioitellut tuloodotukset (tarkkaan ottaen väitteet) - voi lisäksi saada suhteettoman painon.

Jotta väärinkäsityksiä ei syntyisi, kannattaa huomata, että myös historiallinen maksukyvyttömyysarvio sisältää ennustamista. Historiallisessa arviossa toteutunut kehitys yhtäältä antaa objektiivisen mittapuun, johon voidaan verrata oletettua kehitystä eli ennustetta. Toteutunut ja näin tiedossa oleva myöhempi kehitys tuo, kuten edellä havaittiin, mukanaan myös vaaran eli jälkivääristymän.³⁷³ Vääristymässä toteutunut ja tiedetty kehitys (yritys päättyi lopulta konkurssiin) liitetään enemmän tai vähemmän vanhaan ennusteeseen. Esimerkiksi: vuoden 2009 aikalaisarvio yrityksen maksukyvyvyydestä luokitellaan virheelliseksi, koska yritys kuitenkin vuonna 2011 joutui jättämään konkurssihakemuksen, koska sen tuotteiden kysyntä ei kehittynyt odotusten mukaisesti tai toivottua pääomasijoitusta ei saatukaan. Periaatteessa on selvää (tai ainakin pitäisi olla selvää), että maksukyvyttömyysarvion on tukeuduttava vuonna 2009 vallinneisiin todennäköisyyksiin.³⁷⁴ Toisin sanoen yri-

372. Ks. esim. Koulun 1994 s. 231. Vuoden 2004 konkurssilaki ei ole tuonut tässä suhteessa muutosta vaan pikemminkin korosti kunnollisen käsittelyn merkitystä.

373. Ks. edellä jakso 4.4.1.

374. Esimerkiksi: yrityksen pääomistaja on sitoutunut tekemään merkittävän pääomasijoituksen

tyksen katsotaan olleen tuolloin maksukykyinen, kun aikalaiset perustellusti pitivät vaikkapa oman lisäpääoman saamista hyvin todennäköisenä tai jopa varmana. Ohimennen todettakoon, että ennustetyyppinen maksukykyarvio ei tietenkään ole pelkkää optimistista huomiseen tähyämistä. Ennusteen on oltava realistinen, sen on otettava vallitseva nykytila lähtökohdaksi.

On helppo havaita, että uutta teorianmuodostusta tämän tutkimuksen tarpeisiin ei vaadita. Konsernitilanne on - oikeastaan yllättävän vaivatta - sijoitettavissa siihen kehikkoon, jonka tutkimus on luonut maksukyvyttömyyden arvioinnille ja käsittelylle. Samoin voidaan jo ennalta sanoa, että uusi kysymyksenasettelu keskittyy pitkälti siihen, miten konserniyhteys muuttaa niitä todennäköisyyksiä, joita ennustetyyppinen maksukykyarvio aina ja historiallinenkin enimmäkseen sisältää. Vielä kolmaskin havainto näyttää oikeutetulta. Se muutos todennäköisyyksiin, jonka konserniyhteys tuo jos tuo, korreloi luultavasti niihin taustaolettamuksiin siitä, miten konsernin muodostama taloudellinen kokonaisuus käyttäytyy kriisitilanteessa. Käyttäytyminen taas tuntuu riippuvan siitä, millaista etua (edellä konsernieduksi kutsuttua) konsernin eloonjääminen sisältää vastakohtana sen pirstoutumiselle konkurssin tai konkurssien seurauksena. Nähtäväksi jää, kuinka vahvasti ikuinen jännite todellisuuden ja juridiikan tässä yhteydessä aktualisoituu.

Todistusoikeuden tutkimus tarjoaa lukuisia teoreettisia rakennelmia, jotka enemmän tai vähemmän tukevat tuomioistuimen näyttöarviointia. Äskettäin johtavaksi periaatteen on nostettu näyttöenemmeyysperiaate, yksi argumentti on ollut, että tuomioistuimet jo nykyisinkin ratkaisevat näyttökysymykset "järkeväen todennäköisyyden" perusteella.³⁷⁵ Periaate lähtee siitä, että näytön arvioinnin pohjan muodostaa konkreettinen todennäköisyys: mikä tosiseikkahypoteesi parhaiten selittää esitetyn todistusaineiston?³⁷⁶ On helppo huomata, että periaate korottaa erääntyneiden mutta maksamattomien velkojen painoarvoa. Teesi yrityksen maksukyvyttömyydestä tietenkin selittää parhaiten, miksi yritys jättää, viivästyseuraamusten ja huonon maineen uhallakin, maksunsa hoitamatta. Vastaavasti se, että erääntyneitä maksuja ei ole rästissä, saa luontevan selityksensä sillä, että yritys on maksukykyinen. Muut todistusteoriat eivät sen sijaan ole yhtä herkkiä yhden tekijän ylikorostukselle.

mutta ei ole kyennyt muiden vaikeuksiensa takia täyttämään lupaustaan.

375. Saranpää 2010 s. 3.

376. Saranpää 2010 s. 292.

4.5 KONSERNIN ANTAMA TUKI TODISTUSTEEMANA

4.5.1 KONSERNITUKI TULONMUODOSTUKSEN OSANA

Jotain uutta maksukyvyttömyyden arviointiin konserniyhteys pakostakin tuo. Maksukyvyttömyyttä - ja samalla sen arviointia - on jäsennettävä uusilla, aikaisempaa tarkemmilla käsitteillä. Tämä on välttämätöntä, koska (vastainen) tulonmuodostus nousee keskeiseksi arvioitaessa yksittäisen konserniyhtiön taloudellista tilaa. Mahdollisuutta saada omalla liiketoiminnalla tulorahoitusta kutsutaan jatkossa tulo-odotukseksi, mahdollisuutta saada uutta omaa pääomaa kutsutaan vastaavasti pääoma-odotukseksi sekä mahdollisuudesta saada uutta vierasta pääomaa puhutaan luotto-odotuksena. Kun kysymys on itsenäisestä ja riippumattomasta yrityksestä, tulo-odotus riippuu tietenkin yrityksen kannattavuudesta. Siihen yritys voi hieman vaikuttaa itsekin rationalisoimalla toimintaansa (esim. karsimalla kustannuksia), tehostamalla markkinointia tai keskittymällä ydinosaamiseensa. Kannattavuuden parantaminen riippuu kuitenkin pääsääntöisesti tekijöistä, joihin itsenäinen yritys ei itse voi vaikuttaa. Näitä tekijöitä ovat muun muassa taloudelliset suhdanteet ja yrityksen tuotteiden kysyntä, jotka jossain määrin riippuvat toisistaan.

Luotto-odotukset taas kytkeytyvät osin yrityksen luotonantajasuhteisiin mutta ennen kaikkea yrityksen luottokelpoisuuteen. Tarkasteltava skenaariossa luottokelpoisuus ei tavallisesti ole hyvä; yrityksen on oltava jonkinlaisessa kriisissä, kun kerran sen maksukykyä ryhdytään epäilemään. Huono luottokelpoisuus taas johtaa käytännössä eräänlaiseen paradoksiin. Yritys tarvitsisi kipeästi luottoa säilyttääkseen maksuvalmiutensa ja maksukykyänsä. Se ei kuitenkaan luottoa hevin saa, koska yrityksen maksuvalmiutta ja maksukykyä epäillään. Ja jos luottoa poikkeuksellisesti annettaisiinkin, luotonantaja-velkoja luultavasti kompensoi kasvaneen riskinsä korkealla korolla ja maksuajalla, toisin sanoen saatu luotto on enimmäkseen lyhytaikaista ja ehdoiltaan epäedullista.

Käytännössä kriisiyritys ei tavallisesti löydä kokonaan uusia luotonantajia. Uusi luotto saadaan jos saadaan näin joko lisäluottona vanhoilta velkojilta tai epäsuorana luotonottona niin sanotuilta vastentahtoisilta velkojilta eli velkojilta, joiden saatavat yksinkertaisesti jätetään maksamatta - jolloin niihin tarvittavat rahat säästyvät. Vanhojen velkojen kiinnostus lisäluototukseen perustuu sunken costs-logiikkaan. Kun yritystä on jo runsaasti lainoi-

tettu ja luottotappiot uhkaavat, pienikin lisäluotto voi auttaa yrityksen kriisin yli, ja isolta luottotappiolta vältytään. Sama logiikka pätee pitkälti myös pääomaodotuksissa. Pääomasijoittaja odottaa yleensä sijoitukselleen hyvää tuottoa joko lyhyellä tai pitkällä tähtäimellä. Kriisiyritys ei kuitenkaan lupaa kumpaakaan. Jos muita sijoituskohteita on tarjolla, uudet pääomasijoittajat ohjaavat sijoituksensa niihin. Tästä taas seuraa, että kriisiyritys on vanhoilta sijoittajilta - tavallisesti joko pääomistajilta tai omistaja-yrittäjältä - saatavan lisäpanostuksen varassa. Heidänkin sijoitushaluaan ohjaa ei niinkään tuotto-odotus kuin pyrkimys vanhojen sijoitusten arvon turvaamiseen.

Konsernissa tämä synkkä kuva vaihtuu paljon myönteisemmäksi. Toki taloudelliset lainalaisuudet vallitsevat ulkomaailmaan nähden, mutta konserni avaa toisen maailman, jossa vallitsevat eri lainalaisuudet.³⁷⁷ Ensiksin konserniin kuulumisen parantaa yksittäisen konserniyhtiön mahdollisuuksia saada uutta luottoa ja/tai uutta pääomaa ”ulkopuolisista” lähteistä. Luotonantajat voivat perustaa arvionsa luottokelpoisuudesta ja sijoituksen tuotosta koko konsernin tilanteeseen, konserni voi antaa vierasvelkavakuuksia kriisissä olevan konserniyhtiön puolesta ja niin edelleen. Toiseksi konserniyritys voi jossain määrin laskea konsernin muilta yhtiöiltä saatavan suoran tuen varaan. UNCITRAL -mallilakiehdotus pitää konsernin halua tukea yksittäistä yhtiötään selviönä.³⁷⁸ Ongelmaksi nähdään pelkästään se, miten maksukykyisten konserniyhtiöiden kapasiteetti tukemiseen turvataan. Tässä suhteessa ehdotus menee hämmästyttävän pitkälle. Se siteeraa kansallisia konkurssilakeja, joissa tuomioistuin voi kieltää maksukykyistä yhtiötä ryhtymästä maksukykyään vaarantaviin toimiin toisen konserniyhtiön tukemiseksi. Samoin sen velkojia voidaan kieltää ryhtymästä kriisiyhtiön maksukykyä vaarantaviin perimistoimiin. Ehdotus näkee tällaiset konkurssilain säännökset, vaikkakaan sitä ei aivan suoraan sanota, suositeltaviksi. Ne ymmärretään hieman absurdisti keinoiksi suojata konkurssiin päätyneen yhtiön konkurssipesää. Pohjoismaisesta näkökulmasta tällaiset tuomioistuinnääräykset näyttäytyvät kohtuuttomana puuttumisena ei-velallisen oikeusasemaan.

Kuten edellä todettiin, tämä mahdollisuus eli edellä tukieduksi nimetty todennäköisyys muodostaa toisen puolen siitä konserni-intressistä, joka pirstoo käsitystä konserniyhtiöistä erillisinä oikeussubjekteina ja omaa yhtiöetuaan ajavista toimijoista. Toinen puoli taas koostuu liiketoimintaeduista, jotka näkyvät normaalisti parantuneissa tulo-odotuksissa. Tämä etu seuraa rationalisoinnista, koordinoinnista ja toimintojen keskittämisestä konsernin

377. Tässä kuvaa tietoisesti yksinkertaistetaan, jotta eroavuudet nousevat esiin.

378. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a s. 28.

sisällä.³⁷⁹ Ohimennen todettakoon, että tukiodotuksilla ja konserni-intressillä on vahva korrelaatio. Ellei konserni-intressiä ole, muu konserni ei halua - tai sen ei ainakaan pitäisi haluta - tukea kriisiytynyttä konserniyhtiötä. Tässä tapauksessa kriisiyhtiön annetaan edetä terminaalivaiheeseen eli tämän tutkimuksen kontekstissa konkurssiin. Estettä ei tietenkään ole sille, että konserni tukee kriisiyhtiötä, vaikka tällainen tukeminen ei minkään taloudellisen mittapuun mukaan ole perusteltavissa. Tuen antaminen voi perustua konsernin haluun välttää imagomenetyksiä, konsernijohdon antamaan julkiseen lupaukseen tai vaikkapa vain pelkoon siitä, että yhden konserniyhtiön romahdus saa aikaan dominovaikutuksen, toisin sanoen konkurssi vie mukanaan muutkin konsernin yhtiöt. Tosin näillekin tekijöille voidaan antaa taloudellinen arvo, jolloin ne otetaan huomioon konserni-intressissä.

Lausutusta käy ilmi, että myös edellytykset tulonmuodostukselle muuttuvat, kun kriisissä on konserniin kuuluva yhtiö. Ensiksikään yrityksen oma kannattavuus ei enää yksin ratkaise tulo-odotuksia. Tämä johtuu siitä, että konserni voi nopeasti ja tehokkaasti vaikuttaa kannattavuuteen. Aikaisempi alihinnoittelu voidaan esimerkiksi purkaa, jolloin kriisiyhtiön kannattavuus automaattisesti paranee. Samoin ylihinnoittelua lisäämällä - konsernin muut yhtiöt maksavat kriisiyhtiön tuotteista enemmän kuin vapailla markkinoilla - kannattavuus kohenee vielä enemmän. Toiseksi kun konserni ryhtyy tukemaan kriisiyhtiötä vieraalla pääomalla - eli selkeämmin: antaa sille konsernilainoja - kriisiyhtiön yleisellä luottokelpoisuudella ei ole juuri mitään merkitystä.³⁸⁰ Konserni voi järjestää kriisiyhtiölle myöhemmin rahaa luoton takaisinmaksuun tai tyytyä kantamaan luottotappion. Ja kolmanneksi konserni voi sijoittaa uutta omaa pääomaa kriisiyhtiöön välittämättä tavanomaisista tuotto-odotuksista. Myös viimeinen konserni-intressin ilmentymä, verotusetu, saattaa puoltaa konsernituen antamista vastoin taloudellista logiikkaa.

Oma kysymyksensä on, tehdäänkö maksukyvyttömyyttä arvioitaessa eroa konsernituen muotojen välillä sillä perusteella, ovatko ne oman vai vieraan pääoman ehtoisia. Ratkaisu KKO 2000:15 antaa ensi silmäyksellä pohjan tällaiselle erottelulle. Ratkaisussa korkein oikeus nimittäin katsoi, että vieraan pääoman ehtoinen tuki - kyseessä oli konsernilaina emoyhtiöltä tytäryhtiölle

379. Ks. edellä jakso 2.3.1.

380. Tämä on toki tiedetty niin kauan kuin konsernit on tunnettu. "Lisäksi on luonnollista, että konsernin sisällä rahaa voidaan lainata yhtiöiden kesken edullisemmin ehdoin, kuin käytettäessä konsernin ulkopuolista rahoittajaa. Voi myös olla niin, ettei ulkopuolisen rahoittajan käyttäminen ole ehkä mahdollistakaan." Näin Siltala 2008 s. 18.

- ei vaikuttanut tytäryhtiön maksukyvyn arviointiin. Perusteluna viitattiin siihen, että kysymys ei ollut tilapäisistä maksuvaikeuksista vaan toimintansa jo lopettaneesta yhtiöstä. Tässä erityistapauksessa tulkinta on ehkä paikallaan. Normaalisti ja toimivan tytäryhtiön ollessa arvion kohteena tällaista eroa ei sen sijaan saisi tehdä. Emoyhtiön ei tarvitse seurata taloudellista logiikkaa eli vaatia konsernilainan takaisinmaksua. Sitä paitsi kannattaa muistaa, että ”tavallisessakin” (eli yhtä velallista koskevassa) maksukyvyttömyysarviossa luotonotto ja oman pääoman sijoitukset on tapana rinnastaa. On kylläkin myönnettävä, että oman pääoman saamisen mahdollisuus on toisinaan haluttu jättää kokonaan maksukyvyttömyysarvioinnin ulkopuolelle.³⁸¹ Karsimisessa on puolensa, esimerkiksi maksukyvyttömyysarvio kevenee, koska yksi sen vaikeimmin arvioitavista säikeistä katoaa. Tulkinta ei kuitenkaan ole johdonmukainen - miksi uusi oma pääoma olisi huonommassa asemassa kuin uusi vieras pääoma? - eikä oikeudenmukainenkaan. Eri asia on, että skeptisyys - toisin ilmaistuna tällaisen mahdollisuuden tiukka arviointi - on paikallaan.

Johtopäätökseksi näin saadaan, että arvioitaessa konserniyhtiön maksukyvyttömyyttä huomioon on pakko ottaa paitsi tavanomaiset tulonmuodostuksen odotukset myös konserniyhteyden luomat odotukset eli odotukset konsernin hätäavusta. Kuten edellä todettiin, konserni on taloudellinen kokonaisuus. Tässä kokonaisuudessa rahavaroja voidaan suhteellisen vapaasti siirtää konserniluottolina ja konserniavustuksina yhtiöstä toiseen.³⁸² Näin ollen kaikki konsernin voimavarat ovat periaatteessa koottavissa yhden, maksuvaikeuksiin joutuneen yhtiön tueksi, oli tuo yhtiö emoyhtiö tai tytäryhtiö.³⁸³ Kannattaa kuitenkin pitää mielessä, että muun konsernin tuki ei ole itsestään selvä lainalaisuus vahvassakaan konsernissa. Taloustieteessä kylläkin myönnetään, että konsernirakenne ”mahdollistaa rahan kohdistamisen” konsernin tulosityksiköihin.³⁸⁴ Tällöin on kuitenkin ajateltu, että raha kohdistetaan kannattavimpiin kohteisiinsa. Näin ollen rahan kohdistaminen kriisiy-

381. Ks. esim. Hakamies 2005 s. 215. ”Sen sijaan omaan pääomaan kuuluvaa mahdollista lisärahoitusta ei oteta huomioon, sillä pelkkä omistajien tahto sijoittaa lisää rahaa ei paranna maksukykyä. Mikäli omistajilla on kykyä ja tahtoa rahoittaa yritystä lisää, se konkretisoituu tekona eikä jää pelkäksi lupaukseksi.”

382. Talousrikostutkimuksessa onkin kannettu melkoista huolta konsernin keinoista manipuloida taseita. ”Konsernin tilinpäätöstä saattavat vääristää toteutumaton sisäinen tuotto, keskinäisen osakkeenomistuksen huomioon ottaminen kahteen kertaan, sisäiset tuotto- ja kuluerät, konsernin ulkopuolisten ristiinomistusten (minority interest) osuus sekä annettujen panttien, takausten ja vakuuksien harhaanjohtavuus”. Näin Salminen 1998 s. 136.

383. Ks. esim. Pulkkinen 1993 s. 1201.

384. Pellinen 2005 s. 85.

tyneeseen konserniyhtiöön on tavallaan poikkeus talouden lainalaisuuksiin perustuvasta pääsäännöstä. Sivumennen sanottuna varojen liikkuvuus konsernissa on oikeustieteessä nähty liiaksi ennallistamisen eli takaisinsaannin ongelmana. Tästä syystä varojen liikkuvuuden vaikutus maksukyvyn arviointiin on jäänyt vähälle huomiolle.

Tästä syystä on kohtuullista vaatia myös siitä jonkinlaista selvitystä, vaikka konsernin kyky tukemiseen olisikin osoitettu. Jotta odotukset konsernilta saatavasta tuesta pystytään kunnolla painottamaan, on maksukyvyttömyysarviossa selvitettävä yhtäältä konsernin³⁸⁵ kyky auttaa kriisiyhtiötä, toisaalta konsernin halukkuus siihen. Näistä teemoista kykyä kriisiyhtiön tukemiseen lienee syytä pitää ensisijaisena. Jos se puuttuu, halukkuutta tukemiseen on tietenkin turha selvittää. Toki ennakkoluonteisuus voidaan asettaa toisinkin päin, ja tiukan loogisesti niin ehkä pitäisikin tehdä. Omaksuttua järjestystä kuitenkin puoltaa havainto, että kyky tukemiseen on - kaikista tulkinta- ja näyttövaikeuksista huolimatta - sittenkin luotettavimmin selvitettävissä kuin halukkuus tukemiseen. Lisäksi tukemiskykyä koskevat arviot ovat objektiivisempia, koska ne ovat ainakin *prima facie* perustettavissa muuhun kuin varta vasten laadittuun aineistoon eli tilinpäätöksiin, etenkin konsernitilinpäätökseen.

4.5.2 KONSERNIN HALU, KYKY JA INTRESSI TUKEA KRIISIYHTIÖTÄÄN

Sen selvittäminen, haluaako konserni tukea maksukriisiin joutunutta yhtiötä, on vaikeaa. Ongelmaan ei oikeastaan ole juridisesti kestävää ratkaisua. Muu konserniyhtiö - tyypillisesti emoyhtiö - voi tietenkin antaa muodollisen sitoumuksen, jolla se lupaa antaa luottoa tai sijoittaa uutta pääomaa kriisiyhtiöön. Vaikka tällainen sitoumus olisi oikeudellisesti sitova, sen todellinen merkitys riippuu vastaisesta kehityksestä - ja tämä kehitys taas riippuu siitä, mikä merkitys esimerkiksi konkurssi asiassa lupaukselle annetaan.³⁸⁶ Jos sitoumus otetaan esimerkiksi konkurssi asiassa vakavasti, kriisiyhtiö todetaan maksukykyiseksi eikä sitä aseteta konkurssiin, lupaus on helppo unohtaa. Kun konkurssiuhka on väistynyt, emoyhtiö toisin sanoen jättää luoton antamatta ja pääoman sijoittamatta. Eri asia on, että konserniyhtiön kriisi tietenkin jatkuu ja kysymys sen maksukyvyistä luultavasti herää uudelleen en-

385. Tarkkaan ottaen kysymys on tietenkin toisten konserniyhtiöiden antamasta tuesta.

386. Selvyden vuoksi todettakoon, että tässä puhutaan ennustetyyppisestä maksukyvyttömyydestä eli konkurssin asettamisen edellytyksestä.

nemmin tai myöhemmin. Uudessa arviossa toki laiminlyöty lupaus nousee eteen: kun kerran annettua lupausta ei ole pidetty, uudet väitteet konsernin halusta tukea kriisiyhtiötään ovat varsin epäuskottavia. Emoyhtiö ja kriisiyhtiö voivat muodollisestikin sopia sitoumuksen "peruuttamisesta". Tämä vaara selittänee, miksi kirjallisuudessa on suhtauduttu niin kielteisesti lupauksiin uusista oman pääoman ehtoisista sijoituksista.

Kannattaa kuitenkin huomata, että konsernissa toisen konserniyhtiön lupaukset uudesta luotosta - eli vieraan pääoman antamisesta - eivät läh-tökohdaltaan ole sen varmempia.³⁸⁷ Kaikki lupaukset voidaan unohtaa tai perua, eikä tytäryhtiö tosiasiallisesti kykene muutoinkaan vaatimaan emoyhtiöltään sen sitovankaan lupauksen täyttämistä. Ratkaisuksi tuntuu näin todella jäävän, että konserniyhtiön maksukyvyttömyysarviossa luotto- ja pää-omaodotukset muilta konserniyhtiöiltä on jätettävä kokonaan huomiotta. Tämä taas on vastoin sekä yleistä maksukyvyttömyyskäsitettä että taloustieteen näkemystä konsernista taloudellisena kokonaisuutena. Jos konsernin halukkuus kriisiyhtiönsä tukemiseen halutaan osoittaa, täsmennetyksi ja samalla täydennetyksi todistusteemaksi tulee itse asiassa se, että konsernin lii- ketaloudellisista syistä kannattaa merkittävän konserni-intressin takia tukea kriisiyhtiötään. Konsernitukeen vetoavan kriisiyhtiön on siis näytettävä, että konserni pystyy ensiksikin tukemaan, toiseksi konserni kertoo haluavansa tukea kriisiyhtiötään ja kolmanneksi, että sillä on siihen riittävä liiketalou- dellinen konserni-intressi - tyypillisimmin vahva liiketoimintaetu.³⁸⁸

Kannattaa huomata myös, että perinteinen todistustaakan jakautuminen suhteessa velkoja/velallinen ei poista konsernin tuomaa spesifistä pulmaa. Todistustaakan jakaminen, viime kädessä sen kääntyminenhan on totuttu tapa kiertää niitä näyttövaikeuksia, joita oikeaoppinen maksukyvyttömyyden arvio väistämättä sisältää. Jos velkojalla ei ole tukenaan maksukyvyttömyyden indiisiota, hän joutuu periaatteessa näyttämään toteen kaikki maksu- kyvyttömyyden osatekijät eli edellä viitatuksi maksukyvyttömyyden säikeet.³⁸⁹ Jos konserniyhtiö on konkurssihakemuksen tarkoittamana velallisena, näi- hin osatekijöihin (säikeisiin) pitäisi lukea muun muassa konsernin muiden yhtiöiden kyvyttömyys ja/tai haluttomuus antaa tukea kriisiyhtiölle. Jos peri- aatetta hakijavelkojan kaikenkattavasta näyttövelvollisuudesta sovellettaisiin

387. Tästä syystä onkin perusteltua edellyttää, että konsernirahoituksen jatkuvuudesta on jon- kinlaiset takeet. Ks. Tuomisto 2012 s. 45. Tällaisena takeena on paitsi ylipäättään rahoittavan konserniyhtiön kyky rahoituksen jatkamiseen myös riittävä intressi siihen, toisin sanoen kon- serni-intressi.

388. Liiketoimintaedun käsitteestä ks. edellä jakso 2.4.2. Ks. myös jakso 4.5.1.

389. Ks. esim. Koulou 1994 s. 227.

johdonmukaisesti ja kysymyksessä on historiallinen maksukyvyttömyysarvio, kantajan riskille jäisi esimerkiksi sen osoittaminen, että kriisiyhtiön erääntyviin maksuihin tarvittavia varoja ei olisi voitu tai haluttu irrottaa muista konsernin yhtiöistä.³⁹⁰ Ennustetyyppisessä arviossa taas hakijavelkojan asiaksi jäisi osoittaa, että yksikään konserniyhtiö ei aio tai pysty tulevaisuudessa tukemaan kriisiyhtiötä. Kun kantajalla tai hakijavelkojalla ei kuitenkaan ole pääsyä yritysten sisäisiin tietoihin, hän on käytännössä tuomittu epäonnistumaan todistelussaan. Tiedonsaannin hankaluudet saattavat selittää TakSL 5 §:n mukaisten kanteiden heikon menestymisen oikeuskäytännössä. Tilastollisesta aineistosta (kantaja ei pysty näyttämään maksukyvyttömyyttä 90 prosentissa) ei toki ole lupa päätellä, vallitseeko maksukyvyttömyys uudessa yksittäistapauksessa tai pystyykö velkoja tai kantaja sen osoittamaan. Jonkinlaisen alkuperäisen todennäköisyyden tilasto sen sijaan luonee.

Kokemuksesta tiedetään, että velkoja, joka ilman maksukyvyttömyyden olettamaa hakee yritysmuotoisen velallisen asettamista konkurssiin, kohtaa todistelussaan melkoisia pulmia. Vaikeudet ovat lähes ylitytettävissä, vaikka yritys olisi riippumaton ja itsenäisesti toimiva. Konserniyhtiön kohdalla se velkojan täysimittainen näyttövelvollisuus, johon lähtökohdat veisivät, nousee helposti mahdottomaksi.³⁹¹ Näin kävisi ainakin siinä tapauksessa, että velkojan esittämälle näytölle asetetaan normaalit vaatimukset, helpottavia praktisia presumptioita ei ole käytettävissä eikä osatekijöitä eli maksukyvyttömyyden säikeitä karsita tavallisesta. Jos taas velkojalla on apunaan maksukyvyttömyyden indiisio, kuva kääntyy. Tällöin velallinen joutuu osoittamaan maksukykynsä. Ja jos velallisyhtiö vetoaa vastanäyttönään konsernin antamaan tukeen, yhtiön on näytettävä, että konserni pystyy tukemaan ja tahtoo tukea kriisiyhtiötä pitemmällä tähtäimellä. Helppoa tämäkään todistelu ei ole, mutta siitä huolimatta velallisen osa on parempi. Konsernin tukemishalun ja kyvyn näyttäminen on olennaisesti helpompaa, koska velallisyhtiöllä on luontainen pääsy konsernin sisäiseen informaatioon. Epäilevä Tuomas ehkä jopa arvelisi, että velallisyhtiö pääsee tällöin valitsemaan, joskus ehkä luomaan sellaista informaatiota, joka tekee konsernituen saamisen todennäköisemmäksi, mitä se oikeastaan on.

Samasta vaikeudesta eli huonosta tiedonsaannista kärsii myös takaisin-

390. Tällainen tilanne syntyy, kun velkoja ajaa sellaista takaisinsaantikannetta, jonka tosiseikastoon kuuluu velallisen maksukyvyttömyys.

391. "Hyvän" tuomarin näytön arvioinnissa tämäkin otetaan huomioon. Arviossa erotetaan kolme kysymystä: millaisesta seikasta epävarmuus vallitsee, kumman asianosaisten vahingoksi epävarmuus koituu ja miten epävarmuus ratkaistaan, todistustaakalla, alennetulla näyttökynnyksellä vai presumptiosäännöllä. Ks. Saranpää 2010 s. 240.

saantivastaaja, jos hän yrittää esittää selvitystä velallisen maksukyvyystä menneisyydessä. Kuten tunnettua, tehokas puolustautuminen joidenkin takaisinsaantiperusteiden kohdalla edellyttää tällaista näyttöä. Esimerkiksi vaatimus läheiselle tehdyn maksun peräyttämistä on torjuttavissa osoittamalla, että velallinen ei maksua tehdessään ollut maksukyvytön eikä maksun vuoksi tullut maksukyvyttömäksi (TakSL 10 § i.f.).³⁹² On myönnettävä, että takaisinsaantioikeudenkäynnin vastaaja ei aina ole yhtä kaukana sisäisestä informaatiosta kuin konkurssia hakeva velkoja. Konkurssin hakijavelkojanhan velallinen yleensä kokee vihamielisenä tahona. Tällaisen tahon pääsy informaatioon velallinen luultavasti pystyy rajoittamaan ja haluaakin rajoittaa. Suhtautuminen takaisinsaantivastajaan on luultavasti myötemielisempää: velallinen ja vastaaja ovat tavallaan samassa veneessä. Toisaalta takaisinsaantioikeudenkäynnin vastaajallakaan ei ole samanlaista suoraa pääsyä konsernin sisäiseen informaatioon kuin velallisella itsellään.

Jos ajatellaan säädettävää lakia, takaisinsaannissa käännetty todistustaakka on oikeudenmukainen vain silloin, kun takaisinsaantioikeudenkäynnin vastaajalla on tai on ollut oikeudenkäynnin kantajaa parempi pääsy sisäisiin tietoihin. Esimerkiksi: vastaajalla on hallussaan konsernia koskeneen yritystutkimuksen tiedot. Epäreilu todistustaakan jako ei tosin käytännössä ole niin kohtuuton kuin teoriassa. Vastaajana konserniyhtiön takaisinsaantioikeudenkäynneissä on tavallisesti toinen konserniyhtiö. Konserniin kuuluva yhtiö taas on vastaajana rinnastettavissa, mitä tulee informaation saatavuuteen, hyvässä ja pahassa velalliseen itseensä. Tällainen takaisinsaantivastaaja luultavasti pääsee, konkurssin estämättä, käsiksi konsernin sisäiseen informaatioon. Lisäksi vastaaja pystyy ainakin jossain määrin valikoimaan tietoa. Vastatodistelu muodostuu näin suhteellisen helpoksi.

Meni todistustaakka miten tahansa, vaatimus konsernin auttamiskyvyn selvittämisestä laajentaa auttamatta maksukyvyttömyysarvion alaa. Siitä kärsii etenkin sellainen hakijavelkoja, joka ei löydä tuekseen sopivaa maksukyvyttömyyden presumptiota. Kaikkien konsernin yhtiöiden tukikapasiteetti täytyy lähtökohtaisesti selvittää. Konsernin tukikapasiteetti on paitsi eri asia myös paljon laajempi kuin yhtiön oma maksukyky. Ei siis riitä, että muiden konserniyhtiöiden normaali maksukyky eli kyky selviytyä omista veloistaan

392. Ks. esim. Tuomisto 2012 s. 351. Hän asettaa läheisen vastaanäytölle poikkeuksellisen ankarat vaatimukset. Maksu ei hänen mukaansa ole vaaraton, vaikka velallisen varat olisivat maksuhetkellä tai ”välittömästi tämän jälkeen” riittäneet kaikkien velkojen maksamiseen. Lisäksi vaaditaan, että maksu on ollut muiden velkojen kannalta merkityksetön ”vielä konkurssin alettua.” Tällaiset vaatimukset ovat epärealistisia: läheinen ei voi koskaan onnistua tällaisessa vastaanäytössään. Vaatimuksia ei myöskään voida johtaa lain sanamuodosta. Ks. jäljempänä jakso 5.1.1.

osoitetaan. Jotta todistustaakka ei ylitä käytännön mahdollisuuksia, konsernitalanteisiin on näin ollen haettava jonkinlaista 'keventävää' sovellutusta tavanomaisesta maksukyvyttömyyden arviointimallista. Siihen on teoriassa kaksi mahdollisuutta: joko rajoitetaan huomioon otettavia seikkoja (eli kavennetaan tai kuvaavammin ohennetaan arviota), tai jaetaan todistustaakka hienosyisemmin. Sen sijaan historiallisessa maksukyvyttömyystodistelussa kyseiset seikat ovat helpommin selvitettävissä. Aikapula eli tarve asian joutuisaan käsittelyyn ei haittaa, ja konkurssin pesänselvitys on tuottanut käyttökelpoista tietoa niin velallisyhtiön kuin koko konkurssinkin taloudellisesta tilasta. Näin samanlaista tarvettakaan käytännön realiteettien huomioon ottamiseen ei synny.

4.5.3 HAKIJAVELKOJAN KEVENNETTY NÄYTTÖVELVOLLISUUS VAIHTOEHTONA

Jos lähdetään ensimmäiselle tielle eli arviointia ohennetaan, kannatusta on, kuten edellä todettiin, saanut pääoma-odotusten jättäminen huomiotta.³⁹³ Vaikka tätä ohentamista ei saa hyväksyä laaja-alaisesti, se saattaisi kelvata rajoitetuksi ratkaisuksi konsernin maksukyvyttömyyden arviointiin. Tällä tarkoitetaan sitä, että konserniyhtiöiden lupauksiin sijoittaa uutta pääomaa ei kiinnitetä huomiota.³⁹⁴ Tulkinta kärsii sekä sisäisestä ristiriidasta että vähäisestä hyödystään. Samalla logiikalla myös muiden konserniyhtiöiden lupaukset antaa uutta luottoa on pakko sivuuttaa. Tämä on puolestaan kestämätön lopputulos, koska se sivuuttaa konsernin luonteen taloudellisena kokonaisuutena - jota taas kukaan ei kiistä. Ja vaikka lopputulos hyväksyttäisiinkin, hyöty jäisi vähäiseksi. Kaikki muussa muodossa annettava konsernituki kun olisi edelleen mukana maksukyvyttömyysarviossa. Jos pyritään luotettavaan arvioon, oman pääoman ja vieraan pääoman sijoituksia ei selvästikään saa kohdella eri tavalla.

Toimivampi ratkaisu olisi käännetty todistustaakka, joka ei enää riipu lähtöasetelmasta eli siitä, vallitseeko yksittäistapauksessa maksukyvyttömyyden indiisio ja kenen asiana on esittää näyttöä maksukyvyystä tai sen vastakohtasista. Todistustaakka konsernituesta olisi toisin sanoen aina konkurssiasiaissa

393. Ks. edellä jakso 4.5.1.

394. Tosin keventävä vaikutus jää tässä tulkinnassa vähäiseksi, koska luotto-odotukset on joka tapauksessa otettava huomioon. Konsernitukihan voi koostua joko oman tai vieraan pääoman sijoituksista. Konsernin kyky ja halu tuskin tyhjentyy siihen, kummasta tuen muodosta on kysymys.

velallisella ja takaisinsaantiasiassa vastaajalla. Tämä vaikuttaa tällä hetkellä lupaavimmalta ratkaisulta ylivoimaisen näyttövelvollisuuden ongelmaan. Toistaiseksi tämä ratkaisu on kuitenkin lähinnä ehdotus säädettäväksi laiksi, joskin se on juuri ja juuri nykyisinkin tulkinnallisten mahdollisuuksien rajoissa. Kannattaa nimittäin muistaa, että kirjoitettu laki jättää maksukyvyttömyyden todistelun varsin vähäiselle sääntelylle. Se säättää vain maksukyvyttömyyden olettamuksista ja niistä johtuvasta todistustaakan kääntymisestä.

Ohentamiseenkin on joitakin mahdollisuuksia. Arvio maksukyvyttömyydestä kevenee esimerkiksi, kun huomio kiinnitetään yksinomaan konserniavustuksiin ja lainoihin eli suoraan tukeen.³⁹⁵ Muita konsernituen muotoja ei toisin sanoen oteta huomioon, olivat ne miten varmoja tai merkittäviä tahansa. Suorat tukimuodot (ja myös mahdollisuudet tällaisen tuen antamiseen) sekä tuen vaikutus maksukykyyn ovat nimittäin helpommin osoitettavissa kuin esimerkiksi konsernin sisäisen hinnoittelun muuttaminen. Siirtohinnoittelun vaikutus on epämääräinen; se jättää arvailtavaksi myös sen, muutetaanko hinnoittelua todellisuudessa vai ei. Sitä paitsi toteutettukin eli kriisiyhtiötä suosiva hinnoittelu on varsin helppo kumota muuttamalla hinnoittelua toisessa suhteessa kriisiyhtiölle epäedulliseksi. Vaihtoehtoinen tapa keventää maksukyvyttömyysarviota on karsia arvioon otettavia konsernin yhtiöitä. Karsinnassa voidaan hyödyntää liiketaloudellisia kokemussääntöjä. Esimerkiksi: kriisiyhtiön x arviossa huomioon otetaan vain emoyhtiö y:n mahdollinen tuki, sen sijaan tytäryhtiöt z ja t sivuutetaan.

Kantaa voidaan perustella sillä, että konserneissa tuki saadaan yleensä emoyhtiöltä. Sitä paitsi tytäryhtiöiden keskinäisellä tuella on enemmän oikeudellisia esteitä. Joskus arvio ohenee itsestäänkin. Oman kriisinsä kanssa taistelevat konserniyhtiöt oletetaan kyvyttömiksi antamaan tukea muille yhtiöille, vaikka niillä tukemiseen halua olisikin. Kyky tukea toista yhtiötä edellyttää tietenkin omakohtaisen maksukyvyn ylittävää varavaraisuutta tai maksukykyä.³⁹⁶ Tukea toisille nimittäin voi antaa vain sellainen konserniyhtiö, jolla on ”yliäämää” sen jälkeen, kun se on huolehtinut omista veloistaan. Tulkinnessa ei voida hyväksyä skenaariota, jossa tukea tarjoava tai antava konserniyhtiö laiminlyö omat velkansa - ja saa näin tukemiseen tarvittavia

395. Toki on muistettava, että konserniavustusta on pidetty ”diffuusina” käsitteenä, sillä se kattaa suuren joukon erityyppisiä toimenpiteitä kuten rahaa, alihinnoittelua, edullisia toimintusehtoja, halpoja luottoja, tiedostojen käyttöoikeuksia, tutkimus- ja tuotekehittelytukea yms. Ks. Wikström 1987 s. 164. Tässä tutkimuksessa konserniavustuksella tarkoitetaan kuitenkin rahassa annettavaa, reaalista tukea.

396. Selvää kylläkin on, että jos konserniyhtiö osoitetaan maksukyvyttömäksi, sen ei voida olettaa kykenevän tuen antajaksi.

varoja. Kuten edellä havaittiin, toisen konserniyhtiön kohdalla täyttyvät maksukyvyttömyyden indiisiot ovat otettavissa huomioon arvioitaessa, pystyykö se antamaan tukea sille konserniyhtiölle, jota velkoja hakee konkurssiin.³⁹⁷

Se vaikutus, joka edellä annetaan jo tapahtuneelle tukemiselle (eli varojen de facto siirtämiselle) saattaa vaatia selityksen.³⁹⁸ Konsernin likvidien varojen tosiasiallisella siirtämisellä kriisiyhtiöön ja käyttämisellä sen velkojen maksamiseen on eräänlainen indiisioiva vaikutus. Tällainen siirtäminen on nimittäin merkki siitä, että konsernissa on päätetty tukea kriisiyhtiötä. Tosin siirrettävien varojen suuruudella on merkitystä. Mitä pienemmästä määrästä on kysymys, sitä heikomman indiision se antaa konsernin vakavasta sitoutumisesta kriisiyhtiön pelastamiseen. Selvää tietenkin on, että pienimääräinen konsernituki ei luo olettamusta siitä, että konsernin toinen yhtiö kykenee pelastamaan kriisiyhtiön. Todettakoon, että näyttöenemmyysperiaatetta seuraava lainkäyttäjä ei näe pulmia siinä, että aikaisemmalla tuella on vahva näyttöarvo. Selittäähän hypoteesi siitä, että konserni haluaa ja kykenee antamaan tukea, parhaiten sen, että tukea on de facto annettu. Näin se, joka väittää konsernin halun ja/tai kyvyn puuttuvan, joutuu perustelu- ja näyttövelvolliseksi.

Jos varojen de facto siirtämiselle annetaan indiisiovaikutus maksukyvyn puolesta, huomioon on otettava toisaalta siirrot ennen relevanttia ajankohdtaa, toisaalta sen jälkeen. Tämä johtuu siitä, että myös 'jälkikäteiset' siirrot ovat osoituksia konsernin politiikasta. Kannattaa huomata, että tämä kanta merkitsee poikkeamaa pääsäännöstä, jonka mukaan arviointihetken jälkeisiä tapahtumia ei oteta huomioon. Tässä kohdin jälkikäteistä tukea kuitenkin käytetään yhtenä indiisiona päättelyyn siitä, mikä oli konsernin politiikka tarkasteltavana ajankohtana (=kiistanalaisten oikeustoimien tekemisen hetkellä). Indiisiovaikutus toimii myös toiseen suuntaan. Se historiallinen seikka, että muu konserni ei lainkaan ennen konkurssia tukenut kriisiyhtiötä, tekee epäuskottavaksi väitteen siitä, että tällaista tukea on nyt saatavissa. Väitteen tehneen on esitettävä edes jotain näyttöä siitä, että konsernin politiikkaa on ollut tarkoitus muuttaa, joskaan muutosta ei kriisiyhtiön konkurssin, joko toteutuneen tai uhkaavan, takia ehditty toteuttamaan.

On myönnettävä, että tällaisilla erityissäännöillä ei kierretä peruspulmaa

397. Ks. jakso 4.2.2.

398. Myös se ajatusmalli, joka epää oman pääoman odotuksilta merkityksen maksukyvyttömyysarviossa, tuntuu asettavan "tekona konkretisoituvan" lisärahoituksen eri asemaan. Vaikkakaan sitä ei sanota, teko voi nähtävästi olla jo tehty pääomasijoitus (se tietenkin otetaan jo varoina huomioon) myös sitoumus tai ehkä jo uskottava lupaus sijoittajalta, jolla on käytettävissään riittävä pääoma. Ks. Hakamies 2005 s. 215.

eli maksukyvyttömyysarvion laajentumista koko konsernin taloudelliseen asemaan. Säännöt, jos ne hyväksytään, pitävät kuitenkin näyttökynnyksen saavuttamisen mahdollisuuksien rajoissa. Ehdotettu totaalinen käännetty todistustaakka ei juuri eroaisi vallitsevasta kannasta. pikemminkin tulkintaa voidaan pitää vallitsevan kannan sovellutuksena siihen erityistapaukseen, jonka konserni muodostaa. Muutoinkin katsotaan, että maksukykyynsä vetoavalla velallisella on vastaisen pääomarahoituksen osalta perustelutaakka ja eräänlainen kevennetty todistustaakka. Tämä merkitsee, että velallisen on tehtävä väittämänsä uusi pääomasijoitus tai uusi luotonanto vähintäänkin uskottavaksi. Uutta tässä tulkinnassa on itse asiassa vain se, että konsernituki rinnastettaisiin selkeästi uuteen pääomaan.

Käytännön ratkaisutoimintaa ajatellen yhteenvedoksi saadaan seuraava sääntö: Kun kysymys on ennusteesta, velallisyhtiön väite vastaisesta konsernituesta edellyttää menestyäkseen, että väitteen esittäjä osoittaa, että joku muu konsernin yhtiö aikoo tukea kriisiyhtiötä³⁹⁹, että tällä yhtiöllä on siihen riittävä taloudellinen konserni-intressi ja että tukea lupaava yhtiö pystyy todella vastaamaan lupauksestaan. Historiallisessa maksukyvyttömyysarviossa esimerkiksi takaisinsaantioikeudenkäynnin vastaajalta vaaditaan periaatteessa samaa. Tosin tällöin on syytä pelätä, että myöhempi toteutunut tapahtumakulku (tukea annettiin myöhemmin) ohjaa liiaksi arvioita, onko konsernilla ollut alun perin tukemisaikomusta tai onko sillä ollut siihen riittävä intressi. Sen sijaan sillä tosiseikalla, että tukea ei myöhemmin annettuakaan kriisiyhtiölle, ei vielä todisteta lopullisesti kumpakaan seikkaa, ei myöskään sitä, että konsernilla ei ollut taloudellista kykyä auttaa kriisiyhtiötä. Olosuhteet ovat voineet muuttua, tuki on ehkä todettu tarpeettomaksi tai koko konserni on ajautunut kriisiin.

4.6 KONSERNIN TALOUDELLINEN TILA TODISTUSTEEMANA

4.6.1 TEORIASTA KONKRETISOINTIIN: SOVELTAMISTILANTEITA JA TODISTUSKEINOJA

Kuten edellä todettiin, maksukyky/maksukyvyttömyys -arviot jaetaan kahteen kategoriaan, ennustetyyppisiin ja historiallisiin. Tässä jaksossa tarkastellaan

399. Käytännössä aikomus osoitetaan esimerkiksi näyttämällä, että tällainen varojen siirtäminen sisältyi konkreettiseen konsernin strategiseen suunnitteluun (esim. kaavailtuun saneeraus- tai pelastussuunnitelmaan).

ennustetyypistä maksukyvyttömyyttä ja sen tavallisimpia aktualisoitumistilanteita.⁴⁰⁰ Konserniyhteyden merkitys konkurssin aloittamisedellytyksiin nousee selkeimmillään esille, kun velkoja hakee konserniin kuuluvan yhtiön asettamista konkurssiin. Konkurssiasia on lainkäytön kolmiassa hakemuslainkäyttöä; konkurssiasia on luokiteltu osaksi erityissäännellyksi hakemusasiaksi.⁴⁰¹ Konsernin taloudellinen yleistilanne on eräänlainen sivuteema arvioitaessa, onko konkurssiin haettu yhtiö lain tarkoittamalla tavalla maksukyvytön. Tämä sivuteema vaikuttaa sekä asianosaisten asianajamiseen että -ennen kaikkea - tuomioistuimen päätöksentekoon. Ohimennen todettakoon, että oikeudellinen maksukyky ja vastaava maksukyvyttömyys ovat täydellisiä peilikuvia. Sillä, kumpaa arvioidaan, ei periaatteessa ole merkitystä. Lain olettamana on kuitenkin velallisen maksukykyisyys: ellei muuta eli vastaakohtaa näytetä, velallinen katsotaan maksukykyiseksi - ja ne oikeusseuraukset, joita laki liittää todettuun maksukyvyttömyyteen, jäävät syntymättä.

On helppo havaita, että konserniyhteys vaikuttaa kahteen suuntaan. Vainkutuksen suunta taas riippuu lähtökohtaisesta asetelmasta. Tavallisin skenaario lienee, että velallisyhtiö vetoaa, maksukykyänsä osoittamiseksi, konkurssi-asiassa siihen tukeen, jota konserniin kuuluminen sille tarjoaa. Esimerkiksi: tytäryhtiö (jota haetaan konkurssiin) ilmoittaa, että se tulee saamaan emoyhtiöltä tarvittaessa konserniavustuksia ja pystyy näin maksamaan velkansa niiden erääntyessä, vaikka se ei maksamiseen omin voimin pystykään. Tällainen argumentointi ei juuri poikkea muista väitteistä, joissa tuodaan esiin velallisen mahdollisuus saada uutta omaa tai vierasta pääomaa. Sillä, että konserniavustus on eräänlainen oman ja vieraan pääoman välimuoto, ei ole tässä yhteydessä merkitystä. Tuomioistuimen tehtäväksi jää perimmältään arvioida ainoastaan sitä, kuinka todennäköistä uusien varojen saaminen on. Tämä harkinta sijoittuu periaatteessa maksukykyarvion varat -osioon.

Konserniyhteys voi aktualisoitua myös päinvastaisessa suunnassa, kun konkurssia hakeva velkoja vetoaa konsernin heikkoon taloudelliseen tilaan. Vetoamisella velkoja tukee väitettään siitä, että konkurssiin haettava konserniyhtiö on maksukyvytön. Tämä skenaario on harvinaisempi, mutta se syntyy muun muassa silloin, kun emoyhtiö on hakemuksen kohteena. Esimerkiksi: Velkoja väittää, että emoyhtiö x joutuu lähitulevaisuudessa antamaan suuren konserniavustuksen vaikeuksiin joutuneelle tytäryhtiölle y. Avustaminen on velkojan väitteen mukaan välttämätön, koska tytäryhtiö y:n konkurssi romah-

400. Konserniyhteys historiallisen maksukykyarvion osana konkretisoituu tavallisesti takaisinsaannin yhteydessä. Tästä syystä sitä käsitellään lähemmin jaksoissa 5.1. ja 5.2.

401. Ks. esim. Koulou 2009 s. 119.

duttaa emoyhtiön omistamien tytäryhtiön osakkeiden arvon tai emoyhtiön liiketoimintaa ei voitaisi jatkaa ilman tytäryhtiötä.⁴⁰² Tällöin tuomioistuिन on pakotettu ottamaan kantaa siihen, kuinka todennäköistä on, että emoyhtiö joutuu käyttämään rajallisia voimavarojaan tytäryhtiönsä tukemiseen.⁴⁰³ Harkinnassaan tuomioistuin liikkuu maksukyvyttömyysarvion velat ja vastuut -osiossa. Vaikka todennäköisyydet ovat aina tilannekohtaisia, arkijärki sanoo, että tämä todennäköisyys antaa tukea on suurempi kuin todennäköisyys saada tukea. Ensimmäisessä nimittäin emoyhtiön oma intressi vaatii tukemista, jälkimmäisessä taas tuen saaminen on lähtökohtaisesti vain tuen saajan omassa intressissä. Toki molemmat intressit voivat yhtyäkin.

Todistelu voi olla henkilötodistelua tai perustua kirjalliseen aineistoon. Kun konserniyhtiö vetoaa konsernilta saatavaan tukeen, sen pitää, kuten edellä havaittiin, periaatteessa selvittää kolme seikkaa.⁴⁰⁴ Ensiksikin kyseisen yhtiön tukemisen on oltava konsernin intressissä, esimerkiksi liiketoimintasuunnitelman mukaista. Toiseksi emoyhtiöllä tai muulla tukea antavaksi tarjoutuvalla konserniyhtiöllä on oltava halua tukemiseen ja kolmanneksi näillä yhtiöillä on oltava siihen kapasiteettia. Halukkuus osoitetaan tavallisesti hallituksen tai muun yritysjohtoon tekemällä päätöksellä. Koska arvioinnin kohteena on viime kädessä todennäköisyydet, jo tehtyä tukemispäätöstä ei muodollisesti edellytetä. Kyky tukemiseen näytetään osoittamalla, että emoyhtiöllä (ja joskus muilla tytäryhtiöillä) on jakokelpoisia varoja tai mahdollisuus esimerkiksi vakuuden antamalla auttaa velallisyhtiötä saamaan luottoa muualta. Vahva indiisio sekä halusta että kyvystä tukea on tietenkin se, että reaaliset varallisuussiirrot (esim. konserniavustuksen maksatus) on jo aloitettu. Tätä varallisuuden siirtämisen näyttöarvoa ei kuitenkaan saa liioitella. Helposti toiseen yhtiöön siirretty varallisuuserä on yhtä helposti siirrettävissä sieltä pois. Muodollisjuridisesti varallisuudenlisäys on toki pakko ottaa maksukykyarvion varat -osiossa huomioon.

Kokonaan oma asiansa on, miten hakijavelkoja kykenee täyttämään edes sen ohennetun näyttövelvollisuuden, minkä edellä esitetyt säännöt hänelle jättävät. (Velallisella itselläänhän ei tällaisia vaikeuksia ole: pikemminkin on syytä kantaa huolta siitä, miten pitkälle velallisyhtiö pystyy valikoimaan ja ehkä manipuloimaan itseään ja konsernia koskevaa tietoa.) Hakijavelkojalta

402. Tällaisia tilanteita syntyy konserneissa, joissa keskinäinen työnjako on viety hyvin pitkälle. Yhtiöt voivat esimerkiksi olla toistensa ainoita asiakkaita.

403. Perinteisesti on tapana kysyä, kuinka luultavaa on, että tällainen "vastuu" konkretisoituu. Asia erikseen on, että emoyhtiön "tytäryhtiövastuu" ei välttämättä koostu juridisesta veloitteesta.

404. Ks. jakso 4.5.2.

vaaditaan melkoisia ennustajantaitoja hänen miettiessään, millä logiikalla tuomioistuin arvioi velallisen maksukyvyttömyyttä. Niistä peukalosäännöistä, joita on kehitetty helpottamaan asianajamista (sitähän konkurssihakemuksen tekeminen mitä suurimmassa määrin on), ei ole paljoakaan apua.⁴⁰⁵ Tuomioistuin on saatava ensin vakuuttumaan siitä, mitä mallia arvioinnissa käytetään. Tällaista valmista ja vakiintunutta mallia ei kuitenkaan kaikesta päättäen ole. Paradoksaalista kylläkin mitä huonommin konsernia hoidetaan, sitä vaikeampaa velkojan on esittää näyttöä sen maksukyvyttömyydestä. Velkoja voi päästä käsiksi vain tavalla tai toisella syntyneeseen asiakirja-aineistoon, esimerkiksi tulosityksiköiden raportteihin konsernihallinnolle, erityistilintarkastukseen, konsernitilinpäätökseen tai osavuositarkastukseen. Kriisiyhtiöllä ei sen sijaan ole velvollisuutta tuottaa informaatiota velkojen tiedontarpeen tyydyttämiseksi. Päinvastoin on korostettu, että yhtiöllä ei ole "normaalioloissa" minkäänlaista velvollisuutta laatia "kattavia analyysejä maksukyvytään".⁴⁰⁶

Velkojan kannalta konsernitilinpäätös nousee ratkaisevaksi, koska siinä eliminoidaan konserniyhtiöiden keskinäiset vastuut ja saatavat.⁴⁰⁷ Asianmukaisesti laadittu konsernitilinpäätös osoittaa taloudellisen kokonaisuuden (=konserni) aidon tuloksen ja taloudellisen aseman. Siinä nimittäin eliminoidaan konserniyhtiöiden välisiin toimiin perustuvat sisäiset erät, jotka muutoin hämärtäisivät arviointia. Konsernitaseessa (joka on osa konsernitilinpäätöstä) nimittäin vähennetään konserniyhtiöiden keskinäiset velat ja saatavat sekä taseisiin aktivoituneet sisäiset katteet.⁴⁰⁸ Konsernitilinpäätös on julkinen, sillä se on lain mukaan toimitettava kahden kuukauden kuluessa vahvistamisestaan rekisteriviranomaiselle.⁴⁰⁹ Ilmoitukseen liitetään mukaan myös jäljennös konsernitilintarkastuskertomuksesta. Velkoja kohtaa vaikeuksia vasta, kun konsernitilinpäätös laiminlyödään - kokemusperusteisesti tiedetään, että kriisiyhtiöt jättävät usein kirjanpitoinsa kesken - tai sitä ei toi-

405. Näistä peukalosäännöistä ks. esim. Kunnas 2007 s. 768.

406. Ruohonen 2012 s. 270.

407. Keskinäiset saatavat - eli kriisiyhtiön saatavat toiselta konserniyhtiöltä - ovat tunnettu virhearvioiden lähde. Saatava nimittäin näkyy varoina, yleensä vielä nimellisarvoltaan, velkojayhtiön maksukykyarviossa, sen todellinen arvo kuitenkin riippuu täysin velallisyhtiön tilasta, joka taas kytkeytyy pitkälti koko konsernin tilaan. Jos velkojayhtiö on emoyhtiö, se voi joutua antamaan velallisyhtiölle konserniavustuksena sen summan, jonka se saa "maksuna" saatavastaan. Vaikka näin ei olisikaan, saatavan suorittaminen heikentää velallisyhtiön kykyä antaa sen ylittävää konsernitukea (saatavan maksaminenhan ei käsitteellisesti ole tukea).

408. Äimä 2009 s. 144.

409. Toimitusvelvollisuus on emoyhtiöllä, koska konsernitilinpäätös kuuluu osana sen tilinpäätökseen (KPL 6:1.1). Ks. Mähönen-Villa 2006 s. 256.

miteta rekisteriin. Tilinpäätöksen julkistamatta jättäminen onkin vakiintuneesti yksi tekijä maksuhäiriöiden ennakkoinnissa. Julkistamisen laiminlyöneiden yritysten riski saada maksuhäiriömerkintöjä on tutkimusten mukaan kolminkertainen.⁴¹⁰

Rekisteriviranomaisen valta asettaa uhkasakko toimitusvelvollisuuden tehosteeksi on liian hidaskäyttö ja byrokraattinen tarjotakseen todellista apua velkojalle. Sitä paitsi kannattaa muistaa, että niin sanottujen pienten konsernien ei tarvitse tehdä koko tilinpäätöstä.⁴¹¹ Kuten edellä todettiin, sellaisia konserneja, joiden emoyhtiö joutuu laatimaan konsernitilinpäätöksen, on Suomessa vain hieman yli seitsemäntuhatta.⁴¹² Nämä suuret konsernit edustavat vain pientä murto-osaa konsernien kokonaismäärästä. Pk-yritykset, jotka muodostavat valtaosan konserneista, ovat lisäksi tilastojen mukaan erityisen alttiita konkurssille. Suuria yrityksiä kun suojaa suuruuden laki. Suuren yrityksen konserni aiheuttaa niin suuria tappioita sidosryhmille (velkojat, omistajat, julkinen valta), että sidosryhmät tekevät kaikkensa konkurssin välttämiseksi ja yrityksen saneeraamiseksi.

Teoriassa voidaan ajatella, että hakijavelkoja esittää konkurssiasiaassa editiovaatimuksen (OK 17:12). Tämäkään konsti ei auta pitkälle. Ensinnäkään velallisella ei ole lainkohdan perusteella velvollisuutta tehdä konsernitilinpäätöstä, jos se on vastoin lakia jätetty tekemättä. Toiseksi editiovelvollisuuteen liittyvät sanktiot, vain uhkasakko, ovat vähäiset (OK 17:17). Asia erikseen on, että konsernin laiminlyöntiä toimittaa konsernitilintilinpäätös rekisteriviranomaiselle voidaan pitää vahvana merkinä siitä, että konsernin tila on niin huono, ettei sitä voida paljastaa (arg. OK 17:5). Todettakoon, että myös ehdotus OK 17 luku uudistamiseksi lähtee samasta periaatteesta. Tuomioistuimien harkitsee, mikä merkitys asianosaisen menettelyllä on todisteena, jos hän ei, tuomioistuimen kehotuksesta huolimatta, lausu vastapuolen vaatimuksesta tai sen perusteista (ehdotettu OK 17:5).⁴¹³ Maksukyvyttömyyden osoittaman tosiseikaston osatekijät ovat - tai ainakin niitä on helppo sellaisina pitää - lainkohdan tarkoittamia "perusteita".

410. Laitinen 2004 s. 9. Selvityksessä ei tutkittu konsernin keskinäisten maksuhäiriöiden frekvenssiä tai ennustearvoa. Vastuuhenkilöiden kytkennät muihin maksuhäiriöisiin yrityksiin korreloivat kuitenkin selvästi. Osa kytkennöistä liittyy konserneihin, osa taas liiketoiminnan jatkamiseen uuden yrityksen nimissä eli ketjukonkursseihin. Myös yleinen elämäntapa tukee väitettä, jonka mukaan yhden konserniyhtiön maksuhäiriö ennakoii samaa kohtaloa muillekin konserniyrityksille.

411. Ks. esim. Toiviainen 2009 s. 3.

412. Ks. edellä jaksot 2.5.1.

413. Ks. lähemmin todistelu yleisissä tuomioistuimissa 2012 s. 79.

4.6.2 ARVIOTA VÄÄRISTÄVIÄ TEKIJÖITÄ

Kriisiyhtiön paikka konsernirakenteessa vaikuttaa sekä konsernin haluun antaa tukea että myös siihen, onko tukeminen liiketaloudellisesti perusteltua. Tästä syystä voidaan sanoa, että konserni-intressi ei ole symmetrinen vaan pikemminkin vinoutunut. On johdonmukaista olettaa, että määräämisvaltaa tytäryhtiössä käyttävä emoyhtiö turvaa konsernin maksukykykriisissä ensisijaisesti omat intressinsä. Emoyhtiö pakottaa toisin sanoen ohjauskeinoillaan tytäryhtiöt tukemaan itseään, oli niiden oma yhtiöintressi mikä tahansa. Kynisesti sanoen: tytäryhtiöiden maksukyky uhrataan, kun tai jos emoyhtiön etu sitä vaatii. Tästä havainnosta eli eräänlaisesta itsekkyyssäännöstä⁴¹⁴ on vain kukonaskel vastaaviin todistelusääntöihin. Sekä todistusteemoihin että todistustaakkaan tulee tästä syystä tarkennuksia kun kriisissä on emoyhtiö.

Ensiksikin konserni-intressi ja tytäryhtiöiden ”halukkuus” tukea emoyhtiötä putoavat pois todistelua vaativista osateemoista. Ne oletetaan annetuiksi. Näyttöä kaipaa enää vain tytäryhtiöiden kyky tukea ahdingossa olevaa emoyhtiötään. Toiseksi todistustaakkaa saadaan hieman tarkennetuksi. Sen, joka kiistää konserni-intressin olemassaolon ja samalla tytäryhtiöiden ”halukkuuden” tukea emoyhtiötään, on vähintäänkin perusteltava väitteensä ja esitettävä siitä edes jotain näyttöä. Näyttövaikeudet ovat ilmeiset, mutta todistelu saattaa onnistuakin. Näyttönä voi olla esimerkiksi konsernihallinnon strateginen päätös. Konkurssikäytäntö nimittäin antaa välistä esimerkkejä päinvastaisestakin ajattelusta. Kannattava tytäryhtiö pelastetaan, mutta konsernin emoyhtiön (jolla normaalisti on pääosa velkarasituksesta) annetaan ajautua konkurssiin. Makuasiaksi jää, kutsutaanko toimintaa paheksuttavaksi strategiseksi konkurssiksi vai hyväksyttäväksi maksukyvyttömyyden haittojen minimoimiseksi.⁴¹⁵

Sen sijaan taloudellinen lainalaisuus ei sanele samalla tavalla, että emoyhtiön kannattaa aina tai pääsääntöisestikään tukea kriisiytynyttä tytäryhtiötään. Mikä konserni-intressi tällöin on, jää pakostakin ratkaistavaksi yksittäistapauksittain. Tästä taas seuraa, että konserni-intressi ja emoyhtiön halukkuus tukea kriisiytynyttä tytäryhtiötään nousevat jälleen näyttöä

414. Vaikka termi on otettu käyttöön tässä tutkimuksessa, säännöstä tuntuu sinänsä vallitsevan yksimielisyys. ”Tytäryhtiön konkurssi ei välttämättä vaaranna emoyhtiön maksukykyisyyttä, jos emoyhtiöllä ei ole tytäryhtiöissä vastuuta.” Ks. Ruohonen 2012 s. 187.

415. Vaikka strateginen konkurssi on yhdysvaltalainen termi, itse ilmiö tunnetaan toki muualakin. Venäjän oikeudessa on tässä yhteydessä tapana puhua tilauskonkurseista. Ne jaetaan kahden ryhmään, valekonkursseihin ja harkittuihin konkursseihin. Valekonkurssissa velallinen väittää totuuden vastaisesti olevansa maksukyvytön, velkoja-aloitteisella harkitulla konkurssilla taas on muu motiivi kuin maksun saaminen. Ks. lähemmin Koistinen 2012 s. 391.

vaativiksi todistelun osateemoiksi. Konsernirakenteen vaikutus todisteluun näkyy ehkä pelkistetyimmillään, kun konserniin on syntynyt alakonserni ja huomio kohdistetaan alakonsernin kuuluvan yhtiön maksukykyyn. Jos koko konsernin emoyhtiö eli niin sanottu ylempi emoyhtiö on kriisissä, se ohjaa kaikki alakonsernin vapaat varat omaan käyttöönsä. Alakonsernin emoyhtiö ei tällöin voi olettaa saavansa tukea ”omilta” tytäryhtiöiltään. Toisin sanoen alakonserni-suhde kumoaa konsernin normaalin itsekkyyssäännön, jonka mukaan kaikki varat keskitetään emoyhtiöön. Jos logiikkaa seurataan pitemmälle, konsernitukeen vetoavan on saavutettava näyttökynnys kaikkien osateemojen kohdalla. Jos taas ylemmällä konserniyhtiöllä ei ole maksukykyongelmia tai laajemmin kannattavuusongelmia, palataan tavallisiin sääntöihin. Oli niin tai näin, kummassakin tapauksessa maksukyvyttömyysarvio laajenee väistämättä koko laajan konsernin tilan käsittäväksi.

Voidaan väittää, että konserniyhteys jokseenkin aina välittää maksukyvyttömyysarvioon kaksi virhelähdettä. Niitä kutsutaan tässä tutkimuksessa lumevaikutukseksi ja konsernin maksukykyyn kierrättämiseksi. Nämä virhelähteet ovat luonteeltaan teknisiä, ne ovat - toisin kuin rakenteellinen konserni-intressin vinoutuminen - eliminoitavissa, kunhan niiden olemassaolo ja aiheuttama vääristymä vain pidetään mielessä. Lumevaikutus⁴¹⁶ johtuu siitä, että konserniyhtiöt omistavat yleensä toistensa osakkeita. Emoyhtiöllä on vähintäänkin enemmistö tytäryhtiöiden osakekannasta - muutoinhan konsernia ei pääsääntöisesti synny. Useimmiten emoyhtiön omistus on lisäksi sataprosenttinen eli ulkopuolisia osakkeenomistajia ei ole. Selvää on, että arvioitaessa emoyhtiön maksukykyä sen omistamat tytäryhtiön osakkeet lasketaan emoyhtiön varoiksi. Arvostukseen sovelletaan normaaleja arvostusperusteita, joten konserniomistus ei teoriassa eroa tilanteesta, jossa emoyhtiö omistaa minkä tahansa ulkopuolisen yhtiön osakkeita. Osakkeille annetaan niiden kirjanpitoarvo tai niin sanottu käyvä arvo, joka taas voi määräytyä joko tuottoarvoa tai substanssiarvoa seuraten.

Tosiasiallisesti konserniomistus kuitenkin poikkeaa ratkaisevasti tällaisesta tavallisesta omistuksesta. Emoyhtiön omistamien tytäryhtiösakkeiden

416. Nimitys ei ehkä ole paras mahdollinen, mutta oikean termin löytäminen ilmiötä kuvaamaan on jätettävä tulevan konsernitutkimuksen huoleksi. Itse ilmiö ei tietenkään riipu siitä, kuinka onnistunutta sitä koskeva kielenkäyttö on. Ks. esim. Immonen-Nuolimaa 2012 s. 24. Ohimennen todettakoon, että konserniyhtiöiden keskinäinen osakeomistus tietenkin mahdollistaa myös niiden (näennäisesti) edustaman varallisuusarvon aritmeettisen kaksinkertaistamisen. Omistus nimittäin tuo ”keinotekoisen erän kummankin yhtiön taseeseen.” Ks. Salminen 1998 s. 136. Hänen siitä käyttämänsä termi ”tasekupla” on lopputulosta ajatellen varsin osuva.

todellinen arvo kytkeytyy tytäryhtiön taloudelliseen tilaan.⁴¹⁷ Tytäryhtiön tila taas korreloi enemmän tai vähemmän koko konsernin taloudelliseen tilaan. Konsernin tila taas riippuu paljolti siitä, mikä tytäryhtiöiden osakkeita omistavan emoyhtiön oma taloudellinen asema on. Jos konserni voi taloudellisesti huonosti, tytäryhtiönkään taloudellinen tila ei hevin ole kehuttava. Tällöin omistettujen tytäryhtiöosakkeiden arvo on vähäinen. Unohtaa ei myöskään saa sitä, että omistava emoyhtiö pystyy suuresti vaikuttamaan tytäryhtiönsä tilaan ja samalla oman osakkeenomistuksensa arvoon. Jos emoyhtiö suosii esimerkiksi siirtohinnoittelussa tytäryhtiötä tai antaa sille muuta konsernitukea, osakkeiden arvo nousee. Tuen epääminen taas johtaa arvon laskemiseen. Jos sen sijaan emoyhtiö antaa tytäryhtiönsä ajautuu konkurssiin, osakkeet menettävät kokonaan arvonsa.

Jotta perusvirheeltä - eli käytännössä osakkeiden yliarvostukselta vältytään - emoyhtiötä koskeva arvio on tässäkin suhteessa pakko laajentaa koko konserniin tai vähintäänkin siihen tytäryhtiöön, jonka osakkeita emoyhtiö omistaa. Näin on tehtävä silloinkin, kun emoyhtiö ei vetoa mahdollisuuksiinsa saada tukea (muulta) konsernilta. Tällainen tukiväitehän saa, kuten edellä havaittiin, aikaan sen, että arvio muuttuu automaattisesti konserninlaajuiseksi kokonaisarvioksi. Myös emoyhtiön vastainen käyttäminen voidaan jossain määrin jäsentää konserni-intressin avulla. Jos tällainen intressi edellyttää tytäryhtiön tukemista, emoyhtiön omistuksen arvo on lupa olettaa pysyväksi. Jos taas intressi puuttuu, nopea arvonmenetys on mahdollinen.

Lumevaikutus näkyy toisessakin kohdassa, mitä ei ole yhtä helppo huomata. Tytäryhtiön edustama maksukyky potentiaali tulee otetuksi huomioon kahdella tavalla, toisin sanoen potentiaali tavallaan kahdentuu. Potentiaali otetaan huomioon sekä emoyhtiön osakkeenomistuksen kautta että tytäryhtiöltä saadun tai saatavan tuen muodossa. Nämä ovat toki hieman eri asioita: tuen voidaan sanoa perustuvan ennen kaikkea tytäryhtiön tulonhankintakykyyn eikä niinkään sen varallisuuteen. Kumpikin, osakkeenomistuksen arvo ja tukiodotukset, kuitenkin viime kädessä samaan tosiseikkaan, eli siihen, mikä on tytäryhtiön taloudellinen tila nyt ja lähitulevaisuudessa.

Mahdollisuus maksukyvyyn kierrättämiseen on eräänlainen lieveilmiö erillisten oikeussubjektien teoriasta. Koska konserniyhtiöt ovat erillisiä oi-

417. Tytäryhtiön osakkeista emoyhtiön kirjanpidossa ks. esim. Laitinen-Luotonen 1996 s. 24. He suosittelevat varovaisuutta arvostukseen, oli kysymys sitten alijäämästä (konserniaktiiva) tai ylijäämästä (konsernireservi) suhteessa osakkeiden hankintamenoon. Selvää on, että emoyhtiön osakkeille antamat kirjanpitoarvot eivät ole edes suuntaa-antavia harkittaessa, onko osakkeiden arvo noussut esimerkiksi konserniavustuksen seurauksena.

keussubjekteja, niitä haetaan ja ne asetetaan erikseen konkurssiin. Tämä on myös käytännössä tavallista. Maksukykyarvion kohteena on periaatteessa kerrallaan yksi konsernin yhtiö. Tämä pätee sekä historialliseen että ennustetyyppiseen arvioon. Näin maksukyvyyn arviointi on yhtiökohtaista, se hajaantuu lisäksi eri konkurssiasioihin, monasti myös eri tuomioistuimiin. Tämä avaa mahdollisuuden siihen, että konsernin ylimääräiset varat - sen liikkuva maksukyky - kohdistetaan aina siihen konserniyhtiöön, joka on kuvainnollisesti uhattuna ja jonka maksukykyä parhaillaan arvioidaan. Tällöin unohdetaan tai oikeammin tarkoituksella työnnetään syrjään kysymys siitä, riittääkö konsernin maksukyky samanaikaisesti kaikille kriisissä oleville konserniyhtiöille. Keskittyminen yhteen yhtiöön kerrallaan tuo arviointiin mahdollisuuden, mikä muodostuu konsernivarallisuuden tarkoituksellisesta kierrättämisestä.

Ääritapauksessa yhdenkään konserniyhtiön maksukyvyttömyyttä ei voida osoittaa, koska maksuihin tarvittavat varat ovat - ainakin teoriassa - saatavissa arvion tarkoittaman konserniyhtiön velkojen maksuun. Kun huomio siirretään toiseen yhtiöön, liikkuvat varat ”kohdistetaan” vuorostaan tähän yhtiöön. Tähänkin ongelmaan on luonnollinen ratkaisunsa. Kun jokaisen konserniyhtiön maksukykyarviossa otetaan huomioon koko konsernin tilanne, mahdollisuus maksukyvyyn kierrättämiseen leikkaantuu pois. Varsinaista uutta tämä ei tuo edellä kehiteltyihin todistelusääntöihin. Se lähinnä korostaa, kuinka tärkeää on selvittää tukea luvanneiden tai osaksi antaneidenkin muiden konserniyhtiöiden maksukyky. Myös tällä perusteella yhtä konserniyhtiötä koskeva konkurssihakemus tai täyttyvä maksukyvyttömyyden in-diisio heijastuu kaikkien muidenkin konserniyhtiöiden maksukykyarvioihin.

4.6.3 YHTIÖOIKEUDELLINEN MAKSUKYKYTESTI: TUKEA TULKINTAAN VAI SEKAANNUSTA ARVIOON?

Maksukykytesti on osakeyhtiölain velkojasuojasäännös. Ennen kuin yhtiö voi jakaa varoja omistajilleen, sen on varmistettava, että se ei ole maksukyvytön eikä myöskään tule varojen jakamisen seurauksena maksukyvyttömäksi (OYL 13:2).⁴¹⁸ Maksukyvyttömyydestä seuraa niin sanottua tasetestiä, jolla

418. Tällä perusteella onkin sanottu, että testin ”tulisi olla enemmän luonteelta vakavaraisuustesti kuin liiketaloudellinen maksukykyisyystesti.” Näin Sjögrén-Syrjä-Villa 2008 s. 457.

selvitetään, onko varojen jakaminen ylipäättään mahdollista osingonjakoa koskevien säännösten perusteella (OYL 13:5).⁴¹⁹ Tässä jaksossa keskitytään maksukykytestiin, koska se näyttää käsitteellisesti olevan insolvenssioikeudellisen maksukyvyttömyysarvion peilikuva. Ensimmäisessä kylläkin arvioidaan maksukykyä, toisessa maksukyvyttömyyttä. Asiallisesti niiden peilikuvaluonnetta on vaikea kiistää. Maksukykyarvio sisältää automaattisesti kannanoton maksukyvyttömyyteen ja päinvastoin. Näin ollen on luontevaa odottaa ensiksikin, että osakeyhtiölaista saadaan apua konkurssilain maksukyvyttömyyskäsitteen tulkintaan.

Toiseksi taas tuntuu kohtuulliselta olettaa, että yhtiössä tehty maksukykytesti on tuottanut sellaista aineistoa, joka on yksittäistapauksessa hyödyksi tehtäessä myöhempää insolvenssioikeudellista maksukyvyttömyysarviota. Potentiaalisia käyttökohteita on useampia. Hakijavelkoja voi esimerkiksi perustaa väitteensä velallisyhtiön maksukyvyttömyydestä kielteiseen testiin tai velallisyhtiö yrittää kumota myönteisen testin avulla maksukyvyttömyyden indiision luomaa oletamaa. Historiallisessa arviossa myönteisellä maksukykytestillä voidaan takaisinsaannissa tukea väitettä siitä, että velallinen oli maksun tai muun peräytettävän oikeustoimen tekemisen hetkellä maksukykyinen eikä myöskään tullut oikeustoimen vuoksi maksukyvyttömäksi. Tällöin maksukykytestin tulos joko voidaan siirtää sellaisenaan konkurssikontekstiin tai testimateriaali hyväksytään maksukyvyttömyysarvion pohjaksi (jolloin voidaan teoriassa päätyä saman aineiston nojalla erilaisen tulokseen).

Ensimmäisessä suhteessa ensisilmäys yhtiöoikeuteen tuottaa pettymyksen. Kirjallisuudessa korostetaan osakeyhtiölain ja ”esimerkiksi” takaisinsaantilain maksukyvyttömyyskäsitteiden erilaisuutta.⁴²⁰ Ensimmäinen on nimittäin tulevaisuuden maksukyvyn arviointia - mikä on tuotu kirjallisuudessa esiin olennaisena erona.⁴²¹ Lähempi perehtyminen hälventää tämän ensipettymyksen: ennustetyyppinen (insolvenssioikeuden) maksukyvyttömyyskäsitehän tarkoittaa juuri samaa. Kuvitelma helposta tulkintatuesta

419. Ks. esim. Immonen-Ossa-Villa 2011 s. 166. Ks. edellä jakso 2.3.2. Jaksossa on oletettu, että rakenteelliset tekijät heikentävät maksukykytestin luotettavuutta. Empiirisessä tutkimuksessa on havaittu, että osinkoa jakaessaan yritykset pyrkivät optimoimaan verorasituksen. Tästä seuraa, että ”osinko asettuu noin 9 %:n nettovarallisuuden määrästä riippumatta yrityksen maksuvalmiudesta, kannattavuudesta tai vakavaraisuudesta.” Ks. Sjögrén-Jokinen-Syrjä 2009 s. 796.

420. Ks. esim. Immonen-Ossa-Villa 2011 s. 166. Vrt. Siltala 2008 s. 21: ”TakSL:n mukainen maksukyvyttömyys on sisällöllisesti hyvin lähellä OYL:ssa tarkoitettua maksukyvyttömyyttä.”

421. ”OYL 13:2:n soveltamisessa ei ole kysymys ainoastaan maksukyvyttömyyden, vaan tulevaisuuden maksukyvyn arvioimisesta.” Näin Immonen-Ossa-Villa 2011 s. 166.

kuitenkin kaatuu lausumiin, joiden mukaan yhtiöoikeudelliseen maksukykytestiin kannattaa hakea tulkinta-apua insolvenssioikeuden käsitteistä.⁴²² Lausumista päätellen insolvenssioikeuden maksukykykäsite on sekä vakiintuneempi että kehittyneempi kuin vastaava yhtiöoikeudellinen käsite. Yhtiöoikeudellinen tutkimus nostaa kuitenkin paljon selvemmin esiin joitakin seikkoja, jotka ovat jääneet insolvenssioikeuden tutkimuksessa niukalle huomiolle.

Ensiksikin maksukykytesti perustetaan siihen informaation, joka on testihetkellä saatavissa. Tällöin kuitenkin käytetään ”kaikkea tiedossa olevaa informaatiota”. Tästä seuraa loogisesti - tosin sitä ei suoraan lähteessä kerrota - jälkiviisauden kielto.⁴²³ Kerran tehtyä testiä ei saa riitauttaa käyttäen sellaista tietoa, jota ei ole ollut testin tekijöiden tiedossa, toisin sanoen jälkikäteen kertynyttä informaatiota. Tämä sääntö selvästikin pätee myös arvioitaessa maksukyvyttömyyttä konkurssissa. Tosin kannattaa muistaa, että yhtiön johdon on näytettävä, että maksukykyä on testissä arvioitu asianmukaista huolellisuutta noudattaen eli todistustaakka on tavallaan sittenkin käännetty. Asianmukainen huolellisuus taas edellyttää sitä, että testihetkellä tunnetut seikat on otettu avoimesti ja objektiivisesti huomioon. Maksukykytestiä myös päivitetään koko ajan ”jatkuvasti täydentyvän informaatiovirran perusteella”. Toimijat eivät siis saa luottaa vanhoihin testeihin. Myös tämä vaikuttaa kokemuseräisesti uskottavalta. Maksukyky voi vaihdella hyvinkin nopeasti ulkoisten tapahtumien seurauksena. Vanhoilla arvioilla on periaatteessa vain todistusarvoa. Mitä vanhempi arvio on, sitä heikommasi sen todistusarvokin jää.

Toiseksi maksukykytesti ei tunnu muutoinkaan keventävän maksukyvyttömyysarviota, sen korvaamisesta puhumattakaan. Myönteinen maksukykytesti (yhtiö on katsottu maksukykyiseksi) ei todista yhtiötä maksukykyiseksi, kun yhtiötä esimerkiksi haetaan konkurssiin. Maksukykytestin luotettavuus on niin heikko, että voidaan kysyä, kelpuutetaanko sitä edes sellaiseksi vastanäytöksi, jolla yritetään kumota maksukyvyttömyysindiision luoma presumptio. Jokseenkin selvää on, että myönteinen maksukykytesti ei yksin sii-

422. Villa 2010 s. 356. Tieteenalojen rajat ylittävää kannatusta on saanut etenkin se tulkinta, jonka mukaan yhtiö on maksukykyinen, jos yhtiöllä ei ole vaikeuksia saada lyhyellä aikavälillä esimerkiksi rahoitusjärjestelyin tai kassavirrasta tuloja yhtiölle. Ks. Ruohonen 2012 s. 167. Tosin tällaista kriteeriä on pidettävä sisällöllisesti epämääräisenä ja sen soveltamista liian tapauskohtaisena. Kriitikko voi myös huomauttaa, että määritelmä on tiukempi kuin perinteinen. Perinteisessä määritelmässään sillä, miten vaikeaa velkojen maksamaan niiden eräpäivinä on, ei ole väliä, kunhan ne vain tietyllä todennäköisyydellä kyetään tuolloin maksamaan.

423. Ruohonen 2012 s. 271.

hen riitä. Sen sijaan kielteisen maksukykytestin - yhtiö on testissään todennut, että se on maksukyvytön eikä pysty jakamaan varoja - todistusarvo on suuri. Tämä johtuu osaksi siitä, että yhtiöllä ei ole egoistista motivaatiota tällaisen lopputuloksen tuottamiseen. Osaksi taas syynä on se, että yhtiön johto tuntee parhaiten yhtiön tilan. Voidaan sanoa, että kenelläkään ei voi olla parempaa informaatiota, kun maksukykyä arvioidaan. Jos johto pitää yhtiötä maksukyvyttömänä, tuloksen kumoaminen vaatii näin ollen vahvaa vastaperustelua, esimerkiksi johdon aikomusta tuhota yhtiö.⁴²⁴

Voidaan kysyä, mihin tämä epäluulo maksukykytestin luotettavuuteen perustuu. Vastaus on: institutionaaliset puitteet puuttuvat täysin. Kirjallisuudessa onkin osuvasti ja sarkastisesti sanottu, että laki jättää avoimeksi, kuka tekee testin, milloin se on tehtävä, mihin se on perustettava⁴²⁵ ja miten pitkälle tulevaisuuteen testi ulotetaan.⁴²⁶ Maksukykytestissä esimerkiksi konkretisoituu insolvenssioikeudesta tuttu jako going concern-arvoihin ja "todellisiin realisaatioarvoihin". Tosin ensimmäinen arvostusperuste tuntuu tässä yhteydessä ainoalta oikealta johtuen siitä, että maksukykytestin kohteena on normaalia toimintaa harjoittava ja sitä jatkava yritys. Suunniteltu osingonjako ei ole konkurssin kaltainen tapahtuma, joka päättää tai ainakin voi äkillisesti päättää yrityksen liiketoiminnan.

De lege ferenda onkin ehdotettu, että maksukykytestin ajallinen ulottuvuus määriteltäisiin (se voisi olla seuraava tilinpäätös) ja että laissa säädettäisiin, mitkä seikat otetaan testissä huomioon. Toisaalta testistä ei saisi kuitenkaan tulla liian raskasta ja byrokraattista.⁴²⁷ Keveyden ja luotettavuuden yhdistäminen on kuitenkin ympyrän neliöimiseen verrattava ongelma. Luottavan maksukykytestin on oltava melko formaalinen. Säänneltiin nämä kysymykset de lege ferenda miten tahansa, perustavanlaatuista ja samalla rakenteellista virhelähdettä on mahdotonta poistaa: maksukykytesti on velallisen oma arvio omasta maksukyvyttömyydestään. Velallisen omat arviot taloudellisesta tilastaan taas ovat kuuluja parhaimmillaan epärealistisuudestaan ja pahimmillaan micawberimaisesta ylioptimismistaan. Paradoksaalista kylläkin sisältövaatimuksiltaan osakeyhtiölain mukainen testi on tavallaan tiukempi, sillä siinä ei oteta huomioon konsernituen odotusta, joka taas noteerataan varsin korkealle konkurssilain tarkoittamassa maksu-

424. Tällainen nihilistinen motiivi ei ole, niin uskomatonta kuin se onkin, suinkaan tuntematon. Se on perinteisesti otettu huomioon arvioitaessa yhtiön elinkelpoisuutta. Ks. Koulu 1994 s. 278.

425. Arvostusperusteen valinta liittyy kaikkeen arvostukseen, joskin se on toki kouriintuntuvain aineettoman omaisuuden ja liikearvojen kohdalla. Ks. Siltala 2008 s. 20.

426. Näin Immonen-Ossa-Villa 2011 s. 166.

427. Ks. Ruohonen 2012 s. 274

4.7 VÄLITILINPÄÄTÖS: TUTKIMUSTULOKSIA JA POHDINTAA

Kun silmällä pidetään maksukyvyttömyyden indiisioita ja konkurssin esteitä, konserniyhteys näyttää tuovan enintään marginaalisia tulkintaongelmia. Indiisioita ei esimerkiksi uloteta yli yhtiörajojen, joskin ne saavat epäsuorasti merkitystä arvioitaessa konsernin kokonaistilannetta - jolla taas on tai ainakin voi olla huomattava vaikutus yksittäisen konserniyhtiön maksukyvyille. Hakijasaatavan kohdalla ongelmia jo nousee. Ne ovat osaksi todistelullisia: konsernissa ei ole aina helppo määritellä, kuka on saatavan oikea velallinen. Osaksi kysymys on tulkinnallinen, toisin sanoen missä määrin hakijavelkoja voi perustaa saatavansa samastukseen? Vastaus riippuu siitä, mitä edellytyksiä aineellinen oikeus asettaa vastuun samastamiselle ja ovatko nuo edellytykset niin yksiselitteiset, että tällaista samastussaatavaa voidaan pitää selvänä konkurssilain merkityksessä.

Mitä tulee maksukyvyttömyyteen, ajattelun murros alkaa jo näkyä vahvana. Samalla jakolinja suhteellisen modernin tutkimuksen ja vanhakantaisemman oikeuskäytännön välillä paljastuu. Tutkimusta leimaa juonne, jonka mukaan yhtiön kuuluminen konserniin on, tavalla tai toisella, otettava huomioon, kun sen maksukykyä arvioidaan. Konserniyhtiöön ei voi suhtautua samalla tavalla kuin itsenäiseen yhtiöön, joka on kriisissä omien resurssiensa varassa. Konsernissa on havaittavissa eräänlainen mikrotaloudellinen valu-maefekti (trickle down-syndrooma). Emoyhtiön hyvinvointi tihkuu viiveellä tytäryhtiöihin ja päinvastoin. Konserni on taloudellinen ja toiminnallinen kokonaisuus myös, kun siihen kuuluvaa yhtiötä haetaan konkurssiin. Konserniyhteyden merkitys riippuu kuitenkin paljon soveltamiskontekstista eli siitä, millaisesta maksukyvyttömyysarviosta on kysymys. Maksukykyarviot jakaantuvat historiallisiin ja ennustetyyppeihin. Ensimmäiset aktualisoituvat yleensä takaisinsaannin yhteydessä, jälkimmäiset taas haettaessa konserni-yhtiötä konkurssiin. Kannattaa muistaa, että myös historiallinen arvio sisältää ennustuselementtejä. On otettava huomioon, millaista kehitystä aikaiset perustellusti odottivat. Se seikka, että tapahtumakulku olikin toinen, ei vielä todista aikalaisarviota vääräksi.⁴²⁸

428. Etenkin 2000 -luvun oikeuskäytäntö panee siihen perehtyvän miettimään. Tapahtumien ja oikeudenkäyntien aikaväli on sitä luokkaa, että monissa ratkaisuisa otetaan kantaa vuosien 1990-1993 syvän laman tapahtumiin. Todisteet ja todistajat tuon ajan päätöksenteosta luulta-

Konserniyhteys vaikuttaa selvimmin ennustetyyppiseen arvioon. Konserni säännönmukaisesti haluaa auttaa kriisiyhtiötään, ellei muusta syystä niin ainakin kielteisen julkisuuden välttämiseksi. Vaikka konserniyhtiön konkurssi ei ehkä ylitäkään mediakynnystä, se tulee varmuudella luotonantajien ja liikekumppaneiden tietoon. Se on varoitusmerkki konsernin tilanteen heikentymisestä. Onko konsernilla kykyä tukea kriisiyhtiötään, on jo toinen asia. Konserniyhtiön maksukyvyn arviointi vaatii näin tavallisesti perehtymistä konsernin motiiveihin ja resursseihin. Normaalialueanalyysiä (joka sekin on työläs) on pakko täydentää konserni-informaatiolla: onko konsernilla halua tukea konkurssiin haettavaa yhtiötään ja onko sillä siihen kykyä? Kyky edellyttää ainakin jossain määrin likvidiä ja siirrettävää varallisuutta, joka toki voidaan hankkia luotonotolla.

Pulmaksi nousee, että konserniyhtiötä maksukyvyttömäksi väittävä ei hevin pääse käsiksi siihen aineistoon (konserni-informaatioon), joka tarvitaan analyysin pohjaksi. Teoriassa julkinen konsernitilinpäätös sisältää tämän informaation; siinä myös yhtiöiden keskinäiset velat on vähennetty, joten tilinpäätös paljastaa todellisen varallisuusaseman. Käytännössä asia ei ole näin yksinkertainen. Kriisiyhtiöt eivät useinkaan täytä kirjanpitolain mukaisia velvoitteitaan. Sitä paitsi pienten ja samalla konkurssiherkkien konserni- ei edes tarvitse laatia tällaista tilinpäätöstä. Sen sijaan konserniyhtiöllä itsellään on tähän aineistoon rajoittamaton pääsy, monasti jopa mahdollisuus valmistaa sellaista aineistoa, joka vahvistaa käsitystä konsernin vakavaraisuudesta ja halusta antaa tukea kriisiyhtiölle. Toisaalta joustava konsernihallinto ei ole omiaan tuottamaan sellaista ”kovaa” asiakirja-aineistoa, joka osoittaisi konsernin tukemishalun ja kyvyn.

Jotta konkurssin hakijan todistustaakka ei muodostuisi ylivoimaiseksi, hänen näyttövelvollisuuttaan on ohennettava. Analyysin ulkopuolelle täytyy jättää ensiksikin ne konsernituen muodot, joiden vaikutus tuntuu vasta pitkän ajan kuluttua. Toiseksi konserniyhtiön asiaksi jää asianosaisasetelmasta riippumatta sen näyttäminen, että konserni pystyy antamaan konserniavustusta tai konsernilainoja omaa maksukykyään vaarantamatta. Ohimennen todettakoon, että kriisiyhtiö omistaa usein muiden konserniyhtiöiden osakkeiden. Ne otetaan yhtiön varoina huomioon. Näiden osakkeiden arvo riippuu kuitenkin täysin siitä, mikä on omistetun yhtiön taloudellinen tila, joka taas kytkeytyy koko konsernin taloudelliseen tilaan.

vasti tuntuvat historian tutkimuksen termin ”viestintuojilta toisesta maailmasta” (‘messengers from another world’). Vuosikymmenen kestäneen nousukauden jälkeen on vaikea samastua lama-ajan mentaliteettiin.

Osakeyhtiölain mukainen maksukykytesti (OYL 13:2) mittaa periaatteessa samoja asioita kuin konkurssioikeuden käänteinen testi.⁴²⁹ Testi ei ole luotettava, mikä johtuu osaksi institutionaalisten puitteiden puuttumisesta, osaksi siitä, että testi on arvioinnin kohteen itsensä tekemä, maksukykytesti on toisin sanoen itsearvio. Velallisen arviot itsestään ovat tunnettuja optimistisuudestaan ja epärealistisuudestaan. Samasta syystä kieltävään tulokseen päätynyt testi - yhtiö pitää itseään maksukyvyttömänä - on jo selvää näyttöä tästä asiantilasta. Sellaiseen maksukyvyttömyyden myöntämiseen, mikä yleensä johtaa välittömään konkurssiin (KonkL 2:3.1), se ei tietenkään rinnastu. Sillä, käytetäänkö maksukykytestiä konkurssia haettaessa jonkinlaisena vastaennusteena vai takaisinsaannissa näyttönä velallisen historiallisesta maksukyvyystä, ei sen sijaan liene merkitystä.

429. Konkurssioikeuden testi arvioi maksukyvyttömyyttä, mutta kysymys on vain näkökulmasta. Arvio kohdistetaan samoihin seikkoihin, ja arviointiperusteetkin ovat yleensä samoja.

5. Takaisinsaanti konserniyhtiöiden välillä

5.1 VARALLISUUDENSIIRROT KONSERNISSA: KÄSITTEET JA TAKAISINSAANTITYYPIT

5.1.1 KONSERNITUKI JA SEN MUODOT

Konsernin tunnusomaisimpiin piirteisiin luetaan varallisuuden “vapaa” liikkuminen konkurssissa.⁴³⁰ Vapaa liikkuvuus taas on maksuhäiriöissä vaaran lähde, jos ajatellaan yksittäisen konserniyhtiön velkojaa ja hänen mahdollisuuttaan saada maksu kyseisen yhtiön varallisuudesta.⁴³¹ Adjektiivi “vapaa” ei tosin ole tässä yhteydessä aivan paikallaan, sillä varallisuuden liikkeet seuraavat konsernissa omia taloudellisia lainalaisuuksiaan. Muutoinkaan vapaa liikkuvuutta ei saa ymmärtää kirjaimellisesti: toki konserniyhtiöt siirtelevät rahojaan, mutta valtaosa konsernin varallisuudensiirroista johtuu siitä, että konserniyhtiöt käyvät keskenään kauppaa. Tällainen kaupankäynti on hyvin yleistä. On arvioitu, että esimerkiksi Yhdysvaltojen tuonnista puolet koostuu tällaisesta sisäisestä kaupankäynnistä.⁴³² Konsernin sisäistä kauppaa vauhdittaa luontainen kannustin: siinä transaktiokustannukset, etenkin ulkoiset, jäävät merkittävästi pienemmiksi kuin asioitaessa ulkopuolisten yritysten kanssa. Liiketoimintoja kannattaa sisäistää niin kauan, kunnes kasvavat sisäiset kustannukset (esim. organisaation kasvu) syövät ulkoisten kustannusten

430. Ks. esim. Kaisanlahti 2006 s. 575.

431. Common law -maissa erotetaan velkojia tietoisesti vahingoittavat varallisuudensiirrot ja sellaiset siirrot, joissa velkojille aiheutunut vahinko on oheisvahinko tai oheisseuraamus. Ensimmäisessä ryhmässä erotetaan vielä kaksi tapausvarianttia, toisessa velallisyhtiö tyhjenetään sisäisillä siirroilla, toisessa taas päin vastoin yhtä yhtiötä suositetaan näillä siirroilla niin merkittävästi, että se on haitaksi muiden konserniyhtiöiden velkojille. Oheisseuraamuksen kaltaisella vahingolla tarkoitetaan sitä haittaa, jonka velkoja kärsii muun muassa verotussyistä tehdystä sisäisestä siirrosta. Ks. Kraakman ym 2009 s. 127. Erottelu kiteyttää onnistuneesti myös Suomen oikeudessa syntyvät ongelmat.

432. Taloustieteessä puhutaan tässä yhteydessä “läheisistä sopimuspuolista” (‘related parties’), mikä on laajempi käsite kuin konserni. Termillä tarkoitetaan, että sama yritys omistaa merkittävän osan sopimuspuolista ja tavallisesti kontrolloi kumpaakin. Ks. esim. Krugman-Obstfeld 1997 s. 172. Näin konserniyhtiöt ovat aina tässä merkityksessä läheisiä mutta läheiset yhtiöt eivät välttämättä konserniyhtiöitä.

säästön. Sisäistä kauppaa on syytä suosia myös lainsäädännössä, koska se edistää tehokasta vaihdantaa, toisin sanoen pitää vaihdannan kustannukset matalina.

Varallisuuden liikkuminen konsernissa on näin sekä empiirisesti yleisempää että jossain määrin myös erilaista kuin kahden itsenäisen ja riippumattoman talousyksikön välillä. Erilaisuus näkyy erityisesti, kun joku konserniyhtiöistä asetetaan konkurssiin ja kuvitteellinen alkutila yritetään takaisinsaannin kautta ennallistaa. Yllätys tuskin on, että perinteiset takaisinsaantiperusteiden tulkinnat eivät sellaisinaan toimi eivätkä voikaan toimia konsernin muodostamassa erityistapauksessa. Lainsäätäjä ei kuitenkaan ole ottanut konsernia huomioon; erityisiä säännöksiä takaisinsaannin varalta konsernin konkurssissa ei ole sen enempää Suomessa kuin muissakaan pohjoismaissa. Perimmäinen kysymys jää näin kuulumaan, pidetäänkö konsernitalanteissa kiinni takaisinsaantisäännösten sanamuodoista ja vakiintuneista tulkinnoista, vaikka se tekeekin väkivaltaa soveltamiskohteilleen. Vaihtoehto perinteisille tulkinnoille nimittäin on. On mahdollista kehittää sellaisia uusia tulkintoja, joissa otetaan paremmin huomioon konsernin todellisuus, ennen kaikkea konsernin keskitetty johtaminen ja konsernia koossa pitävä konserni-intressi.

Kumpaakaan ilmiötä ei voida vallitsevana realiteettina kieltää; eri asia on, että ne saatetaan oikeudellisessa päättelyssä jättää huomiotta eli tavaltaan "dejuridisoida". Oikeudellista konsernitutkimusta voidaan yleiselle tasolla moittia siitä, että se järjestelmällisesti dejuridisoi konsernin, osaksi ehkä tiedostamatta, osaksi ehkä tietoisestikin. Kannattaa kylläkin panna merkille, että muun muassa insolvenssioikeudessa konsernin dejuridisoinnilla on etunsa. Dejuridisointi pitää yllä alajärjestelmien - esimerkiksi juuri takaisinsaantisäännösten - yksinkertaisuutta ja tuo ennustettavuutta lainsoveltamiseen. Siitä, että ennustettavuus on tarpeen takaisinsaantilain tulkinnassa, tuskin vallitsee erimielisyyttä.⁴³³ Puolustukseksi voidaan tarjota myös sitä, että konsernin dejuridisointi on käytössä monilla muillakin oikeudenaloilla.

UNCITRAL -mallilakiehdotus nostaa lainsäätäjän dilemman pöydälle. Se nimittäin esittelee vaihtoehtoiset sääntelystrategiat. Yhtäältä tavoitteeksi voidaan asettaa, että konsernin sisäiset toimet (transaction) on turvattava takaisinsaannilta, mikäli yksittäiset tapahtumat ovat luokiteltavissa tavan-

433. Takaisinsaannin kohdalla ennustettavuus - eli vanhahtavammin ennakoitavuus ja oikeusvarmuus - ovat sitäkin tärkeämpiä, koska tulkinta ohjaa transaktion osapuolten käyttäytymistä, toisin sanoen käsitystä "vaihdannassa sallituista toimintatavoista". Ks. Tammi-Salminen 2010 s. 604.

omaiseksi liiketoiminnaksi. Toisaalta taas intressien yhteys ja konsernissa avautuvat mahdollisuudet vilpillisiin järjestelyihin tuntuvat vaativan, että konsernissa sisäiset toimet ovat tehostetumman tarkkailun ja laajemman takaisinsaannin piirissä kuin vastaavat toimet riippumattomien yritysten välillä. Valintaa näiden vaihtoehtojen välillä mallilakiehdotuskaan ei pysty tekemään. Ehdotus tyytyy sen sijaan vierittämään vastuun kansalliselle lainsäätäjälle. Ehdotuksen mukaan kansallinen konkurssilaki "voi sallia" tässä tutkimuksessa konserni-intressiksi nimettyjen seikkojen huomioon ottamisen. Tällaisia seikkoja ovat muun muassa konserniyhtiöiden keskinäinen integroituminen, sisäisen toimen tarkoitus, sisäisen toimen tuottama hyöty koko konsernille sekä se, onko joku konserniyhtiöstä saanut toimen kautta sellaisia ylimääräisiä etuja, joita ei myönnettäisi ulkopuoliselle sopimus-kumppanille. Konkreettisin UNCITRAL -mallilain ehdotus on, että konkurssilaisissa pitää määritellä nämä seikat, sovellettava todistustaakka, vastaajan keinot puolustautua takaisinsaantia vastaan sekä konsernia koskevien erityissäännösten soveltamisala.⁴³⁴ Tosin tällaisia päätelmiä ei tarvitse tukea mallilakiin: vaatimukset seuraavat jo insolvenssilainsäädännölle asetetusta yleisestä ennustettavuuden vaatimuksesta.

Tässä tutkimuksessa lähtökohdaksi on otettu, että konsernikontekstissa taloudellisten näkökohtien dejuridisointi on viety liian pitkälle. Näitä näkökohtia ei voi totaalisesti sivuuttaa. Sivuuttaminen johtaa todellisuudelle vieraisiin sovellutuksiin, tuottaa yksittäistapauksissa kohtuuttomia lopputuloksia ja aiheuttaa sellaisia riskejä taloudellisesti perustellulle toiminnalle, että se haittaa yritysten sopeutumista muuttuneisiin olosuhteisiin. Ohimennen todettakoon, että maksuvaikeudet ja taloudelliset kriisit katsotaan seuraukseksi siitä, että yritykset eivät sopeudu muutoksiin. Tästä seuraa luonnostaan, että insolvenssilainsäädäntö ei saa nostaa esteitä tällaiselle sopeutumiselle, esimerkiksi uudelleenjärjestelyille ja/tai saneeraustoimille. Pikemminkin on kohtuullista odottaa, että lainsäädäntö tukee tavanomaisia ja aiheellisia tervehdyttämisyrityksiä.⁴³⁵

Ongelma konsernin sisäisten varallisuudensiirtojen peräyttämisestä tarkentuu kahteen pääkysymykseen ja kahteen sekundäärikysymykseen. Pääkysymyksiä ovat, kuten edellä jo mainittiin, konserniyhteyden vaikutus yhtäältä

434. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a s. 41.

435. Yhteys tervehdyttämistoimiin on ollut esillä muun muassa harkittaessa, ovatko kriittisen ajan kuluessa tehdyt maksut tavanomaisia. "Suomessa tähän näkökohtaan ei ole kuitenkaan kiinnitetty mainittavasti huomiota." Ks. Tuomisto 2012 s. 262. Samoin TakSL 5 §:n sopimattomuusharkintaan yhteys tervehdyttämisyrityksiin vaikuttaa vain vastanäyttöoikeuden kautta. Ks. Tuomisto 2012 s. 130.

määräämistoimen vahingollisuuden, toisaalta määräämistoimen vastikkeellisuuden arviointiin. Nämä arviot ovat monasti tai useimmitenkin päällekkäisiä: vastikkeellisuusarvio vaikuttaa tietenkin siihen, onko määräämistoimi vahingoittanut velkojia. Sekundäärikysymykset taas kuuluvat seuraavasti: ensiksikin miten konkurssin läheissääntely vaikuttaa konserniyhteydessä? Toiseksi taas päädytään kysymään, miten konserni-intressit (mitkä ne ovatkin) vaikuttavat määräämistoimen sopimattomuuden arviointiin.⁴³⁶ Yleinen takaisinsaantiperuste nimittäin asettaa takaisinsaannin ehdoksi sen, että määräämistoimella on ”sopimattomasti” suosittu velkojaa toisten velkojien kustannuksella (TakSL 5 §). Jälkimmäinen kysymys vaikuttaa ensimmäistä merkittävämmältä, koska sopimattomuuden pohdiskelu on perinteisesti saanut tutkimuksessa paljon huomiota.⁴³⁷

Ennen siirtymistä takaisinsaantisäännösten tarkasteluun on syytä sopia siitä kielenkäytöstä, jolla konsernissa tapahtuvia varallisuudensiirtoja kuvataan. Yhtiöoikeudella, vero-oikeudella ja insolvenssioikeudella on omat käsitteensä, jotka eivät ole yhteismitallisia. Kun käsitteistä on päästy yksimielisyyteen, on vasta aika sijoittaa varallisuudensiirrot takaisinsaantijärjestelmään, toisin sanoen miettiä, minkä takaisinsaantityypin - konkreettisesti takaisinsaantiperusteen - alaisuuteen ne kuuluvat, jos ne ylipäätään ovat takaisinsaataavissa. Kaikkien konsernin sisäisten varallisuudensiirtojen yleiskäsitteeksi otetaan ”konsernituki”; näinhän on edellä tehtykin muissa yhteyksissä. Jotta väärinkäsityksiltä vältytään, on syytä muistaa, että tällä käsitteellä on yhtiöoikeudessa erityismerkitys. Se nimittäin tarkoittaa muutoin kuin konserniavustuksina annettu tukea toiselle konserniyhtiölle, esimerkiksi niin sanottuna tukevana siirtohinnoitteluna tapahtuvaa auttamista.⁴³⁸ Tämä tutkimus ei sen sijaan rajaa näin käsitteen alaa. Myös konserniavustus on konsernitukea.

Konsernituen alakäsitteinä käytetään konserniavustusta, konserniluottoa, konsernivakuutta ja siirtohinnoittelua. Myös eri takaisinsaantitilanteita voidaan jos siihen on aihetta kuvata vastaavin alakäsittein. Esimerkiksi konserniakutuksella voidaan viitata konserniyhtiöiden väliseen - eli konsernin sisäiseen - kuittaukseen, konsernimaksulla konserniyhtiöiden suorituksiin toisilleen. Näihin kuittauksiin ja maksuihin liittyy tunnetusti monia erityis-

436. Tämäkin kysymys voidaan muotoilla edellä esitetyllä tavalla: muuttaako riittävän vahva konserni-intressi sopimattoman määräämistoimen ei-sopimattomaksi?

437. Ks. esim. Tuomisto 2012 s. 130. Sopimattomuus vie hänen esituksessään hieman alle puolet koko yleiselle perusteelle uhratusta sivumäärästä.

438. Ks. Immonen-Ossa-Villa 2011 s. 263. Verotuksen ja erityisesti vähennyskelpoisuuden näkökulmasta ks. myös Kukkonen-Walden 2010 s. 155.

piirteitä, jotka aiheutuvat niin sanotun konsernitalin käyttämisestä konsernin keskitettyyn varojenhallintaan.⁴³⁹ Lisäksi konkurssilaki kieltää käyttämästä kuittaukseen omaan pääomaan rinnastuvia pääomalainoja (KonkL6:2). Tämä sinänsä yleinen kieltö kohdistuu erityisesti konserneihin, ja se estää emoyhtiötä kuittaamasta velkojaan tytäryhtiölle antamallaan pääomalainalla.⁴⁴⁰ Sen sijaan muiden saatavien käyttämisestä kuittaukseen lain kieltö ei sanamuotonsa mukaan koske. Konserni muodostaakin otollisen maaperän kuittaukselle ennen konkurssia ja konkurssin aikana. Keskinäisiä velkasuhteita nimittäin syntyy taajaan. Konsernihallinto voi myös tietoisesti velkaannuttaa yhtiöitään niin, että kuittaustilaisuuksia syntyy. Konsernihallinto voi esimerkiksi määrätä kriisissä olevan konserniyhtiön jatkamaan tavaratoimituksia toiselle konserniyhtiölle (jolla on 'valmiiksi' vastasaatavia), vaikka toimittava konserniyhtiö ei saa maksua toimituksistaan. Itsenäisesti operoiva yhtiö luultavasti lopettaisi maksuvaikeuksissaan ensimmäiseksi sellaiset toimitukset, joista se ei saa maksua.

Konsernissa aktualisoituakin tavan takaa KonkL 6:2.3:n spesifinen kuittauskieltö. Sen mukaan velalliselle maksuun sitoutunut velkoja ei saa kuitata vastasaatavallaan, jos menettely (eli maksuun sitoutuminen) on rinnastettavissa velan maksuun ja kuvitteellinen maksu olisi ollut peräytettävissä konkurssipesään.⁴⁴¹ Konsernihallinnon määräys toimitusten jatkamisesta ilman maksua on esimerkiksi tulkittavissa merkiksi niin sanotusta maksunvarmistustarkoituksesta eli tietoisesta kuittaustilanteen luomisesta.⁴⁴² Ja jos maksamattomien toimitusten volyymi on kasvanut räjähdysmäisesti juuri ennen kriisiyhtiön konkurssia, muuta selitystä tapahtuneelle saa suorastaan hake-malla hakea. Ohimennen todettakoon, että kuittaustilanteiden järjestelyn helppous lienee syy siihen, miksi joissakin maissa kaikki konserniyhtiöiden väliset velkasuhteet joko mitätöidään tai muutetaan viimesijaisiksi konkurssissa.⁴⁴³ Tällöin tietenkin myös kaikkalainen kuittaus estyy, eikä kuittauskieltojen tulkinnasta tarvitse käydä oikeutta. Konkurssin erityiset kuittauskiellot

439. On myönnettävä, että termi "konsernimaksu" on kaksiselitteinen. Se voi tarkoittaa joko konserniyhtiön maksua toiselle konserniyhtiölle (sisäinen maksu) tai sitä, että konserniyhtiö maksaa toisen konserniyhtiön velan (ulkoinen maksu) - mikä sekin näyttää oikeuskäytännön valossa olevan tavallista.

440. HE 26/2003 vp s. 81.

441. Kuittauskiellon tulkinnasta ks. esim. Koulu 2009 s. 345.

442. Selvityksen esittäminen tästä tarkoituksesta on notorisesti hyvin vaikeaa. Niinpä tarkoitus joudutaan pääättelemään olosuhteista. Ks. Tuomisto 2012 s. 305. Tämä pätee myös konsernitalienteissa, koska harva konsernihallinto antaa kuvatussa tilanteessa määräystä niin, että siitä jää sen enempää paperisia kuin sähköisiä jälkiä.

443. Ks. jäljempänä jakso 7.1.

ovat nimittäin kaikkialla tunnettuja vaikeaselkoisuudestaan.

Konsernissa keskiöön nousee kuitenkin lahjan ja lahjanluontoisen sopimuksen peräyttäminen. Pääsäännön mukaan lahja peräytyy, jos se on täytetty myöhemmin kuin vuosi ennen määräpäivää (TakSL 6.1 § ensimmäinen virke). Velallisen läheiselle annettu lahja peräytyy, jos se on täytetty myöhemmin kuin kolme vuotta ennen määräpäivää, ellei näytetä, että velallinen ei ollut ylivelkainen eikä lahjan vuoksi tullut ylivelkaiseksi (toinen virke). Myös kauppa, vaihto ja muu sopimus peräytyy lahjan tapaan, jos suoritusten välinen epäsuhte sopimusta tehtäessä oli niin ilmeinen, että sopimusta osaksi on pidettävä lahjana (TakSL 6.3 §). Myös velan maksun ja vakuuden peräytyminen voi tulla konsernikonkurssissa ajankohtaiseksi. Maksu peräantyy, jos se on tehty myöhemmin kuin kolme kuukautta ennen määräpäivää ja velka maksettiin epätavallisin maksuvälinein, ennenaikaisesti tai määrällä, jota pesän varoihin nähden on pidettävä huomattavana (TakSL 10 §).

Tässäkin läheiselle tehty maksu on poikkeusasemassa. Se peräytyy vastaavin perustein, jos maksu on tehty myöhemmin kuin kaksi vuotta ennen määräpäivää, jos ei näytetä, että velallinen ei ollut maksukyvytön eikä maksun vuoksi tullut maksukyvyttömäksi (i.f.). Vakuuden peräytyminen on säännelty samalla konstruktiolla (TakSL 14 §). Konsernin sisäiset varallisuuden siirrot voivat joskus peräytyä myös yleisen takaisinsaantiperusteen nojalla.⁴⁴⁴ Oikeustoimi peräytyy, jos sillä on sopimattomasti suosittu velkojaa muiden velkojen kustannuksella, siirretty omaisuutta velkojen ulottumattomiin tai lisätty velkoja velkojen vahingoksi (TakSL 5 §). Peräytymisen ehtona on, että velallinen oli oikeustointa tehdessään maksukyvytön tai oikeustoimi osaltaan johti velallisen maksukyvyttömyyteen.

5.1.2 LÄHEISYYSSÄÄNTELYN VAIKUTUS KONSERNIKONKURSSISSA

Ensimmäinen sekundäärikysymys, läheissääntelyn toimivuus konsernitilanteissa, ei ole vaikea. Konserniyhtiöt ovat konkurssilain merkityksessä toistensa läheisiä. Tämä kääntää todistustaakan takaisinsaannille edulliseksi. Kun normaalisti kantajan on näytettävä toteen - esimerkiksi - oikeustoimen

444. Myös kumottu KS 46 §:n g -kohta sisälsi pidennetyn takaisinsaantiajan. Se ei kuitenkaan sanamuodoltaan soveltunut konsernin sisäisiin luovutuksiin, joten tutkimuksessa pitempää määräaikaa haettiin samastuksesta. Ks. Huttunen 1963 s. 183. Kuvaavaa on, että hän samanaikaisesti totesi, ettei kysymyksessä ollut käsitteellisesti samastus mutta että pitemmän takaisinsaantiajan käyttäminen toisaalta "voitiin katsoa samaistukseksikin".

vastikkeettomuus, läheisen saajan on sen sijaan osoitettava, että konkurssivelallinen (eli konsernitukea antanut konserniyhtiö) on saanut varallisuudensiirrosta asianmukaisen vastikkeen.⁴⁴⁵ Kuten muun muassa ratkaisu KKO 2004:115 osoittaa, käännetty todistustaakka suosii merkittävästi, jonkun mielestä ehkä suhteettomastikin, takaisinsaantioikeudenkäynnin kantajatahoa. Tämä johtuu tosin osaksi oikeustilan epäselvyydestä, osaksi taas teknisistä vaikeuksista saada näyttöä monimutkaisista taloudellisista syy-yhteyksistä. Takaisinsaantivastaajan - eli konsernitukea saaneen konserniyhtiön - on ensiksikin vaikea tietää, mikä on vastikkeeksi kelpavaa konsernitukea eli mistä sen ylipäättään on esitettävä näyttöä. Toiseksi konsernituki on monasti epäsuoraa, välillistä ja vaikeasti osoitettavaa, sen rahallisen arvon määrittelyn vaikeuksista puhumattakaan. Jos tuomioistuin ylläpitää ankaraa näyttökynystä, edellyttää konsernieduilta vahvaa konkreettisuutta ja nopeaa kertymistä, vastaaja on tuomittu epäonnistumaan todistelussaan.

Vaikka todistustaakan kääntymisen vaikutuksen voimasta voidaan väitellä, itse havaintoa ei voi kiistää: käännetty todistustaakka kompensoi pitkälti asymmetrisen informaation ongelmat. Kun lisäksi konsernia koskevia erityissäännöksiä ei ole, kokonaisuutena on oikeutettua sanoa, että takaisinsaantinstituutiolla pystytään puuttumaan hyvin tehokkaasti konsernin sisäisiin varallisuudensiirtoihin. Jos konsernispesifiä säännöksiä joskus laaditaan, niiden tavoitteeksi tulee näin takaisinsaannin tehokkuuden rajoittaminen. Läheissääntelyn merkitys takaisinsaannissa näkyy selvästi konsernisuhteissa. Konsernitilanteita onkin pidetty aiheellisesti sääntelyn tosiasiallisena painoalueena, vaikka luonnollisten henkilöiden läheissuhteet ovat lakitekstissä saaneet korostuneen aseman.⁴⁴⁶ Tämä on johtanut keskusteluun siitä, onko konkurssioikeuden läheiskäsite ja yhtiöoikeuden konsernikäsite sama asia, toisin sanoen yhtiöoikeudellinen konserni perustaa aina läheissuhteen. Nykyistä lakia ajatellen vastaus ei voi olla muuta kuin myöntävä, jos emoyhtiön ääntenenemmistö perustuu osakkeenomistukseen.⁴⁴⁷ Säädettyään lakiin on sen sijaan vaadittu sellaista itsenäistä läheiskäsitettä, joka ottaisi paremmin huomioon konsernin muodostaman intressiyhteyden.⁴⁴⁸ Vallitseva läheiskä-

445. "TakSL 8 § sisältää siis prosessuaalista erityissääntelyä siten, että vaikka takaisinsaantia vaativan täytyy vedota puuttuvaan vastikkeeseen, hänen ei tarvitse esittää näyttöä asiasta." Näin Kaisto 2006 s. 111.

446. Ørgaard 2002 s. 11. Eri asia on, että läheissääntelyn merkitys on käytännössä jäänyt yllättävän vähäiseksi. Takaisinsaanti-instituutio on tehokas muutoinkin, joten pitempiä takaisinsaantiaikoja ja käännettyä todistustaakkaa ei oikeastaan tarvita. Ks. lähemmin Miettinen 2011 s. 114..

447. Tuominen 1997 s. 59.

448. Andersen 1997 s. 440.

site nimittäin pohjautuu liaksi määräämisvaltaan eli dominanssiin. Tämän tutkimuksen kannalta läheissäätely ei muodosta pulmaa: läheisyys vallitsee aina, koska tässä tarkastellaan vain omistukseen perustuvaa konserninmuodostusta. Sen sijaan on kiintoisaa havaita, kuinka läheissäätely muodostaa ”poikkeuksen yhtiöoikeudellisesta subjektien erillisyyisdoktriinista.”⁴⁴⁹

Kysymys siitä, vallitseeko velallisyhtiön ja takaisinsaantivastaajan kesken konsernisuhde, voi nousta eräänlaiseksi esikysymykseksi takaisinsaantioikeudenkäynnissä.⁴⁵⁰ Vastaajan kannattaa jos mahdollista se riitauttaa, koska menestyvä riitautus parantaa ratkaisevasti hänen taktista asemaansa. Läheissuhteen olemassaolo ja puuttuminen vaikuttaa siinä määrin asian käsittelyyn ja todisteluun, että tämä eräänlainen esikysymys kannattaa käsitellä ja ratkaista ensimmäisenä. Julkaistussa oikeuskäytännössä läheisyysuhdetta koskevat riidat ovat kuitenkin hyvin harvinaisia. Tämä johtunee siitä, että suhteen olemassaolo on ollut tapauksissa niin kiistatonta, että siitä on ollut turha väitellä. Väitteellä on menestymisen mahdollisuuksia vain, kun määräämisvalta perustuu muuhun kuin omistukseen kuten sopimukseen. Tällöin läheisyysuhde syntyy ainoastaan silloin, kun yhtiöillä on ”taloudellinen etuyhteys”. Merkki tällaisesta etuyhteydestä on muun muassa alihintainen suoritteiden hinnoittelu.⁴⁵¹

5.2 KONSERNITUEN MUOTOJEN SJOITTUMINEN TAKAISINSAANTIPERUSTEISIIN

5.2.1 HELPPO TAPAUS: KONSERNIAVUSTUS

Konserniavustuksella tarkoitetaan tavallisesti tällä nimikkeellä annettua, näkyvää ja vero-oikeudelliset kriteerit⁴⁵² täyttävää avustusta, jonka yksi konserniyhtiö antaa toiselle. Jotta avustus hyväksytään konserniavustuslain mukaiseksi avustukseksi, emoyhtiön on omistettava 80 prosenttia tytäryhtiön osakekannasta. Epäloogista kylläkin äänimäärällä ei ole tässä yhteydessä

449. Kangas 1993 s. 279. Hän jatkaa: ”Vaikka konsernisuhteessa olevilla yhtiöillä onkin oma erillisvarallisuutensa, muodostavat ne sellaisen taloudellisen kokonaisuuden, joka presumoi niiden väliset oikeussuhteet läheisten välisiksi.”

450. Tuominen 1997 s. 57. Tulkinnanvaraisista läheistilanteista konsernissa ks. Miettinen 2011 s. 53..

451. Ks. Tuominen 1997 s. 59. Jos kanteessa vaaditaan siirtohinnoittelun peräyttämistä, sama tosiseikka, syrjivä hinnoittelu, muodostaa samalla kertaa sekä takaisinsaantiperusteen että läheisyysperusteen. Näin kanteen lopputulos periaatteessa määrää läheisyyden ja läheisyys taas muun muassa todistustaakan jakaantumisen, pitemmät takaisinsaantiajat ja niin edelleen.

452. Vero-oikeudellisista kriteereistä ks. esim. Siltala 2008 s. 23.

merkitystä. Kirjallisuudessa myönnetään avoimesti, että avustusta voidaan antaa myös konserniavustuslain ulkopuolella. Tällainen ”ulkopuolinen” avustus annetaan usein peiteltyä tai piilevänä, monasti jäljempänä esille tulevaa konsernitilijärjestelyä hyväksi käyttäen.⁴⁵³ Myös keskinäisten suoritusten ali- ja ylihinnoittelu on luokiteltu peiteltyksi konserniavustukseksi, koska se ei - toisin kuin julkinen konserniavustus - näy tilinpäätösinformaatiosta.⁴⁵⁴ Kielellisesti ”konserniavustus” tuo yleensä mieleen emoyhtiön tytäryhtiölleen antaman avustuksen. Mitään käsitteellistä tai kielenkäytöllistä estettä ei ole sillekään, että tytäryhtiön sanotaan antavan konserniavustuksen emoyhtiölle tai toiselle tytäryhtiölle. Vastaavasti konserniluotto voi olla minä tahansa konsernin yhtiön toiselle konsernin yhtiölle antama luotto. Vero-oikeudessa konserniavustuksen luonne hämärtyy, sillä se hahmotetaan voitollisten ja tappiollisten konserniyhtiöiden verotettavan tulon tasaukseksi.⁴⁵⁵

Muodollisjuridisesti konserniavustus toki on vastikkeeton varallisuuden-siirto antajalta saajalle. Se käsitteellistetään kylläkin vaihtelevasti. Jos avustuksen antaa emoyhtiö tytäryhtiölle, se luokitellaan taloudellisesti ”vastikkeettomaksi pääomasijoitukseen rinnastuvaksi liiketapahtumaksi”.⁴⁵⁶ Jos taas emoyhtiö saa vastaavan avustuksen tytäryhtiöltään, avustus luonnehditaan tässä merkityksessä tytäryhtiön jakamaksi osingoksi, väliosingoksi tai ennakko-osingoksi.⁴⁵⁷ Tytäryhtiön toiselta tytäryhtiöltä saama konserniavustus taas määritellään käsitteellisesti ”osingonjakoon rinnastuvaksi ’suunnatuksi’ osingonjaoksi”.⁴⁵⁸ Kulki avustus kumpaan suuntaan tahansa, siihen sovelletaan näin lain vaatimaa maksukykytestiä (OYL 13:2). Samoin on pidetty selvänä, että konserniavustuksena tapahtunut varallisuudensiirto on peräytettävissä takaisinsaannilla sen antaneen konserniyhtiön konkurssipesään.⁴⁵⁹ Takaisinsaannin perusteena on tällöin lahjoja ja lahjanluonteisia luovutuksia koskeva säännös (TakSL 6 §). Tosin kannattaa huomata, että kannanotoissa pidetään silmällä tyypillisesti emoyhtiön antamia konserniavustuksia. Ei

453. Ks. Punta 2004 s. 11.

454. Ks. Vedenkannas 2007 s. 21.

455. ”Suomen, Ruotsin ja Norjan soveltamassa konserniavustusjärjestelmässä voitollinen konserniin kuuluva yhteisö siirtää verotettavaa tuloaan toisen samaan konserniin kuuluvan yhtiön tuloksi.” Näin Äimä 2009 s. 94.

456. Joskus kannanotto siihen, onko avustus vastikkeellinen vai vastikkeeton, jätetään sikseen. Sillä ei nimittäin ole yhtiöoikeuden kontekstissa merkitystä, kun taas insolvenssioikeuden kontekstissa ero on ratkaiseva.

457. Villa 2012 s. 105.

458. Pönkä 2012 s. 391.

459. Ruuhonen 2012 s. 195. Vrt. ehkä Kaisto 2006 s. 110: ” - - - konserniavustuksen oikeudellista luonnetta voidaan pitää selkiintymättömänä.”

ole kuitenkin syytä olettaa, että tytäryhtiön emoyhtiölle tai toiselle tytäryhtiölle antamiin konserniavustuksiin suhtauduttaisiin perustavasti eri tavalla.

Takaisinsaannilta välttäään vallitsevassa tulokinnassa vain, jos konserniavustuksen vastikkeettomuus onnistutaan yksittäistapauksessa riitauttamaan. Tämä edellyttää, että avustusta antava konserniyhtiö on saanut tai on saamassa avustuksen vastaanottaneelta konserniyhtiöltä tai ehkä muilta konserniyhtiöiltä konsernietuja. Näiden etujen on ensiksikin vastattava annetun konserniavustuksen määrää, toiseksi saatujen tai vastaisuudessa saatavien etujen ovat oltava riittävän kiinteässä yhteydessä annettuun avustukseen.⁴⁶⁰ Jos ajatellaan konserniavustuksen tyyppitapausta emoyhtiö -> tytäryhtiö, näyttää ilmeiseltä, että vastikkeellisuuteen vähimmillään riittää tytäryhtiön tuloksentekokyvyn vahvistuminen tai vähintäänkin säilyminen. Tämä vaikutus nimittäin näkyy aikanaan emoyhtiölle tulevien osinkojen kasvuna sekä emoyhtiön tytäryhtiöomistuksen arvon nousuna verrattuna siihen, mitä olisi tapahtunut, ellei avustusta olisi annettu. Sen sijaan konserniavustus tytäryhtiö -> tytäryhtiö on kaikkein vaikeimmin hyväksyttävissä niin yhtiöoikeudessa kuin konkurssioikeudessaakin. Yhtiöoikeudessa avustus voi saada oikeutuksensa yhtiöiden keskinäisellä yhteistyöllä.⁴⁶¹ Konserniavustus tytäryhtiö -> emoyhtiö puolestaan sijoittuu, mitä tulee perusteltavuuden vaatimukseen, näiden ääritilanteiden väliin.

Tähän vastikkeellisuuden problematiikkaan kytkeytyvä erilliskysymys kuuluu, missä ajassa näiden konsernihyötyjen on kerryttävä, jotta ne otetaan huomioon avustuksen vastikkeellisuutta arvioitaessa. Teoreettisesti oikea vastaus - hyödyt otetaan huomioon niin pitkältä ajalta kuin niitä tulee, toisin sanoen avustus vaikuttaa - on käytännön ongelmanratkaisukyvyltään heikko. Voidaan myös luetella joitakin etuja, joita ei oteta konsernihyötyinä huomioon, olivat ne miten kiistattomia ja laskettavissa olevia tahansa. Tällainen vaikutukseton (eli tavallaan hyödytön) ”hyöty” on konserniavustuksella saavutetut verotukselliset edut. Ratkaisusta KKO 2004:115 on lisäksi päätelty, että konkurssilta välttyminen ei vielä tee konserniavustuksesta vastikkeellista.⁴⁶² Emoyhtiö ei siis ”hyödy” millään tavalla siitä, että tytäryhtiötä ei aseteta konkurssiin. Päätelmään voidaan periaatteessa yhtyä, joskin tytäryhtiön välttyminen konkurssilta on tietenkin edellytys sille, että osinkoja saadaan ja osakkeenomistus säilyttää jatkossakin arvonsa.

Säädettävän lain näkökulmasta on syytä huomata, että perusajatus emo-

460. Tähän riittävyys- ja yhteysongelmaan palataan jäljempänä.

461. Immonen-Nuolimaa 2012 s. 211.

462. Kaisto 2006 s. 112.

yhtiön konserniavustuksesta vastikkeettomana pääomasijoituksena tytäryhtiöön on loogisesti kestävä. Pääomasijoitus on nimittäin kaukana lahjasta sen yleiskielisessä merkityksessä. Lahjallehan on tyypillistä, että lahjan antaja ei voi vaatia lahjaa takaisin. Sen sijaan pääomasijoituksen tehnyt saa sijoituksensa takaisin, kun kyseinen yhtiö purkaantuu. Se, että oman pääoman ehtoisen sijoituksen tehneen tahon etusija varojen jaossa on huonompi kuin vieraan pääoman ehtoisen sijoituksen tehneen tahon, ei asiaa muuta.⁴⁶³ Jos ja kun oikeus saada pääomasijoitus takaisin otetaan huomioon, konserniavustus onkin vastikkeellinen ja jää lähtökohtaisesti takaisinsaannin ulottumattomiin. Se seikka, että konserniavustus luokitellaan vero-oikeudellisessa kirjallisuudessa ”vastikkeettomaksi liiketapahtumaksi”, ei tietenkään estäisi pitämästä konserniavustusta konkurssissa vastikkeellisena varallisuuden-siirtona.⁴⁶⁴ Vaikka periaate oikeusjärjestyksen koherenttisuudesta tunnustetaan, yrityksen konkurssitila on siinä määrin spesifinen toimintaympäristö, että vastikkeellisuuden tai vastikkeettomuuden yhteistulkintaa ei kannata pitää itseisarvona. Samaan hengenvetoon on hyväksyttävä tosiseikkana, että tulkinta konserniavustuksesta vastikkeettomana varallisuuden-siirtona on kuitenkin vakiintunut.

5.2.2 KESKIVAIKEA TAPAUK: KONSERNILAINA JA KONSERNIVAKUUS

Konsernilaina eli konserniluotto on määritelmän mukaan konserniyhtiön toiselle konserniyhtiölle tekemä velaksianto eli taloustieteen termein vieraan pääoman ehtoinen sijoitus. Myös konserniluoton päätyyppi lienee emoyhtiön tytäryhtiölle antama laina. Konserniluotto on vastikkeellinen siinä merkityksessä, että luoton takaisinmaksua edellytetään eli erääntymisajasta sovitaan ja jonkinlaista korkoa on tapana maksaa. Toinen asia on, että korkoon voidaan soveltaa joko alihinnoittelua (luotonsaajayhtiö maksaa markkinaehtoista korkoa matalampaa korkoa) tai ylihinnoittelua (luotonsaajayhtiö maksaa markkinaehtoista korkoa korkeampaa korkoa). Ylihinnoittelu on vailla merkitystä luotonantaja-yhtiön konkurssissa: tällainen hinnoitteluhan ei vahingoita velkojia, eikä se ole näin edes teoriassa takaisinsa-

463. Pääomasijoitusten asemasta konkurssissa yleisesti ks. Havansi 1987 s. 123. Konserniyhtiöiden välisissä velkasuhteissa raja osakkeenomistajan ja velkojan asemien välillä on vielä häilyvämpi kuin muutoin. Velkoja voidaan sisäisin toimin muuttaa osakkeenomistajaksi (tai laajemmin pääomasijoittajaksi, esimerkiksi pääomalainan velkojaksi) tai pääomasijoittaja velkojaksi.

464. Vero-oikeudellisesta näkemyksestä ks. Villa 2012 s. 94.

nin piirissä. Sen sijaan alihinnoiteltu luotonanto voi olla lahjanluontoinen sopimus ja sellaisenaan peräytettävissä. Tämä kuitenkin edellyttää ilmeistä epäsuhtaa suoritusten välillä (TakSL 6.3 §). Kriteeri ei juuri voi käytännössä täytyä. Ilmeinen epäsuhta voi vallita, jos luottoaika on hyvin pitkä (kymmeniä vuosia), luotto on kokonaan koroton ja yleinen korkotasoa korkea. Takaisinsaanti kaatuu tällä hetkellä viimeistään jälkimmäiseen kriteeriin. Vaikka näin ei kävisikään, alihinnoitellun velaksiannon peräytyminen antaa varsin niukan hyödyn konkurssipesälle. Hyötyä on lähinnä se, että luotto erääntyy heti takaisinmaksettavaksi, toisin sanoen konkurssipesä ei ole sidottu alkuperäiseen, ehkä hyvinkin pitkään luottoaikaan. Korkotasojen ero (sovittu korko/käyvä korko) taas tulee korvattavaksi palautusvelvollisuuden tahon velaksiannosta saamana hyötynä (arg, TakSL 17 §).⁴⁶⁵

Peritty ylikorko voi sijoittua myös yleisen takaisinsaantiperusteen soveltamisalaan. Ylikorolla nimittäin suositetaan tällaista korkoa perivää velkojaa - tässä tapauksessa emoyhtiötä - muiden velkojien kustannuksella. Suosiminen on myös luokiteltavissa sopimattomaksi, jos korko ylittää huomattavasti käyvän korkotason ja luottoa olisi ollut saatavissa markkinakorolla. Takaisinsaantivaatimus kaatuu tässäkin yleensä viimeiseen kohtaan. Kuten edellä havaittiin, kriisiyhtiö ei hevin saa luottoa tavanomaisilta markkinoilta.⁴⁶⁶ Asia erikseen on, että kirjallisuudessa kehitellyt kriteerit oikeustoimen sopimattomuudelle harvoin soveltuvat muutenkaan ylikorkoon.⁴⁶⁷ Toki on myönnettävä, että ylikorko on oiva tapa siirtää varallisuutta vähitellen ja huomaamatta velallisen läheiselle, mitä on sitäkin pidetty tyyppillisenä sopimattomuuden ilmentymänä.⁴⁶⁸

Voidaan kysyä, kuinka perusteltua on pitää yllä jyrkkää eroa konserniavustuksen ja konsernilainan välillä. Käsitteellisesti ero toki on perustavanlaatuinen. Ensimmäinen on vastikkeettomana "pääomasijoituksena" tavallisesti takaisinsaataavissa, jälkimmäinen taas on "tavallisena velaksiantona" takaisinsaannin ulottumattomissa, jos velaksiannon ehdot ovat normaalit. Taloudellisesti lopputulos on kuitenkin aivan sama: kriisiyhtiö saa uutta pääomaa esimerkiksi emoyhtiöltä. Eron merkitystä hälventää myös se, että reaalisena varojensiirtona toteutunut konserniavustus voidaan nimetä joko pääomalainaksi tai tavalliseksi velaksiannoksi, tosin jälkimmäinen otsikointi

465. Koulou 1999 s. 226.

466. Ks. edellä jakso 4.5.1.

467. Ks. esim. Tuomisto 2012 s. 111. Yksi soveltumaton kriteeri on esimerkiksi konkurssin seuraaminen lyhyen ajan kuluttua - jolloin ylikorkoa ei juuri ole ehditty maksamaan eikä sen raskautavuuskaan ei vielä näy.

468. Tuomisto 2012 s. 113.

merkitsee aina veroeduista luopumista.⁴⁶⁹ Sen sijaan kirjanpidollisesti annettu avustus on jälkikäteen konvertoitavissa pääomalainaksi ilman, että konserniavustuksen sisältämä veroetu menetetään.

Konsernivakuus on saman kielenkäytön mukaan pantti tai takaus, jonka konserniyhtiö antaa toisen konserniyhtiön velasta, toisin sanoen "vieraasta" velasta.⁴⁷⁰ Tällainen vakuus tulkitaan tavallisesti lahjanluonteiseksi. Tutkimuksessa tosin on erimielisyyttä siitä, onko tällainen vakuus viime kädessä lahja luotonsaajalle (joka on siis toinen konserniyhtiö) vai luotonantajalle, (joka on tavallisesti ulkopuolinen rahoituslaitos). Samoin tutkimuksessa kiistellään edelleen siitä, mikä merkitys annetaan luotonantajan vilpittömälle mielelle. Tämä kiista johtuu vaikeuksista määritellä, kuuluuko konsernivakuus TakSL 6 §:n vai TakSL 20 §:n soveltamisalaan. Näihin kiistakysymyksiin ei tässä puututa, vaan huomio kiinnitetään tilanteisiin, joissa konsernivakuutta ei pidetä vierasvelkavakuutena vaan se rinnastetaan velallisen omasta velastaan antamaan vakuuteen. Tällöin siihen sovellettavaksi tulee TakSL 14 §.⁴⁷¹ Kyseinen säännös taas antaa ratkaisevan merkityksen sille, onko vakuus annettu uudesta vai vanhasta velasta. Tätä luotonantajalle lievempää tulkintaa puolletaan, kun vakuudenantajayhtiön ja luotonsaajayhtiön välillä vallitsee "järjevä taloudellinen yhteys."⁴⁷²

Konsernissa vaatimus taloudellisesta yhteydestä tuntuu täyttyvän itsettään, minkäänlaista oikeudellista konstruktia ei tarvita. Tämä seuraa siitä, että konserni on taloustieteen oppien mukaan aina taloudellinen kokonaisuus. Huomio kiinnittyy näin ollen siihen, mitä tulkinnoissa ei suoraan sanota. Jos kannanotot ymmärretään sananmukaisesti, tapaus ohjautuu TakSL 14 §:n soveltamisalaan yksistään sillä perusteella, että konserniyhteys ylipäättään vallitsee. Toisin sanoen ei vaadita mitään selvitystä siitä, että vakuuden antanut konserniyhtiö jotenkin hyötyisi toimestaan. Vakuuden antamisen ei siis tarvitse tuottaa sellaisia välittömiä, konkreettisia hyötyjä vakuuden

469. Näissä tilanteissa ei tietenkään voi puhua "konserniavustuksesta" sen vakiintuneessa kirjanpidollisessa ja vero-oikeudellisessa merkityksessä. Asiallisesti ja taloudellisesti toki konserniyhtiö avustaa tällöinkin toista konserniyhtiötä. Kielenkäyttöä on mahdollista selkiinnyttää esimerkiksi puhumalla "konserniavustuksesta" ja "avustuksena annetusta konsernituesta".

470. Pulkkinen 1993 s. 1176. Tulkinnan ja käsityksen konsernista taloudellisena kokonaisuutena välillä ei aina edes nähdä ristiriitaa. "Konserniyhtiöiden välisessä vakuudenannossa on oikeudellisesti kysymys vakuuden antamisesta vieraasta velasta, vaikka konserniyhtiöt taloudellisesti nähdään saman yrityskokonaisuuden osina." Näin Kärkkäinen 2009 s. 298. Ristiriita vältetään dejuridisoinnalla konserni-intressi. Joskus laki nimenomaan kieltää konsernivakuuden. Esimerkiksi debentuurin liikkeellelaskija ja sen konserniin kuuluva muu yhteisö ei saa antaa vakuutta debentuurista. Ks. lähemmin Villa 2012b s. 1188.

471. Kaisto 2006b s. 362.

472. Kaisto 2006 s. 179.

antaneelle konserniyhtiölle, mitä muutoin vaaditaan takaisinsaannin torjumiseksi.⁴⁷³ Merkitystä ei nähtävästi ole silläkään, että ”järkevä taloudellisen yhteyden” osoitettaisiin kyseisessä yksittäistapauksessa de facto puuttuvan, esimerkiksi konserniyhtiöt toimivat käytännössä kuten itsenäiset yhtiöt eivätkä muodosta taloudellista kokonaisuutta sen enempää yleiskielen kuin taloustieteenkään merkityksessä.

Jos todellisia konsernihyötyjä ryhdytään kuitenkin tällaisissa vakuustilanteissa hakemaan, käsite ”järkevä taloudellinen yhteys” on helppo purkaa osiin. Tällainen yhteys näyttää vallitsevan ensiksikin silloin, kun konserniyhtiöt omistavat toisensa tai emoyhtiön määräämisvalta tytäryhtiössä perustuu osake-enemmistöön. Pulmia nousee lähinnä silloin, kun määräämisvalta tukeutuu osakassopimuksen kaltaisiin, vähemmän pysyviin järjestelyihin. Toiseksi taloudellinen yhteys on olemassa, kun konsernin yhtiöt ovat yhden ja saman tuotanto- tai markkinointiketjun osia. Ja kääntäen: järkevä taloudellinen yhteys tässä merkityksessä pystytään kiistämään, kun konserniyhtiöillä on esimerkiksi omat asiakkaansa ja tuotantolinjansa.

Pohjoismaisessa kirjallisuudessa merkitystä on annettu myös sille, onko vakuuden antaminen toisen konserniyhtiön velasta ollut ”liiketaloudellisesti perusteltua”.⁴⁷⁴ Jos tätäkin tulkintaa luetaan kirjaimellisesti, luenta tiukentaa poikkeukselle asetettuja vaatimuksia. Kaikki konsernin sisäiset vakuudenantamiset kun eivät välttämättä ole näin perusteltavissa. Konsernijohto on voinut erehtyä arvioissaan tai vakuuden antaminen on tietoisesti irrotettu liiketaloudellisesta rationaliteetista. Vakuus annetaan esimerkiksi imago- syistä tai julkisen lupauksen pakottamana.⁴⁷⁵ Liiketaloudellinen perusteltavuus kytketään varsin yllättävästi vakuuden antajan maksukykyyn, millä ei taas tunnu olevan mitään tekemistä vakuuden antamisen liiketaloudellisen perusteltavuuden kanssa. Liiketaloudellinen perusteltavuus liittyy pikemminkin siihen, että vakuuden avulla saatu luotto mahdollistaa tytäryhtiön toiminnan tai ainakin estää sen ajautumisen konkurssiin - jolloin vastaiset osinkotulot jäävät saamatta ja emoyhtiön osakkeenomistus tytäryhtiössä menettää arvonsa. Liiketaloudellinen perusteltavuus rinnastuu näin pitkälti konsernihyödyiksi kutsuttuihin etuihin.

Määriteltiin poikkeuksen ala miten tahansa, peruskysymykseksi jää, teh-

473. Vrt. ehkä Pulkkinen 1993 s. 1186. Hänen mukaansa vierasvelkapanttauksen lahjanluonteisuus jää ratkaistavaksi in casu. Tämä viittaa siihen, että konserniyhteys sinänsä ei riitä, vaan taloudellisen yhteyden on oltava tavalla tai toisella kiinteämpää.

474. Ørgaard 2002 s. 53.

475. Tällaista irrationaalista tukemista ilmeisesti esiintyy jossain mitassa konsernikäytännössä. Ks. edellä jakso 4.5.2.

dääntö arvio vakuus omasta velasta/vakuus vieraasta velasta tapauskohtaisesti vai kiintein säännöin. Tapauskohtainen harkinta on saanut kannatusta kirjallisuudessa. On myönnettävä, että tällainen tulkinta vastaa paremmin takaisinsaanti-instituution tarkoitusta. Se kuitenkin pakottaa asianosaiset laajaan todisteluun. Samoin lopputulokset ovat ennustamattomia, mikä vaarantaa kriisiyhtiön ja nähtävästi muunkin konsernin luotonsaantia. Kun oikeustila on epäselvä, luotonantaja välttää riskin vain jättämällä luoton myöntämättä. Oma kysymyksensä on, miten todistustaakka jakautuu, mikä taas riippuu siitä, onko vakuus annettu velallisen läheiselle vai ei (TakSL 14 § i.f.). Luotonantaja-vakuudensaajahan ei muodollisesti ole velallisen läheinen, vakuus annetaan tyypillisesti ulkopuoliselle rahalaitokselle. Sen sijaan se taho eli toinen konserniyhtiö, jonka puolesta takaus annetaan, sitä on. Läheisyyttä arvioitaessa huomioon otetaan kuitenkin vain vakuudenantaja - vakuudensaajasuhde, mikä on tavallaan epäjohdonmukaista.

Konsernivakuuksien kohdalla erillisten oikeussubjektien periaate pettää toisessakin kohdassa. Lähtökohtaisesti sivullisen antamat vakuudet⁴⁷⁶ eivät ole takaisinsaannin piirissä. Tällainen vakuushan ei mitenkään vaaranna konkurssivelkojien asemaa, hehän päinvastoin hyötyvät siitä, että konkurssivarallisuuteen kertyy lisää varoja. Poikkeusasemassa kuitenkin ovat tai ainakin voivat olla ne tapaukset, joissa tytäryhtiö antaa vakuuden emoyhtiön velasta ja emoyhtiö sittemmin joutuu konkurssiin, mutta sen sijaan tytäryhtiö välttää konkurssin (tapaus 3a).⁴⁷⁷ Vakuus nimittäin saa aikaan sen, että emoyhtiön omistamat tytäryhtiön osakkeet kärsivät arvonalennuksen, koska tytäryhtiön taloudellinen asema on heikentynyt.⁴⁷⁸ Jotta vakuus jäisi kokonaan takaisinsaannin ulkopuolelle, vakuuden on oltava myös "asiallisesti" eikä pelkästään muodollisesti vieraasta velasta annettu.⁴⁷⁹

Vanhassa oikeuskäytännössä (KKO 1983 II 185) tätä samastuksen sovellusta ei ole hyväksytty. Sittemmin yleinen mielipide on jossain määrin muuttunut samastukselle myönteisemmäksi, joten emoyhtiön ja täysin omistetun tytäryhtiön samastus tässä suhteessa on reaalinen tulkintavaihtoehto. Itsestään selvä se ei missään nimessä ole. Pelkkä konsernisuhde ei vielä tuo tytäryhtiön antamaa konsernivakuutta samastuksen piiriin. Tässäkin kohdin avoimeksi jää, mitkä seikat avaavat samastusmahdollisuuden, mitkä taas ovat

476. Toisin sanoen sivullinen antaa vakuuden konkurssivelallisen saamasta luotosta.

477. Asia erikseen on, että tällainen skenaario lieene käytännössä harvainen. Edellä on arveltu, että pelastusyritykset pääsääntöisesti kohdistetaan emoyhtiöön, toisin sanoen tytäryhtiöt uhrataan pakon edessä. Ks. jakso 1.3.2.

478. Tuomisto 2012 s. 411.

479. Tuomisto 2012 s. 412.

neutraaleja ja mitkä suorastaan puhuvat samastusta vastaan. Toteamus, että samastusta arvioidaan kokonaisharkinnan perusteella tai tapauskohtaisesti, ei tässäkään auta sen enempää luotonantoja harkitsevaa rahoituslaitosta kuin takaisinsaantivaatimusta käsittelevää lainkäyttäjääkään.⁴⁸⁰

Kiistanalaisten yksityiskohtien ei kuitenkaan saa antaa hämärtää yleiskuvaa. Se on suhteellisen kirkas. Konsernivakuutta koskevat opit ovat ilmeisen poikkeama siitä erillisten oikeussubjektien fiksaatiosta, joka muutoin leimaa takaisinsaantia konserniyhtiöiden välillä. Selitystä on vaikea antaa, mutta valistunut arvaus hakee sitä ei niinkään halusta ymmärtää konsernia taloudellisena kokonaisuutena kuin spesifisenä pyrkimyksenä antaa kohtuullista suojaa ulkopuoliselle luotonantajalle. Muutoinhan tämä jäisi lähes suojattomaksi. Sen sijaan varsinaiselle aineelliselle samastukselle - esimerkiksi: tytäryhtiön antama pantti katsotaan emoyhtiön asiallisesti antamaksi - tämä ei kelpaa perusteluksi. Vallitseva tulkinta vie itse asiassa päinvastaiseen suuntaan, sillä se lisää luotonantaja-vakuudensaajan riskiä. *Pro forma* takaisinsaannille immuunilta näyttävä vakuus onkin, yllättävän laintulkinnan seurauksena, todellisen peräyttämisuhan alainen. Ja jos samastusratkaisut tehdään kannatusta saaneen tapauskohtaisen kokonaisharkinnan perusteella, luotonantajan on lähes mahdotonta varautua tähän riskiin. Mitä luotonantajan ylipäättään pitäisi luotonantoa harkitessaan selvittää? Luotonannon epääminen aina, kun kysymyksessä on konserniin kuuluva yhtiö, ei tietenkään kelpaa vastaukseksi.

Myös muita, joskin vähäisempiä poikkeuksia siitä, mihin teoria konserniyhtiöiden erillisyydestä takaisinsaannissa itse asiassa johtaisi, on osoitettavissa. Palkkio tai muu siihen rinnastettava etuus on peräytettävissä kohtuuttomana etuutena (TakSL 7 §). Jos henkilön työpanos kohdistuu muiden konserniyhtiöiden asioiden hoitamiseen, mutta vain yksi yhtiö maksaa hänen palkkionsa⁴⁸¹, palkkio saattaa olla kohtuuton verrattuna maksajayhtiön saamaan hyötyyn. Kuten sanamuoto osoittaa, palkkion kohtuullisuutta ei kuitenkaan arvioida hyödyn vaan tehdyn työn ja muiden olosuhteiden mukaan. Tosin lakitekstin peräkanneetti ”muut olosuhteet” ja siihen tukeutuva tapauksittainen kokonaisharkinta ehkä sallisi myös erillisteorian mukaisen tulkinnan.⁴⁸² Oikeuskäytäntöä suuntaan tai toiseen ei kylläkään ole. Ohimennen todettakoon, että ratkaisun KKO 1996:148 tapauksessa palkkion

480. Ks. edellä jakso 3.3.1. Ks. myös jakso 3.6. ja 6.2.1.

481. Konsernihallintoon kuuluvat henkilöt joutuvat helposti tähän asemaan. He ovat tavallisesti emoyhtiön palkkaamia mutta he hoitavat pääasiassa muiden konserniyhtiöiden asioita.

482. Tulkinnasta yleensä ks. Kaisto 2006 s. 186.

saaja oli ollut emoyhtiön toimitusjohtaja, jolle nähtävästi oli kuulunut myös konsernijohtollisia tehtäviä. Konserninäkökulma ei kuitenkaan saanut sijaa korkeimman oikeuden perusteluissa. Perustelut olivat pikemminkin hyvin yhtiölähtöiset. Niissä nimittäin korostettiin emoyhtiön heikkoa taloudellista tilaa ja toimitusjohtajan tietoisuutta tästä tilasta.

5.2.3 KIPERÄ TAPAUUS: SIIRTOHINNOITTELU

Suurimman haasteen nykyiselle takaisinsaanti-instituutiolle tarjoaa kuitenkin niin sanottu siirtohinnoittelu. Tällaisella hinnoittelulla tarkoitetaan suoritteiden normaalista poikkeavaa hinnanmuodostusta (esimerkiksi matalampi hinta saaduista suoritteista, korkeampi hinta annetuista suoritteista), kun kysymys on konserniyhtiöiden välisestä vaihdannasta. Siirtohinnoittelulle on ominaista, että markkinat eivät määrää hintoja, vaan ne päättää yksipuolisesti konsernissa konsernihallinto eli ulkopuolinen taho. Siirtohinnoittelulla onkin samoja piirteitä kuin valtiovallan aikanaan harjoittamalla hintasääntelyllä.⁴⁸³ Konsernin verotuksessa siirtohinnoittelu on periaatteessa kielletty. Konsernin on dokumentoitava siirtohinnoittelunsa sen osoittamiseksi, että verovelvollisen tekemät liiketoimet on hinnoiteltu ”markkinaehtoperiaatteen mukaan”.

Mitä mahdollisuuksia siirtohinnoitteluun de facto dokumentointivelvollisuus jättää, on asia sinänsä. Verohallinnon ohjeiden valossa mahdollisuudet ovat laajat. Markkinaehtoisen arvon osoittamiseen saadaan esimerkiksi käyttää ensisijaisesti niin sanottua sisäistä vertailukohdetta. Tällainen vertailukohde taas on ”verovelvollisen ja riippumattoman osapuolen välinen liiketoimi, joka on tehty etuyhteystoimeen vertailukelpoisissa olosuhteissa.” Vertailukohteita ei vaadita esitettäväksi, jos niitä ei ole tai kohteiden hakeminen vaatisi verovelvolliselta kohtuuttomia kustannuksia. Vertailukohteiden esittämättä jättäminen perustuu aina verovelvollisen subjektiiviseen näkemykseen.⁴⁸⁴ Sitä paitsi dokumentointivelvoitteen tehoa laskee olennaisesti se, että pienet ja keskisuuret yritykset on vapautettu dokumentointivelvollisuudesta. Juuri nämä yhtiöt joutuvat tavallisesti konkurssiin. Pienen ja keskisuuren yrityksen määritelmä on tässä yhteydessä kaukana yleiskielestä.

483. Rinnastusta ei saa viedä liian pitkälle. Kenenkään mieleen ei liene juolahtanut ajatus, että hintasäänneltäjä hintoja ”oikaistaisiin” konkurssitilanteissa takaisinsaannin avulla. Hintasäänneltäjä hintaa pidettiin oikeana eli käyvänä hintana, vaikka se pahimmillaan alittikin tuotantokustannukset.

484. Ks. muistio 19.10.2007: siirtohinnoittelun dokumentointi s. 32.

Tällaisella yrityksellä tarkoitetaan yritystä, jolla on vähemmän kuin 250 työntekijää, jonka liikevaihto on enintään 50 miljoonaa euroa ja joka täyttää unionin komission suosituksessa (2003/361/EY) asetetut tunnusmerkit. Pieni ja keskisuuri yritys voi siis tosiasiallisesti olla varsin "suuri".

Siirtohinnoittelun sijoittaminen takaisinsaantijärjestelmään ei ole aivan yksinkertaista. On selvää, että karkeasti puolet siirtohinnoittelusta on takaisinsaannin kannalta neutraalia. Ali- tai ylihinnoittelulla nimittäin voidaan joko suosia tai syrjiä konserniyhtiötä. Takaisinsaannin näkökulmasta kiinnostavaa on tietenkin vain konkurssiin päätyntä yhtiötä vahingoittanut hinnoittelu. Toisin sanoen yhtiö on saanut itse myymistään suoritteista markkinahintaa alemman korvauksen muilta konserniyhtiöiltä tai se on joutunut maksamaan konsernin muilta yhtiöiltä ostamistaan suoritteista markkinahintaa enemmän. Konkurssepesällä ei luonnollisestikaan ole halua puuttua velallisyhtiötä suosineeseen hinnoitteluun, josta myös velkojat ovat viime kädessä hyötäneet. Kuten edellä todettiin, tällainen suosiva siirtohinnoittelu on yksi niistä tavoista, joilla konserni voi hiljaisesti tukea vaikeuksiin joutunutta jäsentään.

Vero-oikeudessa on vallalla eräänlainen puuttumattomuusperiaate: verottaja ei lähtökohtaisesti puutu sellaisiin järjestelyihin konsernissa, jotka ovat liiketaloudellisesti perusteltuja.⁴⁸⁵ Tuntuu luontevalta olettaa, että liiketaloudellinen rationaliteetti otetaan tavalla tai toisella huomioon myös pohdittaessa velallisyhtiötä syrjivän hinnoittelun peräyttämistä konkurssissa. Takaisinsaannissa avautuu näin kolme vaihtoehtoa: siirtohinnoittelu ei ole lainkaan peräytettävissä (vaihtoehto 1), karkea siirtohinnoittelu, jolta puuttuu kokonaan liiketaloudellinen perustelu, on peräytettävissä (vaihtoehto 2) tai myös tavanomainen, liiketaloudellisesti perusteltu siirtohinnoittelu on takaisinsaannin piirissä (vaihtoehto 3). Vaihtoehtoa 1 voidaan perustella yhtäällä takaisinsaantiperusteiden heikolla teknisellä soveltuvuudella. Takaisinsaantilain säännöksiä ei ole laadittu tällaista kontekstia ajatellen. Toisaalta taas tällainen eräänlainen insolvenssioikeudellinen puuttumattomuusperiaate vaikuttaa kohtuulliselta myönnytykseltä taloudellisille lainalaisuuksille. Kun kerran konserni on taloudellinen kokonaisuus, sen sisäinen hinnanmuodostus seuraa kuvainnollisesti omia lakejaan - ja oikeusjärjestyksen on tämä tosiasia hyväksyttävä.

Vaihtoehto 3 taas vastaa selvästikin voimassaolevaa oikeutta. Jos siitä poiketaan, syyllistytään lievään *contra legem* -tulkintaan. Syrjivä siirtohinnoitte-

485. Äimä 2009 s. 528. Vaikka lähtökohta tunnustetaankin, vero-oikeudessa ei kuitenkaan käytetä termiä puuttumattomuusperiaate.

lu nimittäin on - tästä ei voida edes kiistellä - sellainen ”oikeustoimeen verrattava järjestely tai toimenpide”, joka on konkurssissa peräytettävissä (TakSL 1 §).⁴⁸⁶ Myöskään takaisinsaanti-instituution sisäinen koherenssi ei tunnu sallivan poikkeavaa tulkintalinjaa. On muistettava, että vastikkeettomia varallisuudensiiroja koskeva takaisinsaantiperuste (TakSL 6 §) - jota jouduttaiisiin ensisijaisesti soveltamaan syrjivään siirtohinnoitteluun - ei jättänyt liiketaloudelliselle logiikalle sijaa. Tosin joskus liiketaloudellinen perusteltavuus on, kuten edellä todettiin, käännettävissä sellaiseksi vastikkeeksi, mikä estää TakSL 6 §:ään perustuvan takaisinsaannin. Synonyymejä vastikkeellisuus ja liiketaloudellinen perusteltavuus eivät tietenkään ole.

Säädettävän lain kannalta etusijan ansaitsisi vaihtoehto 2. Se yhtäältä tunnustaa konsernin taloudellisen perustan, toisaalta antaa velkojille suojaa siirtohinnoittelun ilmeistä väärinkäyttämistä vastaan. Nykyinen takaisinsaantilaki sallii varsin pitkälle tämän vaihtoehdon mukaisen uustulkinnan. Siirtohinnoittelun takaisinsaanti perustuu pääsääntöisesti lahjanluonteisia luovutuksia koskevaan säännökseen (TakSL 6.3 §). Jotta säännös tulee sovellettavaksi, edellytetään sellaista ”epäsuhdetta” suoritusten välillä, että sopimusta on osaksi pidettävä lahjana. Vaihtoehdot 2 ja 3 sulautuvat näin käytännössä yhteen. Toki teoriassa voitaisiin ajatella, että ilmeinenkin epäsuhde hyväksyttäisiin - toisin sanoen takaisinsaantia ei sallita - jos siihen on liiketaloudellinen peruste. Ajatus kaatuu epäloogisuuteensa: miksi siirtohinnoittelu eli velkojien kannalta näkymätön ja vaarallisin konsernituen antamisen muoto pitäisi asettaa parempaan asemaan kuin konsernituki ylipäättään? Näkyvä konsernitukihan, esimerkkinä konserniavustus, ei ole pelkästään liiketalouden logiikan perusteella suojassa takaisinsaannilta

Siirtohinnoittelun verotuskohtelu antaa yhtäältä valmiita malleja siihen, miten se oikea hintataso, joka yritetään takaisinsaannilla palauttaa, kyetään käytännön soveltamistilanteissa selvittämään. Verotuksessa suoritteille haetaan niin sanotut markkina-arvot; tätä laskentamallia kutsutaan, kuten edellä todettiin, kömpelösti joskin kuvaavasti ”markkinaehtoperiaatteeksi”.⁴⁸⁷ Sen

486. Kirjallisuudessa on suositeltu takaisinsaannin soveltamisalan - ja erityisesti ”järjestelyn” käsitteen - maksimaalisen laajaa tulkintaa, jotta takaisinsaantia ei voida kiertää valitsemalla soveltamisalan ulkopuolelle jäävä menettelytapa. Soveltamisala on laaja sekä suhteessa velallisen sopimuskumppaniin että tämän seuraajaan (TakSL 20 §). Ks. Koulu 2006 s. 60. Näin ollen on selvää, että siirtohinnoittelu, perustui se sopimukseen, konsernihallinnon määräykseen, noudatettuihin käytänteisiin tai oma-aloitteiseen tinkimiseen markkinahinnoista, on periaatteessa takaisinsaataavissa siitä kärsineen konserniyhtiön konkurssissa.

487. Kurkela 2012 s. 59. Läheskään aina suoritteilla ei ole markkina-arvoa sen takia, että suorite on niin ainutkertainen, ettei verrokisuurituksia löydy vapailta markkinoilta. Puuttuvan markkina-arvon problematiikkaan ei tässä puututa. Jos kysymys on kriisiyhtiön myymistä suoritteis-

käytännön toteutusta on esitelty erityisesti konsernissa maksettujen sisäisten korkojen kohdalla. Tätä korkoa verrataan markkinakorkoihin hakemalla verrokkiluotto, josta maksettuun korkoon sisäistä korkoa verrataan. Tämäkään ei ole niin yksinkertaista, miltä se kuulostaa. Verrokkiluoton (ja sen verrokikoron) löytämiseen kun vaikuttaa luotonottajan luottoluokitus, laina-aika, tarjotut vakuudet sekä luoton tarkoitus. Praktiseksi neuvoksi korkohinnoitteluun suositellaan pankilta pyydettävää lainatarjousta. Muutoin markkina-arvo joudutaan verotuksessa selvittämään asiantuntijatodistelulla.

Toisaalta taas siirtohinnoittelua koskevilla verotusratkaisuilla on ainakin jonkinlainen todistusvaikutus takaisinsaantioikeudenkäynnissä. Jos kriisiyhtiö päätyy konkurssiin, konkurssihallinnolla on tietenkin pääsy verotuksen asiakirjoihin. Asiakirjat taas valaisevat laajemminkin konserniyhtiöiden välisiä suhteita. Yleistäen voidaan sanoa, että siirtohinnoittelun hyväksymisen verotuksessa ei vielä anna turvaa takaisinsaantia vastaan. Vero-oikeuden siirtohinnoittelun ja konkurssioikeuden takaisinsaannin tavoitteet kun ovat erilaiset. Sen sijaan jos siirtohinnoittelua on oikaistu myös verotuksessa⁴⁸⁸, se indikoi, että hinnoittelu ei ole ollut myöskään takaisinsaannin kannalta markkinaehtoperiaatteen mukaista. Siirtohinnoittelu täten on, jos se on ollut kriisiyhtiölle epäedullista, lähtökohtaisesti peräytettävissä.

Tähän liittyvä yksittäiskysymys taas kuuluu, ovatko myös verotuksessa käytetyt markkinaehtoiset ”hinnat”, joilla siirtohinnoittelu on purettu, siirrettävissä myös takaisinsaantiin. Jos tällainen siirtovaikutus tunnustetaan, käännetyn todistustaakan vaikutus vahvistuu. Käännetty todistustaakkahan saa muutoinkin aikaan sen, että vastaajayhtiön on näytettävä hinnoittelun markkinaehtoisuus.⁴⁸⁹ Jos siirtohinnoittelu on jo verotuksessa oikaistu, vastaajayhtiön on lisäksi osoitettava tai ainakin selitettävä, että verotuksessa käytetyt hinnat eivät ole oikeita markkinahintoja. Kun verottajalla on pääsy koko toimialan sisäisiin tietoihin, sen käyttämät hinnat nauttinevat de facto eräänlaisesta oikeellisuuden olettamasta. Oikeudenkäynnin asianosaisilta ymmärrettävästi puuttuu pääsy tällaiseen laajaan vertailuaineistoon.

ta, niiden tuotantokustannukset eli omakustannukset ovat joka tapauksessa se vähimmäistaso, joka ei voi ilman takaisinsaannin uhkaa siirtohinnoittelussa alittaa.

488. Ks. esimerkiksi korkohinnoittelun oikaisemisesta Äimä 2009 s. 490.

489. Jos todistustaakka olisi normaali, kantajan on näytettävä, että suoritteesta on maksettu ali-hintaa tai peritty ylihintaa verrattuna verrokkisuoritteeseen markkina-arvoon. Kun todistustaakka kääntyy, vastaajan asiaksi tulee näyttää, että maksettu hinta on ollut verrokkisuorituksen markkina-arvo tai enemmän tai peritty hinta jäänyt alle verrokkisuorituksen markkina-arvon tai ollut enintään kyseinen arvo. Konkretisoiden: ylisuurta korkoa saanut läheisyrittäjä joutuu osoittamaan, että sille maksettu korko on ollut enintään fiktiivisen verrokkilainan koron määräinen.

Erillinen, toistaiseksi huomiotta jäänyt kysymyksensä on, miltä osin ja miltä ajalta siirtohinnoittelu perääntyy, kun takaisinsaantikanne hyväksytään. Ensimmäinen kysymys on odottamattoman hankala, sillä takaisinsaantilaki tukeutuu kokonaisperäytyksen idealle.⁴⁹⁰ Velkoja loukkaava oikeustoimi tai vastaava peräytyy kokonaisuudessaan, ja teoreettinen alkutila palautetaan sopimuspuolten välille keskinäisin palautuksin. Siirtohinnoittelun peräyttämisen perusratkaisun ongelmallisuus paljastuu. Jos siirtohinnoittelu on jatkunut vuosia, se saattaa sisältää tuhansia suoriteakteja. Ainoa praktinen ratkaisu on osittainen takaisinsaanti, eli siirtohinnoittelun ja markkinaehtoisin hinnoittelun eron rahamääräinen korvaaminen. Esimerkiksi: konserniyhtiö x on joutunut myymään suoritteitaan konserniyhtiölle y alihintaan. Jos takaisinsaanti menestyy, konserniyhtiö y joutuu maksamaan konkurssipesälle maksetun alihinnan ja fiktiivisen markkinahinnan erotuksen. Jos taas konserniyhtiö on joutunut ostamaan ylihintaan toiselta konserniyhtiöltä, palautettavaksi tulee tietenkin maksetun ylihintaan ja fiktiivisen markkinahinnan erotus. Eri asia on, että arvonkorvaukseen typistyvän ja samalla osittaisen takaisinsaannin hyväksyminen vaatii takaisinsaantilain radikaalia uustulkintaa. Siitä, että tällaiselle uustulkinnalle on vankat perusteet, tuskin voi olla eri mieltä. Mahdoton tai hyvin vaikea palauttaminenhan saa aikaan sen, että takaisinsaantivaatimustakaan ei tulisi tai saisi hyväksyä.⁴⁹¹

Sen sijaan jälkimmäinen kysymys, miltä ajalta erotus on korvattava, saadaan ratkaistuksi odottamattoman helposti. Vastauksen antaa sovellettava takaisinsaantiperuste ja siinä määrätty niin sanottu kriittinen aika. Tavallisesti takaisinsaanti perustettaneen - on muistettava, että empiirisiä tietoja ei ole käytettävissä - lahjanluonteisia luovutuksia koskevaan TakSL 6.3 §:ään. Jos vastapuolena on ollut läheinen, "täytetyt" lahjat on palautettava kolmelta vuodelta, ellei osoiteta, että velallinen ei ollut ylivelkainen eikä lahjan takia sellaiseksi tullut (TakSL 6.1 § i.f.).⁴⁹² Peräytyvässä siirtohinnoittelussa suo-

490. Koulu 2006 s. 54. Kohtuuttoman palkkion tai etuuden peräyttäminen lienee ainoa selvä poikkeus tästä lähtökohdasta (TakSL 7 §). Lain sanamuoto nimittäin sallii vain kohtuuttoman palkkion osan peräyttämisen, toisin sanoen palkkion saajalle jää hänen työpanostaan vastaava osuus palkkiosta.

491. Korostettakoon, että tämä ei ole positiivisoikeudellinen kannanotto. Takaisinsaantiperusteiden soveltaminen ei periaatteessa riipu siitä, miten alkutila palautetaan. Se ratkaistaan erikseen. Ks. Koulu 1999 s. 5. Tosin käytännössä peräyttäminen ja ennallistaminen varmasti kietoutuvat yhteen. Kannetta harkitseva konkurssipesä miettii, mitä se hyötyy takaisinsaannin menestymisestä. Samoin tuomioistuimien, joka jossain määrin joutuu ottamaan huomioon palautuksen toteutuksen, saattaa rajatapauksissa olla taipuvainen hylkäämään kanteen yksinkertaisesti väistääkseen kannanoton ennallistamiseen.

492. Vastanäyttöoikeus sisältää oman pulmansa. Yksittäinen suoritteen vaihto (on muistettava, että suoritteita voi olla tuhansia tai kymmeniätuhansia) ei yleensä johda ylivelkaisuuteen;

ritteiden vaihtohetki rinnastuu luontevasti lain viittaamaan lahjan täyttämiseen. Näin ali- tai ylihinnan sekä markkinahinnan välinen erotus on palautettava kolmelta vuodelta. Joskus siirtohinnoittelunkin takaisinsaanti voi perustua yleiseen takaisinsaantiperusteeseen (TakSL 5 §). Koska yhtiöt ovat skenaariossa toistensa läheisiä, aika, jolta erotus on palautettava, on periaatteessa rajoittamaton. De facto aika lienee muutamia vuosia, koska vastaaja voi vedota siihen, että siirtohinnoittelu ei sitä ennen vielä johtanut tai voinut johtaa kriisiyhtiön ylivelkaisuuteen.⁴⁹³

5.3 PERUSKYSYMYKS 1: VASTIKKEELLISUUDEN ONGELMA

5.3.1 VASTIKE TAKAISINSAANTIJÄRJESTELMÄSSÄ: KÄSITE, MERKITYS, SISÄLTÖ

Tässä vaiheessa on aika palata takaisinsaannin yleisiin oppeihin eli niihin perustavanlaatuisiin ongelmiin, joita syntyy arvioitaessa määräämistoimen vastikkeellisuuden ja (suhteessa velkojille) vahingollisuutta. Oma konstruktiivinen esikysymyksensä toki on, kannattaako nämä ongelmat erottaa toisistaan. Useimmitenhan ne ovat sama asia: kun velallisen on saanut toimesta tai järjestelystä asianmukaisen vastikkeen, toimi tai järjestely ei tuota vahinkoa velkojille. Ei-vahingollisuus on kuitenkin laajempi käsite kuin vastikkeellisuus, mikä näkyy ilmaisujen yleiskielisessä merkityksessäkin. Vastikkeellisuudesta on luontevaa puhua silloin, kun velallinen on luovuttanut jonkun varallisuuserän. Välillä vastikkeellisuus saa tulkintoissa hyvin laajan sisällön, mutta siinäkin rajat tulevat lopulta vastaan. Esimerkiksi konserniavustuksen kohdalla vastikkeellisuuden käsitettä joudutaan venyttämään kauas yli sen ydinalueen.⁴⁹⁴ Siirtohinnoittelusta (joka sekin on takaisinsaannin

sen sijaan pitkään jatkuessaan syrjivä siirtohinnoittelu, jos se on tarpeeksi suurta, siihen vie. Takaisinsaannin ideaa tuntuu parhaiten vastaavan tulkinta, jonka mukaan siirtohinnoittelun kumulatiivinen vaikutus on ratkaiseva arvioitaessa ylivelkaisuutta tai sellaiseksi tulemistä. 493. Sen sijaan pykälän tarjoamalla vilpittömän mielen suojalla ei ole merkitystä. Modernissa liikkeenjohdossa on pakko olettaa, että konserniyhtiöt tuntevat toistensa taloudellisen tilanteen, vähintäänkin emoyhtiön johdon on tiedettävä tytäryhtiönsä tila yksityiskohtaisesti. Konsernihallintohan on olemassa juuri sitä varten.

494. Kuten jäljempänä tullaan havaitsemaan, oikeuskäytännössä konserniavustusten takaisinsaanti on liitetty vastikkeellisuuskontekstiin, toisin sanoen on ryhdytty hakemaan sitä vastiketta, jonka avustuksen antanut konserniyhtiö on saanut avustuksen vastaanottaneelta yhtiöltä. Tämä tietenkin yksinkertaistaa kysymyksenasettelua. Toinen mahdollisuus nimittäin olisi miettiä, missä määrin konserniavustuksen antaminen ylittää vahingoittaa velkojia. On helppo huomata, että jälkimmäinen ”kokonaisvaltaisempi” näkemys vaatii paljon syvällisempää pe-

vaikutuspiirissä)⁴⁹⁵ puolestaan on vaikea löytää mitään, mikä olisi vastiketta edes laajassa merkityksessä. Näin ollen tässä tutkimuksessa vastikkeellisuus ja ei-vahingollisuus pidetään käsitteellisesti erillään. Asia erikseen on, että vastikkeellisuutta saatetaan yhtä hyvin pitää ei-vahingollisuuden erityispauksena.

Vastikkeellisuuden ongelma on ollut viime aikoina esillä yhtiöoikeuden tutkimuksessa. Vastikkeellisuus nimittäin ratkaisee, onko jotain tointa pidettävä yhtiön edun mukaisena - ja näin pätevänä esimerkiksi suhteessa sivullisiin.⁴⁹⁶ Avoimeksi on jäänyt, tuoko näkökulma, yhtiöoikeus vs. insolvenssioikeus, muutoksia vastikkeellisuuden arviointiin. Jotain yhteistä näkökulmilla selvästikin on. Molemmat korostavat arvioinnin tapauskohtaisuutta. Yhtä mieltä oltaneen myös siitä, että ”lähinnä näennäinen” vastike ei tee määräämistöimestä tai vastaavasta vastikkeellista, toisin sanoen yhtiön edun mukaista ja velkojien kannalta yhdentekevää.⁴⁹⁷ Eroksi kuitenkin jää se, että yhtiöoikeuden vastikkeellisuus sitoutuu enemmän toimen liiketaloudelliseen perusteltavuuteen, kun taas insolvenssioikeuden vastikkeellisuus hakee vastauksia siitä, miten toimi vaikuttaa velkojien maksunsaantiin.

Takaisinsaannissa vastikkeellisuuden ongelma aktualisoituu kahdessa kontekstissa, takaisinsaannin tunnusmerkistössä sekä mietittäessä, onko velallisen sopimuspuolen antama vastike palautettava. Takaisinsaantilaki tekee - oikeusvertailevasti tavalliseen tapaan - fundamentaalisen eron vastikkeellisten ja vastikkeettomien varallisuudensiirtojen välillä. Vastikkeettomat varallisuudensiirrot ovat kokemuserusteisesti aina vahingollisia velkojille. Myöskään velallisen sopimuskumppanilla, jos tämä on kaupallinen toimija, ei tällöin voi olla suojaamisen arvoisia intressejä. Kukaan ei voi olettaa saavansa toiselta kaupalliselta toimijalta rahanarvoisia etuuksia ilmaiseksi. Niinpä kynnys niiden peräyttämiseen on matala, mikä näkyy myös pitkissä takaisinsaantiajoissa. Kysymys vastikkeesta ja sen määrittelystä aktualisoi- tuu myös niissä vastikkeellisissa oikeustoimissa, jotka peräytetään. Alkutila palautetaan molemmissa henkilösuhteissa. Voittoisan konkurssipesän on luovutettava takaisin se vastike, jonka velallinen sai aikanaan peräytettävän oikeustoimen yhteydessä (TakSL 15 §).⁴⁹⁸ Kannattaa kuitenkin muistaa palautussäännön kääntöpuoli: palautettavaksi määrätään vain sellainen vasta-

rehtymistä konsernirakenteisin ja konsernin tilaan kuin ensimmäinen, ”pelkistävä” näkemys.

495. Ks. edellä jakso 5.2.2.

496. Ks. esim. Pönkä 2013 s. 217.

497. Pönkä 2013 s. 227.

498. Ks. lähemmin Koulu 1999 s. 119.

puolen suoritus, joka luokitellaan vastikkeeksi velallisen (pää)suorituksesta. Tämä herättää kysymyksen siitä, mikä tulkitaan tässä yhteydessä vastikkeeksi ja onko vastikkeen käsite molemmissa yhteyksissä sama. Oikeudenkäynnin hävinneen vastapuolen kannalta huonoin vaihtoehto ymmärrettävästi on, että hän menettää velalliselta saamansa suorituksen mutta ei saa takaisin omaa vastasuoritustaan, koska sitä ei pidetä käsitteellisesti ”vastikkeena” TakSL 15 §:n merkityksessä.

Tämä riski herättää kysymyksen yhtenäistulkinnasta: tarkoitetaanko käsitteellä ”vastike” samaa asiaa sekä takaisinsaannin tunnusmerkistöissä että harkittaessa velallisen palautusvelvollisuutta? Yhtenäistulkinnalla on puolelleen johdonmukaisuus, yksinkertaisuuden etu sekä oletamus lainsäätäjän yhdenmukaisuudesta. Oletamus on erityisen vahva silloin, kun on kysymys yhden ja saman lain käsitteiden tulkinnasta ja kun mikään valmistelussa ei viittaa siihen, että käsitteille olisi haluttu antaa eri sisältö. Toisaalta on pakko myöntää, että yhteinen tulkinta voi sekin johtaa joskus oikeustajua loukkaavaan tulokseen. Näin käy silloin, kun ahdas vastikkeellisuuden tulkinta, jota on noudatettu takaisinsaantiperusteen kohdalla, estää pitämästä vastapuolen suoritusta palautettavana vastikkeena, vaikka osapuolet ovat sen sellaiseksi tarkoittaneet. Tällöin takaisinsaantivastaaja todella menettää sekä velallisen tekemän suorituksen että oman suorituksensa. Laaja vastikkeen käsite taas vie ojasta allikkoon. Vastapuoli saa takaisin sellaisen antamansa edun tai hyödyn, jota ei ylipäättään ole pidetty vastikkeena arvioitaessa takaisinsaannin edellytyksiä. Tästä syystä lähtökohdaksi on otettava, että vastikkeen tulkinta voi vaihdella eri soveltamistilanteissa.

On syytä pitää mielessä, että vastikkeen määrittelyn ongelma ei ole pelkästään konsernirakenteessa heräävän takaisinsaannin pulma. Päinvastoin se on yleinen, kaikessa takaisinsaannissa aktualisoituva kysymys. Konsernissa vastikkeellisuuden vakiintuneet tulkinnat joutuvat kuitenkin erityiselle koetukselle. Konsernisovellutuksissa kun joudutaan hakemaan niin sisällöllisesti kuin ulottuvuudenkin osalta vastikkeellisuuden viimeistä rantaa. Kysymys kuuluukin useimmiten: mikä vielä voitaisiin lukea vastikkeeksi? Vastikkeen määrittely on pakko purkaa osakysymyksiin. Niistä ensisijaisin on selvästikin vastikekäsitteen (sisällöllinen) laajuus eli kuvainnollisesti vastikkeeksi kelpaaminen: mitkä velallisen saamat edut tai hyödyt ovat ylipäättään kelpuutettavissa vastikkeeksi. Osakysymyksen ensisijaisuus ei perusteluja kaipaa. Jos laajuuskysymykseen vastataan kieltävästi (etuus tai hyöty ei mis-

sään olosuhteissa kelpaa vastikkeeksi), jatkokysymykset ovat turhia. Jos taas vastaus on myöntävä, pohdittavaksi nousee seuraavana vastikkeen riittävyys: miten vastikkeen riittävyttä arvioidaan ja milloin se saavuttaa riittävyyden kynnyksen?

Vastikkeellisuuden ongelma ei tyhjenny vastikkeeksi kelpaamiseen toteamiseen ja vastikkeen riittävyyden arviointiin. Voidaan esimerkiksi kysyä, milloin velallinen on saanut hyväkseen sinänsä riittävän vastikkeen. Luontevalta kuulostaa, että vastikkeeksi kelvataksaan edun tai hyödyn on tosiasiallisesti tultava velalliselle⁴⁹⁹ ja myös tosiasiallisesti jätävä velallisen määräämisvaltaan. Muun muassa konsernissa pystytään vähällä vaivalla luomaan järjestyjä, joissa tytäryhtiön saama vastike siirtyykin automaattisesti emoyhtiön käyttöön. Esimerkiksi konsernin taloushallinnossa tavallinen konsernitilirakenne sisältää tällaisen mekanismin. Selvää on, että vastikkeen näennäinen kierrätys velallisen varallisuuspiirin kautta ei ole hyväksyttävää. Vaivatonta on myös keksiä kohtalaisen praktinen peukalosääntö: jos vastikkeen siirtyminen pois sen saaneelta velalliselta on automaattista, vastiketta ei ole annettu velalliselle. Jos taas siirtyminen vaatii velallisyhtiön aktiivisen toimien, myöhemmällä vastikkeen ”menetyksellä” ei ole merkitystä arvioitaessa, oliko primääri toimi (esim. luovutus) ollut vastikkeellinen vai ei. Eri asia on, että vastikkeen menetyksen johtanut toimi voi olla erillisen takaisinsaannin kohteena. Vastikkeen luovuttaminen toiselle konserniyhtiölle on sekä varallisuuden siirtämistä velkojien ulottumattomiin (TakSL 5 §) että luultavasti myös lahja (TakSL 6.1 §).⁵⁰⁰

Kun siirrytään lähempään tarkasteluun, kysymys vastikkeeksi kelpaamisesta säilyttää kiinteytensä, mutta kysymys vastikkeen riittävydestä pirstoutuu edelleen. Esiin nousevia erilliskysymyksiä ovat muun muassa, mihin ajankohtaan arvio vastikkeen riittävydestä sidotaan ja missä ajassa vastikkeen on kerryttävä, jotta se kelpuutetaan mukaan arvioitaessa vastikkeeksi kelpaamista ja vastikkeen riittävyttä? Tuttu aikaisemmasta tutkimuksesta on sen sijaan kysymys siitä, kenen on suoritettava vastike, toisin sanoen onko

499. Velallinen ei esimerkiksi voi osoittaa toista vastikkeensaajaa ja muuttaa näin tointa vastikkeelliseksi ja velkojien kannalta neutraaliksi. Ratkaisun KKO 2004:115 perusteluihin on kirjattu se itsestäänselvyys, että vastiketta on arvioitava yksinomaan velallisyhtiön ja sen velkojien kannalta (9-k).

500. Takaisinsaantilaki varautuu siihen, että vastike on siirretty velkojien ulottumattomiin vastikkeen suorittajan tieteen. Tällöin konkurssipesän ei tarvitse palauttaa vastiketta (TakSL 15.2 §). Ks. lähemmin Koulun 1999 s. 136. Säännöksen soveltaminen kuitenkin edellyttää, että oikeustoimi peräytyy - mikä taas riippuu siitä, katsotaanko riittävä vastike annetuksi ja sittemmin menetetyksi. Täysin mahdollista on, että oikeustoimi ei peräydy (vastike annettiin, ja vastike on määrätään riittävä) ja vastike on lopullisesti menetetty (soveltuvaa takaisinsaantiperustetta ei ole).

sen tultava velallisen sopimuskumppanilta vai kelpaako jonkun muun tahon suoritus - mikä on selvästikin konsernille tyypillinen pulma. Joku muu konserniyhtiö nimittäin voi, konsernihallinnon määräyksestä, joutua tekemään suorituksia, vaikka se ei ole ollut osallinen oikeustoimessa. Konsernissa on myös tavallista vaikeampaa määritellä, milloin joku suoritus on tarkoitettu vastikkeeksi toisesta suorituksesta, milloin se taas on irrallinen ja itsenäinen. Todistustaakan kääntymisestä seuraa, että vastikkeeseen vetoavan tahon (eli takaisinsaantioikeudenkäynnin vastaajan) on osoitettava suorituksen ja pääsuorituksen korrelaatio.

Uusienkaan kysymysten keksiminen ei tuota pulmia. Voidaan esimerkiksi haluta tietää, millaisessa yhteydessä vastikkeeksi väitetyn suorituksen on oltava peräytettäväksi vaadittuun suoritukseen, jotta se hyväksytään vastikkeeksi. Ja vihdoin oma ongelmansa on, annetaanko toimijoiden omille (subjektiivisille) käsityksille vastikkeen yhteydestä tai riittävydestä mitään merkitystä. Nämä osakysymykset kannattaa esityksen jäsentämiseksi sekä erottaa toisistaan että käsitellä erikseen. Tämä yhteyden ongelma on tyypillinen konsernille: on suorastaan vaikea keksiä tilanteita, joissa se aktualisoituisi itsenäisten yhtiöiden välillä.

Yhteyden konsernispesifinen ongelma syntyy siitä, että konserniin kuuluva yhtiö pääsee nauttimaan useimmista konsernin tuottamista eduista ilman. Sen ei siis ole pakko tehdä omia suorituksia - esimerkiksi antaa kriisiyhtiölle sellaista konserniavustusta, joka aikanaan joutuu takaisinsaannin kohteena. Edellä mainitut liiketoimintaedut tuntuvat pääsääntöisesti tällaisilta. Ne saadaan automaattisesti, niin kauan kuin konserni toimii operatiivisesti. Suora yhteys velallisyhtiön tekemisten ja sen nauttiman liiketoimintaedun välillä on vain silloin, kun velallisyhtiön suoritus - esimerkiksi juuri konserniavustus - pelastaa konkurssilta toisen yhtiön, jolta kyseistä liiketoimintaetua saadaan. Näitä poikkeustilanteita lukuun ottamatta konsernihyödyt eivät ankarana loogisesti ole vastiketta, koska ne olisi saatu joka tapauksessa. Tästä päästään jo käytännön sovellukseen: onko siis takaisinsaantioikeudenkäynnin vastaajalta vaadittava selvitystä siitä, että velallisyhtiön toimet ovat olleet välttämättömiä vastikkeen saamiseksi.⁵⁰¹

Yhteysongelman ratkaiseminen ei ole helppoa. Praktinen lainsoveltaja

501. Esimerkiksi: konsernissa tytäryhtiö x myy tuotteensa tytäryhtiö y:n kautta. Tytäryhtiö y ajautuu maksuvalmiuskriisiin, josta se pelastuu tytäryhtiön x:n antamalla konserniavustukselta. Myöhemmin tytäryhtiö x asetetaan konkurssiin, kun taas tytäryhtiö y jatkaa toimintaansa. Tytäryhtiö x:n konkurssipesä nostaa takaisinsaantikanteen. Oikeudenkäynnissä tytäryhtiö y tekee vastikkeellisuusväitteen. Onko sen osoitettava, että konserniavustus pelasti tytäryhtiön x konkurssilta ja että markkinointiyhteistyö oli tytäryhtiö y:lle välttämättömyys?

luultavasti sanoisi, että vaatimus syy-yhteydestä - joka sinänsä on looginen - tuo uuden kysymyskerroksen muutoinkin vaikeaan päätöksentekoon. Vaatimuksesta on yksinkertaisuuden nimissä luovuttava. Taloustieteilijä ehkä mitätöisi koko kysymyksen. Koska konsernin päätöksentekoa hallitsee taloudellinen rationaliteetti, tukea ei annettaisi, ellei se olisi välttämätöntä. Syy-yhteyden voidaan olettaa aina vallitsevan, joten sitä ei tarvitse näyttää. Enintään voidaan suostua siihen, että sillä taholla, joka väittää, että tukea on annettu turhaan, on oikeus näyttää väitteensä toteen. Jos hän siinä onnistuu, sinänsä kelpaavaa ja riittävää vastiketta ei pidetä vastikkeena. Takaisinsaanti perustuu takaisinsaannille edulliseen lainkohtaan (TakSL 6 §), eikä saatuja hyötyjä tai etuja tarvitse palauttaa. Ilmeistä on, että tämä kanta johtaa asiallisesti syy-yhteydestä luopumiseen. Tuen turhuuden osoittaminen kun on luultavasti käytännön tilanteissa mahdotonta.

5.3.2 MIKÄ KELPAA VASTIKKEEKSI?

Aluksi on jälleen syytä tarkentaa kielenkäyttöä. Vastikkeellisuus on pidettävä erillään liiketaloudellisesta perusteltavuudesta.⁵⁰² Varallisuudensiirto saattaa olla täysin vastikkeellinen (ja näin immuuni takaisinsaannille) mutta liiketaloudellisesti järjetön. Esimerkiksi: yritys myy käyvän hinnan saaden keskeisen tuotantolinjansa koneet ulkopuoliselle. Myös päinvastainen skenaario on mahdollinen, tietty toimi on liiketaloudellisesti perusteltu mutta vastikkeeton ja näin velkojia vahingoittava. Esimerkiksi: yritys antaa ilmaiseksi yhteistyökumppanilleen lisenssioikeudet patentteihinsa ja edistää näin vastaista yhteistoimintaa. Ero voidaan tuoda esiin myös seuraavasti. Liiketaloudellinen peruste oikeuttaa yhtiön varojen käytön yrityksen normaalitoiminnassa, jota ohjaa yhtiölainsäädäntö. Sen sijaan se ei estä näiden toimien uudelleentutkintaa, kun toimintaympäristö muuttuu eli yritys asetetaan konkurssiin. Liiketaloudellinen perusteltavuus ei nimittäin ole konkurssioikeuden hyväksymä anteeksiantoperuste. Tämä ero selittää, miksi sinänsä liiketaloudellisesti perustellut toimet voidaan määrätä konkurssissa peräytymään.

Vaikka vastikkeellisuuden pohdinta ei ole koskaan kuulunut laajan takaisinsaantitutkimuksen lempiteemoihin, kirjallisuuden maininnoista on koottavissa vastikkeelle asetetut vaatimukset, eli eräänlaiset vastikkeellisuuden yleiset opit. Mitä tulee vastikkeeksi kelpaamiseen, konsernikontekstissa spesifisiä vastikkeen muotoja ovat muun muassa liiketoimintaetu ja tukiodo-

502. Tosin liitetäldoudelliseen perusteltavuuteen liitetään toisinaan ajatus "asianmukaisesta kompensaatiosta". Ks. Pönkä 2013 s. 32.

tusetu, joita on edellä käytetty kuvaamaan niitä hyötyjä, joita konserniin kuuluminen tuo mukanaan. Tässä vaiheessa kuitenkin tarvitaan jäsennetympi kuva siitä, mitä etuja konserni antaa konserniyhtiöille. Jossain määrin etujen jaottelu auttaa. Konserniedut voidaan ensiksikin jakaa yleisiin ja erityisiin. Ensimmäisiä mikä tahansa konsernin yhtiö saa tai ainakin voi periaatteessa saada. Tässä tutkimuksessa liiketoimintaeduksi kutsutut hyödyt ovat ensimmäiseen yleisiä: jokainen konsernin yhtiö hyöttyy esimerkiksi ammattimaisesta konsernihallinnosta, liikkeenjohdollisista synergiaeduista, kustannustehokkaasta työnjaosta konsernin sisällä tai yhteisistä yksiköistä. Asiaa ei muuta se, että jakautuvan edun määrä vaihtelee paitsi konserneittain myös yhtiöittäin. Mitä kiinteämmäksi konserni on organisoitu, sitä suurempia tällaiset edut tavallisesti ovat. Toki on myönnettävä, että hyvin höllässä konsernirakenteessa ne voivat puuttua kokonaankin.

Erityisestä edusta sen sijaan pääsee nauttimaan vain tietyssä asemassa oleva konserniyhtiö. Esimerkiksi osinkotuloja toisesta konserniyhtiöstä saa luonnollisesti vain se yhtiö, joka omistaa tämän yhtiön osakkeita. Samoin vain omistava konserniyhtiö pääsee hyötymään osakeomistuksen arvonnoususta, jos jonkun konserniyhtiö arvo nousee joko ulkoisten olosuhteiden tai konsernin tukitoimien vaikutuksesta. Yleinen sääntö lienee, että erityisistä konsernieduista hyödyn korjaa ainoastaan emoyhtiö. Joskus konsernissa on syntynyt laajempaa ristiinomistusta, joten vastaavia etuja kanavoituu muillekin konsernin yhtiöille. Samoin kannattaa panna merkkille, että erityiset edut korreloivat vielä vahvemmin kuin yleiset hyödyt konsernin taloudelliseen kokonaistilanteeseen, konsernin menestymiseen. Kriisiytynyt konserni pystyy melko pitkälle tuottamaan yleisiä konsernietuja siihen kuuluville yhtiöille, sen sijaan erityiset hyödyt edut lopahtavat, kun ”omistetun” konserniyhtiön kannattavuus romahtaa.

Toinen jaotteluperuste on kertaluonteinen hyöty ja hitaasti karttuva hyöty. Ensimmäiseen kategoriaan kuuluvat etenkin konserniavustuksen tai konsernilainan kaltaiset rahamääräiset tuet, jälkimmäiseen taas ohjautuvat lähes kaikki liitetoiminnalliset edut. Kategorioiden välimaastoon jäävät osinko-odotusten kaltaiset hyödyt, esimerkiksi emoyhtiö voi yleensä laskea sen varaan, että se saa omistustaan vastaavaa osinkoa tytäryhtiöstä niin kauan kuin tämä kykenee ylipäättään jakamaan voittoa. Jaotteluperuste korreloi osaksi toiseen jaotteluun eli etujen jaotteluun sillä perusteella, onko saatava hyöty satunnaista vai enemmän tai vähemmän varmaa. Esimerkiksi mahdollisuus

saada konserniavustusta riippuu täysin konsernijohtoon päätöksistä, mahdollinen avustus on näin satunnaista hyötyä. Sen sijaan liiketoiminnallisten etujen voidaan, kuten edellä havaittiin, odottaa säilyvän, kunnes koko konsernirakenne romahtaa. Ne ovat siis paitsi hitaasti karttuvaa myös kohtalaisen varmoja. Tältä kannalta tulee ymmärrettäväksi se kannatusta saanut näkemys, jonka mukaan konserni-intressin merkitys vahvistuu, kun joku konserniyhtiö on maksuvaikeuksissa ja sen asema konsernissa on niin keskeinen, että sen vararikko vahingoittaisi muitakin konserniin kuuluvia yhtiöitä.⁵⁰³ Kriitikko ehkä sanoisi, että kysymys ei tässä enää ole niinkään konserni-intressin ja yhtiöintressin keskinäisestä suhteesta vaan niiden sulautumisesta yhteen. Kaatuvan konserniyhtiön tukeminen kun alkaa olla tukea antavien yhtiöiden oman intressin vaatimaa.

Vastikkeen laadulle tai ominaisuuksille ei kannata teoreettisin perustein asettaa rajoituksia. Vastiketta on kaikkalainen hyöty tai etu, mikä voidaan muuttaa rahaksi tai vähintäänkin arvioida rahassa.⁵⁰⁴ Vastikkeeksi kelpaamisen ongelmassa on pikemminkin kysymys siitä, että vastike-erä pystytään yhtäältä osoittamaan ja määrittämään, toisaalta sille kyetään antamaan taloudellinen arvo. Nämä kriteerit kietoutuvat tosin nekin yhteen. Rahamääräinen arvo on nimittäin annettavissa vain määritellylle varallisuuserälle.⁵⁰⁵ On myönnettävä, että konsernihyötyjen määrittely on hankalaa. Niiden olemassaolosta ja arvosta voidaan olla eri mieltä, joten konsernihyötyjen huomioiminen johtaa takaisinsaantioikeudenkäyntien pitkittymiseen. Nämä uhkaavat soveltamisvaikeudet eivät kuitenkaan oikeuta siihen, että kaikki konsernin jäsenilleen tuottamat hyödyt leimataan marginaalisiksi tai suoraan ei-juridisiksi. Takaisinsaantitutkimuksen tehtäväksi jää vastauksen hakeminen esiin nouseviin soveltamis- ja arvostusongelmiin. Eri asia on, että aiheutuvia ongelmia on ehkä jossain määrin niin tutkimuksessa kuin oikeuskäytännössäkin liioiteltu. Näin on saatu jonkinlainen alibi konserniyhteyden

503. Ks. esim. Pönkä 2012 s. 340. Ks. edellä jakso 2.4.2. Ks. myös 5.1.1.

504. Tätä nimenomaan korostettiin ratkaisun KKO 2004:115 perusteluissa. ”Suoritusten arvo, jonka on tullut olla rahassa mitattavaa, harkitaan oikeustoimen tekohetken mukaan” (10-k). Kirjallisuudessa konserniavustuksen tuottamana hyötynä on tuotu esiin emoyhtiön kannattavan liikevaihdon lisääntyminen ja tytäryhtiön konkurssista emoyhtiölle aiheutuvan tappion minimointi. Ks. Punta 2004 s. 18.

505. Taloustieteen tutkimus on ollut viime vuosina kiinnostunut etenkin aineettoman varallisuuden arvoista. Myös taloustieteen tutkimuksessa on ollut tapana erottaa määrittelyongelma ja arvostusongelma. Konsernihyödyt muistuttavat jossain määrin aineettomia varallisuusarvoja siinä, että molempien määrittely ja arviointi on työlästä ja epävarmaa. Ks. lähemmin Koulu 2003 s. 9. On myös ilmeistä, että ainakin jotkut konsernihyödyt (esim. tietotaito) edustavat nimenomaan aineettomia varallisuusarvoja.

totaaliseksi sivuuttamiseksi eli dejuridisoinniksi.

Etusijajärjestyksessä seuraava kysymys on suorituksen ja vastikkeen väliselle yhteydelle asetettavat vaatimukset. Tämä yhteys - toisin sanoen suorituksen ja vastasuorituksen liittyminen toisiinsa - on osoitettava.⁵⁰⁶ Tästä säännöstä sinänsä ei ole erimielisyyttä, kysymys on vain siitä, millaista kiinteyttä ja varmuutta yhteydeltä vaaditaan. Kuten edellä todettiin, tämä on erityisesti konserneissa ongelma. Konserniyhtiöiden yhteistyö on yhtäältä joustavaa ja vapaamuotoista, toisaalta taas konsernihallinnon dominoimaa. Kun konsernissa sisäiset sopimukset ovat lähtökohtaisesti turhia (konsernihallintohan määrää, miten yhtiöt toimivat), nimenomaista sopimusta voi olla vaikea esittää. Onneksaassa tapauksessa löydetään konsernihallinnon määräys tai johtoryhmän pöytäkirja, jossa asiasta on päätetty. Useimmiten yhteys joudutaan päättelemään suorituksen ja vastasuorituksen luontaisesta yhteenkuuluvuudesta⁵⁰⁷ tai konsernissa noudatetuista käytännöistä. Kovin korkeita vaatimuksia yhteydelle ei tästä syystä saa asettaa, mistä seuraa, että jopa vakuuttavan tuntuinen väite tietyn suorituksen vastikeluonteesta riittää.

Viimeinen osakysymys eli kenen on suoritettava vastike, jotta se otetaan huomioon harkittaessa takaisinsaannin edellytyksiä, ei sen sijaan ole vaikea. Kysymys nimittäin saa vastauksensa vahingollisuuskriteerin kautta. Velkojien asemaan ei vaikuta se, mistä tai keneltä vastike saadaan, kunhan se vain on riittävä. Näin ollen vastikkeen suorittajaksi hyväksytään myös sellainen konserniyhtiö, joka ei ole velallisyhtiön sopimuspuoli. Tulkinta vastaa takaisinsaannin yleisiä oppeja, joissa ei ole välitetty vastikkeen suorittajan persoonasta.⁵⁰⁸ Käytännön ongelmaksi jää se, että tällaisen muualta tulevan vastikkeen liittyminen pääsuoritukseen pystytään selvittämään. Ulkopuolisen suorittama vastike perustaa näin yleisen yhteysongelman muunnelman. Tässä muunnelmassa yhteyden selvittäminen on hankalampaa kuin perustilanteessa, jossa vastike tulee sopimuskumppanilta - missä siinäkin on, kuten edellä todettiin, pulmia. Sopimussuhteen osapuolten suorituk-

506. Sellaista vastiketta, jonka suorittamisesta ei ole nimenomaisesti sovittu peräytettävän oikeustoimen yhteydessä, voidaan kutsua vaikkapa "sopimukseen perustumattomaksi vastikkeeksi". Näin kirjallisuudessa on tehtykin. Ks. Ingström 2013 s. 475.

507. Esimerkiksi: mitä ajallisesti lähempänä suoritukset ovat, sitä todennäköisempää on, että ne kuuluvat yhteen, toisin sanoen toinen on toisen vastasuoritus. Joskus yhteysvaatimusta on vaikea erottaa riittävyyden arvioinnista, minkä ratkaisu KKO 2004:115 osoittaa. Tapauksessa vedottiin siihen, että emoyhtiön tytäryhtiölle antama konserniavustus oli nostonut emoyhtiön omistamien tytäryhtiön osakkeiden arvoa. Korkein oikeus kuitenkin katsoi, että osakkeiden arvon nousemista vastaavalla määrällä ei ollut näytetty. Tapausselostus antaa kuvan, että asiallinen yhteys konserniavustuksen ja väitetyt arvonnousun välillä oli sinänsä kiistaton.

508. Tuomisto 2012 s. 544.

sisä luontainen oletama kuitenkin on, että ne liittyvät toisiinsa. Sen sijaan ulkopuolisen tehdessä suorituksen tällaista oletamaa ei synny, joten yhteys on osoitettava konsernihallinnon antaman määräyksen, konsernin strategia-kaavailujen tai ajallisen ja asiallisen korrelaation kaltaisen, vielä heikomman yhteyden kautta.

5.3.3 VASTIKKEEN RIITTÄVYYDEN ARVIOINTI

Vaikka kelpaavuuden ja yhteyden ongelmat ovat läpäistävissä suhteellisen vähällä vaivalla, riittävyysongelma eli vastikkeen arvostus on sitäkin kovempi pähkinä. Siinä toistuvat arvostuksen yleiset ongelmat, joihin tuskin löytyy yleispätevää vastausta.⁵⁰⁹ Arvostuksen osakysymyksistä kuitenkin vaikein on kysymys riittävyysarvion ajallisesta rajoittamisesta: miltä ajalta kertyneet hyödyt ja edut otetaan huomioon arvioitaessa, onko velallisyhtiö saanut omasta määräämistoimestaan tai vastaavasta vastiketta ja onko vastikkeen määrä ollut riittävä?⁵¹⁰ On ilmeistä, että konserniyhteyden normaalisti vallitessa monet hyödyt kertyvät vähitellen, vuosien joskus ehkä vuosikymmenten kuluessa. Mitä lyhyemmässä ajassa vastikkeen on - takaisinsaannissa riittäväksi vastikkeeksi kelvataksaan - kerryttävä, sitä suurempi todennäköisyys saadaan sille, että vastiketta ei yksittäistapauksessa pidetäkään riittävänä.⁵¹¹ Seurauksena lyhyestä maksimikertymäajasta on, että tapaukseen sovellettavaksi tulee takaisinsaantia suosiva ja takaisinsaantivastaaajalle hyvin epäedullinen peruste (TakSL 6.3 §). Tällaista kertymisen leikkuria on kuitenkin mahdotonta perustella. Hyödyn leikkaaminen on sekä vastoin takaisinsaannin yleisiä oppeja että normaalia kohtuustajua.

Kertymisleikkuri on sitäkin kyseenalaisempi, koska ratkaisun antava materiaallinen sääntö on niin ilmeinen. Hyödyt otetaan säännön mukaan huomioon niin pitkältä ajalta kuin niiden perustellusti odotetaan kertyvän. Teo-

509. Tosin vastikkeen yleiseksi arvostusperusteeksi on nostettu vastikkeen odotusarvo. Jos tämä arvo on "positiivinen", takaisinsaanti näyttäisi ainakin pääsääntöisesti estyvän. Ks. Ingström 2013 s. 476. Odotusarvon laskeminen tuo kuitenkin mukanaan kaikki arvostuksen perinteiset ongelmat, joten se ei sinänsä ratkaise mitään.

510. Sama kysymys on nostettu esiin myös yhtiöoikeudessa mietittäessä, milloin konserni-intressi voi "väliaikaisesti" syrjäyttää yhtiöintressin. Ks. Pönkä 2013 s. 218. Oma ongelmansa toki on, käytetäänkö samaa aikahaarukkaa molemmissa soveltamiskonteksteissa. Ajateltavissa nimittäin on, että takaisinsaannissa ajanjakson on jo praktisista syistä oltava lyhyempi.

511. Esimerkiksi: emoyhtiö x antaa tytäryhtiölle y konserniavustuksen, joka "tuottaa" osinkotuloja seuraavat kymmenen vuotta. Hypoteettisen leikkurin ansiosta huomion otetaan vain oikeudenkäyntihetkellä jo kertynyt osinko kahdelta vuodelta. Konserniavustusta pidetään näin vastikkeettomana varallisuudensiirtona, vaikka viiden vuoden oletettu osinkotulo tekisi siir-
rosta vastikkeellisen.

riassa konsernin päätöksenteossa tämä seikka otetaan huomioon. Samoin kirjanpitolaki ainakin muodollisesti edellyttää, että esimerkiksi konserniavustuksen kaltainen kuluerä jaksotetaan kirjanpidossa niille vuosille, joihin se vaikuttaa. Kirjanpidollinen jaksotus on tietenkin vain ensikäden kriteeri siitä, millaiseksi tämä kertymäaika on alun perin kuviteltu. Konserniavustuksen saajien tai antajien käsitys voi jälkiviisauden valossa osoittautua liian optimistiseksi (hyöty on paljon lyhytaikaisempaa) tai liian pessimistiseksi (hyötyä tuleekin odottamattoman kauan).

Tulkinta koko kertymisajan ottamisesta huomioon vaatii täydentäviä sääntöjä. Jos kertymisaika on kovin pitkä, takaisinsaantioikeudenkäynti saa tuomionsa, ennen kuin kertymisen lopputulos - paljonko hyötyä de facto velallisyhtiö kaiken kaikkiaan sai - on tiedossa. Selvää on, että oikeudenkäyntiä ei voi jättää lepäämään tätä tietoa odottelemaan. Tästä seuraa, että vastainen hyöty joudutaan yhtäältä pääomittamaan nykyarvoonsa, toisaalta taas on pakko arvioida, kuinka todennäköistä on, että hyödyn loppuosa tulee. Konserniedut ovat tässä suhteessa erilaisia. Kuitenkin myös liiketoimintaehtuna saatava ja näin periaatteessa pysyvä etu voi päättyä äkisti, jos se konserniyhtiö, jonka ajateltiin antavan tällaista etua, itsekin päättyy konkurssiin. Pääomittaminen puolestaan on teoriassa matemaattinen suoritus, joten se ei muodosta juridista pulmaa. Sen sijaan vastaisen kertymisen todennäköisyyden määrittely on nimenomaan oikeudellinen ongelma. Jotta vastainen hyöty otetaan huomioon, hyödyn kertymisen on oltava todennäköistä tai se ei ainakaan saa olla epätodennäköistä. Näin päädytään siihen, että konsernietujen saaminen tulevaisuudessa edellyttää kannanottoa etuja antavan konserniyhtiön tilaan. Kun taas yksittäisen konserniyhtiön tila korreloi koko konsernin taloudelliseen tilaan, arvio vastikkeen riittävydestä laajenee jälleen kerran koko konsernin laajuiseksi. Jos kaikki konserniyhtiöt ovat samanaikaisesti kriisissä, todennäköisyys on nolla. Tällöin riittävyysharkinnassa lähdetään siitä, että vastaista hyötyä ei tule ja että vastikkeen riittävyttä arvioidaan jo saadun hyödyn perusteella.

Kysymys siitä, mitä ajankohtaa käytetään pohjana arvioitaessa velallisen sopimuskumppanin tai muun konsernin antaman vastikkeen riittävyttä, ei ole ollut esillä tutkimuksessa. Sen sijaan ajankohtaa on mietitty paljonkin pohdittaessa, milloin oikeustoimi on vahingoittanut velkojia.⁵¹² Kysymykset ovat siinä määrin sukua toisilleen, että tämän tarkastelun tulokset ovat

512. Lennander 1994 s. 96. Suomen osalta ks. Kuusiluoma 2011 s. 33. Samoin luovutuksen lahjanluonteisuutta arvioitaessa huomio on kiinnitetty siihen, milloin varallisuudensiirto on tapahtunut. Ks. Huser 1992 s. 137.

sellaisenaan siirrettävissä vastikkeen riittävyden arviointiin. Oikeudenmukaiselta tuntuva pääsääntö on, että oikeustoimen tekemisen ajankohta on määräävä (esim. KKO 2004:115).⁵¹³ Samaan tulokseen vie osaltaan jo TakSL 6:3 §:n sanamuoto: sopimuksen lahjanluonteisuutta arvioidaan sen mukaan, millainen epäsuhte vallitsi "sopimusta tehtäessä". Jos oikeustoimi koostuu monesta osasta, määrääväksi tulkitaan ensimmäinen velallista velvoittava osio. Nämä näennäisen selvät säännöt menettävät ratkaisukykyänsä silloin, kun oikeustoimielementtejä ei ole, peräytettäväksi vaaditaan "järjestelyä" tai "menettelyä" (TakSL 1 §) esimerkkinä velallisyrittästä syrjivä siirtohinnoittelu. Käyttökelpoinen sääntö voisi näissä tapauksissa olla menettelyn tai järjestelyn aloittamisen ajankohta. Aloittamisen ajankohta on ensiksikin tavallisesti ulkoisesti havaittava ja näin helppo todistaa, toiseksi käytäntö - eli esimerkiksi syrjivän siirtohinnoittelun käyttöönotto - todennäköisesti perustuu silloin annettuun konsernihallinnon määräykseen, joka ei ole jättänyt jälkiä asiakirja-aineistoon. Tällainen määräys (tarkkaan ottaen sen noudattaminen) taas on rinnastettavissa oikeustoimeen.

Oma kysymyksensä on, sovelletaanko vastikkeen arvonmuutoksiin samaa sääntöä kuin määräämistoimen vahingollisuuden arviointiin. Määräämistointa pidetään vahingollisena, jos vahingon mahdollisuus on ylipäättään ollut olemassa. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2012:102 oli kysymys vakuuden mahdollisten arvonmuutosten vaikutuksesta vahinkoedellytykseen. Korkein oikeus asetti mahdollisuuden riman korkealle. Peräyttämisen esti vasta se, että vahinkoriski - tapauksessa vakuuden arvonnousun - oli määräämistoimen ajankohdan olosuhteiden perusteella "hyvin epätodennäköinen". Sääntö on epäedullinen velallisen sopimuskumppanille, eikä sitä ole syytä siirtää vastikkeen riittävyden arviointiin. Tällainen siirtäminen nimittäin merkitsisi liikeloudellisen riskin siirtämistä velalliselta hänen sopimuskumppanilleen. Asia erikseen on, että matalan, tavallisen ja korkean todennäköisyyden ero lienee tässäkin veteen piirretty. Ratkaisussa tavallisenkin todennäköisyyden soveltaminen olisi nähtävästi tuottanut saman lopputuloksen.

Kun vastikkeen riittävyttä arvioidaan määräämistoimen ajankohdan perusteella, perusteltu aikalaissäitys siitä, millaiseksi vastikkeen arvo todennäköisesti asettuu, on ratkaiseva.⁵¹⁴ Ja kääntäen: myöhempi odottamaton

513. Kilpaileva sääntö voisi tässä kuulua, että konkurssin alkamisajankohta ratkaisee, eli muodostaa arvioinnin ajankohdan. Tämä sääntö johtaisi kuitenkin materiaalisesti epäoikeudenmukaiseen lopputulokseen, koska sen korollaari olisi, että vain konkurssin alkamisajankohtaan mennessä kertynyt vastike otetaan huomioon.

514. Näin nähtävästi Ingström 2013 s. 475. Hän nimittäin kirjoittaa: "Epävarman ja riskiä sisältävän vastikkeen arviointiin voitaisiin hyvin käyttää vahinkoedellytyksen arviointiin kehitet-

tapahtumakulku ei periaatteessa vaikuta asiaan. Jos vastiketta ei vastoin perusteluja odotuksia de facto saadakaan tai saadun vastikkeen arvo on (esim. toimintaolosuhteiden äkkiä muututtua) odotettua vähäisempiä, vastike ei muutu riittämättömäksi ja määräämistoimi lahjanluonteiseksi. Toki vastakainenkin kehityskulku on ajateltavissa. Vastike on ollut aikalaisten silmissä riittämätön tai sen saaminen epätodennäköistä, mutta olosuhteet ovat muuttuneet odottamatta niin, että vastikkeen arvo on noussut tai epäilykset sen suorittamisesta on havaittu aiheettomiksi. Tällöin takaisinsaantikanne joka tapauksessa kaatuu siihen, että määräämistoimi ei ole ollut velkojen kannalta vahingoksi. Tuetaanko lopputulos vastikkeen riittävyteen vai yleisen vahingollisuuskriteerin täyttymättä jäämiseen, on lähinnä systemaattinen kysymys. Kun kysymys on läheissuhteista, myöskään todistustaakka ei muutu. Takaisinsaantioikeudenkäynnin vastaajan on joka tapauksessa osoitettava vastikkeen arvon muutos ja vastikkeen suorittaminen. Sen sijaan normaalissa takaisinsaannissa voidaan väittää, että kantajan on kylläkin näytettävä se seikka, että vastike on ollut arvoltaan alun perin riittämätön. Vastaajan asiana taas on osoittaa, että vastikkeen arvo on noussut määräämistoimen ajankohdan jälkeen. Samoin vastikkeen suorittaminen tosiasiallisesti on jätettävä vastaajan asiaksi jo todistelumahdollisuuksien takia. Kantaja kun on vaikea osoittaa kielteistä seikkaa eli sitä, että vastiketta ei ole missään vaiheessa tai millään tavalla suoritettu.

Viimeinen osakysymys kuului, mikä on subjektiivisten tekijöiden vaikutus eli täsmällisemmin, mikä merkitys annetaan sille, mitä toimijat ovat toiminnan hetkellä ajatelleet tai tarkoittaneet.⁵¹⁵ Voi olla, että he ovat pitäneet riittävänä vastikkeena sellaista, mikä ei sitä jälkikäteen arvioituna ollut. Tällöin joudutaan miettimään, suojataanko kuvainnollisesti heidän luottamustaan.⁵¹⁶ Käänteisessä tilanteessa taas toimijat eivät ole mieltäneet riittäväksi

tyä mittapuuta eli peräyttämisen estää ainoastaan vastike, joka saa näyttämään oikeustoimen lahjanluontoisuuden tekohetken olosuhteiden perusteella hyvin epätodennäköiseltä. Näin esimerkiksi 85 prosentin negatiivinen todennäköisyys sallii takaisinsaannin TakSL 6 §:n perusteella.

515. Kannattaa huomata, että tämä aikalaiskäsitys vastikkeellisuudesta on eri asia kuin se aikalaiskäsitys vastikkeen arvosta, jota käsiteltiin edellä. Käsite vastikkeen arvosta voidaan tietenkin muodostaa vasta, kun määräämistointa sinänsä pidetään vastikkeellisena. Ratkaisun KKO 2004:115 perusteluissa korostetaan, että sillä, onko luovutus "mielletty tai tarkoitettu lahjanluonteiseksi", ei ole merkitystä (10-k). Tämä on toki eri asia kuin käsitys vastikkeen riittävydestä, mutta ratkaisuoheje tuntuu edellyttävän, että tällöinkin objektiiviset seikat ratkaisevat. Norjan oikeudessa sen sijaan takaisinsaanti edellyttää, että lahjan antaja on halunnut vaurastuttaa ('berike') lahjan saajaa. Ks. Huser 1992 s. 139.

516. Kirjallisuudessa on tehty ero yhtiöoikeudellisen ja insolvenssioikeuden näkökulman välillä. Esimerkiksi varojen jakamisen luvallisuutta tarkastellaan toimivan johdon näkökulmasta.

vastikkeeksi sellaista velallisen saamaa etua, joka loppujen lopuksi onkin ollut riittävä vastike. Osakysymys palautuu pitkälti perustavanlaatuiseen kysymykseen siitä, onko vastikkeellisuuden arviointi objektiivista vai subjektiivista eli aikaansa sidottua vai jälkikäteistä. Takaisinsaantilain perustelut edustavat, kun kysymys on lahjanluonteisuuden arvioinnista, tiukkaa objektiivisuutta. Sillä, onko velallinen mieltänyt sopimuksen lahjanluonteiseksi, ei ole perustelujen mukaan merkitystä.⁵¹⁷ Perustelu on kuitenkin kirjoitettu liian yleiseksi. Sen tarkoitus on estää vastaajaa kiistämästä ilmiselvää lahjanluonteisuutta sillä perusteella, että hän ei ymmärtänyt sopimuksen luonnetta. Sen sijaan lausumaa ei voida lukea kielloksi antaa merkitystä sopimuspuolten realistisille ja tilannetta vastaaville arvioille siitä, mikä on vastiketta ja mikä vastikkeen arvo on. Se ei myöskään anna oikeutusta tulkintaan, jonka mukaan riski vastikkeen myöhemmästä arvonmenetyksestä jäisi takaisinsaantivastaajalle.

Lopuksi on aihetta koota tai ainakin sitä yrittää yhtenäinen vastikkeellisuusoppi. Se joudutaan rakentamaan tutkimuksen sirpaleisista kannanotoista, mikä tekee helposti väkivaltaa aikaisemmalle tutkimukselle. Tästä riskistä huolimatta on oikeutettua sanoa, että vastikkeellisuuden tulkinnoissa on oltu konservatiivisia. Jotta suoritus ylipäättään hyväksytään vastikkeeksi, sen on oltava suhteellisen konkreettista, melko välitöntä, pääsääntöisesti jo kertynyttä sekä helposti rahassa tai taloudellisesti arvioitavaa. Konservatiivisten tulkintojen ilmeinen vahvuus on siinä, että ne pitävät vastikkeellisuusharkinnan kevyenä, mikä taas tuo kustannussäästöjä ja nopeuttaa käsittelyä. Tämä taas keventää sekä asianosaisten että tuomioistuimen työtaakkaa. Oikeudenkäynnissä nimittäin ei tarvitse avata koko konsernin taloudellista tilannetta, mikä taas toteuttaa tutkimuksessakin vallitsevaa isoloidun konkurssin ideaa konserniympäristössä. Hyvällä käytännöllä sovellettavuudella on kuitenkin materiaallinen hintansa. Se vie yhtäältä ristiriitaan todellisuuden kanssa, toisaalta antaa yksittäistapauksissa vääriä ratkaisuja. Konkurssiin päätyneen konserniyhtiön velkojat saavat välistä kaksinkertaisen kompensaation. Näin käy erityisesti silloin, kun konkurssipesään peräytetään velallisyhtiön lahjanluonteisiksi leimatut varallisuudensiirot samalla, kun velallisyhtiön sopimuskumppanin ja ehkä muidenkin konserniyhtiöiden vastasuoritukset jäävät konkurssipesään käytettäväksi suorituksiin velkojille.

Sen sijaan insolvenssioikeudessa "yrityksen taloudellista tilaa sen sijaan arvioidaan sen toiminnan loputtua tai ainakin tilanteessa, jossa yrityksen toiminta on lähellä loppumista." Ks. Vedenkannas 2009 s. 159.

517. HE 102/1990 vp. s. 51.

Konsernitilanteiden tarkastelu näyttää näin pakottavan laajennettuun vastikkeellisuuden tulkintaan.⁵¹⁸ Myös epämääräinen (diffuusi) ja jossain merkityksessä välillinen vastike on hyväksyttävä riittäväksi, kunhan se vain kyetään jotenkin arvioimaan rahassa.⁵¹⁹ Periaatteessa kaikki konserniyh-teyden antamat tai tuottamat edut ovat arvioitavissa rahassa; nehan ovat lähtökohtaisesti taloudellisia. Asia erikseen on, että rahassa arvioiminen on paitsi näytön myös tulkinnan ongelma - mitä menetelmiä arvioinnissa käytetään? Etenkin konsernin tarjoamat kilpailuedut, rationalisointisäästöt tai kustannustehokkaampi hallinto, ovat notorisesti tässä suhteessa hankalia. Tästä huolimatta kokonaiskuva on perinteisen eli yksinapaisen konkurssi-oikeuden näkökulmasta lohdullinen. Vakiintuneita vastikkeellisuusoppeja ei tarvitse muuttaa, vaan lainkäyttäjän parempi itseymmärrys mahdollistaa konsernille spesifisten vastikepulmien tunnistamisen ja kohtuullisen onnistuneen ratkaisemisen.

5.3.4 VASTIKKEELLISUUS OIKEUSKÄYTÄNNÖSSÄ: RATKAISUT KKO 2004:69 JA KKO 2004:115 ANALYSOITAVINA

Konsernituen vastikkeellisuus kärjistyy etenkin konserniavustuksen kohdalla, koska konserniavustus luokitellaan lähtökohtaisesti vastikkeettomaksi varallisuudensiirroksi. Tulkinta on niin vallitseva, että se on otettava tutkimuksen lähtökohdaksi, vaikka sen logiikka on kahdessakin suhteessa kyseenalainen. Edellä on ensiksikin katsottu, että mahdollisuus konserniavustuksen palautumiseen sen antajalle tekee siitä itse asiassa lähtökohtaisesti vastikkeellisen varallisuudensiirron.⁵²⁰ Sillä, mitä muuta vastiketta siitä saadaan, on näin itse asiassa yhdentekevää. Toiseksi konserniavustuksen vahingollisuuden hahmottaminen suoraviivaisesti sen pelkistetyn vastikkeettomuuden kautta sisältää jo piilevän valinnan.⁵²¹ Vastikkeellisuus ja vahingollisuus muuttuvat synonyymeiksi, mitä ne eivät todellisuudessa ole. Ratkaisut KKO 2004:69 ja KKO 2004:115 paljastavat nämä piilevät sidonnaisuudet; samalla ne avaavat tien uudenlaiseen ajatteluun.

Ratkaisu KKO 2004:115 koski klassista esimerkkiä takaisinsaannista kon-

518. Tämä ei ole uusi huomio. Myös aikaisemmassa tutkimuksessa on vaadittu vanhojen lähtökohtien "modifiointia", kun kysymyksessä on konsernisuhde. Ks. esim. Pulkkinen 1993 s. 1175.

519. Näin nähtävästi Huser 1992 s. 141. Hän nimittäin toteaa: "Debitors økonomiske egeninteresse kan være noe mer diffus eller langsiktig, uten at dette gjør disposisjonen til en gave." Omaintressi on tietenkin jo yleiskielisesti paljon laajempi käsite kuin vastike.

520. Ks. edellä jakso 5.2.1.

521. Ks. edellä jakso 5.3.1.

sernikontekstissa.⁵²² Tapauksessa emoyhtiö oli suurkonsernin osa, joskin muodollisesti kysymyksessä oli osuuskunta. Emoyhtiö antoi käytännössä täysin omistamalleen tytäryhtiölle⁵²³ kuuden miljoonan markan konserniavustuksen ”liiketoimintaa varten”. Konserniavustus ei kuitenkaan pitkään auttanut. Tytäryhtiö asetettiin noin vuoden kuluttua konkurssiin. Emoyhtiö (osuuskunta) itsekkin päättyi saneerausmenettelyyn vajaan vuoden kuluttua siitä, kun se antoi kyseisen avustuksen. Kysymyksessä oli siis tapausmuunnelma 2. Saneerausmenettelyn selvittäjät vaativat konkurssiavustuksen peräyttämistä vastikkeettomana, lahjanluonteisena oikeustoimena. Vastaajana ollut tytäryhtiön konkurssipesä taas puolustautui vetoamalla siihen, että emoyhtiö oli saanut avustuksen todellista määrää vastaavana vastasuorituksena ”konsernietuja” ja tytäryhtiön selvitystila ja konkurssi oli näin vältetty (itse asiassa vain lykätty). Samalla oli säilytetty mahdollisuus tytäryhtiön tilan vakauttamiseen ja sen osakkeiden myymiseen sekä lisäksi oli pystytty jatamaan konsernin sisäistä liiketoimintaa.

Hovioikeus hyväksyi takaisinsaantikanteen, eikä korkein oikeus muuttanut sen lopputulosta. Kuten edellä todettiin, ratkaisu puettiin hieman kyseenalaisesti kannanotoksi näyttökysymykseen.. Perustelujen mukaan vastaaja (tytäryhtiön konkurssipesä) ei ollut saattanut todennäköiseksi, että emoyhtiö olisi saanut antamastaan avustuksesta vastineen. Näin annettua kuuden miljoonan markan konserniavustusta oli pidettävä lahjana. Korkeimman oikeuden perusteluissa pohdittiin kuitenkin - ajankohdan huomioon ottaen - hämmästyttävän laajalti ja perusteellisesti sitä, mikä konserniavustuksesta saatava vastike olisi voinut olla ja miten sen arvo määriteltäisiin. Päätely on syytä kerrata. Aluksi korkein oikeus myöntää, että konserniavustus on voinut olla aikanaan tarkoituksenmukainen. Se on saattanut osaltaan parantaa konsernin mahdollisuutta jatkaa toimintaansa. Tämän jälkeen korkein oikeus toteaa epäloogisen tuntuiseksi, että konkurssin ”tuolloinen” välttäminen ei merkitse, että emoyhtiö olisi saanut vastikkeen. Päinvastoin avustuksen an-

522. Ratkaisun merkitystä ja käytetyn ratkaisuoheen tulkintaa on käsitelty edellä jaksoissa 1.4.1. ja 2.3.1. Ratkaisun tutkimuksellinen arvo ei ole itsestäänselvyys, se nimittäin koskee, kuten edellä todettiin takaisinsaantia lakisääteisessä saneerausmenettelyssä, Vaikka takaisinsaanti-perusteet ovat samat (YrSanL 35 §), niitä ei välttämättä tulkita samalla tavalla kuin konkurssissa. Ks. Hupli 1998 s. 789. Ratkaisu ei kylläkään anna vaikutelmaa, että saneerauksen erityispiirteille olisi tapauksessa annettu tulkinnallista merkitystä. Oli niin tai näin, mahdollinen tulkinnallinen ero ei vaikuta itse kysymyksenasetteluun eikä argumentaatioon. Lopputulos voi sen sijaan muuttua tulkinnan muuttuessa.

523. Tarkkaan ottaen emoyhtiö omisti osakkeista yli 99 prosenttia, joten konsernille ”vieraiden” intressien merkitys oli de facto minimaalinen ellei olematon.

taminen on ilmentänyt toimenpiteen vaarallisuutta velkojen kannalta.⁵²⁴

Avain korkeimman oikeuden päättelyyn sisältynee käytettyyn adjektiiviin ”tuolloinen”. Konkurssin lykkääminen vain hetkeksi - kannattaa muistaa lykkääntymisen lyhyys, vain vuoden verran - on johtanut siihen, että konsernihyötyjä ei ole ehtinyt mainittavasti kertyä. Tytäryhtiön tila on näyttänyt myös niin toivottamalta, että pitkäaikainen hyötyminen tytäryhtiön säilymisestä ei ollut realistinen kuvitelma. Näin luettuna lopputulos olisi nähtävästi muuttunut, jos tytäryhtiö olisi välttänyt konkurssin esimerkiksi viisi vuotta. Ohimennen todettakoon, että viittä vuotta on pidetty liiketaloudellisten ennusteiden äärimmäisenä takarajana. Pitemmän ajan kattava ennuste ei ole enää luotettava missään olosuhteissa.

Lopuksi tutkimuksellisesti antoisa ratkaisu KKO 2004:115 ottaa yleisemmällä tasolla kantaa siihen, mikä ei voi olla ja mikä taas voi olla konserniavustuksesta saatua vastiketta. Tosin on myönnettävä, että ratkaisusta paikoin on vaikea päätellä, miltä osin perustelulausumat on tarkoitettu normatiiviksi, milloin ne taas ovat faktakuvausta. Jos perusteluja luetaan ensimmäisellä tavalla, vastikkeellisuuden ulkopuolelle putoavat sellaiset edut, joiden saaminen riippuu ”konserniin kuuluvien yhtiöiden vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolella olleista tekijöistä” (11-k).⁵²⁵ Tapauksessa mahdollisuutta löytää ostaja tytäryhtiön osakkeille on ehkä pidetty tällaisena tekijänä. Samaan kategoriaan lienee luettava suhdannekäänteet, kysynnän kasvu sekä toimialalla tapahtuvat rakenteelliset uudistukset: niihinhan suurikaan konserni ei kykene juuri vaikuttamaan. Tällaiset hyödyt tulevat jos tulevat. Edellä on katsottu, että konsernieduiksi ei saa lukea myöskään sellaisia etuja, jotka velallisyhtiö joka tapauksessa saisi muulta konsernilta. Esimerkiksi: maksuvaikeuksiin joutunut tytäryhtiö x on vastannut emoyhtiön tuotteiden markkinoinnista, mutta konsernin yhteistyö voidaan vaivatta järjestää niin, että markkinointi siirtyy tytäryhtiö y:lle. Tälle edut saataisiin ilmeisesti -logiikalle⁵²⁶ ratkaisu ei anna suoraa tukea, ja kysymys on oikeastaan eri asioista. Voidaan kuitenkin sanoa, että päättelyketjut ovat sukua toiselleen. Jos suoritus ei mitenkään au-

524. Päätelmän perimmäistä logiikka on kuitenkin vaikea tavoittaa. Vaarallisuus ja tarkoituksenmukaisuus eivät ole yhteismitallisia käsitteitä. Tämä näkyy siinä, että liiketaloudellisestikin perustelu toimi voi olla velkojille vaarallinen. Sitä paitsi voidaan huomauttaa, että kriisiin ajautuneessa konsernissa kaikki ajateltavissa olevat konsernijohtoon toimintavaihtoehdot ovat vaarallisia - toiset vain ovat vielä riskialttiimpia kuin toiset.

525. Todettakoon, että ratkaisussa KKO 2004:69 samaa päättelyä käytetään sen osoittamiseen, että vahinkoedellytys on täytynyt (24-k). Perustelun monikäyttö osoittaa, kuinka läheisesti vastikkeellisuus- ja vahingollisuusprobleemat liittyvät toisiinsa.

526. Ks. edellä jakso 5.3.2.

ta tai tue vastikkeeksi periaatteessa kelpaavan hyödyn saamista, oikeustointa on vaikea pitää käsitteellisesti vastikkeellisena.

Mitä tulee lähtökohtaisesti vastikkeeksi kelpuutettaviin etuihin, ratkaisun anti on niukempi. Tytäryhtiön osakkeiden arvonnousu ja nähtävästi myös arvon säilyttäminen selvästikin hyväksytään vastikkeeksi, kunhan se vain onnistutaan näyttämään. Tämä vastaakin tutkimuksessa esitettyä.⁵²⁷ Vastajan väitteeseen siitä, että avustus säilytti mahdollisuuden ”konsernin sisäisen liiketoiminnan jatkamiseen”, ei sen sijaan oteta korkeimman oikeuden perusteluissa kantaa. Syynä oli ehkä se, että konkurssin myötä mahdollisuus oli joka tapauksessa lakannut tai että yhteistyö on alun perinkin ollut vähäistä. Konsernin yhtiöt nimittäin näyttävät toimineen varsin itsenäisesti. Kannattaa kuitenkin huomata, että korkein oikeus ei kuitenkaan nimenomaisesti torju ajatusta, jonka mukaan liiketoiminnalliset hyödyt tai kilpailuedut olisivat vastiketta.

Ratkaisu KKO 2004:69 on lähtöasetelmaa ajatellen vielä merkittävämpi. Se nimittäin liittyy kahden tytäryhtiön välisen järjestelyn lahjanluonteisuuteen. Tämä ratkaisu oli sisarratkaisuaan KKO 2004:115 informatiivisempi siinä, että ratkaisussa KKO 2004:69 otetaan kantaa paitsi vastikkeellisuuteen myös vahinkoedellytykseen. Tapauksessa nämä kysymykset nimittäin kietoutuivat lähes erottamattomasti yhteen. Tapahtumasarja oli pelkistetyksi seuraava: Konsernissa tytäryhtiö x vapautti toisen tytäryhtiön eli tytäryhtiö y:n sen antamaan luottovakuutukseen perustuvasta vastuusta. Luottovakuutus sisälsi tytäryhtiö y:n omavelkaisen takauksen niistä tytäryhtiö x:n saatavista, joiden velallisena oli yhtiö z. Vastuusta vapauttamisen seurauksena takaus raukesi, mutta tytäryhtiö x:lle pantattiin tytäryhtiö z:n saatava ulkopuoliselta taholta. Vastikkeellisuuden arviointi oli ratkaisuun KKO 2004:115 verrattuna suorastaan yksinkertainen: oliko pantiksi saatu saatava riittävä vastike sille, että luottovakuutuksesta luovuttiin?

Vastikkeen riittävyys käsittely sai tapauksessa lähes kafkamaisia piirteitä. Argumentointi kahdessa oikeusasteessa keskittyi siihen, minkä osan tytäryhtiön saatavista pantattu saatava kattoi verrattuna luottovakuutukseen. Sinänsä helppoa asiaa mutkisti se, että pantatun saatavan niin sanottu hyvyys parani konkurssin aikana. Saatavan velallisen luottokelpoisuus nimittäin ko-

527. ”Emoyhtiön kokonaan omistamalleen tytäryhtiölle antamaa konserniavustusta on voitu pitää vastikkeellisena sillä perusteella, että konserniavustuksen vuoksi tytäryhtiön osakkeiden arvo nousee.” Näin Punta 2004 s. 18. Asia erikseen on, että sillä, omistaako emoyhtiö tytäryhtiön kokonaan vai ei, ei periaatteessa ole merkitystä, kunhan omistettujen osakkeiden arvo vain nousee.

heni, osaksi konsernin yhteisten toimenpiteiden seurauksena. Korkein oikeus kuitenkin hylkäsi tämän ajattelulinjan. Se katsoi, ettei pantatun saatavan arvolla panttaushetkellä ollut merkitystä, koska panttausta joka tapauksessa rasitti takaisinsaannin riski. Tytäryhtiö x:n vakuuksien arvo oli tämän takaisinsaantriskin myötä heikentynyt niin voimakkaasti, että luottovakuutuksen vapauttamista oli pidettävä lahjanluonteisena toimenä (19-k). Tässä yhteydessä ei ole tarpeen miettiä, oliko korkeimman oikeuden materiaallinen tulkinta oikea. Takaisinsaantriskin lukemista vastikkeen arvonalennukseksi ei kylläkään ole helppo sellaisenaan hyväksyä - etenkin jos takaisinsaannin tuoma riski ei käytännössä lopulta realisoidukaan. Eri asia on, että vastikkeen lopullinen menetys takaisinsaannin seurauksena tietenkin vie vastaansanomattomasti siihen, että konkurssivelallisen suoritus katsotaan vastikkeettomaksi eli lahjaksi.

Vuoden 2004 ratkaisuja voidaan lukea kahdella tavalla. Ne saatetaan jonkinlaisella oikeutuksellakin ensimmäisessä luennassa katsoa perinteisen linjan mukaisiksi.⁵²⁸ Lopputuloshan oli takaisinsaannin voitto. Toinen luenta taas on ensimmäisen vastakohta. Ratkaisut ovat käänteentekeviä, koska niissä ylipäätään tunnustetaan konserniyhteyden ja konsernihyötyjen periaatteellinen merkitys. Toiseksi tämä ratkaisupari ylipäätään avaa tien aikaisempaa laajempaan ja ei-konkreettiseen - jonkun mielestä "taloudellisempaan" - vastikkeellisuuden tulkintaan. Perustelujen kirjoitustapaa voidaan moittia lievästä harhaanjohtavuudesta. Vaikka ratkaisut ovat radikaaleja uustulkintoja, ne saadaan näyttämään aikaisemman oikeuskäytännön luonnolliselta jatkumolta, mitä ne eivät suinkaan ole. Tässä tutkimuksessa on lähdetty jälkimmäisestä luennasta. Tulevat takaisinsaanтивастаajat oppivat hekin jotain ratkaisuista. Konsernihyötyjen jälkikäteinen osoittaminen on hyvin vaikeaa, etenkin kun vastaaja ei oikeastaan tiedä, mitä hänen pitäisi osoittaa, toisin sanoen mikä kaikki hyväksytään konsernihyödyksi ja miten niiden rahallinen arvo määritellään.⁵²⁹ Todistelua vaikeuttaa vielä useimmissa konserneissa noudatetut joustavat ja epäviralliset käytänteet. Hyödyistä ja yhteyksistä ei jää jälkiä asiakirja-aineistoon (esim. kirjanpitoon tai konsernijohton pöytäkirjoihin).

528. Tuomisto 2012 s. 552.

529. Kirjallisuudessa vastaajan puolustautumismahdollisuuksista annetaan aivan liian optimistinen kuva. "Se, kuinka vahvaa näyttöä vastaajan on kulloinkin esitettävä, vaihtelee tapauksittain. Joissakin tapauksissa vähäinenkin näyttö voi riittää kumoamaan oletaman ja siirtämään todistustaakan konkurssipesälle." Näin Punta 2004 s. 80. Toki on myönnettävä, että vuoden 2004 ratkaisut (joista käy ilmi, kuinka vaikeaa vastaanäytössä onnistuminen todellisuudessa on) annettiin vasta myöhemmin, joten tältä osin kysymys on jälkiviisauksesta.

Sen sijaan ratkaisusta ei pystytä päättelemään mitään siitä, vaikuttaako konserniavustuksen suunta vastikkeellisuuden tulkintaan. Tunnettua on, että emoyhtiön antaessa konserniavusta tytäryhtiölleen konsernihyötyjä on suhteellisen helppo osoittaa. Kun tytäryhtiö antaa konserniavustusta emoyhtiölle tai toiselle tytäryhtiölle, vastikkeellisuuteen viittaavia tuntomerkkejä ei sen sijaan ole yhtä helppo näyttää. Emoyhtiön saama konserniavustus tietenkin mahdollistaa sen, että emoyhtiö jossain vaiheessa voi auttaa tytäryhtiötään, toisin sanoen hyöty on vastainen tukiodotus.⁵³⁰ Avustus on myös joskus katsottavissa korvaukseksi niistä hallintopalveluista, joita tytäryhtiö saa konsernihallinnolta tai konsernin yhteisiltä palveluyksiköiltä. Ratkaisu KKO 2004:115 koski emoyhtiön tytäryhtiölle antamaa konserniavustusta, ratkaisussa KKO 2004:69 taas oli kysymys tytäryhtiön toiselle tytäryhtiölle suomasta, konserniavustuksen kaltaisesta edusta. Perusteluista ei saa sellaista vaikutelmaa, että näiden tilanteiden välillä olisi tehty perustavanlaatuista eroa. Jos tämä on oikea luenta, siihen on helppo yhtyä. Ratkaisevaa vallitsevan tulkinnan kannalta on, mitä vastiketta konserniavustusta antanut yhtiö saa, ei sen sijaan se seikka, kenelle avustus annetaan.

5.4 PERUSKYSYMYS 2: VAHINGOLLISUUDEN ONGELMA

5.4.1 YLEINEN VAHINKOEDELLYTYS RATKAISUN KKO 2004:69 LUENNASSA

Määräämistoimen vahingollisuus nousee keskeiseksi vasta, kun on havaittu, että määräämistoimesta ei ole saatu riittäväksi katsottavaa vastinetta. Voidaan nimittäin väittää, että myös vastikkeeksi kelpaamattomat tai riittämättömät konserniedut saavat joskus aikaan sen, että velallisyhtiön velkojat eivät kokonaisuutena tai tosiasiallisesti kärsi vahinkoa. Ja kun vahinkoedellytys ei täyty, määräämistoimi tai vastaava järjestely jää pysyväksi.⁵³¹ Ratkaisu KKO 2004:69 kuvaa otsikointia myöten harvinaisen havainnollisesti tätä ajatuksenkulkua. Vastikkeellisuutta tarkastellaan ratkaisun perusteluissa otsikon ”Onko toimenpide lahjanluontoinen” (kohdat 11-19) ja vahinkoedellytystä otsikon ”Täyttyykö vahinkoedellytys” (kohdat 20-25) alla. Kuten edellä havait-

530. Tähän viittanee Punta (2004 s. 18).

531. Yleisen vahinkoedellytyksen tulkinnasta ks. esim. Leppänen 1992 s. 45. Ks. myös Kuusi-luoma 2011 s. 30.

tiin, vastikkeellisuuden ongelma ratkaistiin takaisinsaannin hyväksi: vastiketta ei voitu pitää riittävänä.⁵³²

Yhdessä suhteessa ratkaisu poikkeaa vallitsevasta kannasta. Tavallisesti katsotaan, että määräämistoimen velkojille tuottama vahinko (tai sen puuttuminen) on voitava todeta ilman velallisen taloudellisen tilanteen laajempaa selvittelyä.⁵³³ Tätä takaisinsaantilain perusteluista peräisin olevaa sääntöä siteerataan muun muassa äskettäisen ratkaisun KKO 2012:102 perusteluissa. Oikeuskäytännössä tämä sääntö ei kuitenkaan ole saanut osakseen paljoakaan huomiota. Ratkaisussa KKO 2004:69 tehtiin oikeastaan juuri päinvastoin: sekä velallisyhtiön että konsernin taloudellinen tila otettiin tarkasteltaviksi.⁵³⁴ Tutkintaa rajoittava sääntö, jos sen soveltamista on joskus harkittu vakavissaan, kaatuukin lähemmässä analyysissä omaan epäloogisuuteensa. Vastaajan on saatava tilaisuus kunnolliseen puolustautumiseen, joten hänen väitteensä määräämistoimen vaarattomuudesta velkojille on tutkittava siinä laajuudessa, mitä kannanotto siihen vaatii. Ero laajemman ja suppeamman tutkiminnan välillä jää tällöin veteen piirretyksi.

Tapauksen perustavanlaatuinen ratkaisuohje on selkeä: sitä, onko määräämistoimi parantanut muiden konserniyhtiöiden asemaa, ei oteta huomioon vahingollisuutta arvioitaessa (23-k). Tulkintaan on oikeastaan pakko yhtyä, sillä se on suora korolaari vallitsevasta erillisten oikeussubjektien periaatteesta. Tulkinnan riitauttaminen vaatisi niin sanottua konserniajattelua eli sen myöntämistä, että konserni on kuitenkin jollain tavalla juridinenkin kokonaisuus. Ratkaisussa omaksuttu linjaus auttaa kuitenkin ällistytävän vähän käytännön sovellutuksissa. Konsernihan on joka tapauksessa kokonaisuus. Näin siihen kuuluvien yhtiöiden taloudellisen tilanteen vaihtelua ei voi tarkastella isoloidusti. Isoloitu tarkastelu sortuu havaintoon taloudellisesta heijastusvaikutuksesta. Muiden konserniyhtiöiden - eli de facto konsernin - hyvinvointi näkyy säännönmukaisesti myös yksittäisen konserniyhtiön, tässä kontekstissa konkurssin velallisyhtiön, hyvinvointina. Pelkistäen: kun konsernilla menee liikeloudellisesti hyvin, myös siihen kuuluvilla yh-

532. Ks. edellä jakso 5.3.4.

533. Leppänen 1992 s. 62.

534. Perusteluissa tämä sääntö kylläkin tuodaan esiin. Johtopäätösten tekeminen "epävarmojen ja moniulotteisten konsernivaikutusten" perusteella ei nimittäin ollut niiden periaatteiden mukaista, joiden pohjalta takaisinsaantia koskevat säännökset on laadittu (24-k i.f.). Säännökset rajaavat tarkastelun peräytettäväksi vaadittuun oikeustoimeen ja siihen välittömästi liittyviin seikkoihin. Asiallisesti perustelun tämän osion tarpeellisuus on kyseenalaistettavissa. Perustelujen samassa kohdassa konsernihyödyt todetaan epävarmoiksi ja ulkonaisista tekijöistä riippuvaisiksi ja näin merkityksettömiksi, kun määräämistoimen vaikutusta velkoihin arvioidaan kyseisessä yksittäistapauksessa.

tiöillä menee hyvin - ja tietenkin myös päinvastoin. Ratkaisun KKO 2004:69 perustelut tunnustavat sivumennen tämän taloudellisen lainalaisuuden tai ehkä oikeammin kokemussäännön jopa kielenkäyttöä myöten. Perusteluissa nimittäin todetaan, että yrityksillä pelastaa konserni "uhkaavalta häviötilalta" on saattanut olla eri muodoissa "myönteisiä heijastusvaikutuksia" myös velallisyhtiöön.

Eri asia on, että ratkaisuselostus ei lähemmin yksilöi, mitä nämä heijastusvaikutukset ovat tai voisivat olla. Heijastuneiden etujen saaminen ja niiden pysyvyys todetaan kuitenkin "vallinneissa olosuhteissa" yhtäältä epävarmoiksi, toisaalta riippuvaisiksi sellaisista tekijöistä⁵³⁵, joihin konsernin yhtiöt eivät päätöksillään ja toimillaan enää voineet vaikuttaa (24-k). Jälkimmäinen peruste löydetään, kuten edellä huomattiin, myös ratkaisusta KKO 2004:115. Kiintoisaa kylläkin ratkaisu ei nosta esiin tavanomaista keskustelua siitä, millaista todennäköisyyden astetta vaarattomuudelta odotetaan. Ratkaisussa KKO 2012:102 sen sijaan edellytettiin, että vaarallisuus (eli vaarattomuuden peilikuva) - tapauksessa vakuuden arvonnousu - oli hyvin epätodennäköistä. Kommentoivassa kirjallisuudessa sovellettua todennäköisyyden astetta on pidetty epärealistisen korkeana.⁵³⁶

Voidaan kysyä, tuoko ratkaisu KKO 2004:69 muutosta siihen, mikä ylipäättään katsotaan velkojille vahingolliseksi. Perinteinen tulkinta on, että vahingollisuutta tarkastellaan velkojien (tässä vaiheessa vielä) hypoteettisten jako-osuuksien kautta. Peräytettävän määräämistoimen vaikutus jako-osuuksiin lasketaan. Jos näin saatu vaikutus on negatiivinen - toisin sanoen jako-osuus pienenee siitä, mikä se olisi kuvitteellisessa alkutilassa eli ilman peräytettävääsi vaadittua toimenpidettä - määräämistoimi vahingoittaa velkojia ja on tästä syystä peräytettävissä. Ratkaisusta KKO 2004:69 päätellen konserniyhteys ei sinänsä muuta sitä tapaa, jolla vahingollisuus määritellään. Materiaalinen kysymys määräämistoimen vahingollisuudesta kääntyy näin todistelun pulmaksi. Koska tapauksessa ei ollut todettavissa eikä vastaajakaan ollut näyttänyt, että velkojien jako-osuus konkurssissa ei ollut määräämistoimen (=luottovakuutuksen vapauttamisen) takia vähentynyt, määräämistointa ei voitu pitää velkojille vaarattomana (25-k).⁵³⁷ Omista lähtökohdistaan lopputulos on tietenkin ainoa oikea.

535. Tämä lienee viitannut velkojien päätöksiin.

536. Ks. Koulu 2013 s. 274.

537. Lopputulos olikin odotettu. Vakiintuneesti on katsottu, että jako-osuuden vähentymistä "todellisuudessa" ei tarvitse näyttää. Ks. Tuomisto 2012 s. 91.

5.4.2 TODELLISEEN VAHINGOLLISUUDEN ARVIOINTIIN: ONKO SYYTÄ YLLÄPITÄÄ OLETTAMAA VAHINGOLLISUUDESTA?

Vahingollisuuden sitominen hypoteettiseen jako-osuuteen - ja sen kautta viime kädessä vastaajan vastanäytön menestymiseen - on kiistatta praktinen ratkaisu. Se helpottaa merkittävästi käytännön ratkaisutoimintaa. Praktisuuden hintana ovat jälleen kerran materiaalisesti väärät ratkaisut. On luultavaa, että peräytettäväksi joutuu paljon sellaisiakin määräämistoimia, jotka eivät todellisuudessa ole ollenkaan vahingoittaneet velkojia tai jotka ovat jopa olleet velkojille edullisia.⁵³⁸ On toki myönnettävä, että määräämistoimen vahingollisuus viime kädessä näkyy velkojan saaman jako-osuuden pienentymisenä. Kannattaa kuitenkin tarkemmin miettiä, millaiset määräämistoimet, tapahtumat ja tekijät ovat omiaan pienentämään jako-osuutta konserniyhtiön konkurssissa. Tällä hetkellä oletama määräämistoimen vahingollisuudesta velkojille on lisäksi kaiken kattava, se ei erottele lainkaan eri soveltamistilanteita.

Olettama johtaa myös automaattisesti takaisinsaantivastaajan todistustaakkaan. Vastaajalle säilyttävä näyttövelvollisuus on niin raskas, että ainakin konsernitilanteissa se oikeuskäytännöstä päätellen muodostuu herkästi ylivoimaiseksi. Vastaaja ei kerta kaikkiaan pysty osoittamaan, että konkurssivelallisen määräämistoimi on ollut vaikutuksiltaan neutraali tai suorastaan velkojille edullinen. Tästä syystä on harkittava, kannattaako oletama vahingollisuudesta rakentaa näin vahvaksi, jos se ollenkaan katsotaan tarpeelliseksi. On muistettava, että konsernirakenteen tarkoitus on tuottaa hyötyä siihen kuuluville yhtiöille eikä suinkaan vahingoittaa niiden velkojia. Vaikka oletama vahingollisesta pysytettäisiinkin kunnon harkinnan jälkeenkin nykyisellään, on pakko pohtia, mikä vastaajan todistusteeman eli määräämistoimen vaarattomuuden tarkka sisältö on (eli mitä hänen pitäisi näyttää) ja mihin näyttökynnys on kohtuudella asetettava. Näyttökynnys ei saa olla mahdottoman korkea mutta se ei saa myöskään laskea niin matalalle, että takaisinsaanti-instituution tehokkuus suhteettomasti kärsii.

Näin päädytään seuraavaan kaksoiskysymykseen. Ensiksikin: millaiset varallisuudensiirrot konsernissa ovat omiaan vahingoittamaan velkojia? Tar kastelu voidaan tässä keskittää tyypillisimpään varallisuudensiirtoon eli konserniavustukseen, koska siitä saadut tulokset ovat selvästikin yleistettävissä

538. Jälkimmäinen väite voidaan kiistää toteamalla, että tällainen oikeustoimi välttää takaisinsaannin, koska kukaan ei tule vaatimaan takaisinsaantia. Vahingollisuuden arviointi etenkin konserneissa on kuitenkin niin vaikeaa, että pesänhoitaja ja velkojat voivat - siinä missä tuomioistuinkin - erehtyä arvioissaan.

muihin tukimuotoihin. On helppo huomata, että vahingollisuuden ja konserniavustuksen suunnan - mikä konsernin yhtiöistä antaa ja mikä saa konserniavustuksen - välillä vallitsee korrelaatio. Toiseksi on ratkaistava, voiko määräämistoimen alkuperäinen vahingoittava vaikutus suhteessa velkojiin tavalla tai toisella kompensoitua. Kompensoituminen voi seurata konsernin omista toimista tai johtua sellaisista ulkopuolisista tapahtumista, joihin konsernin toimien vaikutus ei ulotu. Kiinnostavia ovat nimenomaan ensimmäiset eli konsernin itsensä tekemät kompensoivat toimet, sillä ratkaisut KKO 2004:69 ja KKO 2004:115 sulkevat ulkopuoliset tapahtumat vahingollisuusarvioinnin ulkopuolelle. Kompensointi voi ajallisesti olla edeltävää, samanaikaista tai jälkikäteistä. Oikeudellista merkitystä näyttäisi olevan kylläkin vain kahdella jälkimmäisellä.

Olettama vahingollisuudesta on heikoimmillaan, kun kysymys on emoyhtiön tytäryhtiölle antamasta konserniavustuksesta (emoyhtiö -> tytäryhtiö). Kuten edellä todettiin, tällaista avustusta pidetään yhtiöoikeudessa käsitteellisesti "vapaaehtoisena" pääomasijoituksena.⁵³⁹ Konserniavustus pääsääntöisesti nostaa ja joskus säilyttää emoyhtiön omistamien tytäryhtiöosakkeiden arvoa. Avustuksen antaminen ei näin vahingoita emoyhtiön velkoja.⁵⁴⁰ Ratkaisun KKO 2004:115 perusteluista ei saa lukea yleistä sääntöä, ettei mitään kompensoitumista tässä suhteessa tapahtuisi tai että se olisi oikeudellisesti merkityksetöntä. Kyseisessä yksittäistapauksessa konserniavustus nimittäin oli ensiksikin konserniyhtiöiden kokoon ja velkataakkaan suhteutettuna häviävän pieni. Toiseksi konserniavustuksen saaneen konserniyhtiön tila oli niin surkea, että suurempikaan konserniavustus ei olisi auttanut. Lisäksi ratkaisussa KKO 2004:115 tytäryhtiön heikosta tilasta - ja samalla tietenkin konserniavustuksen liiketaloudellisesta hyödyttömyydestä - saatiin niin sanottua positiivista tietoa. Ratkaisuohe ei estä kääntämästä vahingollisuusolettamaa: emoyhtiön antaman konserniavustuksen ei oleteta vahingoittavan emoyhtiön velkoja. Näin heidän asiakseen jää näyttää, että vastoin pääsääntöä konserniavustus onkin vahingoittanut velkoja. Kantajalle säilyttävä näyttövelvollisuus ei ole kohtuuton. On nimittäin muistettava, että emoyhtiön konkurssipesän - joka on tyypillisesti kantaja-asemassa - käytettävissä on koko konserni-informaatio eli se tieto, johon konsernihallinto

539. Mähönen-Villa 2006 s. 233.

540. Tätä tarkoitettaneen kirjallisuuden lausumissa, joiden mukaan "liiketaloudellinen" konserniavustus ei ole useinkaan peräytettävissä, koska antajayhtiön varallisuus ei ole vähentynyt. Ks. Punta 2004 s. 101. Tulkinta toki vaatii, että liiketaloudellinen konserniavustus on nimenomaan osakeomistuksen arvoa nostava avustus.

perusti päätöksensä konserniavustuksesta. Muutoinkin on ilmeistä, että on helpompi perustella ja osoittaa, että konserniavustuksen antaminen on vahingoittanut velkojia kuin näyttää, että näin ei ole tapahtunut.

Aavistuksen heikommalle koetukselle olettama joutuu, kun tarkastellaan tytäryhtiön emoyhtiölle antamaa konserniavustusta (tytäryhtiö -> emoyhtiö). Ellei kysymyksessä ole ristiinomistus, arvonnousun kaltaista automaattista mekanismia ei ole. Se seikka, vahingoittaako konserniavustus tytäryhtiön velkojia, riippuu yhtäältä konsernin työnjaosta, toisaalta niiden keskinäisistä liiketoimista. Koska selkeää pääsääntöä ei pystytä osoittamaan, perinteinen todistustaakkasääntö - vastaajan on näytettävä määräämistoimen vaarattomuus - ei vaikuta kohtuuttomalta. Vastaajalle haitallinen todistustaakka ei myöskään nouse ylivoimaiseksi, koska todistelun kohteena on konsernin organisointi sekä keskinäinen liikevaihto. Nämä tiedot ovat osaksi yleisesti saatavissa, osaksi ehkä notorisiakin. Sitä paitsi takaisinsaantiasian vastaajalla eli nyt emoyhtiöllä on käytössään täydellinenkin informaatio eli konsernihallinnon tietämys. Kun tarkasteltavaksi otetaan kolmantena muunnelman tytäryhtiön toiselle tytäryhtiölle antama konserniavustus (tytäryhtiö -> tytäryhtiö), perinteisen säännön horjuttamiseen on vielä vähemmän aihetta. Vahva pääsääntö on, että tällainen avustus vahingoittaa konserniavustuksen antaneen tytäryhtiön velkojia. Olettama on kuitenkin kumottavissa esimerkiksi osoittamalla, että yhtiöiden toiminnot ovat olleet pitkälle integroituja ja että konserniavustus on ollut välttämätön saajayhtiön toiminnan ylläpitämiseksi.⁵⁴¹

Oma, erillinen ongelmansa on tässä jälkikompensoinniksi nimetty ilmiö, johon edellä viitattiin. Siinä jokin konsernin yhtiö kärsii yhdessä tapauksessa haittaa, joka taas kompensoidaan erikseen toisessa tapauksessa. Esimerkiksi: konsernihallinto määrää, että tytäryhtiön on alihinnoiteltava suoritteensa y, mikä taas korvataan niin, että se saa muilta konserniyhtiöiltä ylihintaa suoritteestaan x. Jos molempia suoritteita tarkastellaan yhdessä, tytäryhtiö on saanut markkinahinnan suoritteistaan. Yhtiöoikeudessa on katsottu, että tällaista tytäryhtiölle ”sisäisen toimen” seurauksena aiheutunutta haittaa ei voi hyvittää toisella sisäisellä toimenpiteellä.⁵⁴² Kompensointia ei toisin sanoen sallita, kun kysymys on yhdenvertaisuusperiaatteen loukkaamisesta. Jos tä-

541. Myös harkittaessa konserniavustuksen liiketaloudellista perusteltavuutta huomiota on kiinnitetty ”yhtiöiden keskinäisiin liiketoimiin”, millä lieenee tarkoitettu juuri konsernin sisäistä työnjakoa. Ks. Immonen-Nuolimaa 2012 s. 211.

542. Pönkä 2012 s. 279. Hänen kantaansa on ehkä vaikuttanut arvioinnin vaikeus, jota on kiistaton, ”jos hyötyminen ja kompensatio eivät liity samaan toimenpidekokonaisuuteen ja varsinkin, jos suoritteet ovat luonteeltaan erilaisia.”

mä kanta siirretään takaisinsaantiin, se kieltämättä suosii suhteettomasti konkurssivelkojia. Kompensointiin käytetty suoritus on eräänlainen onnenkantamoinen, mikä lisää konkurssipesän varallisuutta.⁵⁴³ Takaisinsaantikin on mahdollinen, joten konkurssipesä saa molemmat suoritukset. On selvää, että tällainen lopputulos ei ole asiallisesti hyväksyttävä. Tosin mahdollisuus takaisinsaannin sovitteluun tarjoaa pelastusrenkaan, jolla muodollisen arvion kohtuuttomuutta voidaan pehmentää (TakSL 22 §). Kehitellyt sovitteluperusteet eivät ota huomioon tätä erityistapausta, mutta ne eivät toisaalta puhu sovittelua vastaan.⁵⁴⁴

Mitä tulee todisteluun, vahingollisuusvaatimus eroaa siinä suhteessa vastikkeellisuusvaatimuksesta, että sen kohdalla konserniyhteys - tarkkaan ottaen siitä seuraava läheisyys - ei vaikuta todistustaakkaan. Takaisinsaannin tehokkuus ei kuitenkaan laske, koska todistustaakan kääntymistä ei muutoinkaan sääntelyssä käytetä. Todistustaakan alkuperäinen jakautuminen suosii valmiiksi kantajaa, toisin sanoen oikeudenkäynnissä vastaajan on aina näytettävä, että peräytettäväksi vaadittu oikeustoimi, siihen rinnastettava toimi, menettely tai järjestely ei kyseisessä yksittäistapauksessa ole tuottanut velkojille vahinkoa. Kuten edellä havaittiin, todistustaakka on tulkinnallisesti raskas kannettava. Laki ei ensiksikään määrittele, mikä on "vahinkoa". Sitä koskevat säännöt ovat tutkimuksen ja oikeuskäytännön luomuksia. Toiseksi laki ei myöskään ota kantaa siihen, millä tavalla velkojille aiheutunut vahinkoa kompensoidaan - jolloin kokonaisuutena oikeustoimi tai muu järjestely ei vahingoitakaan velkojia. Takaisinsaannissa, ja kun kysymys on vahingollisuusharkinnasta, kokonaisvaltaisempi tulkinta on sekä mahdollinen että paikallaan. Takaisinsaannillehan on ominaista kokonaiskuvan hakeminen ja lopputuloksen tarkastelu. Kompensoinnin ottaminen huomioon vahingollisuutta harkittaessa on näin insolvenssioikeuden periaatteiden mukaista.

Asia erikseen on, millaista yhteyttä vahinkoa tuottavalta ja kompensoivalta toimelta vaaditaan. Yhteys saa selvästikin olla ohuempi kuin mitä vaaditaan suorituksen tulkitsemiseksi vastikkeeksi. Toisaalta yhteysvaatimusta ei voi täysin poistaa, koska se tekisi takaisinsaannista hampaattoman. Yhtiöintressi ja konserni-intressi tavallaan sulautuisivat, koska aina on osoitettavissa joku konsernin sisäinen toimi, joka on tarkoitettu kompensoimaan peräytettäväksi vaaditun toimen vaikutus. Heikonkin yhteyden osoittami-

543. Tosin kompensointisuoritus voi tulla palautettavaksi vastikkeena, jos sen yhteys (pää)suoritukseen on ilmeinen. Pulma onkin lähinnä siinä, että kompensoiva suoritus ei useinkaan ole ollut nimenomainen "edellytys tai ehto" pääsuoritukselle. Ks. Koski 1977 s. 242.

544. Koulu 1999 s. 277.

nen on luultavasti kiven takana. Kompensointitoimi voi olla edeltävä (mitä ei välttämättä hyväksytty) samanaikainen tai jälkijättöinen. Se ei välttämättä jätä mitään jälkiä esimerkiksi kirjanpitoon tai konsernijohtoon tai pöytäkirjoihin.

5.5 KONSERNISPESIFISIÄ SOVELLUKSIA

5.5.1 ESKURSIO 1: MAKSU VIERAILLA VAROILLA

Operatiivisessa liiketoiminnassaan konserni on taloudellinen luomus ja kokonaisuus. Yhdentekevää tästä syystä on, mikä konsernikokonaisuuden yksikkö, konserniin kuuluva yhtiö, maksaa ulkopuoliselle velkojalle tämän saatavan konsernilta. Näin ollen on hyvin yleistä, että konserniyhtiöt yhtäältä maksavat toistensa velkoja (mitä tapahtuu muutoinkin velkasuhteissa), toisaalta taas maksavat omia velkojaan toisten konserniyhtiöiden rahoilla (mikä sekin on kohtalaisen tavallista velkamarkkinoilla). Ensimmäistä tilannetta on tapana kutsua maksuväliintuloksi, jälkimmäisellä ei ole omaa nimeä, joten sitä kutsutaan tässä tutkimuksessa maksuksi vierailta varoilla. Maksutapojen ulkoinen eroavuus on helppo huomata. Kun maksu tehdään vierailta varoilla, maksajana on velkasuhteen alkuperäinen velallinen. Sen sijaan maksuväliintulossa velan maksaa periaatteessa ulkopuolinen, jota ei voida lukea sen enempää alkuperäiseksi velalliseksi kuin tämän seuraajak-sikaan. Maksun saaneen velkojan kannattaa ero näyttää vähäpätöiseltä ellei jopa merkityksettömältä - hänhän saa kummassakin tapauksessa maksun saatavastaan. Tämä ei kuitenkaan estä sitä, että juridinen konstruktio voi ratkaisevasti vaikuttaa siihen, onko maksu takaisinsaataavissa vai ei.

Oman velan maksaminen toisen rahoilla on takaisinsaannissa vanha ongelma. Yksimieliseksi kannaksi on vakiintunut, että tällainen maksu ei ole (maksun tehneen) velallisen konkurssissa peräytettävissä, mikäli varat on saatu aidosti ulkopuoliselta taholta, ne on varta vasten sovittu käytettäväksi tietyn velan maksuun ja tämän mukaisesti on myös toimittu. Näennäinen poikkeus takaisinsaannista perustuu siihen, että tällainen maksu on velkojille vaaraton; se ei toisin sanoen vahingoita heitä.⁵⁴⁵ Kantaan on luonnollista yhtyä. Asia erikseen on varat luovuttaneen ulkopuolisen tahon oma konkurssi, joka tosin on jäänyt tutkimuksessa vähemmälle huomiolle. Pääsääntö kui-

545. Tuomisto 2012 s. 275. Jotkut yksityiskohdat ovat kiistanalaisia, esimerkiksi vaaditaanko, että varat eivät saa missään vaiheessa sekoittua velallisen yleisen varallisuuteen tai kuinka selvästi maksettava velka (eli määrätarkoitus) on ilmoitettava varoja luovutettaessa. Näihin yksityiskohtiin, jotka ovat konserniproblematiikan kannalta jokseenkin yhdentekeviä, ei syvennytä.

tenkin soveltuu. Maksu on peräytettävissä varat luovuttaneen tahon konkursipesään, ellei voida osoittaa, että maksu on myös tässä kontekstia velkojille vaaraton. Käytännössä takaisinsaanti estyy yleensä siitä syystä, että maksu on antanut maksajalle regressioikeuden alkuperäistä velallista kohtaan.

Jos velallinen on maksukykyinen, maksajatahon velkojen asema ei näin ollen ole olennaisesti heikentynyt (esim. KKO 1998:17, joka tosin koski kuitausta toisen puolesta).⁵⁴⁶ Tarkkaan ottaen tämä ei pidä paikkaansa. Maksun myötä likvidi rahoitusomaisuus on muuttunut ei-likvidiksi saatavaksi, jonka periminen voi olla aikaa vievää ja epävarmaa. Oikeuskäytäntö on kuitenkin sallinut tämän vähäisen heikennyksen varojen luovuttajan oikeusasemassa. Oma pulmansa on, mihin arvio takautumissaatavan arvosta tai arvottomuudesta perustetaan. Teoriassa oikeinta lienee kytkeä arvio maksuhetken todennäköisyyksiin. Ratkaisu KKO 1998:17 kylläkin antaa vaikutelman, että ratkaisevaa olisi, saako maksaja de facto takautumissaatavastaan maksun. Esimerkiksi konkurssimenettelyn aikana saatu maksu toki on lopullinen merkki siitä, että takautumissaatava on ollut nimellismääränsä arvoinen. Ennen konkurssia saatu maksu saa tietenkin aikaan sen, että takaisinsaanti ei alkujaankaan ole mahdollinen. Velkojathan eivät ole kärsineet mitään vahinkoa. Vaikka wait and see -sääntö kuulostaa selkeältä ja helposti sovelletavalta, se antaa kuitenkin liiaksi tilaa jälkiviisaudelle.⁵⁴⁷

Konserniyhteys tuo kuitenkin tähän vanhaan poikkeukseen lisävaihteluita. Ensiksikään konserniyhtiöt eivät ole, kuten tässä tutkimuksessa yritetään kautta linjan todistaa, toisiinsa nähden aidosti ulkopuolisia. Yhden konserniyhtiön toimet heijastuvat muihin yhtiöihin. Keskinäisten takautumissaatavien arvo riippuu lisäksi hyvin paljon konsernin yleistilanteesta. Etenkin emoyhtiön takautumissaatavat tytäryhtiöiltä ovat kokemusperäisesti - kuten ratkaisu KKO 1998:17 osoittaa - arvoltaan erityisen häilyviä. Toiseksi konsernissa konserniyhtiöt eivät välttämättä erikseen ja nimenomaan luovuta varojaan toisille konserniyhtiöille käytettäväksi niiden velkojan maksuun, mitä poikkeuksen logiikka oikeastaan vaatisi. Vieraiden varojen saatavuudesta ja käytettävyydestä maksutarkoitukseen huolehditaan valmiiksi luodulla mekanismilla eli niin sanotulla konsernitilillä. Tili on osa konsernikassaksi tai

546. Regressisaatavan arvolla maksun tai panttauksen hetkellä on ratkaiseva merkitys myös arvioitaessa, onko maksu tai panttaus ollut yhtiön tarkoituksen mukaista. Panttauksen osalta ks. esim. Kärkkäinen 2009 s. 315.

547. Takautumissaatavasta vastikkeena ks. Koulumäki 1998 s. 120. Myöhempiä tapahtumakulkua seurailevaa päättelyä on edellä kutsuttu jälkivääristymäksi. Tämä arviota vinouttava harha aktualisoituu maksukyvyttömyysarvioiden ohella lukuisissa soveltamistilanteissa. Vääristymästä lähemmin ks. jakso 4.4.1.

konsernipankiksi kutsuttua mekanismia, jolla konserniyhtiöiden kassavarat keskitetään konsernijohdon hallintaan.⁵⁴⁸

Konsernitili -järjestelmä avaa konsernin emoyhtiölle lähes rajoittamattoman mahdollisuuden käyttää tytäryhtiöiden varoja emoyhtiön velkojen maksamiseen.⁵⁴⁹ Konsernitilin perimmäinen tarkoitus ei kuitenkaan ole konsernin kassavarojen ryöstökäyttö. Normaalioloissa tilin avulla huolehditaan yhtäältä keskitetysti konsernin maksuvalmiudesta, toisaalta taas sen avulla konsernin ylikviditeetti - eli se osa kassavaroista, joita ei tarvita erääntyvien velkojen maksamiseen - saadaan sijoitetuksi tuottavasti. Nämä tavoitteet ovat sekä liikkeenjohdon että konkurssijärjestelmän näkökulmasta katsoen täysin hyväksyttäviä. Yhtiöoikeudellisessa kirjallisuudessa on katsottu, että konserniyhtiö saa konsernikassaan tehdyistä sijoituksistaan tavallisesti hyötyä. Tällaista hyötyä on esimerkiksi korkotuotto ja "vastainen rahoitus".⁵⁵⁰ Kiusaus konsernitilille kertyneiden varojen väärinkäyttämiseen aktualisoituu vasta, kun emoyhtiö ajautuu kannattavuus- tai likviditeettiongelmiin. Kirjallisuudessa konsernitili on kyseenalaistettu, jos emoyhtiö vaatii tytäryhtiöitä siirtämään varansa konsernitilille, jotta ne voitaisiin käyttää emoyhtiön velkojen maksuun.⁵⁵¹ Tällainen motiivi lienee vaikeasti osoitettava. Konsernitilin vaara on pikemmin siinä, että varojen helppo käytettävyyys lisää houkutusta niihin turvautumiseen.

Konserniyhteys ja konsernitili laajentaa myös mahdollisuutta kuittaukseen. Konserniyhtiöt voivat joko konsernitilin kautta tai muilla järjestelyillä käyttää kuittaukseen toisten konserniyhtiöiden saatavia velkojaltaan. Kuittaus toisen henkilön "vastasaatavalla" ei tietenkään ole uusi ilmiö.⁵⁵² Tällaista kuittauksista on perinteisesti pidetty luvallisena, jos vastasaatavan oikea velkoja antaa kuittaukseen suostumuksensa ja vastasaatava on ominaisuuksiltaan sellainen, että se kelpaa kuittaukseen, toisin sanoen saatava on selvä ja riidaton eikä kuittauksista ole erikseen laissa kielletty.

Kumpikin ilmiö, maksu ja kuittaus toisen konserniyhtiön varallisuudella,

548. Mähönen-Villa 2006 s. 299.

549. Toki teoriassa konsernitili on järjestettävissä myös sellaiseksi, että tytäryhtiö voi käyttää emoyhtiön tai toisen tytäryhtiön rahoja velkojensa maksuun. Näitä epätyypillisiä tilanteita ei kuitenkaan tässä käsitellä. Yksi syy siihen on, että soveltamistilanteiden vaihtelu ei näytä heijastuvan tulkintoihin, toisin sanoen samat säännöt pätevät..

550. Immonen-Nuolima 2012 s. 209

551. af Schultén 2004 s. 346.

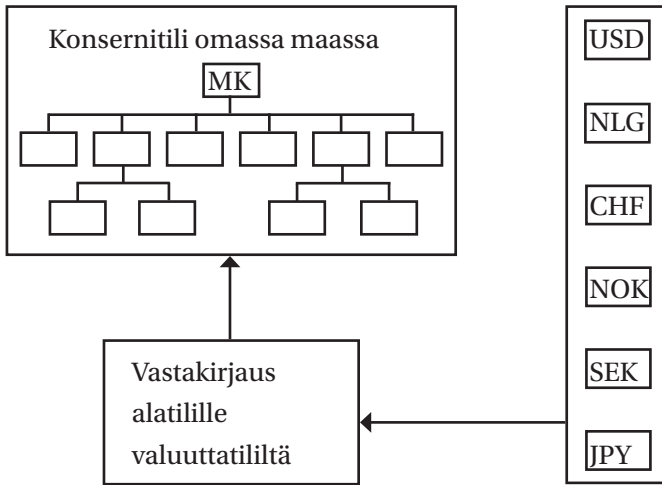
552. Ks. esim. Lindskog 1993 s. 444. Kuittauksen käsitteistön kannalta kysymyksessä ei tietenkään ole vastasaatava, millä on perinteisesti tarkoitettu pääsaatavan velallisen saatavaa pääsaatavan velkojalta. Kielenkäytön yksinkertaistamiseksi jatkossa kuitenkin puhutaan kuittaukseen käytettävästä vastasaatavasta kiinnittämättä huomiota siihen, kenelle saatava kuuluu..

herättää primäärikysymyksen takaisinsaannista: muuttaako tällaisen maksun ja kuittauksen sijoittuminen konserniympäristöön takaisinsaantiperusteiden tulkintaa siitä, millainen se muutoin eli ilman konsernikontekstia olisi. Tämän jälkeen joudutaan ottamaan kantaa sekundäärikysymykseen eli siihen, miten tulkintaan vaikuttaa se seikka, tapahtuuko maksu ja/tai kuittaus konsernitili -rakennetta hyväksi käyttäen vai antaako ”kärsivä” konserniyhtiö⁵⁵³ siihen vartavastisen ja tapauskohtaisen myötävaikutuksensa. Lopuksi pohditaan juridisen konstruktion merkitystä: onko toisen yhtiön velan maksu maksajan omissa nimissä eli maksuväliintulo eri asemassa kuin yhtiön vierailta varoilla itse tekemä maksu? Aluksi on kuitenkin selvitettävä, mikä konsernitili on. Konsernitilistä on lukemattomia muunnelmia, mutta tässä pitäydytään sellaiseen perusmalliin, joka mahdollisimman selkeästi tuo esiin kysymyksenasettelun sekä mahdolliset vastausvaihtoehdot.

Konsernitilille ovat ominaisia seuraavat seikat. Konsernitili on säännön mukaisesti konsernin emoyhtiön nimissä avattu tili. Tällainen tili käsittää useita itsenäisiä alatilejä. Yleensä jokaisella konsernin tytäryhtiöllä on oma alatilinsä, johon sillä on jonkinlainen käyttöoikeus. Käyttöoikeus perustuu tilinavaussopimukseen tai konsernin emoyhtiön myöhemmin antamaan tilinkäyttöoikeuteen. Alatiliä kutsutaan jäsentiliksi tai yhtiötiliksi - jäljempänä käytetään ensimmäistä termiä. Jotta tilille saadaan varoja, konsernihallinto tavallisesti määrää, että tytäryhtiöiden on siirrettävä ”ylilikvideettinsä” konsernitilille, ellei ”konsernin rahoitustoiminto” yksittäistapauksessa muuta ilmoita.

553. ”Kärsivä” konserniyhtiö on tietenkin tässä se tytäryhtiö, jonka varoja käytetään emoyhtiön velkojen maksuun, tai jonka vastasaatavalla emoyhtiö kuittaa omaa velkaansa.

Kaavio 7: Konsernitilin rakenne



Konsernitili muodostaa eräänlaisen pyramidirakenteen. Rakenteessa konsernitili on ylätili, jonka muodollisia osia - ainakin loogisesti - jäsentilit ovat. Rakenne sallii kaksi muunnelmaa. Ensimmäisessä konsernitili on pelkästään jäsentiliensä summa. Tili koostuu kokonaan jäsentileistä ilman, että emoyhtiölle itselleen jää vapaata osaa (=omaa jäsentiliä) tilistä. Tällaista järjestelmää voidaan kutsua paremman puutteessa vaikkapa kontrolloivaksi konsernitilijärjestelmäksi. Järjestelmän tarkoituksena on lähinnä tytäryhtiöiden rahaliikenteen valvonta. Toisessa vaihtoehdossa emoyhtiökin saa oman jäsentilinsä. Emoyhtiö voi käyttää omaan maksuliikenteeseensä tiettyä osaa konsernitilistä. (Tämä on siis eri asia kuin emoyhtiön oikeus nostaa varoja tytäryhtiönkin jäsentililtä). Loogisesti emoyhtiöllä ei tietenkään voi olla jäsentiliä omassa tilissään, joten puhuminen emoyhtiön omasta "jäsentilistä" on havainnollistavaa kielenkäyttöä. Tällaisessa kielenkäytössä emoyhtiön sektoria konsernitilistä on varsin luontevaa kutsua "jäsentiliksi". Emoyhtiön tilinosan käyttäminen muistuttaa jokapäiväisen rahaliikenteen kannalta suuresti sitä tilinkäyttöä, jota tytäryhtiö saa omalla jäsentilillään harjoittaa.⁵⁵⁴

Kysymys siitä, onko emoyhtiön oman velan maksu tytäryhtiön jäsentililleen siirtämällä varoilla peräytettävissä, on askarruttanut uusinta tutkimusta. Kysymys on oikeasti kaksiosainen: onko maksu takaisinsaataavissa emoyhtiön

554. Todettakoon väärinkäsitysten torjumiseksi, että taloustieteessä, minkä tutkimuksesta tämä esitys on lähtöisin, ei käytetä termejä "kontrolloiva" ja "operatiivinen" konsernitili. Tämä johtunee siitä, että nämä arkityypit eivät käytännössä esiinny puhtaina eikä taloustieteen näkökulmasta erolla ole muutoinkaan samanlaista merkitystä kuin oikeustieteessä.

konkurssipesään (osakysymys 1) ja onko maksu peräytettävissä tytäryhtiön konkurssipesään (osakysymys 2)? Vastaukset jäävät ratkaisevasti sen varaan, miten aineellinen oikeustila konstruoidaan. Vakiintuneesti katsotaan, että muodollinen tilinhaltija omistaa kaikki pankkitilille siirretyt tai sillä olevat varat. Varojen alkuperä menettää toisin sanoen omistusta arvioitaessa kokonaan merkityksensä. Koska muodollisena tilinomistajana on emoyhtiö (konsernitilin käsitteeseenhan kuuluu, että tili avataan emoyhtiön nimissä), emoyhtiö maksaa muodollis-juridisesti velkansa omilla varoillaan. Tällaiseen maksuun sovelletaan lain takaisinperustetta sellaisenaan, maksu on toisin sanoen peräytettävissä muun muassa, kun se on ollut joko ennenaikainen tai huomattavamääräinen (TakSL 10 §). Tytäryhtiön konkurssipesään maksua ei sen sijaan voida peräyttää, koska kysymyksessä ei ole sen tekemä maksu. Tytäryhtiölle syntyy vain tavallinen takautumissaatava emoyhtiöltä; saatavan perusteena on sen varojen käyttäminen "vieraan" velan maksamiseen.⁵⁵⁵ On toki myönnettävä, että korvaussaatavan asiallinen yhteys peräytettäväksi (teoriassa) vaadittavaan määräämistoimeen saa kuitenkin aikaan sen, että tilanne jää kauaksi normaaleista takautumistilanteista.⁵⁵⁶

Jos valitaan pohjaksi toinen materiaallinen konstruktio, tytäryhtiö pysyy varojensa omistajana. Tällöin maksun saanut velkoja rinnastuu sellaiseen tahoon, jolle velallisen sopimuskumppani on luovuttanut edelleen velalliselta saamansa, takaisinsaantiperusteen rasittaman varallisuuserän (TakSL 20 §). Tässä tilanteessa velkoja saa pykälän mukaan vilpittömän mielen suojaa. Konstruktiota perustellaankin ennen kaikkea velkojan suojantarpeella.⁵⁵⁷ Siihen, millä perusteella varojen siirtäminen konsernitilille olisi tätä konstruktiota käytettäessä peräytettävissä emoyhtiön ja tytäryhtiön välisessä suhteessa, ei ole tutkimuksessa otettu kantaa. Kun varojen siirtämistä ei kuitenkaan hevin pysty pitämään lahjana tai lahjanluontoisena, se ilmeisesti olisi peräytettävissä vain maksuna. Velkojan suojantarpeen käyttämi-

555. Eri asia on, että koko konsernitilijärjestelmä voidaan oikeustoimeen rinnastettavana "järjestelynä" peräyttää, jos käsillä on siihen soveltuva takaisinsaantiperuste (TakSL 1 §). Samoin varojen siirtäminen tilille on tulkittavissa sellaiseksi vastikkeettomaksi varallisuudenluovutukseksi emoyhtiölle, joka samoin on periaatteessa takaisinsaataavissa (TakSL 6 §). Käytännön merkitystä tällä ei ole, koska siirretyt varat eivät ole enää tallella emoyhtiön konkurssipesässä. Takaisinsaanti tuottaa vain tavallisen konkurssisaatavan, joka saa jako-osuutensa muiden velkojien rinnalla.

556. Tuomisto 275 alaviite 275. Hän tunnistaa itse ongelman mutta ei ota siihen ainakaan suoraan kantaa,

557. Tuomisto 2012 s. 557. Hän jatkaa: "Vilpittömän mielen suojan rajoittaminen tapauksiin, joissa varojen on katsottava siirtyneen konkurssivelalliselta maksajan omistukseen, voi kuitenkin johtaa erityisesti maksun saajan näkökulmasta sattumanvaraiselta tuntuviin eroihin."

nen perusteluna konstruktion valinnalle ei kuitenkaan vakuuta. Kannattaa nimittäin muistaa, että myöskään ensimmäinen konstruktio ei jätä maksun vastaanottanutta velkojaa suojaa paitsi. Velkoja saa tässä tapauksessa tavalista vilpittömän mielen suojaa. Konstruktiolla on kuitenkin joka tapauksessa hieman merkitystä velkojan asemalle. Konstruktio vaikuttaa siihen, mihin velkojan vilpittömän mielen on kohdistuttava. Takaisinsaannin spesifisessä vilpittömän mielen suojassa (TakSL 20 §) suojaa on tietämättömyyttä takaisinsaantiin oikeuttavasta tosiseikasta. Yleisessä vilpittömän mielen suojassa se taas on tietämättömyyttä varojen alkuperästä. Joissain tilanteissa ero voi muodostua ratkaisevaksikin.

Vaikka konstruktioiden taistelu on pakko jättää jatkumaan, tähänastinen tarkastelu antaa kohtuullisen perustellut vastaukset niihin kysymyksiin, jotka edellä asetettiin. Ensiksikin: takaisinsaanti riippuu selvästi siitä, tekeekö emoyhtiö maksun omissa nimissään, joskin vierailta eli konsernitilin varoilla vai maksaako tytäryhtiö emoyhtiön velan sen nimissä, toisin sanoen maksuväliintulijana. Toiseksi maksu konsernitiliä hyödyntäen poikkeaa niistä tilanteista, joissa tytäryhtiö erikseen ja nimenomaan joko antaa emoyhtiölle maksuun tarvittavat varat tai suostumuksen kuittaukseen sen vastasaatavalla.⁵⁵⁸ Poikkeavuus on seurausta materiaalisesta omistuksen määrittelystä, mikä edellyttää konsernitilin muodostamassa erityistapauksessa vaikeita ja heikosti ennustettavia tulkintoja. Tutkimuksen arvosteluun lopputulosten sattumanvaraisuudesta on helppo yhtyä.

Kolmaskin vastaus alkaa hahmottua. Maksu ja/tai kuittaus vierailta varoilla seuraa, mitä tulee takaisinsaantiin, tavanomaisia sääntöjä. Vaikka säännöt säilyvät muodollisesti sellaisenaan, konsernikonteksti vaikeuttaa niiden soveltamista. Ratkaisevaksi nimittäin nousee se seikka, saako vieraiden varojen tai saatavan omistaja (eli tässä tytäryhtiö) riittävän vastikkeen väliintulostaan. Vastike on normaalisti takautumissaatava alkuperäiseltä velalliselta, jonka on oltava maksukykyinen, jotta saatavalla olisi arvoa. Mikäli jälkiviisaudelle ei anneta sijaa (toisin sanoen takautumissaatava katsotaan vastikkeeksi vasta, kun se on maksettu), maksukyvyn arviointi väliintulon ajankohtana on sidoksissa paitsi alkuperäisen velallisen eli yleensä emoyhtiön taloudelliseen tilaan myös koko konsernin vastaavaan tilanteeseen. Koko konsernin tilanteeseen taas osaltaan vaikuttaa se, mikä on väliin tulleen tytäryhtiön oma tila. Näin maksullaan väliin tulleen yhtiön oma taloudellinen tila saa joskus aikaan sen, katsotaanko sen takautumissaatava toiselta konserniyhtiöltä arvot-

558. Tässä kylläkin selvyiden vuoksi ennakoidaan vastaista esitystä.

tomaksi tai ei. Lopputuloksen järjettömyyttä ei ole tarpeen todeta, se näyttää kuitenkin väistämättömältä annettujen lähtökohtien nojalla.

5.5.2 ESKURSIO 2: KUITTAUS VIERAALLA VASTASAATAVALLA

Samat ongelmat ja paljolti myös samat vastaukset kertaantuvat, kun kysymys on ei maksusta vaan kuittauksesta toisen yhtiön vastasaatavalla.⁵⁵⁹ Konsernitilin spesifi problematiikka menettää kuitenkin melkoisesti merkitystään. Konsernitili ei nimittäin muuta kuittauksen edellytyksiä tai mahdollisuutta kuittauksen peräyttämiseen, kun kuittaus tapahtuu konsernin sisällä (konserniyhtiöt kuittaavat keskinäisiä saataviaan) tai konserniyhtiö käyttää kuittausta suhteessa ulkopuoliseen velkojaan.⁵⁶⁰ Sisäinen ja ulkoinen kuittaus tapahtuu siis normaaleja sääntöjä seuraten. Sen vieraan vastasaatavan, jonka käyttämiseen kuittauksessa annetaan suostumus, on oltava selvä ja riidaton.⁵⁶¹ Lisäksi on kohtuullista vaatia, että myös tämän kuittausuostumuksen on oltava nimenomainen ja yksiselitteinen. Kuittaus "vieraalla" vastasaatavalla nimittäin lisää merkittävästi pääsaatavan velkojan riskiä. Hänen on voitava luottaa siihen, että suostumus on pätevä. Muutoin hän luopuessaan oman saatavansa perimisestä joutuu alttiiksi vaaralle, että suostumuksen olemassaolo myöhemmin kiistetään ja kuittauksen oikeusvaikutukset takautuvasti katoavat. Velkoja joutuu tällöin yhtäältä maksamaan vastasaatavan täysimääräisenä takaisin että perimään omaa saatavaansa välillä ehkä maksukyvyttömäksi tulleet velalliseltaan.

Mitä tulee kuittauksen takaisinsaantiin päävelkojan konkurssissa, suostumus kuittaukseen rinnastuu vaikutuksiltaan saatavan luovutukseen. Sama tulos, avautuva kuittausikkuna, saadaan nimittäin aikaan sekä saatavan luovutuksella että antamalla suostumus sen käyttämiseen kuittaukseen. Konkurssilaki kieltää kuittauksen, jos vastasaatava konkurssivelalliselta on saatu kolmannelta myöhemmin kuin kolme kuukautta ennen määräpäivää (KonkL

559. Tällä ilmiöllä ei ole omaa nimeä. Kuittaus vieraalla saatavalla muistuttaa aika tavalla maksumaa vierailla rahoilla, joten sitä voitaisiin kutsua kuittausväliintuloksi. Nimitys ei kuitenkaan ole asiallisesti kohdallaan, sillä kuittauksen tekee päävelkasuhteen alkuperäinen velallinen.

560. Tämä on lievä yksinkertaistus. Konsernitili - tai oikeammin se kirjanpito, jota tili seuraa - antaa ajantasaisen yleiskuvan konsernin yhtiöiden velkasuhteista. Konsernihallinto voi näin kuitatuttaa keskinäisiä saatavia tai päinvastoin jättää kuittaukset tekemättä.

561. Tämä on käsitteellisesti eri asia kuin vastasaatavan selvyydelle ja riidattomuudelle asetetut yleiset vaatimukset. Ks. Norros 2012 s. 293. Selvää kuitenkin lienee, että nämä vaatimukset eivät voi vaihdella sen mukaan, onko kysymys kuittausta vaativan velkojan "omasta" saatavasta, hänelle siirretystä saatavasta tai vieraasta vastasaatavasta, jonka käyttämiselle kuittaukseen on saatu suostumus.

6:2.1). Koska kuittauksen takaisinsaanti riippuu siitä, onko kuittaus sallittu konkurssissa, samassa ajassa tapahtunut kuittaus on näin peräytettävissä (TakSL 13 §). Peräyttäminen alkuperäisen velallisen (tässä emoyhtiön) konkurssissa ei ole tarpeen. Kuittaukseenhan on käytetty vierasta vastasaatava, joten velkojat eivät ole kärsineet vahinkoa. Enintään seurauksena on vastaavan suuruinen vastasaatava, joka on tavallinen konkurssisaatava. Jos taas suostumuksen antanut taho joutuu konkurssiin, seurauksena on samanlainen vastikkeellisuusongelma kuin vastaavassa maksussa. Suostumus peräytyy, jos syntyvällä takautumissaatavalla ei ole arvoa. Tällöin suostumuksen antanut vastasaatavan velkoja pääsee jälleen perimään saatavaansa päävelkasuhteen velkojalta.

Sen sijaan suhteessa tilinpitäjäpankkiin (eli konsernitiliä ylläpitävään pankkiin) konsernitili luo spesifin ongelman: joudumme ratkaisemaan, mikä tahojen välillä vallitsee se saatavien vastakkaisuus, mikä on kaiken kuittauksen perusehto. Vastaus ratkaisee, saako tilinpitäjäpankki käyttää omien saataviensa kuittaukseen myös ne varat, jotka tytäryhtiöt ovat siirtäneet omille jäsentileilleen.⁵⁶² Emoyhtiön varojen kuittauskelpoisuus on toki selvä - edellyttäen, että kuittaus ylipäättään on sallittu. Konkurssilaki nimittäin kieltää kuittauksen, jos tiliä saadaan sen ehtojen mukaan käyttää maksuliikenteeseen (KonkL 6:5). Jos muodollisen tilinomistuksen annetaan määrätä, konsernin emoyhtiö katsotaan tilinomistajaksi, joten kuittaus käy päinsä emoyhtiön velasta.⁵⁶³ Vastaavasti kuittaus tytäryhtiön velasta estyy, toisin sanoen tilinpitäjäpankki ei saa kuitata jäsentilien varoja niistä saatavista, jotka sillä on tytäryhtiötä. Konstruktion mukaan nämäkin varat kuuluvat materiaalisesti emoyhtiölle tilinomistajana.

Toisessa konstruktiossa taas jäsentilien varat säilyvät tytäryhtiöiden varallisuutena, joita emoyhtiö säilyttää asiakasvarojen tiliä muistuttavalla tavalla erillään omasta varallisuudestaan.⁵⁶⁴ Tällöin kaikki kääntyy. Vastakkaisuuden tulkitaan vallitsevan tilinpitäjäpankin ja jäsentilien "tilinomistajien" (=tytäryhtiöt) välillä. Kääntyvän vastakkaisuuden myötä kuittaustulkinnat muuttuvat ensimmäisen konstruktion tulkintojen peilikuviksi. Yhtäältä jäsentilien varojen kuittaaminen emoyhtiön veloista ei ole sallittua, toisaalta tilinpitäjäpankki saa kuitata nämä varat saatavastaan, joka sillä on kyseiseltä

562. Kysymys on tietenkin mielekäs vain, kun alatilit on yksilöity. Tarpeen ei kuitenkaan ole, että alatili kulkee nimenomaan tytäryhtiön nimellä.

563. Kysymys on siis toisin päin sanottuna tilinpitäjäpankin saatavasta emoyhtiöltä. Saatava perustuu yleensä tavanomaiseen luotonantoon.

564. Asiakasvaratili -rakenteista ks. esim. Koulu 1994 s. 200.

tytäryhtiöltä. Yhteistä näille konstruktioitulkintojen linjoille on, että kummasakaan yhden tytäryhtiön jäsentilin varoja ei saa käyttää kuittaukseen toisen tytäryhtiön velasta. Kumpikin konstruktio on muodollisjuridisesti perusteltavissa. Myöskään reaaliset argumentit eivät anna yksiselitteistä vastausta, kumpi konstruktio on kannattamisen arvoinen. Yleisesti uskalletaan todeta, että muodollisen tilinomistuksen konstruktio palvelee konserni-intressiä ja samalla mielikuvaa konsernista yhtenä kokonaisuutena. Säilyvän omistuksen konstruktio taas ottaa paremmin huomioon vallitsevan erillisten oikeussubjektien teorian ja sen aatteellisen perustan, eli jokaisen konserniyhtiön oman, muista riippumattoman yhtiöintressin.

5.6 VÄLITILINPÄÄTÖS: TUTKIMUSTULOKSIA JA SELITYKSIÄ

Edeltävä luku jättää lukijan melkoiseen hämmennykseen: johdonmukaista kuvaa siitä, mitä sääntöjä takaisinsaanti konsernissa seuraa, ei hevin muodostu. Tutkimuksen kannanotot ovat harvassa ja enimmäkseen erillisten oikeussubjektien teorian suoria sovellutuksia. Kuvaa hämärtää lisäksi "liiketaloudellisen perusteltavuuden" käyttäminen argumenttina myös takaisinsaannin yhteydessä. Käsité kylläkin kattaa takaisinsaannin kannalta ratkaisevat vastikkeellisuuden ja vahingollisuuden käsitteet, mutta se ulottuu paljon laajemmalle. Liiketaloudellisesti perusteltu toimi ei välttämättä ole vastikkeellinen tai velkojien kannalta vaaraton. Tällainen kielenkäyttö on harhaanjohtavaa: se luo vakavan väärinymmärryksen vaaran. Mitä tulee takaisinsaannin oikeuskäytäntöön, kaikkinaisen konserniajattelu tulee siinä ensi silmäyksellä tyrmätyksi.⁵⁶⁵ Takaisinsaanti näyttää toisin sanoen noudattavan samoja sääntöjä kuin itsenäisten ja erillisesti toimivien yhtiöiden välillä. Ensisilmäys kuitenkin pettää; uusien oikeuskäytäntö - etenkin tässä käänteentekeviksi luetut ratkaisut KKO 2004:69 ja KKO 2004:115 - todistaa pikemminkin päinvastaista. Konserniajattelu hyväksytään - ja konsernihyödyt periaatteessa otetaan huomioon takaisinsaannin edellytyksiä harkittaessa. Asia erikseen on, miten nämä oikeudenkäynnit sinänsä päättyivät.

Oikeuskäytännön teoriankehittely jää kuitenkin puolitiehen. Sen enempää asianosaiset kuin ulkopuolisetkaan eivät tiedä, mitkä spesifiset konserni-

565. Näin lausumat, joiden mukaan korkein oikeus johdonmukaisesti korostaa konserniyhtiöiden ja niiden varallisuuspiirien erillisyyttä, osuvat tavallaan pedagogisesti oikeaan. Ks. esim. Siltala 2008 s. 79.

hyödyt kelpaavat vastikkeeksi tai vaikuttavat vahingollisuuden arviointiin.⁵⁶⁶ Näin päätöksenteko jää todistustaakan jakautumisen ja näyttökynnyksen määrittelyn varaan. Asetettu todistustaakka toisin sanoen ratkaisee perimältään aineellisen ongelman, koska siitä kärsivä asianosainen ei pysty saavuttamaan riittävän näytön kynnystä. Tämä johtuu osaksi ”liiketaloudellisen” todistelun yleisestä vaikeudesta mutta osaksi myös siitä, että asianosainen ei tiedä, mitä hänen oikeastaan pitää todistaa. Vaikka hän sen tietäisikin, ennuste on huonohko. Konsernin tuottamat hyödyt ovat epämääräisiä, tavallisesti hitaasti kertyviä sekä epävarmoista ulkoisista tekijöistä riippuvia. Lisäksi niiden taloudellisen arvon määrittely on luku sinänsä. Konsernihyödyt muistuttavat epämääräisyydessään ja arvostuksenvaraisuudessaan melkoisesti aineettomaan pääomaan luettavia varallisuuseriä.

Toki saatetaan sanoa, että näinhän asianlaita on yleensäkin: todistelu ratkaisee oikeudenkäynnin lopputuloksen. Tilanteilla on kuitenkin perustava ero. Kun kysymys on takaisinsaannista, todistelusäännöt syrjäyttävät materiaaliset säännöt - joita ei tosin toistaiseksi ole olemassakaan. Nykyisen järjestelmän vaarana onkin, että se luo kiusauksen jättää aineellisten säännösten kehittely sikseen. Niitähän ei tarvita, kun kaikki kääntyy praktiseksi näytön arvioinniksi. Asia erikseen on, helpottaa tämä lainkäyttäjän todellisuudessa työtä. On sanottu, että käytännön tuomarit pitävät ”näytöllisiä pulmia” helpommin ratkaistavina kuin varsinaisia oikeudellisia kysymyksiä.⁵⁶⁷ Selvää kuitenkin on, että vastauksen hakeminen todistustaakan jakautumisesta tuottaa ratkaisuja, jotka eivät ole oikeudenmukaisia. Peräyttäväksi joutuvat sellaisetkin konserniyhtiöiden väliset toimet, jotka eivät de facto ole vahingoittaneet velallisyhtiön velkojia. Takaisinsaanti-instituutio toimii toisin sanoen liian tehokkaasti.⁵⁶⁸

566. Tutkimuksessa tämä on toisaalta myönnetty. ”- - - konsernin kokonaisuutta ja sen merkitystä varojen luovuttamisen hyväksyttävyyttä arvioitaessa on punnittava tilannesidonnaisesti. Toisaalta tapauskohtaista punnintaa pidetään selvästikin toivottavana. ”Voitaisiin ajatella, että konsernin kokonaisedun arviointi on joko/tai-harkinnan sijasta liukuvalla skaalalla tapahtuvaa punnintaa, jossa on huomioitava erilaisten tilannesidonnaisten argumenttien merkitys”. Näin Vedenkannas 2009 s. 169. Tilannesidonnainen tulkinta on tässä tutkimuksessa katsottu olevan vastoin sitä ennustettavuuden vaatimusta, joka on perinteisesti asetettu insolvenssilainsäädännölle.

567. Nieminen 2006 s. 73. Selitys oudohkon asiantilaan lienee siinä, että näyttökysymysten kuvitellaan - sinänsä virheellisesti - tulevan ratkaistuiksi yleisen elämäkokemuksen ja perinpohjaisen punninnan kautta.

568. Vaikka erillisten oikeussubjektien teoria enimmäkseen tehostaa takaisinsaantia konkurssissa, aina näin ei käy. Takaisinsaanti nimittäin riippuu ratkaisevasti siitä sattumanvaraisesta seikasta, milloin ja missä järjestyksessä konsernin yhtiöt päätyvät konkurssiin. Takaisinsaanti-aika saattaa olla päättynyt, kun velallisyhtiö asetetaan konkurssiin. Aina ei myöskään ole helppo

Samalla on pakko myöntää, että nykyisessä tulkinnassa on joitakin etuja. Ensiksikin lainsoveltaminen melkoisesti helpottuu, koska hankalaa vastikkeellisuuden ja vahingollisuuden problematiikkaa ei tarvitse oikeudenkäynnissä avata eikä kunnolla käsitellä. Takaisinsaantiasian vastaaja ei myöskään pääse suojautumaan pakostakin epämääräiseksi jäävän tai tarkoituksella sellaiseksi jätetyn ”konserni-intressin” tai ”liiketaloudellisen perusteltavuuden” sumuverhoon. Kantaja ja tuomioistuin puolestaan voivat rauhassa odotella, mitä konkreettista vastaaja pystyy esittämään takaisinsaantioikeudenkäynnissä. Toiseksi nykyinen tulkinta suojaa luotonantajien luottamusta yhtiöidentiteettiin. Asia erikseen on, onko suojaamiseen todellista tarvetta. Institutionaaliset luotonantajat tietävät muutoinkin, että konserni on taloudellinen kokonaisuus ja ottavat sen toiminnassaan huomioon. Konserniyhtiön vähemmistöosakkaat ovat tietenkin suojan tarpeessa. Tällaiset ”konsernille vieraat” tahot ymmärrettävästi kärsivät, kun konserni-intressi ohjaa konsernin toimintaa. On kuitenkin muistettava, että vähemmistöosakkaiden suojaaminen ei ole takaisinsaanti-instituution eikä edes konkurssilain tehtävä. Vähemmistöosakkaiden suoja on järjestettävä yhtiölainsäädännön kautta.

Voidaan kysyä, onko korjausta vinoutuneeseen nykytilaan haettava tutkimuksesta vai säädettävästä laista. Ensijainen vastuu on ilman muuta tutkimuksella. Kun tarvittavat materiaaliset säännöt vastikkeellisuuden ja vahingollisuuden arviointiin on keksitty, nykymuotoinen takaisinsaanti-instituutio pystyy hyvin toimimaan myös konserniympäristössä. Takaisinsaannin edellytykset määräytyvät ”oikein”. Sillä, rakentuuko takaisinsaanti erillisten oikeussubjektien teorialle vai ei, ei tämän jälkeen ole mainittavaa praktista merkitystä. Sen sijaan takaisinsaannin rakenteelliset rajoitukset näkyvät, kun takaisinsaannin seurauksia ryhdytään määrittämään: mitä oikeastaan peräytetään konkurssipesään? Konserniympäristössä esiintyy tilanteita, joihin takaisinsaannin ennallistamismalli, velkojia loukannut oikeustoimi peräytyy kokonaisuudessaan, sopii huonosti.⁵⁶⁹ Esimerkiksi: miten velallisyhtiötä syrjinyt siirtohinnoittelu peräytyy? Myöskään toinen peräyttämisen kulmakivistä, esineellinen palautus, ei toimi tällaisessa tilanteessa.

Siirtyminen osittaiseen peräyttämisen ja velkojille aiheutuneen vahingon rahalliseen korvaamiseen ei ole toteutettavissa uustulkinnoilla. Näin perus-

sanoa, minkä (konkurssiin päätyneen) konserniyhtiön velkoihin vahinko on kohdistunut. Virhearvio johtaa siihen, että jompikumpi asianosainen on ”väärä” ja kanne tulee tällä perusteella hylätyksi. Mitä ”epätyypillisempi” asetelma on, sitä hankalammaksi takaisinsaannin adressaatin määrittely tulee (esim. KKO 2005:89). Ks. Koulu 2006 s. 59.

569. Koulu 2006 s. 54.

tavat muutokset vaativat laintasoista sääntelyä. Tällaista uudistusta ei kuitenkaan ole näköpiirissä. Pikemminkin nykyinen takaisinsaanti-instituutio tuntuu nauttivan kaikkien intressitahojen luottamusta. Tällainen luottamus ei järky siitä, että takaisinsaanti havaitaan joissain yhteyksissä liian tehokkaaksi, joissakin yhteyksissä taas tehottomaksi. Konserni on kummajainen siinä suhteessa, että siinä molemmat piirteet esiintyvät yhtäaikaaisesti. Nämä juridistekniset vaikeudet yhtäältä kanteen, toisaalta tuomion muotoilussa selittänevät, miksi esimerkiksi siirtohinnoittelun peräyttämiskaavat ovat oikeuskäytännössä tuntemattomia. Siirtohinnoittelu (jossa aina joku konserniyhtiöstä kärsii) on kuitenkin konsernimaailmassa kaikesta päättään⁵⁷⁰ erittäin tavallista. Havainto antaa aiheen yleisempään väitteeseen. Paljon siitä, mitä konsernissa tapahtuu, tuntuu jäävän tällaiselle ”tekniselle” katvealueelle. Käännetystä näkökulmasta taas on oikeutettua sanoa, että takaisinsaanti nähtävästi hakeutuu niihin konsernin toimiin, jotka ovat lähellä erityisten takaisinsaantiperusteiden tarkoittamia arkkityppejä. Peräytettäväksi vaaditaan näin ollen konserniavustuksia (TakSL 6 §), kohtuuttomia palkkioita (TakSL 7 §) ja konsernivakuuksia (TakSL 14 §). Niiden kohdalla siirtyminen itsenäisten ja erillisesti toimien yhtiöiden mallista konsernimaliin ei tuota vaikeuksia.

Kattavin eli yleinen takaisinsaantiperuste (TakSL 5 §) ei näyttäydy tämän tutkimuksen oikeustapausaineistossa. Tämä on yllätys, sillä konserniympäristö tuntuisi tarjoavan erinomaiset mahdollisuudet sekä siirtää omaisuutta velkojen ulottumattomiin (eli toiseen konserniyhtiöön) että lisätä velkoja muiden velkojen vahingoksi (eli ottaa kannettavakseen toiselle konserniyhtiölle kuuluvia velkoja). Yksi syy harvinaisuuteen ehkä on, että yleisen takaisinsaantiperusteeseen tukeutuvat takaisinsaantivaatimukset kaatuvat tosiseikaston ensimmäiseen kohtaan, eli menettelyn sopimattomuuteen. Melkein mille tahansa konsernin sisäiselle toimelle on löydettävissä jonkinlainen ”taloudellinen” syy, toisin sanoen toimi ei ole ollut sopimatonta yksittäisen velkojan suosimista, koska konserni nyt kerta kaikkiaan on taloudellinen kokonaisuus. Sellainenkin konsernihyöty, joka on liian heikko, epämääräinen tai epävarma kelvataksaan vastikkeellisuuden tai vaarattomuuden pohjaksi, riittää tekemään konserniyhtiön toimesta sopivan TakSL 5 §:n merkityksessä.

Havainnolle on löydettävissä toinenkin selitys. Ne takaisinsaantiperusteet, joiden tosiseikastoon kuuluu ylivelallisuus tai maksukyvyttömyys, tuntuvat

570. Verottajan osoittama mielenkiinto tuntuu jopa todistavan, että siirtohinnoittelu on konserniverotuksen pääongelma. Ks. edellä jakso 5.2.3.

muutointkin sulkeutuvan pois kantajien valitsemista takaisinsaantiperusteista. TakSL 5 §:n peruste on juuri tällainen. Kuten edellä havaittiin, konserniyhtiön maksukyvyttömyyden osoittaminen on vaikeaa, koska yhden konserniyhtiön maksukyky riippuu osaksi konsernin taloudellisesta tilanteesta, osaksi konsernijohdon valitsemasta strategiasta. Maksukykyarvio laajenee käytännössä aina koko konsernin laajuiseksi. Riippumatta siitä, kenellä on siitä todistustaakka, lopputulokset muuttuvat samalla ennustamattomaksi - ja kanteen nostamisen riski suureksi. Jos oikeustoimi on tehty velalisen läheisen kanssa (mitä toinen konserniyhtiö tietenkin on), todistustaakka maksukyvyttömyydestä on tosin "toisella osapuolella" (TakSL 5.1. § i.f.). Siitä huolimatta konkurssihallinnot näyttävät katsoneen kanteen nostamisen tällä perusteella liian riskialttiiksi.

Toki on myönnettävä, että arvioitavaksi nousee maksukyvyttömyys historiallisena asiantilana, toisin sanoen oliko konserniyhtiö tietyllä menneisyyden hetkellä maksukyvytön vai ei. Historiallinen arvio on helpompi tehdä kuin ennusteluonteinen siitä yksinkertaisesta syystä, että aineistoa on paljon enemmän. Myös toteutunut kehitys tunnetaan, mikä toisaalta vääristää arviota. On muistettava, että myös historiallinen maksukyvyttömyys on arvio todennäköisimmästä hypoteettisesta tapahtumakulusta tietyssä ajallisessa raamissa. Toisin sanoen tilanteen arvioiminen on ollut tuolloin ennuste. Myöhempi toteutunut tapahtumakulku tuo pelkästään arvioon uutta ja parempaa ratkaisuaineistoa. Tieto siitä, miten tapahtumat kehittyvät, auttaa lähinnä lainkäyttäjää arvioimaan, kuinka realistisia reaaliaikaiset eli aikalaisnäkemykset olivat. Reaalinen tapahtumakulku näin ollen ei korvaa todennäköisyyttä, se vain antaa sille objektiivisemman⁵⁷¹ perustan.

571. Väärinkäsitysten välttämiseksi todettakoon, että aikalaisarvionkin on oltava "objektiivinen", jotta se vaikuttaa. Täysin "subjektiivisia" arvioita - esimerkiksi kriisiyhtiössä yleistä katteetonta optimismia suhdanteiden tai markkinoiden äkkinäisestä parantumisesta - ei palkita.

6. Omaisuus- ja velkaselvittely konsernikonkurssissa

6.1 VARALLISUUSPIIRIEN EROTTELUPAKKO

6.1.1 ERILLISTEN KONKURSSIPESIEN KONSTRUKTIO

Erillisten oikeussubjektien teorialla on konkurssioikeudelliset korollaarinsa. Tämä johtuu siitä, että konkurssioikeuden sääntely ottaa ja sen on pakkokin ottaa huomioon sen perustan, jonka materiaallinen lainsäädäntö antaa. Näitä konkurssioikeuden korollareja on kolme. Ensiksikin jokainen konserniyhtiö haetaan ja asetetaan erikseen konkurssiin (korollaari 1). Tästä juuri seuraa, että konserniyhtiöiden konkurssit alkavat usein eri aikoina: joku konserniyhtiöistä ehkä välttää kokonaan konkurssin ja jatkaa toimintaansa itsenäisenä yrityksenä.⁵⁷² On myös mahdollista, että tämä pelastunut yhtiö alkaa aikanaan perustaa tai hankkia tytäryhtiöitä, eli konsernimuodostus alkaa uudelleen alusta. Toiseksi jokaisen konkurssiin päätyneen konserniyhtiön varallisuuspiirit määritellään (korollaari 2). Tämä tarkoittaa sen selvittämistä, mitä varallisuuseriä kuhunkin varallisuuspiiriin (=konserniyhtiöön) kuuluu ja miten velat kohdistuvat eri konserniyhtiöihin. Kolmanneksi jokainen konkurssiin asetettu konserniyhtiö saa oman konkurssihallintonsa, jonka tehtävänä tämä varallisuuspiirien rajanveto on (korollaari 3). Konkurssihallinto koostuu velkojakollektiivista ja pesänhoitajasta. Yhtiön vanha johto väistyy: samalla myös napanuora konsernihallintoon katkeaa.

Näistä korollareista selvästi perustavin on korollaari 2 eli varallisuuspiirien määrittäminen. Ilman sitä koko erillisten oikeussubjektien periaate murenisi juuri silloin, kun sitä tarvitaan. Sen sijaan korollaari 3 ei ole välttämätön eikä ehkä edes tarpeellinen. Selvitystehtävän koko konsernin osalta voisi hoitaa kaikille konkurssipesille yhteinen konkurssihallinto, mikä oli-

572. Tapausmuunnelmista ks. edellä jakso 1.3.2. On tapana sanoa, että oikeussubjekti on pienin ja suurin konkurssisubjekti. Oikeussubjektin osaa (esim. sivuliikettä) ei saa asettaa konkurssiin; yksi konkurssi ei myöskään voi käsittää useampaa oikeussubjektia, vaikka ne olisivatkin toisistaan riippuvaisia. Riippuvuussuhde voi saada vain aineellisoikeudellista merkitystä. Näin Huser 1986 s. 42.

si selvästi kustannustehokkaampi vaihtoehto.⁵⁷³ Päällekkäiset hallinnot ja etenkin päällekkäinen pesänselvitys⁵⁷⁴ maksavat enemmän kuin yksinkertainen hallinto ja pesänselvitys. Kuten jäljempänä tullaan havaitsemaan, tällainen yhteishallinto on oikeusvertailevasti mahdollinen ja rajat ylittävässä konkurssissa jopa suositeltava vaihtoehto. Tästä syystä oma mielenkiinton-
sa on siinä, miksi esimerkiksi Suomessa on päädytty erillisten konkurssipesien - tai oikeammin erillisten konkurssihallintojen - malliin. Rationaalista harkintaa valinnalta lienee konkurssilain tunnetun urautumistaipumuksen tietäen turha odottaa. Erillisten konkurssipesien malli on varmaan näyttänyt luonnolliselta, kun kerran konkurssimenettelyt ovat erillisiä. Saatetaan myös ajatella, että erilliset konkurssihallinnot pystyvät tasapuolisemmin ja oikeudenmukaisemmin vetämään varallisuuspiirien rajat. Erimielisyydet nousevat luontaisesti näkyviin ja ratkaistaan joko oikeudenkäynnin tai konkurssihallintojen välisin sopimuksin.

Myöskään korollaari 1 ei ole itsestään selvyys. Se tosin takaa sen, että elinkeelpoinen konserniyhtiö ei ajaudu muiden konserniyhtiöiden vanavedessä ”turhaan” konkurssiin. Tosin tämä olisi varmistettavissa muillakin tavoin. Ensiarvoisen tärkeältä kuitenkin näyttää, että sama tuomioistuimien päättäisi kerralla niiden konserniyhtiöiden kohtalosta, jotka ovat päätymässä konkurssiin. Kuten edellä todettiin, konkurssihakemuksen käsittelyssä joudutaan perehtymään koko konsernin taloudelliseen tilanteeseen, jos velkoja hakee konkurssia eikä velallisyhtiö suostu myöntämään maksukyvyyttömyyttään.⁵⁷⁵ Yhteispäätös koko konsernin kohtalosta ei vaatisi paljoakaan lisäselvitystä tai käsittelyä. Väärinkäsitysten välttämiseksi todettakoon, että yhteispäätös ei edellytä konsernin asettamista sellaisenaan konkurssiin. Yhteispäätös koostuisi joukosta erillispäätöksiä, toisin sanoen tuomioistuimien asettaisi konserniyhtiöt erikseen konkurssiin. Samoin jokaisen konserniyhtiön konkurssi edelleen muodostaisi oman konkurssimenettelynsä ja loisi oman konkurssipesänsä. Päätös kaikista ”tarvittavista” konkurssimenettelyistä vain tehtäisiin yhdellä kertaa.

Yhteinen päätös konkurssimenettelyjen aloittamisesta ei myöskään ole sidoksissa siihen, miten pesänselvitys järjestetään. Korollaareilla 1 ja 3 ei ole

573. Tämä on oletamus. Meillä ei ole empiiristä selvitystä siitä, missä määrin velkojien jakosuudet vaihtelevat sen mukaan, miten pesänselvitys organisoidaan.

574. Tällä tarkoitetaan sitä, että esimerkiksi yhtiö x:n pesänselvitys antaa tietoa yhtiö y:n varallisuuspiiristä. Varallisuuspiirithän ovat toistensa peilikuvia. Jos konsernissa on vain kaksi yhtiötä (emoyhtiö ja tytäryhtiö), se, mikä ei ole emoyhtiön varallisuutta tai velkaa, on luultavasti tytäryhtiön varallisuutta tai velkaa.

575. Ks. edellä jakso 4.3.

yhteyttä. Jokaiseen konkurssipesään voitaisiin asettaa oma konkurssihallinto; yhtä hyvin voitaisiin käyttää yhteisselvityksen ja yhteishallinnon mallia, jossa yksi ja sama konkurssihallinto vastaisi kaikkien konkurssipesien selvityksestä. Myöskään korollaarit 1 ja 2 eivät riipu toisistaan: varallisuuspiirit voitaisiin määritellä tai jättää määrittelemättä. On kuitenkin myönnettävä, että korollaari 1 tekee siirtymisen korollaariin 2 helpommaksi. Samoin korollaarin 2 toteuttaminen tekee korollaarin 3 enimmäkseen tarpeettomaksi. Kun varallisuuspiirejä ei määritellä, erilliselle konkurssihallinnolle jää aika vähän tekemistä.

6.1.2 NORMAALIA LAINSOVELTAMISTA VAI KONSERNIPOIKKEAMIEN KORJAILUA?

Tässä alajaksossa vastausta haetaan kysymykseen, miten erillisten konkurssipesien varallisuuspiirit määritellään, kun kysymys on joko konkurssista konsernissa (joku konserniyhtiö on asetettu konkurssiin) tai konsernin konkurssista (kaikki konsernin yhtiöt ovat konkurssissa). Tarkasteltava on siis korollaari 2. Periaatteellisia vaihtoehtoja on kaksi, joko käytetään varallisuus-oikeuden yleisiä sääntöjä tai konserniyhteyden aikaansaamien vinoutumat oikeussuhteissa palautetaan sellaisiksi, mitä ne ”normaalisti” olisivat. Ensimmäinen vaihtoehto tarkoittaa formaalisiin omistus- ja velkasuhdemäärittelyihin turvautumista. Omistaja on toisin sanoen se, jolla on muodollinen saanto varallisuuserään, velkasuhteessa velkoja ja velallinen ovat ne oikeussubjektit, jotka asiakirja roolittaa ja niin edelleen.⁵⁷⁶ Joskus formaalinen määrittely sekin tuottaa vaikeuksia. Tällöin turvaudutaan hallinnan ja yritysten kohdalla kirjanpidon kaltaisiin sekundäärisiin joskin edelleen ulkoisesti havaittaviin tunnusmerkkeihin.

Vaikka on myönnettävä, että formaalisiin tunnusmerkkeihin sisältyy manipuloinnin ja väärinymmärryksen vaaroja, moderni vaihdanta toimii niiden varassa. Sen sijaan piilevä eli ulkoisista tunnusmerkeistä poikkeava omistus tai velkavastuu on periaatteessa aina vaarana niin vaihdannalle kuin luotonannollekin. Yleisten sääntöjen käyttämistä oikeussuhteissa on konsernissa helppo perustella erillisten oikeussubjektien periaatteella. Jos

576. Väite tunnusmerkkien formaalisuudesta ei kirjaimellisesti pidä paikkaansa, jos formaalisuudella ymmärretään ulkoisesti havainnoitavaa ja yksiselitteistä tunnusmerkkiä. Omistus voi määräytyä myös ”tahdon” kaltaisen näkymättömän ja jälkikäteen konstruoitavan tosiseikan avulla. Tämä on tyypillistä läheissuhteissa, joten siltä ei voida suoralta kädeltä evätä merkitystä konsernisuhteissakaan. Ks. lähemmin Tammi-Salminen 2008 s. 1189.

kerran konsernin yhtiöt ovat erillisiä, niiden varallisuuspiirit määräytyvät kuten oikeussubjektien varallisuuspiirit yleensäkin. Oikaisujen hakeminen muodollisiin oikeussuhteisiin merkitsee jo ensi askelta konserniajatteluun eli konsernin tunnustamiseen kokonaisuudeksi.⁵⁷⁷ Jos taas konserni mieltää kokonaisuudeksi niin taloudellisesti kuin juridisestikin, varallisuuspiirien erilaisessa määräytymisessä ei ole mitään epäilyttävää. Eri asia on, että loogisesti loppuun saakka viety yhtenäisteoria hävittää ylipäättään tarpeen varallisuuspiirien määrittelyyn. Sitä ei tarvita, koska koko konserni on yhtä ainoaa varallisuuspiiriä.

Toinen vaihtoehto on oikaista ne vinoutumat ja vääristymät, jotka konserniyhteys on - näin oletetaan - tuonut omistus- ja velkasuhteisiin.⁵⁷⁸ Nämä oikeussuhteet toisin sanoen konstruoidaan uudelleen ja kun aihetta on, palautetaan sellaisiksi, mitä oikeussuhteet olisivat "normaalisti". Normaalisti katsotaan se asiantila, joka olisi vallinnut erillisten ja itsenäisesti toimivien yhtiöiden välillä. Perusskenaariota voidaan kutsua totaalisesti itsenäisten yhtiöiden malliksi - olkoonkin että totaalinen itsenäisyys on todellisuudessa hyvin poikkeuksellinen liiketoiminnan järjestäytymisen muoto. Jos valintaa mietitään oikeuspolitiikan näkökulmasta, oikaisujen linja pääsee edes harkintaan vasta, kun konsernien tiedetään empiirisesti tai teoreettisin perustein oletetaan merkittävästi vinouttavan normaaleja oikeussuhteita. Konkurssioikeuden kannalta tämäkään havainto tai oletamus ei vielä riitä. Puuttuminen vallitseviin oikeussuhteisiin on perusteltua vain, kun vinoutumat saavat aikaan sen, että konserniyhtiöiden konkurssivelkojat eivät suuressa määrässä tapauksia saa oikeudenmukaisia jako-osuuksiaan. Konserniyhteys varmasti muuttaa oikeussuhteita, sitä ei kukaan vaivaudu kiistämään. Sen sijaan siitä, että nämä muutokset heikentäisivät velkavastuun toteutusta konsernissa tai jakaisivat jako-osuuksia väärin konserniyhtiöiden kesken, ei ole varsinaista selvitystä. Lainsäädäntö ja tutkimuksen tulkintasuositukset eivät kuitenkaan vaadi vahvaa empiiristä näyttöä.⁵⁷⁹ Voidaan väittää, että tällainen oikaisupyr-

577. Tämä ironia jää usein huomaamatta. Erillisten oikeussubjektien teoria on toki yhdistettävissä oikeasevaan määrittelyyn. Teoriahan ei ennalta määrää, miten tämä määrittely tehdään. Yllä väitetään vain, että teoria vie tai veisi varsin luontevasti yleiseen määräytymiseen, vaikka se olisikin ristiriidassa "materiaalisen" todellisuuden kanssa.

578. Vaikka tässä keskitytään tilanteisiin, joissa konserni on velallisenä, konserniyhteys näkyy tietenkin myös silloin, kun konserniyhtiöt ovat velkojan asemassa. Vanha ongelma on muun muassa, lasketaanko kaikkien konserniyhtiöiden saamat maksut yhteen arvioitaessa, onko niiden velallisen tekemä maksu ollut huomattavan määräinen (TakSL 10 §). Ratkaisusta KKO 1999:38 päätellen näin tehdään - ainakin kun konserniyhtiöillä on keskitetty perintä, tyypillisesti erillinen perintäyksikkö.

579. Yksittäisiä epäkohtia toki löydetään keskieuropalaisesta konkurssioikeudesta. Esimer-

kimys leimaa, ehkä alitajuisesti konkurssioikeuden nykyisen tutkimuksen asennoitumista. Näin on vakavissaan mietittävä, mikä on tällaisen oikaisun logiikka ja miten oikaisu pystytään oikeudellisesti toteuttamaan.

Monessa tapauksessa ajatus vinoutumien oikaisusta kaatuu siihen, että minkäänlaista vinoutumaa ei pystytä osoittamaan, toisin sanoen päämäärä - normaalisti määräytyvä omistus tai velkavastuu - on tavoittamaton. Normaalitytöä, johon oikeussuhteet tulisi palauttaa, kun ei ole koskaan ollutkaan. Tai toisin ilmaistuna: normaalitytö on jo vallitseva asiantila siitä yksinkertaisesta syystä, että konsernin yhtiöt eivät ole itsenäisiä toimijoita vaan konsernikokonaisuuden osia. Tämä pätee integroituneessa ja erityisesti orgaanisesti kasvaneessa konsernissa. Tällaisessa konsernissa voidaan varmuudella sanoa, että sitä todellisuutta, jota vastaamaan omistus- ja velkasuhteet oikaistaan, ei ole koskaan vallinnut.⁵⁸⁰ Ja mikä vielä pahempaa: emme tiedä, millaisiksi suhteet olisivat rakentuneet, jos konsernin yhtiöt olisivat aluksi olleet itsenäisiä ja toisistaan riippumattomia tai olisivat edelleen sellaisia. Alkutila on löydettävissä enintään vastaikään hankitusta tytäryhtiöstä, joka ei vielä ole ehtinyt kunnolla integroitua konsernikokonaisuuteen.

Hieman realistisempaa on hakea todellisuutta siitä, millaisia oikeussuhteet olisivat, jos yhtiöt eivät kuuluisi konserniin mutta olisivat saman yritysyhtymän jäseniä. Konserni ja yritysyhtymään muistuttavat toisiaan.⁵⁸¹ Yritysyhtymään kuuluvat yritykset ovat itsenäisiä, toisin sanoen ne eivät muodosta konsernia tai kvasikonsernia mutta ne kuitenkin riippuvaisia muiden yhtiöiden päätöksistä ja tekemisistä, niillä on esimerkiksi operatiivista yhteistoimintaa, jopa yhteisiä liiketoiminnan yksiköitä. Jos tästä lähdetään, oikeussuhteet pyritään oikaisemaan syystä sellaisiksi, millaisia ne olisivat toisistaan riippuvien yritysten kohdalla. Tällöin todellisuus on jossain merkityksessä - toisin kuin erillisten yhtiöiden fiktion kohdalla - kenties ontologisesti löydettävissä. Näin oikeussuhteista saataisiin eliminoiduksi konserni-intressin liiallinen vaikutus, joskin kannattaa pitää mielessä, että yritysyhtymän suhteitakin rasittaa oma yhteisintressinsä, eli ryhmäintressi.⁵⁸²

Yritysyhtymän skenaario tarjoaa realistisemmän kuvan todellisuudesta

kiksi Saksassa kannettiin aikanaan huolta niin sanotusta konserniehdosta ('Konzernvorbehalt'). Siinä yksittäinen konserniyhtiö asetti sopimustensa ehdoksi sen, että vastapuolen piti suorittaa muillekin konserniyhtiöille niiden saatavat. Tällaista ehtoa pidettiin sopimusvapauden väärinkäyttämisenä, jolloin siltä pystyttiin epäämään oikeudellinen sitovuus. Ks. Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck 1979 s. 390.

580. Konsernien muodostumisen tavasta ks. edellä jakso 2.1.1. ja 2.5.1..

581. Ks. jakso 1.3.3.

582. Ks. edellä jakso 2.6.

kuin itsenäisten yritysten malli, Vastapainoksi sen praktibiliteetti on paljon huonompi. On selvää, että kuuluminen yritysryhmään vaikuttaa siihen, miten omistus- ja velkasuhteet rakentuvat. Vaikutus voi toki olla - ja luultavasti de facto onkin - vähäisempi kuin konserniyhteyden vaikutus. Vaikka tämä lähtökohta kestää jotenkin loogisen arvostelun, sekin vie soveltajansa epä-määräisyyden mereen. Tässäkään vaihtoehdossa aitoa todellisuutta ei ole, joten kaikki kaavailut siitä, millaisiksi velallisyhtiön asema ja oikeussuhteet olisivat muotoutuneet yritysryhmässä, ovat parhaimmillaan valistunutta arvailua, pahimmillaan silkkaa mielivaltaa.

Vaikka nämä epäilykset unohdetaan, on selvää, että uudelleenjärjestely edellyttää oikeusperustetta, koska pääsääntö eli muodollinen määräytyminen on oikeusjärjestyksen aineellisoikeudellinen kulmakivi. Oikeusjärjestelmä lähtee siitä, että omistus- ja velkasuhteiden täytyy määräytyä selkeiden, ulkonaisesti havaittavien tunnusmerkkien perusteella. Voidaan sanoa, että erillisten oikeussubjektien teoria enemmän tai vähemmän vahvasti pakottaa muodolliseen määräytymiseen. Tosin kuten edellä havaittiin, käsitteellistä tai loogista yhteyttä vallitsevan teorian ja oikeussuhteiden konstruoimisen tavan välillä ei tietenkään vallitse. Erillisten varallisuuspiirien rajat voivat olla joustavat ja myös tilannekohtaisesti määräytyvät. Asiallinen yhteys periaatteen ja sovellutuksen välillä on kuitenkin niin ilmeinen että muuta edellyttävän oikeusperusteen pitää olla kuvainnollisesti "vahva", oli sitten kysymys lain laatimisesta tai sen soveltamisesta.

Näin päädytään siihen, että oikeusperuste oikeussuhteiden palauttamiselle konserneissa "normaaleiksi", on saatava kirjoitetusta laista.⁵⁸³ Historia kuitenkin osoittaa, että myös tutkimus pystyy luomaan sellaisia oikeudellisia konstruktioita, joilla muodollinen omistus- ja/tai velkasuhde pystytään sivuuttamaan, vaikka tällainen säädännäinen tuki puuttuu.⁵⁸⁴ Tässä yhteydessä vailla merkitystä on, että oikeuskäytäntö on ollut enimmäkseen kova-korvainen, se ei ole ollut niin taipuvainen rekonstruoimaan ja palauttamaan "normaaleiksi" konsernin oikeussuhteita siinä määrin kuin jotkut tutkijat ovat

583. Tutkimuksessa onkin puhuttu varallisuus-oikeuden legaliteettiperiaatteesta. Tämä periaate jää kuitenkin heiveröiseksi, sillä siviilioikeuden kodifikaatiota ei ole tehty. Tällainen kodifikaatiohan vasta vahvistaa ne oikeudet ja velvollisuudet, joihin voidaan säätää poikkeuksia vain parlamentilla. Ks. Karhu 2005 s. 173.

584. Esimerkki tästä on pantin samastaminen. Vaikka pantti on ulkopuolisen antama, se voidaan katsoa velallisen asettamaksi, jos pantti on todellisuudessa "oikeudellisesti tai taloudellisesti velallisen varallisuudesta peräisin". Näin Havansi 1979 s. 104. Kirjallisuudessa on kuitenkin asianmukaisesti todettu, että oikeuskäytäntö ei ole hyväksynyt tätä tulkintaa. Ks. Tammi-Salminen 2001 s. 300.

halunneet. Näyttääkin siltä, että oikeusperusteen on oltava paitsi vahva myös riittävän yksiselitteinen sovelluksissaan. Konsernivinoutumien oikaisussa puututaan yhtiöiden välisten oikeussuhteiden ohella myös velkojien ja vähemmistöosakkaiden yksilölliseen oikeusasemaan. Tästä syystä kaiken oikaisemisen edellytykset on määriteltävä tarkasti, ja oikaisusta kärsivien tahojen oikeussuoja on taattava. Lisäksi mahdolliset oikaisut on tehtävä keveässä ja halvassa menettelyssä, jotta ne eivät aiheettomasti pitkitä pesänselvitystä ja tuo konkurssipesälle kohtuutonta kustannusrasitusta. Edellä esitetyn valossa on selvää, että Suomen konkurssilaki ei sen enempää kuin minkään muunkaan pohjoismaan laki pysty täyttämään näitä kaikkia vaatimuksia. Skeptikko ehkä myöntäisi sääntelytehtävän mahdottomaksi: konkurssijärjestelmä voi ottaa jonkun vaatimuksen huomioon, kaikkia ei pystytty samanaikaisesti täyttämään. Pahinta, mitä voidaan sanoa, on, että järjestelmä pettää jokaisen vaatimuksen kohdalla.

6.1.3 KUKA OIKAISEE: TOIMIVALTAPOHDISKELUA

Konkurssilaki ei tunne konsernispesifistä varallisuuspiirin määrittelyä. Lain näkökulmasta konserniyhtiön omistus- ja velkasuhteiden selvittely on tavallista pesänselvitystä. Tämän seurauksena pesänhoitajalla ei ole erityisvaltuuksia, esimerkiksi oikeutta saada tietoja toisen konserniyhtiön (oli sekin konkurssissa tai ei) kirjanpidosta tai muusta aineistosta. Toisen yhtiön osakkeenomistajilla ja toimihenkilöillä ei myöskään ole velvollisuutta antaa tietoja ”oman” yhtiönsä asioista ja sen suhteista konkurssivelalliseen.⁵⁸⁵ Vielä vähemmän perusteita löytyy sille, että toinen konserniyhtiö olisi velvollinen keräämään tai tuottamaan sellaista informaatiota, jota ei ole valmiiksi olemassa. Näin pesänhoitajan mahdollisuudet selvittää esimerkiksi konkurssivelallista syrjivä siirtohinnoittelu ovat olemattomat. Tietenkin pesänhoitaja voi ottaa tietoisin riskin, toisin sanoen käynnistää takaisinsaantioikeudenkäynnin ja haastaa ”hyötyneen” yhtiön tai konsernihallinnon toimihenkilöitä

585. Päinvastoin yhtiön toimihenkilöillä saattaa olla salassapitovelvollisuus, sillä tietojen antaminen ulkopuoliselle saattaa johtaa yrityssalaisuuksien paljastumiseen. On syytä muistaa, että konkurssipesän asiakirjat ovat asianosaisjulkisia. Esimerkiksi kaikilla velkojilla on oikeus saada niistä tietoja. Ohimennen todettakoon, että pesänhoitajalla on oikeus ”salassapitomääräysten estämättä” oikeus saada tietoja velallisen pankkitileistä, maksuliikenteestä, sopimuksista, verotuksesta ja ”muista velallisen taloudellista asemaa tai velallisen harjoittamaa toimintaa koskevista seikoista” (KonkL 8:9). Pesänhoitajan oikeus saada tietoja ei ole kuitenkaan laajempi kuin velallisen. Näin HE 26/2003 vp. s. 100. Näin salassapitovelvollisuus väistyy vain silloin, kun se on säädetty velallisen hyväksi.

todistajiksi. Yleinen todistamisvelvollisuus koskee myös konsernin toimihenkilöitä. Riski kuitenkin realisoituu, jos toimihenkilöt liikesalaisuuksiin vedoten kieltäytyvät antamasta tietoja hinnoittelun perusteista tai sen muista yksityiskohdista.

Eräänlainen kiertotie toki löytyy. Velallinen (KonkL 4:5.2) ja velalliseen rinnastettava henkilö (KonkL 4:12) ovat velvollisia myötävaikuttamaan konkurssipesän selvittämisessä. Heidän on muun muassa annettava pesäluettelon tarvittavat tiedot velallisen omaisuudesta ja veloista (2-k) sekä muut pesänhoitajan tehtävänsä hoitamiseen tarvittavat tiedot (3-k). Jos toimihenkilö on ollut mukana konsernihallinnossa, hän on velvollinen antamaan tietoja myös siitä. Oma kysymyksensä on, koituuko velalliseen rinnastettavan henkilön oikeus saada muulla perusteella tietoja toisten konserniyhtiöiden asioista myös konkurssipesän hyväksi. Esimerkiksi: tällainen henkilö omistaa toisen konserniyhtiön osakkeita, jolloin hän nauttii osakkeenomistajan kyse-lyoikeutta (OYL 5:25). Ajateltavissa on, että konkurssilain mukainen myötävaikutusvelvollisuus laajenisi käsittämään myös tällä keinoin saadut tai jopa hankittavat tiedot. Lakia säädettäessä tätä mahdollisuutta ei ole ajateltu, eikä aktiivisen tiedonhankkimisen sisällyttäminen myötävaikutukseen vaikuta muutenkaan sen enempää oikeudellisesti kuin eettisestikään hyväksyttävältä.

Konkurssihallinnolla ei ole itsellään valtaa oikeussuhteiden rekonstruomiseen. Konkurssipesällä, käytännössä pesänhoitajalla, on kuitenkin eräänlainen aloiteoikeus. Ensimmäinen askel omistussuhteiden oikaisemiseen on pesäluettelon laatiminen. Pesänhoitaja voi merkitä konkurssivelallisen omaisuudeksi sellaisen varallisuuserän, joka muodollis-juridisten kriteerien mukaan kuuluisi toiselle konserniyhtiölle. Oikeutta luovaa merkitystä pesäluettelolla ei tietenkään ole. Varallisuuserä ei muutu konkurssivarallisuudeksi sillä, että se merkitään pesäluetteloön sellaisena. Varallisuuserä ei myöskään menetä tätä ominaisuuttaan, jos se pesänhoitajan oikeudellisen tai faktuaalisen virhearvion seurauksena jää ottamatta pesäluetteloön. Pesäluettelon tiedot antavat kuitenkin asiantuntevalle ulkopuoliselle vihjeen konkurssipesän halukkuudesta riittauttaa muodollis-juridiset omistussuhteet konsernissa. Mitä juridisesti kuuluu konkurssivarallisuuteen, jää kuitenkin lopulta täysimittaisen oikeudenkäynnin varaan. Siinäkin konkurssipesä joutuu lähes aina aloitteen tekijäksi. Konkurssipesän on nostettava joko traditio-naalinen takaisinsaantikanne tai vahvistuskanne, joka tukeutuu siihen, että toisen konserniyhtiön muodollis-juridinen omistus perustuu keinotekoiseen

272 järjestelyyn (KonkL 5:11) tai valeoikeustoimeen.⁵⁸⁶

Kun on kysymys velkasuhteiden uudelleen konstruoinnista, pesänhoitaja voi vaikuttaa hivenen enemmän vastaiseen asianosais- ja kanneasetelmaan. Hän voi nimittäin käyttää apunaan jakoluetteloa, jolla puolestaan on - toisin kuin pesäluettelolla - oikeudellinen merkitys.⁵⁸⁷ Jakoluettelon hyödyntäminen tässä tarkoituksessa kuitenkin edellyttää, että se velkoja, jolla on intressiä velkasuhteiden uudelleenjärjestelyyn (esim. samastukseen vetoava velkoja), suostuu valvomaan saatavansa. Omatoimisesti pesänhoitaja ei saa ottaa tällaista saatavaa jakoluetteloehdotukseensa.⁵⁸⁸ Luetteloon ottaminen nimittäin tuo mukanaan melkoisen riskin velkojalle, koska velkoja tulee, riskin realisoituessa, vedetyksi mukaan täysimittaiseen riitautusoikeudenkäyntiin. Pesänhoitaja ei näin ollen saa maanitella, vielä vähemmän pakottaa velkojaa valvontaan. Sen sijaan täysin hyväksyttävää on, että pesänhoitaja informoi tällaista velkojaa mahdollisuudesta saada samastuksen kautta maksu konkurssipesästä. Hyvä pesänhoitotapa toki vaatii, että oikeusasemasta informoimiseen kuuluu myös riskin asianmukainen esiintuominen. Riskinä on ensiksikin mahdollinen riitautus joltakin velkojalta, toiseksi tappio myöhemässä riitautusoikeudenkäynnissä, mistä seuraa velvollisuus riitauttaneen velkojan oikeudenkäyntikulujen korvaamiseen.

Kysymys valtuuksista (tai oikeammin niiden totaalisesta puuttumisesta) ei vielä ratkaise, missä määrin pesänhoitajan tulee ottaa tavoitteekseen konserninvinoutumien oikaiseminen. Aluksi on syytä tarkastella omistussuhteita. Lähtökohta on yksiselitteinen. Pesänhoitajan tehtävänä ei ole materiaalsen oikeellisuuden tai oikeudenmukaisuuden yleinen toteuttaminen konkurssipesän oikeussuhteissa. Hänelle kuuluu vain konkurssipesän kustannustehokas selvittäminen ja -karkeistaen - velkojien jako-osuuksien maksimointi. Oikaisujen hakeminen omistussuhteisiin on näin puhdas tarkoituksenmukaisuuskysymys. Pesänhoitaja ryhtyy siihen, kun se lupaa siihen uhrattuja

586. Konkurssipesä voi kylläkin joskus pakottaa muodollis-juridisen omistajan - eli tässä toisen konserniyhtiön - aloitteentekijäksi. Konkurssipesä voi nimittäin kohdella tälle yhtiölle kuuluvaa varallisuuserää konkurssivarallisuutena, esimerkiksi ryhtyä realisoimaan sitä. Taktiikka on uhkarohkea, sillä se johtaa epäonnistuessaan palautusvaatimuksiin sekä luultavasti pesänhoitajan rikosoikeudelliseen vastuuseen sekä konkurssipesän massavelkaiseen vahingonkorvausvastuuseen. Hallituksen esitys kylläkin melkoisesti rohkaisee pesänhoitajaa aloitteen tempaamiseen selostaessaan KonkL 5:11:ää. Pesänhoitajan on selvitettävä, onko tietty järjestely keinotekoinen. Sivulliselle omaisuus luovutetaan vain, jos tämän oikeus on "riidaton". Jollei näin ole, sivullinen joutuu vaatimaan omaisuutta kanneteitse. Ks. HE 26/2003 vp. s. 78.

587. Ks. edellä jakso 3.5.2.

588. Tapauksia, joissa uudelleenkonstruoitu saatava olisi selvä KonkL 12:5:n merkityksessä, tuskin esiintyy käytännössä. Ks. edellä jakso 3.5.3.

kustannuksia suuremman hyödyn konkurssipesälle. Tämän hän ratkaisee tapauskohtaisesti, joskin yleinen kokemussääntö puhuu mahdollisiin viinoutumiin puuttumista vastaan. Oikaisun aineelliset edellytykset ovat niin epäselvät ja oikaisun hakeminen siksi kustannuksia aiheuttavaa, että kaikinainen oikeudelliset toimenpiteet sisältävät melkoisen riskin. Riski on perusteltu vain, kun kysymys on suurista varallisuusarvoista ja menestymisen todennäköisyys korkea.

Velkasuhteiden kohdalla asia on toisin. Konkurssin velkaselvittely on pesänhoitajan lainkäyttötehtävä. Jos samastuksen edellytykset selvästikin vallitsevat ja velkoja on valvonut saatavan, pesänhoitajan tulee jättää se riitauttamatta.⁵⁸⁹ Riitautukset ”varmuuden vuoksi” ovat ymmärrettävästi kiellettyjä. Asia erikseen on, että samastuksen edellytysten selvittäminen voi vaatia pesänhoitajalta melkoista vaivannäköä, mikä taas aiheuttaa kustannuksia, jotka konkurssivelkojat joutuvat pesänhoitajan palkkion muodossa maksamaan. Saatavan riitauttaminen ja aiheutuva vaivannäkö eivät kuitenkaan ole samanarvoisia vaihtoehtoja.

Omistussuhteiden oikaisun vaatimat kanteet ja muut oikeudelliset toimenpiteet ovat pesänselvityksen rutiineja. Ne rinnastuvat pitkälti tavallisiin takaisinsaantikanteisiin, vaikka niiden oikeusperusta on toinen. Pesänhoitaja ei tästä syystä tarvitse niihin velkojakollektiivin erityistä lupaa tai suostumusta. Asia erikseen on, että hyvä pesänhoitotapa saattaa vaatia riskipitoisten ja tulokseltaan epävarmojen toimien tuomista velkojen päätettäväksi. Velkojen päätöstä, oli se myöntävä tai kieltävä, pesänhoitajan on tietenkin aina noudatettava. Sillä, mitä mieltä pesänhoitaja on kanteen menestymismahdollisuuksista, ei ole merkitystä. Velkaselvittelyssä pesänhoitaja on sen sijaan itsenäinen lainkäyttäjä. Velkojat eivät voi päättää siitä, mitä pesänhoitaja ottaa jakoluetteloon, mitä taas ei. Samoin riitautukset ovat pesänhoitajan harkinnassa.

6.2 OMISTUKSEN UUDELLEENJÄRJESTELY

6.2.1 SAMASTAMINEN UUSISSA VAATTEISSA: ”KEINOTEKOISEN” JÄRJESTELYN SIVUUTTAMINEN (KONKL 5:11)

Konkl 5:11 tarjoaa ensikäden välineen omistussuhteiden oikaisuun konkurs-

589. Edellä on arveltu, että empiirisesti ”selvät” samastussaatavat ovat harvinaisuuksia. Samastusperusteet ovat epämääräisiä ja tulkinnanvaraisia eikä nopearytminen konkurssimenettely myöskään tarjoa todistelulle kunnan puitteita. Ks. edellä jakso 3.5.3.

sisä. Tämä pätee myös konsernikonkurssissa, joskin pykälä on yleissäännös. Sen teksti tai valmistelu ei ota erikseen huomioon tätä tilannetta.⁵⁹⁰ Pykälää voidaan oikeutuksella pitää konkurssilain vaikeaselkoisimpana ja hankalimmin sovellettavana.⁵⁹¹ Se sopii mahdollisimman huonosti ohjenuoraksi nopearytmiseen pesänselvitykseen. Ensimmäinen momentti sisältää varsinainen oikeusohjeen keinotekoisien järjestelyjen varalta. Omaisuus, jota sivullinen väittää omakseen, kuuluu momentin mukaan konkurssipesään, jos sivullisen asema perustuu sellaiseen varallisuus- tai muuhun järjestelyyn, jolle annettu oikeudellinen muoto ei vastaa järjestelyn tosiasiallista sisältöä (1 lause). Konkurssipesään kuulumisen edellyttää kuitenkin lisäksi, että muotoa käytetään ilmeisesti täytäntöönpanon välttämiseksi tai omaisuuden pitämiseksi velkojien ulottumattomissa (2 lause). Momentti päättyy velallisen tähän tarkoitukseen ohjaamaa tuloa koskevaan erityissäännökseen (2 virke). Kyseinen erityissäännös jätetään kuitenkin tässä vaille lähempää tarkastelua.

Kannattaa huomata, että mitään aikarajaa sille, kuinka kauan konkurssipesä voi vedota järjestelyn keinotekoisuuteen, pykälä ei tunne. Miten vanha järjestely tahansa voidaan toisin sanoen sivuuttaa muodollis-juridisen omistajan ja hänen velkojien vahingoksi. Pykälä on heidän kannaltaan selvästi vaarallisempi kuin takaisinsaantilaki. Takaisinsaannilla on omat aineelliset ja kannemääräaikansa, joista ensimmäiset tosin saattavat olla läheisyssuhteissa olla huomattavan pitkät. Sen sijaan muodollis-juridinen omistaja intressitahoineen ei voi koskaan olla turvassa sivuuttamisvaatimuksilta. Ajan kulumisen voidaan kuitenkin ottaa KonkL 5:11:n soveltamisessa huomioon. Arkijärki nimittäin sanoo, että mitä pitempään joku järjestely on vallinnut, sitä epätodennäköisempää on, että siinä sisältö ja muoto eivät kohta. Kymmeniä vuosia vallinnutta asiantilaa on vaikea väittää keinotekoiseksi. Tämä aikatekijä pakottaa samalla konkurssipesän vetoamaan keinotekoisuuteen heti, kun se on pesänselvityksessä havaittu. Lisäksi konkurssihallinnon omat

590. Säännöksen perustelut ovat hallituksen esityksessä yllättävän lyhyet, alle sivun mittaiset. Siitäkin leijonanosan vie sisänsäännöksen - silloisen UL 4:9.4 ja nykyisen UK 4:14:n - selostaminen. Mitä tulee sivuuttamisen edellytyksiin, perustelut toistavat lakitekstiä. Konkreettista lisäinformaatiota saadaan pesänhoitajan velvollisuuksista. "Pesänhoitajan on takaisinsaantikanteiden ja muiden oikeudellisten keinojen ohella selvitettävä myös, onko tietty varallisuusjärjestely sivuutettavissa keinotekoisena." Ks. HE 26/2003 vp. s. 79. Perustelujen niukkuus selittyy kahdella tavalla. Ensiksikin säännöstä on voitu pitää suhteellisen merkityksettömänä, eräänlaisena "selvennyksenä" muutoinkin vallitsevasta oikeustilasta. Toinen selitys on, että sen tulkinta on päätetty jättää oikeuskäytännön huoleksi. Toki ajateltavissa on sekin kolmas mahdollisuus, että KonkL 5:11 on mielletty niin pitkälle UL 4:9:n kaltaiseksi, että sen tulkinta seuraa samoja linjoja. Eri asia on, että ulosoton sisänsäännöksen tulkinta on sekin nykytutkimuksen suuria kiistanaiheita.

591. Ks. edellä jakso 3.4.2.

toimet - järjestelyn hyödyntäminen liiketoiminnan jatkamisessa tai omaisuuden realisoinnissa - ovat tulkittavissa järjestelyn hyväksymiseksi, jolloin kanneoikeus menetetään.

Pykälän toinen momentti kertoo, miten arvioidaan järjestelyn tosiasialista sisältöä tai tarkoitusta. Huomioon otetaan velallisen käytettävissä oleva, omistajan määräämisvaltaan verrattava valta (punnintatekijä 1), velallisen omistajan toimiin verrattavat toimet (punnintatekijä 2) sekä velallisen saamat edut (punnintatekijä 3) ja muut vastaavat seikat (punnintatekijä 4).⁵⁹² Sen sijaan se, milloin omaisuutta ”ilmeisesti” käytetään täytäntöönpanon välttämiseen tai omaisuuden ohjaamiseen velkojen ulottumattomiin, jätetään vaille lähempiä punnintaohjeita. Julkaistua soveltamiskäytäntöä ei ole, vielä vähemmän on löydettävissä empiirisiä selvityksiä. Näin ollen emme tiedä, kuinka usein säännöstä konkurssikäytännössä sovelletaan. Myöskään sen erityistä vaikutusta konsernirakenteissa ei tunneta. Enintään voidaan sanoa, että päällisin puolin konsernitalanteet vaikuttavat erinomaisen luonteelta kohteelta säännöksen soveltamiseksi.

Punnintatekijät 2 ja 3 ovat tulkinnallisesti suhteellisen selkeitä; niiden todistelu on tietenkin toinen asia. Punnintatekijä 2 tarkoittaa sitä, mitä velallinen on konkreettisesti ja tosiasiallisesti tehnyt, ei sen sijaan sitä, mitä hän olisi voinut tehdä. Kaikkinainen tekeminen ei kelpaa pykälän soveltamisen edellytykseksi: velallisen tosiasiallisten toimien on oltava omistajalle tyypillisiä eli omaisuudesta määräämistä ja sen taloudellista hyväksi käyttämistä. Yleensä omistajalle tyypilliset toimet edellyttävät hallintaa, jos varallisuuserää ylipäättään voidaan hallita.⁵⁹³ Samoin punnintatekijä 3 purkaantuu tulon saamiseen ja käyttöhyötyyn, joista käyttöhyöty liittyy normaalisti varallisuuserän hallintaan. Punnintatekijä 4 taas on käytännössä kutsu kokonaisharkintaan, joka on tuttu sisarsäännöksen soveltamisesta. Punnintatekijä 1 on ehkä keskeisin punninnan sääntö; yllättävää kylläkin se on samalla niistä hämärin. Ulosoton tutkimuksessa omistajan määräämisvalta on määritelty ”tosiasialliseksi vallaksi päättää omaisuutta koskevista seikoista”, esimerkiksi omaisuuden hankkimisesta, sen luovuttamisesta, sijainnista ja käyttämisestä. Määräämisvalta on usein pakko konstruoida apuindiisioista eli esimerkiksi siitä, kenen eduksi määräämisvaltaa edellyttäneet toimet tulevat. Apuindiisioiksi nousee myös muodollis-juridisen omistajan tietoisuus tai oikeammin

592. Sisarsäännöstä eli UK 4:14:ää tutkittaessa vastaavia seikkoja on pidetty indiisioina keino-tekoiisuusharkinnassa, mikä tarkoittaa samaa asiaa. Ks. Lindfors 2008 s. 368.

593. Indiisioista ulosotossa ks. Lindfors 2008 s. 373. On kuitenkin syytä muistaa, että hallinnalla on ulosotossa ollut perinteisesti vahva presumoiva vaikutus.

tietämättömyys toimien tarkoituksesta.

Tämä pätee myös KonkL 5:11:n tulkinnassa, vaikkakaan sen toisen momentin seikkoja ei voida varmuudella luokitella indiisioiksi. KonkL 5:11:han ei sanamuotonsa mukaan ole presumptiivinen säännös. Asia erikseen on, että tuomioistuimen todellista päätöksentekoa ajatellen punnintatekijöillä voi hyvinkin olla presumoivaa vaikutusta.⁵⁹⁴ Kun punnintatekijästä on tuotu esiin näyttöä, vastapuolen on joko esittävä vastanäyttöä (punnintatekijän muodostavaa tosiseikkaa ei vallitse) tai mitätöitävä sen vaikutus (punnintatekijä ei näytettynäkään riitä pitämään järjestelyä keinotekoisena).

Viimeistään tässä vaiheessa kannattaa huomata, että KonkL 5:11:stä puutuu ulosotto-oikeudelliseen sisarsäännökseen otettu oikeussuojamekanismi.⁵⁹⁵ Ulosotossa sivullisen ”todellinen oikeus” - ja jo sen loukkaamisen todennäköisyys⁵⁹⁶ - estää järjestelyn sivuuttamisen, vaikka järjestelyä sinänsä pidettäisiinkin keinotekoisena. Kirjaimellisesti sovellettuna KonkL 5:11 on tästä syystä purevampi väline velkavastuun laajennetussa toteuttamisessa kuin sen sisarsäännös konsanaan. Siitä, kuinka vahvaa suojaa sivullisen ”todellinen oikeus” ulosotossakaan tosiasiallisesti tarjoaa, voidaan tietenkin keskustella. Sekä oikeuden ”todellisuus”, vaadittava ”todennäköisyyden” aste sekä oikeuden ”loukkaamisen” käsite ovat kaikki tulkinnanvaraisia. Erityisesti siitä, mitä luetaan ”todellisiin” oikeuksiin, voidaan kiistellä loputtomiin. Oli niin tai näin, ulosoton säännöstä koskeva tulkinnanmuodostuskin on kesken, joten niiden siirtäminen konkurssiympäristöön ei toisi apua tulkintaan. Selvää kuitenkin on, että KonkL 5:11:ää sovellettaessa sivullisen oikeuden ”todellisuus” sisältyy vahvana indiisiona harkintaan. Kun sivullisella on ”todellinen” oikeus, järjestely ei hevin voi olla keinotekoinen. Suotavaa tietenkin on, että ”todellinen oikeus” tarkoittaisi molemmissa yhteyksissä samaa.

KonkL 5:11:n perimmäinen luonne on sekin ajankohtaisia kiistanaihei-

594. Tutkimuksessa säännöstä on pidetty myös aineellisoikeudellisena. Jos kaikki ”soveltamisedellytykset täyttyvät, kyseisen omaisuuden käyttämistä aineellisen omistajan velkojen perimiseen ei nimittäin voida torjua vastanäytöllä eikä keinotekoisien varallisuusjärjestelyn sivuuttaminen täten edellytä asian arvioimista mainittujen säännösten lisäksi siviilioikeudellisten sääntöjen tai periaatteiden pohjalta.” Näin Tuomisto 2009 s. 649. Näin pitkälle kantaan voidaan yhtyä - kun säännöksen soveltamisedellytykset täyttyvät, sitä sovelletaan. Ongelma onkin vain siinä, mitkä nämä soveltamisedellytykset ovat. Sanamuodon perusteella on selvää, että säännös ei ole suljettu, muitakin kuin pykälässä nimenomaan mainittuja seikkoja saadaan ottaa huomioon.

595. Muista eroista ks. Lindfors 2008 s. 301.

596. On aiheellisesti huomautettu, että konkurssilakia säädettäessä ei osattu ennustaa, että sivullisen omistusväitteen alennettu näyttökynnys (eli ’todennäköisyys’) siirtyisi myös itse oikeudenkäyntiin, jossa materiaaliset omistussuhteet oikeusvoimaisesti ratkaistaan. Ks. Lindfors 2008 s. 302.

ta konkurssioikeuden tutkimuksessa. Erimielisyyttä on muun muassa siitä, mikä on säännöksen ensisijainen tarkoitus ja mitä se oikeastaan muuttaa verrattuna aikaisempaan oikeuteen. Tämän tutkimuksen kannalta vastauksilla näihin kysymyksiin ei ole paljoakaan merkitystä, joten muutamat yleiset huomautukset riittävät. Yksinkertaisinta on lähteä siitä, että säännöksellä estetään lain "kiertäminen", joskaan tällainen kuvaus ei sano oikeastaan mitään.⁵⁹⁷ Pääasiassa väittelyä käydään siitä, muuttaako säännös omistusoikeuden vai oikeussubjektin käsitettä perinteisestä.⁵⁹⁸ Tässä keskusteluteemassa kompromissiin päästään katsomalla, että kaikki riippuu näkökulmasta. Muodollis-juridisen omistajan näkökulmasta omistuksen käsite muuttuu, täytännönpano jonkun muun velasta ulotetaan "hänen" omaisuuteensa. Velkojan kannalta taas säännös muokkaa oikeussubjektin käsitettä: hän saa maksun sellaisesta omaisuudesta, joka ei jossain merkityksessä kuulu velkasuhteen alkuperäiselle velalliselle vaan kokonaan toiselle henkilölle. Perimmäinen lopputulos on toki sama molemmissa tapauksissa: tietty omaisuuserä, joka muutoin olisi saavuttamattomissa velkavastuuta toteutettaessa, saadaan käyttää velkojan saatavan maksamiseen.

Toisessa keskusteluteemassa kiistellään siitä, miltä osin KonkL 5:11 on materiaallinen, miltä osin taas presumptiivinen säännös. Sen materiaalisesta perusluonteesta oltaneen melko yksimielisiä, sen sijaan sen presumptiivisesta sivuominaisuudesta ollaan eri mieltä.⁵⁹⁹ Väittely ei ole pelkästään akateemista, vaan lopputuloksella on tai siihen voidaan liittää merkittäviä vaikutuksia. Jos säännös on presumptiivinen, sen toisen momentin seikat ovat presumoivia. Pelkästään ne osoittamalla kantaja (eli tyypillisesti konkurssipesä) saa todistustaakan käännetyksi. Vastaajan asiaksi jää nimittäin osoittaa, että järjestely ei ole keinotekoinen, toisin sanoen ensimmäisen momentin soveltamiskriteerit eivät täyty. Tätä luentaa vastaan puhuu se, että presumptiiviseksi säännökseksi KonkL 5:11 on melko onneton. Presumoivien tosiseikkojen pitäisi periaatteessa olla selkeitä, ulkoisesti todennettavia ja vähällä vaivalla näytettäviä. Toisen momentin indiisiot, jos ne ovat sellaisia, ovat kaikkea muuta. KonkL 5:11:n luokittelu osaksi presumptiiviseksi on näin hyödytöntä, indiisioden soveltaminen sulautuu - tai ehkä osuvammin sotkeutuu - aina varsinaisen tosiseikaston soveltamiseen. Johdonmukaisinta on evätä säännökseltä kokonaan presumptioluonne, mikä hieman yksinkertaistaa sen soveltamista.

597. Siltala 2008 s. 53.

598. Linna 2004 s. 636.

599. Ks. esim. Kaisto-Tepora 2012 s. 394.

Helppoa perustosisekastonkaan eli ensimmäisen momentin soveltaminen ei ole. Keinotekoisuus käsitteenä vaatii aina vertailukohtaa; keinotekoisuus on keinotekoisuutta johonkin muuhun nähden. Näin joudutaan ratkaisemaan, mikä tuo ”muu” on. Se voi ensiksikin olla todellisen asiantilan ja sivullisen saaman vaikutelman ristiriita. Keinotekoisuus löydetään, kun sitä, mitä on, verrataan siihen, miltä se näyttää. Tämä on ulosoton vastaa-
van säännöksen teoreettinen rakenne. Voidaan väittää, että myös KonkL 5:11 - muoto ei vastaa sisältöä tai tarkoitusta - sisältää saman ajatuksen. Ulosotto ja konkurssi seuraavat näin samaa mallia. Toiseksi keinotekoisuutta voidaan hakea vallitsevan asiantilan ja jonkinlaisen ”oikean” todellisuuden suhteesta. Tällöin sitä, mitä on, verrataan siihen, miten pitäisi olla eli eräänlaiseen konstruoituun todellisuuteen. Tällainen arviointi on tyypillistä valeoikeustöiden määrittelyssä. KonkL 5:11:n sanamuoto ei sulje pois tätäkään tulkintaa: säännöstä sovelletaan, kun muoto ei vastaa ”tosiasiallista” sisältöä. Asiat olisi pitänyt järjestää toisella eli ”oikealla” tavalla.

Kuten edellä havaittiin, tämä konstruoitu todellisuus - joka siis sek on tavallaan keinotodellisuus - voi konsernisuhteissa olla joko erillisten yhtiöiden välisissä suhteissa vallitseva todellisuus tai yritysryhmän todellisuus. Jos taas todellisuutta haetaan konsernista ja sen olosuhteista, koko tulkintalinja sulkeutuu. Konsernin todellisuus kun on hyvin suurella todennäköisyydellä se asiantila, jonka keinotekoisuutta pitäisi arvioida. Ensimmäinen malli eli ulosotosta lainattu sovellus ei sekään *a priori* lupaa toimivia tuloksia konserniympäristössä. Konsernissa on hyvin tavallista, että emoyhtiö - käytännössä sen konsernihallinto - esiintyy tytäryhtiön ”omistajan” elkein. Tähän sillä on tavallaan myös peruste, koska konsernihallinto käyttää perimmäistä valtaa myös tytäryhtiössä sen varallisuuden suhteen, vaikkakaan se ei ole muodollis-juridinen ”omistaja”. Kun konsernihallinnon vallankäyttö on yleisesti tiedossa, sivulliselle ei kylläkään voi muodostua harhaanjohtavaa kuvaa. Tällainen kuva voi syntyä vain, kun tytäryhtiö esiintyy kuvainnollisesti emoyhtiön nimissä. Kun konsernia kuitenkin johdetaan keskitetysti, lähellä on tässäkin poikkeustapauksessa oletamus, että tytäryhtiö toimii kuten toimii konsernijohton toimeksiannosta tai ainakin tietten. Toisin sanoen sivullisen saama vaikutelma vastaa tässäkin muunnelmassa todellisuutta.

6.2.2 KONKL 5:11:N SOVELTAMINEN KONSERNISUHTEISIIN: VAIKEUKSIA JA YLLÄTTÄVIÄ TULOKSIA

Ensi silmäyksellä näyttää siltä, että toisen momentin ilmoittamat punnintatekijät sopivat erinomaisesti konsernin emoyhtiöön. Emoyhtiö käyttää tytäryhtiöissä omistajan määräämisvaltaan verrattavaa⁶⁰⁰ valtaa (punnintatekijä 1). Emoyhtiö tavallisesti myös faktisesti toimii määräämisvallan perusteella tytäryhtiössä eli sen konsernihallinto antaa tytäryhtiölle määräyksiä punnintatekijä 2). Määräykset voivat olla yksityiskohtaisia käskyjä tai yleisluonteisempia linjauksia, mutta joka tapauksessa niitä annetaan. Punnintatekijä 2 täyttyy sitä selvemmin, mitä keskitetymin ja intensiivisemmin konsernihallinto on ohjannut ja aikoo ohjaa tytäryhtiötä. Tällainen keskitetty ohjaus on tyypillistä niin sanotulle strategiselle ohjaukselle.⁶⁰¹ Ohimennen todettakoon, että konsernihallinnon ohjaus kokemusperäisesti yleensä herpaantuu, kun tytäryhtiön maksuvaikkeudet syvenevät. Tällöin on tapana siirtyä taloudelliseen ohjaukseen, jossa tytäryhtiö toimii oma-aloitteisesti. Juuri ennen sen konkurssia saattaa olla vaikea enää löytää omistajan määräämisvaltaa edellyttäviä toimia. Lopuksi myös punnintatekijä 3 tuntuu olevan jokseenkin aina käsillä. Emoyhtiö saa suhteesta hyötyjä eli osinkotuloja ja sen arvonnousun, joka ehkä koituu sen omistamille tytäryhtiön osakkeille. Paradoksaalista kylläkin määräämisvallan määrittämiseen normaalisti tarvittavat apuindiisiot taas puhuvat päätelmää vastaan tai ainakin eri suuntaan. Määräämisvaltaa edellyttävät toimet kylläkin tulevat joskus emoyhtiön hyväksi, mutta yhtä hyvin määräämisvaltaan perustuvia toimia voidaan käyttää kriisiyhtiön tai muun konserniyhtiön eduksi. Samoin konserniyhtiön johto on tavallisesti hyvin perillä konsernin, oman yhtiönsä ja muiden konserniyhtiöiden asioista. Tietämättömyyskriteeri pääsee tuskin täyttymään.

Alkupäätelmäksi tulee näin, että suhteessa emoyhtiö -> tytäryhtiö keino-tekoisen järjestelyn perustavat tosiseikat vallitsevat. Niitä ei edes tarvitse ottaa todistelun kohteeksi: ne kuvainnollisesti todistavat itse itsensä. Sen sijaan Konkl 5:11:n asettama toinen soveltamiskriteeri, täytäntöönpanon välttely,

600. Toki siitä, mikä on omistajaan "verrattavaa" vallankäyttöä konsernissa, saadaan keskivaikea erilliskysymys. Periaatteessa se on vielä esikysymys eli se pitäisi ratkaista, ennen kuin punnintatekijä 1 saa ratkaisunsa. Tällaisen esikysymyksen kehittäminen on kuitenkin turhaa; se ei helpota ongelmanratkaisua eikä lisää itseymmärrystä. Kun määräämisvalta on tosiasiallista vallankäyttöä, emoyhtiön valtaa tytäryhtiössä ei kukaan voi mielekkäästi kiistää. Äärilegalisti voi kyllä väittää, että valta on välillistä, eli konsernijohtoon on saatava tytäryhtiön hallinto tekemään toimet. Tytäryhtiön alistaminen emoyhtiön tahtoon ei käytännössä tuota vaikeuksia, joten erottelu on pelkkää hedelmätöntä juristeriaa. Ks. edellä jakso 2.1.2. ja 2.2.

601. Ks. edellä jakso 2.1.1.

edellyttää vakuuttavaa todistelua. Tältä osin todistustaakka on ja pysyy aina sillä, joka vaatii keinotekoista järjestelyä sivuutettavaksi. Todistustaakkaan vaikuttavia punnintatekijöitä ei, kuten edellä havaittiin, laissa ole tältä osin. Tosin konsernisuhteissa säännöksen materiaallinen tulkinta nousee ensipulmaksi. Ei ole helppoa sanoa, milloin täytäntöönpanoa vältellään tai omaisuutta siirretään velkojen ulottumattomiin, milloin taas varallisuudensiirrot ovat liiketaloudellisen rationaliteetin vaatimia. Vastaus riippuu välistä myös juridisista konstruktioista. Esimerkiksi tavallisin varallisuudensiirto, emoyhtiön konserniavustus tytäryhtiölle, ei välttämättä ole merkki siitä, että emoyhtiö siirtää omaisuuttaan velkojen ulottumattomiin.

Jos konserniavustusta pidetään lahjanluonteisena määräämistoimena, asianlaita on näin. Eri asia on, että konkurssipesän kannattaa vedota keinotekoisuuteen vasta, kun takaisinsaannin kannemääräaika on päättynyt. Takaisinsaanti tarjoaa nimittäin selvästi paremman menestymisennusteen kuin epämääräinen KonkL 5:11. Jos taas konserniavustus luetaan, kuten edellä on tehty, pääomasijoitukseksi, väite täytäntöönpanon välttelystä tai omaisuuden siirtämisestä velkojen ulottumattomiin kaatuu omaan mahdottomuuteensa. Varallisuus vain muuttaa konserniavustuksen antamisella muotoaan; emoyhtiön likvideistä varoista tulee pääomasijoitus tytäryhtiöön. Sijoitus tuottaa osinkoja ja ehkä tytäryhtiöosakkeiden arvonnousun. Konserniavustuksen edustama varallisuusarvo on näin koko ajan velkojen ulottuvissa.

Jos punnintatekijöille annetaan juridinen tai tosiasiallinen presumptiivinen vaikutus⁶⁰², tytäryhtiön asiaksi tulee osoittaa, että vallitsevat omistuserjestelyt (oikeudellinen muoto) vastaa todellista sisältöä ja tarkoitusta. Todellinen sisältö ja tarkoitus lienee se, että omistussuhteet konsernissa on liiketaloudellisesti kannattanut rakentaa sellaisiksi kuin ne ovat. Konsernissa vallitseva todellisuus on näin sama asia kuin järjestelyjen todellinen sisältö ja tarkoitus. Edellä nimittäin on oletettu, että yritystoiminta järjestäytyy aina omien intressiensä mukaisesti ja lähtökohtaisesti tehokkaimmalla tavalla. Jos tämä asetetaan lähtökohdaksi, vastaajan todistustaakka ei muodostu raskaaksi. Esimerkiksi todistelu siitä, että omistuserjestely on ollut pitkään käytössä konsernissa tai että se on yleinen koko toimialalla, saavuttaa näytökynnyksen. Vastaajalla ei ole muutoinkaan syytä pessimismiin, sillä toinen lainkohdan kriteeri, täytäntöönpanon välttely, ei sekään hevin täyty kantajan näytöllä. Harva varallisuuden siirto konsernissa on leimattavissa sellaiseksi "ilmeiseksi" täytäntöönpanon välttelyksi tai omaisuuden saattamiseksi

602. Tosiasiallista presumptiivista vaikutustahan ei ole edellä suljettu pois.

velkojen ulottumattomiin, mitä KonkL 5:11:n sanamuoto edellyttää. Tähän kategoriaan pääsevät lähinnä konserniavustukset toiselle tytäryhtiölle. Toisin ne ovat laajemmin ja tehokkaammin palautettavissa konkurssipesään takaisinsaannilla.⁶⁰³ KonkL 5:11:lle jää käyttöä lähinnä silloin, kun konserniavustuksella on hankittu omaisuutta saajayhtiön nimiin mutta tosiasiallinen omistajan määräämisvalta on pysynyt antajayhtiöllä.⁶⁰⁴

Jos tytäryhtiöt eivät onnistu puolustautumaan, KonkL 5:11 imee, laajasti sovellettuna, huomattavan määrän omaisuutta tytäryhtiöistä emoyhtiön konkurssipesään. Sen sijaan päinvastaista varallisuudensiirtoa eli siirtymistä emoyhtiö -> tytäryhtiö ei tapahdu, vaikka tytäryhtiö olisi konkurssissakin. Mikään KonkL 5:11:n kriteereistä ei nimittäin tällöin sovellu emoyhtiöön, vaikka tämä on muodollis-juridinen omistaja jollekin varallisuuserälle, joka "oikeastaan" kuuluisi tytäryhtiölle. Tytäryhtiöhän ei määrää omaisuudesta, se ei voi ryhtyä omin päin mihinkään toimiin omaisuuden suhteen eikä se saa hyötyä omaisuudesta. Emoyhtiön omaisuutta ei toisin sanoen voida KonkL 5:11:n perusteella palauttaa tytäryhtiön konkurssipesään. Todelliset konsernirakennelmat (joihin tämä tutkimus keskittyy) soveltuvat näin erinomaisen huonosti säännöksen soveltamiskohteiksi. Ja jos säännöstä väkisin sovelletaan punnintatekijät tietoisesti sivuuttaen, konsernin mukanaan tuomat todelliset tai kuvitellut vinoutumat oikeussuhteissa tuntuvan pelkästään pahe-nevan. Pykälän soveltamisesta väkisin kärsivät nimenomaan ne konsernille vieraat intressitahot eli tytäryhtiöiden velkojat ja vähemmistöosakkaat, joita on haluttu suojella. Onkin ilmeistä, että Konk 5:11:llä pystytään näin edistämään konserni-intressiä tai ainakin emoyhtiön erityistä yhtiöintressiä sellaisella tavalla, jota lainsäätäjä ei varmuudella tarkoittanut.

Se erityinen pidättyvyys säännöksen käytössä konsernisuhteissa, jota käytäntö näyttää osoittaneen, on tästä syystä ollut täysin paikallaan. Tällä ei tarkoiteta väittää, että konsernirakennetta ei koskaan käytettäisi hyväksi velkavastuun välttelyyn. Päinvastoin on yleisesti tunnettua, että konsernijohto voi hyvin pitkälle järjestellä konsernin velkavastuita. Järjestely tapahtuu keskittämällä konsernin varallisuus yhteen yhtiöön ja konsernin velat toiseen yhtiöön. Jälkimmäisen yhtiön annetaan tämän jälkeen ajautua konkurssiin (tapaus 3). Menettely on eettisesti moitittavaa mutta ei sinänsä keinotekois-

603. Takaisinsaannin ja keinotekoisien järjestelyn sivuuttamisen osin epäselvästä suhteesta ks. esim. Lindfors 2008 s. 322. Hänen mukaansa takaisinsaanti on viimesijainen keino, mihin kantaan on helppo yhtyä, jos hyväksytään lähtökohta, eli se, että keinotekoinen järjestely ei ole aidosti siirtänyt omaisuutta myöskään velallisen varallisuuspiiristä.

604. Rahoituksen merkityksestä keinotekoisuuden arvioinnissa ks. Lindfors 2008 s. 382.

ta eli todellisuutta vastaamatonta, jos konserniyhtiöt de facto toimivat eli harjoittavat todellista liiketoimintaa eivätkä siis ole pelkkiä paperiyhtiöitä. Tosin varojen keskittämiseen voidaan pitkien takaisinsaantiaikojen ansiosta puuttua takaisinsaannilla. Sen sijaan keinoja estää velkojen keskittäminen ei juuri ole, ellei sellaiseksi lueta velkojen varovaisuutta luotonannossa konserniyhtiölle. Tällaisen velkojan on, kuten kirjallisuudessa on oikein havaittu, yhtäältä muistettava ”yhtiörajat” luotonannossaan, toisaalta seurattava koko luottoajan sitä, ettei näitä yhtiörajoja muuteta tai hämärretä.⁶⁰⁵ Jatkuva seuranta ja huolenpito on tietenkin mahdollista vain suurille institutionaalisille velkojille. Pienet velkojat ja vastentahtoiset velkojat⁶⁰⁶ ovat varsin haavoittuvaisia niille omistuksen muutoksille, joita konsernirakenteissa tapahtuu.

KonkL 5:11 johtaa konsernisuhteissa toisinaan yllättäviin ja joskus suorastaan paradoksaalisiin tuloksiin. Säännös turvaa pelkästään velallisen konkurssivelkojen etua. Säännökseen turvautumalla voidaan lukea (tai palauttaa) muiden konserniyhtiöiden omaisuutta konkurssissa olevan konserniyhtiön konkurssipesään, jos tai kun pykälän soveltamisen edellytykset täyttyvät. Sen sijaan konkurssipesä ei voi menettää tällä perusteella juridis-muodollisesti omistamiaan varallisuuseriä toisille konserniyhtiöille. Yhtiö, joka ei ole konkurssissa, ei nimittäin voi vedota säännökseen. Säännös lisäksi suosii konkurssivelallista sitä pitemmälle, mitä laajemmaksi KonkL 5:11:n materiaalin vaikutus ulotetaan. Konkurssipesä menettää säännöksen tuoman ylimääräisen edun vasta, kun muutkin konserniyhtiöt asetetaan konkurssiin (tapaus 1). Tällöin myös niiden konkurssihallinnot voivat tukeutua säännökseen ja vedota siihen, että ensimmäisen yhtiön juridis-muodollinen omistus olikin lumetta ja että varallisuuserä on palautettava niiden konkurssipesiin. Kannattaa huomata, että KonkL 5:11:n sanamuoto ei anna merkitystä sille, onko ’menettävä’ eli keinotekoinen omistajataho konkurssissa vai ei, kunhan vain omaisuutta ’saava’ tahon on konkurssissa. Tämä onkin loogista. Keinotekoisuuden kriteerit eivät periaatteessa muutu, vaikka ’menettävä’ omistajataho asetetaankin konkurssiin. Kiista vain muuttuu konkurssipesien väliseksi.

Näin KonkL 5:11:n sisältämä rakenteellinen epävarmuustekijä paljastuu. Varallisuuden jakautuminen konserniyhtiöiden kesken riippuu siitä, mitkä konsernin yhtiöt ylipäättään päätyvät konkurssiin ja missä järjestyksessä se tapahtuu. Kun pykälää sovelletaan, pykälä vetää varallisuutta niistä konserniyhtiöistä, jotka eivät ole konkurssissa, niihin konserniyhtiöihin, jotka ovat

605. Ks. edellä jakso 2.3.

606. Vastentahtoisiksi kutsutaan niitä velkojia, jotka joutuvat tähän asemaan ilman tietoista luotonantoa. Tyypillinen vastentahtoinen velkoja on julkinen valta veronsaajana.

konkurssissa. Pykälä luo näin kannustimen ajaa konkurssimenettelyyn nekin konsernin yhtiöt, jotka sinänsä olisivat kannattavia. Riskiä toki voidaan vähätellä viittaamalla siihen, että näinhän käy myös takaisinsaannin ollessa kyseessä. Eroksi kuitenkin jää, että kun takaisinsaanti periaatteessa palauttaa alkutilan, keinotekoisien järjestelyn sivuuttaminen voi tuottaa tilan, jota ei ole koskaan vallinnutkaan. Lisäksi on myönnettävä, että KonkL 5:11 tuoma epävarmuuden riski luotonannolle ei ole kovin reaalinen. Velkojat eivät yleensä ota päätöksenteossaan huomioon näin vähäisiä riskejä. Pykäläähän nähtävästi sovelletaan harvoin. Näistä selityksistä huolimatta pykälän tavoitteenasettelu on ilmeisessä ristiriidassa modernin insolvenssioikeuden yleisten tavoitteiden kanssa.

6.2.3 SIVUUTTAMISEN TOTEUTTAMINEN JA SIVUUTETTAVAN OIKEUDENHALTIJAN SUOJANTARVE

Konkl 5:11:n ongelmat eivät lopu sen tulkinnalliseen epäselvyyteen ja sattumanvaraiseen lopputulokseen. Pykälä ei esimerkiksi lainkaan kerro, miten järjestely määritellään keinotekoiseksi ja näin sivuutettavaksi tai millä keinoin intressitahojen oikeusturvasta huolehditaan. Onhan selvää, että järjestelyn sivuuttamisen seurauksena joku hyötyy, joku kärsii. KonkL 5:11:n kohdalla oikeussuojan varmistaminen on erityisen tärkeää, koska ulosotossa käytetty ensikäden suojamekanismi, todennäköiseksi tehty sivullisen todellinen oikeus, nyt puuttuu.⁶⁰⁷ Konkurssilain säätäjää ei voi vakavasti moittia heikosta harkinnasta, koska pykälän ideologisen esikuvan samastuksenkin toteutus on jäänyt niukalle huomiolle. Pääsyynä niukkaan huomioon lieenee tieteellinen työnjako: kaikkinaisten menettelykysymysten miettimisen on perinteisesti katsottu kuuluvan prosessioikeuden tutkimuksen tehtäviin. Joskus puhutaankin "samastumisesta" vastakohtana aktiiviseen päätöksentekoon viittaavasta "samastamisesta", mikä on tulkittavissa merkiksi tällaisesta ajattelusta.⁶⁰⁸ Samastaminen edellyttää aktiivista päätöksentekoa, samastuminen taas tapahtuu itsestään.

Tässä suhteessa ulosoton vastaavan säännöksen ja konkurssilain säännöksen välinen kuilu viimeistään paljastuu. Jos lainvalmistelua moititaan,

607. Ohimennen todettakoon, että huoli oikeusturvasta tuotiin esiin heti ensimmäisten kiertämissäännösten yhteydessä. "Ulosoton kiertämissäännöksen yleisyys edellyttää sitä, että säännöstä käytettäessä huolehditaan eri intressitahojen oikeusturvan toteutumisesta." Ks. Pöyhönen 2001 s. 320.

608. Villa 1997 s. 374.

voidaan väittää, että konkurssilakia säädettäessä ei otettu riittävästi huomioon sitä, miten perustavasti säännöksen toimintaympäristö muuttuisi, vaikka sen kielellinen asu pysyi suurin piirtein samana. Suora reseptio on nähtävästi sekä houkutellut että vaikuttanut ongelmattomalta, koska kysymyksessä ovat lakisääteiset insolvenssimenettelyt. Sitä paitsi ulosoton vastavasta säännöksestä oli - ainakin jos ajateltiin täytäntöönpanon tehokkuutta - saatu konkurssilakia valmisteltaessa jo hyviä kokemuksia. Peruserot menettelyjen välillä ovat kuitenkin suuret. Ulosotossa ulosottomies on valtiollinen lainkäyttäjä. Hänellä on valta tiettyjen presumptiivisten asiantilojen vallitessa tehdä ensimmäinen samastuspäätös; UK 4:14:n adressaatiksi onkin nostettu ulosottomies. Myöntävä päätös asettaa muodollis-juridiselle omistajalle tosiasiallisen toimimisvelvoitteen, koska päätöksellä on preklusiivisia vaikutuksia.

Muodollinen, syrjäytetyksi tullut omistaja hakee oikeussuojaa aluksi ulosoton muutoksenhakujärjestelmän kautta. Sieltä kysymys samastuksen edellytyksistä yleensä ohjautuu täytäntöönpanoriitaan eli täysimittaiseen oikeudenkäyntiin. Sitä, kuinka usein näin de facto tapahtuu, emme tiedä. On syytä kuitenkin olettaa, että melkoinen joukko muodollis-juridisia omistajia tyytyy joko ulosottomiehen päätökseen tai ulosoton muutoksenhakujärjestelmässä annettuun päätökseen. Ja kääntäen: vain pieni osa samastuksista etenee oikeudenkäyntiin ja päättyy siellä muodollis-juridisen omistajan voittoon. Ohimennen todettakoon, että juuri näistä syistä - karsintavaikutus ja aloitepakko - UK 4:14 edeltäjineen on ollut erinomaisen tehokas todellisten ja kuviteltujen keinotekoisien järjestelyjen purkamisessa. Säännös on itse asiassa niin tehokas, että sen täytyy purkaa sellaisiakin järjestelyjä, joissa ei ole mitään keinotekoisuutta.

Konkurssissa kaikki on toisin. Pesänhoitaja on yksityinen toimija, jolla ei voi olla valtaa päättää omistussuhteista. Tästä syystä minkäänlaista muutoksenhakua pesänhoitajan päätöksiin ei ole laissa järjestetty. Velkojienkin päätökset ovat riitautettavissa vain muodollisin perustein. Näin konkurssissa keinotekoinen järjestely on sivuutettavissa vain tuomioistuimen päätöksen tuella. Konkl 5:11:n adressaatiksi jää selvästikin tuomioistuin. Kuten edellä havaittiin, kantajaksi joutuu säännönmukaisesti konkurssipesä, joka vaatii järjestelyn sivuuttamista.⁶⁰⁹ Todistustaakka Konkl 5:11:n edellytysten täyttymisestä on konkurssipesällä, joskin toisen momentin punnintasäännöt sitä hieman keventävät käytännössä. Sääntöjen osoittamilla asiantiloilla eli

609. Ks. edellä jakso 6.2.1.

punnintatekijöillä on oletettavasti jonkinlainen presumptiivinen vaikutus. Tällä tarkoitetaan sitä, että kyseisten seikkojen esiintuominen pakottaa vastaajan tietynlaiseen puolustautumiseen. Kuten edellä todettiin, keskeinen punnintasääntö 1 ei kuitenkaan mainittavasti tässä suhteessa auta.⁶¹⁰ Seurauksena on, että KonkL 5:11 on tuomittu jäämään tehottomammaksi kuin sen esikuva UK 4:14.

Toinenkin asianosaiskonstellaatio on mahdollinen ja nähtävästi tavalinen. Siinä sivullinen eli - muodollis-juridinen omistaja - vaatii konkurssipesää luovuttamaan itselleen kuuluvan varallisuuserän, jota konkurssipesä pitää hallussaan. Jos vaatimus esitetään kanteena, konkurssipesä tekee väitteen omistussuhteen keinotekoisuudesta ja vaatii järjestelyn sivuuttamista. Selvää lienee, että konkurssipesällä on oikeus tällaisen väitteen - väite on tyyppilinen oikeusväite - esittämiseen.⁶¹¹ Tosin siitä ei, toisin kuin takaisin-saannin kohdalla (TakSL 23.2 §), ole nimenomaista säännöstä. Säännös ei kuitenkaan ole välttämätön, ja takaisinsaantilakiin se lisättiinkin vain selvyyden vuoksi. Samasta syystä todistustaakkaan ei vaikuta, vedotaanko järjestelyn keinotekoisuuteen kanteella vai väitteellä. Kummassakin tapauksessa konkurssipesä on näyttövelvollinen. Myöskään punnintatekijöiden tuoma tuki päätöksenteolle ei lisäännä, vaikka konkurssipesä pääseekin tällä kertaa edullisempaan vastaajan asemaan. Kannattaa huomata, että kummassakin konstellaatiossa yksi intressitaho eli muodollis-juridisen omistajan velkojat jäävät totaalisen ulkopuolisiiksi. Heitä ei edes kuulla, vaikka järjestelyn sivuuttaminen heikentää ainakin teoriassa merkittävästi heidän mahdollisuuksiinsa saada maksu. Laihan lohdutuksen antaa mahdollisuus ryhtyä sivuväliintulijoiksi, jolloin heidän luontaisena roolinaan on muodollis-juridisen omistajan tukeminen oikeudenkäynnissä.

Yhdessä mielessä KonkL 5:11:n vaatima ratkaisu on tuomioistuimelle helppo. Se ottaa kantaa vain järjestelyn keinotekoisuuteen, kun taas tällaisen

610. Vastaja voi puolustautua ensiksikin väittämällä, että kantaja ei pysty osoittamaan punnintasäännön tarkoittaman seikan olemassaoloa. Esikysymyksenä voidaan joutua ottamaan kantaa siihen, miten säännöstä punnittavasta tosiseikasta tulkitaan. Jos ja kun punnintasäännöt katsotaan oikein tulkituiksi ja niiden tosiseikat näytetyiksi, vastaajalla on vielä yksi vaihtoehto. Hän voi nimittäin väittää, että kokonaisharkinnassa lueteltujen punnintasääntöjen merkitys katoaa - eikä järjestely olekaan keinotekoinen.

611. Konkurssirealisoinnin uhka yleensä pakottaa sivullisomistajan tässä tilanteessa reagoimaan. Jos hän ei kuitenkaan sitä tee, kiista järjestelyn keinotekoisuudesta jää avoimeksi ja aktualisoituu aikanaan riitana omistajan ja konkurssipakkomyyntin ostajan välillä. Tällöin oman ongelmansa muodostaa se, onko myös ostajalla oikeus vedota siihen, että muodollis-juridisen omistajan oikeus perustui keinotekoiseen järjestelyyn ja että konkurssipesällä oli oikeus KonkL 5:11:n perusteella myydä omaisuus. Tämä esineoikeudellinen erityiskysymys kuitenkin ohitetaan.

järjestelyn sivuuttamisen oikeusvaikutukset jäävät eri oikeudenkäynneissä määrättäviksi. Oikeudenkäynti voi olla sinänsä konkurssipesälle kannattava, sillä oikeudenkäyntikulut jäävät alle saavutetun hyödyn. Jos huomioon kuitenkin otetaan seurannaisoikeudenkäynnit, kuva kääntyy. Sivuuttamiskanne johtaakin herkästi niin sanottuun negatiivisen arvon oikeudenkäyntiin, jossa oikeudenkäynnin kokonaiskustannukset ylittävät mahdollisen hyödyn.⁶¹² Teoriassa oikeusvaikutuksiinkin voidaan antaa ratkaisu yhdessä ja samassa oikeudenkäynnissä, koska niitä koskevat vaatimukset ovat esitettävissä seurannaiskanteina (OK 18:5.2). Esimerkiksi muodollis-juridisen omistajan velkojat voivat tällä tavoin saada vahvistuksen sille, että heilläkin on oikeus saada omaisuudesta maksu, vaikka sen katsotaankin kuuluvan konkurssipesään. Kanne voi olla paikallaan siitäkin syystä, että se saa tuomioistuimen vakavissaan ottamaan huomioon sivuuttamisen seuraukset. Varsinkin tässä tilanteessa on suositeltavaa, että alkuperäinen kannevaatimus - eli vaatimus keinoitekoisen järjestelyn sivuuttamisesta - ratkaistaan ensikin välituomiolla, mikä lieenee mahdollista.⁶¹³ Seurannaisvaatimukset kannattaa myös ottaa erillisen valmistelun kohteeksi, koska niiden asiallinen yhteys itse oikeudenkäyntiin on melko kaukainen.

6.3 VELKASUHTEIDEN UUELLEENJÄRJESTELY

6.3.1 KONKL 5:11 JA VASTUUN SAMASTUS

Voidaan väittää, että KonKL 5:11, tulkittiin sitä miten tahansa, oikaisee vain osan konserniyhteyden tuomista vinoutumista oikeussuhteissa. Pykälä nimittäin koskee sanamuotonsa mukaan vain omistussuhteiden uudelleen järjestelyä: konkurssipesään kuuluu, tietyin edellytyksin, myös sivullisen omaisuus. Pykälän soveltamisala on näin ollen paljon suppeampi kuin takaisinsaantilain, joka sallii kaikenlaisten järjestelyjen peräyttämisen (TakSL 1 §). On myönnettävä, että KonKL 5:11 perustelut eivät kerro, kuinka kirjaimelli-

612. Nämä negative-expected-value -oikeudenkäynnit (eli NEV -kanteet) ovat ongelma sekä oikeuspolitiikassa että prosessilain tulkinnassa. Ks. Bechuk-Klement 2012 s. 341. Kannattaa muistaa, että NEV -kanteet voivat hyvinkin olla yhteiskunnallisesti (social) perusteltuja, toisin sanoen ne ohjaavat vastaista käyttäytymistä tai tukevat oikeuskehitystä. Tunnettua on, että oikeudenkäynnissä taloudellinen ja yhteiskunnallinen merkitys useimmiten eroavat. Ks. Miceli 2012 s. 472. Kiintoisaa kylläkin on todettu, että oikeudenkäynnissä tehtävät sovinnot vievät oikeudenkäynniltä sen yhteiskunnallista arvoa, mikä on jäänyt ADR -tutkimuksessa huomattavan vähäiselle huomiolle.

613. Lappalainen 2001 s. 375.

sesti sanamuoto on tarkoitettu otettavaksi. Kun pykälä on kuitenkin sijoitettu "Konkurssipesään kuuluvaa omaisuutta" koskevaan lukuun, on lähdettävä siitä, että pykälää tulkitaan tältä osin sen sanamuodon mukaisesti. Kantaa tukee myös säännöksen poikkeuksellinen luonne. Näin ollen KonkL 5:11:ää saa todellakin soveltaa vain omistussuhteissa. Se toimii kirjoittamattomaan periaatteeseen tukeutuvan samastuksen korvikkeena, toisin sanoen muuttaa samastuspohdiskelun keinotekoisuuspohdiskeluksi. Se, helpottuuko tai tehostuuko oikeussuhteiden oikaiseminen, jää nähtäväksi. Tässä vaiheessa näyttää vahvasti siltä, että tulokset ovat vielä epämääräisempiä, tapauskohtaisempia ja vaikeammin ennustettavia kuin mihin perinteinen samastaminen veisi.

KonkL 5:11:n säännös tuo mukanaan myös uuden lähinnä periaatteellisen ongelman. Useimmat keinotekoisien järjestelyn sivuuttamisen edellytykset ovat samoja kuin samastuksen edellytykset: kaikilta osin ne eivät vastaa toisiaan. Tästä syystä on pakko kysyä, onko vanha samastusoppi edelleen voimassa KonkL 5:11:n rinnakkaissäännöstönä. Vastaus voi tuskin olla muuta kuin myöntävä: konkurssilain säännöksellähän ei ole kumottu mitään, se on tullut järjestelmään lisäyksenä. Tosin tutkimuksen kehrittelemät samastusopit eivät paljoakaan auta päättämään, milloin omistuksen samastus KonkL 5:11:n soveltamisalan ulkopuolella olisi paikallaan. Asia erikseen on, että nimemomaisen säännöksen olemassaolo luultavasti vaikuttaa psykologisesti samastukseen turvautumiseen. Tuomioistuimet ovat entistäkin vastahakoisempia soveltamaan tutkimuksen kehrittelemiä ja lakiin perustumattomia samastusoppeja, joissa ei - se myönnettäköön - ole juuri otettu huomioon lainkäytön praktisia vaatimuksia. Näin KonkL 5:11 jossain mielessä on tai voi olla loppu perinteiselle samastusopille, ainakin kun on kysymys sen konkurssisovelluksista.

Jos tai kun KonkL 5:11 rajoitetaan omistussuhteisiin, esille nousee kysymys siitä, miten ja millä perusteella voidaan puuttua konsernin velkasuhteisiin. Terve järki ja tasapuolisuus kun vaatii, että myös niiden vinoutumat - keinotekoiset velkasuhdejärjestelyt - tulisi olla sivuutettavissa. Tuntuu kohtuuttomalta, että omistussuhteisiin pystytään puuttumaan kovalla kädellä, kun taas velkasuhteet, olivat ne miten keinotekoisia tahansa, ovat turvassa puuttumiselta.⁶¹⁴ Suoraviivaisin ratkaisu olisi soveltaa KonkL 5:11:ää analogisesti myös velkasuhteisiin. Kovin toimivalta tämä vaihtoehto ei vaikuta. Jotkut säännöksen elementit ovat kieltämättä siirrettävissä myös velkasuhdeympäristöön:

614. Toki on muistettava, että takaisinsaanti-instituutio on käytettävissä. Kuten edellä todettiin, se muodostaa vasta viimeisen puolustuslinjan velkoihin kohdistuvia väärinkäytöksiä vastaan.

voidaan puhua esimerkiksi luottojärjestelyjen todellisesta sisällöstä ja tarkoituksesta. Samoin muutamien punnintatekijät sopivat, esimerkiksi omistajan määräämisvaltaan rinnastettavissa oleva velkojan määräämisvalta. Velkojahan on käsitteellisestikin saatavan "omistaja". Tästä huolimatta KonkL 5:11 on laadittu niin erilaista tilannetta varten, ettei se tarjoa pohjaa luotettaville sovellutuksille velkasuhteissa. Kuten edellä havaittiin, tämä ennakkoehto ei kunnolla täyty pykälän varsinaisella soveltamisalallaan.

Ennen kuin velkasuhteiden uudelleenjärjestelyä ryhdytään kunnolla käsittelemään, on erotettava kaksi kysymyskokonaisuutta, konsernin sisäiset ja ulkoiset velkasuhteet. Ensimmäisillä tarkoitetaan konserniyhtiöiden välisiä saatavia ja velkoja. Perusongelma kuuluu, kunnioitetaanko velkasuhteita (eli niihin sovelletaan tavanomaisia sääntöjä, jolloin konserniyhtiöt joutuvat todella tekemään nämä suoritukset) vai mitäöityvätkö ne jollain tavalla konkurssin seurauksena. Ulkoisissa velkasuhteissa taas kysymys on jonkun konserniyhtiön ja ulkopuolisen velkojan suhteesta. Tällöin erimielisyyttä ei synny siitä, kunnioitetaanko velkasuhdetta - se on itsestään selvää. Sen sijaan ratkaistavaksi jää, oikaistaanko ulkoinen velkasuhde todellisuutta (mikä se lieneekin) vastaavaksi. Kuten edellä todettiin, ulkoiisiin velkasuhteisiin ratkaisuksi on perinteisesti tarjottu suoraa vastuun samastusta, jolla velkasuhteelle saadaan haetuksi oikea velallinen. Tosin muitakin konstruktoita on, ja niihin palataan jäljempänä. Konsernin sisäisiin velkasuhteisiin puolestaan on halettu puuttua niin sanotun epäsuoran vastuun samastuksen kautta. Yleisesti voidaan todeta, että kumpikaan samastuksen muoto ei tarjoa kokonaisratkaisua konsernin velkasuhteiden ongelmaan. Lähellä on tässäkin ajatus, että lääke saattaa olla pahempi kuin tauti. Sitä paitsi konsernin vinoutuneet velkasuhteet eivät tunnu muodostavan sellaista ongelmaa, että siihen tarvittaisiin samastuksen kaltaisia järeitä ja samalla sattumanvaraisia keinoja. Ehkä olisi oikeuspoliittisesti järkevää jättää ne velkasuhteita koskevien yleisten säännösten varaan? Näinhän suomalainen lainsäätäjä on, muutamaa poikkeusta lukuun ottamatta, tehnytkin.

Vielä yksi havainto kannattaa panna merkille. Keskustelu samastuksesta kärsii siitä, että yhtiöiden samastuksesta puhutaan samassa yhteydessä kuin osakkaan ja yhtiön samastuksesta.⁶¹⁵ Osaksi kysymys on kylläkin samasta asiasta: pääsääntöisestihän emoyhtiö on tytäryhtiön osakas, enimmäkseen ainoakin. On myös tunnustettava, että osakeyhtiölain määräys siitä, että osakkaat eivät ole henkilökohtaisessa vastuussa yhtiön veloista, koskee

615. Tutkimuksessa eri samastustilanteet on tietenkin erotettu. Ks. esim. Huttunen 1963 s. 171. Uudemmassa tutkimuksesta ks. Villa 1997 s. 374.

myös konsernin emo- ja tytäryhtiöitä.⁶¹⁶ Tällä perusteella on mahdollista ajatella, että suora vastuun samastus loukkaa kapitalismin peruspilaria, mahdollisuutta henkilökohtaisen vastuun rajoittamiseen. Tilanteilla on kuitenkin eronsa. Konsernissa suora vastuun samastus pelkästään yhdistää kaksi rajoitetun vastuun piiriä. Vaikka emoyhtiö joutuu vastuuseen tytäryhtiön veloista, emoyhtiön osakkeenomistajat eivät joudu. Edes tytäryhtiön muut osakkaanomistajat eli niin sanotut vähemmistöosakkaat, jos heitä ylipääntään tapauksessa on, eivät henkilökohtaisesti kärsi vastuun samastuksesta. Pahimmassakin tapauksessa he menettävät, emoyhtiön osakkeenomistajien tapaan, vain osakesijoituksensa.

6.3.2 SUORA VASTUUN SAMASTUS NYT JA TULEVAISUUDESSA

Jos ajatellaan suoraa vastuun samastusta, tuen hakemiseen KonkL 5:11:n analogiaan ei ole mainittavaa tarveakaan. Jos tällaista samastamista ylipääntään halutaan, käytettävissä ovat tutkimuksen tätä tarkoitusta varten kehittämät säännöt. Ja mikä parasta, nämä säännöt on kehitetty nimenomaan emoyhtiön vastuun ulottamiseksi tytäryhtiön velkoihin.⁶¹⁷ Vaikka yksityiskohdista ollaan eri mieltä, kannanotoilla on yhteinen perusta.⁶¹⁸ Kaksi velallistahoa samastetaan, jos emoyhtiön tarkoituksena on ollut, mikä jää pääteltäväksi olosuhteista, käyttää tytäryhtiötä kilpenä velkavastuun toteutusta vastaan. Ilmiötä kuvaava nimitys ”oikeushenkilökeinottelu” kertoo lukijalle, mistä on kysymys. Sen valossa, mitä tiedämme emoyhtiön vallasta ja tavasta määrätä tytäryhtiön tekemisistä, tällainen samastaminen tuntuu erinomainen oikeudenmukaiselta. Samastamiseen voidaan käyttää joitakin indiisioita kuten onko tytäryhtiö määrätty ottamaan varoihinsa nähden suhteettomia riskejä, onko se vedetty tarpeettomasti mukaan sopimusjärjestelyihin ja miten sen maksuvaikeuksiin on suhtauduttu konsernihallinnossa.

Kaksi vahvaa samastusindiisiota nousee miettimättä esiin. Mitä intensiivisemmin emoyhtiö on de facto ohjannut tytäryhtiön liiketoimintaa, sitä lähempänä samastus on (indiisio 1). Tämä indiisio muistuttaa melkoisesti yhtä KonkL 5:11.2:n punnintatekijää eli ”määräämisvaltaa edellyttäviä toimia”. Samoin se seikka, että konserni ei ole lainkaan tukenut tytäryhtiötä sen

616. Villa 1997 s. 375.

617. Ks. edellä jakso 3.4.1.

618. Toki voidaan sanoa, että tutkimuksen kehittelemät samastamisperusteet eivät kokonaisuutena tarjoa sellaista ”eheää ja vakuuttavaa teoreettista perustaa”, jolle lakisääteiset samastuskannanotot voitaisiin perustaa. Ks. Lindfors 2008 s. 317. Kysymys on pikemmin eräänlaisesta perheyhtäläisyydestä.

joutuessa kriisiin, puhuu samastuksen puolesta (indiisio 2).⁶¹⁹ Samastamisen paikka on siis etenkin, kun vahvasti ohjattu tytäryhtiö ajautuu konkurssiin, konsernijohto ei yrittääkään sitä taloudellisesti auttaa ja emoyhtiö itse jatkaa edelleen entiseen tyyliin toimintaansa. Samastusta vastaan taas puhuu se, että tytäryhtiö on saanut toimia itsenäisesti ja konserni on kykynsä mukaan koettanut sitä taloudellisesti tukea esimerkiksi konserniavustuksin ja edullisin konserniluotoin. Nämä vastasyt ovat itse asiassa indiisioiden kääntöpuolia. Ohimennen todettakoon, että näiden seikkojen indiisiluonne on sekin epäselvä. Niitä voidaan yhtä hyvin pitää tuomioistuimen harkintaa ohjaavina punnintatekijöinä. Kun toisaalta punnintatekijöilläkin on jonkinlainen todistelua ohjaava eli presumptiivinen ominaisuus, kielenkäytön epätarkkuus tuskin haittaa.

Myös se, että emoyhtiön pääomasijoitukset ja luotot tytäryhtiölle ovat hyvin vähäisiä, on osoitus tietoisesta velkavastuun patoamisesta tytäryhtiöön. Mitä vähäisemmät emoyhtiön menetykset tytäryhtiön konkurssissa ovat, sitä tarkoituksellisemmalta toiminta näyttää (indiisio 3). Viimeiseksi voidaan nostaa kirjallisuudessakin esillä ollut seikka eli se, että tytäryhtiö on pakotettu toimimaan emoyhtiön intressissä (indiisio 4). Koherenssia hakeva löytää näillekin vastineen KonKL 5:11:n keinotekoisuusarvion punnintatekijöistä. Yksi punnintatekijöistähän oli, kenelle järjestelyn tuomat edut päättyvät. Sen sijaan indiisio 3 on jo ratkaisukyvyltään kyseenalainen, sillä emoyhtiön vähäiset menetykset tytäryhtiön mahdollisessa konsernissa voivat olla seurausta yleisemmästä konsernistrategiasta. Strategia voi lähteä siitä, että tytäryhtiöt tulevat toimeen omillaan resursseillaan. Vielä heikommaksi jää indiisio 4. Konsernin ideanhan kuuluu, että tytäryhtiö toimii emoyhtiön hyväksi. Kuten edellä todettiin, yleisemminkin sellainen pohdiskelu, toimiiko joku konsernin liiketoimintayksikkö omassa intressissä vai toisen intressissä, on hedelmätöntä. Vastuun samastamisen sitominen yhtiömuodon väärinkäyttämiseen enintään justifioi lopputuloksen, johon on päädytty muilla perusteilla. Myönteinen päätös samastamisesta on tällöin merkki siitä, että yhtiömuotoa kyseisessä yksittäistapauksessa käytettiin väärin vastuun patoamiseen esimerkiksi tiettyyn tytäryhtiöön.

Vastuun samastuksessa näkyy sama materiaalistien sääntöjen kehittäjän ja praktisen lainsoveltajan odotusten ero, mikä havaittiin KonKL 5:11:n

619. Tämän indiision ongelmanratkaisukyky kärsii siitä, että siihen vetoaminen edellyttää koko konsernin taloudellisen aseman selvittämistä. Se, että konserni ei tue kriisiyhtiötään, voi nimittäin johtua siitä, että konserni on itsekin kriisissä eikä voi tukea taloudellisesti jäseniään, vaikka halua siihen olisikin.

kohdalla.⁶²⁰ Sääntöjen kehittäjä katsoo onnistuneensa, kun vastuun samastukselle on löydetty aineellisesti hyväksyttävät ja kohtuullisen ennustettavan tuloksen takaavat edellytykset. Praktiselle lainsoveltajalle - esimerkiksi samastuskanteen nostamista harkitsevalle - tämä ei riitä. Häntä kiinnostaa ennen kaikkea se, millaisessa menettelyssä samastuminen vahvistetaan ja miten hänen on, halutun lopputuloksen saavuttamiseksi, toimittava. Mitä tulee vastuun samastuksen toteutukseen, useimmat tilanteet sopeutuvat vaikeuksista konkurssilain yleiseen velkaselvittelyyn.⁶²¹ Tämä ei johdu siitä, että vastuun samastus olisi lakia säädettäessä jotenkin otettu huomioon. Näin ei ole tapahtunut, vaan kysymys on eräänlaisesta sattumasta: velkaselvittely vain sattuu kelpaamaan tähänkin tarkoitukseen.

Siitä, missä määrin tukeutuminen konkurssin yleiseen velkaselvittelyyn helpottaa vastuun samastumista, voidaan väitellä. On kuitenkin syytä uskoa ensiksikin, että velkaselvittelyllä on myöhempiä oikeudenkäyntejä kasvava vaikutus. Osa (emme tiedä, kuinka suuri osa) vastuun samastuksista saa ratkaisunsa suuntaan tai toiseen jo velkaselvittelyssä tai siihen liittyvässä muutoksenhaussa. Kaikki samastustapaukset eivät toisin sanoen etene siihen täysimittaiseen oikeudenkäyntiin, mikä vasta antaisi lopullisen vastauksen samastuksen ongelmaan. Toiseksi pesänhoitaja pystyy aloitteellaan jossain määrin ohjaamaan sitä, millaiseksi vastainen asianosaisasetelma muotoutuu. Hän pystyy ainakin joissain tilanteissa pakottamaan samastusta vaativan velkojan kantaja-asemaan. Vastaaja-asema taas on taktisesti edullisempi oikeustilan epäselvyyden vuoksi. Kolmanneksi velkaselvittely lisäksi tuottaa myöhempiä oikeudenkäyntiä ajatellen tietoa samastuksen edellytyksistä. Velkaselvittely muodostaa näin oikeudenkäyntiä ajatellen tavallaan sen valmistelun valmistelun.

Vastuun samastus muodostaa omistuksen samastukseen verrattuna eräänlaisen ääripään. Kun omistuksen samastuksen edellytyksistä on laintasoinen säännös mutta ei säännöksiä sen toteuttamisesta, vastuun samastuksessa asia on päinvastoin. Kirjoitettua lakia vastuun samastuksen edellytyksistä ei ole, mutta - paradoksaalisesti - menettely, jolla se pystytään kustannustehokkaasti toteuttamaan, on valmiiksi olemassa. Oma asiansa on, missä määrin kirjoitetun lain säännökset tai niiden puuttuminen vaikuttaa intressitahojen halukkuuteen vedota samastukseen. Tutkimusta leimaa

620. Omistussuhteiden samastuksessa lainsäätäjää voidaan verrattava tutkijaan. Myös KonKL 5:11 määrää samastuksen aineelliset edellytykset mutta jättää avoimeksi sen, miten samastus toteutetaan.

621. Ks. edellä jakso 3.3., 4.2.2. ja 6.3.1.

melkoinen skeptisismi. Yhtäältä myönnetään, että vastuun samastamiseen ei vaadita nimenomaista kirjoitetun lain säännöstä.⁶²² Toisaalta kuitenkin arvellaan, että suomalaiset tuomioistuimet eivät tule poikkeamaan rajoitetun vastuun lähtökohdasta ”jonkin lakiin perustumattoman yleisen oikeusperiaatteen nojalla.”⁶²³ Vastuun samastuksen tyyppitapauksessahan (emoyhtiö vastaa tytäryhtiön veloista) on juuri kysymys rajoitetun vastuun murtamisesta. Voi olla, että suoria samastuksia vältellään, ja asiallisesti samaa lopputulosta haetaan neutraaleimman tuntuista konstruktioista. Esimerkiksi: emoyhtiön ja tytäryhtiön velkojien välille konstruoidaan lojaalisuusvelvollisuuksia, jonka jälkeen katsotaan, että emoyhtiön toiminta on niitä rikkonut.⁶²⁴ Rikkomisesta seuraa korvausvastuu, josta aiheutunut vahinko voidaan määrällisesti asettaa samaksi kuin se velka, jotka yritettiin vastuun samastuksella siirtää emoyhtiönkin vastattavaksi.

Oma asiansa on, jääkö epäsuoralle vastuun samastukselle minkäänlaista tilaa. Tälle samastuksen muodolle on ominaista se, että velkoja ja velallinen samastetaan.⁶²⁵ Tällöin velkasuhde katoaa. Epäsuora samastus olisi oiva keino nollata konserniyhtiöiden keskinäiset saatavat ja velat. Samaan lopputulokseen on perinteisesti pyritty konkurssipesien yhdistämisellä, joka otetaan käsittelyyn seuraavassa luvussa. Ei ole kuitenkaan selvää, onko keskinäisten velkasuhteiden mitätöinti tavoitteena hyväksyttävä, jos lähtökohtana muutoin on erillisten oikeussubjektien teoria. Eri oikeussubjektit voivat, jos teoria on voimassa, tietenkin olla velkaa toiselleen. Vaikka tavoite hyväksyttäisiinkin, voidaan kysyä, onko sen toteuttaminen tällaisella erityisjärjestelyllä paikallaan. Omistussuhteethan jäävät ennalleen, ellei niidenkin konstruointiin uudelleen ryhdytä. Epäsuora vastuun samastaminen on lisäksi pakko sitoa tiukkoihin edellytyksiin. Konserniyhtiöissä ei esimerkiksi saa olla vähemmistöosakkaita, koska velkasuhteiden mitätöinti muuttaa heidän oikeuksiaan. Osa osakkaista hyötyy, osa häviää. Myös eri konserniyhtiöiden ulkopuolisten velkojien asemaan tulee muutoksia. Jossakin konserniyhtiössä he hyötyvät,

622. Mähönen-Villa 2006 s. 138.

623. Pönkä 2012 s. 29. Ratkaisussa KKO 2011:63 näkyvä samastuskielenkäytön välttely selittyy sillä epävarmuudella vastuun samastuksen mahdollisuudesta, mikä leimaa uusintakin kotimaista tutkimusta. Ks. Sandvik 2011 s. 854. ”Trots visst stöd i doktrinen har någon etablerad princip om ansvarsgenombrott inte ansetts gälla i finskt rätt. - - HD förefaller i endast en upublicerad dom från år 1989 ha tagit principiellt ställning till ansvarsgenombrott och där funnit att skäl för sådant inte förelåg.”

624. Lojaliteettivelvoite on perustettavissa muun muassa emoyhtiön osallistumiseen luottojärjestelyihin, esimerkiksi emoyhtiön konsernijohdon konkreettiseen paikallaoloon luottoneuvotteluissa. Niin sanotusta lojaliteettitopikasta ks. Karhu 2008 s.110.

625. Leppänen 1991 s. 311.

kun yhtiön suuret velat muille konserniyhtiöille katoavat. Jälkimmäisissä yhtiöissä taas velkojat kärsivät tappioita.

Ratkaisu KKO 1997:17 kuvastaa oivallisesti sekä tätä logiikkaa että kielteisistä suhtautumista samastuksen. Samastusvaatimusta ei tapauksessa hyväksytty, koska tytäryhtiöllä oli vähemmistöosakkaita. Kirjallisuudessa on tosin pohdittu sitä, missä määrin ratkaisu on linjanmuutosta, missä määrin taas lopputulos selittyy yksittäistapauksen olosuhteilla.⁶²⁶ Oli niin tai näin, tässä tutkimuksessa katsotaan, että epäsuora vastuun samastus edellyttää lain-tasoista säännöstä. Sitä ei voida perustaa ”lakiin perustumattomaan yleiseen oikeusperiaatteeseen” - etenkin kun on epäselvää, onko tällaista periaatetta edes olemassa.

6.3.3 SOPIMUSTEN SAMASTAMINEN

Oman ongelmansa muodostaa sopimussuhteiden eli sopimusten samastaminen. Tämä samastustyyppi muistuttaa suoraa vastuun samastusta siinä, että samalla puolella oikeussuhteessa olevat tahot samastetaan. Syntyvää asetelmaa ja samastuksen tarpeellisuutta on syytä kuvata esimerkillä: konsernille edullinen sopimus tehdään, syystä tai toisesta, tytäryhtiön nimissä. Vastapuolen suoritukset ohjataan samalla tytäryhtiölle. Emoyhtiö ottaa kuitenkin sisäisin järjestelyin huolehtiakseen niistä suorituksista, joita sopimus edellyttää tytäryhtiöltä. Emoyhtiö huolehtiikin tytäryhtiön suoritukset kunnialla loppuun mutta asetetaan sitten konkurssiin. Vastapuolen suoritus konsernille on vasta tulossa. Kohtuus tuntuu vaativan, että emoyhtiö katsottaisiin oikeaksi sopimuspuoleksi, jolle vastapuolen suoritukset kuuluvat. Yksi juridinen konstruktio, jolla tähän päästään, on emoyhtiön ja tytäryhtiön samastaminen. Vastuun samastuksesta tilanne poikkeaa lähinnä siinä, että tällä kertaa emoyhtiö hyötyy samastuksesta.

Kuten edellä todettiin, sopimuksen samastamisen kriteereinä pidetään vaihdannan reaalityrakennetta, regressikysymysten yksinkertaistamista ja maksukyvyttömyydestä aiheutuvan riskin tarkoituksenmukaista jakautumista.⁶²⁷ Ensimmäinen kriteeri täyttyy kiistatta esimerkitapauksessa, ainakin jos reaalityrakenne ymmärretään reaalityn asiantilan muodostamaksi todellisuudeksi. Reaalityrakenne olisi vaatinut emoyhtiön esiintymistä sopimuspuolena. Sillä, että käytetylle rakenteelle voi olla liiketaloudelliset syynsä (esimerkiksi verotuksen minimointi), ei muuta sitä tosiasiaa, että reaalityrakenne ja

626. Siltala 2008 s. 49.

627. Ks. edellä jakso 3.4.1..

annettu rakenne poikkeavat toisistaan. Tapauksessa myös regressikysymykset katoavat samastuksella. Emoyhtiöllä, joka tekee suorituksia toisen puolesta, on oikeus saada niistä korvaus perusteettomana etuna, oli siitä sovittu tai ei. Kun emoyhtiö tulkitaan sopimuspuoleksi ja se saa vastapuolen suoritukset, regressivastuuta ei tarvitse miettiä. Sen sijaan riskinjaon paremmuus jää arvoitukseksi. Samastus siirtää riskin tytäryhtiön maksukyvyttömyydestä pois emoyhtiöltä mutta täyttää aukon vastapuolen maksukyvyttömyyden tuomalla riskillä. Jos valitaan vastapuolen näkökulma, riskin jakautuminen todellisuutta vastaavasti vaikuttaa jo reilummalta. Se voi kohdistaa mahdolliset vaatimuksensa (tosin suoritukset on jo tehty) emoyhtiöön, mikä vastaa reaalityrakennetta. Emoyhtiö on myös teoriassa vakavaraaisempi kuin tytäryhtiö.

Sukua tälle logiikalle ovat ne näkemykset, joita on esitetty pantinantajan ja konkurssivelallisen samastamisesta, kun kysymys on pantin peräyttämisestä konkurssipesään (TakSL 14 §). Määräysvalta ja siitä seuraava taloudellinen omistus oikeuttavat sivuuttamaan yhtiöiden muodollisen erillisyyden.⁶²⁸ Sivullisen antama pantti on toisin sanoen katsottavissa velallisen itsensä antamaksi - ja näin peräytettävissä tämän konkurssipesään. Nämä näkemykset eivät ole, kuten edellä todettiin, voittaneet kannatusta oikeuskäytännössä, joka on pitänyt pantinsaaajan suojaamista tärkeämpänä arvona. Tosin pohjoismaisesta oikeuskäytännöstä on löydettävissä tapauksia, joissa tytäryhtiön antama pantti on katsottu emoyhtiön antamaksi.⁶²⁹ Niissä tytäryhtiö on kuitenkin nähtävästi ollut pöytälaatikkoyhtiö ilman omaa, itsenäistä liiketoimintaa. Lopputulos olisi ehkä ollut toinen, jos näin ei olisi ollut.

6.3.4 MAHDOLLISTA TULEVAISUUTTA: UNCITRAL -MALLILAIN LINJA

Säädettävässä laissa tarjoutuu muitakin vaihtoehtoja kuin käyttää aikaa ja rahaa konserniyhtiöiden varallisuuspiirien kartoittamiseen. Kartoittaminen kestää ja maksaa, tehtiin se sitten normaalisäännöin tai konsernin tuomia vinoutumia tavalla tai toisella oikaisten. Erityisesti kansainvälisessä insolvenssioikeudessa on, rajat ylittävistä konkurseista saatujen huonojen kokemusten pelottamina, haluttu luopua koko varallisuuspiirien kartoittamisesta. Kenties radikaalein ehdotus on UNCITRAL -mallilaki yritysyöryhman konkurssin varalta. Mallilain laatinut asiantuntijaryhmä ei kylläkään keksinyt itse

⁶²⁸ Leppänen 1991 s. 287.

⁶²⁹ Tammi-Salminen 2001 s. 300. Ks. edellä jakso 5.2.2. Jaksossa tätä panttisamastusta on pidetty poikkeamana periaatteesta, jonka mukaan samastus edellyttää laintasoista tukea.

ajatusta, vaan se haki siihen oppia kansallisista konkurssilaeista.⁶³⁰ Joissakin maissa toiselle konserniyhtiölle annettu luotto nimittäin muuttuu automaattisesti pääomasijoitukseksi, mikäli luoton saanut konserniyhtiö asetetaan konkurssiin. Luoton antanut konserniyhtiö saa näin maksun viimeisenä eli kun kaikki ulkopuoliset velkojat on tyydytetty. Mallilaissa tämä konsepti pelkästään siirretään rajat ylittävään maksukyvyttömyyteen. Mallilain lainsäätäjäoppaassa kuitenkin korostetaan, että se ei "suosittele" yhdenkään vaadettuyypin sijoittamista viimesijaiseksi, vaan kysymys jätetään tietoisesti kansallisen lainsäätäjän harkintaan. Outo varovaisuus selittyy sillä, että mallilaki ei selvästikään halua suoraan laista seuraavaa velkasuhteiden muuntumista pääomasijoitukseksi tai viimesijaiseksi velaksi. Muutokset velkasuhteissa on sen sijaan haluttu tehdä riippuvaiseksi yksittäistapauksellisesta harkinnasta eli käytännössä tuomioistuimen päätöksestä.⁶³¹ Siihen, mikä tuomioistuin tekee tällaisen päätöksen, ei oteta suoraa kantaa. Ilmeistä kuitenkin on, että päätös kuuluisi konkurssiasiaa käsittelevän tuomioistuimen toimivaltaan.

Mallilain laatijoiden oma mielipide ei kuitenkaan jää lukijalle epäselväksi. Mallilakiehdotus nimittäin suosittaa niin sanotun yhdistämismääräyksen omaksumista kansallisissa konkurssilaeissa. Muuta konkreettista vaihtoehtoa asiantuntijaryhmä ei tarjoakaan, joten kansalliselle lainsäätäjälle ei asiallisesti jää valinnanvaraa: lainsäätäjän on joko otettava mallilaki sellaisenaan tai luovuttava sen hyväksi käyttämisestä. Yhdistämismääräyksellä tarkoitetaan sitä, että tuomioistuin voi yksittäistapauksessa määrätä, että yhtiöryhmän erillisten yhtiöiden varallisuuspiirit sulautuvat konkurssimenettelyssä yhteen.⁶³² Avoimeksi kuitenkin jää, onko määräystä ajateltu pääsäännöksi vai poikkeukseksi. Suhteettomasti huomiota mallilakiehdotuksessa saa sen sijaan kysymys siitä, minkä maan tuomioistuimet ovat toimivaltaisia, mikä tässä tutkimuksessa sivuutetaan kokonaan. Kansallisissa konsernikonkurseissa toimivaltakysymys ei nouse niin ratkaisevaksi kuin rajat ylittävissä konkurseissa. Tästä syystä kansallisena konseptina yhdistämismääräys on lakiteknisesti varsin helppo toteutettava.

Sen sijaan määräyksen oikeusvaikutukset ja samalla sen merkitys saa mallilakiehdotuksessa varsin pääpiirteittäisen kuvauksen. Jos tuomioistuin päätyy antamaan yhdistämismääräyksen, määräys saa ensiksikin aikaan sen,

630. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a s. 43.

631. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a s. 48.

632. Yhdistämismääräys kytketään suoraan perusteorioihin: " - - - consolidation overturns the principle of the separate legal identity of each group member." Ks. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a s. 48.

että yritysryhmän sisäiset velat katoavat (suositus 224 (b). Määräyksellä päästään siis samaan kuin sillä epäsuoralla vastuun samastuksella, joka on saanut pohjoismaissa hieman kannatusta. Perustavanlaatuisesti eroksi kuitenkin jää, että yhdistämismääräyksen konseptissa kaikki keskinäiset velat - eli yritysryhmän sisäiset velkasuhteet - katoavat kerralla. Keskinäisten velkojen katoaminen ei toisin sanoen riipu yksittäisten toimijoiden aloitteellisuudesta eikä minkään velkasuhteen erityispiirteistä. Tämä on näkökulmasta riippuen joko vahvuus tai epäkohta. Yhdenvertaisuus toteutuu, mutta yksittäisessä, todellisessa velkasuhteessa velkasuhteen katoaminen saatetaan kokea vääryydeksi. Toiseksi määräys muuttaa ulkopuoliset, yksittäisiin yhtiöihin kohdistuvat velat yhdistettyyn varallisuusmassaan kohdistuviksi (224 (c). Tällä keinolla puolestaan päästään samaan kuin suoralla vastuun samastuksella. Samalla tällä oikeusvaikutuksella kompensoidaan sen mahdollinen menetytys, jonka jonkun yhtiön velkojat ehkä kärsivät keskinäisten velkasuhteiden kadotessa. Keskinäisten velkasuhteiden katoamisella ei lopulta ollutkaan merkitystä velkojan maksunsaantioikeudelle.⁶³³

Tästä kompensoinnin tarpeesta seuraa, että näiden kahden vaikutuksen on käytännössä esiinnyttävä yhdessä. Teoriassa ne tietenkin ovat erotettavissa toisistaan. Kun ajatellaan jälkimmäistä vaikutusta, yhdistämismääräys hävittää myös omistuksen eri varallisuuspiirit. Tässä suhteessa yhdistämismääräys muistuttaa sitä keinotekoisten järjestelyjen sivuuttamista, minkä Suomen konkurssilaki mahdollistaa. Aivan samaa asiaa se ei kuitenkaan palvele. Eroksi jää yhtäältä, että mallilain tarkoittama yhdistäminen ei ole sidoksissa järjestelyn keinotekoisuuteen, toisaalta taas yhdistämismääräys koskee kaikkia oikeussuhteita kun taas konkurssilain mukainen "samastus" on tehtävä varallisuuserä kerrallaan. Tuomioistuimen päätöksellä tapahtuva varallisuuspiirien yhdistäminen vie samalla tarpeen yritysryhmän sisäiseen takaisinsaantiin. Tällaiset vaatimukset muodostavat kokemusperäisesti valtaosan kaikista takaisinsaanneista. Sen sijaan yhdistämismääräys ei vähennä tarvetta ulkopuoliseen takaisinsaantiin. Ulkopuoliseen tahoon suunnattu takaisinsaantivaatimus johtaa kuitenkin menestyessään siihen, että varallisuuserä palautuu yhdistettyyn eli konsolidoituun konkurssipesään.

Ensimmäinen oikeusvaikutus eli sisäisten velkasuhteiden katoaminen on toteutettavissa riippumatta siitä, onko koko konserni konkurssissa vai

633. Tämä ei aivan tarkkaan ottaen pidä paikkaansa, koska kilpailu velkojen välillä kiristyy, kun varallisuuspiirit yhdistyvät. Velkasuhteiden muuntumista kärsivät ne velkojat, jotka olivat alkujaan yksittäisen yrityksen ainoita tai ainakin harvalukuisia velkoja ja nimenomaan tällä yrityksellä oli suuria saatavia muilta yritysryhmän yrityksiltä.

vain yksittäinen konserniyhtiö. Eri asia on, että tämä lähtöasetelma vaikuttaa muutoksen sisältöön. Jos osa konkurssiyhtiöistä jää konkurssin ulkopuolelle, yhtiöiden keskinäisten velkasuhteiden mitätöityminen on kohtuuton seuraus. Hyväksyttävää sen sijaan esimerkiksi on, että konkurssin välttäneen yhtiön saatavat konkurssiin päätyneiltä konserniyhtiöiltä muuttuvat viimesijaisiksi. Sen sijaan toinen oikeusvaikutus, ulkopuoliset velkojat saavat maksun kokonaisvarallisuudessa, on pakko rajoittaa niihin konsernin yhtiöihin, jotka ovat de facto asetetut konkurssiin. Kuten edellä havaittiin, tästä rajoituksesta syntyvä pulma lienee lähinnä periaatteellinen. Käytännössähän konkurssi on tavallisesti kaikkien konserniyhtiöiden lopullinen kohtalo, ja vain konkurssiin asettamisen ajankohdat vaihtelevat.

Säädettävää lakia ajatellen yhdistämismääräys -järjestely edellyttää kannanottoa kolmeen kysymysryhmään. Mallilakiehdotus jättää ne kaikki luonnoksen asteelle. Ensiksikin on ratkaistava, mitkä ovat yhdistämisen materiaaliset edellytykset. Edellytyksistä ehdotus toteaa pyöreästi vain sen, että yhdistäminen edellyttää tapauskohtaista harkintaa ja yhdistämisestä koituvien hyötyjen selvittämistä. Erikseen varotetaan, että yhdistämisvaatimuksiin ei saa suostua rutiininomaisesti, koska tällainen politiikka tuhoaisi "konsernirakenteen joustavuudesta" saatavat hyödyt. Mallilaki siirtää näin pallon kansalliselle lainsäätäjälle. Luonteva lakisystemaattinen ratkaisu olisi tietenkin perustaa yhdistäminen niille säännöille, joita on kehitetty vastuun samastuksen varalta. Toinen kysymys on hivenen helpompi: millaisessa menettelyssä yhdistämisestä on päätettävä? Vaatimukset ovat ristiriidassa. Päätöksenteon on oltava yhtäältä nopea, ettei se viivytä konkurssipesän selvitystä. Toisaalta yhdistämisvaatimuksen käsittelyssä on huolehdittava intressitahojen oikeussuojasta. Oikeussuojalla taas on linkki yhdistämisen oikeusvaikutuksiin. Mitä laajempia oikeusvaikutuksia yhdistämiseen kytketään, sitä perusteellisempaa käsittelyä on vaadittava. Kolmanteen osakysymykseen pystytään jo antamaan suoralta kädeltä vastaus: millaisen aseman sisäiset velat saavat, mitätöityvätkö ne kokonaan, katsotaanko ne pääomasijoituksiksi vai putoavatko ne tavallisiksi mutta viimesijaisiksi saataviksi? Ulkopuolisia velkojia ajatellen vaihtoehdot ovat jokseenkin samanarvoisia. Konsernin yhtiöt eivät enää kilpaile ulkopuolisten velkojien kanssa maksusta. Konsernin sisäisten suhteiden kannalta velkojen muuntuminen pääomasijoituksiksi tuntuu sen sijaan vastaavan parhaiten todellisuutta.

Oma ongelmansa on, voidaanko näitä uusia vaihtoehtoja edes jossain

laajuudessa toteuttaa nykyisen lainsäädännön puitteissa. Heti aluksi on sanottava, että mahdollisuudet siihen ovat hyvin rajalliset. Tarvittavat uustulkinnot merkitsisivät kajoamista sekä konkurssioikeuden että yhtiöoikeuden perusteisiin.⁶³⁴ Ensimmäisessä liikkumavara on ehkä aavistuksen väljempi, sillä konkurssijärjestelmä on nähtävissä ”teknisenä” apuneuvona, jolla velkavastuuta toteutetaan. Tosin UNCITRAL -mallilaki tavallaan epäloogisesti antaa vähättelevän kuvan sääntelyn tarpeellisuudesta. Ehdotus nimittäin mainitsee, että joissakin maissa yhdistämismääräyksiä on annettu myös ilman kirjoitetun lain tukea. Tämä on kuitenkin edellyttänyt liiketoimintojen pitkälle vietyä integrointia ja/tai varallisuuspiirin erottelun praktista mahdottomuutta. Näitä common law -oikeuden sovelluksia ei voida yleistää. Ilman nimenomaisen laintasaisen säännöksen tukea tuomioistuimella ei säädännäisen oikeuden maissa ole valtaa antaa yhdistämismääräyksiä. Erikseen ratkaistavaksi enintään jää, voidaanko samaan lopputulokseen päästä muilla järjestelyillä, esimerkiksi konkurssihallintojen välisillä sopimuksilla.

6.4 VÄLITILINPÄÄTÖS: TULOKSIA JA HAVAINTOJA

Vaikka ne oikeudelliset mekanismit, joilla konsernisuhteen vinoutumia pystytään oikaisemaan, ovat osoitettavissa, lähempi analyysi osoittaa niiden puutteet. Konkurssijärjestelmä ei täytä yhtään niistä vaatimuksista, jotka edellä asetettiin tällaiselle oikaisemiselle. Oikaisu edellyttää tavallisesti konkurssimenettelystä irrallista, täysimittaista oikeudenkäyntiä. Oikeudenkäynti taas tuo kustannusriskin ja parhaassakin tapauksessa vuosien viiveen konkurssimenettelyyn. Asian sopimiseen oikeudenkäynnin ulkopuolellaan ei voi luottaa: oikeudellinen epävarmuus lopputuloksesta on tunnetusti sovinnon este. Oikeussuhteiden normalisoinnin materiaaliset edellytykset ovat lisäksi epämääräiset, epämääräisimmät ne ovat velkasuhteiden kohdalla. Voidaan jopa epäillä, pystytäänkö velkasuhteita lainkaan oikaisemaan, sillä tarvittava oikeusperuste ei ole laintasoinen vaan oikaisu perustuu tutkimuksen luomukseen, eli samastukseen. Samastuksen institutionaalinen tuki on optimistisenkin arvion mukaan ohutta.⁶³⁵ Oikaisemisen (esim.

634. Kirjallisuudessa on katsottu, että konkurssipesiä ei saa ”yhdistää” ilman siihen oikeutta lainsäädäntöä, koska se vaarantaa asianosaisten oikeusturvan. Ks. Leppänen 1991 s. 322. Kantaa on helppo yhtyä niin kauan kuin oikeusturvan takaavia menettelyllisiä puitteita ei ole. Siihen, onko konkurssipesät yhdistettävissä sopimuksin, ei tietävästi ole otettu kantaa kotimaisessa kirjallisuudessa.

635. Tosin tässäkin kannattaa muistaa, että käsitykset siitä, mikä on tällaista tukea vaihtelevat. Jos tukea samastukselle etsitään ”koherentiksi jäsennetystä positivoidusta oikeusjärjestyksestä”,

samastuksen) epämääräisyydestä seuraa yhtäältä, että oikeaisusta kärsivien intressitahojen oikeussuoja ei ole kunnossa. Toisaalta oikeudenkäyntitielle lähtevän konkurssipesänkin riski kasvaa lopputuloksen muuttuessa yhä enustamattomammaksi.

Keinotekoisten omistussuhteiden järjestelyyn löytyy laintasoinen säännös (KonkL 5:11). Konsernin tuomien vinoutumien oikaisua se ei kylläkään helpota. Kysymys samastuksen edellytyksistä (jotka ovat epämääräiset) vaihtuvat kysymykseen keinotekoisuuden (joka on sekin epämääräistä) määrittelystä. Edellä keinotekoisuus on määritelty todellisuutta vastaamattomuuden synonyymiksi. Konserneissa on kuitenkin kaksi todellisuuden tasoa: taloudellinen ja juridinen todellisuus. Taloudellinen todellisuus vastaa äärimmäisen harvoin juridista todellisuutta. Konserniyhtiöt eivät toimi sellaisina aitoina riippumattomina yhtiöinä, mitä juridinen todellisuus edellyttää. Jos joku yhtiö sitä yrittää, konsernihallinto palauttaa sen järjestykseen. Katsojasta riippuu, näkeekö hän uuden sääntelyn myötä harmaan alueen kaventuneen ja oikaisemisen helpottuneen. Tähän tutkimukseen säännöksen tulkinta ei kuitenkaan juuri heijastu. Tutkittavana ovat todelliset konsernit, joissa keinotekoisuuden tavanomaiset esimerkit - pöytälaatikkoyhtiöt, paperikonsernit - eivät kelpaa. Keinotekoisuutta ei myöskään voida mielekkäästi sitoa liiketaloudelliseen perusteltavuuteen.⁶³⁶ Jos yritystoiminta on hakeutunut tiettyyn muotoon, tuomioistuimella on harvoin sellaista viisautta, jolla se voi riitauttaa tehdyn valinnan. Sitä paitsi konserninmuodostuksen epärationaalisuudesta on vielä runsaasti matkaa keinotekoisuuteen. Vaikka konsernirakenne olisikin jonkun mittapuun mukaan keinotekoinen, keinotekoisuuden lisäksi on vielä osoitettava, että konsernirakennetta käytetään täytäntöönpanon välttämiseksi tai omaisuuden pitämiseksi velkojien ulottumattomissa (i.f.).

Kun katsotaan velkasuhteiden eli vastuun samastusta, ongelmat osaksi kertaantuvat. Vaikka laintasoista säännöstä ei ole, tutkimus on kehitelty suhteellisen tarkkoja sääntöjä suoran vastuun samastuksen edellytyksistä. Sen tyyppitapaus on emoyhtiön asettaminen vastuuseen tytäryhtiön veloista. Säännöt ovat pitkälti indiisiotyyppisiä; ne kertovat, millaisissa tyyppitapauksissa vastuun samastusta on lähemmin mietittävä. Ne ovat pitkälti rinnastettavissa niihin punnintasääntöihin, joita KonkL 5:11.2 sisältää. Osa säännöistä on auttamattoman epäpraktisia (esim. yhtiömuodon väärinkäyttäminen),

se luultavasti jää löytymättä. Eri asia on, että tällaisen tuen vaatiminen on omiaan ylläpitämään konservatiivisia ja staattisia ajatuksenkulkuja, mikä taas johtaa oikeuskehityksen pysähtymisen. Ks. lähemmin Mononen 2001 s. 438.

636. Kaikki liiketoiminnot haarat voitaisiin hoitaa emoyhtiön organisaatiossa.

osa taas helpommin osoitettava ja näin teoriassa indisoiviksi tosiseikoiksi kelpaavia. Varsinainen ratkaisu samastuksen puolesta tai sitä vastaan jäisi tehtäväksi yksittäistapauksissa eli kunkin velkasuhteen osalta erikseen. Velkojan ja hänen saatavansa ominaisuuksiin ei ole aikaisemmassa tutkimuksessa kiinnitetty paljoakaan huomiota, joten samastus seuraisi tavallaan yleisiä sääntöjä. Ajatuksena näyttää olevan, että lopullinen ratkaisu samastuksen hyväksi tai sitä vastaan tehdään kaikki olosuhteet huomioon ottavan kokonaisharkinnan perusteella. Samastuskriteerien kirjoittajakohtainen vaihtelevaisuus⁶³⁷ yhtyneenä kokonaisharkintaan tuottaa tapauskohtaisia ja heikosti ennustettavia tuloksia. Samat huomautukset voidaan esittää sopimussuhteen samastamisesta, jotka on vielä paljolti kirjoittamaton lehti. Myös siinä oikeusperusta puuttuu, esitetyt kriteerit ovat vaikeasti sovellettavat ja lopputulos tapaussidonnainen ja näin ennustamaton.

Hieman yllättäen suoralle vastuun samastukselle löytyy valmis toteutusmekanismi. Konkurssin yleistä velkaselvittelyä nimittäin voidaan käyttää tähänkin tarkoitukseen. Velkaselvittelyä ohjaavat säännökset antavat pesänhoitajalle sekä aloiteoikeuden että ensiasteen päätösvalan. Esimerkiksi emoyhtiön pesänhoitaja voi ottaa "vastuusamastusvelan" eli samastussaatavan sellaisenaan jakoluetteloehdotukseensa. Ellei kukaan velkoja ja tai velallinen riitautaa tällaista saatavaa, niin lain hyväksymisolettama johtaa siihen, että tällainen saatava vahvistetaan maksettavaksi.⁶³⁸ Tällöin tuomioistuim ei saa oma-aloitteisesti tutkia, vallitsevatko samastuksen edellytykset. Jos saatava taas on riitautettu, erimielisyys samastuksen edellytyksistä siirtyy oikeudenkäyntiin. Näin ollen omistuksen, sopimuksen ja velkasuhteen samastus toteutuu loppujen lopuksi samalla tavalla

Epäsuora vastuun samastus mitätöisi konsernin sisäiset velkasuhteet. Oikeuspoliittisena ratkaisuna se houkuttelisi. Keskinäisten velkasuhteiden kadotessa konserni näyttäytyisi nykyistä selkeämmin taloudellisenä kokonaisuutena. Lainsäädännöllistä tukea epäsuoralla vastuun samastuksella ei ole. Se muuttaisi siinä määrin eri konserniyhtiöiden velkojen maksunsaantia, että laintasoinen säännös on välttämätön. Tällä hetkellä institutionaalinen tuki epäsuoralle vastuun samastukselle on olematon; tutkimus ei ole myöskään kehitellyt sääntöjä, joita epäsuora samastus seuraisi. Tätä hetkellä epä-

637. Joku ehkä sanoisi kauniimmin, että samastukselle asetetut kriteerit eivät niinkään vaihtelee sisällöllisesti. Sen sijaan kukaan tuskin uskaltaa kiistää väitettä siitä, että minkä painoarvon eri tutkijat kullekin kriteerille antavat, vaihtelee. Kun kriteerejä on lukuisia ja ne ovat laveita, keskinäinen painotus määrää herkästi lopputuloksen.

638. Ks. edellä jakso 3.5.2.

suora samastus on vaihtoehtoista juridiikkaa. Sitä paitsi konsernin sisäiset velkasuhteet voidaan eliminoida tehokkaammin muilla keinoilla, esimerkiksi konkurssipesät yhdistämällä.

Järjestelmän kannalta olisi ehkä parasta hylätä ajatukset siitä, että konsernin vinouttamat omistus-, sopimus- ja velkasuhteet laajamittaisesti oikaistaisiin. Niukasta oikeuskäytännöstä päätellen konserniyhteyden tuomat vinoutumat omistus- ja velkasuhteisiin ovat niin vähäisiä, ettei varsinaista huolenaihetta ole. Tosin konserniajattelun puolestapuhuja saattaa pitää hyvänä, että erillisten oikeussubjektien teoria edes epäsuorasti murenee. Merkitsevähän oikaisuajatukset tavallaan sen tunnustamista, että konsernin yhtiöt eivät ole aitoja itsenäisiä oikeussubjekteja. Hän ehkä myös muistuttaisi, että siirtyminen yhtenäisteoriaan poistaisi tarpeen ”oikaista” oikeussuhteet sellaisiksi kuin niiden pitäisi olla konsernittomassa maailmassa. Jos vinoutumia ryhdytään oikaisemaan, se ei ainakaan saisi tapahtua oikeussuhdekohteisesti. Tällöin oikaisu jää osaksi oikeudenhaltijoiden aktiivisuuden varaan, osaksi taas sen varaan, voidaanko edellytysten osoittaa kussakin oikeussuhteessa täyttyvän. Nämä vaarat vältetään konkurssipesien yhdistämisen kaltaisilla kokonaisratkaisuilla, joilla erilliset oikeussubjektit muuttuvat yhdeksi oikeussubjektiksi. Tässä suhteessa UNCITRAL -mallilain suosittelema malli eli kokonaisratkaisu on selvästi parempi. Tosin sekin edellyttää tapauskohtaista harkintaa.

Toinen asia on, että kustannustehokkuuden nimissä kannattaisi luopua varallisuuspiirien kartoittamisesta konkurssissa. Praktisena ratkaisuna tämä on tietenkin mahdollista vain, kun kaikki konsernin yhtiöt ovat konkurssissa samanaikaisesti (tapaus 1). Tilannetta kutsutaan Suomessa ”konkurssipesien yhdistämiseksi”. Yhdistämistä perustellaan tavallisesti sen pesänselvitykseen tuomilla säästöillä. Mitä enemmän konkurssihallinnot uhraavat aikaa keskinäiseen välienselvittelyyn, sitä enemmän pesänselvitys maksaa. Vähemmälle huomiolle on sen sijaan jäänyt yhdistämisen eräänlainen sivutuote. Konkurssipesien yhdistäminen oikaisee automaattisesti konserniyhteyden tuomat vinoutumat omistus- ja velkasuhteissa. Ja kääntäen: tarvetta erilliseen oikeussuhteiden oikaisemiseen voi esiintyä vain sellaisessa järjestelmässä, joka rakentuu erillisille konkurssipesille.

7. Konkurssipesän hallinto konsernikonkurssissa

7.1 TÄYDELLISYYTTÄ VAI OSITTAISUUTTA?

Edellä havaittiin, että erillisten oikeussubjektien periaatteella on kolme konkurssioikeudellista ilmentymää eli korollaaria.⁶³⁹ Ensiksikin jokainen konserniyhtiö asetetaan erillisessä menettelyssä konkurssiin (korollaari 1).⁶⁴⁰ Toiseksi jokaisen konkurssiin päätyneen yhtiön oma varallisuuspiiri on karotittava (korollaari 2). Kolmanneksi jokainen konkurssiin asetettu yhtiö saa oman, itsenäisesti toimivan konkurssihallintonsa (korollaari 3). Konkurssihallinnot ovat lähtökohtaisesti tasa-arvoisia ja toisistaan riippumattomia. Näin ne hierarkkiset valtasuhteet, jotka konsernirakenne sisältää, katoavat konkurssin myötä. Emoyhtiön konkurssihallinto ei toisin sanoen ole sen tasa-arvoisempi kuin tytäryhtiön konkurssihallinto.⁶⁴¹ Konkurssihallintojen tasa-arvoisuus ja kaikinpuolinen yhdenvertaisuus koosta riippumatta on oikeastaan aikamoinen yllätys. Konsernihan on taloudellinen kokonaisuus, jota on johdettava keskitetysti. Keskitetty johtaminen (ja sillä aikaansaatu yhteistyö) on taloudellisen menestymisen ehto. Sen sijaan konserniyhtiöiden konkurssipesät eivät muodosta vastaavaa kokonaisuutta. Yhteistoimintaa, vielä vähemmän keskitettyä johtamista ei tarvita, niitä pidetään pikemminkin haitallisina, koska ne estävät velkojien oikeuden toteuttamista.

Korollaareilla ei ole loogista tai käsitteellistä yhteyttä. Varallisuuspiirien kartoittaminen on tehtävissä ilman erillisiä konkurssihallintojakin; vastavasti erilliset konkurssihallinnot voivat olla järkeviä, vaikka varallisuuspiirien oikeudellisesta kartoittamisesta luovutaan. Luontaisesti korollaarit kuitenkin tuntuvat liittyvän yhteen, ehkä siitä syystä, että olemme tähän yhdistelmään

639. Ks. edellä jakso 6.1.1.

640. Varhaisessa pohjoismaisessa akordikäytännössä yritettiin joskus rikkoa tämä korollaari, kun konserniin kuuluville yhtiöille haettiin yhteistä akordia. Tuomioistuimet palauttivat nopeasti järjestyksen: erillisten oikeussubjektien periaatetta tuli noudattaa "særskilt når det gjelder akkord." Kiintoisaa kylläkin tuomioistuimet pitivät konsernia yhtenä yksikkönä, kun kysymys oli ainoastaan keskinäisistä velkasuhteista. Ks. lähemmin Huser 1987 s. 160.

641. Asia erikseen on, että emoyhtiön konkurssihallinnolla on jonkinlainen tiedollinen yliote pesänselvityksessä: se tietää eniten konsernin asioista. Tästä syystä emoyhtiön pesänselvitäjän sana luultavasti painaa eniten konkurssihallintojen välisissä neuvotteluissa. Tytäryhtiöiden konkurssihallintojen on yksinkertaisesti pakko koordinoida omat toimensa emoyhtiön konkurssihallinnon tekemisiin hyvän tuloksen aikaansaamiseksi.

tottuneet.

Eniten jouston varaa on korollarissa 3, koska yhteiseen tai ainakin koor-dinoituun pesänselvityksen avautuu eri mahdollisuuksia. Tällainen yhteis-selvitys on toteutettavissa kolmen vaihtoehdon mukaisesti.⁶⁴² Vaihtoehtoja ovat konkurssipesien yhdistäminen, konkurssipesien yhteishallinto ja konkurssipesien yhteistyö. Yhdistämisessä konkurssipesien muodostamat erilisvarallisuudet sulautuvat yhteen. Konkurssipesien yhdistäminen on näin yhtiöoikeudellisen fuusion vastine konkurssiympäristössä.⁶⁴³ Vaikka konkurssipesien yhdistämisestä puhutaan lähemmin erittelemättä, on selvää, että lukuisat alamuunnelmat eri muuttujineen ovat mahdollisia. Yhdistämistä astetta kevyempi yhteisselvityksen muoto on yhteishallinto. Siinä erilliset varallisuuspiirit säilytetään, mikä pakottaa niiden kartoittamiseen. Vaikka erilliset konkurssipesät muodostetaan ja ne jatkavat olemassaoloaan, niitä kuitenkin hallinnoidaan koordinoitusti. Yhteishallinnossakin on muunnelmia. Se voi olla yhteishallintoa formaalisestikin; tällöin hallintoelimiä asetetaan ainoastaan yksi. Toinen yhteishallinnon sovellutus on, kuten edellä todettiin, personaaliunioni.⁶⁴⁴ Konkurssihallinnot ovat tällöin muodollisesti erillisiä ja itsenäisiä, mutta ne koostuvat samoista henkilöistä.

Kummassakin muodossaan yhteishallinto tuo mukanaan merkittäviä tehokkuusetuja. Pesänselvitys nopeutuu ja keventyy, koska informaation saamiseen ja välittymiseen liittyvät vaikeudet katoavat. Toisaalta yhteishallintomallien rakenteellisilta heikkouksilta ei pidä ummistaa silmiä. Täydellisessä eli formaalisessa yhteishallinnossa päätöksenteko jää helposti pesänselvityksen kulusseihin. Erimielisyyksiä ei tuoda esiin, niiden ratkaisemisesta ei keskustella eivätkä vastakkaiset intressitahot tule kuulluiksi. Personaaliunionissa taas intressiristiriidat repivät konkurssihallinnon muodostavia luonnollisia henkilöitä.⁶⁴⁵ Tilannetta, jossa varallisuuspiirien erottaminen toisistaan sujuu täysin ilman harkintaa ja päätöksentekoa, on vaikea kuvitella. Sen sijaan mahdollista on, että erimielisyydet eivät nouse näkyviin eikä konkurssihallinnon henkilö itsekään huomaa tekevänsä koko ajan päätöksiä. Kummassakin sovellutuksessa velkojat ja muut intressitahot menettävät herkästi

642. Käsitteistä ks. jakso 1.2.2.

643. Tähän rinnastukseen palataan jaksossa 7.2.1.

644. Ks. jakso 1.2.2.

645. Ohimennen todettakoon, että myös yhtiöoikeudellinen konsernihallinto voi tukeutua ”yhteisiin” johtohenkilöihin. Mallin heikkoutena pidetään ensiksikin sitä, että konsernin sisäiset henkilö- ja etuyhteyssidonnaisuudet tulevat ulkopuolisille tahoille näkyviksi. Toiseksi taas emoyhtiö ei voi olla varma henkilöiden lojaliteetista - mikä riski tuntuu kylläkin teoreettiselta. Näin Koski 1980 s. 62.

luottamuksensa konkurssihallintoon. Samoin esteellisyystilanteet ovat tavallisia. Pesänhoitajia joudutaan välistä vaihtamaan, mikä syö ne kustannussäästöt, joita tällaisella yhteishallinnolla teoriassa saavutetaan. Toisaalta on syytä pitää mielessä, että monet organisaatiot ovat onnistuneet kehittämään toimivia menettelytapoja sisäisten riitaisuuksiensa ratkaisemiseksi. Siihen käytetään yleensä joko sovittelupohjaisia tai vertaisarviointiin tukeutuvia menettelyjä. Ylivoimainen enemmistö sisäisistä riidoista pystytään näin ratkaisemaan organisaation sisällä.⁶⁴⁶

Yhteistyömallissa erillisvarallisuudet säilytetään, eri varallisuuspiirit kartoitetaan, ja eri konkurssihallinnot toimivat itsenäisesti.⁶⁴⁷ Konkurssilaki kuitenkin kannustaa konkurssihallintoja yhteistoimintaan eli käytännössä tietojen vaihtamiseen ja pesänselvityksen toimien koordinointiin. Yhteistoiminnalle luodaan oikeudelliset puitteet, konkurssihallinnoille esimerkiksi asetetaan laissa yhteistyö-, neuvottelu- ja kuulemisvelvoitteita. Tällainen yhteydenpito edistää mahdollisten erimielisyyksien sovinnollista ratkaisemista, millä vältetään - toivon mukaan - konkurssihallintojen väliset oikeudenkäynnit. Tällaiset oikeudenkäynnit ovat tunnetusti erillisten konkurssipesien konstruktion pahin rasite. Jotta konkurssihallintojen yhteistyö tehostuisi, tuomioistuin voi joissakin maissa määrätä sen tueksi erityisen koordinoijan. Oma lukunsa on kielenkäyttö. Oikeudellisesta yhteistyömallista on syytä käsitteellisesti puhua vain, kun yhteistyölle on institutionaaliset puitteet. Oma ilmiönsä on näin se käytännön yhteistoiminta, joka syntyy spontaanisti ja ilman oikeudellisia puitteita. Yhteistoiminnan tuomat edut ovat monesti niin merkittävät (helpottuva pesänselvitys, tehostuva realisointi), että lakisääteisiä velvoitteita ei lainkaan tarvita.⁶⁴⁸

Puhtaassa muodossaan yhteistyömalli ei sisällä muiden mallien heikkouksia, kun tai jos yhteistyö vaan saadaan toimimaan. Pulmana ei ole niinkään se, etteikö lain asettamia konkreettisia yhteistyövelvoitteita noudatettaisi. Niiden noudattaminen on tavallisesti laissa sanktioitu, joten suora laiminlyönti johtaa äärimmillään konkurssihallinnon vapauttamiseen tehtävästään.

646. Tämä organisaatioiden sisäinen riidanratkaisu on toistaiseksi jäänyt oikeudellisen konfliktinhallinnan tutkimuksessa jokseenkin huomiotta. Sisäinen konfliktinhallinta on ollut esillä lähinnä sosiologiassa. Ks. Aubert 1976 s. 215.

647. Koulou 2004 s. 185 ja Koulou 2009 s. 190. Yhteistyö voi käytännössä olla niin laajamittaista, että yksilöllinen pesänselvitys marginalisoituu. "At man så skriver en innberetning og foretar en utlodning for hvert selskap, betyr praktisk sett mindre." Näin Huser 1986 s. 43.

648. Jo ennen konkurssilain säätämistä pidettiin selvänä, että konsernin konkurssissa "pesän hallintoon kuuluvat toimenpiteet hoidetaan niin ikään keskitetysti", koska myös konsernia oli johdettu tällä tavalla. Päävelkojatkin olivat tavallisesti samoja, mikä tietyksi tuki luontaista yhteistoimintaa. Ks. Pinomaa 2000 s. 34.

Velvoitteiden tunnontarkka noudattaminen ei kuitenkaan johda tavoitteeseen, elleivät konkurssihallinnot ole siihen halukkaita.⁶⁴⁹ Tästä syystä yhteistoiminta voidaan jättää konkurssihallintojen välisen sopimuksen varaan. Tällaiset niin sanotut konkurssisopimukset (joista puhutaan jäljempänä) ovat toki mahdollisia ilman konkurssilain valtuutustakin: sopimukset luonnollisesti sitovat ne tehneitä konkurssihallintoja. Ajan tasalla oleva konkurssilaki kuitenkin mainitsee sopimisen mahdollisuuden, määrittää sopimuksen tekemistä ja sen oikeusvaikutuksia sekä kenties säättää niiden rekisteröimisestä.

Periaatteessa yhteisselvityksen mallit toimivat, aloitettiin konserniyhtiöiden konkurssit yhtä aikaa tai eri aikoina, yhtenä konkurssiasiana tai eri konkurssiasioina. Samanaikainen ja mieluummin yhdessä menettelyssä tapahtuva aloittaminen kuitenkin helpottaa merkittävästi yhteishallintomallien käyttämistä. Suurin piirtein samanaikainen aloittaminen on suorastaan yhdistämismallin elinehto. Mitä pitemmälle yksittäisen konserniyhtiön pesänselvitys etenee erillisenä, sitä vähemmän myöhempi yhdistäminen nimittäin antaa hyötyjä. Vain yhteistyömalli tuntuu olevan jokseenkin riippumaton siitä, milloin ja missä järjestyksessä konkurssit aloitetaan. Säännöksillä erityisestä konserniforumista konkurssissa on enintään marginaalinen vaikutus. Tällainen erityisforum hieman edistää konsernikonkurssien samanaikaisuutta, samalla se auttaa tuomioistuinta saamaan yleiskuvan konsernin taloudellisesta kokonaistilanteesta. Yleiskuva taas tukee etenkin personaaliunionille pohjautuvaa yhteishallintomallia. Tuomioistuin pystyy paremmin päätelemään, missä määrin omistus- ja velkasuhteisiin liittyy riitoja⁶⁵⁰ ja millaista pätevyyttä yhteiseltä pesänhoitajalta vaaditaan.

Ehkä yllättävin havainto yhteisselvittelyä tutkittaessa on, kuinka vähän se on ollut esillä konkurssilainsäädännön valmistelussa.⁶⁵¹ Vuoden 1978 periaatemietintö ei sitä tunne, eikä se ole saanut mainintoja lukuun ottamatta huomiota myöhemminkään. Kirjallisuuden hajahuomautukset antavat kuitenkin kuvan siitä, että konkurssihallintojen yhteistoiminta on ollut itsestään

649. Pesänhoitajan käsitys omasta roolistaan vaikuttaa perustavanlaatuisesti yhteistoiminnan hedelmällisyyteen. Jos hän katsoo tehtäväkseen aineellisen oikeuden toteuttamisen omistus- ja velkasuhteissa, yhteydenpito muuttuu taktisten tilannetietojen keräämiseksi. Kustannustehokkaan pesänselvityksen päätehtäväkseen mieltävä pesänhoitaja - ja hänen kauttaan hänen konkurssipesänsä - taas saa hyödyn yhteistoiminnasta. Velkoja-autonomisissa järjestelmissä velkojat tietenkin viime kädessä päättävät, mitä roolia pesänhoitaja suhteessaan muihin konsernihallintoihin seuraa, hakeeko hän "aitoa" oikeustilaa vai hyvää lopputulosta.

650. Jos riitoja on näköpiirissä, samaa henkilöä ei saa määrätä pesänhoitajaksi molempiin konkurssipesiin. Tällöin intressiristiriidat kärjistyvät nopeasti niin, että henkilön on esteellisenä erottava tehtävästään.

651. Pulkkinen 1993 s. 1202.

selvää eikä sen ole koettu aiheuttavan ongelmia. Se luultavasti koetaan työtä säästäväksi tavaksi hoitaa pesänselvitys. Missä määrin helppous on näennäistä, toisin sanoen jännitteet kätkeytyvät, on jo toinen asia.

7.2 KONKURSSIPESIEN YHDISTÄMINEN

7.2.1 PUHTAANA SOVELLUTUKSENA

Täydellisessä materiaalisessa sovelluksessa vanhat⁶⁵² erillisvarallisuudet menettävät konkurssipesien yhdistämisessä identiteettinsä, ne sulautuvat jälkiä jättämättä muodostuvaan varallisuusmassaan. Tämä on saavutettavissa kolmella tavalla, yhdistäminen seuraa suoraan laista (automaattinen yhdistyminen), tuomioistuimien määrää siitä (tuomioistuimen määräämä yhdistäminen) tai velkojat päättävät siitä (velkoja-autonominen yhdistäminen). Lakiteknisesti automaattinen yhdistyminen on yksinkertaisin malli, ja se on käytössä monissa kansallisissa konkurssilaeissa. Siinä konkurssivarallisuudet yhdistyvät ilman erillistä päätöksentekoa, kun vain tietyt laissa säädetyt kriteerit vallitsevat - esimerkiksi emoyhtiö omistaa täysin tytäryhtiönsä. Malli on kustannustehokas etenkin, jos yhdistämisen vaikutuksia rajoitetaan. Sen luonnollinen käyttöalue on sovellus, jossa konserniyhtiöiden keskinäiset velat muuttuvat viimesijaisiksi. Mallin vahvuuksiin kuuluu suhteellisen korkea ennustettavuus. Intressitahot voivat näin ottaa sen vaikutukset huomioon toiminnassaan. Heikkoutena taas on erottelemattomuus. Malli ei juuri mahdollista sellaista tilannekohtaista harkintaa, mitä konsernin maksukyvyttömyys usein vaatisi.

UNCITRAL -mallilaki on esimerkki tuomioistuimen määräämästä yhdistämisestä.⁶⁵³ Siinä tuomioistuimien määrää lainkäyttöpäätöksellään konkurssivarallisuudet yhdistettäviksi. Päätös tehdään lakisääteisessä menettelyssä (eli prosessissa), jossa kuullaan intressitahoja. Mallin etuna pidetään sen sallimaa tapauskohtaista harkintaa, joka toisaalta tekee lopputuloksesta vaikeasti ennustettavan. Oikeussuoja vaatii suhteellisen täsmällisiä, laissa määriteltyjä edellytyksiä; samoin mahdollisuus hakea muutosta yhdistämissä päätöksiin on järjestettävä. Erimielisyydet yhdistämisen edellytyksistä voivat näin tuottaa pitkällisen oikeusriidan. Malli on myös kytkettävissä automaattiseen yhdistymiseen, esimerkiksi konkurssivarallisuudet yhdistyvät, ellei tuomioistuimien jonkun intressitahon vaatimuksesta sitä yksittäistapauksessa kiellä.

652. Tällä tarkoitetaan konkurssia edeltäneitä omistus- ja velkasuhteita,

653. Ks. edellä jakso 6.3.4.

Tällaiset välimuodot keventävät tuomioistuimen ammattitaitoon kohdistuvaa painetta ja lisäävät lopputuloksen ennustettavuutta. Rekisteröinti taas välittää tiedon niille ulkopuolisille, jotka asioivat konkurssihallinnon kanssa.

Kolmas malli, velkoja-autonominen yhdistäminen, ei tarjoa oikeusvertailevia esikuvia. Tämä johtuu siitä, että velkoja-autonominen hallintomalli on kaiken kaikkiaan hyvin harvinainen, Suomen konkurssioikeus saattaa hyvin olla (ja todennäköisesti onkin) mallin ainoa selkeä edustaja. Tällöin velkojat päättävät joko normaalisti tai vaikeutetussa järjestyksessä konkurssipesien yhdistämisestä.⁶⁵⁴ Jos kaikissa yhdistyissä konkurssipesissä saavutetaan tässä suhteessa enemmistö, pesät yhdistyvät ja viranomainen rekisteröi tarvittaessa yhdistymisen. Siihen, onko velkojien päätös ollut tarkoituksenmukainen, ei rekisteröinnissä tai muutenkaan puututa. Sen sijaan päätöksenteon muodollinen oikeellisuus tulee kontrolloiduksi kuten yleensäkin velkoja-autonomisessa päätöksenteossa. Vaikka konkurssioikeudellista esikuvaa ei velkoja-autonomiselle yhdistämiselle löydy, yhtiöoikeudellinen sulautuminen on luonnollinen vertailukohde. Se tarjoaa vakiintuneen ja koetellun sääntökokoelman, josta voidaan lainata ideoita konkurssipesän selvittämiseen.⁶⁵⁵

Tällainen oikeudenalat ylittävä vertailu auttaa myös ajatuksellisesti hyväksymään velkoja-autonomisen yhdistämisen. Sulautuvan konkurssipesän velkoja saa eräänlaisena sulautumisvastikkeena jako-osuuden muodostuvaan yhteispesään. Jos sitä halutaan, yhdistymistä vastustavien velkojien suoja voidaan järjestää täsmälleen kuin vastaavan velkojan suoja yhtiöiden fuusiossa (OYL 16:15). Tällä tarkoitetaan sitä, että tuomioistuin tarkistaa ennen yhdistämiss päätöksen rekisteröintiä, että vastustaneen velkojan asema on turvattu. Muilta osin sulautumiseen ei tarvita tuomioistuimen hyväksymistä. Vastustavalle velkojalle annetaan maksu tai vakuus, konkurssissa ei kylläkään alkuperäisestä saatavasta vaan siitä jako-osuudesta, jonka hän olisi saanut, jos erilliset konkurssivarallisuudet olisi säilytetty. Yhtiöoikeudellisessa oikeussuojajärjestelyssä vastustava velkoja saa sen sijaan maksun tai vakuuden koko siitä saatavasta, mikä hänellä oli sulautuvalta yhtiöltä.

Konkurssilakia edeltäneessä tutkimuksessa konkurssipesien yhdistämistä pidettiin suotavana. Sitä nimittäin vaatisi erityisesti materiaallinen oikeudenmukaisuus, konkreettisemmin velkojien tasapuolisen kohtelun periaate.

654. Velkojien harkinta on tietenkin taloudellista tarkoituksenmukaisuusharkintaa. He joutuvat vertaamaan saavutettavia kustannussäästöjä (eli alentuvia konkurssikustannuksia) ja sitä hyötyä, minkä kukin velkoja saisi tai menettäisi, jos konkurssipesiä ei yhdistetä. Päätöksentekoa helpottaa se, että äänestävän velkojan ei tarvitse - toisin kuin tuomioistuimen - välittää siitä, miten velkojille kokonaisuudessaan käy. Hän voi pitää silmällä vain omaa etuaan.

655. Ks. esim. Mähönen-Villa 2007 s. 411.

Yhdistäminen olisi paikallaan etenkin silloin, kun varojen ja velkojen kohdistuminen tiettyyn erillisvarallisuuteen on perustunut joko sattumaan tai velkoja vahingoittavaan suunnitteluun. Jälkimmäinen argumentti on tuttu samastuskeskustelusta. Pesänselvityksen kustannustehokkuus sen sijaan ei esiinny nykykeskustelussa itsenäisenä argumenttina, joskin yhdistämistä on kannatettu välillä myös ”käytännöllisenä” ratkaisuna pesänselvitykseen, kun varat ja sopimukset ovat sekoittuneet. Tällä lieenee tarkoitettu suurin piirtein samaa. Näistä *pro* -argumenteista huolimatta tulos oli kieltävä: konkurssipesien yhdistäminen samastuksen kautta ei ole voimassa olevan oikeuden mukaan mahdollista. Yhdistämisen mahdollisuus vaatisi lainsäädäntötoimia.⁶⁵⁶

Periaatteellinen, vähälle miettimiselle jäänyt kysymys tosin on, kannattaako konkurssipesien yhdistämistä tarkastella nimenomaan kysymyksenä samastamisesta. Jos samastaminen yhdistetään ajatukseen yhtiörakenteen väärinkäytännöstä, vastaus on nähtävästi kieltävä. Tällainen kytkentä rajoittaa merkittävästi konkurssipesien yhdistämisen käyttöalaa. Siinä nimittäin unohtuu, että yhdistäminen tuo lähtökohtaisesti kustannussäästöjä pesänselvitykseen ja se on velkojille edullista riippumatta siitä, miten yhtiörakenteet ovat syntyneet ja mihin niitä on käytetty. Tällä on vaikutusta nimenomaan konserniyhtiöiden konkurssissa.

On aihetta myös kysyä, onko vuoden 2004 konkurssilain säännös keinotekoisista järjestelyistä (KonkL 5:11) tuonut konkurssipesien yhdistämiseen kaivatun lainsäädännöllisen tuen. Jossakin luennassa tämä tuntuisi rajoitettua mahdolliselta. Periaatteessahan on mahdollista - esimerkiksi - lukea kaikki tytäryhtiön varallisuuspiiriin kuuluvat omaisuususerät emoyhtiön konkurssipesään. Käsitteellisesti konkurssipesät eivät tällöin yhdisty, koska tytäryhtiön konkurssipesä muodollisesti säilyy. Tytäryhtiön varallisuudestaan ”puhdistettuun” konkurssipesään jäävät velat ja konkurssihallinto. Se seikka, että muodollis-juridinen omistaja on konkurssissa, ei teoriassa estä keinotekoisien järjestelyn sivuuttamista. Ajateltavissa on sekin absurdi tilanne, että kumpikin konkurssihallinto vaatii toisen konkurssipesän sivuuttamista keinotekoisena järjestelynä.⁶⁵⁷ Asia erikseen on, että tällaista konkurssipesien

656. Leppänen 1991 s. 322. Yksi suuri yhdistämisen este eli yleiset etuoikeudet on sittemmin poistunut.

657. Ks. edellä jakso 6.2.1. Kielenkäyttö on yllä tietoisesti yksinkertaistettua. Vaatimus keinotekoisien järjestelyn sivuuttamisesta tähtää alkuperäisen konkurssivelallisen muodollis-juridisen omistuksen syrjäyttämiseen. Kun vaatimus menestyy, varallisuususerä ei kuulu enää alkuperäiseen konkurssipesäänsä vaan siirtyy toiseen, eräänlaisen ”aidon” omistajan konkurssipesään. Konkurssivarallisuushan seuraa reaaliaikaisesti kaikkia velallisen varallisuuspiirin muutoksia. Tätä kutsutaan konkurssivarallisuuden avoimuuden periaatteeksi. Ks. Koulu 2009 s. 232.

sotaa ei ole lainvalmistelussa otettu huomioon eikä tutkimuksessakaan käsitelty. Selvää on, että kuvattu ”yhdistämisriita” kuluttaa suuresti konkurssipesien voimavaroja ja hidastaa pesänselvitystä. Toisin sanoen yhdistämisriita saa aikaan juuri niitä vaikutuksia, jotka yhdistämisellä yritetään välttää. Havainto tukee edellä esitettyä näkemystä, jonka mukaan KonkL 5:11:n soveltamisala on pidettävä kapeana.⁶⁵⁸

Toteutettiin yhdistäminen teknisesti miten tahansa, yhdistäminen voi oikeusvaikutuksiltaan olla totaalista tai osittaista. Se voi toisin sanoen käsitellä kaikki oikeussuhteet tai vain tietentyypiset oikeussuhteet. Kuten edellä todettiin, täydellistä vapautta lainsäätäjälläkään ei ole, sillä tietyt yhdistymisen oikeusvaikutukset kuuluvat luontaisesti yhteen. Jos esimerkiksi keskinäiset velkasuhteet mitätöidään, myös keskinäisten omistussuhteiden kohdalla on tehtävä samoin. Muuten jotkut velkojaryhmät kärsivät merkittävän oikeudenmenetyksen, jotkut taas saavat vastaavan, ansaitsemattoman hyödyn. Tämä on myös argumentti sille, miksi KonkL 5:11:ää ei saa käyttää konkurssipesien yhdistämiseen. Pykälä yhdistää vain varallisuutta, velat jäävät erillisiin konkurssipesiinsä - ellei niitäkin yhdistetä samastamalla, mihin taas ei ole laintasoista säännöstä. Oikeastaan ainoa jäljelle jäävä osittaisen yhdistymisen muoto, joka voi esiintyä yksinkin, on keskinäisten saatavien eli konserniyhtiön saatavien toiselta konserniyhtiöltä muuttuminen viimesijaisiksi. Jos kysymys on emoyhtiön saatavista tytäryhtiöltä ja tytäryhtiö omistetaan kokonaan, tämä muutos kuulostaa myös asiallisesti melko hyväksyttävältä. Luotonanto tytäryhtiölle, tapahtui se sitten formaalisti velaksiannoin tai sallimalla de facto tytäryhtiön velkaantumisen suhteessa emoyhtiöön, on joka tapauksessa lähellä pääomasijoitusta. Pääomasijoittaja taas tietää - ja voi siihen varautua - että hän on yrityksen toiminnan päättyessä viimeisellä sijalla (VML 6 §).⁶⁵⁹

Tulkintaan, jonka mukaan yhdistäminen vaatii lainsäädäntöä ja että KonkL 5:11 ei kelpaa tällaiseksi lainsäädännöksi, yhdytään myös tässä tutkimuksessa. Edellä kysymykseksi asetettiin, millaista uutta lainsäädäntöä tarvitaan, esimerkiksi kuuluuko yhdistämisen sääntely yhtiö- vai konkurssilainsäädännön alaan.⁶⁶⁰ Samalla oletettiin, että konkurssipesien yhdistäminen ylittää konkurssilain valtuuden rajat: muutosta ei voida toteuttaa yksin konkurssilakia muuttamalla. Lähempi tarkastelu on vahvistanut tämän oletuksen. Vaadittavat lainsäädäntötoimet koostuisivat näin aineellisesta (ja

658. Ks. edellä jakso 6.2.3. ja 6.3.1. .

659. Ks. lähemmin Mähönen-Villa 2007 s. 37.

660. Ks. edellä jakso 1.2.2.

lähinnä yhtiöoikeudellisesta) lainsäädännöstä, jossa konserni tunnustettaisiin yhdeksi oikeussubjektiksi, jos se on todettu maksukyvyttömäksi. Siitä⁶⁶¹, miten tämä muutos toteutetaan konkurssissa, säädettäisiin konkurssilaissa. Tarvittavien lainsäädäntötoimien laaja-alaisuus - toimissa kajottaisiin yhtiö- ja varallisuus oikeuden perustaan - samalla tekee ne suuritöisiksi. Pienen oikeuskulttuurin valmisteluresurssit ovat kuitenkin niin vähäiset, että tällainen suuruudistus ei ole lähivuosinakaan odotettavissa.

7.2.2 LASKENNALLISTEN ERILLISVARALLISUUKSIEN MALLI

Maksimaalisen uudistuksen vaatiminen on tunnetusti tehokas tapa kaataa ehdotus kuin ehdotus. Mitään pakkoa viedä yhdistäminen loogiseen ääripisteeseen ei kuitenkaan ole. Täydellisen yhdistämisen ja täydellisen erillisyyden välillä on pikemminkin suuri joukko välimuotoja. Yksi sovellus, laskennallisten erillisvarallisuuksien malli, yhdistää varsin hyvin velkojen suojan ja aineellisen yhdistämisen praktiset edut. Lähtökohtana on havainto, että konkurssipesien aineellinen erillisyys tai yhdistäminen vaikuttaa viime kädessä velkojen jako-osuuksiin. Jako-osuus taas on se, mistä velkojat tavallisesti ovat kiinnostuneita. Valtaosa yhdistämisen ongelmista katoaa, jos yhdistäminen on ollut tässä suhteessa merkitykseltä.

Laskennallisten erillisvarallisuuksien mallissa konkurssivarallisuudet lähtökohtaisesti edelleenkin sulautuvat aineellisesti yhdeksi varallisuuspiiriksi. Tämä helpottaa hallinnointia ja sallii sen, että pesänselvityksestä vastaa vain yksi orgaani. Velkoja saa kuitenkin jako-osuutensa sellaisena, mihin sulautumista edeltävä oikeustila hänet oikeuttaisi, toisin sanoen fiktiivisen erillisvarallisuuden (=konkurssiyhtiön, jonka velkoja hän oli) perusteella lasketuna. Voidaan kysyä, mikä jää perustavaksi eroksi verrattuna konkurssipesien erilliseen selvittämiseen. Eroksi vaihtoehtojen välillä jää se, että varallisuuspiirejä ei tarvitse ensin erottaa ja tämän jälkeen pitää koko pesänselvityksen ajan erillään. Laskennallisten erillisvarallisuuksien malli mahdollistaa näin paljon kustannustehokkaamman pesänselvityksen kuin yhteishallinnolle tai yhteistyölle rakentuvat sovellutukset, puhumattakaan täydellisestä erillishallinnosta omine konkurssihallintoineen. Koska velkojen asema ei siinä muutu, mallin toteuttaminen ei vaadi yhtä laajaa kajoamista yhtiö- ja varallisuus-

661. Vrt. ehkä Leppänen 1991 s. 323. Hänen mukaansa tarvittavan uuden sääntelyn pitäisi "esimerkiksi" ratkaista kysymykset etuoikeuksista ja oikeudenkäyntimenettelystä. "Konkurssimenettely on uudistuksen alaisena, joten tässä kyseeseen tulevat ratkaisut riippuvat siinä omakutusta järjestelmästä."

oikeuden perusteisiin kuin ”puhdas” aineellinen toteuttaminen. Velkojan aseman säilyttämisellä ennallaan on toki hintansa. Laskennallisten erillisvarallisuuksien malli ei oikaise automaattisesti konserniyhteyden aiheuttamia vinoutumia oikeussuhteissa. Puhtaalla mallillahan oli tämä sivuvaikutus.

Tämä laskennallisten erillisvarallisuuksien malli yhdistää ensi silmäyksellä molempien maailmojen parhaat puolet. Malli perustuu havaintoon, jonka mukaan erillisvarallisuuksien kartoittaminen palvelee pelkästään jako-osuuksien laskemista. Jos jako-osuudet voidaan laskea muutenkin - toisin sanoen hakematta varallisuuspiirien juridisesti sitovaa määrittelyä - tarvetta kartoittamiseen ei ole. Selvityskustannuksissa säästetään, eikä velkojien asema muutu siitä, millainen se olisi klassisessa erillisten konkurssipesien konstruktiossa. Laskennallisten erillisvarallisuuksien mallille on löydettävissä esikuvia niin kansallisesta kuin kansainvälisestäkin konkurssioikeudesta. Jälkimmäiset sovellutukset ovat kiinnostavia, koska ne pystyttiin toteuttamaan aluksi ilman lainsäädännön tukea. Sovellus keksittiin niin sanotussa eurooppalaisessa konkurssissa. Tällaista konkurssia sääntelee unionin säädös eli vuoden 2000 maksukyvyttömyysasetus. Asetus rakentuu tunnetusti ajatukselle päämenettelystä ja paikallisia velkojia suojaavasta sekundäärikonkurssista.⁶⁶² Sekundäärikonkurssi on territoriaalinen; siihen kuuluu vain sen aloittaneessa jäsenvaltiossa sijaitseva velallisen varallisuus. Vastapainoksi paikalliset velkojat voivat vaatia tästä varallisuudesta maksua sillä etuoikeudella, jonka heidän oma kansallinen konkurssilakinsa säätelee.

Käytännössä kuitenkin havaittiin nopeasti, että aloitetut sekundäärikonkurssit vaikeuttivat odottamattoman paljon niin pesänselvitystä kuin kaikinlaisia saneerausyrityksiä. Ratkaisuksi tähän dilemmaan keksittiin kansainvälisten konkurssien käytännössä laskennallisten erillisvarallisuuksien malli. Tällaista konseptia asetusta ei lainkaan tuntenut, joskin se on tarkoitus legalisoida asetuksen uudistuksessa.⁶⁶³ Konseptissa päämenettelyn selvittäjä sopi paikallisten velkojien kanssa siitä, että nämä eivät hae sekundäärikonkurssia (mihin asetusta antoi ja antaa heille oikeuden). Vastineeksi selvittäjä sitoutui siihen, että velkojia kohdeltaisiin päämenettelyssä ikään kuin sekundäärikonkurssi olisi aloitettu. Tämä tapahtuisi luomalla päämenettelyyn ”synteettisiä” tai ”virtuaalisia” sekundäärikonkursseja, joissa paikalliset velkojat saivat maksun oman konkurssilakinsa mukaisella etuoikeudella. Näin

662. Tästä niin sanotusta kaksoisrakenteesta ks. Koulumäki 2000 s. 31.

663. Ks. note to delegations 2012 s. 11. Todettakoon, että sekundäärikonkurssit havaittiin yleisimmiksi kuin mitä asetusta valmisteltaessa odotettiin ja mitä aluksi arveltiin. Tämä yleisyys taas vaikeutti ja hidasti pesänselvitystä enemmän kuin odotettiin.

päämenettelyn selvittäjä pääsi hallinnoimaan kaikkea konkurssivarallisuutta, sijaitsi se missä jäsenvaltiossa tahansa. Samoin kaikki päätöksenteko saatiin keskitetyksi yhteen tuomioistuimeen eli päämenettelyn aloittamisvaltion tuomioistuimeen.

Legalistiselle ajattelulle hieman epäilyttävä oikotie hyväksyttiin tunnetaustassa brittitapauksessa *Collins & Aikman* (2006). Tuomioistuimen päätöksellä englantilaiseen päämenettelyyn perustettiin 24 synteettistä sekundäärikonkurssia. Saadut kokemukset olivat erinomaisia, ja järjestely otettiin huomioon käynnistyneessä asetuksen uudistamisessa. Vuoden 2012 ehdotus maksukyvyttömyysasetuksen uudistamisesta vahvistaa, tosin aavistuksen epäsuorasti, järjestelyn luovallisuuden.⁶⁶⁴ Käytännön ajatus järjestelyn sopimus pohjasta säilytettiin samalla asetuksen uudistamisessa: laskennallisten erillisvarallisuuksien malli perustuu viime kädessä konkurssivelkojien välisiin sopimuksiin. Kansallisen konkurssilain varaan jää kuitenkin sen määrääminen, millaisia sopimuksia velkojat saavat tehdä ja mikä näiden sopimusten vaikutus on. Ehdotettu asetuksen säännös kuitenkin takaa sen, että selvittäjän ja velkojien välinen sopimus synteettisistä sekundäärikonkurseista sitoo myös päämenettelyn konkurssipesää (ehdotettu 18 art.).⁶⁶⁵ Sopimuksen muotoon sovelletaan päämenettelyn konkurssilakia. Samalla tällainen sopimus rajoittaa paikallisten velkojien mahdollisuutta aloittaa sekundäärikonkurssi. Kun päämenettelyn selvittäjä on antanut sitoumuksen laskennallisten erillisvarallisuuksien muodostamisesta päämenettelyyn, hän saa oikeuden estää sekundäärikonkurssin aloittamisen. Tämä johtuu siitä, että sekundäärikonkurssi ei tällöin ole enää välttämätön paikallisten velkojien suojelemiseksi, mikä on sen aloittamisen uusi ehto (ehdotettu 29a art.)

Kyseisiä virtuaalisopimuksia on pidetty erityisen sopivina sellaisissa yrittäjäryhmän konkurssissa, joita asetus ei itse asiassa sääntele ja jotka muutoin päättyisivät rinnakkaisiin erilliskonkursseihin. Sinänsä synteettisen sekundäärikonkurssin konsepti ei ole ihanteellinen. Se vaatii ensiksikin kaikkien paikallisten velkojien mukaantuloa. Toiseksi kansallisen konkurssilain varaan jää, missä määrin paikalliset velkojat ovat sidottuja sitoumukseen olla hakematta sekundäärikonkurssia. Tosin Suomen oikeuden mukaan

664. Proposal amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings 2012 s. 7. Myönteisyys selittyy ehkä eniten sillä, että samalla saatiin ratkaistuksi yksi asetuksen rakenteellisista ongelmista eli ulkomaisten tytäryhtiöiden asema. Ne nimittäin jäävät periaatteessa asetuksen soveltamisalan ulkopuolelle. Ks. Koulu 2007 s. 217.

665. Ehdotettu artikla kuuluu: "He [selvittäjä] may also give the undertaking that the distribution and priority rights which local creditors would have had if secondary proceedings had been opened will be respected in the main proceedings."

velkoja voi pätevästi luopua oikeudestaan hakea konkurssia, eikä kansainvälinen konkurssi ole tässä suhteessa erityisasemassa.⁶⁶⁶ Valmisteluaineisto ei myöskään ota kantaa siihen, miten virtuaalisten sekundäärikonkurssien ulottuvuuteen liittyvät riidat ratkaistaan. Esimerkiksi mitään oikeussuojajärjestelyä tältä varalta ei ole luotu. Toisaalta aineistossa ei myöskään ole viittauksia siihen, että kiistoja erillisvarallisuuksien rajoista olisi ylipäättään esiintynyt. Voi olla, että maantiede - eli toisin ilmaistuna sekundäärikonkurssin territoriaalinen vaikutus - luo itsestään erillisvarallisuuksista omia kokonaisuuksiaan. Niiden varat ja velat eivät toisin sanoen hevin sekoitu ulkomaisten yhtiöiden varoihin ja velkoihin. Asiat eivät välttämättä ole näin, kun konkurssit osuvat samalle maantieteelliselle alueelle. Tällöin yritykset ovat enemmän tekemisissä toistensa kanssa - ja niiden varallisuuspiirit sekoittuvat, mikä taas tuottaa kiistoja.

Eurooppalaisessa konkurssissa virtuaaliset sekundäärikonkurssit syntyvät päämenettelyn sisään: päämenettely taas on emoyhtiön tai yritysryhmässä määräämisvaltaa käyttäneen yrityksen konkurssi tai muu kollektiivinen insolvenssimenettely. Tämä ei tietenkään ole käsitteellinen välttämättömyys. Laskennalliset erillispesät ovat perustettavissa mihin tahansa puitemenettelyyn. Myös päämenettely voi olla virtuaalinen, toisin sanoen siihen ei kuulu omaa varallisuutta. Tällainen insolvenssimenettely koostuu pelkistä laskennallisista erillisvarallisuuksista, joita hallinnoidaan yhdessä.

Kansallista lakia ajatellen malli ei, kohutusta innovatiivisuudestaan huolimatta, missään nimessä ole uusi. Konsepti on tunnettu vuosikymmeniä erillisten selvityspesien nimellä. Tällainen selvityspesä muodostuu tiettyjen institutionaalisten velallisten kuten vakuutusyhtiöiden konkurssissa. Myös säätiöihin on ollut kauan tapana perustaa erillisrahastoja, jotka ovat joko lahjoittajan nimikkorahastoja tai jonkin spesifisen tarkoituksen tukemiseen osoitettuja. Mitään lakisystemaattista tai lakiteknistä arvostelua ei ole näkynyt, joten erillisvarallisuuksien sääntelyyn isomman varallisuuspiirin sisällä ei tunnu liittyvän mainittavia vaikeuksia. Kokemukset sääntelyn toimivuudesta ja soveltamisesta ovat nekin voittopuolisesti myönteisiä. On toki myönnettävä, että erillisrahastojen hallinto aiheuttaa joskus kiistoja säätiöissä. Joskus konkurssioikeudelliset selvityspesätkin käyvät - oman edunvalvojansa edustamana⁶⁶⁷ - oikeutta konkurssipesän varsinaisen hallinnon kanssa. Siitä

666. Koulu 2009 s. 103.

667. Vanha periaate on, että tämän "selvitysmiehen ja "suoritusmiehen" on täytettävä konkurssipesän pesänhoitajan kelpoisuusvaatimukset. Hänellä on myös oman erillisvarallisuutensa osalta samat oikeudet, esimerkiksi oikeus nostaa kanteita. Lisäksi hänellä on tietenkin

huolimatta kukaan ei liene väittänyt, että erillisvarallisuuskonsepti tuottaisi enemmän riitoja tai vaikeampia riitoja kuin tavanomainen erilliskonkurssien konsepti. Tämä vastaa virtuaalisia sekundäärikonkurssia käsittelevän aineiston antamaa vaikutelmaa. Sekään ei, kuten edellä todettiin, sisällä viittauksia erimielisyyksiin tällaisen konkurssin sisällä tai suhteessa päämenettelyyn. Pikemminkin aineisto antaa vaikutelman kaikenpuolisesta sujuvuudesta ja yleisestä tyytyväisyydestä.

Havainto tai oikeammin hypoteesi laskennallisten erillisvarallisuuksien mallin riitoja vähentävästä vaikutuksesta selittyy varsin hyvin psykologisilla tekijöillä.⁶⁶⁸ Kuuluminen muodollisesti samaan organisaatioon suosii yhtäältä sisäisiä ratkaisuja eli neuvotteluja ja sovintoja. Oikeudenkäyntiin ajautetaan vasta totaalisissa umpikujassa. Toisaalta organisatorinen yhteenkuuluvuus parantaa tiedonkulkua, ja jos teoria informaation ja riidanratkaisun korrelaatiosta on oikea, riitafrekvenssikin laskee. Monet riidathan syntyvät siitä, että vastapuolen näkemystä ei tunneta eikä oikeudenkäyntiin liittyvää taloudellista riskiä pystytty informaation epäsymmetrisyyden takia arvioimaan objektiivisesti. Erillisten konkurssipesien konseptissa on otettava huomioon myös se, että konkurssihallinto valitsee herkästi oikeudenkäyntien tien jo siitä syystä, että sitä ei päästä syyttämään välinpitämättömyydestä pesän intressien valvomisessa. Toki tällaisia ”tarmoa osoittavia” oikeudenkäyntejä voi syntyä myös laskennallisten erillisvarallisuuksien konseptissa, mutta niiden riski on selvästi vähäisempi.

Väite laskennallisten erillisvarallisuuksien mallin edullisuudesta perustuu olettamukseen riitafrekvenssin laskemisesta. Empiiristä näyttöä siitä, että näin kävisi, ei luonnollisestikaan ole. Onkin pakko myöntää, että mallissa voi syntyä yhtä pahoja ulottuvuusriitoja kuin erillisten konkurssipesien konstruktiossa. Ja mikä pahinta: malli ei nykyisessä kehittelyvaiheessaan sisällä riidanratkaisumekanismeja näiden sisäisten riitaisuuksien ratkaisemiseksi. Jos riidat päätyvät oikeudenkäynneissä ratkaistaviksi, mallin edut on taval-

ne valtuudet, mitä kyseinen erityislaki hänelle antaa. Ks. esim. Granfelt 1950 s. 101. Eroksi jää velkoja-autonomian puuttuminen. ”Pääkonkurssipesän” velkojat eivät voi päättää erillisvarallisuuden selvittämisestä, erillisvarallisuuden velkojilla taas ei ole päätösvaltaa siitä, miten erillisvarallisuus selvitetään.

668. Havainnot ovat toki kritiikille alttiita. Säätiöissä luontaisia riidanaiheita on vähän, vakuusyhtiöiden ja vastaavien konkurssit taas ovat olleet harvinaisuuksia lama-aikojen ulkopuolella. Myös virtuaalisista sekundäärikonkurseista on vasta vähän aineistoa ja samalla kokemuksia. Sitä paitsi valtaosa aineistosta liittyy asetuksen uudistamiseen, ja tällainen aineisto on myös Euroopan unionissa tunnettua kehitysoptimismistaan. Tällainen valmistelumateriaali sitä paitsi on tunnetusti taipuvaista näkemään ehdotetut säännökset kaikin puolin onnistuneina ja ongelmattomina.

laan menetetty. Tästä huolimatta kolmelta taholta saatu ja yhdensuuntainen informaatio kelpaa vähintäänkin ensiasteen perusteluksi sille, että laskennallisten erillisvarallisuuksien malli on kokeilemisen arvoinen.

7.3 YHTEISHALLINTOSOVELLUKSET

7.3.1 TÄYDELLINEN YHTEISHALLINTO (YHDEN KONKURSSIHALLINNON MALLI)

Myös konkurssipesien yhteishallinto voidaan toteuttaa joko täydellisenä tai osittaisena. Ensimmäisessä kaikilla konkurssipesillä on muodollisesti vain yksi ja sama konkurssihallinto. Tämä konkurssihallinto tekee kuitenkin kaikissa hallinnoimissaan konkurssipesissä erillisen omaisuus- ja velkaselvityksen. Jos konkurssihallinto koostuu useammista henkilöistä, pesänselvitys voi tietenkin olla heidän välillään jaettu. Tässä muodossaan yhteishallinto muistuttaa läheisesti laskennallisten erillisvarallisuuksien mallia. Malleilla on kuitenkin perustava, joskaan ei välttämättä näkyvä ero. Laskennallisten erillisvarallisuuksien mallissa varallisuuspiirejä nimittäin ei määritellä lopullisesti tai sitovasti: ne ovat, kuten nimikin sanoo, pelkästään laskennallisia suureita. Täydellisessä yhteishallinnossa varallisuuspiirit sen sijaan pyritään määrittelemään sitovasti eli aineellista oikeutta vastaaviksi. Oikeusvertailevasti täydellinen yhteishallinto on tunnettu joissakin kansallisissa konkurssilaeissa, joskaan se ei muodosta konsernikonkurssieissakaan pääsääntöä.⁶⁶⁹

Voidaan kysyä, mitä etuja konkurssipesien yhteishallinnosta saadaan. Siihen ei periaatteessa vähennä eikä kevennä pesänselvitystä. Kustannussäästöjä kuitenkin saadaan siitä, että moninkertaisilta ja osin päällekkäistä työtä tekemiltä konkurssihallinnoilta vältytään.⁶⁷⁰ Hallinnon päällekkäisyys maksaa, eikä konkurssi ole tässä suhteessa poikkeus. Myös jonkinlaisia tiedollisia synergiaetuja saavutetaan, sillä yhteishallinnossa informaatio kulkee esteittä. Konkurssipesästä x saatu tieto saattaa helpottaa suuresti konkurssipesän y selvitystä. Jos konkurssipesät selvitetään erikseen, informaatio ei ehkä koskaan saavuttaisi konkurssipesän y pesänhoitajaa. Konsernin tai yritysryhmän konkurssissa etenkin realisointi tehostuu ja nopeutuu, kun yksi ja sama elin huolehtii kaiken liikevarallisuuden myynnistä. Näin konsernin muodostama

669. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a s. 60.

670. UNCITRAL -mallilaki luettelee seuraavat edut: eri konkurssipesien koordinointi helpottuu, kustannuksia ja aikaa säästetään sekä informaatiota pystytään kokonaan "on the group as a whole". Ks. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a s. 61.

taloudellinen kokonaisuus voidaan säilyttää myös myyntivaiheessa, toisin sanoen myydä yhtenä toimivana kokonaisuutena. Erillinen pesänselvitys taas johtaa yhtiökohtaiseen realisointiin, mikä ei välttämättä kiinnosta ostajia. Yhden konserniyhtiön omaisuudella ei, vaikka se myytäisiin toimivana, välttämättä ole kysyntää. Saattaahan olla, että tällaisella omaisuudella on taloudellista arvoa vain koko konsernin liikeomaisuuden osana.

Yhteishallintomallit - ja myös tämä sovellus - ovat neutraaleja suhteeseen siihen, mille periaatteelle päätöksenteko pohjataan. Mallit siis toimivat, oli päätöksenteko velkoja-autonomista, pesänhoitaja-autonomista tai tuomioistuimeen keskitettyä. On kuitenkin helppo huomata, että mallit ovat tehokkaimmillaan silloin, kun laajasta velkoja-autonomiasta luovutaan. Yhteishallintomalli ei nimittäin poista niitä velkojien välisiä eturistiriitoja, jotka ovat rakenteellisia erillisten konkurssipesien järjestelmässä. Ei ole luultavaa, että velkojat luopuvat sen enempää eduistaan kuin päätösvallastaankaan yhteisen hyvän takia. Jos yhteishallinto halutaan kytkeä velkoja-autonomiseen päätöksentekoon, vähintäänkin erillisistä velkojakollektiiveista on päästävä eroon. Tästä seuraa, että velkojien päätösvallan käyttäjäksi tulee kollektiivi, joka muodostuu kaikkien yhteishallinnoitujen konkurssipesien velkojista. Yhteishallinto ei kuitenkaan periaatteessa edellytä sitä, että konserniyhtiöt asetetaan samanaikaisesti ja yhden hakemuksen perusteella konkurssiin. Yhteishakemus ja yhteinen päätös konkurssista ei myöskään ole - kuten UNCITRAL -mallilakiehdotus varmuuden vuoksi erikseen mainitsee - ristiriidassa erillisten konkurssipesien periaatteen kanssa. Ilmeistä kuitenkin on, että yhteishakemus ja yhteinen konkurssiin asettaminen suuresti helpottaa kaikkia yhteisselvityksen muotoja. Kumpikin on aiheesta saanut mallilakiehdotuksessa oman erillisen suosituksensa (suositukset 199-201).

Täydellisen yhteishallinnon haitatkin on pidettävä mielessä. Sellaisia esteellisyysongelmia, jotka vaivaavat joitakin muita yhteistoimintamuotoja⁶⁷¹, ei täydellisessä yhteishallinnossa kylläkään muodostu. Yhteishallintoon kuuluvat henkilöt eivät nimittäin edusta erillisintressejä eivätkä tee niistä päätöksiä. Heillä ei myöskään ole velvollisuuksia suhteessa erillisten konkurssipesien velkoihin: heidän velvollisuutensa kohdistuvat, jos niiden kohde halutaan määritellä, yhdistettyyn velkojakollektiiviin. Riski onkin lähinnä erimielisyyksien peittelyssä ja ehkä tarkoituksellisessakin vähättelyssä. Erimielisyyksien käsittely ja ratkaiseminen merkitsee yhteishallinnolle lisätyötä, josta se mielellään välttyisi kiireellisessä pesänselvityksessä. Näin yhteis-

671. Niistä kärsii etenkin seuraavassa jaksossa käsiteltävä saman konkurssihallinnon malli.

hallinnon intressissä on kiistojen ohittaminen. Riski on niin ilmeinen, että UNCITRAL -mallilaki haluaa velvoittaa yhteishallinnon tuomaan piilevät ja olemassa olevat intressiriidat näkyville sekä huolehtimaan niiden ratkaisemisesta (suositus 144). Yhteishallinnolle voidaan myös ehdotuksen mukaan asettaa kiperissä tilanteissa velvollisuus hakea niihin tuomioistuimelta ohjeita.⁶⁷² Tästä syystä onkin aihetta kysyä, kannattaako lainsäädännössä tehdä ero täydellisen yhteishallinnon (yhteinen organisaatio) ja samoja henkilöitä käyttävän erillishallinnon (jäljempänä puheeksi tuleva personaaliunioni) välillä. Esimerkiksi UNCITRAL -mallilaki ei sitä tee. Se käsittelee molempia yhteisselvityksen muotoja samoissa jaksoissa, erottaa niissä samat ongelmat ja antaa ongelmiin samat suositukset. Se ei myöskään aseta kumpaakaan mallia etusijalle eikä osoita niille käyttöalueita.⁶⁷³

On kiistatonta, että nykyinen konkurssilaki ei mahdollista täydellistä yhteishallintoa. Säännökset konkurssipesän toimielimistä ovat pakottavaa oikeutta.⁶⁷⁴ Tuomioistuin ei konkurssimenettelyssä voi jättää määräämättä pesänhoitajaa syntyvään konkurssipesään. Samoin päätösvaltaa käyttävä velkojakollektiivi muodostuu suoraan lain nojalla konkurssivelkojista. Yrityssaneerauslaissa kylläkin on päädytty - jälleen osoituksena lainsäädännön pirstaleisuudesta - erilaiseen periaateratkaisuun. Tuomioistuin voi jättää selvittäjän määräämättä ja velkojatoimikunnan asettamatta (YrSanL 89 §). Tällöin näille elimille kuuluvat tehtävät siirtyvät enimmäkseen velalliselle itselleen. *Debtor in possession* -konseptissa yhteishallintoon päästäänkin hyvin vähällä vaivalla. Velallisyhtiön toimielimet vain jatkavat toimintaansa kuten ennenkin, tarvittaessa emoyhtiön konsernihallinnon ohjauksessa. On helppo havaita, että yrityssaneerusalain perusratkaisu vie itsestään tähän malliin. Samalla huomataan, että saneerauksessa säännökset konserniselvittäjästä eivät olekaan niin välttämättömiä, miltä ne näyttivät. Saneerauksessa konsernihallinto toimii tai ainakin pystyy toimimaan tehokkaasti, määrättiin selvittäjä tai ei. Tosin jälkimmäisessä muunnelmassa ollaan lähempänä alkuperäistä konsernihallintoa, koska saneeraus - toisin kuin konkurssi - perustuu *debtor*

672. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a s. 62.

673. Mallilakiehdotuksen mukaan valinta riippuu "procedural requirements and the number of courts involved". Mallilakiehdotus kuitenkin edellyttää, että kansallinen konkurssilaki määrää, milloin tuomioistuin "in the best interests of the administration of insolvency proceedings" saa antaa määräyksiä yhteishallinnosta (suositus 232).

674. Joissakin maissa konkurssiyrityksen työntekijöillä on oikeus saada edustaja pesänhallintoon. Tämä kuitenkin edellyttää tiettyä vähimmäismäärää työntekijöitä. Jos velallisyritys kuuluu konserniin, on kysytty, otetaanko myös muiden yhtiöiden työntekijät huomioon. Ongelma on todettu mutta tyydytty toteamaan, että asiasta tarvittaisiin lakiin yksityiskohtaisempia määräyksiä. Ks. Huser 1987 s. 274.

318 *in possession* -konstruktiolle.

Saneerauksen tarjoaman esimerkin perusteella voidaan väittää, että konsernin konkurssissakin yhteishallinto kannattaa toteuttaa niin pitkälle kuin mahdollista alkuperäisiä yhtiörakenteita ja yhtiöiden toimielimiä käyttäen.⁶⁷⁵ Samalla on kuitenkin muistettava, että konkurssilaki sallii hyvin pitkälle velallisen tieto- ja taitoresurssien hyödyntämisen pesänselvityksessä. Pesänhoitajan ei suinkaan tarvitse tehdä kaikkia itse.⁶⁷⁶ Näin päädytään siihen, että täydellinen yhteishallinto on nykyisinkin epäsuorana mahdollinen, se vain toimii velallisen kautta samalla kun pesänhoitaja tai pesänhoitajat tyytyvät seurantaan. Myös UNCITRAL -mallilakiehdotus tunnistaa yhteishallinnon ja velallisen aseman yhteyden. Tosin se rajoittuu edellyttämään kansalliselta konkurssilailta säännöksiä siitä, miten yhteishallintomallit soveltuvat *debtor in possession* -tyyppiseen velalliseen (suositus 145). Lähempiä suuntaviivoja kansalliselle lainsäätäjälle ehdotus ei lainkaan anna.

Väite uuden lainsäädännön välttämättömyydestä ei muutoinkaan pidä kirjaimellisesti paikkaansa. Näyttää siltä, että eri konkurssipesien velkojat voivat perustaa kaikille konkurssipesille yhteisen velkojatoimikunnan (KonkL 14:12).⁶⁷⁷ Velkojatoimikuntahan on lähtökohtaisesti velkojien asettama elin. Tästä syystä on oikeutettua sanoa, että velkojilla on myös valta päättää, mistä velkojista toimikunta muodostetaan. Yhteinen velkojatoimikunta on keskeisessä asemassa, oli pesänhoitajina yksi henkilö tai useita eri henkilöitä. Velkojatoimikunta valvoo, että pesänhoitajat koordinoivat toimiaan ja että ristiriitoja konkurssipesien välillä ei peitellä. Toimikunnan valtuudet eivät sinänsä muutu: se on tässäkin tapauksessa lähtökohtaisesti neuvoa-antava elin. Tosiasiallisesti toimikunnan vaikutusvalta muodostuneen tässä erityistapauksessa normaalia suuremmaksi, koska se on samalla velkojien yhteistyöelin. Pesänhoitajan on näin nautittava yhteisen velkojatoimikunnan luottamusta. Kun toimikunta säännönmukaisesti edustaa suurimpia velkojia, toimikunnan ja pesänhoitajan luottamuspuola johtaa ennen pitkää jälkimäisen vapauttamiseen tehtävästään. Konkurssivelkojia kun ei ymmärret-

675. Selvää tietenkin on, että pesänhoitaja ei voi siirtää näille elimille niin sanottuja lainkäyttötehtäviään. Näistä tehtävistä ks. Koulu 2009 s. 179.. Pesänhoitajan tehtävistä yleensä ks. Kare 2004 s. 46.

676. Yrityskonkurseissa lieenee sääntönä, että pesänhoitaja ottaa rahoitusomaisuuden ja arvo-varallisuuden haltuunsa mutta muu yritysomaisuus jää velallisen hallittavaksi ja hoidettavaksi. Ks. Koulu 2009 s. 156.

677. Jos sen sijaan velkojatoimikunnan asettaminen jää tuomioistuimelle (KonkL 14:12.2), se on sidottu konkurssipesien rajoihin. Tuomioistuimen asettama velkojatoimikunta on toisin sanoen väistämättä konkurssipesäkohtainen.

tävästi voida konkurssipesässä vaihtaa, sen sijaan pesänhoitaja aina voidaan.

Pulmia kuitenkin aiheuttaa velkojatoimikunnan tiedonsaantioikeus. Lain mukaan velkojatoimikunnalla ja sen jäsenillä on oikeus saada tietoja tehtävänsä hoitamiseksi tarpeellisessa laajuudessa (KonkL 14:12.4). Pykälä on laadittu ajatellen, että toimikunta tai jäsen haluaa tietoja ”omasta” konkurssipesästään. Tästä syystä toimikunnan ja sen jäsenen oikeus saada tietoja kaikista konkurssipesistä voidaan kiistää. Tosin erillisten konkurssipesien pesänselvitys liittyy yleensä siinä määrin yhteen, että kaikki tiedot liittyvät tavalla tai toisella velkojan kuvainnollisesti ”omaan” konkurssipesään.

7.3.2 YHTEISHALLINTO HENKILÖIDEN KAUTTA (SAMAN KONKURSSIHALLINNON MALLI)

Täydellisen yhteishallinnon edullisuus on siinä määrin kyseenalainen, että useimmissa maissa on päädytty järjestämään yhteishallinto henkilöiden kautta.⁶⁷⁸ Tällöin kaikilla konkurssipesillä on oma, periaatteessa itsenäinen konkurssihallintonsa, mutta sen muodostaa aina sama henkilö. Kirjallisuudessa tätä mallia on kutsuttu pesänselvityksen personaaliunioniksi.⁶⁷⁹ Koska tällainen henkilö määrätään tavallisesti konkurssissa oleviin konserniyhtiöihin, häntä on tapana kutsua konsernipesänhoitajaksi, mitä termiä myös laki käyttää (KonkL 8:3). Vaikka laki puhuu yhdestä pesänhoitajasta, kirjallisuudessa on pidetty selvänä, että konsernipesänhoitajia voi olla myös useita.⁶⁸⁰

Oli niin tai näin, erillisten konkurssipesien periaate säilyy tässä mallissa ulkonaisesti koskemattomana. Konkurssipesät esiintyvät kukin omissa nimissään, ne tekevät itsenäisesti omat päätöksensä, ne voivat riidellä ja käydä oikeutta keskenään.⁶⁸¹ Vastaavasti personaaliunionilla saavutettavat hyödyt jäävät suhteellisen vähäisiksi joskin kouriintuntuviksi. Personaaliunionissa tiedonkerääminen konsernin asioista onnistuu helposti, tiedonkulun katkoksia ei tietenkään esiinny, ja pesänselvitystoimet, etenkin realisointi tule-

678. Täydellisessä yhteishallinnossahan yhteisselvitys toteutuu organisaation kautta.

679. Koulou 2009 s. 189. Konkurssilain valmistelussa konsernipesänhoitajan toiminnasta käytettiin ilmaisua ”yhteinen pesänhoito”. Termi on sinänsä todellisuutta kuvaava ja ehkä looginenkin, mutta se sekoittuu liian helposti varsinaiseen eli täydelliseen yhteishallintoon. Tarkkaan ottaen konserni pesänhoitajan pesänhoito ei kylläkään ole yhteistä vaan päinvastoin ”erityistä”. Hänhän selvittää jokaisen konkurssipesän erikseen.

680. Könkkölä-Linna 2013 s. 666. Kahta pesänhoitajaa voidaan käyttää myös intressiriitojen välttämiseen jakamalla tehtävät. Ks. s. 670.

681. Tästä syystä konsernipesänhoitajalla on erityinen huolenaiheensa. Hänen pitää aina ilmoittaa, minkä konkurssipesän pesänhoitajan ominaisuudessa hän kulloinkin toimii. Ellei hän näin tee, hänen tulkitaan toimineen kaikkien konkurssipesiensä nimissä.

vat luontaisesti koordinoituksi. Toisaalta tietojen kerääminen saattaa johtaa luottamuksellisen tiedon leviämiseen ja yksityisyyden loukkauksiin.⁶⁸²

Insolvenssilainsäädännön pirstaleisuutta todistaa, että yrityssaneerauslaki ei tunne konsernipesänhoitajan vastinetta, eli konserniselvittäjää. Tämä on sitäkin yllättävämpää, kun saneerausohjelmien laatiminen konsernissa vaatii paljon kiinteämpää yhteistoimintaa kuin pesänselvitys.⁶⁸³ Yrityssaneerusalain järjestelmässä selvittäjä on kuitenkin korostuneemmin velkojen luottomies. Lainsäätäjä lienee ajatellut, että velkojen egoistinen intressi pitää huolen yhteistyöstä.⁶⁸⁴ Yhteistyö taas tapahtuu helpommin yhteisen selvittäjän ja tarvittaessa yhteisen velkojatoimikunnan kautta. Kannattaa huomata, että laki ei myöskään aseta esteitä sille, että selvittäjäksi ja velkojatoimikunnan jäseneksi eri saneerausmenettelyihin valitaan samat henkilöt. Konkurssiasiaain neuvottelukunta ei olekaan aikaillut siirtäessään suosituksessaan ”Selvittäjän asema ja tehtävät” (suositus 16) konkurssilain säännöksen saneerausmenettelyyn. Suosituksen mukaan sama henkilö voidaan määrätä selvittäjäksi useampaan velallisyrytykseen, jos tehtävää voidaan hoitaa ilman sitä olennaisesti vaikeuttavia ristiriitoja. Uutta kuitenkin on suosituksen vaatimus siitä, että selvittäjän tulee nauttia jokaisen yrityksen velkojen keskuudessa sellaista luottamusta, että määräenemmistö kannattaa hänen valintaansa.

Säännös konsernipesänhoitajasta on konkurssissa yllättävän monitulkintainen. Kielellisesti se on lähinnä rajoittava säännös. Konkurssilakihan ei aseta estettä sille, että sama henkilö on samanaikaisesti kahden tai useamman konkurssipesän pesänhoitaja. Konkurssipesillä ei tarvitse olla minäänlaista yhteyttä keskenään. Vasta kun näitä tehtäviä on niin paljon, ettei henkilö enää selviydy niistä kunnialla, ryhdytään keskustelemaan siitä, onko henkilöllä enää lain edellyttämä kyky toimia pesänhoitajana (KonkL 8:5.1). Sama henkilö voidaan pykälän rajoittavassa luennassa määrätä pesänhoitajaksi samaan taloudelliseen kokonaisuuteen kuuluviin konkurssipesiin ainoastaan, jos kaksi lain edellytystä, tarkoituksenmukaisuus ja eturistiriitojen puuttuminen, täyttyvät. Jälkimmäinen vaatimus sopii hyvin tähän luentaan. Ohimennen todettakoon, että säännöstä on helppo tulkita tältä osin laajentavasti. Samaa henkilöä ei saa määrätä pesänhoitajaksi itsenäisiinkään⁶⁸⁵ konkurssipesiin, jos odotettavissa on eturistiriitoja. Oli niin tai näin, säännös

682. Tämä nähtiin UNCITRAL -mallilakiehdotuksessa kaikkien yhteishallintomallien yhteiseksi ongelmaksi. Ks. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a s. 61.

683. Koskelo 1994 s. 250.

684. Koulou 1994 s. 129.

685. Eli muihin kuin konserniin tai samaan taloudelliseen kokonaisuuteen kuuluviin konkurssipesiin.

jättää joka tapauksessa kertomatta, onko konsernipesänhoitajaksi jo määrättyllä tai tarjolla olevalla henkilöllä etusija tulla määrätyksi tähän tehtävään. Tällöin hän sivuuttaisi ne henkilöt, jotka ovat ehdolla vain yhden konkurssipesän pesänhoitajiksi. Ensimmäinen kriteeri, konsernipesänhoitajan määräämisen tarkoituksenmukaisuus, tukee itse asiassa tällaisen etusijan antamista.⁶⁸⁶ Vasta-argumenttina voidaan taas esittää, että kustannustehokkuus ja velkojien intressit eivät tässä luennassa tule huomioon otetuiksi pesänhoitajaa määrättäessä. Tuomioistuimien kiinnittää huomiota henkilökohtaisiin ominaisuuksiin sekä esteettömyyteen (KonkL 8:5). Ei ole uskottavaa, että jossain yksityiskohdassa tästä linjasta poikettaisiin.

Voidaan kysyä, mitä ”tarkoituksenmukaisuudella” tässä yhteydessä tarkoitetaan. KonkL 8:3:n perusteluissa korostetaan voimakkaasti kustannusnäkökohtia. Yhtenäisestä pesänhoidosta hyödytään, kun velallisyriityksillä on ollut sama hallinto ja keskinäisiä velkasuhteita. Tällöin konkurssipesien yhteinen selvittäminen säästää kunkin pesänhallinnon työtä ja kustannuksia, jos pesänhoitajana on sama henkilö.⁶⁸⁷ Tarkoituksenmukaisuus on siis kustannussäästöjä, ei niinkään tehostunutta tai laadukkaampaa pesänselvitystä. Toiseksi pesänselvitystä vaikeuttavia eturistiriitoja ei perustelujen mukaan saa olla odotettavissa. Jos asiaa arvioidaan ankaran loogisesti, odotettavissa oleva eturistiriita ei sinänsä saisi estää henkilön määräämistä konsernipesänhoitajaksi. Kriteerit kietoutuvat kuitenkin toisiinsa. Mitä enemmän yhtiöillä on keskinäisiä sopimus-, omistus- ja velkasuhteita, sitä enemmän kustannussäästöjä saadaan ja sitä tarkoituksenmukaisempaa on antaa tällainen määräys. Asialla on toinenkin puoli. Mitä enemmän keskinäistä selvitettävää konkurssipesissä on, sitä todennäköisempää on, että eturistiriitoja tulee ilmenemään. Samoin on luultavaa, että riidat konkretisoituvat vasta pesänselvityksessä. Itse asiassa konkurssiin asettamisen hetkellä tiedossa oleva (eli näkyvä) eturistiriita lienee harvinaisuus, sillä konsernihallinnon rutiinitehtäviin kuuluu tällaisten ristiriitojen minimoiminen. Kiistat kun haittaavat konsernin liiketoimintaa.

Lopuksi on aiheutta mieltä, mitä lakitekstissä tarkoitetaan ”pesänhoitajan tehtävää olennaisesti vaikeuttavalla eturistiriidalla”. Yksinkertaisin selitys on

686. Etusija olisi perusteltavissa etenkin silloin, kun henkilö on jo määrätty pesänhoitajaksi joidenkin konserniyhtiöiden konkurssipesiin. Sen sijaan etusijasta on vaikea puhua, kun vasta ajallisesti ensimmäistä pesänhoitajaa valitaan.

687. HE 26/2003 vp. s. 95. Samoin Kōnkkōlā-Linna 2013 s. 670. Perustelut antavat vaikutelman, että silmällä on pidetty konkurssipesien saamaa yhteishyötyä. Itse asiassa loogisempaa erillisten konkurssien järjestelmässä on, että hyöty arvioitaisiin vain sen konkurssipesän kannalta, johon henkilöä ollaan määräämässä pesänhoitajaksi.

tässäkin paras. Eturistiriidalla tarkoitetaan erimielisyyttä jonkun pesänhoitajan tehtäväpiirin kuuluvan konkurssipesän ulottuvuudesta.⁶⁸⁸ Erimielisyys voi liittyä joko velkoihin tai varallisuuteen. Ristiriita voi olla piilevä; tällöin voidaan puhua vaikkapa neutraalisti tulkinnanvarasta. Yhtä hyvin konkurssi voi nostaa erimielisyyden keskustelun tai kiistan kohteeksi. jolloin kysymys on jo riidasta. Käsitteellisesti riita edellyttää ääneen lausuttua erimielisyyttä; erimielisyys taas vaatii eri mieltä olevia tahoja eli riitapuolia. Kun ajatellaan konkurssipesänhoitajan määräämistä, eroa tilanteiden välillä ei oikeastaan saisi tehdä. Sattumasta riippuu, konkretisoituuko erimielisyys ja missä pesänselvityksen vaiheessa se konkretisoituu. Sitä paitsi pesänhoitajan on toimillaan ja joskus päätöksilläänkin otettava kantaa myös piileviin erimielisyyden aiheisiin. Pesänselvityksessähän ei tunneta vastineita siviili-prosessin vaatimis- ja väittämistaakalle. Lakitekstin määre ”vaikeuttava” ja sitä vahventava ”olennaisesti” jäävät sen sijaan merkitykseltään marginaaliseksi.⁶⁸⁹ Mikä tahansa riita, oli se piilevä tai näkyville tuotu, tekee pesänselvittäjästä esteellisen. Hän ei saa edes ryhtyä selvittämään asiaa tai hakemaan kompromissia, esimerkiksi viemällä asian velkojainkokousten kesken sovittavaksi. Kun esteellinen pesänhoitaja ei pysty toimimaan, hänen tilalleen on määrättävä toinen henkilö. Tämä hidastaa pesänselvitystä ja tuo lisäkustannuksia, mikä on tyypillistä tehtävän vaikeutumista.

Säännös konsernipesänhoitajasta edellyttää näin ollen paljon tuomioistuimelta. Tuomioistuimen on jo konkurssiasian alkuvaiheissa pystyttävä arvioimaan, mikä on tarkoituksenmukaista pesänselvitystä ja onko konkurssipesissä eturistiriitoja odotettavissa. Tiettyä henkilöä ehdottavan hakijan on lähtökohtaisesti osoitettava, että edellytykset konkurssipesänhoitajalle ovat olemassa. Velallisaloitteisessa konkurssissa tämä ei muodosta ongelmaa, mutta konkurssihakemuksen tehnyt velkoja kohtaa niitä sitäkin enemmän. Hakijavelkoja tietää jotain enintään siitä konserniyhtiöstä, jota hänen hakemuksensa koskee. Muista konserniyhtiöistä ja konserniyhtiöiden välistä suhteista hänellä on yleensä vain aavistus. Hän ei yksinkertaisesti pysty esittämään kunnon selvitystä siitä, että konsernipesänhoitaja olisi tarkoituksenmukainen tapa aloittaa pesänselvitys. Kun konkurssiasiat on lisäksi käsiteltävä joutuisasti (KonkL 7:4), aikaa selvityksen hankkimiseen ei anneta. Sitä

688. Norjan oikeudessa saman henkilön käyttäminen kytketään pikemminkin siihen, ovatko velkojat molemmissa konkurssipesissä samoja. Jos velkojat vaihtelevat, personaaliunionille jää vähemmän käyttömahdollisuuksia. Ks. Huser 1986 s. 42. Kokemusperäisesti asia on varmaan näin. Periaatteessa intressiristiriitoja voi tietenkin syntyä, vaikka velkojakollektiivit olisivat identtiset.

689. Vrt. Könnkölä-Linna 2013 s. 670.

paitsi on muistettava, että erilliset pesänhoitajat eri konkurssipesiin ovat lain mukainen pääsääntö. Epäselvyys edellytyksistä ratkaistaan näin yksinkertaisesti luopumalla konsernipesänhoitajan määräämisestä.

Oma kysymyksensä on, kuinka konsernipesänhoitaja -järjestely on purettavissa. Tuomioistuimen päätös konsernipesänhoidosta ja henkilön määräämisestä tällaiseksi pesänhoitajaksi ei saa oikeusvoimaa perinteisessä merkityksessä. Konsernipesänhoitajaksi määrätty henkilö voidaan vapauttaa tehtävästään joko yhdessä tai useammassa konkurssipesässä. Hänen tilalleen voidaan määrätä joko tavalliset pesänhoitajat eri konkurssipesiin - jolloin konsernipesänhoito purkaantuu - tai uusi konsernipesänhoitaja. KonKL 8:4 mahdollistaa lisäksi sen, että johonkin konkurssipesään määrätään uusi pesänhoitaja pelkästään hoitamaan sellaista asiaa, jossa konsernipesänhoitaja on esteellinen.⁶⁹⁰ Laki täyttää näin UNCITRAL-mallilain suosituksen. Suosituksen mukaan kansallisen lain tulee määrätä, miten yhteishallinnossa tai muussa yhteisessä pesänselvityksessä kohdattu konflikti hoidetaan (suositus 233). Yksi hoitamisen tapa on määrätä uusi tai uusia pesänhoitajia. Asia erikseen on, että pesänhoitajia vaihtamalla konfliktia ei ole vielä hoidettu. Ratkaisua on pelkästään lykätty siirtämällä sen löytäminen uuden henkilön tehtäväksi.

Yhteishallinto henkilöiden kautta eli pesänhoidon personaaliunioni on näin käyttöalaltaan selvästi rajoitetumpi, miltä se ensi lukemisella vaikutti. Tämä sovellus kantaa mukanaan jokseenkin kaikkia täydellisen yhteishallinnon pulmia - tämänhän UNCITRAL-mallilakiehdotus tuo hyvin esiin - ilman vastaavia etuja. Saavutettavat kustannussäästöt ja tehokkuusedut ovat epämääraisiä ja paljolti tapauskohtaisia. Paradoksaalista kylläkin ne jäävät sitä vähäisemmiksi, mitä tunnollisemmin pesänhoitaja ottaa huomioon jääviysperusteet ja vetäytyy itsensä esteelliseksi katsoen puuttumasta eturistiriitihin. Ääritapauksessa konkurssipesänhoitajan määrääminen lisää kustannuksia sekä yksittäisissä konkurssipesissä että kokonaisuudessaan.

Saman konkurssihallinnon malli on erityisen pulmallinen velkoja-autonomisessa päätöksenteossa. Tällöin velkojakollektiivi voi antaa pesänhoitajalle ohjeita, joita hänen on korvausvastuun ja tehtävästä vapauttamisen uhalla seurattava. Pesänhoitaja saatetaan näin pakottaa oikeudenkäyntiin kahden "oman" konkurssipesänsä välillä. Vielä suurempi ongelma on, että useammalla tuolilla istuminen on omiaan aiheuttamaan epäluottamusta pesänhoitajaan. Velkojat eivät tiedä, minkä konkurssipesän intressejä pesän-

690. Ks. HE 26/2003 vp. s. 96.

hoitaja kulloinkin, ehkä tiedostamatta, suorastaan ajaakin. Personaaliunioni myös välittää pesänhoitajalle sellaista ”yksityistä” tietoa, josta on hyötyä mahdollisissa oikeudenkäynneissä. Pesänhoitaja tietää paitsi kummankin asianosaisen taktisen asetelman myös sellaisia tosiseikkoja, jotka ehkä nousivat ratkaistavaksi itse oikeudenkäynnissä. Kielto käyttää pesänselvityksessä saamia tietoja ”yksityiseksi hyödyksi” (KonkL 14:13.1) saattaa tosin estää sen, että pesänhoitaja luovuttaisi nämä tiedot sille erityiselle pesänhoitajalle, jonka hoidettavaksi oikeudenkäynti lopulta jää. Konsernipesänhoitajanhan on tällaisessa intressiristiriidassa vetäydyttävä sivuun sekä kannetta koskevasta päätöksenteosta että itse oikeudenkäynnistä. Tämä yhteishallintomalli edellyttää myös säännöksiä siitä, saako pesänhoitaja luovuttaa tällaisia yksityisiä tietoja vastapuolista seuraajalleen, jos tai kun yhteishallinto purkaantuu eturistiriidan takia. Kuten edellä havaittiin, tämä kuvainnollinen tietovuotoriski liittyy myös yhteiseen velkojatoimintaan.⁶⁹¹

Viime aikoina kannatusta on saanut eräänlainen yhteishallinnon ja personaaliunionin välimuoto, joka on kehitelty erityisesti konserneille. Siinä konsernin yhtiöillä on omat ja tavallisesti eri henkilöistä koostuvat pesänhoitajansa. Tuomioistuimien voi kuitenkin määrätä erityisen ”koordinoivan” pesänhoitajan. Hänen päätehtävänsä on sovittaa yhteen varsinaisten pesänhoitajien toimet. Esimerkiksi Saksaan ehdotetussa mallissa koordinoivalla pesänhoitajalla ei kuitenkaan olisi valtaa antaa sitovia määräyksiä muiden konkurssipesien pesänhoitajille; hän voisi vain antaa neuvoja ja esittää toiveita.⁶⁹² Pesänhoitajien asiaksi jää, minkä painon he antavat näin saamilleen neuvoille ja esitetuille toiveille. Kun koordinoivalla pesänhoitajalla tavallisesti on tuomioistuimen tuki takanaan, hänen todellinen vaikutusvaltansa on todennäköisesti paljon suurempi kuin mitä järjestely sellaisenaan sisältää.

7.4 YHTEISTYÖSOVELLUKSET

7.4.1 LAKISÄÄTEINEN YHTEISTYÖ

Yhteistyömalli on yhteisselvityksen kevein sovellus. Sille on ominaista, että kukin erillisvarallisuus selvitetään erikseen, jokaisen konkurssipesään määrätään eri henkilöt pesänselvittäjäksi ja muodostuneet erilliset konkurssihallinnot kannustetaan yhteistyöhön keskenään. Kuten edellä todettiin, yhteistyömallista on paikallaan puhua vasta, kun yhteistyöllä on institutionaaliset

691. Ks. edellä jakso 7.3.1.

692. FAZ 20.2.2013.

puitteet, toisin sanoen se on muutakin kuin satunnaista ja egoistista.⁶⁹³ Puitteet voivat perustua joko lakiin tai sopimukseen. Sopimusperusteisen yhteistyön vahvuutena on joustavuus, yhteistyön muodot ja laajuus voidaan aina sovittaa käsillä olevaan yksittäistapaukseen. Lakisääteisen yhteistyön vahvuutena on taas sekä sen valmius (konkurssihallinnon ei tarvitse miettiä, millaista yhteistyötä se hakee) että aloitekynnyksen madaltuminen. Kun velvoite on lakisääteinen, yhteistyö ei riipu henkilösuhteista. Yhteistyön käsitteen ulkopuolelle jää joka tapauksessa ad hoc-tyyppinen, esimerkiksi henkilösuhteisiin tukeutuva yhteistoiminta.

Suomessa yhteistyön puitteet joudutaan perustamaan sopimukseen, sillä konkurssilaki ei niitä tunne. Asia erikseen on, että Euroopan unionin sääntely koskee myös suomalaista konkurssia, jos tämä konkurssi on osa niin sanottua eurooppalaista konkurssia. Tämä sääntely, eli vuoden 2000 maksukyvyttömyysasetus puolestaan määrää pitkälle menevästä yhteistyöstä. Sitä tarkastellaan jaksossa 7.4.2. mahdollisena esikuvana kansalliselle laille. Jos ajatellaan säädettävää lakia tai mahdollisia sopimusjärjestelyjä, yhteistyön puitteet voivat olla minimaalisia tai yksityiskohtaisesti määriteltyjä. Vähimmillään ne asettavat yleisen yhteydenpito- tai tapaamisvelvoitteen, vahvimmillaan yhteistyötä tuetaan yhteisillä elimillä. Edellä viitattu yhteinen velkojatoimikunta esimerkiksi on tällainen elin. Jos ja kun konkurssihallinnot sopivat yhteisen velkojatoimikunnan asettamisesta, yhteistyölle on jo saatu aikaan alustavat oikeudelliset puitteet. Astetta pitemmälle mennään, kun sovitaan, että eri konkurssipesien velkojainkokoukset järjestetään samaan aikaan ja samassa paikassa. Oma kysymyksensä on, miksi tällaisia kokouksia kutsutaan. Nimi riippuu tietenkin siitä, miten päätösvalta määräytyy. Kun konkurssivelkojat eivät lähtökohtaisesti voi siirtää päätösvaltaansa muille, tällainen velkojainkokous ei voi tehdä konkurssipesiä sitovia päätöksiä. Tilaisuus on käsitteellisesti vain joukko samanaikaisia velkojainkokouksia, jota kuvaa kohtalaisen osuvasti joskus käytetty ilmaisu ”yhdistetty velkojainkokous”.

Kiireinen pesänhoitaja luultavasti kysyy, mitä hyötyä yhdistetyistä velkojainkokouksista on. Mitään velkoja sitovia päätöksiähän niissä ei tehdä, päätökset ovat vain suosituksia, eivätkä ne sido myöhemmissä erillisissä velkojainkokouksissa edes niihin yhtyneitä velkojia. Yhdistetyssä velkojainkokouksessa saadaan kuitenkin heti tieto siitä, nauttiiko joku kaavailtu toimi - esimerkiksi koordinoitu realisointi - velkojien enemmistön kannatusta kaikissa konkurssipesissä. Jos näin on, yhdistetty kokous voidaan keskeyttää ja

693. Ks. edellä jakso 7.1.1.

velkojat vetäytyvät omiin velkojainkokouksiinsa tekemään varsinaiset sitovat päätökset. Ellei enemmistöä saavuteta, pesänhoitajat saavat yhdistetyn kokouksen keskustelusta kuvan siitä, miten heidän kannattaa muuttaa ehdotustaan ja niin edelleen. Yhdistetty velkojainkokous poistaa näin sen viiveen, minkä erillinen päätöksenteko jokaisessa konkurssipesässä tuo mukanaan. Erillisessä päätöksenteossa verkkaisin konkurssihallinto määrää tahdin.

Lakiperusteinen ja käytännössä myös sopimusjärjestelyihin tukeutuva yhteistyö edellyttää yhtä perusvalintaa. On päätettävä, ovatko konkurssipesät tasa-arvoisia vai saako joku niistä vastuun yhteistoiminnan aikaansaamisesta. Sopimusperusteisessa yhteistyössä tietenkin kaikki ovat tasaveroisia, kunnes muuta sovitaan. Tosin käytännössä emoyhtiön konkurssihallinto ottanee enimmäkseen jonkinlaisen johtajanroolin. Lakiperusteisessa yhteistyössä valinta on oikeuspoliittinen. Keskitetysti järjestetty yhteistyö on kiistatta tehokkaampaa kuin spontaanisti syntyvä ja muotojaan vasta hakeva. Konsernikonkurssissa emoyhtiön konkurssihallinto on luontainen yhteistyön käynnistäjä ja johtaja. Kuten jäljempänä havaitaan, tämä vaihtoehto on saanut kannatusta kansainvälisissä yhteyksissä, etenkin eurooppalaiseen konkurssiin kytkeytyvänä.⁶⁹⁴ Suorastaan välttämättömältä tällainen järjestely näyttää silloin, kun käytännön yhteistoiminnassa käytetään mahdollisimman pitkälle hyväksi vanhoja yhtiörakenteita, eli konsernihallintoa. Tätähän on edellä yhteishallintosovellutuksiin suositeltu.⁶⁹⁵ Konsernihallintoa on vaikea hyödyntää tehokkaasti hajautetussa ja ad hoc-pohjaisessa yhteistyössä.

Emoyhtiön konkurssihallinnon johto ja konsernihallinnon laaja hyväksikäyttö vaikuttaa lyömättömältä yhdistelmältä. Yhdistelmä olisi eräänlainen konsernihallinnon seuraaja. On vaikea uskoa, että se tarve keskitettyyn johtamiseen ja työnjakoon, joka alun perin loi konsernirakenteen, häviäisi totaalisesti konkurssiin asettamisen seurauksena. Jos konsernin osia myydään toimivina kokonaisuuksina, näyttää pikemminkin käytännön välttämättömyydeltä, että keskitetty johtaminen säilyy, johti konsernia sitten konkurssihallinto tai vanha konsernijohto. Luultavaa onkin, että emoyhtiön konkurssihallinto saa enimmäkseen hiljaisella suostumuksella tällaisen aseman siinä käytännön yhteistyössä, joka syntyy spontaanisti ja ilman oikeudellisia puitteita. Tytäryhtiöiden konkurssipesät joutuvat, kuten edellä jo arveltiin, joka tapauksessa sopeuttamaan omia toimiaan siihen, mitä emoyhtiön konkurssihallinto tekee.

Keskitetylle yhteistyölle on toki muitakin vaihtoehtoja kuin emoyhtiön

694. Ks. jakso 7.4.2.

695. Ks. jakso 7.3.

konkurssihallinnon johto. Kansainvälisessä konkurssissa kannatusta on saanut erillisen koordinoijan määrääminen. Koordinoijan määrää joko automaattisesti tai jonkun konkurssihallinnon hakemuksesta konkurssituomioistuun. Koordinoijan tehtävänä on järjestää yhteistyölle muodot. Hänen suoranaiset valtuutensa ovat varsin vähäiset, valtuudet rajoittuvat tiedonsaanti-, läsnäolo- ja aloiteoikeuteen. De facto koordinoijan vaikutusvalta on suurempi, koska hänelle kertyy tietoa kaikista konkurssipesistä. Koska hänen taustavoimanaan on tavallisesti myös konkurssituomioistuun, erilliset konkurssihallinnot todennäköisesti, kuten edellä todettiin, suhtautuvat vakavasti hänen aloitteisiinsa. Hänelle voidaan antaa esimerkiksi oikeus vaatia pesähoitajan vapauttamista yhteistyönkyvyttömänä.

Yhteistyösovellutukset toimivat parhaiten, kun erilliset konkurssimenetelyt alkavat ja etenevät suurin piirtein samassa tahdissa. Ja kääntäen: halu yhteistyöhön häviää ja yhteistyön hyöty menetetään, jos konkurssipesien pesänselvitys on kovin eri vaiheissa. Jos yksi konkurssipesä on lopputilitysvaiheessa ja toisen pesänselvitys on alkamassa, yhteistyö on jo käytännössä hyödytöntä. Mahdollisuus säästöjä tuovaan ja pesänselvitystä tehostavaan yhteistyöhön, oli se keskitettyä tai hajanaista, ymmärrettävästi kasvaa, jos lainsäätäjät edistää konkurssien samanaikaista aloittamista. Tähän on kuitenkin vaikea keksiä tepsiviä keinoja niin kauan kuin pidetään erillisten konkurssien periaatteesta. Säännökset erityisesti konserniforumista konserniasioissa ehkä hieman auttavat ajoittamisessa. Tosin siitä ei vielä seuraa, että konkurssituomioistuimella olisi velvollisuus käsitellä edes samanaikaisesti vireillä olevat konkurssihakemukset yhdessä. Suositeltavaa yhteiskäsittelytietenkin on, ja OK 18 luvun säännökset antavat siihen myös mahdollisuuden.

Vaikka lakiperusteinen ja mielellään keskitetty yhteistyö tarjoaa etuja, sen toteuttaminen edellyttää konkurssilain muuttamista. Se taas ei ole näköpiirissä kahdestakaan syystä. Ensiksikin konkurssilain säätäminen on luonut eräänlaisen tyytyväisyyden ilmapiirin oikeuspolitiikkaan: lainsäädännön kuvitellaan - hivenen omahyväisesti - edustavan Euroopan kärkeä ja konkurssilainsäädännön viimeistä sanaa. Toiseksi pohjoismaisessa konkurssioikeudessa on perinteisesti vältelty nimenomaan kaikkinaisen yhteistoiminnan "muotojen" sääntelyä.⁶⁹⁶ Tämä selittynee osaksi sillä, että yhteistoiminnan on ajateltu itsestään hakeutuvan uomiinsa, osaksi taas skeptisyydellä. Jäl-

696. Ks. esim. SOU 1977:29 s. 107. Ehdotuksessa käsitellään pesähoitajan, valvontaviranomaisen ja velkojien välistä yhteistyötä, mutta ajatukset ovat sovellettavissa myös konkurssihallintoihin. "Särskilda föreskrifter om formerna för samrådet mellan förvaltaren, å ena, samt tillsynsmyndigheten och de brörda borgenärerna, å andra sida, torde inte behövas."

kimmäisellä tarkoitetaan sitä, että ellei aidolle yhteistoiminnalle ole luontaisia edellytyksiä, oikeudelliset puitteet ovat hyödyttömiä. Näkemys on liian kyyninen. Se unohtaa, että oikeudelliset puitteet ovat omiaan luomaan yhteistoiminnan henkeä. Harva konkurssipesä lienee suoralta kädeltä kaikkea yhteistoimintaa vastaan.

7.4.2 ESKURSIO: ESIMERKKINÄ RAJAT YLITTÄVÄ KONKURSSI

Eurooppalaisesta konkurssista on löydettävissä pitkälle viety yhteistyömallin sovellutus. Sen pohjana on unionin maksukyvyttömyysasetus (EU-MKA), jota tältäkin osin on kaikissa jäsenvaltioissa välittömästi sovellettavaa oikeutta. Asetuksen yhteistyömalli on hierarkkinen: ajatuksena on, että päämenettelyn selvittäjä koordinoi sekundäärikonkurssien selvittäjien toimintaa.⁶⁹⁷ Asetus kuitenkin kätkee lähtökohdan taitavasti. Aluksi päämenettelyn ja sekundäärikonkurssin selvittäjiä kohdellaan samanarvoisina. Heidän on viipymättä annettava toisilleen tietoja sellaisesta seikasta, jolla voi olla merkitystä toisessa menettelyssä (31 (2) art.).⁶⁹⁸ Seuraava kohta taas velvoittaa selvittäjät yhteistyöhön. Hierarkkisuus paljastuu vasta artiklan viimeisestä kohdasta. Kohta nimittäin määrää, että sekundäärikonkurssin selvittäjän on varattava päämenettelyn selvittäjälle tilaisuus tehdä ehdotuksia tähän konkurssiin kuuluvan omaisuuden rahaksi muuttamisesta. Sen sijaan sekundäärikonkurssin selvittäjällä ei asetuksen mukaan ole sanomista päämenettelyn selvittäjän tekemisiin. Sama asymmetria toistuu likvidaatiotoimien keskeyttämistä sääntelevässä artiklassa (33 art.). Päämenettelyn selvittäjällä on oikeus hakea tuomioistuimelta määräystä sekundäärikonkurssin likvidaatiotoimien keskeyttämisestä; sekundäärikonkurssin selvittäjällä taas tätä oikeutta ei ole, kun kysymys on päämenettelyn likvidaatiotoimista. Jonkinlaisena lohdutuksena velkojen oikeuksia sääntelevä artikla (32 art.) antaa kummallakin selvittäjälle oikeuden osallistua toiseen menettelyyn, erityisesti velkojainkokoukseen.⁶⁹⁹

Uusi ehdotus asetuksen tarkentamiseksi säilyttää tämän yhteistyöperiaatteen, pysyttää sen hierarkkisen perusidean sekä laajentaa järjestelyn yrittäjäryhmien konkurssisiin. Päämenettelyn selvittäjän asemaa aikaisempaan verrattuna vahvistaa vielä hänen saamansa oikeus (tai velvollisuus) olla yh-

697. Koulu 2000 s. 237.

698. Asetuksen vanhahtava tausta näkyy siinä, että tämän tietojenvaihdon on ajateltu tapahtuvan kokouksissa laadittujen "pöytäkirjojen" ('protocols') välityksellä.

699. Asetuksen lakisystematiikka ontuu hieman tässä kohdin. Kyseinen eli artiklan kolmas kohta kuuluisi loogisesti edellisen eli 31 artiklan yhteyteen.

teistyössä kansallisen tuomioistuimen kanssa, kun tuomioistuin tekee päätöksen sekundäärikonkurssista (ehdotettu 31 (1) b artikla). Jos velallisytykset ovat kuuluneet samaan yritysryhmään, yhteistyövelvoitteita vielä tämän lisäksi tarkennetaan ja konkretisoidaan (ehdottu 42a art.). Kokonaan uusia velvoitteita on muun muassa selvittäjien yhteistyö sen tutkimiseksi, onko yritysryhmän saneeraamiseen mahdollisuuksia, sekä selvittäjien velvollisuus toimia ohjelmaehdotuksen ja neuvotellun saneerausohjelman mukaisesti.⁷⁰⁰ Lopuksi ehdotettu artikla antaa luvan siihen, että yhdelle selvittäjälle annetaan yhteistyön yllä pitämiseksi laajempia valtuuksia, ellei yksikään kansallinen konkurssilaki sitä kiellä. Vaikkakaan sitä ei ehdotuksessa suoraan sanota, ajatus selvästikin on, että lisävaltuudet annetaan jos niitä ylipäättään annetaan emoyhtiön konkurssimenettelyssä, käytännössä siis päämenettelyn selvittäjälle.

Asetusehdotuksen lopulta aika vähäiset muutokset olivat eräänlainen yllätys. Valmisteluvaiheen asiantuntijatapaamisissa vielä syksyllä 2012 päädyttiin paljon hierarkkisempaan yhteistyön sovellutukseen.⁷⁰¹ Eurooppalaiseen konkurssiin olisi kaavailujen mukaan määrätty niin sanottu johtava insolvenssimenettely eli käytännössä päämenettely.⁷⁰² Johtavan insolvenssimenettelyn selvittäjästä taas olisi tullut automaattisesti yhteistyötä johtava selvittäjä. Sovellusta pidettiin niin varmana voittajana, että asiantuntijat kehittävät myös kriteerit johtavan insolvenssimenettelyn määrittämistä varten. Ensiksi aloitettu menettely on johtava, ellei sen velallisyhtiö ole ryhmässä ”merkityksetön” (insignificant). Merkityksettömäksi taas määriteltiin sellainen yhtiö, jonka liikevaihto jäi alle 10 prosentin koko yritysryhmän liikevaihdosta.

Hierarkkinen yhteistyömalli koordinoitivaltuuksineen on helposti siirrettävissä kansalliseen lainsäädäntöön. Tässä vaiheessa on mahdotonta sanoa, kaatuiko asiantuntijoiden ehdotus asiallisiin vai teknisiin esteisiin.

700. Ehdotuksessa lähdetään siitä, että se selvittäjä, jolla on suurin intressi saneerauksessa, voi vastoin muiden selvittäjien tahtoa jättää ohjelmaehdotuksen. Ks. a proposal amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings s. 9. Yllättävää kylläkin, ehdotus korostaa vanhan ja uuden sääntelyn jatkuvuutta sekä muutoinkin yrittää hämärtää päämenettelyn selvittäjän muita tasa-arvoisempaa asemaa yhteistyössä.

701. Discussion paper on the Revision of Council Regulation on insolvency proceedings 2012 s. 11.

702. Teoriassa tässä yhteydessä, eli yritysryhmissä ei saa käyttää käsitteitä päämenettely ja sekundäärikonkurssi. Koska kysymys on itsenäisistä yhtiöistä, jokainen menettely on periaatteessa päämenettely. Vanha käsitteistö kuvaa kuitenkin melko hyvin menettelyjen suhdetta. Systemaattisesti eurooppalaisessa konkurssissa tulee olemaan, jos ehdotus hyväksytään, kaksi yhteistyön tasoa, päämenettelyn ja sekundäärikonkurssin hierarkkinen yhteistyö (perusteena 31 art.) sekä yritysryhmän yritysten periaatteessa tasa-arvoinen yhteistyö.

Hierarkkista yhteistyötä tasavertaisten konkurssipesien välillä ei ehkä ajatuksena hyväksytty. Mahdollista on sekin, että johtavan insolvenssimenettelyn määräytymisen kriteerit eivät tyydyttäneet kaikkien jäsenvaltioiden edustajia. Ajallisesti ensimmäiselle insolvenssimenettelylle annettu etusija on altis sattumanvaraisuudelle, ja liikevaihtoa käyttävä kriteeri taas saattaisi aiheuttaa riidan siitä, milloin se täyttyy. Nämä erimielisyydet yksityiskohdista eivät kuitenkaan sumenna itse pääasiaa. Lakiperusteinen yhteistyö on vähällä vaivalla toteutettavissa, koska sille löytyy esikuvia. Vielä selvempää on, että maksukyvyttömyysasetuksen alkuperäinen sääntely, joka rakentuu hajautetulle yhteistyölle ja osin piilevälle hierarkialle, toimii missä tahansa konkurssiympäristössä.

7.4.3 SOPIMUKSIIN PERUSTUVA YHTEISTYÖ

Lakiperusteisen järjestelyn puuttuessa yhteistoimintaan päästään ainoastaan, kun konkurssipesät sitä haluavat tai vähintäänkin siihen suostuvat. Oma asiansa on, kirjataanko yhteistyö sopimukseksi, jääkö se hiljaisen yhteisymmärryksen varaan vai viime kädessä tapauskohtaisesti ratkaistavaksi. Sopimuskin, jos sellainen tehdään, voi olla joko aiesopimuksen tai puitesopimuksen tyyppinen tai määrätä yksityiskohtaisia keskinäisiä velvoitteita.⁷⁰³ Sopimus voi asettaa joko velvollisuuksia konkurssihallinnoille tai sisältää kieltoja, esimerkiksi koordinoimaton realisointi kielletään. UNCITRAL -mallilakiehdotus kuitenkin vahvasti suosittaa konkurssipesien yhteistyön perustamista kirjallisiin ja täsmällisiin sopimuksiin.⁷⁰⁴ Sopimus suositellaan tehtäväksi, kuten arvata saattaa, mahdollisimman varhaisessa vaiheessa. Samalla tosin huomautetaan, että sopimus voidaan tehdä ja sitä voidaan muuttaa missä insolvenssimenettelyn vaiheessa tahansa. Nämä sopimukset muodostavat oman sopimustyyppinsä, konkurssin sopimukset (engl. insolvency agreements). Tosin käytössä ovat myös nimitykset ”protocols” ja ”insolvency administration contract”. Viimeinen nimitys kertoo, mistä on kysymys mutta kääntyy vain kömpelösti suomen kielelle.⁷⁰⁵

703. Ks. UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Cooperation 2010 s. 38.

704. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010b s. 21. Yllättävää kylläkin kotimaisia konkurssesja koskeva mallilakiehdotus (eli UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a) ei kiinnitä sopimuksiin mainittavaa huomiota. Tämä johtuu todennäköisesti siitä, että tämä ehdotus lähtee siitä, että kansallinen yhteistyö järjestetään konkurssilailla. On kuitenkin selvää, että sopimusjärjestely on käyttökelpoinen myös kansallisesti, jos lakisääteiseen yhteistyöhön ei haluta de lege ferenda mennä.

705. UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Cooperation 2010 s. 28.

Ehdotus suosittaa, että kansalliset konkurssilait mahdollisimman laajalti sallivat tällaiset sopimukset. Mallilaissa sopimuksia pidetään praktisena ratkaisuna kansainvälisessä konkurssissa, kun yritysryhmään kuuluvat yritykset ovat asetetut eri maissa konkurssiin ja keskinäiselle yhteistyölle syntyy näin tarvetta. Tässä kannattaa muistaa, että UNCITRAL -mallilaissa konsernikonkurssit ovat pelkkä yritysryhmän konkurssien erityistapaus.⁷⁰⁶ Samojen sääntöjen on näin ollen katsottu pätevän molemmissa tilanteissa, vaikka edellä tässä tutkimuksessa nämä kategoriat on erotettu.⁷⁰⁷ UNCITRAL -mallilaki antaa konkurssin sopimuksille hyvin laajan käyttöalan: sopimuksilla voidaan järjestää sekä omaisuuspiirien (varat/velat) rajat että yhteistoiminnan muodot ja sisältö. Mallilakiehdotuksen suosituksessa luetellaan lähes 20 asiaryhmää, joista tulisi saada määrätä sopimuksessa (suositus 47). Näin sopimalla konkurssipesät pystyttäisiin myös yhdistämään tai saattamaan yhteishallinnon alaisiksi. Oma ongelmansa on, miten sopimukseen liittyvät riidat ratkaistaan. UNCITRAL suosittelee, että sopimukseen otetaan tähän tarvittavat määräykset (suositus 38). Määräys voi olla esimerkiksi prorogaatiolauseke tai välityslauseke.⁷⁰⁸

Velkoja-autonomisissa järjestelmissä pulmana ei ole niinkään se, voidaan näistä asioista sopia. Esimerkiksi varallisuuspiirien rajat kyetään määrittämään sopimuksella: rajat voitaneen myös sopimuksella kumota, jolloin päästään puhtaaseen konkurssipesien yhdistämiseen. Kysymys on ainoastaan siitä, missä määrin sopimiseen riittää velkojen enemmistö, missä määrin kaikkien intressitahojen (kaikki velkojat ja velalliset) tahdonilmaisu on välttämätön. Karkea jakolinja kulkee siinä missä aineellinen oikeuskin. Jos sopimus toteuttaa konkurssipesän aineellista oikeutta niin pitkälle kuin mahdollista, se on vielä tehtävissä velkojen enemmistöpäätöksellä. Jos taas kuvitteellinen aineellisen oikeuden alue ylitetään, tarvitaan jo velkojen yksimielinen päätös. Esimerkiksi: konkurssipesän x velkojat voivat enemmistöpäätöksellä luopua oikeudenkäynnistä A:ta vastaan, jos konkurssipesän oikeus on kyseenalainen, A on maksukyvytön tai oikeudenkäyntikustannukset ylittävät voiton tuottaman hyödyn. Sen sijaan tällainen päätös on pätemätön, jos konkurssipesän oikeus on selvä, A maksukykyinen ja oikeudenkäynti toisi lisävaroja konkurssipesään.

Jos tätä jakolinjaa seurataan, velkojat voivat enemmistöpäätöksellä tehdä sopimuksen toisen konkurssihallinnon kanssa yhteistyöstä niin kauan

706. Ks. edellä 1.3.3.

707. Ks. jakso 3.4..

708. UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Cooperation 2010 s. 40.

kuin sopimuksessa rajoitutaan menettelytapoihin. Sopimuksessa voidaan toisin sanoen määrätä tietojen vaihtamisesta, yhteisistä toimista pesänselvityksessä, erillistointien rytmityksestä ja niiden koordinoimisesta. Yhtä mahdollista on sopia yhteistyön järjestelyistä kuten pesänhoitajien tapaamisista, raportointivelvollisuudesta tai yhteisistä velkojainkokouksista. Vaikka yhteistyötä voidaan ohjata varsin pitkälle, jossain vaiheessa tulee jälleen vastaan konkurssilain pakottavuuden raja. Esimerkiksi konkurssipesäkohtaisista velkojainkokouksista ei voida luopua ja siirtää niiden päätösvaltaa yhteiselle velkojainkokoukselle. Tällainen siirto merkitsisi, että velkojien enemmistövalta yksittäisessä konkurssipesässä katoaisi. Yhdistetyssä eli suuressa velkojainkokouksessa yksittäisen konkurssipesän velkojaenemmistö voisi olla jo vähemmistö. Monet yhteistyön muodot ovat lisäksi niin rutiinimaisia, että niistä päättäminen kuuluu pesänhoitajalle. Velkojat voivat toki kieltää joko yksittäisen yhteistyön muodon tai kaikenkin kanssakäymisen. jopa pesänhoitajien epävirallisen yhteydenpidon.

Jos yhteisselvitys rakennetaan sopimuksille, tällaisiin sopimuksiin liittyvät pulmat on ymmärrettävästi ratkaistava.⁷⁰⁹ Keskeisiä pulmia on kaksi, sopimusten oikeudellinen kontrolli ja sopimusten julkisuus. Mitä tulee oikeudelliseen kontrolliin, sopimukset ovat tietenkin jätettävissä yleisen sopimusoikeuden varaan. Sopimusten pätevyys esimerkiksi ratkaistaan oikeudenkäynnissä, jossa otetaan kantaa mahdollisiin tahtovirheisiin, sopimusten kohtuullisuuteen sekä siihen, onko sopimus vastoin konkurssilain pakottavaa sääntelyä. Tuomioistuin myös viime kädessä tulkitsee sopimusta, jos sen sisällöstä tulee riitaa. Kaksi ensimmäistä tilannetta ovat tässä yhteydessä vailla merkitystä. On vaikea kuvitella tilanteita, joissa velkojainkokousten hyväksymiä sopimuksia rasittaisi varsinainen tahtovirhe tai kahden tasa-arvoisen, ammattimaisen toimijan välinen sopimus olisi ilmeisen kohtuuton. Sen sijaan konkurssilain pakottavuuden rajat tulevat pikaisesti vastaan, jos sopimuksessa muutetaan epäsuorastikaan materiaalisia oikeussuhteita tai se toteuttaa yhteishallintoa yli personaaliunionin. Ainakin jos sopimus on tässä merkityksessä materiaallinen, voidaan ajatella, että konkurssituomioistuin päättäisi sen vahvistamisesta. Teknisesti vahvistaminen olisi helppo toteuttaa. Jos sitä pyytäisivät kaikki mukana olevat konkurssipesät, ketään ei

709. Muitakin ja toisinaan vähäisiä pulmia on nostettu esiin, esimerkiksi kysymys siitä, kenen on allekirjoitettava sopimukset. UNCITRAL -käyttöopas antaa praktisen joskin epätieteellisen vastauksen. Allekirjoitus tarvitaan jokaiselta, johon sopimuksen vaikutukset halutaan ulottaa. Tyypillisiä sopimuspuolia ovat pesänhoitajat, velallinen, velkojatoimikunnat sekä yksittäiset velkojat. Velkojien mukaan ottamista kuitenkin pääsääntöisesti vältetään. Ks. UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Cooperation 2010 s. 33.

tarvitsisi kuulla, joten rekisteröinti olisi nopeaa ja kevyttä. Jotta materiaalisten ja ei-materiaalisten sopimusten rajanvedolta välttyttäisiin, kaikki konkurssipesien sopimukset ehkä kannattaisi tuoda samalla tavalla etukäteen vahvistettavaksi.⁷¹⁰

Siitä riippumatta, vahvistetaanko sopimus vai ei, herää kysymys sen rekisteröimisestä ja samalla julkistamisesta.⁷¹¹ Sivullisilla, jotka asioivat yhden konkurssipesän kanssa, saattaa olla intressiä tietää, onko se sopinut jotain yhteishallinnosta tai yhteistyöstä toisen konkurssipesän kanssa. Jos rekisteröimistä pidetään tarpeellisenä, se kannattaisi uskoa erityisviranomaisille, jos sellainen on. Suomessa tällaisena viranomaisena toimii konkurssiasiamies, ja monissa muissakin maissa on samantapaisia elimiä. Jos puhutaan Suomesta, pesänhoitajien on muutoinkin ja ilman eri pyyntöä toimitettava pesänhoidossa syntyneitä asiakirjoja konkurssiasiamiehelle (konkurssipesien valvonta-asetus 8 §). Sopimus yhteistyöstä toisen konkurssihallinnon kanssa olisi helppo lisätä toimitettavien asiakirjojen listaan. Tämän lisäksi konkurssiasiamiehellä on oikeus saada nähtäväkseen kaikki konkurssipesälle kuuluvat, velallista tai konkurssipesää koskevat asiakirjat (konkurssipesien valvontalaki 4.1 §). Konkurssiasiamiehellä on näin joka tapauksessa oikeus saada tieto konkurssipesien välisestä sopimuksesta. Asia erikseen on, kenellä ulkopuolisella on oikeus saada tietoja konkurssiasiamieheltä. Salassapitovelvollisuus ulottuu myös konkurssiasiamieheen. Valvontalain mukaan konkurssiasiamiehellä on kuitenkin aina oikeus antaa salassa pidettäviä tietoja sille, joka tarvitsee niitä oikeuksiensa suojelemiseksi tai velvollisuuksiensa hoitamiseksi (16 § i.f.)

Vaihtoehto konkurssiasiamiehelle on oikeusrekisterikeskus, joka pitää jo nykyisinkin konkurssi- ja yrityssaneerausrekisteriä. Tähän rekisteriin kirjaan kuitenkin pääasiassa tietoja konkurssiasian käsittelystä sekä pesänhoi-

710. UNCITRAL -mallilakiehdotus sallii molemmat vaihtoehdot, sopimus voidaan joko vahvistaa tuomioistuimessa tai jättää vahvistamatta. Vaihtoehto vaikuttaa kuitenkin sopimusten statukseen. Vahvistamattomina ne ovat "contracts between the signatories or, in case of approval by the courts, may obtain the legal status of a court order." Ks. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010b s. 21. Itse suosituksessa (suositus 254) toivotaan kuitenkin, että kansallinen laki sallisi tuomioistuimen vahvistavan tällaisen sopimuksen. Monissa maissa on kiistelty siitä, vaatiiko tuomioistuimen vahvistus perustan konkurssilaissa vai onko se johdettavissa etenkin common law -oikeudelle ominaisesta yleisestä toimivallasta. Ks. UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Cooperation 2010 s. 34. Pohjoismaissa tällaiselta keskustelulta puuttuu pohja: vahva legaliteettiperiaate vaatii oikeusperustaa kirjoitetussa laissa.

711. Yllättävää kylläkin rekisteröintiä ei pohdita UNCITRAL -mallilaissa. Asiaa ei edes mainita ohimenevästi. Syynä unohtamiseen voi kylläkin olla, että kansainvälisessä konkurssissa - ehdotushan koskee sellaista konkurssia - luontevaa rekisteröintiviranomaista ei ole helppo löytää. Kotimaisissa konkurseissa asia on toki toisin.

tajien nimet ja yhteystiedot (laki konkurssi- ja yrityssaneerausrekisteristä 137/2004). Tiedot kerätään tuomioistuimilta, joskin poikkeuksena ovat pesänhoitajien ilmoitukset lopputilityksen hyväksymisestä. Konkurssihan päättyy tähän hyväksymiseen. Tällä rekisterillä ei ole käyttörajoituksia, vaan jokaisella on oikeus saada otteita rekisteritiedoista. Ohimennen todettakoon, että tästä rekisteristä ei periaatteessa näy, toimiiko tietty henkilö pesänhoitajana useissa, samaan taloudelliseen kokonaisuuteen liittyvissä konkurssipesissä.

7.5 KUKA SÄÄNTELEE KONKURSSIA KONSERNISSA?

7.5.1 KONKURSSIASIAIN NEUVOTTELUKUNNAN ROOLI

Edellä päädyttiin siihen, että konkurssipesien aineellista yhdistämistä sisältävät mallit vaativat lainsäädäntöä.⁷¹² Säädösvalta on näin lainsäätäjällä. Konkursseista puhuttaessa tarvitaan sekä yhtiöoikeudellista että konkurssioikeudellista lainsäädäntöä. Niiden työnjako on epäselvä, joskin konkurssilain luontaisena tehtävä on lähtökohtaisesti aineellisen lainsäädännön tekeminen toteuttaminen, toisin sanoen menettelypuitteiden asettaminen. Tämä on myös argumentti sille, miksi KonkL 5:11 ei radikaalinkaan uustulkinnan kautta voi muodostaa tällaista lainsäädännöllistä pohjaa. Sen sijaan yhteistoiminta- ja yhteistyömalleissa säädösvalta ja sen jakautuminen on jossain määrin epäselvä. Kiistaa ei ole niinkään siitä, missä mahdollisen sääntelyn lakisystemaattinen paikka on. Tällainen sääntely luonnollisesti kuuluu konkurssipesän selvittämiseen liittyvänä konkurssilakiin. Ihanteena tietenkin olisi, että tähän lakiin lisättäisiin erityinen luku konserneissa tai yritysryhmissä tapahtuvista konkursseista. Yhteisselvitystä koskevat säännökset muodostaisivat osan luvusta.

Avoimeksi jää, missä määrin ylipäätään vaaditaan uutta säädännäistä oikeutta, missä määrin pehmeä sääntely puolestaan pystyy täyttämään kirjoitetun lain funktion ja kuinka laajalti yhteistoiminnan ja yhteistyön vaatimat rakenteet ovat saatavissa aikaan sopimuksilla. Suositeltavaa toki on, että konkurssilakiin otetaan yleissäännös konkurssihallintojen tekemistä sopimuksista eli niin sanotuista konkurssisopimuksista. UNCITRAL -mallilakiehdotushan puoltaa tällaisten säännösten ottamista kansallisiin konkurssilakeihin. Säännös voi pelkästään kertoa tästä mahdollisuudesta, mutta se

712. Ks. jakso 7.2.3. Ks. myös jakso 3.2.

voi myös asettaa sopimuksille muoto-, sisältö- tai rekisteröimisvaatimuksia. Suomea ajatellen erityinen ongelma on, kuka tuottaa tarvittavan sääntelyn. Tämä johtuu siitä, että sääntelykompetenssi jakaantuu erikoisella, arvostelua herättäneellä tavalla lainsäätäjän ja konkurssiasian neuvottelukunnan kesken.⁷¹³ Neuvottelukunta on lähtökohtaisesti konkurssiasiamiestä neuvova asiantuntijaelin. Tosiasiallisesti konkurssiasian neuvottelukunnasta on kuitenkin muodostunut lainsäätäjän kanssa kilpaileva elin. Sen toiminta hakee kiinnekohtia oikeudellisesta polysentriasta ja pehmeää sääntelyä (soft law) koskevista teorioista.⁷¹⁴

Konkurssiasian neuvottelukunta toimii niin sanottujen suositusten kautta. Suositusten antaminen on painoalue sen tosiasiallisessa toiminnassa: asetus konkurssipesien hallinnon kehittämisestä (111/1995) sen sijaan mainitsee ensimmäisenä toimintatapana aloitteet ja esitykset lainsäädännön ja valvonnan kehittämiseksi. Vasta tämän jälkeen tuodaan esiin ”niitä koskevat lausunnot ja suositukset”. Kirjaimellisesti luettuna suositusten pitäisi oikeastaan liittyä ensimmäisenä mainittuun lainsäädännön kehittämiseen, mutta käytännössä tämä rajoitus (jos se on sellaiseksi tarkoitettukaan) on täysin unohtunut. Loogisestikaan tyypillinen suositus ei kytkeydy hevin kehittämiseen. Asetuksen tekstistä päätellen konkurssiasian neuvottelukunnasta ajateltiin esisijaisesti oikeuspoliittista toimijaa. Neuvottelukunnan omaksuman ”normatiivisen” roolin on täytynyt olla yllätys. Roolin muuttumista ei voi selittää pitkän kehityksen tulokseksi: neuvottelukunta omaksui alusta alkaen normatiivisen roolin.⁷¹⁵

Oli asia niin tai näin, konkurssiasian neuvottelukunta on antanut suuren määrän suosituksia. Suositukset osaksi kodifioivat eettisiä ohjeita eli hyvää pesänhoitotapaa, osaksi taas sisältävät auktorisoituja tulkintoja konkurssilaista.⁷¹⁶ Ero puhtaan kodifioinnin ja uusien eettisten sääntöjen tuottamisen välillä on luonnollisesti veteen piirretty. Samoin eettisten sääntöjen ja oikeudellisten tulkintojen raja liukuu. Eettiselle säännölle annetaan oikeusvaikutuksia lukemalla sitä ”oikeudellisesti”. Suosituksia onkin kuvattu merkittävimmäksi ”käytännölliseksi oikeuslähteeksi” konkurssilakimiehille.⁷¹⁷

713. Jakaantuvaan sääntelykompetenssiin palataan jäljempänä jaksossa 7.4.2.

714. Ks. Koulu 2009b s. 117.

715. Kiistely toimivallasta on tavallaan turhaa. Pehmeän sääntelyn etuihin (tai haittoihin) nimitään kuuluu, että se on oiva keino kiertää toimivaltakiistoja ja rajoituksia. Ks. Koulu 2009b s. 120

716. Korkea-aho 2005 s. 158. Suositusten luokittelusta myötä- ja yhteissääntelyksi ks. Neuvonen 2006 s. 407 ja 422. Julkisoikeudellisen toimijan eli konkurssiasiamiehen rooli on niin vahva, että määrittely nimenomaan myötäsääntelyksi on paikallaan.

717. Korkea-aho 2005 s. 159.

Suosituksia pidetään yleisesti (konkurssi)lain veroisena. Suhtautumistapa on tyypillinen pehmeälle sääntelylle. Kiireinen käytännön toimija (konkurssilakimiehet ovat tunnetusti erityisen kiireisiä) ilahtuu saadessaan selkeitä ja yksityiskohtaisia ohjeita. Hän ei kysele sen legitimitettiä eikä vaivaa päättään sillä, missä määrin pehmeä sääntely poikkeaa demokraattisen lainsäätäjän tavoitteenasettelusta. Joissakin suosituksissa auktorisoitujenkin tulkintojen raja ylitetään. Esimerkiksi edellä viitatussa suosituksessa ”selvittäjän asemasta ja tehtävistä” hyväksytään yhteisselvittäjän määrääminen konserniyhtiöihin. Tässä neuvottelukunta toimii suopeankin määrittelyn mukaan jo lainsäätäjän jatkeena.

Konkurssiasiaain neuvottelukunta ei, useimpien pehmeän sääntelyn tuottajien tapaan, perusta suosituksiaan empiiriseen tietoon. Se ei käsittele valituksia tai kanteluita, mikä välittäisi luontaisesti tietoa vallitsevista käytänteistä. Se ei myöskään kokoa järjestelmällisesti empiiristä tietoa pesän selvityksestä. Neuvottelukunta joutuu näin perustamaan suosituksensa jäsentensä hiljaiseen tekijäntietoon, mikä on omiaan viemään sen toimintaa normatiiviseen suuntaan. Samalla linkki konkurssiasiamieheen nousee tärkeäksi. Konkurssiasiamies nimittäin saa kanteluita pesänhoitajista, neuvoo pesänhoitajia kiperissä tilanteissa sekä ottaa vastaan aineistoa pesänhoitajilta (konkurssipesien valvonta-asetus 8 §). Toinen asia on, missä määrin näin kiinteä yhteys heijastuu neuvottelukunnan asenteisiin. Sinänsä siinä, että pehmeän sääntelyn tuottaja kiinnittyy pysyvämpään organisaatioon, ei ole hämmästeltyä. Rakenne on hyvin yleinen, koska ilman tällaista tukiorganisaatiota pehmeän sääntelyn tuottajalla ei ole mahdollisuutta seurata, missä määrin sen suosituksia noudatetaan. Juuri konkurssiasiamiehen lakisääteiset valtuudet antavatkin neuvottelukunnan suosituksille niiden tehon.

7.5.2 KONKURSSIASIAIN NEUVOTTELUKUNTA YHTEISSELVITYKSEN TUKENA

Konkurssiasiaain neuvottelukunnan lakisääteisestä tai omaksutusta toimenkuvasta ei vähällä pystytä johtamaan valtuutusta uuteen yhteishallintoa tai yhteistoimintaa koskevaan sääntelyyn. Valtuutusta ei ainakaan voida johtaa konkurssilain pykälistä, koska pykälät eivät, kuten edellä havaittiin, sisällä velvoitteita suuntaan tai toiseen. Pitkälle menevät yhteishallintosovellutukset eivät tunnu jättävän lainkaan tilaa suosituksille. Neuvottelukunta ei myöskään voi - tai ei ainakaan saisi - ohjeistaa tuomioistuimia siitä, milloin sen on määrättävä tietty henkilö konsernipesänhoitajaksi. Sen sijaan neuvottelu-

kunta voi nykyroolissaan antaa tähän tehtävään jo määrätylle henkilölle ohjeita. Personaaliunioni ymmärrettävästi vaikuttaa pesänhoitajan toimintaan ja tuo siihen sellaisia erityispiirteitä, joita ei muutoin esiinny. Esimerkiksi pesänhoitajan vuosiselonteko on tavallisesti pesäkohtainen (KonkL 14:11). Tuntuu kuitenkin luontealta, että selonteossa annettaisiin tietoja niistä muista konkurssipesistä, joissa konsernipesänhoitaja toimii, mitä oikeudenkäyntejä näissä konkurssipesissä on vireillä (2-k) tai miten realisointi niissä etenee (1-k). Jos UNCITRAL -mallilaista haetaan lisäksi oppia, selonteko olisi myös oikea paikka kertoa, mitä pesänhoitoon vaikuttavaa pesänhoitaja on tehnyt muissa konkurssipesissään ja mitä potentiaalisia tai realisoituneita ristiriitoja hän on havainnut.⁷¹⁸ Vuosiselonteosta tulee näin eräänlainen konsernikonkurssin toimintakertomus.

Tosin salassapitovelvollisuus (KonkL 14:13) tuottaa tällöin pulmia, koska tällainen yhteinen vuosiselonteko levittää yhtä konkurssipesää koskevan tiedon muihinkin konkurssipesiin. Näkökohta on jäänyt vähälle huomiolle päätellen suosituksesta ”Konkurssivelallisen toiminnan erityistarkastus” (suositus 8). Suosituksen mukaan pesänhoitaja voi luovuttaa erityistarkastuskertomuksen tai sen osan toiselle pesänhoitajalle, esimerkiksi sisar- tai konserniyhtiön pesänhoitajalle, jos siihen on perusteltu syy. Suositus ei oikeastaan enää ole konkurssilain auktorisoitu tulkinta vaan sen *contra legem*-tulkinta. Asiallisesti suositeltu tulkinta on toki paikallaan, koska tällainen tietojenvaihto on juuri käytännön yhteistyötä. Sama ongelma toistuu erilaisena konsernipesänhoidossa. Salassapitovelvollisuuden rikkomisesta ei tarvitse niinkään huolehtia, vaan pulmaksi nousee yksityisen tiedon käyttäminen, minkä KonkL 14:13 myös kieltää. Tosin lakiteksti jättää tilaa saivartelulle: yhdestä konkurssipesästä saadun tiedon käyttäminen toisen konkurssipesän selvittämisessä ei välttämättä ole pykälän tarkoittamaa tiedon käyttämistä ”yksityiseksi hyödykseen”.

Neuvottelukunnan sääntelyvaltuuden (jos termiä halutaan käyttää) painopiste on yhteistyösovelluksissa. Yhteishallintosovelluksissa suosituksille ei oikeastaan jää lainkaan tilaa. Suosituksia ei niissä voida perustaa konkurssilain säännöksiin, eikä kodifioitavaa hyvää pesänhoitotapaa voi tästä syystä syntyä. Mahdolliset käytänteet eivät vakiintuneinakaan ole hyvää pesänhoitotapaa, sillä ne ovat - yhteistä velkojatoimikuntaa lukuun ottamatta - konkurssilain systematiikan ja usein sanamuodonkin vastaisia. Suositukset yhteishallinnosta vaatisivat täysimittaista *contra legem*-tulkintaa, mikä taas

718. Ks. Koulu 2009 s. 174.

on mahdollisimman kaukana neuvottelukunnan suositusten konkurssilakisidonnaisuudesta.⁷¹⁹ Yhteistyösovelluksia, esimerkiksi yhteydenpitoa eri ulkoistajoihin, onkin pidetty sellaisena aihepiirinä, jotka kannattaisi ohjeistaa suosituksilla.⁷²⁰

Suoralta kädeltä on todettava, että konkurssiasiaain neuvottelukunta ei ole koetellut konsernikonkurseissa valtansa rajoja. Konserneja koskevat suositukset ovat olleet harvassa. Yhtään konserneille omistettua suositusta ei ole annettu, joten konserniyhtiöiden pesänselvitystä koskevat kannanotot ovat yksittäisiä toteamuksia muissa yhteyksissä. Kahta edellä viitattua - ja kieltämättä varsin kyseenalaista - suositusta lukuun ottamatta huomautukset ovat tavallisesti harmittomia faktakuvauksia. Esimerkiksi suosituksessa ”Realisointi” (suositus 11) todetaan, että erityisesti konsernitilanteissa konkurssipesän selvitys ja panttien realisointi voi kestää pitkään, mikä heijastuu pantinhaltijan edellytyksiin kohdistaa kauppahintaa heti kaupanteon jälkeen. Jyrkimmälläkään legalistilla ei voi olla mitään tällaisen itsestään selvyuden esiintuomista vastaan. Havainto tukee edellä viitattua väitettä siitä, että suositukset kohdistuvat konkurssilaissa jo säännellylle alueelle. Tuloksena on lopulta ylisäänneltyjen alueiden ja totaalisten aukkojen vuorottelu.

7.6 VÄLITILINPÄÄTÖS: TUTKIMUSTULOKSIA JA EHDOTUKSIA

Tämän luvun lainopillinen anti jää laihaksi. Luku tuottaa lähinnä nykytilan arvostelua ja oikeuspolitiikkaa. Yhdistämissovellutukset konkurssipesissä vaativat kiistatta uutta lainsäädäntöä. Vaihtoehtoisinkaan lainoppi ei pysty niitä toteuttamaan. Konkurssin näkökulmasta konkurssipesien yhdistäminen olisi ihanneratkaisu: se nopeuttaisi pesänselvitystä ja alentaishi nähtävästi huomattavasti konkurssikustannuksia. Velkojien asemaa se kuitenkin muuttaishi niin perustavasti, että vain laskennallisten erillisvarallisuuksien vaihtoehto lienee juuri ja juuri oikeuspoliittisten mahdollisuuksien rajoissa. Se ehkä olisi myös, jälleen niukin ja naukin, toteutettavissa konkurssilain osittaisuudistuksena. Tätä voidaan perustella ainakin silloin, kun las-

719. Konkurssiasiaain neuvottelukunnan suositusten paradoksina onkin pidetty sitä, että ne sääntelevät entisestään säänneltyä aluetta. Sen sijaan ne eivät kohdistu sinne, missä sääntelystä on lähtökohtaisesti puutetta. Ks. Korkea-aho 2005 s. 86.

720. Korkea-aho 2005 s 158.

kennallisia erillisvarallisuuksia koskeviin kiistoihin on mahdollisuus saada tuomioistuimen kannanotto. Sen sijaan velkojen oikeussuoja ei vaadi sitä, että kannanotto on haettava nimenomaan täysimittaisen oikeudenkäynnin kautta. Konkurssilaissahan tuomioistuimelle on muutoinkin uskottu erilaisia arvioimistehtäviä. Esimerkiksi tuomioistuin ratkaisee velkojan vaatimuksista, vastaako velkojalle sovinnon perusteella maksettava jako-osuus lopullista jako-osuutta (KonkL 21:1). Vaatimus on esitettävä määräajassa, se käsitellään hakemusasiana ja päätökseen saa hakea erikseen muutosta.⁷²¹ Lukija ei hevin näe eroa verrattuna siihen, että tuomioistuin ratkaisisi, vastaako velkojalle tuleva jako-osuus laskennallisen erillisvarallisuuden perusteella laskettua jako-osuutta.

Mitä tulee yhteistoimintamalleihin, täydellinen yhteishallinto on selvä voittaja. Yhteishallinto hälventää sitä vastakkaisasettelua, joka on seurausta erillisistä varallisuuspiireistä ja niiden maksimaalisesta järjestämisestä aineellista oikeutta vastaaviksi. Täydellisessä yhteishallinnossa toteutetaan eräänlainen konkurssin konserni-intressi. Lupaavimmat vaihtoehdot rakentuvat yhtiöoikeudellisen konsernijohdon - käytännössä konsernihallinnon - ja konkurssioikeudellisen konkurssihallinnon on yhteistoiminnalle. Tällainen yhteistoiminta on joka tapauksessa välttämätön, jos yritystoimintaa jatketaan ja liiketoimintayksiköt myydään joko kerralla tai erikseen toiminnallisina kokonaisuuksina.

Sen sijaan personaaliunionille pohjautuvaa yhteishallintoa on pakko pitää epäkelpona. Se säilyttää vastakohtaisuuden sekä ylläpitää jännitettä yhtiöintressi/konserni-intressi myös konsernin konkurssissa. Malli asettaa lisäksi kohtuuttomat vaatimukset pesänhoitajan integriteetille ja kyvyille puolueettomuuteen. Teoreettisesti ajatellen puolueettomuus on illuusio, sillä konsernipesänhoitajalla on - kuten pesänhoitajalla yleensäkin - päätehtävänä konkurssipesänsä erityisten intressien suojaaminen suhteessa ulkomaailmaan. Kun konkurssipesien intressit ovat ristiriidassa, pesänhoitaja on periaatteessa esteellinen. Normaalisti konserniyhtiöiden väliset suhteet sisältävät aina eturistiriitoja. Integroidussa konsernissa väite keskinäisten oikeussuhteiden kaikinpuolisesta riidattomuudesta on suorastaan naiivi. Sen sijaan jos konserni koostuu de facto itsenäisesti toimivista yhtiöistä ja ne eivät juuri ole liikesuhteissa keskenään, tätäkään tilannemuunnelmaa (mistään ei

721. Koulu 2009 s. 412.

ole riitaa tai edes oikeudellista epäselvyyttä) ei voi kokonaan torjua. Epätavallinen se varmasti on.

Yhteisselvityksen kehittäjänä konkurssiasiaain neuvottelukunta on avainasemassa. Edustava asiantuntijaelin sopii hyvin antamaan ohjeita ja neuvoja pesänhoitajille. Ohjeistus on enimmäkseen pikkutarkkaa, hyvin spesifistä ja jatkuvaa päivitystä vaativaa. Demokraattinen lainsäädäntöprosessi on tähän tarkoitukseen tarpeettoman raskas ja sitä paitsi liian hidas. Muutamat yhteisselvityksen sovellutukset - esimerkiksi täydellinen yhteishallinto - tarjoaisivat neuvottelukunnalle myös tilaisuuden tehdä lainsäädännöllisiä aloitteita. Tätä oikeuspoliittista rooliaanhan neuvottelukunta on, syystä tai toisesta, vierastanut.⁷²² Kukaan ei kuitenkaan voine kiistää, etteikö konkurssiasiaain neuvottelukunnan asemaa tulisi selkiinnyttää. Sitä koskevassa asetuksessa neuvottelukunnan tehtävät pitäisi määritellä todellisuutta vastaavasti, ja kytkentä konkurssiasiamieheen tulisi poistaa. Kytkentähän on historiallinen jäännös. Sitä paitsi neuvottelukunnan oikeus tehdä aloitteita valvonnan kehittämiseksi ei tunnu olevan paikallaan, koska nimenomaan konkurssiasiamies on valvontaviranomainen. Kehittämisalotteet saavat näin helposti konkurssiasiamiehen nykyistä toimintaa arvostelevan leiman.

Neuvottelukunnan kannattaisi myös pikaisesti antaa jonkinlainen perussuositus. Tässä suosituksessaan se kertoisi suositustensa tavoitteet, niiden kohdentamisen logiikan, suositusten laatimisen periaatteet sekä suositusten oikeuslähdeopillisen aseman - tai oikeammin sen puuttumisen. Tällä hetkellä neuvottelukunta jättää - väitetyksi savolaisen tapaan - kaiken vastuun suosituksen lukijalle. Lukijan on pystyttävä arvioimaan suositusten oikeudellinen merkitys, josta tutkimuksessakin vallitsee erimielisyys. Jotta hankalista konkurssilain auktorisoiduista tulkinnoista välttyttäisiin, neuvottelukunnan kannattaisi lisäksi suunnata suositusten painopiste konkurssilain aukkoihin eli tilanteisiin, jotka jäävät konkurssioikeuden yleisten periaatteiden varaan. Suositusten hakeutuminen konkurssilain tulkinta-alueelle on toki luonnollista kahdestakin syystä. Ensiksikin juuri tältä alueelta on helpointa kirjoittaa suosituksia, toiseksi taas pykälien tulkinta aktualisoituu useimmiten pesän selvityksen arjessa. Selvää kylläkin on, että suositusten laatimisen vaivattomuus ei saisi määrätä, mistä suosituksia annetaan. Vähällä vaivalla tuottamisen korostuminen on kuitenkin rakenteellinen ongelma kaikessa pehmeässä sääntelyssä, kriitikkojen mielestä myös varsinaisessa lainsäädännössä.

722. Syy voi olla neuvottelukunnan liian suora kytkös konkurssiasiamieheen ja samalla oikeusministeriön hallinnonalaan, mihin konkurssilain valmistelu kuuluu. Kiireistä ministeriötä ei ehkä ole haluttu vaiva aloitteilla, kun asia on ollut hoidettavissa suosituksilla.

8.1. KAKSOISAJATTELUN VOIMA

Yksi tämän tutkimuksen tuloksia on, että konserniyhteyden insolvenssioikeuteen tuomaa ongelmaa kyetään merkittävästi rajaamaan. Yksityiskohdat sivuuttaen voidaan nimittäin sanoa, että kulissimainen konsernirakenne ja sen väärinkäyttäminen on vain marginaalinen häiriö järjestelmässä. Suojaa ansaitsevia vähemmistöosakkaita tai yhden konserniyhtiön erityisiä velkojia (yhteisnimitykseltään hansenilaisittain konsernille vieraita tahoja) ei tällaisessa rakenteessa ole; toki on myönnettävä, että vilpillisten ja ei-vilpillisten konsernijärjestelyjen raja on veteen piirretty ja sisältää jo sellaisenaan oikeusturvariskin. Jos tämä riski kuitenkin vältetään, vilpillisiin järjestelyihin pystytään puuttumaan tehokkaasti epäämällä konserni-intressiltä kaikkinaisen merkitys, pitäytymällä tiukasti ajatukseen erillisistä oikeussubjekteista ja jos on tarpeen murtamalla se keinotekoisena. Tosin viimeksi mainitun asennoitumisen loogisuutta voidaan jo kysellä. Oli niin tai näin, Suomen insolvenssilainsäädäntö tarjoaa riittävät välineet häiriön korjaamiseen. Potentiaaliset virhekustannukset - todellinen konsernirakenne ohitetaan - ovat oikeuspoliittisessa päätöksenteossa hyväksyttävissä hintana, joka on maksettava tehokkaasta velkavastuun toteutuksesta.

Sen sijaan aidot konsernirakenteet uhmaavat loppuun saakka insolvenssioikeuden perinteisiä tutkimusmenetelmiä. Koska selittävää ja ongelmanratkaisukykyistä perusteoriaa ei ole löydettävissä, yksittäiset kysymykset päätyvät kukin erikseen ratkaistavaksi. Tämä sisältää ensiksikin epäyhtenäisen suhtautumisen vaaran. Kysymyksessä y konsernin erityisluonne - eli konserni-intressi - tunnustetaan, kysymyksessä x se sivuutetaan. Toiseksi konkurssilain sovellutukset muodostuvat huonosti ennustettaviksi, joskus ehkä lähinnä soveltajan maailmankuvaa heijastavaksi. Kannattaa muistaa, että konkurssilain yleisiä säännöksiä ei ole kirjoitettu konsernin kaltaisia erityisolosuhteita varten. Tulkitsijasta riippuu, minkä painon hän antaa konserni-intressin kaltaisille, laissa tuntemattomille seikoille. Joillakin osa-alueilla voidaan puhua vallitsevasta tai ainakin jonkinlaisen enemmistön muodostavasta tulkinnasta, jolloin sovellutukset ovat jotenkin ennustettavissa. Joillakin taas teorianmuodostus on vasta alkuvaiheissaan ja kaikki soveltamis-

342 ratkaisut ad hoc-tyyppisiä.

Oma lukunsa on, onko ylipäätään mielekästä hakea konserniongelmaan vastausta *a priori* valitusta perusteoriasta, oli se sitten erillisteoria tai yhtenäisteoria. Kuten analyysi osoittaa, kumpaankin teoriaan joudutaan tekemään niin paljon poikkeuksia, että teoria ei enää selitä, vielä vähemmän ratkaise oikeastaan mitään. Enintään voidaan sanoa, että teoriaan tukeutuminen hieman hillitsee ad hoc-poikkeusten konstruointia, mihin syntyy luontaisesti kiusausta. On nimittäin selvää, että erillisteoria rajoittaa konserni-intressin vaikutusta, yhtenäisteoria taas yhtiöintressin merkitystä yksittäisissä tulkintaratkaisuihin. Vaikka kiusaus erilaisten poikkeusten kehittelyyn on aineiston valossa ilmeinen, perusteorian hillitsevä vaikutus de facto jää arvaittavaksi. Kovin suuri se ei esimerkiksi julkaistun oikeuskäytännön valossa tunnu olevan. Oikeuttaako näin vähäinen hyöty siihen vaivaan, mikä toimivan teorian kehittämiseen vaaditaan, on jo tutkimuspoliittinen kysymys. Teorioiden tutkimuksessa saama huomio tuntuu osoittavan, että vaivannäkö kannattaa, toisin sanoen teorioista saadaan sittenkin riittävästi lisäarvoa. Suomen oikeutta ajatellen teorianmuodostuksen pääanti lienee kuitenkin siinä, että teorialat osoittavat, mitä valintoja - monasti vaihtoehtoja ehkä selvästi tajuamatta - on aikanaan tehty.

Eräänlainen kohtalonkysymys kuuluukin, kannattaako nimenomaan insolvenssioikeudessa mennä pitemmälle, eli hakea vastauksia konkreettisiin konsernisuhteisiin tällaisista konstruktioista. Vaikka näin tehdään joillakin oikeudenaloilla, toisilla aloilla taas konstruktio-ongelmasta ei mainittavasti piitata. Esimerkiksi työoikeudessa kummallakaan teorialla ei ole painoarvoa, vaan yksittäisten säännösten ulottuvuuskysymykset⁷²³ ratkaistaan lähtien sääntelyn spesifisistä tavoitteista. Teorioita ei monissa perusteoksissa noteerata edes maininnoilla.⁷²⁴ Yllättävää kylläkin, myös kansainvälisessä insolvenssioikeudessa on havaittavissa sama kehitys kuin työoikeudessa. Kiistelyyn teorioiden tai konstruktioiden paremmuudesta ei sielläkään ole uhrattu energiaa, vaan huomio on keskitetty käytännön sovellutuksiin. Erillisten oikeussubjektien teoriasta ei ole irtisanouduttu, mutta sen insol-

723. Kuten edellä todettiin, työoikeudessa kysymys esimerkiksi työnantajavelvoitteiden laajentamisesta toiseen konserniyhtiöön on käsitteellisesti työnantajan vastuupiirin määrittelyn ongelma. Ks. edellä jakso 1.4.1.

724. Työoikeudessa on lisäksi havaittavissa samanlaista erillisten oikeussubjektien hämärtymistä kuin insolvenssioikeudessa. Työnantajan käsite pirstaloituu, kun yhtiön työntekijät yhä enemmän verkottuvat yli yhtiön muodollisten rajojen. Tällöin joudutaan muun muassa kysymään, kenelle työntekijän on vielä tai jo oltava lojaali, toisin sanoen ylitetäänkö työsopimussuhteen rajat. Ks. lähemmin Kairinen 2004 s. 61.

venssimenettelyyn tuomat ongelmat - rinnakkaiset menettelyt, heikko kustannustehokkuus ja niin edelleen - on ratkaistu. Konkurssihallintoja yllytetään yhteistoimintaan, ja yhteistoimintaa tehostavilla konkurssisopimuksilla pystytään saavuttamaan suurin piirtein kaikki yhteishallinnon edut. Jos sitä halutaan, myös materiaallinen yhteisselvitys on teoriassa toteutettavissa sopimusteitse. Tämä tosin jää riippumaan siitä, miten pitkälle kansallinen konkurssilaki sallii tähän suuntaan menevät sopimusjärjestelyt. Sen enempää velkojien kuin velallisen etukaan ei tunnu vaativan pitkälle ulotettua konkurssilain pakottavuutta.

Rajat ylittävistä konsernikonkurseista kokemuksia on kuitenkin kertynyt toistaiseksi niin vähän, että näiden ratkaisumallien toimivuus laajassa mitassa on vielä näkemättä.⁷²⁵ Sitä paitsi monet mallit ovat vasta ideoita tai enintään ehdotuksia, jotka ylipäätään odottavat käytännön testiä. Itse ajattelun eriytymisen havaintoa tämä ei tietenkään kumoa. Kiinnostavaa lähinnä on se, miksi kansallinen ja kansainvälinen insolvenssioikeus poikkeavat näin suuresti. Siihenkin on luonnollinen selitys: kansainvälisen insolvenssioikeuden kehityksestä vastaavat maat, joissa on mukana sekä erillisteorian että yhtenäisteorian oikeuskulttuureja. Kun yksimielisyyden saavuttaminen teorianmuodostuksessa on selvästikin mahdotonta, erot on lakaistu praktisten sovellutusten tarjoaman maton alle. Osasyynä kansainvälisen insolvenssioikeuden valitsemaan suuntaan on ehkä ollut ollut se seikka, että oikeudenalan kehityksestä ovat vastanneet pitkälti common law -maat, jotka enimmäkseen edustavat business -teoriaa eli suomalaisittain yhtenäisteoriaa.⁷²⁶

Ehkä yllättävin tämän tutkimuksen havainnoista on, kuinka vaivatta kaksi ajatusrakennelmaa - yhtäältä konsernin käsittäminen taloudelliseksi kokonaisuudeksi, toisaalta sen yksiköiden mieltäminen erillisiksi oikeussubjekteiksi - on vallitsevissa tulkinnoissa pystytty sovittamaan yhteen.⁷²⁷ Näinhän on käynyt myös Suomen oikeudessa. Jos tämä havainto asetetaan laajempiin yhteyksiin, se todistaa ihmisten luontaista kykyä orwellimaisen kaksoisajatteluun. Eri maailmat, taloudellinen ja oikeudellinen, onnistutaan yllättävän

725. Kuten edellä havaittiin, konserniongelma pääsi konferenssien ja kokousten agendoille vasta vuonna 2007.

726. Common law -maita ei kylläkään saa tässä yhteydessä niputtaa yhteen. On syytä muistaa, että esimerkiksi Englannin oikeus pitäytyy pääsääntöisesti niin sanottuun entiteettikonstruktion, joka rinnastuu meikäläiseen erillisten oikeussubjektien teoriaan. Ks. edellä jakso 3.

727. Kriittinen oikeustiede ei näe mitään kummeksuttavaa nykyisessä asiantilassa: oikeusjärjestelmään on muutoinkin täynnä ristiriitoja, jotka eivät ole ratkaistavissa. Sen sijaan jo vaihtoehtoisen lainopin kannattaja kaipaisi kiihkeästi selittävää metateoriaa, joka joko ratkaisisi ristiriidan tai vähintäänkin osoittaisi sen näennäiseksi. Ks. Alvesalo 1997 s. 64. Tämä tutkimus kelpaisi esimerkiksi siitä, että kriittinen oikeustiede tuntuu välillä olevan oikeilla jäljillä.

hyvin eristämään toisistaan. Eri asia on, että joissakin yksityiskohdissa (niistä lähemmin seuraavassa jaksossa) kaksoisajattelu osoittaa murtumisen merkkejä. Orwellin dystopiassa paikalle olisi kutsuttu ajatuspoliisi ja totuusministeriö; modernissa oikeustieteessä tätä mahdollisuutta ei onneksi ole.

8.2 TUTKIMUSTULOKSISTA

8.2.1 OSATEEMA 1: KONKURSSIN HAKEMINEN

Tässä tutkimuksessa on tarkasteltu neljää osateemaa, joilla konserniyhteyden ajateltiin vaikuttavan tai vähintäänkin voivan vaikuttaa konkurssilain tulkitoihin. Osateemoissa havaittiin yllättävän suurta vaihtelua sekä suhteessa toisiin osateemaan (mitä ei odotettu) että osateeman sisällä (mikä taas oli odotettavaa). Mitä tulee konkurssin hakemiseen, maksukyvyttömyyden indiisiot ovat velalliskohtaisia.⁷²⁸ Velkoja ei voi perustaa hakemustaan siihen, että toinen konserniyhtiö on esimerkiksi laiminlyönyt konkurssiuhkaisen maksukehotuksen. Sen sijaan kun velkoja ei ole tukeutunut indiisioihin, muun muassa laiminlyöty maksukehotus sai yhtiörajat ylittävän vaikutuksen. Siitä nimittäin voidaan tehdä päätelmiä siitä, mikä konsernin yleinen taloudellinen tilanne on. Päätelmä taas heijastui pohdintaan, pystyisikö konserni tukemaan kriisiyhtiötään. Samoin hakijasaatavalle asetetut vaatimukset ovat lähikohtaisesti tiukan yhtiökohtaisia.⁷²⁹ Teoriassa konkurssia hakeva velkoja voi kuitenkin tukeutua samastukseen, mutta tällainen samastussaatava ei voi olla konkurssilain merkityksessä ”muuten selvä”. Nämä tulkinnat seuraavat varsin uskollisesti erillisten oikeussubjektien teorian viitoittamaa logiikkaa.

Sen sijaan kun kysymys on konkurssin esteistä, erillisteoria alkaa reuna-alueillaan pettää. Tosin konserniyhteyden vaikutus konkurssin yleisen esteen tulkintaan on vielä vähäinen, mutta tämä johtuu siitä, että este sinänsä on rajattu hyvin kapea-alaiseksi.⁷³⁰ Mitä enemmän tarkoituksenmukaisuus nousee konkurssin edellytykseksi, sitä merkittävämmäksi konserniyhteyden vaikutus myös tässä suhteessa muodostuu. Käytännössä konserniyhteys joudataan ottamaan huomioon useimmiten arvioitaessa konserniyhtiön asetamaa torjuntavakuutta. Jos tällainen vakuus koostuu toisen konserniyhtiön osakkeista, niiden arvo riippuu paljolti konsernin ja myös kriisiyhtiön taloudellisesta tilanteesta. Samoin jos vakuudeksi tarjotaan toisen konserniyhtiön

⁷²⁸ Ks. jakso 4.2.

⁷²⁹ Ks. jakso 4.4.

⁷³⁰ Ks. jakso 4.3.

takausta, takauksen riittävyys vakuudeksi on sidoksissa konsernin kokonaistilanteeseen. Makuasia on, missä määrin nämä poikkeukset selitetään luopumisella erillisteoriasta, missä määrin taas pelkillä reaalisilla argumenteilla tai asian luonnolla.

Asia muuttuu viimeistään, kun tarkastelu siirretään sellaiseen maksukyvyttömyyteen, joka ei saa tukea konkurssilain indiisiosta. Siinä ajattelun murros, siirtymä erillisteoriasta yhtenäisteoriaan, näkyy selvästi. Samalla jakolinja suhteellisen modernin tutkimuksen ja vanhakantaisemman oikeuskäytännön välillä paljastuu. Tutkimusta leimaa juonne, jonka mukaan yhtiön kuuluminen konserniin on, tavalla tai toisella, otettava huomioon, kun sen maksukykyä arvioidaan. Konserniyhtiöön ei toisin sanoen voi suhtautua samalla tavalla kuin itsenäiseen yhtiöön, joka on kriisissä omien resurssien sa varassa. Konserni säännönmukaisesti haluaa auttaa kriisiyhtiötään, ellei muusta syystä niin ainakin kielteisen julkisuuden takia. Vaikka pk-konserniyhtiön konkurssi ei ehkä ylitäkään mediakynnystä, se tulee varmuudella luotonantajien ja liikekumppaneiden tietoon. Se on varoitusmerkki konsernin tilanteen heikentymisestä. Onko konsernilla kykyä tukea kriisiyhtiötään, on jo asia erikseen. Halu tukea ei vielä merkitse kykyä tukea. Konserniyhtiön maksukyvyn arviointi vaatii näin tavallisesti perehtymistä konsernin motiiveihin ja resursseihin.

Jotta konkurssia hakevalle velkojalle jää reaalin mahdollisuus osoittaa konserniyhtiön maksukyvyttömyys ilman indiisioiden tukea, hänen näytövelvollisuuttaan on kevennettävä. Hakemuksen tarkoittaman konserniyhtiön on tästä syystä aina osoitettava, että konserni kykenee ja haluaa sitä tukea. Tämä tarkoittaa vähintäänkin sen osoittamista, että konserni pystyy antamaan konserniavustusta tai konsernilainoja omaa maksukykyään vaarantamatta. Vaikka halu tukea kriisiyhtiötä voidaan ottaa jossain määrin kokemussäännöksi, se ei yksin riitä. Velallisyhtiön on pystyttävä tukeutumaan liiketoimintasuunnitelmaan tai konsernihallinnon päätökseen. Myös aikaisempi taloudellinen tukeminen - eli jo annetut konsernilainat ja avustukset - saavat näyttöarvoa. Ne todistavat konsernissa sekä halua että ainakin jossain määrin kykyä tukea kriisiyhtiötä. Konsernin tukemiskyvyn osoittaminen on sitäkin pulmallisempaa. Konsernitilinpäätöksen kaltainen kirjanpitoaineisto saa keskeisen sijan, sen sijaan yhtiöoikeudellisen maksukykytestin näyttöarvo on lähes olematon. Voidaan myös puhua kielteisistä indiisioista. Muiden konserniyhtiöiden maksuhäiriöt, huonot luottotiedot, puhumattakaan

laiminlyödyistä konkurssiuhkaisista maksukehotuksista ja vireillä olevista konkurssihakemuksista puhuvat vahvasti sitä vastaan, että konserni kykenisi tukemaan kriisiyhtiötään. Erityisen kohtalokkaita ovat tällaiset tiedot konsernin emoyhtiöstä.

8.2.2 OSATEEMA 2: TAKAISINSAANTI KONSERNISSA

Tämä osateema tuottaa ehkä hämmäntävimmät tulokset. Ulkopuolinen saa vaikutelman muodollisesti ylläpidetystä, mutta asiallisesti koverretusta erillisten oikeussubjektien periaatteesta. Periaatetta ei ole hylätty; päinvastoin se toistetaan uskollisesti joka yhteydessä.⁷³¹ Oikeuskäytäntö on kuitenkin keskeisissä ratkaisuissa antanut uuden sisällön takaisinsaannin perusedellytyksille, eli lahjanluontoisuudelle (vastikkeellisuudelle) ja vahingollisuudelle.⁷³² Konserni-intressit on, kuten edellä todettiin, ainakin jossain määrin tunnustettu. Jos korkeimman oikeuden ratkaisulinja jatkuu tällaisena, se enemmän tai myöhemmin murentaa lähtökohdan eli erillisten oikeussubjektien teorian. Toistettakoon vielä kerran, että mainitut vuoden 2004 ratkaisut ovat luettavissa eri tavalla. Tämä todistaa, kuinka subjektiivista oikeuskäytännön linjan ja ehkä eniten sen muutosten arvioiminen on perimmältään. On nimittäin sanottu, että osakeyhtiön itsenäisyyttä erillisenä on "uudemmassa KKO:n ratkaisukäytännössä johdonmukaisesti sovellettu."⁷³³

Tässä tutkimuksessa ratkaisut taas on tulkittu radikaaleiksi uustulkintoiksi. Toinen asia on, miten tällainen kehitys (jos sitä koskeva väite osuu oikeaan) vaikuttaa lain soveltamiseen jatkossa. On myönnettävä, että alkuvaiheessa ratkaisut muuttuvat heikosti ennustettaviksi ja tilannesidonnaisiksi, mitä on tässä tutkimuksessa pidetty epäsuotuisana kehityksenä. Toisaalta tämä riski on väistämätön aina, kun vakiintunut oppirakennelma ja enemmän tai vähemmän radikaali ajattelumalli törmäävät. Pitemmällä aikavälillä oikeustila toki vakiintuu - ja insolvenssilainsäädännöltä edellytetty korkea ennustettavuus sovelluksissa palautuu. Myös tässä osateemassa toistuu kysymys siitä, missä määrin kysymys on siirtymästä teoriasta toiseen, missä määrin taas "tavallisesta" tulkintajuridiikasta. On mahdollista esimerkiksi väittää, että uusi vastikkeellisuusnäkemys sisältää vain entistä selkeämmän kysymyksenasettelun. Tosin tällöinkin on pakko myöntää, että se myös pehmentää perinteistä vaatimusta, jonka mukaan vastikkeen on oltava yhtäältä

731. Ks. edellä jakso 5.2.

732. Ks. edellä jakso 5.3.3.

733. Näin Siltala 2008 s. 79.

konkreettinen varallisuuserä, toisaalta taas välittömästi tai ainakin nopeasti kertyvä. Makuasiaksi siis jälleen jää, missä määrin realiteetit paremmin tunnustava vastikkeellisuusdoktriini luetaan osoitukseksi siitä, että erillisten oikeussubjektien teoria on murrettu ja konsernin taloudellinen luonne tunnustettu.

Takaisinsaantikannetta ajavan tai sellaiseen vastaavan asianosaisen asema ei ole konsernitilanteissa kadehdittava. Oikeuskäytännön teoriankehittely jää pahasti puolitiehen. Sen enempää asianosaiset kuin ulkopuolisetkaan eivät tiedä, mitkä konsernihyödyt kelpaavat vastikkeeksi tai vaikuttavat vahingollisuuden arviointiin. Näin päätöksenteko jää todistustaakan jakamisen ja näyttökynnyksen määrittelyn varaan. Asetettu todistustaakka toisin sanoen ratkaisee perimmältään aineellisen ongelman. Siitä "kärsivä" asianosainen ei hevin pysty saavuttamaan riittävän näytön kynnystä. Tämä johtuu osaksi liiketaloudellisen todistelun yleisestä vaikeudesta mutta osaksi myös siitä, että asianosainen ei tiedä, mitä hänen oikeastaan pitää todistaa, hänen todistusteemansa on toisin sanoen materiaalisesti epäselvä. Konsernin tuottamat hyödyt ovat epämääräisiä, tavallisesti hitaasti kertyviä sekä epävarmoista ulkoisista tekijöistä osaksi tai kokonaan riippuvia. Lisäksi niiden taloudellisen arvon määrittely on melkoinen ongelma sinänsä. Konsernihyödyt muistutavat epämääräisyydessään ja arvostuksenvaraisuudessaan melkoisesti ai-neettomaan pääomaan luettavia varallisuuseriä.

Vaikka pitkän tähtäimen yleislinja on ollut johdonmukainen eli erillisteoriaa noudatteleva, siitä on koko ajan tehty yksi, ensi näkemältä hämmästyvä poikkeus. Jos konserniyhtiö antaa toisen konserniyhtiön velasta vakuuden, vakuutta ei pidetäkään - kuten lähtökohta vaatisi - vieraasta velasta annettuna.⁷³⁴ Sen sijaan konserniyhtiöt samastetaan - ja vakuus katsotaan omasta velasta annetuksi, jolloin sen peräyttäminen on olennaisesti vaikeampaa. Tilanne nimittäin siirtyy TakSL 6 §:n soveltamisalasta TakSL 14 §:n soveltamisalaan, jolloin ratkaisevaksi seikaksi nousee, onko vakuus annettu vanhasta vai uudesta velasta. Poikkeusta perustellaan pelkästään luotonantaja - vakuudensaajan suojantarpeella. Näin poikkeus ei merkitse myönnytystä näkemykselle, jonka mukaan konserni on taloudellinen kokonaisuus ja sitä tulisi juridisestikin kohdella sellaisena. Poikkeus voidaan tällä tavalla rajoittaa spesifiseen käyttöyhteyteensä. Tosin on myönnettävä, että myöskään kaikki muut takaisinsaantiperusteet (esimerkkinä TakSL 7 §) eivät anna velallisyhtiön yhtiöintressille merkitystä, ainakaan ratkaisevaa.

734. Ks. jakso 5.2.2.

8.2.3 OSATEEMA 3: OMISTUS- JA VELKASUHTEET KONSERNIYHTIÖN KONKURSSISSA

Erillisten oikeussubjektien periaate vaatii, että konkurssissa jokainen konserniyhtiö on oma konkurssipesänsä. Tämä taas edellyttää sen varallisuuspiirin määrittelyä sekä suhteessa muihin konserniyhtiöihin että ulkopuoliseen maailmaan. Tutkimuksessa jonkun verran kannatusta on saanut ajatus, että konkurssissa on oikaistava ne vinoutumat, jotka konserniyhteys on tuonut mukanaan. Konkurssivelallisen oikeussuhteet toisin sanoen konstruoidaan uudelleen ja palautetaan sellaisiksi, mitä ne olisivat ”normaalisti”. Normaaliksi katsotaan se asiantila, joka olisi vallinnut erillisten ja itsenäisesti toimivien yhtiöiden välillä. Tätä perusskenaariota on edellä kutsuttu totaalisesti itsenäisten yhtiöiden malliksi. Samalla on myönnetty, että totaalinen itsenäisyys on todellisuudessa hyvin poikkeuksellinen liiketoiminnan järjestäytymisen muoto. Modernit yritykset toimivat pikemminkin verkottuneina konserneihin, yritysryhmiin tai kiinteään yhteistyöhön. Tämä koskee etenkin niitä pk-yrityksiä, joiden konkurssi on tyypillinen.

Toinen kysymys kuuluu oikeuspolitiikan alaan: oikaisun edellytyksiä ja toteuttamista kannattaa miettiä vasta, kun konsernien tiedetään tai oletetaan merkittävästi vinouttavan normaaleja oikeussuhteita. Konkurssioikeuden kannalta tämäkään ei vielä riitä.⁷³⁵ Puuttuminen vallitseviin oikeussuhteisiin on perusteltua vain, kun vinoutumat saavat aikaan sen, että konserniyhtiöiden konkurssivelkojat eivät suuressa määrässä tapauksia saa oikeudenmukaisia jako-osuuksiaan. Konserniyhteys varmasti muuttaa oikeussuhteita, sitä ei kukaan vaivaudu kiistämään. Sen sijaan siitä, että nämä muutokset heikentäisivät velkavastuun toteutusta konsernissa tai jakaisivat jako-osuuksia väärin konserniyhtiöiden kesken, ei ole minkäänlaista näyttöä. Lainsäädäntö ja tutkimuksen tulkintasuositukset eivät kuitenkaan vaadi vahvaa empiiristä näyttöä: voidaan väittää, että tällainen oikaisupyrkimys on, ehkä tiedostamatta, pitkään edustanut konkurssioikeuden tutkimuksen piilevää asennetta. Laaja samastuskeskustelu välittää sekin viestiä, että konsernin oikeussuhteissa on jotain vialla. Näin on vakavissaan mietittävä, mikä on tällaisen oikaisun logiikka ja miten oikaisu pystytään oikeudellisesti toteuttamaan.

Monessa tapauksessa ajatus vinoutumien oikaisusta kaatuu siihen, että minkäänlaista vinoutumaa ei pystytä osoittamaan, toisin sanoen päämäärä - normaalisti määräytyvä omistus tai velkavastuu - on tavoittamaton. Normaalitilaa, johon oikeussuhteet tulisi palauttaa, nimittäin ei ole koskaan ol-

735. Ks. jakso 6.1.2.

lutkaan. Tai toisin ilmaistuna: normaalitila on jo vallitseva asiantila siitä yksinkertaisesta syystä, että konsernin yhtiöt eivät ole itsenäisiä toimijoita vaan konsernikokonaisuuden osia. Tämä pätee erityisen hyvin integroituneessa ja organisaationisesti kasvaneessa konsernissa. Tällaisessa konsernissa voidaan varmuudella sanoa, että sitä todellisuutta, jota vastaamaan omistus- ja velkasuhteet oikaistaan, ei ole koskaan vallinnut. Ja mikä vielä pahempaa: emme tiedä, millaisiksi suhteet olisivat rakentuneet, jos konsernin yhtiöt olisivat aluksi olleet itsenäisiä ja toisistaan riippumattomia tai olisivat edelleenkin sellaisia. Alkutila on löydettävissä enintään vastaikään hankitusta tytäryhtiöstä, joka ei vielä ole ehtinyt kunnolla integroitua konsernikokonaisuuteen. Näin päädytään siihen, että omistus- ja velkasuhteiden oikaisussa suuri pidettävyyden on paikallaan, käytetään siihen mitä konstruktiota tahansa. Konsernin kuvainnollinen purkaminen ei voi olla konkurssissa pääsääntönä, jos toisaalta pidetään kiinni erillisten konkurssipesien konstruktiosta. Asia tietenkin muuttuu, jos tämä korollaari hylätään. Jos esimerkiksi konkurssipesät yhdistetään, konserni asiallisesti purkaantuu.⁷³⁶ Erillisten konkurssipesien järjestelmässä oikeussuhdekohtaiset oikaisut tuovat kuitenkin pesänselvitykseen paljon haittoja. Pesänselvitys viivästyy, kustannukset kasvavat ja oikeudellinen epävarmuus lisääntyy.

Jos oikaisujen tielle syystä tai toisesta lähdetään, on kysyttävä, mihin oikeusperustaan mahdollinen oikaisu tukeutuisi. Keinotekkoisten omistussuhteiden järjestelyyn löytyy laintasoinen säännös (KonkL 5:11). Konsernin tuomien vinoutumien oikaisua se ei kylläkään helpota. Kysymys samastuksen edellytyksistä (jotka ovat epämääräiset) vaihtuvat kysymykseen keinotekoisuuden (joka on sekin epämääräistä) määrittelystä.⁷³⁷ Edellä keinotekoisuus on määritelty todellisuutta vastaamattomuuden synonyymiksi. Jos tämä hyväksytään, pykälän soveltaminen ei joko käy lainkaan päinsä tai vaatii uutta todellisuuskäsitettä, ”oikeudellista” todellisuutta. Kuten edellä havaittiin, konserneissa on kaksi todellisuuden tasoa: taloudellinen ja juridinen todellisuus. Taloudellinen todellisuus vastaa äärimmäisen harvoin juridista todellisuutta. Konserniyhtiöt eivät toimi sellaisina aitoina riippumattomina yhtiöinä, mitä juridinen todellisuus edellyttää. Jos joku yhtiö sitä yrittää, konsernihallinto palauttaa sen järjestykseen.

Tässä tutkimuksessa mahdollisuudet KonkL 5:11:n soveltamiseen katsotaan minimaalisiksi. Tutkittavana ovat todelliset konsernit, joissa keinotekoisuuden esimerkit - pöytälaatikkoyhtiöt, paperikonsernit - eivät kelpaa.

736. Ks. jakso 7.1.

737. Ks. jakso 6.2.1.

Keinotekoisuutta ei myöskään voida mielekkäästi sitoa liiketaloudelliseen perusteltavuuteen.⁷³⁸ Jos yritystoiminta on hakeutunut tiettyyn muotoon, tuomioistuimella on harvoin sellaista viisautta, jolla se voi oikeutetusti riitauttaa tehdyn valinnan. Sitä paitsi konserninmuodostuksen epärationaalisuudesta on vielä runsaasti matkaa keinotekoisuuteen. Vaikka konsernirakenne olisikin jonkun mittapuun mukaan keinotekoinen, sen lisäksi on vielä osoitettava, että konsernirakennetta käytetään täytäntöönpanon välttämiseksi tai omaisuuden pitämiseksi velkojien ulottumattomissa (i.f.).

Kun katsotaan velkasuhteiden eli vastuun samastusta, ongelmat osaksi kertaantuvat, osaksi taas pienenevät. Laintasoinen, KonkL 5:11:n kaltainen säännös puuttuu, mutta tutkimus on kehitellyt oppia suorasta vastuun samastuksesta.⁷³⁹ Suoran samastuksen tyyppitapaus on emoyhtiön asettaminen vastuuseen tytäryhtiön veloista. Säännöt ovat pitkälti indiisiotyyppejä; ne kertovat, millaisissa tyyppitapauksissa vastuun samastusta on lähemmin mietittävä. Ne ovat pitkälti rinnastettavissa niihin punnintasääntöihin, joita KonkL 5:11.2 sisältää. Osa säännöistä on auttamattoman epäpraktisia (esim. yhtiömuodon väärinkäyttäminen), osa taas on helpommin osoitettavia ja näin ainakin teoriassa indisoiviksi tosiseikoiksi kelpuutettavia. Sen sijaan konkurssin yleinen velkaselvittely tuntuu tarjoavan sopivat menettelypuitteet päätöksenteolle. Ensikäden ratkaisun tekee pesänhoitaja jakoluettelohdotusta laatiessaan. Ellei kukaan riitauta samastussaatavaa, se tulee hyväksytyksi. Varsinaisia riitoja konkurssin velkaselvittelyssä ei kuitenkaan käsitellä, vaan ne ohjautuvat erillisiin oikeudenkäynteihin. Velkaselvittelyllä on kuitenkin eräänlainen seulova tai karsiva vaikutus.⁷⁴⁰

Varsinainen ratkaisu samastuksen puolesta tai sitä vastaan jää tehtäväksi yksittäistapauksissa eli kunkin velkasuhteen osalta erikseen. Velkojan ja saatavan ominaisuuksiin ei ole kiinnitetty paljoakaan huomiota, joten samastus seuraisi tavallaan yleisiä sääntöjä. Ajatuksena näyttää olevan, että lopullinen ratkaisu tapahtui kaikki olosuhteet huomioon ottavan kokonaisharkinnan perusteella. Samastuskriteerien kirjoittajakohtainen vaihtelevaisuus⁷⁴¹ yhtyneenä kokonaisharkintaan tuottaa tapauskohtaisia, heikosti ennustettavia tuloksia. Samat huomautukset voidaan esittää sopimussuhteiden samastamisesta. Siinäkin oikeusperusta puuttuu, kriteerit ovat vaikeasti sovellettavat

738. Kaikki liiketoiminnot haarat voitaisiin hoitaa emoyhtiön organisaatiossa.

739. Ks. jakso 6.3.1.

740. Ks. jakso 6.3.2.

741. Kriteerit sinänsä eivät ehkä niinkään vaihteile. Sen sijaan se, minkä painoarvon eri tutkijat kullekin kriteerille antavat, selvästikin on erilainen.

ja lopputulos tapaussidonnainen ja näin ennustamaton.

Järjestelmän kannalta olisi ehkä parasta hylätä ajatukset siitä, että konsernin vinouttamat omistus-, sopimus- ja velkasuhteet laajamittaisesti aikaistaisiin. Niukasta oikeuskäytännöstä päätellen konserniyhteyden tuomat vinoutumat omistus- ja velkasuhteisiin ovat niin vähäisiä, ettei varsinaista huolenaihetta ole. Asiaa ei muuta se, että kysymykseen on uhrattu paljon tutkimusenergiaa. Tässä kohden periaatteessa varsin praktisen ja käytännön hyötyjä hakevan lainopin on todettava pitäneen paljon melua tyhjästä. UNCITRAL -mallilakiehdotus tarjoaa varteenotettavan vaihtoehdon yksittäisiin oikeussuhteisiin puuttumiselle. Mallilaissa mikä tahansa intressitaho voi hakea tuomioistuimelta niin sanottua yhdistämismääräystä. Jos tällainen määräys annetaan, konsernin keskinäiset velkasuhteet joko mitätöityvät tai muuttuvat pääomasijoituksiksi, jotka ovat viimeisellä sijalla maksunsaanti-järjestyksessä. Samalla ulkopuolisten velkojen maksunsaantioikeus laajenee kohdistumaan kaikkiin yhdistettyihin konkurssipesiin.⁷⁴²

8.2.4 OSATEEMA 4: KONKURSSIPESÄN HALLINTO

Tämän luvun lainopillinen anti jää laihaksi. Luku tuottaa lähinnä nykytilan arvostelua ja oikeuspolitiikkaa. Erillisten oikeussubjektien teorian konkursioikeudellinen korollaari, erillisten konkurssipesien periaate, osoittautuu odottamattoman vahvaksi. Se on itse asiassa toteutettu ehdottomammin kuin sen aineellinen taustaperiaate, erillisten oikeussubjektien periaate. Siitä on kuitenkin monia poikkeuksia. Pesänselvityksessä vallitsee konkurssioikeudellinen erillisen selvityksen periaate. Tosin sen murtamiseen tarvittavat konstruktiot periaatteessa tunnetaan. Tarkoitukseen voidaan käyttää konkurssipesien yhdistämistä, konkurssipesien yhteishallintoa tai erillisten konkurssihallintojen yhteistyötä.⁷⁴³

Yhdistämissovellutukset vaativat kiistatta uutta lainsäädäntöä. Vaihtoehdoisinkaan lainoppi ei pysty niitä toteuttamaan. Konkurssin näkökulmasta konkurssipesien yhdistäminen olisi ihanneratkaisu: se nopeuttaisi pesänselvitystä ja alentaisi nähtävästi huomattavasti konkurssikustannuksia. Velkojen asemaa se kuitenkin muuttaisi niin perustavasti, että vain laskennallisten erillisvarallisuuksien vaihtoehto lienee juuri ja juuri oikeuspoliittisten mahdollisuuksin rajoissa. Sille on oikeusvertailevia sekä kotimaisia esiku-

742. Ks. jakso 6.3.4.

743. Ks. jakso 7.1.

via.⁷⁴⁴ Vaihtoehto ehkä olisi myös, jälleen niukin ja naukin, toteutettavissa konkurssilain osittaisuudistuksena. Tätä voidaan perustella ainakin silloin, kun laskennallisia erillisvarallisuuksia koskeviin kysymyksiin on mahdollisuus saada tuomioistuimen kannanottoja. Sen sijaan velkojen oikeussuoja ei vaadi sitä, että kannanotto on haettava nimenomaan täysimittaisen oikeudenkäynnin kautta. Konkurssilaissa tuomioistuimelle on muutoinkin uskottu tällaisia arvioimistehtäviä, tunnettuna esimerkkinä KonkL 21:1). Säännöksen mukaan tuomioistuin ratkaisee velkojan vaatimuksesta, vastaako velkojalle sovinnon perusteella maksettava jako-osuus lopullista jako-osuutta (KonkL 21:1). Yhtä hyvin on perusteltavissa, että tuomioistuin ratkaisee tyytymättömän velkojan vaatimuksesta, vastaako velkojan saama jako-osuus laskennallisen erillisvarallisuuden perusteella määräytyvää suoritusta.

Mitä tulee yhteistoimintamalleihin, täydellinen yhteishallinto on selvä voittaja.⁷⁴⁵ Se hälventää väistämätöntä vastakkaisasettelua, joka on seurausta erillisistä varallisuuspiireistä ja niiden toteuttamisesta aineellista oikeutta vastaaviksi. Täydellisessä yhteishallinnossa toteutetaan eräänlainen konkurssin konserni-intressi. Lupaavimmat vaihtoehdot rakentuvat yhtiöoikeudellisen konsernihallinnon - käytännössä konsernihallinnon - ja konkurssioikeudellisen konkurssihallinnon yhteistoiminnalle. Tällainen yhteistoiminta on joka tapauksessa välttämätön, jos yritystoimintaa jatketaan ja liiketoimintayksiköt myydään, joko kerralla tai erikseen, toiminnallisina kokonaisuuksina.

Konkurssilaki ei hyväksy täydellistä yhteishallintoa. Säännökset konkursipesän toimielimistä ovat nimittäin pakottavaa oikeutta. Tuomioistuin ei konkurssimenettelyssä voi jättää määräämättä pesänhoitajaa syntyvään konkurssipesään; samoin päätösvaltaa käyttävä velkojakollektiivi muodostuu suoraan lain nojalla konkurssivelkojista. Nykyinen konkurssilaki sallii kuitenkin kaksi yhteistoiminnan muotoa, yhteisen velkojatoimikunnan sekä henkilöyhteydelle rakentuvan pesänhoidon eli eräänlaisen personaaliunionin.⁷⁴⁶ Yhteinen velkojatoimikunta ei herätä kysymyksiä, mutta personaaliunionille pohjautuvaa yhteishallintoa on pakko pitää epäkelpona. Se säilyttää konkursipesien vastakohtaisuuden sekä ylläpitää jännitettä yhtiöintressi/konserni-intressi myös konsernin konkurssissa. Malli asettaa myös kohtuuttomat vaatimukset pesänhoitajan integriteetille ja kyvylle puolueettomuuteen.

Teoreettisesti ajatellen puolueettomuus on illuusio, sillä konsernipesän-

744. Ks. jakso 7.2.2.

745. Ks. jakso 7.3.1.

746. Ks. jaksot 7.3.1 ja 7.3.2.

hoitajalla on - kuten pesänhoitajalla yleensäkin - päätehtävänään konkurssipesänsä erityisten intressien suojaaminen suhteessa ulkomailmaan. Kun konkurssipesien intressit ovat ristiriidassa, pesänhoitaja on periaatteessa esteellinen. Normaalisti konserniyhtiöiden väliset suhteet sisältävät aina eturistiriitoja. Integroidussa konsernissa väite keskinäisten oikeussuhteiden kaikinpuolisesta riidattomuudesta on naiivi. Sen sijaan jos konserni koostuu de facto itsenäisesti toimivista yhtiöistä ja ne eivät juuri ole liikesuhteissa keskenään, tätäkään tilannemuunnelmaa ei voi kokonaan jättää laskuista. Yrityssaneerauslaissa on päädytty - jälleen osoituksena lainsäädännön pirstaleisuudesta - toisenlaiseen periaateratkaisuun. Konserniselvittäjää tämä laki ei tunne, eikä yhteinen velkojatoimikuntakaan ole sallittu.⁷⁴⁷ Tosin voidaan väittää, että ero on perusteltu erilaisen hallintojärjestelmän takia. *Debtor in possession* -konseptissa yhteishallinto on luonnollinen. Jos taas velallinen menettää määräämisvallan pesänhoitajalle, yhteishallinto ei sitä enää ole. Ennakkoasenteesta paljolti riippuu, pidetäänkö eroa pikkuasiana vai perustavanlaatuisena.

Myöskään konkurssihallintojen yhteistyölle ei saada lakisääteistä tukea. Yhteistoimintaan päästään ainoastaan, kun konkurssipesät sitä haluavat tai vähintäänkin siihen suostuvat. Oma asiansa on, kirjataanko yhteistyö sopimukseksi, jääkö se hiljaisen yhteisymmärryksen varaan vai viime kädessä tapauskohtaisesti ratkaistavaksi. Sopimuskin, jos sellainen tehdään, voi olla joko aiesopimuksen tai puitesopimuksen tyyppinen tai määrätä yksityiskohdaisia keskinäisiä veloitteita. Konkurssihallintojen väliset sopimukset ovat saaneet kannatusta erityisesti rajat ylittävässä yhteistyössä, mutta ne soveltuvat yhtä hyvin myös kansallisen yhteistyön pohjaksi.⁷⁴⁸ Sopimus voi määrätä joko velvollisuuksia konkurssihallinnoille tai sisältää kieltoja, esimerkiksi koordinoimaton realisointi kielletään. UNCITRAL -mallilakiehdotus suosittaa konkurssipesien yhteistyön perustamista kirjallisiin ja täsmällisiin sopimuksiin. Sopimus suositellaan tehtäväksi, kuten arvata saattaa, mahdollisimman varhaisessa vaiheessa. Samalla tosin huomautetaan, että sopimus voidaan tehdä ja sitä voidaan muuttaa missä vaiheessa tahansa. Nämä sopimukset muodostavat oman sopimustyyppinsä, konkurssin sopimukset (engl. insolvency agreements). Niillä on omat pätevyyskriteerinsä ja tulkinta-periaatteensa; samoin niiden oikeusvaikutusten esteeksi nousee konkurssilain pakottavuus. Tästä syystä tuomioistuimen vahvistus on tarpeen; samoin

747. Saneerausmenettelyssä velkojatoimikunta on viralliselin, jonka määrää tuomioistuin. Asia erikseen on, että velkojatoimikunnan asettaminen ei ole pakollista. Ks. Koulou 1994 s. 365.

748. Ks. jakso 6.4.2.

ulkopuolisten etu vaatii, että pitkälle meneviä muutoksia konkurssipesien selvityksen ja hallintoon tuovat sopimukset rekisteröidään.

Konkurssiasiaan neuvottelukuntaan voidaan asettaa toiveita, kun kysymys on hyvästä pesänhoitotavasta johdettavasta yhteistyöstä. Nämä toiveet kuitenkin pettävät, sillä neuvottelukunta ei ole kunnostautunut yhteistoiminnan kehittäjänä. Vaikka neuvottelukunnan antamia suosituksia on paljon, konserneja koskevia mainintoja saa niistä hakemalla hakea. Yhtään konserneille omistettua suositusta ei ole annettu, joten kannanotot ovat yksittäisiä toteamuksia muissa yhteyksissä. Havainto tukee aikaisemman tutkimuksen havaintoa, jonka mukaan suositukset kohdistuvat konkurssilaissa jo säänneltylle alueelle. Tuloksena on lopulta ylisäänneltyjen alueiden ja lain totaalisten aukkojen vuorottelu. Tosin on myönnettävä, että lainsäätäjän ja neuvottelukunnan suhde, eräänlainen säädösvallan toimivaltajako, on jo lähtökohtaisesti epämääräinen.⁷⁴⁹

8.2.5 TIIVISTELMÄ

Loppupäätelmäksi saadaan, että klassinen konserniteoria - eli erillisten oikeussubjektien periaate ja konsernin taloudellisen luonteen dejuridisointi - on suomalaisessa konkurssioikeudessa edelleen voimissaan. Neljästä osateemasta se hallitsee pääsääntöisesti haastamattomana kahta, konkurssipesän hallintoa sekä omistus- ja velkasuhteita. Tosin jälkimmäisessä osateemassa sitä etsivä löytää vähäisiä murtumalinjoja, joista osa on seurausta klassisesta samastuksesta, osa taas keinotekoisia järjestelyjä koskevasta erityissääntelystä (KonkL 5:11). Yhdessä osateemassa eli maksukyvyttömyyden arvioinnissa erillisyysteoria on sen sijaan pitkälti joutunut väistymään. Syynä lienee näkemys maksukyvyttömyydestä viime kädessä taloudellisena ilmiönä. Taloustieteen sääntöjen yleinen soveltaminen maksukyvyttömyyteen tuo mukanaan myös taloustieteen aksiooman konsernista kokonaisuutena. Yhdessä osateemassa eli takaisinsaannissa tilannetta lienee luonnehdittava urheilutermein toistaiseksi ratkaisemattomaksi. Uuden vastikkeellisuustulkinnan myötä konsernin taloudellinen luonne tulee otetuksi huomioon. Muodollisesti käsityksestä konserniyhtiöistä erillisinä oikeussubjekteina ei kuitenkaan vielä tämän linjauksen vanavedessä tingitä. Johdonmukaista onkin ollut, että vanhat poikkeukset erillisteoriasta selitetään velallisen sopimuspuolen - esimerkiksi konsernivakuuden kohdalla luotonantaja-vakuudensaajan - erityi-

749. Ks. jakso 7.4.

sellä suojantarpeella.

Murtumalinjojen paikka on melkoinen yllätys, sillä oikeussubjektiuden on katsottu olevan vahvimmillaan juuri omistussuhteiden kohdalla. Itse havaintoa ei muuta se, että voimme väitellä loputtomiin siitä, puututaanko kei-notekoisen järjestelyn sivuuttamisessa ensisijaisesti muodolliseen mutta ei aitoon omistukseen vai määritelläänkö oikeussubjektin käsite uudelleen. Itse asiallinen lopputulos ei siitä vaihdu, päättyi väittely miten tahansa. Selitystä sille, miksi erillisteoria on murtunut juuri tässä, ei tarvitse hakea kaukaa. Nimenomainen laintasoinen säännös antaa valtuutuksen omistussuhteiden uudelleenkonstruointiin, kun taas esimerkiksi velkasuhteiden kohdalla oikeuttavaa säännöstä ei ole kirjoitetussa laissa. Ilman tällaista säännöstä erillisteoriaa ei nähtävästi hevin hylätä. Tästä syystä UNCITRAL -mallilain kaavailut konsernin sisäisten luottojen tulkitsemisesta pääomasijoituksiksi ja/tai viimesijaisiksi saataviksi tuskin toteutuvat tutkimuksen keinoin.⁷⁵⁰ Ne edellyttävät lainsäätäjän myötävaikutusta, käytännössä nimenomaista säännöstä kansallisessa konkurssilaissa.

Tuloksista voidaan myös päätellä, että konserniongelman osa-alueilla ei ole käsitteellistä tai tosiasiallista kohtalonyhteyttä. Vaikka jollain osa-alueella pitäydytään tiukasti klassiseen teoriaan, toisella siitä lipsutaan. Kaksoisajat-telun sisäistänyt tutkija ei näe tässä mitään kummasteltavaa: jos kerran kak-soisajattelu on käypä vaihtoehto, se on sitä myös osittaisena. Kriittinen tutkija sen sijaan hakee edes jonkinlaista yhtenäisyyttä. Luontaisia pareja, joilla tul-kinnan yhteinen linja olisi perusteltavissa, onkin mahdollista osoittaa; niitä ovat yhtäältä osateemat 3 ja 4, toisaalta osateemat 1 ja 2. Jonkinlainen joh-donmukaisuus tässä suhteessa suurin piirtein toteutuukin, joten tältä osin voidaan puhua paikallisesta koherenssista. Kokonaisuutta ajatellen väitteet oikeusjärjestyksen johdonmukaisesta suhtautumisesta konserniongelmaan ovat toki kestäättömiä.

750. Samaan hengenvetoon myönnettäköön, että nämä UNCITRAL -ehdotukset eivät ole saa-neet kotimaisessa tutkimuksessa edes mainintoja, kannatuksesta puhumattakaan. Tämä joh-tune UNCITRAL:n uutuudesta: hidasliikkeinen tutkimus ei yksinkertaisesti ole ehtinyt vielä reagoimaan. Varhaisesta konsernitutkimuksesta sen sijaan löytyy merkkejä haluista järjestellä konsernin velkasuhteet normaalisäännöistä poikkeavasti. Eri asia on, että esimerkiksi suorassa vastuun samastuksessa ei puututa konsernin sisäisiin velkasuhteisiin vaan uudelleenjärjestely kohdistuu "ulkoisiin" suhteisiin. Ks. edellä jakso 6.3.

8.3 KONSERNI OIKEUSPOLITIIKAN JA SÄÄDETTÄVÄN LAIN ONGELMANA?

Selvältä näyttää, että sen enempää lainsäätäjä kuin oikeustieteen tutkijakuntakaan ei ole kyennyt ratkaisemaan niitä pulmia, joita konserniin kuuluvan yhtiön maksukyvyttömyys tuo mukanaan. Tulevaisuus lupaa vielä huonompaa, sillä yksinapaisen konkurssioikeuden ja moninapaisen todellisuuden jännite kiristyy. Yritykset kuuluvat yhä useammin konserneihin, yritysryhmiin tai muuten kiinteisiin yhteistyöverkkoihin. Niiden liiketoiminta limittyy aina vain enemmän toisten yritysten liiketoimintoihin. Organisatoriset ja toiminnalliset yhteydet taas saavat aikaan dominoefektin: yhden yrityksen maksukyvyttömyys heijastuu muihin yrityksiin, olivat ne sinänsä miten kannattavia tahansa. Mitä syvällisempää integraatio on, sitä suuremmaksi nousee riski siitä, että yhden yrityksen konkurssi vetää mukanaan myös sen läheisytykset.

Vaikka ongelma on osoitettu ja epäkelpo nykytila samalla paljastettu, ratkaisujen löytäminen on toinen tarina. Varmaa toki on, että vallitseva unohtamisstrategia ei ole tällainen vastaus. On nimittäin aiheellisesti sanottu, että lainsäätäjä tavallaan unohtaa konsernit, kun ne tai niiden osia päätyy konkurssiin. Konkurssiyhtiöitä kohdellaan soveltaen niitä sääntöjä, jotka on kehitetty erillisiä ja riippumattomia velallisyhtiöitä silmällä pitäen. Tästä tuntuu vallitsevan myös yhtiöoikeudellisessa kirjallisuudessa yksimielisyys.⁷⁵¹ Sen sijaan erimielisyydet alkavat, kun mietitään lähestymistapoja: ratkaistaanko konserniongelma lainsäädännöllä vai niin sanotulla vapaalla oikeuskehityksellä? Jälkimmäinen tosin vain siirtää konserniongelman tuomioistuinten murheeksi. Kuten edellä havaittiin, vapaan oikeuskehityksen rajat sitä paitsi tulevat pian vastaan. Perustaa, erillisten oikeussubjektien periaatetta korollaareineen, ei voida murtaa radikaaleimmillakaan uustulkinnoilla. Vapaa oikeuskehitys rajoittuu näin hienosäätöön ja pikkukorjauksiin. Kokemukset osoittavat, että eräin poikkeuksin - takaisinsaanti on tällainen poikkeus - pohjoismaiset tuomioistuimet eivät ole osoittaneet mainittavaa oikeudellista aktivismia. Ne ovat ratkaisseet konserniongelman ongelman suoraviivaisesti, jonkun mielestä tehokkaasti, jonkun mielestä taas vähemmän vaivan periaat-

751. Ks. esim. Andersen 1997 s. 179. Konkurssilain yleisyys ja konkurssimenettelyn yhtenäisyys ovat tyypillisiä pohjoismaisia piirteitä. Tosin samalla myönnetään, että yleisyys - samoja säännöksiä sovelletaan kaikkiin velallisiin - tuo mukanaan praktisia vaikeuksia. Sääntelyn jättämää joustavuutta tulisikin käyttää hyväksi. Ks. Mellqvist 2007 s. 64. Ohimennen todettakoon, että Ruotsin konkurssilaki on monissa kohdin joustavampi kuin Suomen vastaava laki.

teella eli laiminlyömyllä siihen syventymisen. Minkäänlaisesta oikeuskehityksestä on tästä syystä vaikea puhua. Näin päädytään siihen, että konserni vaatisi omaa, sen erityispiirteet huomioon ottavaa insolvenssilainsäädäntöä, jos konkurssimenettelyn konserniongelmaan ylipäätään halutaan hakea korjausta. Tästä on vallinnut kirjallisuudessa jo kauan yksimielisyys.⁷⁵²

Tosin melkoisesti asiaa auttaisi keskustelu siitä, mitä "konserni-intressillä" tarkoitetaan. Kirjallisuutta lukeva saa vaikutelman, että käsitteellä tarkoitetaan sitä, mitä perinteinen "yhtiöintressi" ei ole. Alkuun päästään yhtäältä erottelemalla erityyppiset konserni-intressit ja toisaalta pohtimalla niiden mahdollista vaikutusta konkreettisiin soveltamistilanteisiin. Tutkimuksen mahdollisuuksia tässä suhteessa ei ole syytä vähätellä. Onhan oikeustieteen tutkimus päässyt tuloksiin vähintäänkin yhtä tulkinnanvaraisten "vaihdannan intressin" ja "rajat ylittävän intressin" kohdalla.⁷⁵³

Yhtiöoikeudellisista malleista ei saada apua konkurssilainsäädäntöön. Sen piirissä konserniongelma on ratkaistu - eli toisin ilmaistuna hallittu - sääntelemällä informaation tuottamista ja julkistamista.⁷⁵⁴ On selvää, että tämä keino on hyödytön konkurssissa. Ensiksikin on notoorista, että maksuvaikeuksissa kamppaileva konserniyritys lyö lähes poikkeuksetta laimin tällaiset velvoitteet. Syynä on paitsi rahapula myös halu estää ongelmien julkitulo, koska se taas tyrehdyttää luotonsaannin. Toiseksi täydellinenkin informaatio ei auta ratkaisemaan ongelmia, kun konserni tai sen osa jo on joutunut maksukyvyttömyysmenettelyyn. Ne tavoitteet, joita konsernia koskevalle sääntelylle yhtiöoikeudessa asetetaan, ovat sitä paitsi vaikeasti yhteen sovitettavia. Yhtäältä nimittäin vaaditaan, että tytäryhtiöiden itsenäistä päätöksentekoa ei ole tarpeen varmistaa, konserninmuodostusta ei tule rajoittaa ja tytäryhtiöiden itsenäisyys oikeussubjekteina säilytettävä.⁷⁵⁵ Toisaalta taas toivotaan, että konsernille "vieraiden" intressitahojen - eli tytäryhtiöiden vähemmistöosakkaiden ja velkojien - suojaa on parannettava lainsäädännöllä. Yhtälö on nykyisellä tiedon tasolla ratkaisematon. Tavoitteet näyttävät a priori niin ristiriitaisilta, että vastausta ei välttämättä tulla löytämäänkaan.

Jos konserniongelmaan haetaan insolvenssioikeudellisia osaratkaisuja, kuva muuttuu hieman valoisammaksi. Takaisinsaantilakiin kaivattaisiin konsernia koskevia erityissääntöjä, jotka osoittaisivat, että konserni-intressit

752. Ks. esim. Pulkkinen 1993 s. 1202. Hänen mukaansa olisi oikeuspoliittisesti tarkoituksenmukaisempaa pyrkiä käsittelemään konsernia myös "juridisesti yhtenä kokonaisuutena"

753. Rajat ylittävästä intressistä ks. esim. Nenonen 2009 s. 956.

754. Ks. esim. Koski 1980 s. 67.

755. Hansen 1997 s. 35.

(kunhan ne on yleissäännöllä määritelty) otetaan huomioon yhtäältä oikeustoimen vastikkeellisuutta ja toisaalta sen vahingollisuutta arvioitaessa. Ohimennen huomautettakoon, että myös UNCITRAL-mallilakiehdotus vaatii, että kansalliseen konkurssilakiin otetaan lähempiä säännöksiä konsernin sisäisten toimien peräyttämistä.⁷⁵⁶ Tämä vaatimus on oikeutettu myös Suomen oikeuden osalta, joskin mallilain lista lailla säänneltävistä kysymyksistä on kieltämättä ylimitoitettu. Sen sijaan voidaan kyseenalaistaa, ovatko säännöt konserniyhtiöiden keskinäisten oikeussuhteiden oikaisemisesta konkurssissa ollenkaan tarpeen. Konserniyhteys ei tunnu tuovan oikeussuhteisiin sellaisia vinoutumia, että ne muodostaisivat vakavan oikeuspoliittisen epäkohdan. Vilkas tieteellinen samastuskeskustelu antaa, kuten edellä todettiin, ongelmasta liioitellun kuvan. Konsernin maksukyvyttömyys muodostaa kiistatta vaikean ongelman. On kuitenkin epäselvää, onko ongelma ratkaistavissa lainsäädännöllä vai kannattaisiko se jättää insolvenssioikeuden tutkimuksen huoleksi.⁷⁵⁷ Myös oikeuspolitiikassa pätee vanha kokemussääntö: ellet tiedä, mitä pitää tehdä, älä tee mitään!

Sen sijaan konkurssipesien yhteistoiminta vaatisi omaa sääntelyään. Mitään institutionaalisia puitteita sille ei nykyisin ole. Käytännössä yhteistoiminta luultavasti välillä sujuu, välillä taas ei. Hyvin sujuva yhteistoiminta ei tietenkään sääntelyä kaipaa eikä siitä hyödy, sen sijaan kitkainen yhteistoiminta voi saada ohjeista tarvittavan alkusysäyksen. Asia erikseen on, missä määrin säännökset kuuluvat konkurssilakiin, missä määrin ne on mahdollista sijoittaa niihin suosituksiin, joita konkurssiasiaain neuvottelukunta rutiininomaisesti antaa. Tosin neuvottelukunnan ja sen suositusten asema sinänsä tulisi määritellä nykyistä selkeämmin, esimerkiksi suositusten oikeuslähdeopillinen status kannattaisi tuoda jotenkin esiin jo konkurssilaisissa. Säännös kuuluisi luontevasti lain soveltamisalan määrittävän pykälän uudeksi neljänneksi momentiksi. Mitä tulee yksityiskohtiin, konkurssilaissa omaksuttu konsernipesänhoitajan malli ei osoittaudu niin onnistuneeksi, mitä odotettiin. Jos puolueettomuusvaatimukset otetaan vakavasti, tällainen pesänhoitaja on vain harvoin määrättävissä. Tässä suhteessa Saksaan ehdotettu kansallisella tasolla ”koordinoivan” pesänhoitajan malli on toimivampi.

Mahdollisuus konkurssipesien yhdistämiseen on kaukaista tulevaisuutta. Siihen on suhtauduttu vieroksuen myös konserninyönteisessä Saksan oikeu-

756. UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a s. 41. Ks. edellä jakso 4.1.

757. Maksukyvyttömyyden todistelussa näkyy epätavallisen hyvin, kuinka todistelussa tieto rakentuu tulkinnalle ja konstruktiolle eikä niinkään - kuten klassinen todistus oikeus edellyttää - objektiivisille faktoille, jotka ovat empiirisin havainnoin verifioitavissa. Ks. Jokila 2010 s. 10.

nessa; yhdistämisen katsotaan olevan ristiriidassa sekä rajoitetun vastuun että erillisten oikeussubjektien periaatteen kanssa.⁷⁵⁸ Sen sijaan UNCITRAL mallilaki suosittelee sitä, jos yhdistämisessä päättää tapauskohtaisesti tuomioistuimien intressitahojen kuullaan ja yhdistämisellä on laissa säädetyt kriteerit. Vaikka mallilla on etunsa, se saattaa aiheuttaa pitkällisen kiistan siitä, täyttyvätkö yhdistämisen edellytykset. Puhdas materiaallinen sovellutus tuo myös radikaaleja muutoksia velkojien maksunsaantiin, joten heidän oikeussuojansa muodostaa vaikean rakenteellisen ongelman. Tässä suhteessa laskennallisten erillisvarallisuuksien malli yhdistää kahden maailman hyvät puolet: kustannustehokas yhteishallinto ja velkojien aseman säilyminen ennallaan. Toki on muistettava, että myös laskennallisten erillisvarallisuuksien malli voi tuoda mukanaan kiistoja siitä, mitä erillisvarallisuuteen lasketaan tai miten sitä arvostetaan.

758. FAZ 20.2.2013.

Kirjan valmistuessa on taas korkea aika kiittää kirjoitusprosessissa tukena ja apuna olleita. Tutkimusavustajanani Johanna Kerola on kerännyt aineistoa, hakenut hukkuneita lähteitä sekä lukenut kärsivällisesti käsikirjoitusta version toisensa jälkeen. Hän on myös laatinut itsenäisesti kirjan hakemistot sekä vastannut toimitustyön rutiineista. Kiitän myös käsikirjoituksesta palautetta antaneita työtovereitani. Ensiarvostelijan roolissaan kovasti koeteltu dosentti Tapani Lohi on jälleen antanut kriittistä palautetta. Olen sitä enimmäkseen nöyrästi seurailut. Tosin hänen toivomuksensa laajemmasta lähdepohjasta ja näkökulmasta olen jättänyt varteen ottamatta. Toivomus on sinänsä tieteellisesti perusteltu, mutta se olisi hajottanut liiaksi muutoinkin keskipakoisvoimasta kärsivää esitystä. Konsernista olisi loputtomasti sanottavaa. Konserniin sijoittuva konkurssi antanee tekemistä vielä monille tutkijapolville.

Olen käynyt tieteellisiä keskusteluja konkurssioikeudesta ja varallisuus-oikeudesta yleensäkin myös monien muiden työtovereitteni kanssa. Eniten olen vaivannut professori Seppo Villaa, dosentti Heidi Lindforsia, dosentti Olli Norrosta ja tohtorikoulutettava Jaakko Mikkilää. Monasti olemme olleet eri mieltä, mutta keskustelut ovat avartaneet alun perin ehkä liian suppeaa näkemystäni konserniongelmasta. Varmuuden vuoksi vielä muistutan, että palautetta antaneet ja vielä vähemmän keskusteluun vaivautuneet kollegat eivät tietenkään vastaa kirjan mielipiteistä. Tiedän, että moni lukija luokittelee kirjan tutkimustulokset vaihtoehtoisen lainopin alaan kuuluviksi, moni taas pitää kirjassa esitettyä vanhahtavana muotoihin sitoutumisena. Oikeustieteen syvässä murroksessa on kieltämättä joskus tuskallista puolustaa teesiä, jonka mukaan kaikki vanha ei ole aikansa elänyttä eikä kaikki uusi ole automaattisesti parempaa.

Porthaniassa kesällä 2013

Risto Koulu

KIRJAT JA ARTIKKELIT

Alvesalo 1997

Alvesalo, Anne: Critical Legal Studies. Kriittinen lähestymistapa oikeuteen. Helsinki 1997.

Andenaes 1999

Andenaes, Mads Henry: Konkurs. Oslo 1999.

Andersen 1997

Andersen, Paul Krüger: Dansk koncernret. København 1997.

Aubert 1976

Aubert, Vilhelm: Rettens sosiale funksjon. Oslo 1976.

Bebchuk-Klement 2012

Bebchuk, Lucian A. - Klement, Alon: Negative-expected-value suits. Teoksessa: Procedural Law and Economics. Elgar 2012. Ss. 350-365.

Carruthers-Halliday 1998

Carruthers, Bruce G. - Halliday, Terence C.: Rescuing Business. The Making of Corporate Bankruptcy Law in England and the United States. Clarendon Press 1998.

Caselius-Heikonen-Huttunen 1964

Caselius, Ilmari - Heikonen, A.R. - Huttunen, Allan: Osakeyhtiö. Edellinen osa. Kolmas, uusittu ja täydennetty painos. Porvoo 1964.

Dotevall 2012

Dotevall, Rolf: EU:s insolvensförordning och multinationella koncerner. JT 2011-12 ss. 330-335.

Ervasti 2012

Ervasti, Kaijus: Laki, konflikti, tuomio - Oikeus yhteiskunnallisena ilmiönä. Helsinki 2012.

von Eyben - Møgelvang-Hansen 2001

von Eyben, Bo - Møgelvang-Hansen, Peter: Kreditorforfølgning - materiel foged- og konkursret. 4. udgave. Forlaget Thomson 2001.

Flessner 1994

Flessner, Axel: Philosophies of Business Bankruptcy Law: An International Overview. Teoksessa: Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law. Clarendon Press 1994. Ss. 19-28.

Granfelt 1950

Granfelt, O. Hj.: Suomen konkurssioikeus pääpiirteittäin. Kolmas painos. Helsinki 1950.

Grazer-Sjögren 1999

Grazer, Karl - Sjögren, Hans: Avslutande kommentarer och förslag till fortsatt forskning. Teoksessa: Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi. Södertälje 1999. Ss. 391-399.

Haapala 1989

Haapala, Pertti: Sosiaalishistoria. Johdatus tutkimuksen. Helsinki 1989.

Hakamies 2005

Hakamies, Kaarlo: Maksukyvyttömyys rikoslaissa: velallisen epärehellisyys, verorikkomus ja legaliteettiperiaate. Helsinki 2005.

Hakman 1993

Hakman, Maija: Sata konkurssia. Verotarkastuksiin ja asiantuntijahaastatteluihin perustuva tutkimus konkurssisiin liittyvistä rikoksista. Helsinki 1993.

Hansen 1995

Hansen, Hugo: Konkursryttere. Gjengangere i dobbel forstand. Forskning om økonomisk kriminalitet. Rapport nr 25. Oslo 1995.

Hansen 1996

Hansen, Søren Friis: Europæisk koncernret. Bør koncernretten reformeres og kodificeres? Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1996.

Havansi 1979

Havansi, Erkki: Pantin takaisinsaannista konkurssissa. Hämeenlinna 1979.

Havansi 1987

Havansi, Erkki: Etuoikeudet ja "etuoikeudet" osakeyhtiökonkurssin valossa. Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo 1917-4/2-1987. Vammala 1987. Ss. 123-131.

Havansi 1992

Havansi, Erkki: Suomen konkurssioikeus. Kolmas, uudistettu painos. Helsinki 1992.

Hedman 1992

Hedman, Pär: Maksuvalmius hallintaan. Jyväskylä 1992.

Helin 2012

Helin, Markku: Perusoikeuksilla argumentoinnista. Teoksessa: Varallisuus, vakuudet ja velkojat. Turku 2012. Ss. 11-30.

Hemmo 1998

Hemmo, Mika: Sopimus ja delikti. Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuumuodoista. Helsinki 1998.

Hemmo 2002

Hemmo, Mika: Tuotevastuuriskit. Teoksessa: Yrityksen ja yhteisön vastuuriskit. Pieksämäki 2002. Ss. 33-52.

Hietala-Kaivanto 2012

Hietala, Harri - Kaivanto, Keijo: Yhteistoimintalaki käytännössä. Helsinki 2012.

Hoffrén 2008

Hoffrén, Mia: Tieto ja sivullissuoja. Helsinki 2008.

Hoppu 1997

Hoppu, Esko: Suomen vakuutus oikeus. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 1997.

Hupli 1998

Hupli, Tuomas: Takaisinsaannin edellytyksistä yrityssaneerauksessa. DL 1998 ss. 789-811.

Hupli 2004

Hupli, Tuomas: Täytäntöönpanointressi yrityssaneerauksessa. Insolvenssi-oikeudellinen tutkimus saneerausvelkojan oikeusaseman perusteista. Helsinki 2004.

Hupli 2006

Hupli, Tuomas: Konkurssitakaisinsaanti oikeudenkäyntinä. Helsinki 2006.

Huser 1986

Huser, Kristian: Enkelte prosessuelle konkursrettslige spørsmål vedrørende selskaper. Teoksessa: Seks foredrag om konkurs i selskapsforhold. Oslo 1986. Ss. 39-68.

Huser 1987

Huser, Kristian: Gjeldsforhandling og konkurs. Bind 1. Bergen 1987.

Huser 1988

Huser, Kristian: Gjeldsforhandling og konkurs. Bind 2. Bergen 1988.

Huser 1992

Huser, Kristian: Gjeldsforhandling og konkurs. Bind 3. Omstøtelse. Bergen 1992.

Huttunen 1963

Huttunen, Allan: Yhdenmiehen osakeyhtiöstä. Helsinki 1963.

Immonen 1994

Immonen, Raimo: Velkojainsuoja yritysraenteiden muutoksissa. Helsinki

Immonen-Ossa-Villa 2011

Immonen, Raimo - Ossa, Jaakko - Villa, Seppo: Osakeyhtiön pääoman hallinta. Osakeyhtiö-, kirjanpito- sekä verolainsäädännön rajapinta muodostettaessa ja järjestettäessä yhtiön pääomaa sekä jaettaessa yhtiön varoja. Helsinki 2011.

Immonen-Nuolimaa 2012

Immonen, Raimo - Nuolimaa, Risto: Osakeyhtiöoikeuden perusteet. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 2012.

Ingström 2013

Ingström, Markus: Lahjan ja lahjanluontoisen oikeustoimen peräyttämistä konkurssipesään - toteutumattoman vastikkeen merkityksestä. LM 2013 ss. 459-476.

Jokila 2010

Jokila, Helena: Tahdonvastainen suostumus ja liiallisen luottamuksen hinta. Raiskauksen ja muiden seksuaalirikosten oikeudellisen tiedon konstruktiot. Helsinki 2010.

Kairinen 2002

Kairinen, Martti: Työoikeuden soveltamisala. Teoksessa: Työoikeus. Helsinki 2002. Ss. 97-128.

Kairinen 2004

Kairinen, Martti: Työnantajan käsite ja yritystoiminnan dynamiikka. Teoksessa: Omistus, sopimus, vaihdanta. Turku 2004. Ss. 49-62.

Kairinen 2006

Kairinen, Martti: Työoikeuden soveltamisala. Teoksessa: Työoikeus. Helsinki 2006. Ss. 101-132.

Kaisanlahti 2006

Kaisanlahti, Timo: Konsernitilinpäätös. Teoksessa: Yritysoikeus. Helsinki

368 2006. Ss. 575-582.

Kaisto 2001

Kaisto, Janne: Sopimusvapaus, laki ja maksusuoja. Varallisuus oikeudellinen tutkimus yksityisautonomiasta systemaattisena ja aineellisena lähtökohtana etenkin hyvässä uskossa tehdyn suorituksen velvoitteesta vapauttavaa vaikutusta silmällä pitäen. Helsinki 2001.

Kaisto 2006

Kaisto, Janne: Oikeustoimen peräyttämisestä konkurssitakaisinsaannissa. Helsinki 2006.

Kaisto 2006b

Kaisto, Janne: "Pantti tai muu vakuus". Vakuusoikeuden yleisistä opeista erityisesti vakuusluovutuksia ja takaisinsaantilain 14 §:n soveltamisalaa silmällä pitäen. Helsinki 2006.

Kaisto-Tepora 2012

Kaisto, Janne - Tepora, Jarno: Esineoikeus eurooppalaistuvassa Suomessa. Esineoikeuden oppikirja oikeustoimiopillisin ja prosessioikeudellisin lisäyksin. Helsinki 2012.

Kangas 1993

Kangas, Urpo: Lahja. Helsinki 1993.

Kare 2004

Kare, Tuomo: Pesänhoitajaan vaikuttavat muutokset konkurssilaissa 120/2004. Lisensiaatintutkimus. Helsingin yliopisto 2004.

Karhu 2005

Karhu, Juha: Legaliteettiperiaate varallisuus oikeudessa. Teoksessa: Juhlajulkaisu Juhani Wirilander 1935-30/11-2005. Helsinki 2005. Ss. 164-174.

Karhu 2008

Karhu, Juha: Lojaliteettiperiaate sopimus oikeudessa - oikeudellista peruskartoitusta. Teoksessa: Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938 - 30/8 - 2008. Helsinki

2008. Ss. 101-116.

369

Kartio 1990

Kartio, Leena: Omistusoikeudesta osakeyhtiöoikeudessa. Teoksessa: Juhla-julkaisu Juhani Kyläkallio 1930-14/3-1990. Turku 1990. Ss. 53-62.

Koistinen 2012

Koistinen, Jarmo: Talousrikos Venäjällä. Jyväskylä 2012.

Kolehmainen 2009

Kolehmainen, Antti: Osakeyhtiön ja sen osakkeenomistajan samastamisesta perintökaaren ennakkoperintö- ja lakiosasäännöksiä sovellettaessa. LM 2009 ss. 597-618.

Korkea-aho 2005

Korkea-aho, Emilia: Konkurssi, itsesääntely ja konkurssiasiaain neuvottelukunta. Helsinki 2005.

Koskelo 1994

Koskelo, Pauliine: Yrityssaneeraus. Helsinki 1994.

Koski 1977

Koski, Pauli: Konserni. Vammala 1977.

Koski 1980

Koski, Pauli: Konsernit ja osakeyhtiölaki. Pirkkala 1980.

Kotilainen 1992

Kotilainen, Helena: Konserni velkojan näkökulmasta. Teoksessa: Uudistuva esineoikeus. Helsinki 1992. Ss. 11-40.

Koulu 1994

Koulu, Risto: Yrityssaneerausmenettelyn aloittaminen. Tuomioistuimen tutkimisvelvollisuuden määräytyminen saneerauksen aloittamisharkinnassa. Vammala 1994.

Koulu 1994b

Koulu, Risto: Sähköisen rahan yksilöinnin perusteista - esimerkkinä luotonvälitys. Oikeustiede-Jurisprudentia 1994 ss.167-228.

Koulu 1998

Koulu, Risto: Kommentti ratkaisuun KKO 1998:17. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein I/1998. Helsinki 1998. Ss. 120-122.

Koulu 2000

Koulu, Risto: Konkurssi Euroopan unionissa. Helsinki 2000

Koulu 2003

Koulu, Risto: Immateriaalinen varallisuus konkurssissa. Helsinki 2003.

Koulu 2004

Koulu, Risto: Den insolvensrättsliga forskningen i går, i dag och i morgon. JFT 2004 ss. 665-686.

Koulu 2004b

Koulu, Risto: Kommentti ratkaisuun KKO 2004:69. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein II/2004. Helsinki 2005. Ss. 15-18.

Koulu 2004c

Koulu, Risto: Kommentti ratkaisuun KKO 2004:115. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein II/2004. Helsinki 2005. Ss. 326-328.

Koulu 2005

Koulu, Risto: Sovinnollisuuspyrkimys konkurssioikeudessa. DL 2005 ss. 837-848.

Koulu 2006

Koulu, Risto: Takaisinsaannin kohdistaminen - lainsäätäjän vai tutkimuksen ongelma? Teoksessa: EDILEX 2006. Ss. 49-64. Helsinki 2006.

Koulu 2007

Koulu, Risto: Kaikuja menneisyydestä - Ivat Kreuger ja konkurssioikeuden

ns. kehittyminen. Teoksessa: Oikeudenkäyntejä ja tuomioistuimia. Helsinki 2007. Ss. 217-232.

Koulu 2009

Koulu, Risto: Konkurssioikeus. Helsinki 2009.

Koulu 2009b

Koulu, Risto: Pehmeän sääntelyn paradoksi: toisen paratiisi on toisen painajainen. Teoksessa: Oikeus ja kritiikki 1. Helsinki 2009. Ss. 117-136.

Koulu 2009c

Koulu, Risto: II Konkurssioikeus. Teoksessa: Insolvenssioikeus. Helsinki 2009. Ss. 97-430.

Koulu 2012

Koulu, Risto: Kommentti ratkaisuun KKO 2012:63. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein I/2012. Helsinki 2012. Ss. 489-492.

Koulu 2013

Koulu, Risto: Kommentti ratkaisuun KKO 2012:102. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein II/2012. Helsinki 2013. Ss. 274-275.

Kraakman ym 2009

Kraakman, Reinier: The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach. Second Edition. Oxford University Press 2009.

Kukkonen-Walden 2010

Kukkonen, Matti - Walden, Risto: Konsernin verosuunnittelu. Helsinki 2010.

Kunnas 2007

Kunnas, Matti: Onko asianajajan näkökulma oikeuteen Alf Rossin ennuste-teorian mukainen? DL 2007 ss. 756-771.

Kurkela 2012

Kurkela, Matti S.: Partial "Milestone" - Awards and Lost Future Profits: Would It Take Part of Challenge away?. ASA Bulletin. Volume 30, No.1, 2012 ss. 51-63.

Kuusiluoma 2011

Kuusiluoma, Katariina: Maksun tavanomaisuus takaisinsaannissa. Helsinki 2011.

Kähkönen 1998

Kähkönen, Ilpo: Velallisen epärehellisyyden mallittaminen: Ongelmina esitutkintaan valikointi ja tunnusmerkistön taloudelliset käsitteet. Helsinki 1998.

Kärkkäinen 2009

Kärkkäinen, Mikko: Osakeyhtiö vierasvelkapantin antajana. Teoksessa: Kovia aikoja: riitoja ja maksukyvyttömyyttä. Helsinki 2009. Ss. 297-318.

Könkkölä 2005

Könkkölä, Mikko: Konkurssiin asettamisen edellytykset uuden konkurssilain mukaan. DL 2005 ss. 699-712.

Könkkölä-Linna 2013

Könkkölä, Mikko - Linna, Tuula: Konkurssioikeus. Helsinki 2013.

Lainema 1998

Lainema, Matti: Hallituksen strateginen rooli. Helsinki 1998.

Laitinen 2004

Laitinen, Erkki K.: Vastuuhenkilötiedot yrityksen ja vastuuhenkilön omien maksuhäiriömerkintöjen ennakoinnissa. Velkakierre elokuu 2004/32. Ss. 5-18.

Laitinen-Luotonen

Laitinen, Erkki K. - Luotonen, Eero: Mitä tilinpäätös kertoo? Vantaa 1996.

Lappalainen 1995

Lappalainen, Juha: Siviiliprosessioikeus I. Helsinki 1995.

Lappalainen 2001

Lappalainen, Juha: Siviiliprosessioikeus II. Helsinki 2001.

Lennander 1994

Lennander, Gertrud: Återvinning i konkurs. Andra, omarbetade upplagan. Stockholm 1994.

Leppänen 1991

Leppänen, Tatu: Vastuun samastus osakeyhtiön konkurssissa. Oikeustiede-Jurisprudentia 1991 ss. 271-332.

Leppänen 1992

Leppänen, Tatu: Vahinkoedellytys konkurssitakaisinsaannissa. Helsinki 1992.

Lindell 1988

Lindell, Bengt: Partsautonomins gränser. Uppsala 1988.

Lindfors 2008

Lindfors, Heidi: Sivullisen asema ulosotossa. - erityisesti omistusolettaman ja keinotekoisien järjestelyn näkökulmasta. Helsinki 2008.

Lindskog 1993

Lindskog, Stefan: Kvittning om avräkning av privaträttsliga fordringar. Andra upplagan. Norstedts Juridik 1993.

Linna 2004

Linna, Tuula: Oikeuden väärinkäytön kielto ja sen sovellutuksia. LM 2004 ss. 622-638.

Lundberg 1999

Lundberg, Per-Ivan: Vad säger oss konkursstatistiken? Teoksessa: Konkursinstitutets betydelse i svensk ekonomi. Södertälje 1999. Ss. 127-129.

Lyytikäinen 1998

Lyytikäinen, Eero: Veroparatiisimaiden *offshore* -yhtiöiden ongelmakenttä arkitodellisuuden läpivalaisussa I. DL 1998 ss. 1051-1064.

Mellqvist 2007

Mellqvist, Mikael: Obeståndsrätten. En introduktion. Fjärde upplagan.

Norstedts Juridik 2007.

Mentzel-Kuhn-Uhlenbruck 1979

Mentzel, Franz - Kuhn, Georg - Uhlenbruck, Wilhelm: Konkursordnung. 9., neuarbeitete Auflage. München 1979.

Mevorach 2009

Mevorach, Irit: Insolvency Within Multinational Enterprise Groups. Oxford University Press 2009.

Miceli 2012

Miceli, Thomas J.: The social versus private incentive to sue. Teoksessa: Procedural Law and Economics. Edward Elgar 2012. Ss. 472- 486.

Mielityinen 2012

Mielityinen, Sampo: Kommentti ratkaisuun KKO 2011:62. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein II/2011. Helsinki 2012. Ss. 87-89.

Miettinen 2011

Miettinen, Anne: Läheisyys takaisinsaannissa. Helsinki 2011.

Mikkola 2003

Mikkola, Tuulikki: Trust. Oikeusvertaileva tutkimus. Helsinki 2003.

Mikkola 2010

Mikkola, Tuulikki: Oikeudellisten siirrännäisten perusteista: esimerkkinä fidusiaarivastuu. LM 2010 ss. 616-834.

Mononen 2001

Mononen, Marko: Sopimusoikeuden materiaalisuudesta. Helsinki 2001.

Munch 1997

Munch, Mogens: Konkursloven med kommentarer. 8. udgave. GadJura 1997.

Mähönen-Villa 2006

Mähönen, Jukka - Villa, Seppo: Osakeyhtiö I. Yleiset opit. Helsinki 2006.

Mähönen-Villa 2006b

Mähönen, Jukka - Villa, Seppo: Osakeyhtiö III. Corporate Governance. Helsinki 2006.

Mähönen-Villa 2007

Mähönen, Jukka - Villa, Seppo: Osakeyhtiö II. Pääomarakenne ja rahoitus. 2. painos. Helsinki 2007.

Nenonen 2009

Nenonen, Anne: Rajat ylittävä intressi julkisissa hankinnoissa. LM 2009 ss. 956-982.

Nenonen 2004

Nenonen, Matti: Konkurssipesän hoitaminen ja hyvä pesänhoitotapa. Helsinki 2004.

Neuvonen 2006

Neuvonen, Riku: Tapaoikeus oikeuslähdeopissa. LM 2006 ss. 405-432.

Nielsen 1991

Nielsen, Ruth: Koncernarbejdsret i Danmark og internationalt. København 1991.

Niemi-Kiesiläinen-Varis 1996

Niemi-Kiesiläinen, Johanna - Varis, Minna: Ulosottovelallisten toimeentulo. Helsinki 1996.

Nieminen 2006

Nieminen, Pertti: Lainkäyttäjän odotukset oikeustieteelliselle tutkimukselle. LM 2006 ss. 73-76.

Nikkilä 2006

Nikkilä, Jukka O.: Konsernirakenne ja osakkeenomistajan oikeussuoja. Rovaniemi 2006.

Norros 2007

Norros, Olli: Vastuu sopimusketjussa. Helsinki 2007.

Norros 2012

Norros, Olli: Velvoiteoikeus. Helsinki 2012.

Nyström 2012

Nyström, Patrik: Yhtiöoikeudellinen vahingonkorvausvastuu ja oppi normin suojatarkoituksesta. Oikeustieto 5/2012 ss. 7-12.

Palmgren 1936

Palmgren, Bo: Konkursförutsättningarna. Helsingfors 1936.

Pellinen 2005

Pellinen, Jukka: Talousjohtaminen. Helsinki 2005.

Peltonen 2007

Peltonen, Tuomo: Johtaminen ja organisointi. Teemoja, näkökulmia ja haasteita. Keuruu 2007.

Pinomaa 2000

Pinomaa, Pekka: Konkurssikäytäntö. 3. painos. Helsinki 2000.

Porter 1991

Porter, Michael E.: Kansakuntien kilpailuetu. Helsinki 1991.

Pulkkinen 1993

Pulkkinen, Pekka: Konsernin vakuusjärjestelyistä konkurssioikeudellisen takaisinsaannin kannalta. LM 1993 ss. 1173-1204.

Punta 2004

Punta, Hanna: Konserniavustukset osakeyhtiölain, lahjanlupauslain ja takaisinsaantilain näkökulmasta. EDILEX 2004.

Pykäläinen-Syrjänen 2007

Pykäläinen-Syrjänen, Ritva: Säätiön tehokkuus. *Corporate governance* -sääntösten vaikutuksesta säätiön tarkoituksen tehokkaaseen toteuttamiseen.

Helsinki 2007.

Pönkä 2012

Pönkä, Ville: Yhdenvertaisuus osakeyhtiössä. Helsinki 2012.

Pönkä 2013

Pönkä, Ville: Yhtiön etu - osakeyhtiöoikeudellinen näkökulma I ja II. LM 2013 ss. 21-34 ja LM 2013 s. 215-229.

Pöyhönen 1997

Pöyhönen, Juha: Kohti uutta varallisuusoikeutta. LM 527-560.

Pöyhönen 2001

Pöyhönen, Juha: Ulosoton kiertämissäännös (ulosottolain 4 luvun 9.4 §) yleisen varallisuusoikeuden näkökulmasta. Teoksessa: Velka, vakuus ja prosessi. Helsinki 2001. Ss 309 -321.

Orlov 1996

Orlov, Vladimir: Yritystoiminta Venäjällä. Yleiset oikeudelliset olosuhteet suomalaisen yrityksen kannalta. Helsinki 1996.

Rajak 1995

Rajak, Harry: Corporate Insolvency Law in the United Kingdom. Teoksessa: European Corporate Insolvency - A Practical Guide. John Wiley & Sons 1995. Ss. 723-812.

Rajavaara 2007

Rajavaara, Marketta: Vaikuttavuusyhteiskunta. Sosiaalisten olojen arvostelusta vaikutusten todentamiseen. Helsinki 2007.

Ruohonen 2012

Ruohonen, Janne: Osakeyhtiön voitonjaon maksukykytesti ja vastuu maksukyvyyn säilymisestä. Tampere 2012.

Sahavirta 2004

Sahavirta, Ritva: Kommentti ratkaisuun KKO 2004:46. Teoksessa: KKO:n rat-

378 kaisut kommentein I/2004. Helsinki 2004. Ss. 323-236.

Salminen 1998

Salminen, Markku: Velallisen rikos. Tutkimus velallisen rikosten selvittämisestä erityisesti osakeyhtiöihin kohdistuneiden tekotapojen ja osakeyhtiöitä koskevan oikeuskäytännön valossa. Helsinki 1998.

Sanchirico 2012

Sanchirico, Chris William: Evidence: theoretical models. Teoksessa: Procedural Law and Economics. Edward Elgar 2012. Ss. 203-270.

Sandvik 2011

Sandvik, Björn: Gäller ansvarsgenombrott som en allmän skadeståndsrättsliga princip? Kommentar till HD 2011:62 om en ny och gammal miljöskada. JFT 2011 ss. 847-858.

Saranpää 2010

Saranpää, Timo: Näyttöenemmyysperiaate riita-asiassa. Helsinki 2010.

Saranpää 2011

Saranpää, Timo: Siviiliprosessuaalista todistustaakkaa koskeva aineellinen prosessinjohto. LM 2011 ss. 504-526.

af Schultén 1984

af Schultén, Gerhard: Moderbolags ansvar för dotterbolags förpliktelser (ansvarsgenombrott). Förhandlingene ved det 30. nordiske juristmøtet. Oslo 1984. Del I ss. 77-122.

af Schultén 2003

af Schultén, Gerhard: Osakeyhtiölain kommentaari. Luvut 1-8. Helsinki 2003.

af Schultén 2004

af Schultén, Gerhard: Osakeyhtiölain kommentaari II. Luvut 9-17. Helsinki 2004.

Sjögrén-Jokinen-Syrjä 2009

Sjögrén, Helena - Jokinen, Juha - Syrjä, Pasi: Osakeyhtiössä tehty osingonjakopäätös ja hallituksen vastuu maksukyvyistä toimeenpanon lykkääntyessä - tilastollinen tarkastelu. DL 2009 ss. 775-796.

Sjögrén-Syrjä-Villa 2008

Sjögrén, Helena - Syrjä, Pasi - Villa, Seppo: Osakeyhtiölain maksukykyisyyden käsitteen tilastollinen tarkastelu. DL 2008 ss. 448-459.

Siltala 2008

Siltala, Juha-Pekka: Konsernit ja velkojainsuoja. EDILEX 10.12.2008.

Simon 1997

Simon, Herbert A.: An Empirically Based Microeconomics. Cambridge University Press 1997.

Sundgren 1995

Sundgren, Stefan: Bankruptcy Costs and the Bankruptcy Code. A Case Study of the Finnish Code. Helsingfors 1995.

Suontausta-Hämäläinen 2000

Suontausta, Seppo Hämäläinen, Harri: Raportti rauenneista konkurseista. Helsinki 2000.

Tala-Jaakkola-Tuokila 1995

Tala, Jyrki - Jaakkola, Risto - Tuokila, Marja: Liiketoimintakiello ja yrittäjien väärinkäytökset. Oikeuskäytäntöä ja kokemuksia lain ensimmäisiltä vuosilta. Helsinki 1995.

Tammi-Salminen 2001

Tammi-Salminen, Eva: Sopimus, kompetenssi ja kolmas. Varallisuus oikeudellinen tutkimus negative pledge -lausekkeiden sivullisittomuudesta. Helsinki 2001.

Tammi-Salminen 2008

Tammi-Salminen, Eva: Onko tahto välttämätön fiktio - Näkökulmia omistus-

380 oikeuden määräytymiseen läheissuhteissa. LM 2008 ss. 1189-1210.

Tammi-Salminen 2010

Tammi-Salminen, Eva: Vakuussitoumuksen liitännäisyys, takaisinsaantilain tulkintaperiaatteet ja luottamuksensuoja. LM 2010 ss. 582-607.

Toiviainen 2002

Toiviainen, Heikki: Suomen yhteisöoikeuden arvoperusta. Ajatuksia oikeustaloustieteestä yksityisoikeudellisia yhteisöjä ja säätiöitä koskevassa oikeudessa. Jyväskylä 2002.

Toiviainen 2009

Toiviainen, Heikki: Osakeyhtiölain varojenjakosäännösten tarkistaminen - kustannusten säästämistä oikeussuojaa heikentämällä ja selkeän vastuusäännösten selkiyttämistä säilyttämällä epäselvä substanssi. EDILEX 26.10.2009.

Tuominen 1997

Tuominen, Markku: Takaisinsaannin läheissääntely. Turku 1997.

Tuomisto 2009

Tuomisto, Jarmo: Keinotekoisien varallisuusjärjestelyjen ulosottokaaressa ja konkurssilaissa sääntelemättömistä vaikutuksista.

Teoksessa: Kovia aikoja: riitoja ja maksukyvyttömyyttä. Helsinki 2009. S. 645-662.

Tuomisto 2012

Tuomisto, Jarmo: Takaisinsaanti. 3., uudistettu painos. Helsinki 2012.

Tuula 2002

Tuula, Marie: ITbolagen och de immateriella tillgångarna vid företagsrekonstruktion och konkurs. Stockholm 2002.

Vahtera 2012

Vahtera, Veikko: Osakeyhtiön varojenkäytön hyväksyttävyys arvioitaessa velallisen epärehellisyyttä ja osakeyhtiön laitonta varojenjako. Teoksessa: Rikoksesta rangaistukseen. Turku 2012. Ss. 285-300.

Vedenkannas 2007

Vedenkannas, Matti: Tukikirje vakuutena. Helsinki 2007.

Vedenkannas 2009

Vedenkannas, Matti: Konserni-intressi ja tukikirjejärjestely. Business Law Forum 2009 ss. 147-174.

Vento 1994

Vento, Harri: Maksukyvyttömyys ja konkurssi rangaistavuuden edellytyksenä. Tutkimus konkurssirikoksista historian ja rikosoikeuden yleisten oppien valossa. Helsinki 1994.

Wikström 1987

Wikström, Kauko: Konserniavustuksesta. Teoksessa: Juhlajulkaisu Pertti Juhani Muukkonen 1927-6/8-1987. Turku 1987. S. 161-170.

Villa 1997

Villa, Seppo: Pääomalaina. Velvoite- ja yhtiöoikeudellinen tutkimus osakeyhtiön oman pääoman ehtoisista lainoista Suomessa. Helsinki 1997.

Villa 2010

Villa, Seppo: Mihin sidottua omaa pääomaa enää tarvitaan? Business Law Forum 2010. Ss. 333-371.

Villa 2012

Villa, Seppo: Konserniavustus osakeyhtiöoikeudellisessa kontekstissa. Business Law Forum 2012. Ss. 93-116.

Villa 2012b

Villa, Seppo: Yrityksen rahoitusinstrumentit. Teoksessa: Varallisuus oikeus. Helsinki 2012. Ss. 1183-1191.

Virtanen 2005

Virtanen, Tuija: Konsernijohtaminen parenting-teorian näkökulmasta. Helsinki School of Economics. Syyskuu 2005.

Äimä 2009

Äimä, Kristiina: Sisäiset korot lähiyhtiöiden kansainvälisessä verotuksessa. Helsinki 2009.

VIRALLISLÄHTEET

Best Project on Restructuring, Bankruptcy and a Fresh Start 2003.

Best Project on Restructuring, Bankruptcy and a Fresh Start 2003. European Commission. Final Report of the Expert Group. September 2003.

Case Law on the Regulation 2010

Case Law on the regulation. Allen & Overy LLP. European Cross Border Insolvency R 15: December 2010.

Discussion paper on the Revision of Council Regulation on Insolvency Proceedings 2012

Discussion paper on the Revision of Council Regulation (EC) NO 1346/2000 on Insolvency Proceedings. Expert meeting 1 October 2012.

HE 102/1990 vp.

Hallituksen esitys Eduskunnalle takaisinsaantia konkurssipesään koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 26/2003 vp.

Hallituksen esitys Eduskunnalle konkurssilainsäädännön uudistamiseksi.

Insolvencies in Europe 2008

Insolvencies in Europe 2007/08. A survey by the Creditreform Economic Research Unit.

KM 1978:37

KM 1978:37. Konkurssioikeuden kehittämiskomitean mietintö.

KM 1992:32

Osaakeyhtiölakitoimikunta 1990:n mietintö.

note to delegations 2012

Revision of Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings (the “insolvency Regulation”). Note to delegations. 2012

Proposal for a amending Council Regulation on Insolvency Proceedings 2012
Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on Insolvency Proceedings. COM(2012) 744 final.

SOU 1977:29

SOU 1977:29. Konkursförvaltning. Betänkande av Konkurslagskommittén. Stockholm 1977.

todistelu yleisissä tuomioistuimissa 2012

Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Oikeusministeriö. Mietintöjä 2012

UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010a

UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010. Part three. I. General features of enterprise groups. II. Addressing the insolvency of enterprise groups: domestic issues. 10 February 2010.

UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010b

UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2010. Part three. III. Addressing the insolvency of enterprise groups: international issues. 11 February 2010.

UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Cooperation 2010

UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Cooperation. New York 2010.

KORKEIN OIKEUS

KKO 1982 II 184	s. 128
KKO 1983 II 185	s. 128, 129
KKO 1988:7	s. 53
KKO 1991:186	s. 128
KKO 1995:93	s. 51
KKO 1996:15	s. 52
KKO 1996:148	s. 221
KKO 1997:17	s. 29, 291
KKO 1997:50	s. 155
KKO 1998:17	s. 1, 53, 253, 254
KKO 1998:77	s. 51
KKO 1999:38	s. 269
KKO 1999:117	s. 169
KKO 2000:15	s. 181
KKO 2004:46	s. 167
KKO 2004:69	s. 25, 53, 54, 81, 240-249, 261
KKO 2004:115	s. 24, 53, 54, 81, 211, 214, 229, 233, 234, 237, 238, 240-245, 247, 249, 261
KKO 2005:89	s. 263
KKO 2006:45	s. 35
KKO 2006:90	s. 75
KKO 2007:52	s. 167
KKO 2011:62	s. 51, 136
KKO 2011:63	s. 294
KKO 2012:86	s. 122
KKO 2012:102	s. 237, 246, 247
KKO 2013:16	s. 27, 47, 54

- apuindiisio s. 227, 281
- common law-oikeus s. 95, 100, 101, 110, 111, 205, 300, 335, 346
 - entiteettiperiaate s. 100
 - yrittöimintaperiaate s. 100
- debtor in possession -konsepti s. 319, 320, 356
- deterministinen ohjautuminen s. 102
- emoyhtiön valta suhteessa tytäryhtiöihin s. 70
 - agenttikonstruktio s. 70, 114
 - alistussuhde s. 69
 - lisätoimivallan käsite s. 70
 - tytäryhtiön lojaliteettivelvoite s. 69, 133
- erillisten insolvenssimenettelyjen järjestelmä s. 49
- erillisten konkurssimenettelyjen malli s. 105, 108
- erillisten oikeussubjektien teoria (erillisteoria) s. 48-, 99-, 120, 129, 143, 197, 220, 261-, 345-
 - insolvenssioikeudelliset haitat s. 143
 - italialainen muunnelma s. 109
 - konkurssioikeudelliset korollaarit s. 304, 354
 - materiaalinen s. 143
 - työoikeudessa s. 30
 - yhtiöoikeudessa s. 103-
- erillisten varallisuuspiirien periaate s. 113
 - konsernispesifinen määrittely s. 278, 296
 - varallisuuspiirien määrittely s. 266, 268-
- EU-MKA (maksukyvyttömyysasetus) s. 95, 111, 330
- European unioni s. 18, 33, 47, 48, 51, 111, 327
- epäsuora indiisio s. 154
- hakijasaatava s. 22-, 149-, 202, 347
 - ehdollinen hakijasaatava s. 154
 - problematiikka velkoja-aloitteisessa konkurssissa s. 149
- hakijavelkoja s. 152-, 184-, 192-, 199-, 324
- hyvä pesänhoitotapa s. 274-, 357
- indiisiovaikutus s. 189
- informaation tuottaminen ja jakelu s. 75
- insolvenssimenettelyn aloittamisen edellytykset s. 86
- insolvenssimenettelyn yhteistavoite s. 125
- insolvenssioikeudelliset suojasäännökset s. 77
- insolvenssioikeudellinen sääntely s. 133
- insolvenssioikeuden tutkimus s. 2, 21, 36, 41, 47, 74, 83, 114, 140
- jakoluettelo s. 140, 274-
- jakoluetteloehdotus s. 140-, 274, 302, 353
- jälkikompensointi s. 250
- jälkikontrolli s. 77
- järjestelmänalyysi s. 36-
- kirjanpitolaki s. 40, 74, 203, 236
- kollektiivinen insolvenssimenettely s. 16, 19, 158, 351
- konkurssi
 - emoyhtiön s. 42, 163, 260
 - konsernin ks. konsernikonkurssi
 - mikroyrityksen s. 39
 - monikonkurssi s. 16
 - strateginen konkurssi s. 73, 92, 195
 - sekundääri s. 313-, 330-
 - tarkoituksellinen konkurssi s. 73
 - tyypillinen konkurssiyritys s. 91
 - tytäryhtiön s. 41-, 73, 139, 292
 - tyyppikonkurssi s. 17
 - vilpilliset s. 41
 - vilpittömät s. 41
 - velkoja-aloitteinen s. 142, 149, 154, 158
 - velallisaloitteinen s. 147
- konkurssi- ja yrityssaneerausrekisteri s. 336
- konkurssiasiamies s. 90, 335

- konkurssiasian neuvottelukunta s. 33, 107, 322, 336-
- konkurssi-indiisio s. 22
- konkurssilainsäädäntö s. 20, 30-, 36, 41, 106, 143, 151, 159-, 202, 209, 259-, 306, 311-, 319-, 329
 - arvostussäännöt s. 173
 - aukot s. 342
 - indiisio s. 348
 - kansallinen konkurssilaki s. 47-, 111, 143, 180, 207, 272, 297-, 313-, 333, 337-, 358
 - konkurssilakia edeltänyt tutkimus s. 309
 - konsernispesifisten varallisuuspiirien määrittely s. 272
 - konserniyhteys s. 153, 157, 210, 347
 - konserniyhtiöitä koskevat säännökset s. 48, 50
 - kuittaus s. 259-
 - maksukyvyttömyys s. 148-, 199, 201
 - myötävaikutusvelvollisuus s. 273
 - nykyinen konkurssilaki s. 319, 355
 - omistussuhteiden oikaisu s. 275-
 - pakottavuuden rajat s. 334
 - pakottavuuden sääntely s. 334
 - presumptioiden muotoilu s. 151
 - selvyysskriteerit s. 149, 154
 - sovellusten ennustettavuus s. 344
 - säännös konsernipesänhoitajasta s. 322
 - säännösten uustulkinnat s. 33
 - tehtävä s. 336
 - tulkintaongelmat s. 47
 - urautumistaipumus s. 267
 - vaikutuspiiri s. 33
- konkurssimenettely s. 53, 105-, 143, 160, 252, 267, 284, 297, 300, 319, 329, 331, 355, 360
- konkurssioikeus s. 15, 48, 351, 359
 - autonominen s. 112
 - kansainvälinen s. 47, 313
 - kansallinen s. 309, 355
 - konkurssioikeudellinen läheisyys s. 24, 211
 - konkurssioikeudelliset selvityspesät s. 315
 - konsernien s. 19
 - korollaarit erillisteoriassa s. 240
 - takaisinsaannin tavoitteet s. 224
 - tutkimus s. 16-, 42, 55, 107, 114, 214, 270, 279
 - yleiset periaatteet s. 342
- konkurssipesä s. 216, 222, 284
 - emoyhtiön s. 250, 257, 283
 - erilliset konkurssipesät s. 106, 109
 - erillispesä s. 108-
 - informaation kulku s. 317, 339
 - konkurssipesäkohtaiset velkojainkokoukset s. 334
 - konserniyhtiön s. 213, 284, 303, 351
 - näyttövelvollisuus s. 287
 - pesään kuuluminen s. 276
 - selvittäminen s. 31, 34, 103, 159, 274, 299, 309
 - sivullisen omaisuus s. 288
 - tytäryhtiön s. 139, 241, 283, 310
 - voittoisa s. 227
 - yhteistoiminta s. 330, 356
 - yhtenäisteoria s. 105, 108
- konkurssipesien yhdistäminen s. 31
- konkurssipesien yhteishallinto s. 31, 305, 317
- konkurssipesien yhteistyö s. 306
- konkurssisopimukset s. 143
- konkurssituomioistuin s. 140, 329, 110, 112
- konkurssivalvonta s. 27
- konserniavustus s. 25, 54, 82-, 142, 182, 188, 191-, 203, 213, 130-, 241-, 249-, 282, 292, 348
 - emoyhtiöltä tytäryhtiölle s. 24, 81, 191, 214, 245, 282
 - käsitteen rajausta s. 208
 - peiteltyt konserniavustukset s. 213
 - takaisinsaanti s. 53, 142
 - tytäryhtiöltä emoyhtiölle s. 213, 245, 250
 - tytäryhtiöltä tytäryhtiölle s. 213-, 245, 282
 - vastikkeettomuus s. 214
 - vero-oikeudessa s. 215
- konserniavustuslaki s. 212-
- konsernien insolvenssioikeus s. 19, 204
- konsernietu s. 25, 82, 214, 232, 236, 241
- konsernihallinto s. 22, 40, 58, 65-, 70-, 74, 80, 105, 147, 203, 209, 221, 234, 250, 255, 266, 280-, 301, 318, 328, 352
 - hallinnon ohjauskeinot s. 68
 - ongelmalliset seurausilmiöt s. 80
 - sisäisen tarkastuksen rooli s. 71
- konserni-intressi s. 24, 26, 44, 46, 62, 79-, 84, 184, 198, 190, 195, 206, 233, 261-, 283, 344-, 349
 - emoyhtiön s. 82
 - juridisena työkaluna s. 84
 - konkurssin konserni-intressi s. 341, 355
 - käsite s. 360

- ongelmat s. 79
- sisällöllinen määrittely s. 81
- sulautuminen yhtiö-intressiin s. 252
- suomen oikeudessa s. 80
- tukietu s. 180
- tytäryhtiön s. 82
- vaikutus s. 81, 102, 208, 270
- vinoutunut s. 195
- yleinen aikavaihtelu s. 86-
- konsernijohto s. 26, 58, 60, 64-, 71, 92, 218, 283, 292, 328
- konsernikonkurssi s. 18, 36-, 328
 - määrä s. 91
 - samanaikaisuus s. 307
 - tavallisuus s. 90
 - toimintakertomus s. 339
 - tyyppitapaukset s. 91
 - UNCITRAL-mallilaissa s. 333
 - velan maksun ja vakuuden peräyttäminen s. 210
- konsernikonkurssille tyypilliset varallisuudensiirrot s. 25
- konsernikonkurssien insolvenssimenettely s. 114
- konsernikuittaus s. 208
 - spesifinen kuittauskielto s. 209
- konserniluotto s. 26, 182, 208, 213, 215
 - ylihinnoittelu s. 26-
- konsernimuotoiset lumerakenteet s. 40
- konsernin dejuridisointi s. 206, 234, 357
- konserniohjaus s. 58, 65-, 71-, 105
 - käytännöt s. 105
 - rooli s. 72
 - sisäinen valvonta s. 71
 - strateginen ohjaus s. 66
 - strateginen suunnittelu s. 66
 - taloudellinen ohjaus s. 66
- konsernioikeus s. 19. 98-
 - klassinen s. 98-
 - moderni s. 98
- konserniongelma s. 1, 35, 37-, 56, 101, 103, 110, 141-, 345, 358-
 - erillisteoriassa s. 103
 - yhtenäisteoriassa s. 103
- konsernirakenne s. 23, 26, 35, 40, 66, 83-, 89-, 130, 233, 304, 344
 - alakonserni s. 196-
 - instrumentaalisuus s. 61
 - kansainvälinen konserni s. 47
 - keinotekoiset konsernirakenteet s. 301, 352
 - keinottelukonserni s. 40
 - korttitalo-konserni s. 94
 - kvasikonserni s. 43-, 90, 95, 270
 - laaja konserni s. 40
 - monitasoiset konsernirakenteet s. 40
 - muodollis-juridinen konserni s. 39, 90
 - peruskonserni s. 39-
 - perustelut s. 66. 127
 - pieni konserni s. 40
 - rajat ylittävät konsernirakenteet s. 46
 - taloustieteessä s. 61, 182
 - todelliset konsernirakenteet s. 283
 - konserniriski s. 72-
 - hallinta pehmein keinoin s. 75
 - ääri-ilmentymä (strateginen konkurssi) s. 73
 - konsernisuhde s. 17, 20
 - konsernitilanteet s. 130, 148, 151, 178, 186, 206, 210-, 240, 248, 277, 340, 350
 - konsernitili s. 209. 213. 229. 254-
 - kuittaus s. 254-
 - rakenne s. 256
 - tilinpitäjäpankki s. 260
 - väärinkäyttö s. 254
 - konsernitilinpäätös s. 183, 193-, 203, 348
 - konsernituki s. 179, 187-, 205, 208, 211, 223
 - alakäsitteet s. 208
 - vastikkeellisuus s. 240
 - konsernitutkimus s. 18, 44, 206
 - insolvenssioikeudellinen s. 20, 34
 - taloustieteellinen s. 56
 - työoikeudellinen s. 19
 - vero-oikeudellinen s. 47
 - yhtiöoikeudellinen s. 18
 - konsernivakuus s. 208, 215-, 219-, 264, 357
 - konsernivinoutumien oikaisu s. 272, 274
 - konserniyhtiöiden keskinäiset varallisuudensiirrot s. 142
 - konserniyhtiöoikeus s. 19-
 - laki yhteistoiminnasta (335/2007) s. 95
 - lama s. 46, 53, 87, 91, 110
 - laskennallisten erillisvarallisuuksien malli s. 109, 312-, 340, 354, 362
 - liiketoimintasuunnitelma s. 67-, 86, 156, 192
 - kirjaamaton s. 67
 - kirjallinen s. 67

-kulttuurinen s. 67
 luopumistahdonilmaisut s. 151, 162
 luotonantosopimus s. 79, 150

 maksu vierailta varoilla s. 252
 maksukykytesti s. 76-, 163-, 200-, 213
 -insolvenssioikeudellinen s. 76
 -osakeyhtiölain s. 149, 198, 204
 -yhtiöoikeudellinen s. 76, 348
 maksukyvyttömyyden indiisiot s. 22, 148-,
 170, 184-, 198-, 347
 maksukyvyttömyys s. 16, 37, 51, 147-, 164, 170-,
 185
 -konsernien s. 47, 110, 163, 184, 348, 359-
 -rikosoikeudellinen s. 167-
 maksukyvyttömyysarvio s. 76, 86, 149, 170-,
 186-, 190-, 202
 -arvostusperusteet s. 173
 -aikahaarukka s. 171, 175
 -ennustetyyppinen s. 171, 190
 -historiallinen s. 184, 187, 190, 265
 -siviilioikeudellinen s. 168
 maksukyvyttömyystodistelu s. 153
 maksuväliintulo s. 352-
 MEG-yritykset s. 20
 mikrotaloudellinen valumaefekti
 konsernissa s. 202
 myötävaikutusvelvollisuus s. 273
 määräämistoimi s. 54, 238, 245-, 248
 -edullinen s. 248
 -neutraali s. 248
 -vahingollinen s. 208, 247

 näyttöenemmyysperiaate s. 178, 189

 off shore-yhtiöt s. 29, 34-, 115-
 oikeushenkilökeinottelu
 oikeussuhteiden oikaiseminen
 oikeussuoja s. 37, 77, 102, 134, 170, 272, 308,
 341
 -intressitahojen s. 114, 299, 301
 -järjestely s. 37, 309, 315
 -ulosotossa s. 278, 285-
 -velkojien s. 109, 355, 362
 oikeussuojariski s. 128

 parenting-etu s. 81
 personaaliunioni s. 31, 50, 71, 305-, 319, 321,
 325-, 334, 339-, 355

pesäluettelo
 pesänhoitaja s. 31, 140-, 266, 274, 286
 -aloiteoikeus s. 273, 302
 -eturistiriita s. 324-
 -konsernipesänhoitaja s. 56, 321-, 339, 361
 -luottamuspuola s. 320, 326
 -muutoksenhaku pesänhoitajan
 päätöksiin s. 286
 -määrääminen s. 319, 355
 -puolueettomuus s. 341, 355
 -pätevyyden vaatimus s. 307
 -päätehtävä s. 356
 -tehtävä s. 274-
 -tytärtyhtiön s. 139
 -valtuudet s. 272
 -vuosiselonteko s. 339
 pk-yritys s. 39, 194
 presumptiiviset indiisiot s. 154
 presumptiosäännöt s. 152, 169
 prosessioikeus s. 15, 113, 122, 139, 166, 285
 -yleinen s. 37
 pöytälaatikkoyhtiöt s. 29, 34-, 115, 296, 301,
 352

 samastus
 -aatehistoria s. 114
 -alatyytit s. 118
 -automaattinen vastuun samastus s. 71
 -edellytykset s. 114-
 -epäsuora vastuun samastus s. 28-, 42, 119,
 296-, 302
 -insolvenssioikeudellinen s. 114, 16, 118
 -institutionaalinen tuki s. 302
 -klassinen vastuun samastus s. 139
 -kokonaissamastus s. 32
 -konkurssioikeudellinen sovellus s. 130
 -käsitteellinen epämääräisyys s. 114, 117,
 121
 -laaja samastus s. 110-, 128-
 -materiaalinen s. 103
 -oikeusvaikutukset s. 114
 -omistuksen samastus s. 36, 119, 126, 128
 -pöytälaatikkoyrityksen samastus s. 115
 -rajoittuva samastus s. 137-
 -samastuksen tulevaisuus s. 129
 -samastusindiisiot s. 123, 127, 139, 291
 -samastuskanne s. 139-, 293
 -samastuskriteerien kirjoittajakohtainen
 vaihtelu s. 302, 353

-samastusmyönteisyys s. 132, 136
 -samastusoikeudenkäynti s. 140
 -samastusperusteet s. 114, 120-, 127, 157
 -samastusproblematiikka s. 56
 -samastussaattavan riitautus s. 140, 353
 -samastustuomio s. 139
 -samastustutkimus s. 125
 -samastusvaatimus s. 121, 139
 -samastusvalvonta s. 140
 -siviilioikeudellinen s. 114-
 -sopimusoikeudellinen s. 118
 -sopimusten samastus s. 119, 124, 128, 295-
 -suora vastuun samastus s. 27-, 119, 290-
 -suoran samastuksen tyyppitapaus s. 353
 -suppea s. 118-
 -totaalinen samastus s. 137-
 -tytärtyhtiön samastus emoyhtiöön s. 115, 127
 -vakuutusosoikeudessa s. 134
 -vasta-indiisio s. 126-, 130
 -vastuun samastus
 -vastuusamastusvelka s. 302
 -yhtiöoikeudellinen s. 118, 124
 saneeraus
 -menettely s. 23, 164, 241, 322
 -ohjelma s. 331
 -yrityksen saneeraus s. 16, 23, 53
 selvyyssiisio s. 156
 siirtohinnoittelu s. 26, 89, 197, 208, 221-
 -keinotekoinen s. 47
 -peräyttämisaatimukset s. 264
 -suosiva siirtohinnoittelu s. 222
 -syrijä siirtohinnoittelu s. 223, 237, 272
 -takaisinsaanti s. 222-
 -tukeva siirtohinnoittelu s. 208
 -vaikutus s. 188
 takaisinsaantioikeudenkäynti s. 56, 170, 186, 190, 211-, 224, 230-, 263, 272
 takaisinsaantilaki s. 227, 276, 287, 360
 takaisinsaantiperusteet s. 264, 351
 takaisinsaantivastaaja s. 17, 23, 77, 170, 186, 211-, 228, 235, 244
 -todistustaakka s. 248
 talouden ja juridiikan jännite s.34, 37-, 55, 101, 105
 -klassisessa konsernioikeudessa s. 98
 -yhtenäisteoriassa s. 102
 todistusoikeuden tutkimus s. 178

toimivuuden arviointi (toimivuustutkimus) s. 36, 38
 totaalisesti itsenäisten yhtiöiden malli s. 269, 351
 trust-rakenne s. 115-
 työoikeus s. 19-, 39, 52, 63, 345
 -konserniongelmia s. 50
 -konsernityöoikeus s. 19
 -konserniyhtiön konkurssi s.52
 -yritysröhmän käsite s. 95
 täytäntöönpanoriita s. 286
 ulkomainen insolvenssimenettely s. 47
 ulkopuolisen velkojan vaatimus s. 27
 ulosotto s. 158, 126, 148, 160, 168, 280, 286
 -kustannustehokkuus s. 159
 -monivelkojatilanteet s. 158
 -omistajan määräämisvalta s. 277
 -rajat ylittävä s. 48
 -sivullisen todellinen oikeus s. 278, 285
 ulosottokaari (UK) s. 158, 126, 276, 286-
 ulosottomies s. 286
 UNCITRAL-mallilaki s. 47-, 55-, 300, 303, 308, 325, 339, 354, 356, 362
 -konkurssilaki s. 207, 337, 361
 -konkurssisopimukset s. 143
 -konsernikonkurssit s. 333
 -konsernin sisäiset luotot s. 350
 -konsernituki s. 180
 -yhteishallinnon ja velallisen aseman yhteys s. 320
 -yhteisselvitys 319
 -yritysröhmä s. 95, 110, 112, 296
 uusi varallisuusosoikeus s. 131-
 vahingollisuusriteeri s. 234, 238
 varallisuuden vapaa liikkuvuus konsernissa s. 72, 74, 205, 249
 varallisuudensiirrot s. 24-, 74, 205, 207-, 211, 213, 249, 282-
 -hyödyttävät (lahjanluonteiset) s. 24-, 73, 215, 240, 277
 -konsernin sisäiset s. 25, 78, 92, 142
 -vahingoittavat (vastikkeelliset) s. 24-, 73, 77, 227, 231
 -reaaliset s. 142
 varallisuuspiirit s. 26
 -erilliset s. 31
 -kartoittaminen konkurssissa s. 303-

- konserniyhtiöiden s. 26, 63, 266, 296
- määrittäminen s. 266, 268-, 351
- rajanveto s. 266-, 271, 333
- vastikkeeksi kelpaamisen ongelma s. 233
- vastikkeellisuus s. 223, 232
 - ahdas tulkinta s. 24
 - arviointi s. 208, 227, 243, 239-,
 - käsite s. 227-
 - laajennettu tulkinta s. 240
 - materiaalinen vastikkeellisuussääntö s. 54
 - merkitys s. 24
 - ongelma s. 24, 54, 214, 227, 229
 - uustulkinnat s. 103
 - vakiintuneet tulkinnat s. 228, 239
 - yhtenäistulkinta s. 228
- velallinen
 - kanssavelallinen s. 150
 - konkurssivelallinen s. 244, 259, 272-, 284
 - konserniyhtiö velallisena s. 27
 - oikeussuhteet s. 351
 - samastamisessa s. 296
 - yhteisvelallinen s. 162
- velallisidentiteetti s. 127
- velallisyhtiö s. 54
- velallisyhtiön insolvenssimenettely s. 78
- velkakriisi s. 2
- velkaselvittely s. 27, 29, 141, 266, 275, 293, 302, 350
- velkasuhteet
 - epäselvyys s. 150
 - katoaminen s. 298, 303
 - konserniyhteyden tuoma lisä s. 155-
 - konserniyhtiön s. 27-, 54, 108-, 209
 - mitätöinti s. 294, 299, 311
 - muutokset s. 297
 - selvittely s. 272
 - uudelleenjärjestely s. 274, 288-, 358
 - vastuun samastuksessa s. 119, 301, 353
 - yritysryhmään kuulumisen vaikutus s. 271
- velkavastuu s. 30, 101-, 268, 270, 279, 291-, 344, 351
 - laajennettu toteuttaminen s. 278
 - primääri s. 28
 - vastuun samastuksessa s. 119, 156
 - välttely s. 35
- velkoja
 - emoyhtiön s. 134-, 249-, 254
 - hakijavelkoja s. 152, 154-, 170-, 184-, 192-, 202, 324
 - konkurssivelkoja s. 269, 275, 327, 351
 - päävelkoja s. 259
 - samastusvelkoja s. 139-
 - tuotevastuuvelkoja s. 137
 - tytäryhtiön s. 21-
 - ulkopuolinen velkoja s. 29
- velkoja-autonomiset järjestelmät s. 307-, 318, 333
- velkojainkokous s. 31, 106, 324, 327-, 334
- velkojainsuoja s. 43, 44
- velkojakollektiivi s. 106, 266, 275, 318, 325, 355
- velkojarooli s. 136-
- velkojaryhmä s. 137-, 311
- velkojasuojasäännös s. 198
- velkojatoimikunta s. 319-, 327, 340, 355-
- velkojayhtiön maksuvaatimus s. 28
- veroparatiisit s. 34
- yhteismitallisuus s. 38, 53, 208, 242
- yhteisselvitys s. 30-, 268, 307, 318-, 334, 336, 342
 - konkurssipesien yhdistäminen s. 31
 - materiaalinen s. 346
 - yhteishallinto s. 31, 305
 - yhteistyö s. 32, 326
- yhtenäisteoria s. 99, 101-, 105-, 116, 141, 303, 345-
 - konkurssi s. 112
 - oikeussuhteiden sulautuminen s. 108
 - saksalainen s. 100
 - talouden ja juridiikan yhteensovittaminen s. 10
 - varallisuuspiirien määrittely s. 269
- yksi/yksi-mallit s. 15, 78
- ylivoimaisen näyttövelvollisuuden ongelma s. 187
- yrityksen saneeraus s. 16, 23, 319
 - menettely s. 23, 164, 322
 - takaisinsaanti s. 53
 - konserniyhtiöiden saneerauksen erityisproblematiikka s. 56
- yritysklusteri s. 43-, 46, 96
 - intressi s. 45
 - klusterihyöty s. 45
 - käsitteenmäärittely s. 44
- yritysryhmän rinnakkaiset winsolvenssimenettelyt s. 143

yritysryhmä s. 19, 34, 43, 60, 270-, 280, 331

-intressi s. 44

-keskinäinen riippuvuus s. 45

-konkurssi s. 296, 317, 333

-konkurssisopimukset s. 143

-konserni yritysryhmässä s. 46, 60, 111

-käsite s. 44, 95-

-monikansallinen s. 20

-rakenne s. 94

-riski s. 73

yrityssaneerauslaki s. 50, 319, 322

-valmistelu s. 50

yrityssaneerausrekisteri s. 336

Konserniyhtiön maksukyvyttömyys ja konkurssi

Konkurssioikeuden tutkimus on perinteisesti keskittynyt yritysten konkursseihin. Siinäkin se on yksinkertaistanut monimuotoista todellisuutta: tutkimuskohteeksi on valittu tai valikoitunut erillisen, itsenäisesti toimivan yrityksen konkurssi. Tällainen yritys on kuitenkin tilastollinen harvinaisuus. Valtaosa yrityksistä joko kuuluu johonkin konserniin tai ainakin toimii kiinteässä yhteistyössä muiden yritysten kanssa. On selvää, että tällaiset yhteydet vaikuttavat esimerkiksi siihen, miten yritys päätyy konkurssiin, mitkä varallisuudensirrot tulevat aikanaan peräytetyiksi, miten keskinäiset velka- ja omistussuhteet määritellään ja miten konkurssipesät selvitetään.

Tässä kirjassa tarkastellaan sen otsikon mukaisesti konserniympäristöön sijoittuvaa konkurssia, hieman myös konserniyrityksen saneerausta. Tutkimus painottuu lainoppiin, joskin se sisältää jonkin verran *de lege ferenda* -ehdotuksia ja oikeuspoliittisia arvioita. Kirjoittaja Risto Koulu on prosessioikeuden professori (Helsingin yliopisto) ja tutkimusjohtaja (Conflict Management Institute).



conflict management institute
university of helsinki

www.cmi.fi

ISBN 978-952-10-7834-7
Kirjastoaluokka 33.6

