

NEUVOTTELUVASTUU YRITYSKAUPAN VALMISTELUSSA

Henri Ruotsalainen

OTM-tutkielma 24.11.2012

Helsingin yliopisto

Oikeustieteellinen tiedekunta

Velvoiteoikeus

Ohjaaja: Mika Hemmo



Tiedekunta/Osasto Fakultet/Sektion – Faculty		Laitos/Institution – Department			
Oikeustieteellinen tiedekunta					
Tekijä/Författare – Author					
Henri Ruotsalainen					
Työn nimi / Arbetets titel – Title					
Neuvotteluvastuu yrityskaupan valmistelussa					
Oppiaine /Läroämne – Subject					
Velvoiteoikeus					
Työn laji/Arbetets art – Level		Aika/Datum – Month and year		Sivumäärä/ Sidoantal – Number of pages	
OTM-tutkielma		11/2012		xii+88	
Tiivistelmä/Referat – Abstract					
<p>Tutkielmassa käsitellään sopimuksen neuvotteluvaiheeseen liittyvää vastuuta voimassa olevan oikeuden ja toisaalta sopimustekniikan näkökulmasta. Tarkastelu kohdistetaan yrityskaupan valmistelun erityispiirteisiin. Tutkimusaineistona käytetään pääasiassa kotimaista ja muuta pohjoismaista aineistoa, erityisesti oikeustapauksia ja –kirjallisuutta. Huomiota kiinnitetään myös laajemmin oikeusvertailevaan aineistoon, sillä yrityskauppojen sopimuskäytäntö on huomattavan kansainvälistynyt. Lisäksi tutkielmassa hyödynnetään oikeustaloustieteellisiä reaalisia argumentteja, sillä taloudellisella tehokkuudella voidaan nähdä olevan erityistä merkitystä liiketoimintaympäristössä, kuten juuri yrityskauppojen yhteydessä.</p> <p>Ennen varsinaisten neuvotteluvastuuperusteiden käsittelyä culpa in contrahendo -vastuulle pyritään muodostamaan teoreettinen lähtökohta, jonka valossa neuvottelujen katkeamista jäljempänä tarkastellaan. Vastuun arvioinnissa keskeistä on osapuolen tuottamus ja toisen osapuolen luottamus. Tuottamuksen ja luottamuksen välistä suhdetta arvioidaan tutkielmassa neuvotteluvapauden ja neuvottelulolajiteettiperiaatteen avulla. Sopimusvastuu nähdään luottamukseen perustuvana, jolloin neuvotteluvastuukin voidaan nähdä osana sopimusvastuuta. Sopimusvastuuta ja sopimusneuvotteluja tarkastellaan vaiheittain kehittyvänä prosessina. Tutkielmassa neuvottelut jaetaan sitovuudeltaan kolmeen vaiheeseen, jotka ovat (i) täysi neuvotteluvapaus, (ii) rajoitettu neuvotteluvapaus sekä (iii) sopimuksentekovelvollisuus.</p> <p>Varsinaisten vastuuperusteiden käsittely aloitetaan yrityskaupan valmistelulle tyypillisistä tekijöistä, jotka vaikuttavat siirtymiseen neuvottelujen sitovuusasteelta toiselle. Tarkastelussa huomioidaan erityisesti yrityskaupan luonne monimutkaisena projektina sekä erilaiset neuvotteluosapuolten käyttämät väli-instrumentit. Monimutkaisten transaktioiden kohdalla vahvana olettamana tavallisesti on, että neuvotteluissa ei synny mitään sitovaa ennen kuin kaikista yksityiskohdista on päästy yksimielisyyteen. Toisaalta erilaiset väli-instrumentit, jotka eivät tavallisesti vielä merkitse täyttä sopimusvastuuta, saattavat rikkoa tämän olettamana. Erityinen merkitys on niin sanotuilla prekontraktuaalisilla sopimuksilla, aiesopimuksilla ja esisopimuksella.</p> <p>Sitovuuden kehittymisen tarkastelun jälkeen huomio kiinnitetään tarkemmin neuvotteluvaiheen velvoitteisiin. Neuvotteluvaiheen velvoitteet jaetaan tutkielmassa negatiivisiin ja positiivisiin lakimääräisiin velvoitteisiin sekä osapuolten keskenään sopimiin velvoitteisiin. Velvoitteita tarkastellaan suhteessa neuvottelujen vaiheeseen. Osa velvoitteista pysyy voimassa vielä neuvottelujen katketuakin. Yrityskaupoissa erityisen merkityksellisiä negatiivisia velvoitteita ovat salassapito- ja hyödyntämiskielto. Positiivisista velvoitteista tärkein on tiedonantovelvollisuus, jonka todetaan yrityskaupoissa olevan hieman kapeampi kuin tavanomaisessa irtaimen kaupassa. Lakimääräisten velvoitteiden täsmentymättömyyden vuoksi osapuolten keskenään disponoimat velvoitteet saavat erityistä merkitystä. Yrityskaupoissa tärkeimmät sovitut velvoitteet liittyvät salassapidon täsmentämiseen, neuvottelueksklusiviteettiin sekä erilaisiin kaupan strukturointeihin huutokaupan tyylisiksi.</p> <p>Tärkein neuvottelujen katkeamisesta aiheutuva oikeusseuraamus on vahingonkorvausvastuu, joka yleensä mitataan niin sanotun negatiivisen sopimusedun mukaisesti. Korvattavaksi tulee yleensä välittömiä vahinkoja, mutta myös välilliset vahingot voidaan korvata. Poikkeuksellisesti kysymykseen saattaa tulla myös positiivisen sopimusedun mukainen vahingonkorvaus tai jopa luontoisuoritusvastuu. Yrityskaupoissa näin ankara vastuu saattaa käytännössä liittyä lähinnä kaupan strukturointeihin.</p>					
Avainsanat – Nyckelord – Keywords					
neuvottelut, luottamus, tuottamus, vahingonkorvaus, yrityskaupat					
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited					
Keskustakampanin kirjasto					
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information					

SISÄLLYS

Sisällys.....	i
Lähteet.....	iii
Kirjallisuuslähteet.....	iii
Virallislähteet.....	ix
Oikeustapaukset.....	ix
Muut lähteet.....	xi
Lyhenteet.....	xii
1. Johdanto.....	1
1.1. Tutkimusintressi ja -kohde.....	1
1.2. Tutkimusmetodi.....	2
1.3. Tutkimuskysymyksen täsmentäminen.....	4
1.4. Tutkimuksen rakenne.....	5
2. Teoreettinen lähtökohta.....	6
2.1. Culpa in contrahendo.....	6
2.1.1. Perusteet.....	6
2.1.2. Vastuumuodosta.....	7
2.1.3. Vastuuperiaatteet.....	9
2.2. Sopimusvastuun ulottuvuus.....	12
2.2.1. Sopimusteorioista.....	12
2.2.2. Sopimus prosessina.....	17
2.3. Yhteenvedo.....	20
3. Sitovuuden kehittyminen.....	22
3.1. Johdanto.....	22
3.2. Neuvottelujen kesto.....	24
3.3. Kokonaisjärjestelyn vaikutus.....	25
3.4. Aiesopimus.....	29
3.5. Täytäntöönpanotoimet.....	32
3.6. Esisopimus.....	34
4. Neuvotteluvaiheen velvoitteet.....	37
4.1. Johdanto.....	37

4.2.	Kielletyt neuvottelumenettelyt	38
4.2.1.	Pätemättömyysperusteisiin verrattavat väärinkäytökset.....	38
4.2.2.	Sopimuksentekotarkoituksen puuttuminen	41
4.2.3.	Salassapitovelvollisuuden ja hyödyntämiskiellon rikkominen	43
4.2.4.	Neuvotteluyksinoikeuden rikkominen.....	45
4.3.	Toimintavelvoitteet.....	45
4.3.1.	Tiedonantovelvollisuus.....	45
4.3.2.	Muita toimintavelvollisuuksia	54
4.4.	Disponoidut velvoitteet	57
4.4.1.	Yleistä.....	57
4.4.2.	Lakimääräisten velvoitteiden tarkentaminen.....	59
4.4.3.	Riskinjaon täsmentäminen ja muu sopiminen.....	65
5.	Oikeusseuraamukset	73
5.1.	Vahingonkorvaus.....	73
5.1.1.	Yleistä.....	73
5.1.2.	Negatiivinen sopimusetu	77
5.1.3.	Positiivinen sopimusetu.....	80
5.1.4.	Yhteenveto.....	83
5.2.	Muut seuraamukset.....	83
5.2.1.	Luontoissuoritusvastuu.....	83
5.2.2.	Velvoitteiden voimassapysyminen.....	85
6.	Lopuksi.....	87

LÄHTEET

Kirjallisuuslähteet

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Porvoo 1989 (*Aarnio* 1989)

Adlercreutz, Axel: Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om 'letters of intent', principöverenskommelser m. m.). Svensk Juristtidning 1987. s. 494–514 (*Adlercreutz* 1987)

Annola, Vesa: Sitooko letter of comfort -asiakirjassa ilmoitettu aikomus? teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Vastuun samaistuksesta ja muita kirjoituksia. Turku 1996. s. 77–93 (*Annola* 1996)

–Sopimuksen dynaamisuus. Turku 2003 (*Annola* 2003)

–Informaatio, sisäpiiri, markkinat. Turku 2005 (*Annola* 2005)

–Tukikirje. Asemointia ja arviointia. Turku 2006 (*Annola* 2006)

Aurejärvi, Erkki – Hemmo, Mika: Velvoiteoikeuden oppikirja. 3. painos. Helsinki 2007 (*Aurejärvi – Hemmo* 2007)

Björkdahl, Erika P: Lojalitet och kontraktliknande förhållanden. Uppsala 2007 (*Björkdahl* 2007)

Calissendorff, Gotthard: Recension. Kurt Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta. Juridisk Tidskrift 1993–94. s. 236–241 (*Calissendorff* 1993–94)

Castrén, Martti: Immateriaalioikeudet ja niitä täydentävä kilpailunormisto teoksessa Risänen, Kirsti (toim.): Yritysoikeus. 2. painos. Helsinki 2006. s. 761–908 (*Castrén* 2006)

Craswell, Richard: Offer, Acceptance, and Efficient Reliance. Stanford Law Review 1995–1996. Vol. 48. s. 481–553 (*Craswell* 1996)

Cooter, Robert – Ulen, Thomas: Law and economics. 4th edition. Boston 2004 (*Cooter – Ulen* 2004)

Farnsworth, E. Allan: Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. Columbia Law Review 1987. Vol. 87. s. 217–294 (*Farnsworth* 1987)

Grönfors, Kurt: Avtalsgrundande rättsfakta. Stockholm 1993 (*Grönfors* 1993)

Halila, Heikki: Rakennuttajan tiedonantovelvollisuudesta. Helsinki 1981 (*Halila, H* 1981)

- Halila, Heikki – Hemmo, Mika*: Sopimustyytit. 2. painos. Helsinki 2008 (*Halila, H – Hemmo* 2008)
- Halila, Jouko*: Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia oikeussuhteita. Porvoo 1955 (*Halila, J* 1955)
- Hemmo, Mika*: Vahingonkorvauksen määräytymisestä sopimussuhteissa. Helsinki 1994 (*Hemmo* 1994)
- Sopimus ja delikti. Helsinki 1998 (*Hemmo* 1998)
 - Prekontraktuaaliset sopimukset ja neuvotteluvastuun sääntely teoksessa Ruokonen, Pekka – Sundblad, Hans – Ylöstalo, Matti (toim.): Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 vuotta. Helsinki 1999. s. 77–89 (*Hemmo* 1999)
 - Sopimusoikeus I. 2. painos. Helsinki 2003. (*Hemmo* 2003a)
 - Sopimusoikeus II. 2. painos. Helsinki 2003. (*Hemmo* 2003b)
 - Sopimusoikeus III. Helsinki 2005. (*Hemmo* 2005a)
 - Vahingonkorvausoikeus. Helsinki 2005 (*Hemmo* 2005b)
- von Hertzen, Hannu*: Sopimusneuvottelut. Helsinki 1983 (*von Hertzen* 1983)
- Hirvonen, Ari*: Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Helsinki 2011 (*Hirvonen* 2011)
- Holm, Anders*: Den avtalsgrundade lojalitetsplikten: en allmänrättprincip. Linköping 2004 (*Holm* 2004)
- Hultmark, Christina*: Rättsfall. Lojalitetsplikten i avtalsförhållande – närmare bestämt upplysningsplikten rörande rådighetsinskränkningar vid köp av kiosk-rörelse. Juridisk Tidskrift 1991–92. s. 701–704 (*Hultmark* 1991–92)
- af Hällström, Erik*: Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring vid rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Helsingfors 1931 (*af Hällström* 1931)
- Häyhä, Juha*: Lojaliteettiperiaate ja sopimusoppi. Defenson Legis 1996. s. 313–327 (*Häyhä* 1996a)
- Sopimus, laki ja vakuutustoiminta. Helsinki 1996 (*Häyhä* 1996b)
 - Tieto tavaranä – siviilioikeus tietoyhteiskunnassa. Oikeus 2000. s. 36–64 (*Häyhä* 2000a)
 - Jälleenvakuutus sopimuksena. Helsinki 2000 (*Häyhä* 2000b)
- Immonen, Raimo*: Yritysjärjestelyt. 5. painos. Helsinki 2011 (*Immonen* 2011)

- Karhu, Juha*: Lojaliteettiperiaate sopimusoikeudessa teoksessa Vihervuori, Pekka – Hemmo, Mika – Tammi-Salminen, Eva (toim.): Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938–30/8-2008. Helsinki 2008. s. 101–116 (*Karhu* 2008)
- Katz, Avery*: When Should an Offer Stick? The Economics of Promissory Estoppel in Preliminary Negotiations. *Yale Law Journal* 1995-1996. Vol. 105. s. 1249–1309 (*Katz* 1996)
- Klami-Wetterstein, Paula*: Letter of intent och ansvarsgrundande tillit. *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland* 2007. s. 493-513 (*Klami-Wetterstein* 2007)
- Kleineman, Jan*: Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar. *Juridisk Tidskrift* 1991–92. s. 125–140 (*Kleineman* 1991–92)
- Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper. *Juridisk Tidskrift* 1993–94. s. 433–460 (*Kleineman* 1993–94)
- Kolehmainen, Esa*: Aiesopimuksesta velvoite- ja sopimusoikeuden järjestelmässä teoksessa Kolehmainen, Esa (toim.): *Business Law Forum* 2006. Helsinki 2006. s. 111–173 (*Kolehmainen* 2006)
- Kraakman, Reinier – Armour, John – Davies, Paul – Enriques, Luca – Hansmann, Henry – Hertig, Gerard – Hopt, Klaus – Kanda, Hideki – Rock, Edward*: *The Anatomy of Corporate Law. A comparative and Functional Approach*. 2nd edition. Oxford 2009 (*Kraakman et al.* 2009)
- Kurkela, Matti S*: Globalisoitunut sopimuskäytäntö ja sopimusoikeudelliset periaatteet. Helsinki 2003 (*Kurkela* 2003)
- Lappalainen, Juha*: Siviiliprosessioikeus II. Helsinki 2001 (*Lappalainen* 2001)
- Lehtinen, Tuomas*: Kansainvälisen kaupan liikesopimus ja remburssi. Helsinki 2006 (*Lehtinen* 2006)
- Lindfelt, Villy*: Sopimuksen päättyessä voimassa pysyvät sopimusmääräykset. *Defensor Legis* 2011. s. 195–209 (*Lindfelt* 2011)
- Lindholm, Tomas – Hakoranta, Eeva*: Myyjän virhevastuusta ja kaupan kohteen tarkastuksesta yrityskaupassa. *Defensor Legis* 1997. s. 75–92 (*Lindholm – Hakoranta* 1997)
- Mankowski, Peter*: Formation of Contract and Pre-Contractual Duties to Inform teoksessa Grundmann, Stefan – Schauer, Martin (eds.): *The Architecture of European Codes and Contract Law*. Alphen aan den Rijn 2006. s. 321–338. (*Mankowski* 2006)
- Mononen, Marko*: Sopimusoikeuden materiaalisuudesta. Helsinki 2001 (*Mononen* 2001)
- Onko sopimusoikeudessamme yhtenäistä vastuuperustetta? *Lakimies* 2004. s. 1379–1397 (*Mononen* 2004)

- Huomioita vahingonkorvaus- ja sopimusoikeuden johdonmukaisuudesta teoksessa Kolehmainen, Esa (toim.): Business Law Forum 2005. Helsinki 2005. s. 91–118 (*Mononen 2005*)
- Munukka, Jori*: Kontraktuell lojalitetsplikt. Stockholm 2007 (*Munukka 2007*)
- Muukkonen, P.J.*: Sopimusvapauden käsitteestä. Lakimies 1956. s. 601–612 (*Muukkonen 1956*)
- Muutosäännökset. Varallisuusosoikeudellisia muutovaatimuksia koskeva tutkimus. Vammala 1958 (*Muukkonen 1958*)
- Sopimusoikeuden yleinen lojaliteettiperiaate. Lakimies 1993. s. 1030–1048 (*Muukkonen 1993*)
- Mäenpää, Kalle*: Contract negotiations and the importance of being earnest. Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 2010. s. 322–350 (*Mäenpää 2010*)
- Mähönen, Jukka*: ”Good faith and Fair dealing” ja lojaliteettivelvollisuus teoksessa Kumpulainen, Anne – Aine, Antti (toim.): Juhlajulkaisu Tuula Ämmälä. Kansainvälisestä kaupasta. Turku 2000. s. 203–233 (*Mähönen 2000a*)
- Lojaliteettivelvollisuus ja tiedonantovelvollisuus teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Varallisuusosoikeuden kantavat periaatteet. Helsinki 2000. s. 129–143 (*Mähönen 2000b*)
- Mähönen, Jukka – Villa, Seppo*: Osakeyhtiö III. Corporate governance. Helsinki 2006 (*Mähönen – Villa 2006*)
- Tärkeät päätökset ja toimivalta osakeyhtiössä. Lakimies 2011. s. 3–18 (*Mähönen – Villa 2011*)
- Mäkelä, Juha*: KKO 2009:45. Sopimuksentekorikkomus ja sopimusneuvotteluihin perustuva vastuu teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I 2009. Helsinki 2009. s. 362–365 (*Mäkelä 2009*)
- Sopimus ja erehdys. Helsinki 2010 (*Mäkelä 2010*)
- Mäntysaari, Petri*: Lisää myyjän virhevastuusta osakkeiden kaupassa. Defensor Legis 1997. s. 314–320 (*Mäntysaari 1997*)
- Nicander, Hans*: Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden. Juridisk Tidskrift 1995–1996. s. 31–48 (*Nicander 1995–96*)
- Norros, Olli*: Sopimusoikeudellisten periaatekokoelmien oikeuslähdearvo. Lakimies 2007. s. 25–42 (*Norros 2007*)
- Sopimusperusteiset muutovaatimukset. Lakimies 2008. s. 183–211 (*Norros 2008*)

- Oker-Blom, Max*: Ackquisition som auction – rättsekonomiska synpunkter på en sk structured sale. Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland 2000. s. 235–249 (*Oker-Blom* 2000)
- Posner, Erik A*: The Economic Analysis of Contract Law After Three Decades: Success or Failure? Yale Law Journal 2002–2003. Vol. 112. s. 829–880 (*Posner* 2003)
- Pöyhönen, Juha*: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimuksen sovittelu. Helsinki 1988 (*Pöyhönen* 1988)
- Uusi varallisuus oikeus. Helsinki 2000 (*Pöyhönen* 2000)
- Rawls, John*: A Theory of Justice. Revised Edition. Massachusetts 1999 (*Rawls* 1999)
- Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli – Karhu, Juha*: Suomen vahingonkorvausoikeus. 5. painos. Helsinki 2006 (*Routamo et al.* 2006)
- Rudanko, Matti*: Arvopaperimarkkinat ja siviilioikeus. Helsinki 1998 (*Rudanko* 1998)
- Saarnilehto, Ari*: Sopimusneuvotteluissa aiheutetun vahingon korvaaminen teoksessa Ruokonen, Pekka – Sundblad, Hans – Ylöstalo, Matti (toim.): Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 vuotta. Helsinki 1999. s. 221–234 (*Saarnilehto* 1999)
- Sopimusoikeuden perusteet. 7. painos. Helsinki 2009 (*Saarnilehto* 2009)
- Kohtuullinen reklamaatioaika. Defensor Legis 2010. s. 148–156 (*Saarnilehto* 2010a)
- Todistustaakasta vahingonkorvausasioissa teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Velvoiteoikeudellisia kirjoituksia I. Turku 2010 (*Saarnilehto* 2010b)
- Schwartz, Alan – Wilde, Louis L*: Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis. University of Pennsylvania Law Review 1978–1979. Vol. 127. s. 630–682 (*Schwartz – Wilde* 1979)
- Siltala, Raimo*: Oikeustieteen tieteenteoria. Helsinki 2003 (*Siltala* 2003)
- Stilton, Andrew*: Sale of Shares and Businesses: Law, Practice and Agreements. 2nd edition. London 2008 (*Stilton* 2008)
- Syrjänen, Jani*: Arvopaperimarkkinalain mukaisen vahingonkorvausvastuun tuottamusedellytys ja due diligence teoksessa Nuutila, Ari-Matti – Saarnilehto, Ari (toim.): Arvopaperimarkkinat. Turku 2001, s. 93–114 (*Syrjänen* 2001)
- Taxell, Lars Erik*: Avtal och rättskydd. Åbo 1972 (*Taxell* 1972)
- Om lojalitet i avtalsförhållanden. Defensor Legis 1977. s. 148–155 (*Taxell* 1977)
- Avtalsrättens prejudikat. Tidskrift utgiven av Juridiskaföreningen i Finland 1987. s. 251–268 (*Taxell* 1987)

- Tepora, Jarno – Kartio, Leena – Koulu, Risto – Wirilander, Juhani*: Kiinteistön käyttö ja luovutus. 4. painos. Helsinki 2002 (*Tepora et al.* 2002)
- Timonen, Pekka*: Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Helsinki 1997 (*Timonen* 1997)
- Johdatus lainopin metodiin ja lainopilliseen kirjoittamiseen. Helsinki 1998 (*Timonen* 1998)
- Tuori, Kaarlo*: Kriittinen oikeuspositivismi. Helsinki 2000 (*Tuori* 2000)
- Vapaavuori, Tom*: Yrityssalaisuudet ja salassapitosopimukset. Helsinki 2005 (*Vapaavuori* 2005)
- Volders, Bart*: Culpa in contrahendo in the conflict of laws. A first appraisal of Article 12 of the Rome II Regulation. *Nederlands internationaal privaatrecht* 2008. s. 464–468 (*Volders* 2008)
- Wallgren, Carita*: Letters of intent: Avsiktsdeklarationer, principöverenskommelser och andra preliminärdokument i internationella avtalsförhandlingar och avtalsslut. Helsinki 1983 (*Wallgren* 1983)
- Wilhelmsson, Thomas*: Om tro och heder i finsk avtalsrätt. *Oikeustiede – Jurisprudentia* 1978 (*Wilhelmsson* 1978)
- Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsträttens allmänna läror. Helsinki 1987 (*Wilhelmsson* 1987)
- Good faith and the duty of disclosure in commercial contracting – the Nordic experience teoksessa Brownsword, Roger – Hird, Norma J. – Howells, Geraint (eds.): *Goodfaith in contract: concept and context*. Aldershot 1999. s. 165–187 (*Wilhelmsson* 1999)
- Yleiset opit ja pienet kertomukset ennakoitavuuden ja yhdenvertaisuuden näkökulmasta. *Lakimies* 2004. s. 199–227 (*Wilhelmsson* 2004)
- Wilhelmsson, Thomas – Sevón, Leif – Koskelo, Pauliine*: Kauppalain pääkohdat. 5. painos. Helsinki 2006 (*Wilhelmsson et al.* 2006)
- Wist, Tarja – Oker-Blom, Max – Pöntynen, Inga*: Due diligence med hänsyn till aktiebolags-, värdepappersmarknads- och konkurrensrättsliga aspekter. *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland* 2001, s. 426–451 (*Wist et al.* 2001)
- Wuolijoki, Sakari*: Pankin neuvontavastuu. Helsinki 2009 (*Wuolijoki* 2009)
- Ämmälä, Tuula*: Ns. negatiivisesta sopimusedusta teoksessa Saarnilehto, Ari – Nuutila, Ari-Matti (toim.): *Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta*. Turku 1991. s. 547–561 (*Ämmälä* 1991)

- Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta. Oikeustoimilain pätemättömyysperusteita koskeva tutkimus. Helsinki 1993 (*Ämmälä* 1993)
- Lojaliteettiperiaatteesta eräiden sopimustyyppien yhteydessä teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Lojaliteettiperiaatteesta. Turku 1994. s. 3–50 (*Ämmälä* 1994)
- Vilpitön mieli ja selonottovelvollisuus teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Vilpittömästä mielestä. Turku 1997. s. 9–52 (*Ämmälä* 1997)
- Heikomman suoja teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Varallisuusosoikeuden kantavat periaatteet. Helsinki 2000. s. 97–109 (*Ämmälä* 2000a)
- Hyvän tavan vastaisuus teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Varallisuusosoikeuden kantavat periaatteet. Helsinki 2000. s. 144–155 (*Ämmälä* 2000b)

Virallislähteet

HE 187/1973 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 114/1978 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa ja markkinatuomioistuimesta annetun lain muuttamisesta.

HE 93/1986 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle kauppalaiksi.

HE 66/1988 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

HE 120/1994 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle maakaareksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 109/2005 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi osakeyhtiölainsäädännöksi.

KM 1990:20. Oikeustoimilakitoimikunnan mietintö.

KOM(2011) 635. Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi yhteisestä eurooppalaisesta kauppalaista

Oikeustapaukset

Korkein oikeus

KKO 1968 II 33

KKO 1969 II 3

KKO 1984 II 177

KKO 1984 II 181

KKO 1985 II 58
KKO 1985 II 175
KKO 1989:39
KKO 1992:178
KKO 1993:130
KKO 1996:7
KKO 1996:18
KKO 1996:84
KKO 1997:67
KKO 1997:181
KKO 1997:189
KKO 1999:48
KKO 1999:111
KKO 2000:121
KKO 2006:71
KKO 2007:72
KKO 2008:57
KKO 2008:91
KKO 2008:104
KKO 2009:45
KKO 2010:23
KKO 2011:21

Ruotsi

NJA 1989, s. 614
NJA 1990, s. 745
NJA 1991, s. 808
NJA 1998, s. 633

Euroopan unioni

C-334/00 *Tacconi*

Yhdysvallat

Heyer Products Co. v. United States. 147 Ct.Cl. 256, 177 F.Supp. 251 (1959)

Hoffman v. Red Owl Stores. 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965)

Muut lähteet

The Commission on European Contract Law (Lando, Ole – Beale, Hugh, eds.): Principles of European Contract Law: Parts I and II. The Hague 2000 (PECL)

International Institute for the Unification of Private Law: UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts. Rome 2010 (UPICC)

PriceWaterhouseCoopers – Suomen pääomasijoitusyhdistys ry: Pääomasijoitus – avain yrityksen kasvuun. Helsinki 2006, viitattu 31.10.2012
<<http://www.pwc.fi/fi/julkaisut/arkisto.jhtml>> (Pääomasijoitusopas)

Pörssisäätiö: Listautujan käsikirja. Helsinki 2012, viitattu 14.11.2012
<<http://www.porssisaatio.fi/blog/books/listautujan-kasikirja>> (Listautumisopas)

Yritysten lukumäärät kaupparekisterissä, viitattu 21.11.2012 <
<http://www.prh.fi/fi/kaupparekisteri/yritystenlkm/lkm.html> (Kaupparekisteritilasto)

LYHENTEET

Bryssel I	Neuvoston asetus (EY) N:o 44/2001 tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla
CFR	KOM(2011) 635 Liite I Ehdotetun yhteisen eurooppalaisen kauppalain teksti
HD	Högsta Domstolen (Ruotsin korkein oikeus)
HE	Hallituksen esitys
HenkTL	Henkilötietolaki (523/1999)
NJA	Nytt juridisk arkiv
KauppaL	Kauppalaki (355/1987),
KKO	Korkein oikeus
KilpL	Kilpailulaki (948/2011)
KM	Komiteanmietintö
MK	Maakaari (540/1995)
OikTL	Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (228/1929)
OK	Oikeudenkäymiskaari (4/1734)
OYL	Osakeyhtiölaki (624/2006)
RL	Rikoslaki (39/1889)
Rooma II	Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EY) N:o 864/2007 sopimukseen perustumattomiin velvoitteisiin sovellettavasta laista
SopMenL	Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (1061/1987)
UK	Ulosottokaari (705/2007)
VahL	Vahingonkorvauslaki (412/1974)

1. JOHDANTO

1.1. Tutkimusintressi ja -kohde

Tutkielman tarkoituksena on selvittää yrityskaupan valmisteluun liittyvää osapuolten neuvotteluvastuuta. Yrityskauppa on esimerkki monimutkaisesta transaktiosta, jonka yhteydessä neuvotteluvastuuseen liittyviä kysymyksiä on mielenkiintoista tarkastella. Yrityskaupan neuvotteluissa voi aiheutua huomattavia vahinkoja, mikäli neuvottelut päättyvät tuloksettomina. Kaupan toteuttamista eli omistusoikeuden siirtymistä edeltää yleensä kuuksia kestävä neuvotteluprosessi, johon osallistuu varsinaisten osapuolten lisäksi joukko kolmansia tahoja, kuten rahoittajia, investointipankkiireja, asianajajia ja muita asiamiehiä sekä joskus myös valvontaviranomaisia. Nimenomaan yrityskaupan valmistelun erityiskysymyksiin ei ole käsitykseni mukaan kiinnitetty paljon huomiota, vaikka muuten neuvotteluvaiheen velvollisuuksia onkin tutkittu melko paljon.¹

Käytännössä yrityskaupan kohteena on usein osakeyhtiö,² minkä vuoksi tässä tutkimuksessa tarkastellaan nimenomaan osakeyhtiöön liittyvää yrityskauppaa. Tarpeen mukaan yrityskauppa voidaan toteuttaa monessa eri muodossa, joista sopimusoikeudelliset yrityskaupamuodot ovat osakekauppa ja liiketoimintakauppa.³ Näiden kahden transaktiomallin välillä valittaessa huomiota kiinnitetään erilaisiin riskeihin ja erityisesti veroseuraamuksiin.

¹ Sopimusneuvotteluja koskevista monografioista voidaan mainita *von Hertzen* 1983 (väitöskirja) sekä artikkeleista *Hemmo* 1999, *Saarnilehto* 1999 ja *Mäenpää* 2010. Taloudellisesti merkittävien transaktioiden neuvotteluvaiheen väli-instrumenttien tutkimuksesta voidaan mainita *Adlercreutz* 1987 (Ruotsi) ja *Kolehmainen* 2006 (artikkeleita). Neuvotteluvaiheen lojaliteettivelvoitteen tutkimuksesta voidaan mainita erityisesti *Björkdahl* 2007 (Ruotsi).

² Kaupparekisteriin on 30.9.2012 merkitty 231 194 yksityistä osakeyhtiötä (ei sisällä asunto-osakeyhtiöitä) ja 203 julkista osakeyhtiötä, kun yhteensä kaupparekisterissä on 562 733 yritystä, ks. Kaupparekisteritilasto. Yrityksistä siis vähän alle puolet on osakeyhtiöitä, mikä antaa jonkinlaisen kuvan myös osakeyhtiöitä koskevien yrityskauppojen suhteellisesta osuudesta, vaikka toki on luultavaa, että osakeyhtiöihin liittyvillä yrityskaupoilla on paljon suurempi suhteellinen osuus. Ks. osakeyhtiön merkityksestä myös *Kraakman et al.* 2009, s. 1–5 ja *Timonen* 1997, s. 136–138.

³ Omistussuhteiden ja vaihdannan kannalta vastaavaan lopputulokseen voidaan päästä useammallakin tavalla, mutta jokaisen järjestelyn ytimessä on kuitenkin aina sopimus jossain muodossa. Laajassa mielessä yrityskauppoihin voidaankin lukea myös erilaiset yhtiöoikeudelliset järjestelyt, kuten sulautuminen, jakautuminen ja osakeannit. Listatuissa yhtiöis-

1.2. Tutkimusmetodi

Tutkimusmetodi on oikeusdogmaattinen. Tarkoituksena on selvittää voimassa olevan oikeuden sisältöä oikeussäännösten tulkinnalla ja oikeusperiaatteiden punnilla.⁴ Tutkimuksessa pyrin omaksuma deskriptiivisen tarkastelukulman, jossa voimassa olevan oikeuden sisältöä pyritään kuvaamaan mahdollisimman arvovapaasti, vaikka täydelliseen arvovapautteen tuskin onkaan mahdollista päästä.⁵ Voimassa olevan oikeuden sisältö perustellaan tukeutumalla eri oikeuslähteisiin⁶, minkä vuoksi keskeistä on juuri oikeuslähdeoppi.

Perinteisesti oikeuslähteet on jaettu velvoittavuuden perusteella hierarkkisesti kategorioihin: vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin, sallittuihin sekä kiellettyihin oikeuslähteisiin.⁷ Luokittelu on helppo ymmärtää, mutta se ei välttämättä vastaa sitä, miten tuomarit tosiasiasa päättyvät ratkaisuihin. Tämän vuoksi tässä tutkimuksessa sitoudutaan uudempaan hahmotustapaan, joka pyrkii mahdollisimman *todenmukaiseen kuvaukseen* virkavastuulla lakia soveltavien oikeuslähdeopista⁸. Tämä institutionaalinen oikeuslähdeoppi tosin muistuttaa perinteistä käsitystä hyvin paljon, koska myös siinä oikeuslähteet asetetaan hierarkkisesti. Oikeuslähteiden ratkaisuarvot eivät kuitenkaan ole täysin ennalta vakioitavissa esimerkiksi vahvasti ja heikosti velvoittaviksi. Tietyn oikeuslähteen ratkaisuarvo määräytyy kokonaisharkinnan perusteella, mutta hierarkiasta poikkeamiseen on oltava painavia perusteita.⁹ Tämä sopii paremmin myös tutkijan oikeuslähdeopiksi, koska tällöin argumentaatiota voi perustellummin hakea laaja-alaisesti eri oikeuslähteistä.¹⁰

sä arvopaperimarkkinaoikeus voi asettaa tiettyjä vaatimuksia, kuten velvollisuuden tehdä julkinen ostotarjous. Näitä kysymyksiä ei kuitenkaan tarkastella tässä tutkimuksessa.

⁴ Hirvonen 2011, s. 25

⁵ Ks. Siltala 2003, s. 141–144. Siltä osin kuin arvostukset vaikuttavat tutkimustuloksiin, arvovalinta pyritään tuomaan avoimesti esille. Ks. arvoista myös Aarnio 1989, s. 242–243.

⁶ Aarnio 1989, s. 217–219.

⁷ *ibid.*, s. 220–221.

⁸ Ks. Siltala 2003, s. 224 (kurs. tässä).

⁹ *ibid.*, s. 247–248.

¹⁰ Pyrkimyksenä on kuitenkin selvittää, miten tietty kysymys ratkaistaisiin tuomioistuimessa, minkä vuoksi velvoittavuusperusteisesta oikeuslähdeopista ei ole syytä luopua, sillä tuomaritoiminnassakaan ei näin ole tehty, vrt. Timonen 1998, s. 35.

Institutionaalisen oikeuslähdeopin hierarkiassa velvoittavimmat oikeuslähteet ovat kansallinen ja EU-tason lainsäädäntö¹¹. Seuraavaksi painavimmat oikeuslähteet ovat lainsäätäjän tarkoitus ja tuomioistuinratkaisut¹² mukaan lukien Eurooppa-tuomioistuimet. Näiden jälkeen tulevat yksityisoikeudelliset sopimukset ja maantapa¹³. Lisäksi hierarkian pohjalla, ei-institutionaalisina oikeuslähteinä ovat esimerkiksi oikeustiede, oikeusvertailu¹⁴ ja reaaliset argumentit^{15,16}.

Oikeusdogmatiikkaan kuuluu myös voimassa olevan oikeuden systematisointi eli oikeudenalan yleisten oppien jäsentäminen.¹⁷ Yleiset opit ovat edellytys ennustettavuudelle ja muodolliselle oikeusturvalle.¹⁸ Tutkimuksessa pyritään mahdollisuuksien mukaan hyödyntämään on yleisiä oppeja tutkimuskysymyksen käsittelyssä.¹⁹ Yleiset opit ovat ”ajattelun kehikko”, eivätkä ne voi olla ristiriidassa tulkinnan ja punninnan tulosten kanssa.²⁰

Oikeusdogmaattisen metodin lisäksi pyrin tutkimuksessa hyödyntämään myös sopimusteknistä näkökulmaa. Voimassa olevan oikeuden sisällön selvittämisen perusteella pyrin hahmottelemaan keinoja, joilla osapuolet voisivat varautua neuvotteluihin liittyviin riskeihin.

¹¹ Vastuumuodon käsittelyn yhteydessä osoitetaan, että neuvotteluvastuu käsitetään nykyään lakiin kirjoittamattomaksi vastuumuodoksi, ks. jäljempänä luku 2.1.2. Lainsäädäntö ei silti ole vailla merkitystä, vaan sillä usein esim. analogiaan perustuva vaikutus.

¹² Ks. sopimusoikeuden prejudikaattien merkityksestä *Taxell* 1987, s. 262–265

¹³ Maantavalla voi nykyään olla merkitystä vain hyvin poikkeuksellisesti, ks. *Siltala* 2003, s. 272–273 ja *Timonen* 1998, s. 34

¹⁴ Oikeusvertailussa hyödynnetään erityisesti ruotsalaista aineistoa, joka voidaan perustella sopimusoikeuden samankaltaisuudella, ks. tästä *Siltala* 2003, s. 276. Myös yhdysvaltalaisista aineistoista pyritään jonkin verran hyödyntämään sillä, yrityskaupat ovat pitkälle angloamerikkalaistuneet. Oikeusvertailussa erityisen hyödyllisiä ovat myös sopimusoikeudelliset periaatekokoelmat, ks. *Norros* 2007, s. 38–41.

¹⁵ Reaalisisina argumentteina hyödynnetään pääasiassa oikeustaloustieteellisiä argumentteja, sillä niillä vaikuttaa olevan yrityskauppojen yhteydessä painavampi merkitys kuin muilla seuraamusargumenteilla, ks. tästä jäljempänä luku 2.2.1.

¹⁶ Ks. *Siltala* 2003, s. 249–250.

¹⁷ *Hirvonen* 2011, s. 25

¹⁸ *Tuori* 2000, s. 187

¹⁹ Yleisillä opeilla voidaan myös suoraan tukea oikeudellisen ongelman ratkaisua, ks. *Tuori* 2000, s. 191 ja *Pöyhönen* 1988, s. 101–102.

²⁰ Ks. *Aarnio* 1989, s. 301–302. Kun pyrkimyksenä on voimassa olevan oikeuden sisällön selvittäminen, ns. vaihtoehtoisten yleisten oppien, kuten sosiaalisen siviilioikeuden, hyödynnettävyys ei käsittääkseni tämän vuoksi ole kovin merkittävä.

1.3. Tutkimuskysymyksen täsmentäminen

Kun sopimusneuvotteluja kuvataan, sanotaan, että neuvottelut eivät sido, eikä niiden katkaiseminen sellaisenaan perusta vastuuta²¹. Sopimusneuvottelut eivät lähtökohtaisesti sitomattomuudesta huolimatta kuitenkaan ole täysin vailla oikeusvaikutuksia. Sitomattomuuslähtökohta edellyttääkin sen täsmentämistä, mitä sitomattomuudella tarkoitetaan.

Sitovuus, niin kuin se sopimusoikeudessa perinteisesti ymmärretään, merkitsee sopimuksen mukaista suoritusvelvollisuutta tai sen puuttuessa positiivisen sopimusedun mukaista korvausvelvollisuutta. Sopimuksenulkoisissa suhteissa kysymykseen voi tulla lähinnä korvaus aiheutetuista vahingoista. Sopimusneuvottelut ovat ikään kuin kanava ankarampaan vastuumuotoon. Sopimusneuvottelut voivat myös sellaisenaan perustaa velvoitteita, jotka liittyvät erityisesti neuvottelumenettelyn sisältöön. Tässä tutkimuksessa pyritään selvittämään, *miten sitovuus kehittyy yrityskaupan valmistelussa ja millaisia neuvotteluvaiheen velvoitteita osapuolille asetetaan*.

Yrityskaupan neuvottuvaihe käsittää kaikki osapuolten väliset kontaktit aina ensimmäisestä yhteydenotosta siihen hetkeen saakka, jolloin yrityskauppa toteutetaan eli omistusoikeus kaupan kohteeseen siirretään ostajalle. Näiden kahden hetken väliin mahtuu erilaisia valmistelutoimia, joiden tarkoituksena on selvittää, onko yrityskauppa mahdollista toteuttaa. Sitovuuden kannalta ongelmia syntyy silloin, kun neuvotteluissa ei voida tunnistaa OikTL:n mukaista tarjousta ja vastausta, mikä on yrityskaupan neuvotteluissa hyvin tavallista.

Kaikki yrityskauppaneuvottelut eivät tietenkään johda yrityskaupan solmimiseen ja usein neuvottelut katkeavat tuloksettomina. Tällöin tulee arvioitavaksi, onko sopimusneuvotteluissa kehittynyt sitovuutta ja onko neuvotteluvaiheen velvoitteita laiminlyöty tavalla, jonka perusteella riski neuvottelujen katkeamisesta voi siirtyä toiselle osapuolelle. Tutkimus rajataan koskemaan velvoiteoikeudellisesti merkityksellisiä kysymyksiä. Tarkoituksena on käsitellä neuvotteluvastuuta keskittymällä yrityskaupan erityispiirteisiin. Sopimusteknisestä näkökulmasta kysymystä lähestytään pohtimalla, *miten omaa vastuuta voidaan rajata* ja

²¹ von Herten 1983, s. 1

toisaalta miten neuvottelukumppani voidaan sitouttaa transaktion toteuttamiseen mahdollisimman tehokkaasti.

1.4. Tutkimuksen rakenne

Tässä tutkimuksen johdantoluvussa olen pyrkinyt esittelemään tutkimuskohdetta ja -intressiä ja näin rajaamaan tutkimuskysymyksen mielekkääksi. Johdantoluvussa olen selvittänyt tutkimusmetodia ja oikeuslähteoppia, johon pyrin tässä tutkimuksessa sitoutumaan. Esittelen vielä tutkimuksen rakenteen ennen varsinaisia käsittelylukuja.

Toisessa pääluvussa käsittelen neuvotteluvastuun teoreettista perustaa. Aloitan käsittelyn culpa in contrahendo -opista, jonka perusteella neuvotteluvastuuta yleensä arvioidaan. Neuvotteluvastuun tarkastelussa pyritään hyödyntämään sopimusteoreettista näkökulmaa sopimusten sitovuuteen ja sopimusvastuun vaiheittaisuuteen liittyvien kysymysten kautta. Doktriini pyritään sitomaan vahvempiin oikeuslähteisiin, erityisesti lakiin ja oikeuskäytäntöön. Luvussa hahmoteltua teoreettista lähtökohtaa pyritään hyödyntämään neuvotteluvastuun tarkemmassa käsittelyssä.

Kolmas ja neljäs pääluku muodostavat tutkimuksen pääosan. Kolmannessa luvussa käsittelem tarkemmin perusteita, jotka yrityskaupan valmistelussa voivat merkitä sitovuuden kehittymistä. Pyrin käsittelemään yrityskaupan valmistelun kannalta olennaisimpia tekijöitä ja niiltä osin kuin se on mahdollista myös tuomaan esiin sopimustekniikan vaikutusta vastuun kehittymiseen. Neljännessä luvussa tarkastelen lähemmin osapuolten neuvotteluvaiheen velvoitteita, jotka jaetaan negatiivisiin velvoitteisiin eli kiellettyihin neuvottelumenetelyihin, positiivisiin eli aktiivista toimintaa edellyttäviin velvoitteisiin sekä osapuolten keskenään sopimiin velvoitteisiin, joiden käsittelyssä pyrin hyödyntämään myös sopimusteknistä näkökulmaa.

Tutkimuksen viides pääluku käsittelee oikeusseuraamuksia, joita voi aiheutua neuvottelujen katkeamisesta ja neuvotteluvaiheen velvoitteiden rikkomisesta. Lähinnä kysymykseen tulee vahingonkorvaus, mutta myös muita mahdollisia seuraamuksia käsitellään. Lopuksi kuudennessa pääluvussa pyrin tekemään yhteenvedon tutkimustuloksista.

2. TEOREETTINEN LÄHTÖKOHTA

2.1. Culpa in contrahendo

2.1.1. Perusteet

Sopimuksesta neuvottelevien osapuolten välillä on selvästi erilainen suhde kuin sattumanvaraisesti kohtaavilla täysin vierailta henkilöillä. Osapuolet pyrkivät keskinäisin neuvotteluin sopimukseen, mutta sitovan sopimuksen kynnyistä ei ole vielä ylitetty. Neuvottelusuhteesta voidaankin puhua yhteistoimintasuhteena, vaikka sopimukseen perustuvia velvoitteita ei vielä olekaan syntynyt. Sopimusneuvotteluissa osapuolet altistuvat huomattavasti suuremmalle taloudellisten menetysten vaaralle kuin perinteisissä sopimuksen ulkoisissa suhteissa.²²

Yhteistoimintaluonteen vuoksi osapuolilla on pitemmälle meneviä toiseen osapuoleen kohdistuvia lojaliteettivaatimuksia kuin täysin sopimuksen ulkoisessa suhteessa. Yhteistoiminnan syventyessä myös näiden vaatimusten taso kasvaa.²³ Neuvottelujen onnistuminen edellyttää osapuolilta ainakin jonkin tasoista luottamusta siihen, että toinen osapuoli noudattaa neuvottelussa kyseisiä vaatimuksia. Lojaliteettivelvoitteiden ja luottamuksen rikkomisesta voi seurata vastuu, jota yleensä käsitellään culpa in contrahendo -opin yhteydessä.²⁴ Doktriinin ydinajatus on, että *sopimuksen valmisteluun osallistuva siirtyy sopimuksenulkoisesta negatiivisesta velvoitepiiristä sopimusoikeudellisten positiivisten velvoitteiden piiriin.*²⁵

²² Hemmo 1998, s. 199

²³ *ibid.*, s. 199–201. Ks. myös sopimuksen prosessiluonteesta jäljempänä luku 2.2.2.

²⁴ Mäenpää 2010, s. 322–323. Culpa in contrahendo -opin alkuperäisenä kehittäjä pidetään saksalaista oikeustieteilijää *Rudolf von Iheringiä*.

²⁵ Ks. Hemmo 1998, s. 200–201, joka viittaa *von Iheringiin*. Culpa in contrahendo -oppiin perustuva vastuu voi yleensä tulla kysymykseen neuvottelujen keskeytyessä tai sopimuksen pätemättömyystilanteissa. Kummassakin tapauksessa neuvotteluissa on syntynyt tarpeettomia kustannuksia ajatellen neuvottelujen tavoitetta eli pätevän sopimuksen syntymistä. Tässä tutkimuksessa keskitytään neuvottelujen katkeamistilanteisiin.

2.1.2. Vastuumuodosta

Neuvotteluvastuun systemaattisessa arvioinnissa ensimmäinen kysymys on, onko culpa in contrahendo -vastuu sopimus- vai deliktivastuuta.²⁶ Ongelma on edellä käsitellyn mukaisesti siinä, että (pätevää) sopimusta ei ole vielä syntynyt, mutta toisaalta kysymys ei ole myöskään tyypillisestä sopimuksenulkoisesta suhteesta. Neuvotteluvastuun systemaattinen paikantaminen ei ole pelkästään teoreettinen ongelma, vaan vastuumuotoerottelulla on suora yhteys myös sovellettaviin normeihin. Sopimusoikeudellisen ja sopimuksenulkoisen normiston soveltaminen vastuukysymyksiin johtaa useissa suhteissa eri lopputulokseen.

Edellisten lisäksi velvoiteoikeuden kolmantena vastuumuotona esitetään yleensä perusteettoman edun palautus, joka voidaan ymmärtää päävastuumuotojen täydentäjäksi juuri niissä tilanteissa, kun osapuolten välillä ei ole sopimusta, mutta myöskään deliktivastuun edellytykset eivät täyty. Neuvotteluvastuuta voitaisiin siksi joissain tilanteissa arvioida perusteettoman edun palautuksen opin avulla.²⁷ Aina ei kuitenkaan voida tunnistaa hyötyä, jonka toinen osapuoli on neuvottelussa perusteettomasti saavuttanut ja joka siten tulisi palautettavaksi.²⁸ Lisäksi hyötymistilanteissakaan edunpalautus ei välttämättä korvaa kokonaan toisen osapuolen kärsimää haittaa. Perusteettoman edun palautus ei näiden syiden vuoksi useinkaan ole tyydyttävä oikeuskeino neuvotteluvastuun toteuttamiseksi.

Ensimmäinen vastuumuotoerotteluun liittyvä ongelma nimenomaan kansainvälisissä neuvotteluissa ja neuvotteluvastuun toteuttamisessa on oikeuspaikan määräytyminen ja lainvalinta.²⁹ Kansainvälisen yksityisoikeuden alalla vastuumuotokysymykseen ei ole suhtauduttu johdonmukaisesti. Euroopan unionissa oikeuspaikkakysymyksissä neuvotteluvastuu on deliktuaalista,³⁰ kun taas lainvalinta neuvotteluvastuuseen määräytyy ensisijaisesti sopimukseen sovellettavan lain perusteella³¹.

²⁶ Velvoiteoikeuden järjestelmää hallitsee jako sopimusperusteiseen ja sopimuksenulkoiseen vastuuseen, ks. esim. HE 187/1973, s. 12, *Mononen* 2005, s. 101 ja *Hemmo* 1998, s. 1.

²⁷ *Hemmo* 1998, s. 2–4. Ks. perusteettoman edun palautuksesta *Aurejärvi – Hemmo* 2007, s. 155–157. Ks. myös *Craswell* 1996, s. 542–543, joka tarkastelee yhdysvaltalaisia tapauksia, joissa restitution käyttöalaa on selvästi laajennettu sellaisiinkin luottamuksensuojatapauksiin, joissa hyöty on vaikeasti tunnistettavissa.

²⁸ Ks. *Aurejärvi – Hemmo* 2007, s. 161. Yrityskaupoissa perusteettoman edun palautus voisi tulla kysymykseen luottamuksellisuuden ja erityisesti hyödyntämiskiellon (ks. jäljempänä luku 4.2.3.) rikkomistapauksissa, ks. *Farnsworth* 1987, s. 229–231.

²⁹ *Mäenpää* 2010, s. 340. Tosin jo yrityskaupan valmisteluvaiheessa sovitaan usein välimiesmenettelystä ja lainvalinnasta, eikä tämä ongelma ole siksi käytännössä kovin merkityksellinen.

³⁰ Rajat ylittävissä riidoissa oikeuspaikkakysymyksessä EU:n sisällä sovelletaan Bryssel I -asetusta, jonka art. 5(1):n mukaan kanteen nostaa toisessa jäsenvaltiossa *sopimusta koskevassa asiassa* sen paikkakunnan tuomioistuimessa, missä kanteen perusteena oleva

Toinen käytännöllinen vastuumuotoerotteluun liittyvä ongelma ennen korkeimman oikeuden prejudikatuuria on ollut sovellettavasta vastuunormistosta johtuvat ongelmat. Sopimussuhteisiin sovelletaan sopimusoikeuden yleisiä periaatteita tai mahdollisesti jotain sopimustyyppikohtaista erityislakia³², kun taas sopimuksenulkoisissa suhteissa sovelletaan tyypillisimmin VahL:a³³.

Sopimusvastuun katsotaan vallitsevan, vasta kun osapuolten välillä on oikeussuhde, joka täyttää sopimustunnusmerkistön,³⁴ minkä vuoksi neuvottelutilanteiden hahmottaminen sopimusvastuun alaiseksi olisi ongelmallista. Tunnusmerkistön täytyessä osapuolet ovat velvollisia tekemään suorituksen, ja vastuu seuraa sopimusvelvoitteiden rikkomisesta.³⁵

Toisaalta VahL:a sovellettaessa suurimpana ongelmana on pidetty puhtaiden taloudellisten vahinkojen rajoitettua korvauskelpoisuutta. VahL 5:1:n mukaan puhtaiden taloudellisten vahinkojen korvaaminen edellyttää, että vahinko on aiheutettu rangaistavaksi säädettyällä teolla, julkista valtaa käytettäessä tai milloin korvaukselle muuten on erittäin painavia syitä. VahL:a voitaisiin soveltaa siten neuvotteluvastuuseen siten, että neuvotteluissa tuottamuksellisesti aiheutettu vahinko täyttäisi *sellaisenaan* erittäin painavan syyn kriteerin³⁶. VahL:n soveltuu toisaalta

velvoite on täytetty tai täytettävä. Art. 5(3):n mukaan *sopimukseen perustumatonta vahingonkorvausta koskevassa asiassa* kanne voidaan nostaa sen paikkakunnan tuomioistuimessa, missä vahinko sattui tai saattaa sattua. Tapauksessa C-334/00 *Tacconi* otettiin dikotominen kanta, jonka mukaan sopimukseen perustumatonta vahingonkorvausta koskeva asia kattaa kaikki vastuukanteet, jotka eivät liity sopimusta koskevaan asiaan. Tapauksen olosuhteet huomioiden (muun muassa seikka, että vastaaja ei ollut antanut kantajalle mitään vapaaehtoisia sitoumuksia) velvollisuus korvata neuvottelujen katkaisemisesta aiheutunut vahinko saattoi perustua vain oikeussääntöjen, eikä sopimuksen rikkomiseen. Tapaukseen sovellettiin art. 5(3):a. Prekontraktuaalinen vastuu saattaa kuitenkin joissakin tapauksissa, erityisesti aiesopimukseen liittyen, olla sopimukseen perustuvaa vastuuta sovellettaessa Bryssel I -asetusta, ks. *Volders* 2008, s. 465–466.

³¹ Lainvalintaa koskevan Rooma II -asetuksen art. 2(1) mukaan *culpa in contrahendo* on oman tyyppisensä sopimukseen perustumatonta vastuumuoto. Art. 12(1) mukaan sopimuskentekotuottamukseen sovelletaan ensisijaisesti sitä lakia, jota sovelletaan *sopimukseen*.

³² Yrityskauppasopimukseen sovelletaan lähtökohtaisesti KauppaL:a, ks. keskustelusta erityisesti virhevastuun osalta *Lindolm – Hakoranta* 1997 ja *Mäntysaari* 1997.

³³ VahL 1:1:n mukaan laki sovelletaan vahingon korvaamiseen, mutta se ei kuitenkaan koske sopimukseen perustuvaa tai muussa laissa säädettyä vastuuta. Sopimusvastuu tulisi tässä ymmärtää sopimuksen ulkoisen vastuun vastinparina, jolloin ilmaisulla “sopimukseen perustava” tarkoitetaan kaikkia tilanteita, joissa velvoitteet eroavat sopimuksenulkoisen suhteen velvoitteista, ks. *Hemmo* 1998, s. 32–33. Ks. myös C-334/00 *Tacconi*.

³⁴ *Hemmo* 1998, s. 20

³⁵ Ks. *Mononen* 2004, s. 1384. Edellytyksenä neuvotteluvastuun systematisoinnille osaksi sopimusvastuuta olisi siten se, että osapuolten välillä katsottaisiin vallitsevan sopimukseen perustuvia velvoitteita jo ennen sopimusta, ks. *Mononen* 2005, s. 108.

³⁶ Ks. tällaisesta ajattelusta *von Herten* 1983, s. 276–277. VahL 5:1:n mukainen erityisen painava syy merkitsee yleensä hyvän tavan vastaisuutta, ks. *Hemmo* 2005b, s. 154.

vain vahingon korvaamiseen (VahL 1:1), eikä se näin ollen välttämättä jättäisi tilaa muille oikeusseuraamuksille³⁷.

Korkein oikeus on viitannut ”sopimuksentekorikkomusta koskeviin periaatteisiin” ainakin ratkaisuissa KKO 2008:91³⁸ ja KKO 2009:45. Ensimmäisessä ratkaisussa viitattiin selvästi *sopimusoikeuden* yleisiin periaatteisiin, kun taas jälkimmäisessä ratkaisussa vastuumuotoon ei selvästi otettu kantaa³⁹. Ratkaisujen perusteella näyttäisi siltä, että neuvotteluvastuun systemaattinen paikka ei edelleenkään ole vastuumuotoerottelussa täysin selvä. Joka tapauksessa kysymys on *jonkinlaisesta itsenäisestä lakiin kirjoittamattomasta vastuusta*. Käytännön kannalta ei olekaan suurta merkitystä, pidetäänkö neuvotteluvastuuta deliktivastuuseen⁴⁰ vai sopimusvastuuseen⁴¹ kuuluvana, vaikka kysymys vastuun systemaattisesta paikasta onkin sopimusoikeusteorian näkökulmasta mielenkiintoinen. Neuvotteluvastuuta ei voida kuitenkaan luontevasti sijoittaa kummankaan vastuumuodon ydinalueelle.⁴²

2.1.3. Vastuuperiaatteet

Neuvotteluvastuu on siis arvioitavissa sopimuksentekorikkomusta koskevien culpa in contrahendo -periaatteiden avulla. Ratkaisun KKO 2009:45 perusteella vastuun edellytysten arvioinnissa keskeistä näyttää olevan toisen osapuolen *tuottamus* ja toisaalta vahingonkärsijän *luottamus*.⁴³

KKO 2009:45 (osa perusteluista): Sopimusneuvottelut eivät lähtökohtaisesti sido osapuolia ja osapuolet voivat niistä vetäytyä yleensä ilman haitallisia seuraamuksia. Neuvotteluja ei kuitenkaan ole lupa käydä vilpillisesti eikä niin, että toinen tulee harhaanjohtetuksi – –. Varsinkin silloin, kun toinen osapuoli on *tahallaan tai huolimattomuudesta* synnyttänyt neuvottelukumppanissaan *perustellun luotta-*

³⁷ Ks. oikeusseuraamuksista tarkemmin jäljempänä luku 5.

³⁸ Tapaus tosin koski kuluttajasopimusta, mutta tapauksella on käsittääkseni yleisempään merkitystä, sillä tässä yhteydessä korkein oikeus otti nimenomaisesti kantaa yleisten periaatteiden sisältöön silloin, kun kuluttajasäännöksistä ei muuta johdu.

³⁹ Ks. ratkaisun KKO 2009:45 osalta *Mäkelä* 2010, s. 72–73 ja erityisesti av. 234. Tapaukset eroavat selvästi siinä suhteessa, että ratkaisussa KKO 2008:91 sopimus oli syntynyt, kun taas ratkaisussa KKO 2009:45 neuvottelut katkesivat ennen sopimuksen syntymistä.

⁴⁰ Ks. esim. *Hemmo* 1994, s. 94 ja *Mäenpää* 2010, s. 348.

⁴¹ Ks. esim. *Saarnilehto* 1999, s. 230 ja *Mäkelä* 2010, s. 75.

⁴² Voidaan huomauttaa, että tällaiseen systematisointiin liittyy jossain määrin epävarmuutta, sillä etukäteen ei voida aivan tarkkaan tietää, millaiset tekijät voivat olla neuvotteluvastuun perusteena, ks. *Mäkelä* 2010, s. 72–73. Epäselvyyttä ei voida yleensä pitää oikeusvaltion näkökulmasta hyväksyttävänä, ks. KKO 2008:104, jossa vakuutusosoikeuden päätös kumottiin sillä perusteella, että sen perusteet eivät ilmenneet ratkaisusta.

⁴³ Tämä vastaa aiemmin oikeuskirjallisuudessa esitettyä, ks. esim. *Mononen* 2005, s. 109.

muksen --, perusteeton vetäytyminen neuvotteluista voi johtaa korvausvastuuseen --.

Kummankin tekijän aste vaihtelee tapauskohtaisesti. On selvää, että luottamus liittyy jokaisiin neuvotteluihin heti niiden alettua kasvaen vähitellen.⁴⁴ Neuvottelujen alussa luottamus on hyvin vähäistä ja kohdistuu lähinnä vain neuvottelumenettelyn asianmukaisuuteen. Tuottamusta toisaalta ilmenee vain joissakin sopimusneuvotteluissa, jolloin se voi olla asteeltaan eri vahvuista.⁴⁵ Ratkaisun perusteella tuottamuksen ja luottamuksen suhdetta voidaan arvioida sopimuksentekorikkomusta koskevien periaatteiden perusteella, jotka käyvät epäsuorasti ilmi lainatuista perusteluista.

Ensimmäinen virke viittaa *sopimusvapauden periaatteeseen*. Sopimusneuvotteluissa osapuolilla on *neuvotteluvapaus* eli vapaus aloittaa neuvottelut ja vapaus niin halutessaan myös vetäytyä neuvotteluista. Neuvotteluvapaus merkitsee toisen osapuolen näkökulmasta *neuvotteluriskiä* eli riskiä siitä, että neuvottelut päättyvät tuloksettomina.⁴⁶ Muussa tapauksessa sopimusvapauden eräät elementit päätöntävävapaus, sopimuskumppanin valintavapaus ja sisältövapaus eivät voisi toteutua.⁴⁷

Toinen ratkaisun perusteluista lainattu virke voidaan nähdä viittaavan *lojaliteettiperiaatteeseen*, vaikka ratkaisu ei nähdäkseni annakaan aivan aukotonta tukea lojaliteettiperiaatteen soveltamiselle.⁴⁸ Vilpillisyyden ja harhaanjohtamisen kiellolla on selkeä yhteys lojaliteettiin,⁴⁹ mutta lojaliteettiperiaate ymmärretään kuitenkin tavallisesti tätä laajemmin. Periaatteen mukaan osapuolilla katsotaan olevan velvollisuus ottaa toistensa edut huomioon

⁴⁴ Ks. *Craswell* 1996, s. 514, joka toteaa, että “almost every offer is intended to induce some degree of reliance.”

⁴⁵ Luultavasti suurin osa neuvotteluista käydään ilman, että tuottamusta on tarpeellista tarkemmin arvioida.

⁴⁶ *von Herten* 1983, s. 228–229

⁴⁷ Ks. sopimusvapauden eri elementeistä *Muukkonen* 1956, s. 607–608, *Hemmo* 2003a, s. 76 ja *Munukka* 2007, s. 71–72.

⁴⁸ Esim. *Mäkelä* 2009, s. 363 on katsonut myös ratkaisun KKO 2009:45 perustuvan lojaliteettiperiaatteelle. Ratkaisussa KKO 2008:91 viitattiin nimenomaisesti lojaliteettiperiaatteeseen: ”Sopimuksesta neuvoteltaessa osapuolten velvollisuutena on, omaa etua valvoessaankin, ottaa huomioon myös vastapuolen edut. Sopimusneuvotteluihin ryhtyminen synnyttää keskinäisen lojaliteettivelvoitteen – –”

⁴⁹ Vilpillisyyden kieltä on yhteydessä OikTL 33 §:ään (ks. esim. KKO 2000:121 ja KKO 1985 II 58), joka puolestaan on usein nähty yhtenä lojaliteettiperiaatetta ilmentävänä säännöksenä, ks. esim. *Taxell* 1977, s. 155 ja *Wilhelmsson* 1999, s. 170.

kohtuullisissa määrin,⁵⁰ mikä vaikuttaa pidemmälle ulottuvammalta velvoitteelta kuin pelkkä vilpillisyyden kielto.⁵¹ Oikeuskirjallisuudessa *neuvottelulojaliteetin* on kuitenkin katsottu rajoittavan osapuolten toimintavapauksia jossain määrin⁵².

Kun lojaliteettiperiaatetta luonnehditaan velvollisuudeksi ottaa huomioon vastapuolen etu, periaatteen sisältö jää väistämättä epämääräiseksi, minkä on toisinaan katsottu olevan este tai ainakin ongelma lojaliteetilla argumentoinnille⁵³. Tästä huolimatta periaatteeseen on oikeuskäytännössä viitattu nimenomaisesti useita kertoja, jolloin se on merkinnyt tiedonantovelvollisuutta.⁵⁴ Oikeuskirjallisuudessa lojaliteettiperiaatteen on katsottu merkitsevän myös muita velvoitteita,⁵⁵ mutta lojaliteettia ei ole kuitenkaan onnistuttu tyhjentävästi määrittelemään.⁵⁶ Lojaliteettiperiaatteella argumentointi on mielestäni helpommin hyväksyttävissä, kun täsmennetään, mitä periaatteella tarkoitetaan. Vaikka monia neuvotteluihin liittyviä kysymyksiä voitaisiin mahdollisesti tarkastella myös ilman liityntää lojaliteettiin, tässä tutkimuksessa *lojaliteettiperiaate ymmärretään kuitenkin erilaisten neuvotteluvaiheen velvoitteiden ja oikeusnormien yhdistävänä kategoriana*.⁵⁷

Neuvotteluvastuukysymykset pyritään tässä tutkimuksessa jäsentämään sopimusvapauden ja lojaliteettiperiaatteen avulla.⁵⁸ Sopimusneuvottelujen yhteydessä periaatteista voidaan käyttää myös nimityksiä neuvotteluvapaus ja neuvottelulojaliteetti.⁵⁹ Näille oikeusperiaat-

⁵⁰ Ks. esim. *Taxell* 1972, s. 81, *Mononen* 2001, s. 161 ja *Karhu* 2008, s. 101.

⁵¹ Vrt. CFR Art. 2(b), jonka mukaan kunnialliselle ja vilpittömälle menettelylle on ominaista mm. toisen osapuolen intressien huomioon ottaminen

⁵² Ks. esim. *Mähönen* 2000b, s. 135 ja *von Hertzen* 1983, s. 181.

⁵³ Ks. *Hemmo* 1994, s. 255 ja siinä viitattu.

⁵⁴ Ks. tapaukset KKO 1993:130, KKO 2007:72 ja KKO 2008:91, joissa se lojaliteetti on merkinnyt tiedonantovelvollisuutta.

⁵⁵ Ks. esim. *Häyhä* 1996a, s. 315–318 ja *Ämmälä* 1994, s. 9.

⁵⁶ Ks. *Karhu* 2008, s. 116, joka pitää lojaliteettiperiaatetta “aidosti kiistanalaisena käsitteenä”. Vrt. *Muukkonen* 1993, s. 1044–1045, jonka mukaan lojaliteettivelvollisuus olisi määriteltävä riittävän suppeasti ja täsmällisesti, jotta sillä olisi edes kohtuullinen käyttöarvo.

⁵⁷ Ks. *Häyhä* 1996a, s. 321. Lojaliteettiperiaatteella on siis ennen kaikkea oikeusteoreettinen merkitys, vaikka o se näyttää vakiintuneen myös ratkaisunormiksi.

⁵⁸ Ks. samansuuntaisesti *Munukka* 2007, s. 71–73 ja PECL Art. 1:102:(1) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles (kurs. tässä). Vrt. kuitenkin *Annola* 2003, s. 73–75 on jakanut periaatteet *toisiaan täydentäviin* muodolisiin (sopimusvapaus) ja sisällöllisiin (lojaliteetti) *periaatteisiin* (kurs. tässä).

⁵⁹ Nämä periaatteet voidaan ymmärtää sopimusvapauden ja lojaliteettiperiaatteen neuvotteluvaiheen ilmentyminä. Oikeastaan voidaan sanoa, että sopimusoikeudelliset sopimusvapaus ja lojaliteettiperiaate ilmenevät ennen kaikkea juuri neuvotteluvaiheessa. Sopimusvapauden elementeistä ainoastaan purku- ja irtisanomisvapaus vaikuttaa vasta sopimuksen päättämisen jälkeen, ks. *Hemmo* 2003a, s. 76. Lojaliteettiperiaatteella puolestaan on oikeuskäytännössä ollut näkyvin vaikutus juuri neuvotteluvaiheessa, ks. KKO 1993:130, KKO 2007:72 ja KKO 2008:91. Lojaliteettiperiaatteen katsotaan toki vakiintuneesti vaikuttavan myös sopimuksen päättämisen jälkeen, ks. kokoavasti *Mäkelä* 2010, s. 70.

teille on ominaista, että ne ohjaavat ratkaisua eri suuntiin.⁶⁰ Vastuun arvioinnissa sopimusvapauden korostaminen ohjaa nähdäkseni enemmän toisen osapuolen tuottamuksen tarkasteluun. Vastuu edellyttää ainakin jossain määrin hylättävää käyttäytymistä, sillä neuvotte-luriski on tällöin vallitseva periaate. Toisaalta lojaliteettiperiaatetta painotettaessa vahinkoa kärsineen luottamukselle voidaan antaa enemmän merkitystä.⁶¹ Edellä mainitun ratkaisun sanamuodon perusteella ei voida sulkea pois vastuuta jopa *pelkän luottamuksen* rikkoutu-misen perusteella⁶².

2.2. Sopimusvastuun ulottuvuus

2.2.1. Sopimusteorioista

Seuraavassa neuvotteluvastuuta lähestytään sopimusteorioiden näkökulmasta, mikä on ai-heellista ainakin kahdella perusteella. Ensiksi sopimusteorian avulla voidaan tarkastella kysymystä sopimuksen syntymisestä ja sitovuudesta.⁶³ Sopimusneuvottelujen ja sitovan sopimuksen välinen rajanveto on tärkeää, koska *sopimuksen syntyhetki määrittää osaltaan neuvotteluvaihetta*.⁶⁴ Neuvotteluvaihe päättyy ainakin teoriassa silloin, kun sopimus katso-taan syntyneeksi. Toiseksi sopimusteorian avulla voidaan muodostaa periaatehierarkia täs-sä tutkimuksessa tarkastelun lähtökohdaksi otetuista oikeusperiaatteista. *Periaatehierarki-aa voidaan pitää punninnan systemaattisena lähtökohtana*.⁶⁵ Sopimusteoria tarjoaa siten yhden näkökulman vastuun arvioimiseksi.

⁶⁰ Periaatteille on annettava tapauskohtainen painoarvo, ks. *Pöyhönen* 1988, s. 23–24.

⁶¹ Ks. *Holm* 2004, s. 9–10, joka pitää lojaliteettia ja luottamusta toistensa kääntöpuolina.

⁶² Ks. *Mäkelä* 2009, s. 365. Tapauksen perusteluissa todetaan, että vastuu syntyy ”varsin-kin” tuottamuksellisen luottamuksen rikkomisen yhteydessä.

⁶³ Sopimussitovuus voidaan toisaalta perustella myös hyvin yksinkertaisesti OikTL 1.1 §:n nojalla tai tuomioistuinkäytännössä ilmenevänä tosiasiana, ks. *Hemmo* 2003a, s. 14–15. Myös muuten kuin OikTL:n mukaisella tarjous-vastaus -mekanismilla syntyneet sopimuk-set ovat sitovia, eikä tällainen synty tapa ole missään nimessä ainoa, ks. esim. KKO 2010:23, jossa sopimus katsottiin syntyneeksi ilman nimenomaisia tahdonilmaisuja. Voi-daan perustellusti kysyä, mikä selittää muilla tavoilla syntyvien sopimusten sitovuuden.

⁶⁴ Ks. *von Hertzen* 1983, s. 3. Ks. myös *Kolehmainen* 2006, s. 148, joka toteaa aie- ja esi-sopimukseen viitaten, että niiden merkitys tulee mielekkäimmin ymmärretyksi sopimuksen syntymisen selitysten yhteydessä.

⁶⁵ Ks. *Pöyhönen* 1988, s. 180, joka puhuu ”periaatteen systeemi-arvosta”. Hierarkia ei vält-tämättä muodostu täydelliseksi, vaan eri periaatteilla voi olla yhtä vahva systeemi-arvo.

Teoreettinen sitovuusperuste. Sopimusteorian ytimeen kuuluu käsitys sopimuksen teoreettisesta sitovuusperusteesta⁶⁶, joka määrittää koko teorian luonnetta. Sitovuusperusteella on suora liityntä sitovuuskynnyksen edellytyksiin ja oikeusperiaatteiden välisiin suhteisiin.⁶⁷

Oikeuskirjallisuudessa teoreettisena sitovuusperusteena on nähty ainakin tahdonautonomia⁶⁸, taloudellisen vaurauden edistäminen⁶⁹, oikeudenmukaiseen käytäntöön osallistuminen⁷⁰ sekä moraaliset oikeudet ja velvoitteet, jotka olisivat kaikkien hyväksyttävissä^{71 72}.

Riippumatta sitovuusperusteen valinnasta sopimuksen syntyminen ja sitovuuskynnys näytävät aina liittyvän osapuolten tahdon ja luottamuksen väliseen suhteeseen.⁷³ Tahtoa painottavissa teorioissa sopimusvastuu alkaa vasta osapuolten tahtojen konsensuksesta. Luottamusta painottavissa teorioissa sopimusvastuu puolestaan kytkeytyy perustellun luottamuksen suojaan.⁷⁴ Puhtaasti tahtoteoreettisesta näkökulmasta neuvotteluvastuu jäsenyydeliktivastuuksi. Neuvotteluvastuuperiaatteet, jotka ovat luonteeltaan enemmän sopimus-

⁶⁶ Sitovuusperusteella on oltava riittävästi institutionaalista tukea eli liityntää pintatason normeihin, ja sen on oltava hyväksyttävä, ks. *Mäkelä* 2010, s. 15.

⁶⁷ Sitovuusperusteen mukaan määrittävät sekä sopimusvastuun edellytykset että teorian johtava periaate, ks. *Pöyhönen* 1988, s. 97 ja 99.

⁶⁸ Ks. tahdosta sopimussitovuuden perusteena esim. *Mäkelä* 2010, s. 43–45 ja *Pöyhönen* 1988, s. 127. Neuvotteluvastuuta selvästi tahtoteoreettisista lähtökohdista on tarkastellut *von Hertzen* 1983, s. 34–35 ja 87–90.

⁶⁹ Ks. esim. *af Hällström* 1931, s. 49–52 ja *Taxell* 1972, s. 20, jotka korostavat vaihdannan ja yhteiskunnan tarpeita. Tosin jälkimmäinen perustelee sopimussitovuutta myös osapuolten oikeussuojaodotuksilla.

⁷⁰ Ks. *Pöyhönen* 1988, s. 168–170

⁷¹ Ks. *Mäkelä* 2010, s. 103 ja tarkemmin *mts.*, s. 67–88.

⁷² Teoreettinen sitovuusperuste voidaan nähdä oikeuden ulkopuolisena tekijänä, ks. *Mäkelä* 2010, s. 14–15, *Pöyhönen* 1988, s. 97 ja *Wilhelmsson* 1987, s. 27. Jos kuitenkin halutaan säilyttää oikeuden autonomisuus, sopimusten sitovuus voidaan perustella myös oikeuden sisäisesti pyrkimällä hahmottamaan sitovuusperustetta esim. *Tuorin* tasoteorian avulla oikeuden syvärakenteesta, ks. *Tuori* 2000, s. 199–200. Ks. oikeuden syvärakenteesta *mts.*, s. 202–212 ja justifikaatiosta *mts.*, s. 266. Kaikki edellä mainitut sitovuusperusteet ovat arvoja, jotka voidaan nähdä “sedimentoituneen” oikeuden syvärakenteeseen. Riippumatta siitä nähdäänkö sitovuusperuste oikeuden sisäisenä vai ulkoisena, sen on joka tapauksessa saatava laaja hyväksyntä, jotta teoriaa ylipäättäen voidaan pitää sopimusoikeuden yleisiin oppeihin kuuluvana.

⁷³ Ks. esim. yhteisöllisen käytännön teorian osalta *Pöyhönen* 1988, s. 244–245 ja valinnanvapauden teorian osalta *Mäkelä* 2010, s. 98–101. Sopimuksen sisällön arvioinnissa sitovuusperusteilla sitä vastoin saattaa olla enemmän eroavaisuuksia.

⁷⁴ Aiemmin luottamusta on arvioitu osapuolten näkökulmasta, ks. *Taxell* 1972, s. 20, mutta harkinta voi perustua myös yhteisölliseen näkökulmaan, ks. *Mäkelä* 2010, s. 89 ja *Pöyhönen* 1988, s. 162.

oikeudellisia kuin deliktuaalisia, vaikuttavat kuitenkin jo ennen sopimuksen syntymistä.⁷⁵ Tämän vuoksi neuvotteluvastuuperiaatteet ovat helpommin sovitettavissa luottamusteoreettiseen ajatteluun,⁷⁶ jossa sopimusvastuu selitetään automaattisen odotusarvon korvausvastuun sijaan velvollisuutena hyvittää aiheutetut haitat.⁷⁷

Yhden sitovuusperusteen systeemiä perustellaan tavallisesti koko sopimusoikeuden kattavalla johdonmukaisuustavoitteella, joka puolestaan nähdään edellytyksenä ennakoitavuudella ja yhdenvertaisuudelle.⁷⁸ Sopimusoikeudessa ei ole kuitenkaan välttämättä löydettävissä yhtä ainoaa oikeaa sitovuusperustetta.⁷⁹ Myös usean sitovuusperusteen systeemin onkin katsottu olevan mahdollinen, jolloin eri tilanteet tulee sijoittaa oikean sitovuusperusteen piiriin.⁸⁰ Tällöin lopputuloksen ennakoitavuutta tärkeämpää on argumentaatiotapojen ennakoitavuus.⁸¹ Tässä otetaan lähtökohdaksi jälkimmäinen ajattelutapa. Sopimusoikeutta ei siis pyritä tarkastelemaan kokonaisuutena, vaan tarkoituksena on hahmottaa yrityskauppatilanteille oikea sitovuusperuste.

⁷⁵ Ks. *Wuolijoki* 2009, s. 409, joka toteaa lojaliteettiperiaatteeseen viitaten, että osapuolilla ei sopimuksenulkoisissa suhteissa ole tavallisesti velvollisuutta toimia toistensa hyväksi, mikä taas sopimussuhteissa saattaa tulla kyseeseen. Ks. myös *Häyhä* 1996b, s. 203, jonka mukaan prekontraktuaalinen tiedonantovelvollisuus on sopimusoikeudellisesti hankala systematisoitava, koska kyse on toimintavelvoitteesta, jonka mukaan on käyttäydyttävä jo ennen sopimuksen syntymistä. Tiedonantovelvollisuus perustuu usein lojaliteettiperiaatteeseen, kuten tapauksissa KKO 1993:130, KKO 2007:72 ja KKO 2008:91.

⁷⁶ Perusteltua luottamusta on selvästi suojattu jäljempänä laajemmin käsiteltävissä neuvotteluvastuuta koskevissa tapauksissa KKO 1984 II 181 (luottamus alan käytäntöön), KKO 1999:48 (luottamus siihen, että tarjous käsitellään annetun sitoumuksen mukaisesti) ja KKO 2009:45 (luottamus sopimuksen syntymiseen neuvottelukäyttäytymisen perusteella), mikä osaltaan tukee luottamusteoreettista lähestymistapaa. Lähestymistapaa on perusteltu myös viittaamalla OikTL:n luottamusta suojaaviin säännöksiin, kuten 4.2 ja 6.2 §:ään.

⁷⁷ Kysymys on kehittyneessä vaihdannassa syntyneiden tappioiden tehokkaasta kohdistamisesta, ks. *Pöyhönen* 1988, s. 150–151. Ks. myös *Cooter – Ulen* 2004, s. 208–210 ja *Posner* 2003, s. 835–836, jotka osoittavat, että täyden odotusarvon korvaus ei aina ole taloudellisesti tehokasta.

⁷⁸ Ks. *Mäkelä* 2010, s. 13–18, *Tuori* 2000, s. 187–188 ja *Pöyhönen* 1988, s. 103.

⁷⁹ Ks. *Tuori* 2000, s. 310, joka toteaa, että pintatason normistosta on löydettävissä institutionaalista tukea useammalle teorialle johtuen lainsäätäjän erilaisista tavoitteista eri aikoina. Ks. myös *Hemmo* 2003a, s. 63–66, jonka mukaan ei voida yksiselitteisesti sanoa, mikä on sopimusoikeuden oikea teoreettinen sitovuusperuste.

⁸⁰ Ks. *Mäkelä* 2010, s. 41 ja *Pöyhönen* 1988, s. 100. Ks. tavasta jäsentää yleiset opit muuten kuin koko oikeudenalan koherenssiin tähtääväksi systeemiksi *Wilhelmsson* 2004, *passim*. Yksi *Wilhelmssonin* pääajatuksista on se, että koko oikeudenalakoherenssiin tähtäävät yleiset opit ovat usein niin yleisiä, että niistä tulee tosiasiaa sisällyksettömiä. Tämän vuoksi yleisiä oppeja voitaisiin kehittää jopa *sopimustyyppikohtaisesti*.

⁸¹ *Wilhelmsson* 2004, s. 220

Yrityskaupat ovat luonteeltaan merkittäviä liikesopimuksia. Verrattuna esimerkiksi hankintasopimustyyppiseen liikesopimukseen, jossa osapuolet tekevät kauppaa vaikkapa raaka-aineista tai muista vastaavista tavaroista, yrityskauppasopimukset ovat usein huomattavasti merkityksellisempiä.⁸² Kaupan kohteena on osakeyhtiö (tai osakeyhtiön liiketoiminta), jonka tarkoituksena on voiton tuottaminen⁸³ esimerkiksi edellä mainituilla hankinta- ja toimitussopimuksilla.⁸⁴ Hieman yleistäen voidaan sanoa, että yrityskaupan tarkoituksena on joko *voiton tavoittelu suoraan* tai *oman toiminnan tai toimintaympäristön rationalisointi voitontuottamistarkoituksen tehokkaammaksi toteuttamiseksi*.⁸⁵ Yrityskauppa sopimustyyppinä vaikuttaa siten olevan sijoitettavissa *taloudellisen vaurauden edistämisen* mukaisen sitovuusperusteen piiriin.⁸⁶ Myös yrityskaupan sopimusneuvottelut ovat arvioitavissa saman teorian näkökulmasta, jolloin taloudellisesti painottuville argumenteille voidaan antaa painavampi merkitys kuin muille reaalille argumenteille.⁸⁷

Taloudellisen vaurauden edistäminen sitovuusperusteena on teoreettisesti kaikkea muuta kuin ongelmaton. Yleensä päämäärähakuisissa teorioissa määritellään ensiksi hyvä. Oikeaa puolestaan on se, joka maksimoi hyvän. Käsitys oikeasta siis edellyttää käsitystä hyvästä, mikä taas johtaa kysymään kuka saa määritellä hyvän. Vaikka tämä näkökohta jätettäisiin huomioimatta, taloudellisen vaurauden edistämisen ongelmaksi muodostuu kuitenkin se, että yhteiskunnan kokonaisuute ohittaa aina yksilöt. Teoriassa äärettömänkin suuri yksilön oikeuden loukkaus on täysin hyväksyttävää niin kauan kuin tästä on kokonaisuudessaan enemmän hyötyä yhteiskunnalle.⁸⁸ Nämä näkökohdat sivuutetaan tässä yhteydessä erityisesti sen vuoksi, että taloudellisen vaurauden edistäminen näyttäisi sopivan hyvin yrityskauppaympäristöön. Tarkoituksena ei ole väittää, että tämä sitovuusperuste sellittäisi koko sopimusoikeutta. Taloudellisen vaurauden edistämien liittyä osittain myös kirjoittajan arvovalintaan.

⁸² Ks. *Lindholm – Hakoranta* 1997, s. 75, jotka korostavat yrityskauppojen taloudellista merkitystä.

⁸³ Ks. OYL 1:5, jonka mukaan yhtiön toiminnan tarkoituksena on lähtökohtaisesti voiton tuottaminen osakkeenomistajille. Yhtiöjärjestyksessä voidaan määrätä muustakin tarkoituksesta.

⁸⁴ Yksittäiset, ”tavalliset” liikesopimukset ovat vain osa yrityksen koko liiketoimintaa.

⁸⁵ Ks. tarkemmin esim. *Immonen* 2011, s. 14–18 ja *Lindholm – Hakoranta* 1997, s. 75.

⁸⁶ Yrityskauppasopimukset siis sitovat, koska se edistää taloudellista vaurautta. Vaikka yrityskauppasopimuksia ei säännellä erityislilla, lainsäätäjä on kuitenkin selvästi tunnustanut yrityskauppojen merkityksellisyyden. Tämä ilmenee esim. yrityskauppalainvalvontana kilpailulainsäädännössä, ks. KilpL 4 luku. Yrityskauppalainvalvonnan tavoitteena on *tehokkaan kilpailun säilyttäminen*, ks. HE 88/2010 vp, s. 41–42. Toimivan kilpailun voidaan katsoa heijastelevan vaihdannan ja taloudellisen vaurauden edistämisen tavoitteita, ks. tästä *Mononen* 2001, s. 129.

⁸⁷ Ks. *Hemmo* 2003a, s. 15, jonka mukaan teoreettisen sitovuusperusteen mukaisilla argumenteilla on myös vastuukysymysten arvioinnissa painava merkitys.

⁸⁸ Ks. utilitarismin kritiikistä esim. *Rawls* 1999, s. 19–24.

*Sopimusvastuu ja periaatehierarkia.*⁸⁹ Sopimusvastuu perustuu valitun teoreettisen sitovuusperusteen mukaisesti perustellun luottamuksen suojaan.⁹⁰ Sopimuksen sitovuuskynnys ja täysi sopimusvastuu liittyvät osapuolten luottamusten konsensukseen, mutta aiheutetut haitat hyvittävä vastuu voi syntyä myös yksipuolisen perustellun luottamuksen perusteella⁹¹. Luottamusteoreettisesti neuvotteluvastuuta voidaan pitää enemmän sopimusoikeudellisenä vastuumuotona.⁹² Luottamusteoreettinen lähestymistapa edellyttää siten sopimuksen ja sopimuksen syntymisen tarkastelemista pikemminkin kehittyvänä *prosessina* kuin pistemäisenä ja tarkasti rajattuna.⁹³

Sitovuusperusteen mukaisesti *johtavana periaatteena yrityskaupan valmistelussa pidetään vaihdannan etua.*⁹⁴ Taloudellista vaurautta edistetään parhaiten tukemalla *vaihdannan varmuutta ja sujuvuutta.*⁹⁵ Vaihdannan varmuus liittyy ennen kaikkea sopimusten sitovuu-teen ja sisällön pysyvyyteen.⁹⁶ Varmuus edellyttää, että osapuolen *perusteltua luottamusta suojataan.*⁹⁷ Tämä puolestaan asettaa toiselle osapuolelle *varovaisuus- ja varautumisvaatimuksia*, jotta sopimukseen ei tule sidotuksia tarkoituksettomasti⁹⁸. Perustellun ja havaittavan luottamuksen suoja neuvotteluissa merkitsee sitä, että sopimusneuvotteluja ei aina ole mahdollista katkaista ilman vastuuta.⁹⁹

⁸⁹ Sopimusoikeuden peruseriaatteina on nähty sopimusvapaus, vaihdannan intressi, kohtuus ja heikomman suoja, joihin muut periaatteet, ovat viime kädessä palautettavissa, ks. Pöyhönen 1988, s. 78–79. Lojaliteettiperiaate voidaan nähdä näitä periaatteita yhdistävänä, ks. Karhu 2008, s. 103–105.

⁹⁰ Pöyhönen 1988, s. 143

⁹¹ Ks. KKO 2009:45.

⁹² Ks. Saarnilehto 1999, s. 230 ja Mäkelä 2010, s. 75. Yksi mielenkiintoinen huomio lojaliteettiperiaatteesta *ratkaisunormina* voidaan tässä yhteydessä tuoda esiin. Korkein oikeus on nimenomaisesti viitannut lojaliteettiperiaatteeseen vain silloin, kun sopimus on sittemmin syntynyt (ks. KKO 1993:130, KKO 2007:72 ja KKO 2008:91), kun taas neuvottelujen katkettua lojaliteettiperiaatteeseen ei ole nimenomaisesti viitattu (ks. KKO 1984 II 181, KKO 1999:48 ja KKO 2009:45).

⁹³ Ks. tästä jäljempänä luku 2.2.2.

⁹⁴ Vaihdannan etu on tavoiteperiaate, mikä merkitsee sitä, että periaatteen punninnassa on pyrittävä löytämään argumentteja, jotka tukevat kyseisen tavoitteen saavuttamista, ks. Pöyhönen 1988, s. 55. Ks. myös Taxell 1972, s. 11–12, joka toteaa, että tuomioistuinten on toteutettava lainsäätäjän asettamia tavoitteita.

⁹⁵ Ks. esim. Mononen 2001, s. 128

⁹⁶ Mononen 2001, s. 129 ja Taxell 1972, s. 21.

⁹⁷ Ks. Cooter – Ulen 2004, s. 196.

⁹⁸ Mononen 2004, s. 1388

⁹⁹ Ks. KKO 2009:45, jossa vastaaja oli merkittävästi myötävaikuttanut kantajan luottamuksen heräämiseen.

Vaihdannan sujuvuus puolestaan edellyttää vapaasti toimivia markkinoita, jolloin *sopimusvapaus* on keskeistä.¹⁰⁰ Kuitenkin myös sopimusvapautta rajoittavalle *lojaliteettiperiaatteelle* voidaan esittää vaihdannan sujuvuutta edistävä perustelu.¹⁰¹ Tehokas vaihdanta voi edellyttää toisen osapuolen etujen huomioimista jo neuvotteluvaiheessa.¹⁰² Vaihdannan näkökulmasta sopimusvapaus on näistä kuitenkin keskeisempi.¹⁰³ Vaihdanta lamaantuisi, mikäli lojaliteettiperiaatetta pidettäisiin lähtökohtaisesti painavampana kuin sopimusvapautta.¹⁰⁴ Sopimusvapauden etusija lojaliteettiperiaatteeseen nähden kannustaa markkinoilla toimijoita toimeliaisuuteen.¹⁰⁵

2.2.2. *Sopimus prosessina*

Sopimusoikeudellisen vastuun perustuminen luottamuksen suojaan ohjaa tarkastelemaan sopimuksen syntymistä kehittyvänä prosessina. Luottamushan on tekijä, joka kasvaa vähitellen sopimusneuvottelujen edetessä. Koska sopimusoikeudelle tyypillisiä vastuuelementtejä on havaittavissa myös (pistemäisen) sopimuskäsityksen ulkopuolella, tämä sopimuskäsitys ei siten aina pysty riittävällä tavalla kuvaamaan sopimusoikeudellisille periaatteille perustuvaa vastuuta ennen sopimuksen syntymistä¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Ks. esim. *Posner* 2003, s. 865. Sopimusvapaus on näin ollen myös vaihdannan etua painottaessa keskeinen periaate, vaikka sillä ei olekaan itseisarvoista asemaa. Neuvotteluvaiheessa sopimusvapaus merkitsee todetulla tavalla ennen kaikkea neuvotteluvapautta eli vapautta vetäytyä neuvotteluista.

¹⁰¹ Ks. esim. *Craswell* 1996, s. 503–507 ja *Katz* 1996, s. 1267–1281, jotka käsittelevät neuvotteluja taloudellisesti tehokkaan luottamuksen näkökulmasta.

¹⁰² Luottamus on vaihdannan edellytys, sillä täydellistä sopimusta on käytännössä mahdotonta laatia. Epätäydellinen sopimus houkuttelee opportunistiin, ja mitä suuremmiksi osapuolten transaktiokohtaiset investoinnit käyvät, sitä suurempi on opportunistin (”vedätyksen”) vaara. Tämän vuoksi erityisesti transaktiosopimusten neuvotteluissa (yhden kierroksen peli) lojaliteetti on edellytys luottamukselle ja tehokkaalle vaihdannalle, ks. *Mähönen* 2000a, s. 213–215. Luottamuksen suoja neuvotteluissa vähentää tarvetta toisen osapuolen toiminnan valvontaan. *Luottamus ja lojaliteetti ovat toistensa kääntöpuolia*, ks. *Holm* 2004, s. 9–14 (kurs. tässä). Ks. myös *Wuolijoki* 2009, s. 83, joka huomauttaa tiedonantovelvollisuuden osalta, että olisi vaihdannan kannalta kestävämpi, ellei velvollisuutta olisi missään tilanteessa ilman nimenomaista normia.

¹⁰³ Länsimaisissa yhteiskunnissa sopimusvapauden katsotaan olevan yleensä edellytys vaihdannalle, ks. tästä esim. *Hemmo* 2003a, s. 70 ja *Mononen* 2004, s. 1381. Merkkejä sopimusvapauden ensisijaisuudesta löytyy useista lähteistä, ks. esim. PECL Art. 1:102 (ks. edellä av. 58) ja HE 93/1986, s. 14.

¹⁰⁴ Ks. *Häyhä* 1996a, s. 321, joka toteaa, että ”käytännön sopimustoiminta pysähtyisi, jos osapuolten sopimussuhdetta koskevia velvollisuuksia kuvaisi oikeusnormi: on otettava huomioon vastapuolen etu ja oikeus.”

¹⁰⁵ Ks. esim. *Schwarz – Wilde* 1979, s. 666–671.

¹⁰⁶ Ks. tästä kehityksestä *Mononen* 2004, s. 1385–1388.

Transaktiotyypisten sopimusten, kuten yrityskauppojen, neuvotteluja on lähtökohtaisesti mahdollista kuvata sopimuksen pistekäsityksellä. Yrityskaupan sopimusneuvotteluissa kaupan kohteen monimutkaisuudesta johtuen osapuolet pyrkivät sopimukseen lukuisista yksityiskohdista. Vaikka neuvottelujen tietyssä vaiheessa jostakin yksityiskohdasta olisi päästy yksimielisyyteen, kyseiseen yksityiskohtaan voidaan yleensä palata, mikäli muista seikoista ei ole mahdollista päästä yksimielisyyteen ilman alustavasti sovittujen kohtien avaamista uudelleen neuvoteltavaksi. Yrityskaupassa kokonaisuus ratkaisee, eikä yksittäisillä seikoilla ole sitovuuden kannalta suurta merkitystä¹⁰⁷. Täysi sopimusvastuu syntyy ”kerralla” vasta, kun kokonaisuudesta on päästy yksimielisyyteen.¹⁰⁸ Tätä voidaan perustella myös yrityskaupan merkittävällä taloudellisella arvolla, jolloin on tärkeää, että sopimussidonnaisuus ei synny tarkoituksettomasti.¹⁰⁹

Kun huomio kiinnitetään yrityskaupan neuvottelujen tosiasialliseen rakenteeseen¹¹⁰, pistekäsityksestä sopimuksen ja sopimusvastuun kuvauksena tulee puutteellinen. Yrityskaupan sopimusneuvotteluissa käytetään tavallisesti esimerkiksi erilaisia väli-instrumentteja, joiden tarkoituksena on osapuolten keskinäisen luottamuksen rakentaminen ja ylläpitäminen¹¹¹. *Yrityskaupan neuvottelujen tosiasiallisen rakenteen synnyttämä luottamus rikkoo usein muodollisen olettaman, että mitään sitovaa ei syntyisi ennen kuin kokonaisuudesta on päästy sopimukseen.* Huomio on kiinnitettävä osapuolten vuorovaikutukseen neuvotteluissa, vaikka menettelyä ei voitaisikaan pitää itsenäisenä oikeustoimena¹¹².

Sopimuksen pistekäsitys on korvattava joustavammalla prosessikäsityksellä, jotta neuvotteluvastuu voidaan helpommin hahmottaa perustuvan sopimusoikeudellisille periaatteille. Kun sopimus nähdään prosessina, se voidaan purkaa osiin. Sopimusvastuusta on erotettavissa ainakin *asiallinen*, *ajallinen* ja *henkilöllinen* ulottuvuus¹¹³. Näiden lisäksi yhtenä so-

¹⁰⁷ Kurkela 2003, s. 42

¹⁰⁸ Ks. sopimuksen pistekäsityksestä Pöyhönen 1988, s. 212–213. Ks. vastaavasta käsityksestä myös von Hertzen 1983, s. 87–95, jonka mukaan on tehtävä selvä ero sitomattoman yksimielisyyden ja toisaalta sitovan sopimisen välillä.

¹⁰⁹ Ks. Hemmo 2003a, s. 211.

¹¹⁰ Ks. vaihdannan tosiasiallisen rakenteen merkityksestä Mononen 2004, s. 1388.

¹¹¹ Kurkela 2003, s. 42

¹¹² Pöyhönen 1988, s. 215. Esim. neuvotteluinstrumentit usein vahvistavat osapuolten välistä lojaliteettia, ks. Adlercreutz 1987, s. 496.

¹¹³ Ks. Pöyhönen 1988, s. 217–229.

pimuksen ulottuvuutena on nähty *riskinjakoulottuvuus*.¹¹⁴ Yrityskauppaa ja sen neuvottelu- ja voidaan kuvata erityisen hyvin myös *projektina*, jolle on ominaista se, että siihen osallisten tavoitteet yhdistyvät yhteiseksi päämääräksi.¹¹⁵ Näitä ulottuvuuksia on mahdollista hyödyntää neuvottelujen arvioinnissa.

Ensiksikin lähellä sitovaa sopimusta vastuu on tavallisesti ankarampaa kuin neuvottelujen alkuvaiheessa, eikä vastuuseen välttämättä liity molemminpuolisuutta, kuten perinteisessä sopimuksessa. Toiseksi vastuun arvioinnissa on tarkasteltava yksittäisen sopimuksen sijasta kokonaisuutta. Yrityskauppaan liittyvät yksittäiset sopimukset ovat toisiinsa liitännäisiä ja vuorovaikutuksessa toistensa kanssa, jolloin vastuun arvioinnissa voidaan huomioida myös osapuolten väliseen suhteeseen suoraan liittymättömiä intressejä¹¹⁶. Kolmanneksi neuvottelujen edessä havaittavissa olevat riskit tarkentuvat. Osapuolilla voi olla tarve jakaa riskit siten, että osapuolet tietävät, mille taholle mikäkin riski kuuluu. Tämä edellyttää tavallisesti niin sanottua prekontraktuaalista sopimista¹¹⁷. Neljänneksi neuvottelujen kuluessa tarkentuu, onko projektin osallisilla edellytykset toteuttaa yrityskauppa. Yhteenvetona voidaan todeta, että vastuu ei ole jyrkkärajaista,¹¹⁸ vaan *osapuolten sopimusoikeudelliset asemat vahvistuvat vähitellen kaikissa edellä mainituissa suhteissa neuvottelujen edessä*.

Hieman konkreettisemmin sopimusneuvottelut voidaan jakaa sitovuuden osalta esimerkiksi kolmeen vaiheeseen ennen täyttä sopimussitovuutta:¹¹⁹

¹¹⁴ Ks. *Lehtinen* 2006, s. 40.

¹¹⁵ Ks. *Pöyhönen* 2000, s. 153–158.

¹¹⁶ Ks. *Rudanko* 1998, s. 48–49 ja 59. Mitä tahansa ulkopuolisia intressejä ei voida kuitenkaan ottaa huomioon, vaan arvioinnin pohjana olevilla seikoilla on oltava liityntä kokonaisjärjestelyyn ja riittävästi sopimussuhteita muistuttavia elementtejä.

¹¹⁷ *Hemmo* 1999, s. 78–79, viittaa termillä sopimukseen, jonka tarkoituksena pääsopimuksen, tai yleensä sopimuskokonaisuuden, solmiminen. Täydestä sitovuudesta huolimatta prekontraktuaaliset sopimukset ovat kuitenkin sijoitettavissa neuvotteluvastuun yhteyteen, sillä niiden tarkoituksena on ainoastaan neuvottelumenettelystä sopiminen.

¹¹⁸ KM 1990:20, s. 126–127 ja *Annola* 2003, s. 96. Yrityskaupan neuvottelujen arvioinnissa voitaisiin myös hyödyntää *Pöyhösen* kehittämää uutta varallisuus oikeutta pyrkimällä hahmottelemaan normaalia *toimintaympäristöä*, jossa yrityskauppoja vakiintuneesti ja tavanomaisesti tehdään (yrityskaupparäjätkinat); tarkastelemaan yrityskauppaa *kokonaisjärjestelynä*, johon liittyy useita eri sopimuksia (sopimusverkon kaltainen monikantatilanne); määrittämään *intressitahot* (kaupan osapuolet, rahoittajat jne.) sekä lopuksi arvioimaan näiden *riskipositioita* kokonaisjärjestelyssä. Kuten *Pöyhönen* itsekin toteaa, käytännön ongelmatilanteiden ratkaisemiseen tarvitaan kuitenkin perinteisiä ja vähemmän epämääräisiä työkaluja, kuten osapuolten oikeuksia ja velvoitteita, ks. *Pöyhönen* 2000, s. 159–186.

¹¹⁹ Ks. vaiheittaisuudesta myös *Adlercreutz* 1987, s. 495 ja *Klami-Wetterstein* 2007, s. 496.

- (I) täysi neuvotteluvapaus ja neuvotteluriski¹²⁰
- (II) rajoitettu neuvotteluvapaus ja luottamusedun korvaaminen¹²¹
- (III) sopimuksentekovelvollisuus¹²², jolloin oikeusseuraamukset ovat yleensä samat kuin täydessä sopimusvastuussa käsittäen odotusarvon korvaamisen tai luontoissuoritusvelvollisuuden¹²³

Tässä on painotettava vielä sitä, että nämä vaiheet eivät ole keskenään jyrkkäraja- jaisia, ja vaiheiden sisällä on myös liikkumavaraa. *Vastuu ja sitovuus on ymmärrettävä jatkumoksi.*¹²⁴ Jatkossa neuvotteluvastuuta pyritään arvioimaan näiden sitovuusasteiden avulla.

2.3. Yhteenveto

Oikeussuhteena sopimusneuvottelujen käyminen poikkeaa luonteeltaan selvästi puhtaista sopimustenulkoisista suhteista, jolloin vastuun aiheutetuista vahingoista tulisi myös olla ankarampaa. Toisaalta kysymys ei ole myöskään vielä täydestä sopimusvastuusta. Neuvotteluvastuu näyttääkin vakiintuneen näiden vastuumuotojen välimuodoksi. Neuvotteluvastuun arvioinnissa huomiota kiinnitetään toisaalta osapuolen tuottamukseen ja toisaalta toisen osapuolen luottamukseen. Sopimusvapauden painottaminen johtaa lähinnä neuvottelumenettelyn asianmukaisuuden ja tuottamuksen arviointiin, kun taas lojaliteettiperiaatetta painotettaessa enemmän merkitystä voidaan antaa toisen osapuolen perustellulle luottamukselle.

¹²⁰ Ks. KKO 2011:21, jossa mitään vastuuta ei syntynyt, kun vahinkoa kärsinyt osapuoli ja toisen osapuolen toimivaltaa vailla ollut edustaja olivat neuvotelleet sopimuksesta ja pääsivät yhteisymmärrykseen sopimuksen olennaisista osista. Osapuolen tietoisuudelle toisen osapuolen sopimuksenteon menettelytavoista annettiin tapauksessa huomattava merkitys.

¹²¹ Ks. KKO 2009:45, jossa osapuolen toisessa osapuolella synnyttämä luottamus ja tämän luottamuksen rikkominen perustivat luottamusedun mukaisen korvausvastuun.

¹²² Kysymys voi olla muodollisesta esisopimuksesta tai muusta sopimukseen perustavasta velvollisuudesta solmia sopimus kuten tapauksessa KKO 1999:48. Ks. myös *Grönfors* 1993, s. 75–76, jonka mukaan osapuolilla voisi olla pitkälle edenneissä neuvotteluissa velvollisuus neuvotella sopimus loppuun ilman nimenomaista sopimustakin. Sopimuksentekovelvollisuus liitetään myös yleensä julkisiin hankintoihin, mutta nämä sopimusoikeudenkin kannalta mielenkiintoiset kysymykset eivät ole tämän tutkimuksen kannalta relevantteja.

¹²³ Ks. *Hemmo* 2003a, s. 260–261 ja *Taxell* 1972, s. 196. Kolmas vaihe voidaan kuitenkin ajallisesti erottaa ns. täydestä sopimusvastuusta.

¹²⁴ Tässä voidaan vielä huomauttaa, että sitovuudesta huolimatta osapuolella on oikeus katkaista neuvottelut ja mahdollisesti vaatia korvausta sellaisissa poikkeuksellisissa tilanteissa, joissa on kysymys toisen osapuolen niin sanotusta ennakkorikkomuksesta. Tällöin täytyy olla selvää, että toinen osapuoli ei nimenomaisen sopimuksen synnyttyäkään tulisi täyttämään velvollisuuksiaan, ks. ennakkoviiiveestä esim. *Kurkela* 2003, s. 200–206.

Yrityskauppaympäristössä tehokas vaihdanta on keskeistä. Vaihdannan etu johtaa sopimusvapauden ensisijaiseen asemaan suhteessa lojaliteettiperiaatteeseen. Vaihdannan ja neuvottelujen tosiasialliset rakenteet saattavat kuitenkin merkitä lojaliteettiperiaatteen painoarvon lisääntymistä. Luottamukselle on ominaista, että se rakentuu vähitellen, jolloin neuvottelujen ja sopimuksen sitovuuskin voidaan ymmärtää vaiheittaiseksi. Sopimusvastuu on tällöin ymmärrettävä perinteisestä dikotomiasta ja pistekäsityksestä poiketen enemmän prosessimaiseksi. Toisaalta yrityskauppa voidaan nähdä projektina, jossa kokonaisuus merkitsee enemmän kuin yksittäiset sopimukset ja oikeussuhteet. Projektissa osallisten omat intressit sulautuvat yhteiseksi tavoitteeksi, joka on yrityskaupan toteuttaminen. Näin osapuolten sopimusoikeudelliset asemat vahvistuvat useissa suhteissa neuvottelujen edetessä.

3. SITOVUUDEN KEHITTYMINEN

3.1. Johdanto

Yrityskaupan valmistelu on tyypillinen liikesuhde, jossa toimitaan *omalla riskillä*. Neuvottelujen tarkoituksena on selvittää, voivatko osapuolet sitoutua projektiin tyydyttävin ehdoin.¹²⁵ Neuvotteluvapauden ja neuvotteluriskin periaatteiden ensisijaisuus merkitsee neuvottelujen lähtökohtaista sitomattomuutta. Transaktiityyppisten sopimusten kohdalla tietynlaisena olettamana on, että mitään sitovaa ei synny ennen lopullisen kauppakirjan ja muiden liitännäisten sopimusten allekirjoittamista¹²⁶. Yrityskaupan luonne – monimutkaisuus ja taloudellinen arvo – merkitsee sitä, että ilman erityisiä perusteita osapuolet eivät voi perustellusti luottaa sopimuksen syntymiseen ennen kuin kokonaisuudesta on päästy yksimielisyyteen.¹²⁷ Vahva pääsääntö siis on, että osapuolet vastaavat omista neuvottelukustannuksistaan ja neuvotteluista voi yleensä vetäytyä ilman erityisiä perusteita ja ilman mitään haitallisia seuraamuksia¹²⁸.

Tämä oletama voi kuitenkin kumoutua neuvotteluprosessin tosiasiallisen rakenteen vuoksi. Neuvotteluvastuuta koskevat periaatteet ilmentävätkin usein tehokasta riskinjakoa osa-

¹²⁵ *von Herten* 1983, s. 96 ja 228 sekä *Hemmo* 2003a, s. 206–207

¹²⁶ *Kurkela* 2003, s. 42. Ks. myös *Norros* 2008, s. 192, joka toteaa muotovarauman osalta, että varauma voi syntyä myös konkludenttisesti, jos sopimuksen tyyppi tai arvo luo osapuolille perustellun käsityksen siitä, että vasta mahdollisesti syntyvä kirjallinen sopimus luo sitovuuden.

¹²⁷ Ks. KKO 2011:21, jossa luottamusta ei suojattu vaikka sopimuksen olennaisista ehdoista oli päästy yksimielisyyteen, sillä kantajat tiesivät vastaajan merkittäviin yhteistyösopimuksiin liittyvästä sopimuksetekomenettelystä, johon kuului mm. toimitusjohtajan tai hallituksen hyväksyntä. Ks. myös tosiseikastoltaan poikkeuksellista KKO 2006:71, jossa valtion ja voimayhtiön välillä ei katsottu olevan sopimussuhdetta. Tätä näkökohtaa voidaan puoltaa sillä, että laajan neuvotteluvastuun järjestelmässä sopimustoiminta saattaisi lamaantua osapuolten pidättäytyessä neuvotteluista silloin, kun sopimukseen pääseminen on etukäteen arvioituna epävarmaa, ks. *Hemmo* 2003a, s. 211 ja *Farnsworth* 1987, s. 243. Etukäteen arvioituna epävarmojakin sopimuksia kuitenkin tehdään, kun edellytykset neuvotteluissa tarkentuvat.

¹²⁸ Ks. KKO 2009:45, jonka perusteluissa todetaan, että ”sopimusneuvottelut eivät lähtökohtaisesti sido ja osapuolet voivat niistä vetäytyä yleensä ilman haitallisia seuraamuksia.” Ks. myös *von Herten* 1983, s. 1–2 ja PECL Art. 2:301:(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement (kurs. tässä). Vastaavasti myös UPICC Art. 2.1.15(1).

puolten välillä¹²⁹. Tällöin tuottamuksellisia piirteitä voi liittyä lähinnä perusteettoman luottamuksen herättämiseen tai passiivisena pysymiseen, kun toisen osapuolen perusteltu luottamus on herännyt¹³⁰. Toisaalta luottamuksen herättäminen voi myös olla tiettyssä neuvottelujen vaiheessa täysin asianmukaista, mutta silti lopulta osoittautua, että sopimukseen ei ole mahdollista päästä. Neuvotteluissa osapuolten onkin tasapainoiltava sitomattomuuden ja sitovuuden välillä. Sitomattomuudessa *riskinä on, että neuvottelukumppani löytää muun sopimuskumppanin*. Jos osapuoli haluaa vähentää tätä riskiä, voi olla aiheellista siirtää *riski sopimusneuvottelujen kariutumisesta tälle osapuolelle*. Täysin poissuljettua ei olekaan se, että neuvottelumenettely kokonaisuudessaan on objektiivisesti asianmukaista, mutta silti normaalista riskinjaosta poiketaan.¹³¹

Tapauksessa KKO 1984 II 181 kommandiittiyhtiö, joka aikoi rakennuttaa teollisuushallin, oli hankkimatta tarjouspyyntöön yleensä liitettäviä rakennussuunnitelma-asiakirjoja ryhtynyt neuvottelemaan urakoitsijana toimineen osakeyhtiön kanssa rakennushankkeesta kokonaishintaurakkana. Tällaisessa urakkatyypissä rakennuttajan hyväksi tapahtuneen suunnittelun kustannukset jäävät tavanmukaisesti tämän vastattaviksi. Rakennushanke oli molempien osapuolten tietten riippuvainen Kehitysaluerahastolta saatavasta rahoituksesta. Urakoitsija oli omalla kustannuksellaan hankkinut tarvittavat rakennussuunnitelma-asiakirjat, minkä jälkeen rakennuttaja oli katkaissut neuvottelut Kehitysaluerahaston evättyä siltä lainan.

Korkeimman oikeuden enemmistön kannan mukaan hankkeen raukeaminen *ei johtunut kummankaan osapuolen moitittavasta menettelystä*, vaan hyväksyttäväksi syyksi katsottiin kommandiittiyhtiön epäonnistuminen rahoituksen järjestämisessä. Suunnittelukustannukset jaettiin osapuolten välillä tasan. Tätä perusteltiin ensinnäkin rakennusalalla vallitsevalla käytännöllä, jonka mukaan rakennuttaja vastaa kokonaishintaurakan toteutuessa näistä kustannuksista. Toisaalta urakoitsija ei ammattimaisena rakentajana hankkeen toteuttamiseen liittyvästä riskistä huolimatta ollut huolehtinut siitä, että kustannusten jaosta olisi sovittu etukäteen. Riski neuvottelukustannusten turhiksi jäämisestä siirtyi rakennuttajalle, ja urakoitsijan oikeusasema oli siten parempi kuin se olisi ollut sovellettaessa pääperiaatteena olevaa neuvotteluriskin periaatetta¹³². Tapauksessa siis suojattiin urakoitsijan perusteltua luottamusta rakennusalalla vallitsevaan käytäntöön. Ratkaisun voidaan

¹²⁹ Mähönen 2000b, s. 136 (kurs. tässä). Ks. riskiperusteisesta tuottamusarvioinnista yleisesti Hemmo 2005b, s. 30–33. Teoriassa taloudellinen tehokkuus edellyttäisi, että osapuoli ryhtyisi sopimuksen edellyttämiin investointeihin *välittömästi* luottamuksen herättyä neuvotteluissa, ks. Katz 1996, s. 1267–1268. Käytännössä investointien arvo kuitenkin yleensä ylittää syntyneen luottamuksen rajahyödyn, jolloin investoinnista syntyy turhia kustannuksia suhteessa luottamukseen, jos neuvottelut osoittautuvat myöhemmin tuloksettomiksi.

¹³⁰ OikTL 4.2 ja 6.2 §:ään liittyy passiivisuuden perusteella täysi sitovuus. Ks. myös Holm 2004, s. 88, jonka mukaan passiivisuudella voi olla vastuuta korottava vaikutus.

¹³¹ Vrt. Kleineman 1991–92, s. 132 ja Calissendorff 1993–1994, s. 239, jotka edellyttävät neuvotteluvastuun perusteeksi aina jonkintasoista tuottamusta.

¹³² Häyhä 1996a, s. 326

nähdä ilmentävän rakennuttajan lojaliteettivelvollisuutta, jonka perusteella tämä oli velvollinen korvaamaan puolet urakoitsijan suunnittelukustannuksista¹³³. Korkeimman oikeuden uudempi käytäntökään ei ole sulkenut pois vastuuta pelkän perustellun luottamuksen perusteella.¹³⁴

Tässä luvussa käsittelen yrityskaupan valmisteluun liittyviä tekijöitä, jotka saattavat oikeuttaa *poikkeamaan normaalista riskinjaosta* osapuolen perustellun luottamuksen perusteella. Luottamuksen syventyminen merkitsee samalla sopimussitovuuden kehittymistä. Kysymys on siis tekijöistä, jotka ovat edellytyksenä perustellulle luottamukselle yrityskaupan valmistelussa ja joiden perusteella saatetaan siirtyä täydestä sitomattomuudesta (I) rajoitetun neuvotteluvapauden (II) tai jopa sopimuksentekovelvollisuuden (III) vaiheeseen¹³⁵. Kiinnitän ensiksi huomion yrityskaupan valmistelun tosiasiallisessa rakenteessa sitovuuden kannalta heikoimpiin tekijöihin ja siirryn vähitellen vahvemman velvoittavuuden synnyttäviin tekijöihin.

3.2. Neuvottelujen kesto

Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että neuvottelujen kesto voisi joissain tapauksissa perustaa neuvotteluvastuun.¹³⁶ Yrityskaupan neuvotteluille on tyypillistä niiden pitkäkestoisuus. Yrityskaupassa on varauduttava moniin erilaisiin riskeihin, joten sopimuksen tai sopimusten yksityiskohdista neuvotellaan yleensä pitkään. Yrityskauppa on monille toimijoille niin merkittävä hanke, että sen toteuttamiseen ei voida lähteä hätiköiden, vaikka transaktiot pyritäänkin yleensä viemään läpi mahdollisimman nopeasti. Yrityskauppahankkeisiin osallistuvien on myös ymmärrettävä tämä.

Pelkästään sen, että sopimuksesta on neuvoteltu pitkään, ei tulisi perustaa vastuuta. Monimutkaisissa sopimuksissa ehdoista neuvotteluun kuluu luonnollisesti paljon aikaa, sillä sopimuksenteon edellytysten tutkiminen on tällöin haastavampaa. Luottamus yrityskaupan toteutumiseen ei voi siksi olla perusteltu pelkän ajan kulumisen perusteella, mutta ajan ku-

¹³³ Näin myös Lehtinen 2006, s. 212, Mähönen 2000b, s. 135–136, Häyhä 1996a, s. 326–327 ja Ämmälä 1994, s. 5.

¹³⁴ Ks. KKO 2009:45 ja jäljempänä luku 5.1.1., s. 74.

¹³⁵ Luottamusta on arvioitava objektiivisen mittapuun mukaan, sillä luottamuksen on oltava perusteltua, ks. Björkdahl 2007, s. 288–289 ja Holm 2004, s. 86–87.

¹³⁶ Ks. esim. Mononen 2005, s. 109. Myös ratkaisussa KKO 2009:45 viitataan epäsuorasti neuvotteluvastuun mahdollisuuden ajan kulumisen perusteella, sillä perusteluissa tuodaan esille neuvottelujen kannalta merkitykselliset päivämäärät ja otsikossa todetaan, että neuvottelut kestivät lähes vuoden. Ajan kuluminen ei kuitenkaan ollut tapauksessa ratkaisevaa.

luminen voi joissain tapauksissa olla osatekijänä luottamuksen sitovuuden kehittymisessä.¹³⁷ Ellei tyydyttäviin ehtoihin päästä, sopimusvapautta ei tulisi rajoittaa pelkän ajan kulumisen perusteella. Ilman lisäedellytyksiä neuvottelujen pituudesta huolimatta yrityskaupan valmistelussa ollaan aina (I)-sitovuusasteella, eikä neuvottelujen venyttämiseen sinällään liity tuottamusta.

Yrityskauppojen yhteydessä ei kuitenkaan ole mitenkään tavatonta, että ostajakandidaatti osallistuu neuvotteluihin ainoastaan hidastaakseen prosessia. Tavallisesti tällöin on kysymys siitä, että ostajakandidaatit ovat toistensa kilpailijoita. Mitä enemmän neuvotteluissa on potentiaalisia ostajakandidaatteja, sitä hitaampi prosessi yleensä on. Neuvotteluihin osallistuva toimija haluaa näin hidastaa ostokohteen joutumista kilpailijan haltuun. Sopimusneuvotteluihin osallistuminen ainoastaan viivyttelytarkoituksessa on kiellettyä ja johtaa vastuuseen, mikäli tästä voidaan esittää näyttöä¹³⁸.

3.3. Kokonaisjärjestelyn vaikutus

Yrityskauppa on todetulla tavalla yleensä usean sopimuksen muodostama kokonaisuus. Samanaikaisesti kauppasopimuksen kanssa osapuolet neuvottelevat usein esimerkiksi osakassopimuksesta tai työsopimuksesta, jos myyjät jäävät yhtiöön edelleen vähemmistöosakkeenomistajiksi tai työntekijöiksi. Osapuolet saattavat samanaikaisesti neuvotella myös kolmansien osapuolten kanssa rahoituksesta ja vakuusjärjestelyistä. Lisäksi yrityskaupan neuvotteluvaiheessa on tyypillistä, että osapuolet solmivat ainakin salassapitosopimuksen ja joskus myös muun neuvottelumenettelyä koskevan sopimuksen. Nämä eri sopimukset muodostavat *sopimus-* tai *neuvotteluverkon*, jonka tarkoituksena on yrityskaupan toteuttaminen osapuolille hyväksyttävien ehdoin.¹³⁹ Tässä yhteydessä sopimusverkko ymmärretään laajasti siten, että siihen luetaan vielä neuvotteluasteella olevat sopimukset sekä itse neuvottelumenettelyä koskevat sopimukset (niin sanotut prekontraktuaaliset sopimukset¹⁴⁰). Kysymykseen tulevat sekä osapuolten väliset rinnakkaiset sopimukset ja neuvottelut että sopimukset ja neuvottelut kolmansien kanssa.

¹³⁷ Ks. *Mäenpää* 2010, s. 330, jonka mukaan pitkien neuvottelujen kohdalla vastuu voi vain *poikkeuksellisesti* tulla kyseeseen (kurs. tässä).

¹³⁸ Ks. sopimuksetekotarkoituksen puuttumisesta jäljempänä luku 4.2.2.

¹³⁹ Kauppasopimuksesta puhutaan yleensä pääsopimuksena ja muista sopimuksista apusopimuksina.

¹⁴⁰ Ks. prekontraktuaalisista sopimuksista jäljempänä luku 4.4.

Sopimusverkossa usein yhdenkin sopimuksen epäonnistuminen kaataa koko järjestelyn, mutta toisaalta yhdelläkään sopimuksella ei tavallisesti ole projektin kannalta itsenäistä ja erillistä merkitystä.¹⁴¹ Prekontraktuaalisten sopimusten tarkoituksena on yleensä säännellä ainoastaan järjestelyn valmistelua.¹⁴² Sopimusverkon sopimuksia ei voida siksi erottaa toisistaan, ellei sopimusten itsenäisyydestä ole nimenomaisesti sovittu.¹⁴³ Tämä pätee erityisesti neuvotteluvaiheeseen, sillä tällöin ei ole vielä useinkaan täysin selvää, mistä kokonaisjärjestelyn asioista sovitaan minkäkin tyyppisessä sopimuksessa¹⁴⁴.

Sopimusverkko vaikuttaa neuvotteluvaiheessa käsittääkseni kahdella tavalla. Ensinnäkin *toisiinsa liitännäiset sopimukset ehkäisevät perustellun luottamuksen syntymistä verkon yksittäiseen sopimukseen*.¹⁴⁵ Vaikka yksittäinen sopimus olisi allekirjoitusta vaille valmis, ei luottamus kyseisen sopimuksen syntymiseen voine syntyä, jos muut sopimukset ovat edelleen avoinna. Yrityskaupan yhteydessä ongelmia syntyy esimerkiksi siitä, että osakassopimus katsottaisiin syntyneeksi ennen osakkeiden kauppasopimusta tilanteessa, jossa molemmat osapuolet ovat ennestään osakkeenomistajia. Merkitystä on tietenkin sillä, miten merkittävä avoin sopimus kulloinkin on. Mitä vähäisempi avoinna oleva sopimus on, sitä perustellumpi luottamus koko järjestelyyn saattaa olla.

Periaatteessa kysymys voidaan rinnastaa sopimuksen olennaisiin ainesosiin liittyvään keskusteluun¹⁴⁶ sillä varauksella, että sopimusverkossa voi olla useita henkilöitä, eikä ongelma välttämättä liity vain kahden osapuolen väliseen suhteeseen. Yrityskaupassa sopimuksen olennaisia ehtoja ovat kaupan kohteen määritte-

¹⁴¹ Ks. *Lehtinen* 2006, s. 208–209, joka käyttää osuvaa ”dominoteoria” -kielikuvaa.

¹⁴² Ks. *Hemmo* 1999, s. 78–79. Tosin prekontraktuaalista sopimusta solmittaessa yleensä tarkoitetaan, että jotkut ehdot, kuten salassapito ja riidanratkaisuehdot, jäävät voimaan myös neuvottelujen päätyttyä, mikäli neuvottelut katkeavat tuloksettomina.

¹⁴³ *Lehtinen* 2006, s. 219–220

¹⁴⁴ Ks. sopimustyyppien erottamisesta yleisesti *Halila, H – Hemmo* 2008, s. 19–25, joiden mukaan sopimustyyppillä on merkitystä lähinnä vain sovellettavan lain määräytymisessä. Kirjoittajat myös esittelevät eri vaihtoehtoja sekatyypisten sopimusten arvioimiseksi sekä näistä tavoista aiheutuvia ongelmia.

¹⁴⁵ Ks. *Lehtinen* 2006, s. 210–212 ja 219, joka korostaa sopimusverkkoa yhteisen tavoitteen saavuttamisen välineenä, jossa yksittäiset sopimukset ovat välttämättömiä sopimusverkon toiminnalle ja toisaalta yksittäiset sopimukset eivät toimi itsenäisinä ilman sopimusverkon olemassaoloa. Ks. samansuuntaisesti *Kurkela* 2003, s. 80–81.

¹⁴⁶ Ks. sopimuksen olennaisista ainesosista esim. *Kurkela* 2003, s. 43–44. Keskeisten ehtojen puuttuminen saattaa olla osoitus siitä, että varsinaista sopimusta ei ole syntynyt, mutta toisaalta avoimena oleva ehto ei estä sopimussidonnaisuutta, jos ehto on tarkoituksellisesti jätetty avoimeksi ja sopimus voidaan muuten täydentää ja tarvittaessa panna täytäntöön.

lyn ja omistusoikeuden siirtymisen ohella ainakin hinta ja sen määräytyminen.¹⁴⁷ Yrityskaupassa on sen monimutkaisuuden vuoksi varauduttava monenlaisiin riskeihin, joten pieneltäkin vaikuttavat seikat voivat olla hyvinkin merkityksellisiä kokonaisuuden kannalta.¹⁴⁸ Yrityskauppasopimuksen onkin oltava verrattain pitkälle täsmäntynyt, jotta sen syntymiseen voi herätä perusteltu luottamus.

Toinen sopimusverkon vaikutus on nähdäkseni keskinäisen lojaliteetin lisääntyminen verrattuna yksittäisiin sopimuksiin. Sopimusverkko on kattavampi kokonaisuus ja edellyttää laajempaa yhteistyötä kuin yksittäinen sopimus. Lojaliteetti on sitä vahvempaa, mitä läheisempi ja tiiviimpi suhde osapuolilla on.¹⁴⁹ Mikäli yksi tai useampi sopimusverkon sopimuksista on lähellä valmista, muiden liitännäisten sopimusten tekemiseen kohdistuu suurempi paine.¹⁵⁰ Mitä merkittävämmästä yksittäisestä sopimuksesta on päästy yhteisymmärrykseen, sitä suurempi on paine muiden sopimusten kohdalla. *Sopimusverkko saattaa siis velvoittaa osapuolet tekemään yksittäisen verkon sopimuksen kevyemmin kuin vastaavan irrallisen sopimuksen.*¹⁵¹ Yrityskaupassa saattaisi olla ongelmallista, jos osapuoli pystyisi ilman vastuuta, joskus ehkä keinottelumaisestikin, vetäytymään hankkeesta esimerkiksi verukkeella, että kauppahintaan verrattuna suhteellisen pieni rahoituserä ei järjesty.

Viitteitä sopimusverkon lojaliteettia lisäävästä vaikutuksesta voidaan hakea ratkaisusta KKO 1984 II 181.¹⁵² Tapauksessa rakennuttajana toiminut kommandiittiyhtiö oli neuvotellut urakoitsijana toimineen osakeyhtiön kanssa kokonaishin-

¹⁴⁷ Teoriassa hintakin voidaan täydentää KauppaL 45 §:n perusteella, mutta yrityskaupoissa hinnan määrittäminen on kaupan kohteen monimutkaisuuden vuoksi erittäin hankalaa, ellei jopa mahdotonta. Ks. myös *Hemmo* 2003a, s. 210 av. 13, joka viittaa norjalaiseen oikeustapaukseen Nrt. 1992, s. 1110, jossa n. 30–40 miljoonan kruunun arvoista sopimusta ei ollut syntynyt, koska hinnasta ei ollut sovittu. Vrt. *Halila, H – Hemmo* 2008, s. 15, joiden mukaan irtaimen kaupan osalta riittäisi pelkkä omistusoikeuden siirtämistarkoitus.

¹⁴⁸ Ks. *Calissendorff* 1993–94, s. 238–239, joka huomauttaa monimutkaisten sopimusten kohdalla, että ulkopuolisten ei tulisi antaa arvioida sopimuksen eri osien merkitystä kokonaisuuden kannalta.

¹⁴⁹ Lojaliteetin voidaan sanoa kohdistuvan sopimusverkon tarkoituksen eli yrityskaupan toteuttamiseen, ks. *Lehtinen* 2006, s. 211–212. Ks. myös edellä esitettyä *von Jheringin* ajatusta luvussa 2.1.1., s. 6, jossa tuotiin esille se, että vastuun tulisi olla sitä ankarampaa, mitä enemmän suunniteltua yhteistoimintaa osapuolten välillä on.

¹⁵⁰ Ks. *Lehtinen* 2006, s. 211–213, joka puhuu tällaisessa tilanteessa neuvotteluvaiheen lojaliteettipakosta. *Lehtisen* esimerkissä projektirahoittaja on sitoutunut rahoittamaan 300 miljoonalla eurolla projektia, jonka toteutuminen edellyttäisi 5 miljoonan euron lisärahoitusta. Tällöin rahoittajalla olisi velvollisuus järjestää kyseinen lisärahoitus. Ks. myös *Grönfors* 1993, s. 75–76, jonka mukaan sellainen malli, jossa osapuolilla olisi oikeus avata neuvottelut koko sopimuksesta, kun valmiista sopimuksesta puuttuu enää vain noin 10–15 %, olisi liian riskialtis liike-elämässä käytettäväksi.

¹⁵¹ Tässä suhteessa merkitystä on erityisesti järjestelyn pääsopimuksella, jolloin apusopimusten tekemiseen kohdistuu suurempi paine.

¹⁵² *Lehtinen* 2006, s. 212

taurakasta, joka oli ollut riippuvainen ulkopuolisesta rahoituksesta. Sopimusneuvotteluverkko muodostui siis rakennuttajan ja urakoitsijan välisistä projektineuvotteluista sekä rakennuttajan ja rahoittajan välisistä rahoitusneuvotteluista. Rakennuttaja katkaisi projektineuvottelut rahoituksen rauettua, mitä pidettiin sinänsä hyväksyttävänä syynä. Tästä huolimatta rakennuttaja oli velvollinen korvaamaan puolet urakoitsijalle aiheutuneista kustannuksista. Lojaliteettivelvollisuus asetettiin siis rakennuttajalle, joka neuvotteli samaan aikaan hankkeen rahoituksesta.¹⁵³

Prekontraktuaalisten sopimusten kohdalla luottamus- ja lojaliteettivaikutus edellyttää kuitenkin tarkennusta. Koska neuvotteluvaiheen sopimusten tarkoituksena on ainoastaan säännellä neuvottelumenettelyä ja sopimuksen syntymistä, näillä sopimuksilla ei sinällään voida sanoa olevan samaa vaikutusta kuin pääjärjestelyyn liittyvillä rinnakkaisilla sopimuksilla ja neuvotteluilla.¹⁵⁴ Prekontraktuaalisten sopimusten luottamus- ja lojaliteettivaikutus tulee kuitenkin esille, kun tarkastellaan kunkin tyyppistä ehtoa erikseen.¹⁵⁵ Neuvotteluosapuolia tiukemmin prosessiin sitovat ehdot lisäävät luottamusta ja lojaliteettia. Vastaa- vasti ehdot, jotka nostavat sopimuskynnystä tai lisäävät epävarmuutta ehkäisevät luottamuksen ja lojaliteetin syvenemistä.¹⁵⁶

Sopimus- tai neuvotteluverkko vaikuttaa siten kahteen suuntaan. Toisaalta luottamus yksittäiseen sopimukseen ei voi syntyä kovin herkästi ja toisaalta kokonaisuus estää keinottelun yksittäisellä sopimuksella. Luottamuksen perustana kysymys on siis aina *kokonaisuuden* kannalta merkittävistä seikoista, eikä sopimusverkon sopimuksia tule arvioida irrallisina (ellei irrallisuudesta ole nimenomaisesti sovittu). Sopimus- tai neuvotteluverkko ehkäisee siis tiettyyn pisteeseen asti sitovuuden kehittymisen (I)-asteelta, mutta kun koko projektin kannalta keskeisistä seikoista on päästy yhteisymmärrykseen, sitovuus voi kehittyä nopeastikin (II)- tai jopa (III)-asteelle. Tuottamuksellisia piirteitä voidaan nähdä osapuolen toiminnassa, jos neuvotteluissa on indikoitu keskeisten sopimuskohtien yhteisymmärryksestä

¹⁵³ Vrt. *Hemmo* 2003a, s. 214–215, jonka mukaan tapauksen tosiseikastosidonnaisuudesta johtuen ratkaisun perusteella ei voida tehdä ainakaan kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä tapauksissa, joissa ei ole vastaavaa elinkeinoelämän käytäntöä kustannusten jaosta.

¹⁵⁴ Vrt. *Björkdahl* 2007, s. 292–293, jonka mukaan pelkästään erilaiset prekontraktuaaliset instrumentit itsessään ovat jo osoitus siitä, että osapuolten välille on syntynyt lojaliteettivelvoitteita. Vrt. myös *Häyhä* 1996a, s. 327, jonka mukaan lojaliteettiperiaatteella on merkittävä täydentävä tehtävä osapuolten välisissä suhteissa sopimusehtojen ulkopuolella. Näin ymmärrettynä lojaliteettiperiaate vaikuttaa vahvimmin juuri tilanteissa, joihin osapuolet eivät ole varautuneet sopimusehdoin. Neuvotteluvaiheeseen sovellettuna kysymys on siitä, että osapuolten sovittua neuvottelumenettelystä lojaliteettivelvoitteet täydentävät osapuolten välistä oikeussuhdetta muilta osin. Toisin sanoen osapuolten välisessä suhteessa vain osaa velvoitteista on säännelty varsinaisilla sopimusehdoilla.

¹⁵⁵ Ks. prekontraktuaalisten sopimusten lojaliteettivaikutuksesta jäljempänä luku 4.4.

¹⁵⁶ Ks. *Hemmo* 1999, s. 88–89.

ilman, että osapuoli olisi viestittänyt toiselle osapuolelle (yleisesti arvioiden) vähämerkityksellisten avoimien kohtien tärkeydestä juuri tälle osapuolelle tai tarkoituksesta sopia poikkeavasti sisällöltään käytännössä vakioituneista sopimusehdoista¹⁵⁷.

3.4. Aiesopimus

Yrityskaupan neuvotteluvaiheessa tärkein väline neuvottelukumppanin neuvotteluprosessiin sitomiseen on aiesopimus (letter of intent¹⁵⁸), jonka perusteella luottamus sopimuksen syntymiseen herätetään ja ylläpidetään. Tyypillisesti yrityskaupan neuvotteluissa tehdään vähintään yksi aiesopimus. Aiesopimuksella osapuolet viestittävät toisilleen *aikomuksiaan* valmisteilla olevan transaktion suhteen. Vaikka aiesopimus on yrityskaupoissa yleisesti käytetty instrumentti, ei tietenkään ole poissuljettua, että luottamus sopimuksen syntymiseen herätetään muulla vastaavalla tavalla, kuten suullisilla tai muilla kirjallisilla välipuheilla¹⁵⁹ taikka muulla käyttäytymisellä¹⁶⁰, jotka ilmaisevat osapuolten aikomusta.¹⁶¹

¹⁵⁷ Ks. *Kolehmainen* 2006, s. 146 av. 63, joka huomauttaa siitä, että sopimuskäytännössä eräät sopimuksen osat ovat melko vakioituneita.

¹⁵⁸ Ks. terminologian epämääräisyydestä KM 1990:20, s. 134 ja *Hemmo* 2005, s. 64. Aiesopimus lienee vakiintunein suomenkielinen nimitys letter of intentille. Vaihtoehtoisesti voidaan käyttää nimityksiä neuvottelupöytäkirja tai -muistio. Englanninkielessä yleisessä käytössä ovat lisäksi mm. memorandum of understanding, term sheet ja heads of terms, joilla yleensä tarkoitetaan aiesopimusta, ks. *Wallgren* 1983, s. 10 ja *Stilton* 2008, s. 25. Asiakirjan otsikoinnilla ei ole sinänsä merkitystä, vaan sisältö ratkaisee, ks. KKO 1996:7, jossa aiesopimukseksi otsikoitua asiakirjaa pidettiin sitovana esisopimuksena.

¹⁵⁹ Suullisiin välipuheisiin liittyy aina näyttöongelmia mahdollisissa riitatilanteissa. Yrityskaupan valmistelussa jonkinlainen kirjallinen aiesopimus on yleensä syytä laatia, jotta voidaan kartoittaa jo neuvottelujen alkuvaiheessa mahdolliset väärinymmärrykset tai seikat, jotka estävät sopimuksen tekemisen. Kummassakin tapauksessa säästetään kustannuksia, kun neuvotteluja ei jatketa turhaan, ks. *Stilton* 2008, s. 25. Ks. myös *Katz* 1996, s. 1267.

¹⁶⁰ Ks. *Kolehmainen* 2006, s. 146, joka puhuu *implisiittisistä aiesopimuksista*.

¹⁶¹ Vrt. ruotsalaiseen oikeustapaukseen NJA 1990, s. 745, jossa osapuolet olivat neuvotelleet tyhjiöpumppujen jälleenmyyntisopimuksesta. Neuvottelujen kuluessa päämies oli lähettänyt jälleenmyyjälle kirjeen, jossa se oli todennut, että jälleenmyyntisopimus tehtäisiin sillä edellytyksellä, että päämies saa sovittua pumpun lisenssinhaltijan kanssa lisenssin siirtymisestä päämiehelle. HD katsoi, että kirje tai olosuhteet muutenkaan eivät olleet sellaiset, että kysymyksessä olisi ollut aiesopimus (eikä sen paremmin sitovakaan sopimus). Lisenssisopimus tehtiin myöhemmin, mutta päämies ei ollut vastuussa sopimuksentekotutamuksen perusteella, vaikka se päätti olla tekemättä jälleenmyyntisopimusta.

Aiesopimus ei ole oikeudellisesti velvoittava sopimus varsinaisen sopimuksen tekemiseen tai pääsopimuksen mukaisten velvoitteiden täyttämiseen.¹⁶² Aikomukset eivät lähtökohtaisesti sido, ja aiesopimuksen solmimisen jälkeen neuvottelujen jatkaminen osoittaa, että osapuolet eivät vielä pidä sopimusta syntyneenä.¹⁶³ Tyypillistä aiesopimukselle on myös, että siihen kirjataan aikomusten lisäksi siihenastisissa neuvotteluissa saavutettu yksimielisyys ja mahdolliset yksityiskohtaisemmat jatkotoimet.¹⁶⁴

Lähtökohtaisesta sitomattomuudesta huolimatta aiesopimukseen voidaan käsittääkseni joissain tilanteissa kuitenkin liittää kaksi vaikutusta. Ensiksikin todettua yksimielisyyttä ei ole yleensä myöhemmässä vaiheessa mahdollista avata vapaasti uudelleen neuvoteltavaksi.¹⁶⁵ Tämän vuoksi aiesopimukseen ei tulisi kirjata saavutetuksi yksimielisyydeksi mitään, mitä ei olla valmiita hyväksymään lopulliseen sopimukseen.¹⁶⁶ Toisaalta saavutettu yksimielisyys perustuu neuvotteluissa syntyneille odotuksille. Jos nämä odotukset osoittautuvat perusteettomiksi, voi myös todettujen seikkojen avaamiselle olla perusteita.

Toinen aiesopimukseen liitettävä vaikutus on, että saavutettu yksimielisyys lisää osapuolten luottamusta varsinaisen sopimuksen syntymiseen. Mitä yksityiskohtaisempi aiesopimus on, sitä herkemmin toisen osapuolen luottamus pääsopimuksen syntymiseen herää, sillä

¹⁶² Hemmo 2003a, s. 268 ja Annola 1996, s. 89. Ks. myös Adlercreutz 1987, s. 497, jonka mukaan aiesopimuksilla *ei periaatteessa ole sitovuusvaikutusta*, mutta ne voivat kuitenkin joskus saada aikaan jopa sopimusvaikutuksen ja sisältää joitakin sitovia määräyksiä. Tavallista onkin, että aiesopimuksissa sovitaan myös sitoviksi tarkoitetuista ehdoista, kuten sallassapidosta ja riidanratkaisusta, ks. Wallgren 1983, s. 8–9. Näiden ehtojen kohdalla sitovuus on syytä todeta erikseen, ks. Hemmo 2005, s. 64 ja 66–67 ja Stilton 2008, s. 25–26.

¹⁶³ KM 1990:20, s. 133–134 ja Annola 2006, s. 93. Vrt. kuitenkin KKO 1996:84. Tapauksessa kunnaninsinöörillä oli toimivalta ilmoittaa urakkasopimuksen hyväksymisestä tarjouksen tekijälle tarjouksen tultua hyväksytyksi teknisessä lautakunnassa. Kunnaninsinöörin ilmoitettua hyväksymisestä rakennusliikkeelle kunnanhallitus oli ottanut asian käsiteltäväkseen ja päättänyt uudesta tarjouskierroksesta. *Rakennusliikkeen toisella tarjouskierroksella antama tarjous ei merkinnyt sitä, ettei rakennusliikkeen ja kunnan välille olisi syntynyt sopimusta jo kunnaninsinöörin ilmoituksen perusteella.*

¹⁶⁴ Adlercreutz 1987, s. 495. Vrt. Wallgren 1983, s. 5–8, joka luonnehtii tällaisia asiakirjoja etappidokumenteiksi ja erottaa ne aikomusta ilmaisevista asiakirjoista, mutta toteaa samalla, että ero ei yleensä ole mitenkään selväpiirteinen.

¹⁶⁵ Ks. Hemmo 2003a, s. 210, joka viittaa tässä *Simonseniin*. Ks. myös Adlercreutz 1987, s. 496, joka ilmeisesti vastaavaa tarkoittaen toteaa, että vastuu voi tulla kysymykseen ”när part vägrar att fullfölja en avsiktsförklaring till ett definitivt avtal.” Vrt. Kolehmainen 2006, s. 147, joka ei näytä antavan kirjatulle yksimielisyydelle juridista merkitystä.

¹⁶⁶ Hemmo 2005, s. 62

erimielisyyttä on tällöin harvemmista seikoista.¹⁶⁷ Toisaalta, jos avoimet kysymykset ovat sopimuskokonaisuuden kannalta hyvin merkittäviä, ei luottamus sopimuksen syntymiseen voine olla kovin perusteltua¹⁶⁸.

Yksityiskohtaisuus voi merkitä jopa sopimuksentekovelvollisuutta, kuten ratkaisussa KKO 1996:7. Tapauksessa aiesopimukseksi nimettyyn asiakirjaan oli otettu liitteeksi kauppakirjaluonnos. Sekä aiesopimus että kauppakirjaluonnos olivat sanamuodoiltaan yksiselitteisiä. Kauppakirjaluonnoksessa oli kaikki sopimuksen olennaiset ainesosat täsmällisesti määriteltyinä. Osapuolten välillä katsottiin olevan sitova esisopimus siitä huolimatta, että toisena osapuolena ollut kunta ei ollut varannut talousarviossa varoja kauppaan.

Tehtäessä aiesopimus neuvottelujen alkupuolella yleensä vain harvoista seikoista on päästy yksimielisyyteen, jolloin aiesopimus muotoillaan tavallisesti hyvin avoimeksi. Neuvottelujen myöhemmässä vaiheessa sitä vastoin useammista seikoista on voitu päästä yhteisymmärrykseen, jolloin aiesopimus voidaan muotoilla yksityiskohtaisemmaksi. Suurempi yksityiskohtaisuus yleensä helpottaa jatkoneuvotteluja, jolloin tässä suhteessa säästetään kustannuksia¹⁶⁹.

Tyypiesimerkki muun muassa aiesopimuksissa käytetyistä ehdoista, jotka eivät vielä merkitse yksimielisyyttä ja sitovuutta, mutta osoittavat kuitenkin tietynlaista sitoutumista järjestelyyn, ovat niin sanotut indikaatiiviset ehdot, joista tavallisin lienee *hintaindikaatio*. Indikaatioiden luottamusta herättävä merkitys riippuu siitä, missä vaiheessa neuvotteluja ne annetaan. Jos perustana ei ole vielä esimerkiksi *due diligence* -tarkastuksia, indikaatiot ovat kokonaan sitomattomia.¹⁷⁰

Luottamus on myös tavallisesti perustellumpaa, kun aiesopimus tehdään molemminpuoliseksi siten, että osapuolet ilmoittavat siinä yhteisen tarkoituksen. Tällöin aikomuksiin liittyy sopimussuhteille tyypillinen vastavuoroisuus.¹⁷¹ Luottamus sopimuksen syntymiseen voidaan katsoa syntyvän herkemmin myös silloin, kun aiesopimuksessa käytetty kieli muutenkin viittaa voimakkaasti luottamukseen ja lojaalisuuteen. Toisaalta taas sitomattomuus

¹⁶⁷ Ks. *Annola* 1996, s. 90 ja *Craswell* 1996, s. 540.

¹⁶⁸ Ks. edellä kokonaisjärjestelyn osalta todettua luku 3.3., s. 26–27.

¹⁶⁹ Ks. *Stilton* 2008, s. 25–26, joka myös ehdottaa, että hyvissä neuvottelusuhteissa, joissa osapuolet luottavat toistensa yhteistyökykyyn, yksinkertainen aiesopimus olisi riittävä. Yksityiskohtaisempi aiesopimus sopii paremmin kireämpiin neuvottelusuhteisiin.

¹⁷⁰ Ks. *Hemmo* 2005a, s. 47–48, joka huomauttaa myös indikaatioiden psykologisesta vaikutuksesta.

¹⁷¹ *Kolehmainen* 2006, s. 139. Vrt. *Annola* 2006, s. 92 av. 203, jonka mukaan yksipuolisuudella ei ole sitovuuden arvioinnissa merkitystä.

teen viittaavat lausumat ehkäisevät luottamuksen syntymistä.¹⁷² *Aiesopimusten muotoilussa onkin tilanteen mukaan tasapainoiltava yhtäältä yksityiskohtaisuuden ja lojaliteetin sekä toisaalta avoimuuden ja sitomattomuuden välillä riippuen siitä, millaiset ovat kulloinkin osapuolten tavoitteet ja odotukset yksittäistapauksissa.*¹⁷³

Tässä luvussa esitettyjen näkökohtien perusteella voitaneen sanoa, että aiesopimukset sijoittuvat tavallisesti (I)- tai (II)-sitovuusasteelle, vaikka tapauskohtaisesti vastuu voi olla ankarampaakin¹⁷⁴. Tuottamus aiesopimusten yhteydessä voi liittyä lähinnä liian positiivisen kuvan antamiseen sopimukseen pääsemisen todennäköisyydestä eli perusteettoman luottamuksen herättämiseen.

3.5. Täytäntöönpanotoimet

Toisen osapuolen aloittamat tai suorittamat täytäntöönpanotoimet voivat olla merkittävä luottamuksen osoitus sopimukseen syntymiseen.¹⁷⁵ Yrityskauppaan liittyy yleensä joukko ehtoja, kuten erilaisten suostumusten hankkiminen¹⁷⁶ ja mahdollisesti yhtiön johdon ja tilitarkastajien vaihtaminen, jotka osapuolet ovat velvollisia suorittamaan ennen kaupan täytäntöönpanoa.¹⁷⁷ Mahdollista on, että toinen osapuoli ryhtyy tällaisiin kustannuksia aiheuttaviin toimiin jo ennen kauppakirjan allekirjoittamista vielä sopimuksesta neuvotelta-

¹⁷² Ks. *Hemmo* 2003a, s. 229, joka tosin käsittelee kysymystä prekontraktuaalisen sopimuksen yhteydessä.

¹⁷³ Ks. *Hemmo* 2005a, s. 64, jonka mukaan mitä yksityiskohtaisempi letter of intent on, sitä tärkeämpää on ilmaista asiakirjassa, että se ei ole lopullinen sopimus eikä perusta velvollisuutta sellaisen päättämiseen. On kuitenkin huomattava, että osapuolten tarkoituksena voi myös olla, ja usein onkin, sitoa toinen toisensa tiukemmin neuvotteluprosessiin, jolloin voi olla tarkoituksenmukaista pidättäytyä vahvasta sitomattomuuteen viittaavasta kielenkäytöstä. Ks. *Annola* 1996, s. 91, joka huomauttaa siitä, että osapuolten tarkoituksena voi olla nimenomaan tietynlaisen epäselvyyden aikaansaaminen.

¹⁷⁴ Ks. KKO 1996:7.

¹⁷⁵ *Adlercreutz* 1987, s. 498

¹⁷⁶ Erityisesti liiketoimintakaupassa suostumus yrityskauppaan tarvitaan kohdeyrityksen sopimuskumppaneilta, koska velallisen vaihdos edellyttää velkojan suostumusta. Myös osakekaupassa suostumukset vaaditaan yleensä ainakin kohdeyrityksen rahoittajilta rahoitussopimusten ehtojen perusteella. Kysymys voi olla myös esim. yhtiöjärjestyksen vaihdannanrajoituksista johtuvista suostumuksista tai sitoumuksista. Tietyn suuruiset yrityskaupat saattavat edellyttää myös kilpailuviranomaisten suostumusta, ks. KilpL 4 luku.

¹⁷⁷ Ks. erilaisista täytäntöönpanoehdoista yrityskaupassa tarkemmin *Stilton* 2008, s. 29–40.

essa.¹⁷⁸ Täytäntöönpanotoimien on kuitenkin oltava perusteltuja, jotta niillä voi olla merkitystä neuvotteluvastuun arvioinnissa. Luonnollisesti vain toimet, jotka liittyvät tulevaan sopimukseen, voivat saada merkitystä.¹⁷⁹ Toimenpiteet eivät myöskään saa olla ylimitoitettuja suhteessa neuvottelujen vaiheeseen.¹⁸⁰

Täytäntöönpanotoimenpiteiden merkitys on ollut esillä tapauksessa KKO 2009:45, jossa vastaaja oli esittänyt muutoksia neuvottelujen kohteena olleiden liiketilöiden remontointisuunnitelmiin, antanut korjaustöihin liittyviä ohjeita sekä kehottanut jatkamaan remonttia siten, että korjaustyöt ovat vastanneet sen tarpeita. Muun muassa näiden syiden perusteella kantaja on voinut perustellusti luottaa siihen, että vuokrasopimus tultaisiin tekemään. Vastaaja toimi neuvotteluissa selvästi tuottamuksellisesti.

Perustelluilla täytäntöönpanotoimilla on ainakin kaksi vaikutusta. Täytäntöönpanotoimien suorittaja osoittaa niihin ryhtymällä luottavansa merkittävästi sopimuksen syntymiseen, minkä vuoksi kyseisen osapuolen mahdollisuus myöhemmin irtautua neuvotteluista kapeenee huomattavasti. Toisaalta toisen osapuolen havaitessa neuvottelukumppaninsa luottamuksen, joka ilmenee täytäntöönpanotoimenpiteinä, passiivisena pysyminen voi olla tuottamuksellista luottamuksen ylläpitämistä. Vielä selvemmin tuottamus on käsillä, jos osapuoli suorastaan kehottaa ryhtymään näihin toimenpiteisiin.¹⁸¹

Osapuolen ryhdyttyä perusteltuihin täytäntöönpanotoimiin yrityskaupan valmistelussa sitovuus on yleensä edennyt jo varsin pitkälle. Varsinaisen kauppakirjan allekirjoittamista saatetaan pitää pelkkänä muodollisuutena. Taloudellisesti merkittävässä yrityskaupoissa si-

¹⁷⁸ Syynä voi olla sopimuksen pitäminen varmana ja neuvotteluissa vallitseva ilmapiiri, jonka perusteella osapuolella on käynyt selväksi, että transaktio halutaan toteuttaa mahdollisimman nopeasti, kuten yrityskauppojen valmistelulle on tyypillistä.

¹⁷⁹ Ks. *Björkdahl* 2007, s. 321.

¹⁸⁰ Edellä viitatussa tapauksessa NJA 1990, s. 745 (ks. av. 161) jälleenmyyjä oli aloittanut markkinointitoimenpiteet saatuaan päämieheen kirjeen. Koska jälleenmyyjä tiesi, että sopimus riippuu päämiehen lisenssisopimuksesta, toimenpiteet katsottiin ylimitoitetuiksi.

¹⁸¹ Ks. KKO 2009:45 ja *Hemmo* 2003a, s. 268–269. Vrt. *Klami-Wetterstein* 2007, s. 503–504, joka huomauttaa mahdollisuudesta, että sopimuksen syntyyn luottavalle osapuolelle voisi syntyä selonottovelvollisuus toisen osapuolen tarkoituksesta. Useimmissa tapauksissa jatkuva toisen osapuolen ilmaisujen ja käyttäytymisen merkityksen varmistaminen lamauttaisi kuitenkin neuvottelujen sujuvuuden ja haittaisi transaktioiden tehokkuutta, joten perusteltu luottamus tulisi voida syntyä myös, vaikka ilmaisujen ja käyttäytymisen merkitystä ei varmistettaisi toiselta osapuolelta. Toki varmistaminen voi olla perusteltu, mikäli ilmaisut ovat selvästi yllättäviä suhteessa neuvottelutilanteeseen. Ks. myös *Björkdahl* 2007, s. 232–233, jonka mukaan luottamus on yleensä perusteltu, jos olosuhteet, joihin luottamus perustuu, ovat peräisin neuvottelukumppanilta tai ovat muuten yleisessä tiedossa.

toivuuden voidaan tällöin yleensä katsoa kehittyneen jo (II)-asteelle¹⁸², mutta joskus voi olla kysymys jo (III)-asteen vastuusta¹⁸³.

3.6. Esisopimus

Esisopimus on aiesopimuksen ohella toinen merkittävä instrumentti, jolla hallitaan neuvotteluvaiheen epävarmuutta. Esisopimus velvoittaa osapuolet päättämään pääsopimuksen esisopimuksessa sovittujen edellytysten täytyttyä¹⁸⁴. Esisopimus sijoittuu tämän tutkimuksen jäsennyksessä (III)-sitovuusvaiheeseen, ja neuvottelujen katkaisu tai sopimuksesta kieltäytyminen tässä vaiheessa johtaa luontoissuoritusvastuuseen tai positiivisen sopimusedun korvaamiseen¹⁸⁵. Esisopimuksen on kuitenkin oltava riittävän täsmällinen, jotta sen perusteella on mahdollista täsmentää pääsopimus.¹⁸⁶ Yrityskaupassa esisopimuksen on oltava verrattain täsmällinen, sillä merkittävässä transaktioissa sopimuksen täydentämiseen on suhtauduttava varauksellisesti.¹⁸⁷ Muussa tapauksessa sitovuusvaikutus saattaa rajoittaa esimerkiksi aiesopimuksen vaikutuksiin.

Esisopimuksella ei, niin kuin ei muillakaan sopimuksilla, ole muotovaatimuksia, ellei näin ole nimenomaisesti säädetty. Eräs tärkeä muotovaatimus liittyy kiinteistökauppaan, joka voi olla yksi osa liiketoimintakaupan muodossa toteuttavaa yrityskauppaa. Kiinteistökaupan esisopimus on laadittava määrämuodossa (MK 2:7.2) uhalla, että se ei muuten sido miltään osin. Kuitenkin silloin, kun kiinteis-

¹⁸² Näin tapauksessa KKO 2009:45. Ks. myös tunnettua yhdysvaltalaisista tapausta *Hoffman v. Red Owl Stores*, jossa franchising-sopimuksen neuvotteluissa vastaaja oli luvannut kantajalle, että tämä saisi sopimuksen tehtyään ensin \$18.000:n investoinnin. Tämän jälkeen kantaja mm. myi oman leipomonsa saadakseen summan kokoon, mikä oli merkittävä luottamuksen osoitus. Jatkoneuvottelujen jälkeen vastaaja vaati vielä kuitenkin huomattavasti alkuperäistä suurempaa investointia, johon kantaja ei enää suostunut, minkä vuoksi neuvottelut katkesivat ja kantajilla oli oikeus korvaukseen.

¹⁸³ Järjestelyyn liittyvä taloudellinen riski on tavallisesti niin merkittävä, että täytäntöönpanotoimiin ryhtyminen on perusteltua vasta, kun sitovuus on huomattavan vahvaa. Esim. OikTL 4.2 ja 6.2 §:stä ilmenevästä passiivisuusperiaatteesta seuraukseksi voidaan katsoa jopa täysimääräinen sopimussitovuus. Ks. myös *Adlercreutz* 1987, s. 499, joka huomauttaa siitä, että osapuolilla ei tulisi olla mahdollisuutta keinotella sopimuksella siten, että voisi seurata tilanteen kehittymistä ja myöhemmin todeta, että sopimusta ei olekaan syntynyt.

¹⁸⁴ *Hemmo* 2003a, s. 253–254

¹⁸⁵ Ks. *Hemmo* 2003a, s. 260–261 ja *Taxell* 1972, s. 196.

¹⁸⁶ *Taxell* 1972, s. 196. Ainakin pääsuoritusvelvollisuudet on oltava täsmennettyinä, ks. *Hemmo* 2003a, s. 256. Ks. täsmällisyysvaatimuksesta myös edellä käsitelty KKO 1996:7.

¹⁸⁷ Ks. edellä kokonaisuusjärjestelyn osalta todettua luku 3.3., s. 26–27.

tökaupan esisopimus *ei* ole merkittävä osa koko liiketoimintakauppaa, esisopimus on muilta osin sitova.¹⁸⁸

Esisopimuksen merkitys normaalissa yrityskaupassa ei ole kuitenkaan täysin ole selvä. Periaatteessa yrityskaupoille tyypillinen vaiheittaisuus¹⁸⁹ voidaan jäsentää esisopimuksen avulla. Kun kauppakirja allekirjoitetaan, merkitsisi tämä esisopimuksen solmimista. Tämän jälkeen osapuolten sopimien ehtojen esimerkiksi rahoituksen, viranomaishyväksyntöjen ja muiden täytäntöönpanotoimien osalta on täytyttävä ennen kuin kauppa lopullisesti toteutetaan¹⁹⁰. Toinen vaihtoehto vaiheittaisuuden jäsentämiseen on ymmärtää kauppakirjan (ja liitännäisten sopimusten) allekirjoitus lopullisen sopimuksen tekemiseksi. Tällöin ehdot, joiden on täytyttävä, on ymmärrettävä lykkääviksi tai purkaviksi ehdoiksi.¹⁹¹

Vaikka esisopimuksen ja lopullisen sopimuksen oikeusseuraamukset ovat yleensä samat, ei ole kuitenkaan täysin yhdenmukaista, kummalla tavalla tilanne hahmotetaan. Ratkaisussa KKO 1999:111 asunto-osakkeiden omistaja oli tehnyt esisopimuksen osakkeiden kaupasta. Tämän jälkeen omistaja oli kuitenkin luovuttanut osakkeet kolmannelle taholle, joka tiesi esisopimuksesta. Tapauksessa sivuutettiin normaalit kaksoisluovutustilanteita koskevat säännöt, joiden mukaan ensimmäinen ostaja saisi omistusoikeuden jälkimmäisen luovutuksensaajan vilpillisen mielen perusteella. Esisopimus ei vielä perustanut omistusoikeutta, eikä esisopimuksen ostajilla ollut oikeutta saada osakkeita.¹⁹² Kaksoisluovutustilanteissa myyjä joutuu tosin korvausvelvolliseksi ostajaa kohtaa, mutta yleisesti luontoissuoritusvelvollisuus on ostajan kannalta parempi, sillä tällöin ei jouduta tekemisiin vahingonkorvauksen edellytysten kanssa. Yrityskaupoissa on hyvin tyypillistä, että

¹⁸⁸ Tapauksessa KKO 1985 II 175 kunnan ja yhtiön välisessä teollistamissopimuksessa oli sovittu maakaaren muotovaatimuksesta poiketen kiinteistön myöhemmästä lunastuksesta. Koska esisopimuksen pätemättömyys ei ratkaisevasti vaikuttanut sopimuskokonaisuuteen, sopimuskokonaisuus oli muilta osin sitova. Kiinteistökaupan merkitys koko transaktion kannalta ratkeaa tapauskohtaisesti.

¹⁸⁹ Yrityskauppa toteutetaan tavallisesti kaksivaiheisena siten, että ensimmäisen vaiheen jälkeen (”signing”) erikseen sovittujen ehtojen (”conditions”) on täytyttävä ennen kuin omistusoikeus lopullisesti siirretään (”closing”).

¹⁹⁰ Ks. esisopimuksen ehdollisuudesta *Hemmo* 2003a, s. 257–259. Ainakin osapuolista riippuville ehdoille on hyvin suositeltavaa sopia aikarajasta, johon mennessä ehdot on täytettävä ja kauppa toteutettava. Muuten tässä suhteessa on turvaututtava epämääräiseen kohtuulliseen aikaan, joka tosin voitaneen presumoida melko lyhyeksi.

¹⁹¹ ”Conditions precedent / subsequent”, ks. *Kurkela* 2003, s. 81–83.

¹⁹² Periaatteessa lykkäviä ja purkavia ehtoja, joissa omistusoikeuden siirtyminen on ehdollistettu, voidaan myös ajatella samankaltaisena välitilana, jossa ostajan asema ei vielä olisi yhtä vahva kuin ehdottoman kaupan osalta. Näin ei kuitenkaan ole, vaan lopullisen, vaikkakin ehdollisen kaupan ostaja rinnastuu tässä suhteessa ostajaan, jonka omistusoikeus ei ole ehdollinen, ks. esim. *Tepora et al.* 2002, s. 135–138. Ehdollisesti saatu omaisuus on esimerkiksi ulosmitattavissa *ostajan veloista* (UK 4:15.1). Kiinteistöjen osalta on myös erikseen todettu, että ehdollisesti luovutettu kiinteistö *ei ole ulosmitattavissa myyjän veloista* (UK 4:15.2).

myyjä pitää neuvotteluissa mukana useita ostajakandidaatteja, jolloin on periaatteessa mahdollista, että vielä sitovan esisopimuksen jälkeenkin myyjä tekee sopimuksen kolmannen kanssa.¹⁹³

Näiden kahden vaihtoehdon valinnassa voidaan kiinnittää huomiota esimerkiksi avoimiin kysymyksiin. Jos osapuolet ovat selvästi todenneet, että tietyt kysymykset ovat vielä avoimia ja edellyttävät jatkoneuvotteluja, on tilanne yleensä hahmotettavissa esisopimukseksi¹⁹⁴. Aina ei kuitenkaan ole selvää, onko tietty kysymys jätetty tarkoituksella avoimeksi ja dispositiivisten normien perusteella täydentyväksi vai onko kysymyksestä tarkoitus sopia myöhemmässä vaiheessa tarkemmin. Jälkimmäinen käsitys puolestaan vaikuttaisi perustellummalta tilanteissa, joissa sopimus on hyvin yksityiskohtainen¹⁹⁵.

¹⁹³ Yrityskaupoissa ei läheskään aina ole kannustimena hyvän liiketavan noudattaminen liikesuhteiden säilyttämiseksi, sillä myyjälle kauppa voi olla ainutkertainen projekti, eikä liikesuhteiden säilymisellä ole useinkaan merkitystä.

¹⁹⁴ Ehtoihin ("conditions") sisältyy tällöin sopimuksen avoimien kysymysten tarkentaminen jatkoneuvotteluilla. Toisaalta taas liiallinen avoimuus merkitsee instrumentin vaikutuksen rajoittuvan esimerkiksi aiesopimukseen liitettäviin vaikutuksiin.

¹⁹⁵ Tällöin ehtoihin ("conditions") sisältyy lähinnä vain erilaisia täytäntöönpanotoimia

4. NEUVOTTELUVAIHEEN VELVOITTEET

4.1. Johdanto

Vaiheittaisen sitovuuden ohella lojaliteettiperiaatteen neuvotteluvapautta rajoittava ulottuvuus ilmenee hyvän neuvottelutavan vaatimuksena. Sopimusneuvotteluissa ei saa menetellä vilpillisesti eikä harhaanjohtavasti.¹⁹⁶ Jotta neuvotteluvapauden periaate voidaan sivuuttaa, edellytyksenä on yleensä jossain määrin hylättävä käyttäytyminen. Asianmukaisen neuvottelutavan määrittäminen ei kuitenkaan ole yksinkertaista, sillä neuvotteluvaiheessa osapuolten intressit ovat varsinkin yrityskaupan tyyppisessä transaktiossa vastakkaiset.¹⁹⁷ Myyjä pyrkii saamaan mahdollisimman hyvän kauppahinnan ja ostaja puolestaan maksamaan mahdollisimman vähän. Neuvottelukumppanin etujen huomioiminen saattaa merkitä sitä, että osapuolet joutuvat samalla joustamaan omista eduistaan.

Tässä pääluvussa pyrin selvittämään osapuolilta neuvotteluissa vaadittavan käyttäytymisen sisältöä ja tarkentamaan siten hyvää neuvottelutapaa yrityskaupan valmistelussa. Kysymys on toisin sanoen osapuolten mahdollisista neuvotteluvaiheen velvoitteista, joiden rikkomista pidetään tuottamuksellisena. Tarkastelen ensiksi kiellettyjä neuvottelumenettelyjä (luku 4.2.). Kielletyille neuvottelumenettelyille on ominaista, että loukattu osapuoli saa katkaista neuvottelut vapaasti siitäkin huolimatta, että sopimuksenteossa ollaan mahdollisesti edetty jo (I)-sitovuusasteelta ankarampaan vastuuseen. Näiden jälkeen käsittelen neuvotteluvaiheessa osapuolille asetettavia positiivisia velvoitteita (luku 4.3.), joiden rikkomisesta voi myös seurata vastuu. Tarkoituksena on käsitellä kummassakin ryhmässä ensiksi velvollisuuksia, joiden rikkominen on selvimmin tuottamuksellista, ja siirtyä sen jälkeen vähitellen vaikeammin arvioitaviin perusteisiin. Kun neuvottelut nähdään prosessina, kaikki velvoitteet eivät välttämättä synny samanaikaisesti tai velvoita yhtä vahvasti neuvottelujen kestäessä. Erotuksena lakimääräisistä velvoitteista, käsittelen vielä erikseen sellaisia osapuolten keskenään sopimia velvoitteita, jotka ovat yrityskaupoille tyypillisiä tai suositeltavia (luku 4.4.)

¹⁹⁶ Ks. KKO 2009:45 ja KKO 1999:48.

¹⁹⁷ Ks. *Hemmo* 2003a, s. 217 ja *Halila, H* 1981, s. 46–47. Ks. yleisesti hyvän tavan vastaisuudesta *Ämmälä* 2000b, s. 144–145.

4.2. Kielletyt neuvottelumenettelyt

4.2.1. Pätemättömyysperusteisiin verrattavat väärinkäytökset

OikTL 3 luvussa säädetään oikeustoimien pätemättömyysperusteista. Jos osapuoli käyttää neuvotteluissa pakottamista (28–29 §), petollista viettelyä (30 §), kiskomista (31 §) tai muuten kunnianvastaista tai arvotonta menettelyä (33 §)¹⁹⁸, syntynyt sopimus voidaan katsoa pätemättömäksi loukatun osapuolen vedotessa pätemättömyysperusteeseen.¹⁹⁹ Sopimus kuitenkin sitoo, jos sopimuskumppani on ollut vilpittömässä mielessä pätemättömyysperusteen suhteen.²⁰⁰

Pätemättömyysperusteita ei voida tässä yhteydessä käsitellä laajemmin. Yksi huomautus on kuitenkin paikallaan koskien OikTL 33 §:ää, joka on oikeuskäytännössä merkinnyt usein tiedonantovelvollisuutta toista osapuolta kohtaan.²⁰¹ Tiedonantovelvollisuutta pidetään yhtenä tärkeimmistä neuvotteluvaiheen velvoitteista. Velvollisuuden rikkominen voi ilmetä kahdella tavalla: joko väärien tietojen antamisena tai tarpeellisten tietojen antamatta jättämisenä.²⁰² Negatiivisten velvoitteiden yhteydessä olennaista on väärien tietojen antaminen,²⁰³ joka voi vakaavuudesta riippuen olla pätemättömyysperuste.²⁰⁴

Annettujen virheellisten tietojen on oltava *konkreettisia*, jotta niillä voi olla merkitystä vastuun arvioinnissa.²⁰⁵ Yrityskaupan valmistelussa luottamus toiseen osapuoleen saattaa kariutua, jos tämä on antanut selkeästi virheellistä tietoa ja neuvottelujen edetessä asioiden todellinen tila paljastuu esimerkiksi kaupan kohteen due diligence -tarkastuksessa.²⁰⁶ Puute vaikuttaa yleensä hinnoittelun määritykseen,

¹⁹⁸ OikTL 33 § nähdään usein väärinkäytösperusteiden yleislausekkeena, jonka nojalla sopimus voidaan katsoa pätemättömäksi, vaikka tarkkarajaisemmat 28–31 §:n edellytykset eivät täytyisikään, ks. *Ämmälä* 1993, s. 62–63 ja *Holm* 2004, s. 89.

¹⁹⁹ *Taxell* 1972, s. 140–141. Periaatteessa ulkopuolisen aiheuttaessa pätemättömyyden kummallakin osapuolella voisi olla intressi vedota sopimuksen pätemättömyyteen. Loukatun osapuolen vastapuolella tätä mahdollisuutta ei kuitenkaan ole, jos tämä tiesi tai tämän olisi pitänyt tietää väärinkäytöksestä, ks. *Ämmälä* 1993, s. 128–131.

²⁰⁰ Tämä koskee ns. heikkoja pätemättömyysperusteita, ks. *Hemmo* 2003a, s. 317–318. Poikkeuksena tästä on törkeän pakon (OikTL 28.1 §) käyttäminen, jolloin vilpittömään mieleen ei suojata. Tällöin kuitenkin edellytetään, että loukattu osapuoli reklamoi vilpittömässä mielessä olevaa osapuolta ilman aiheetonta viivästystä (OikTL 28.2 §)

²⁰¹ Ks. esim. KKO 2000:121 ja KKO 1985 II 58.

²⁰² Ks. esim. *Mäenpää* 2010, s. 334 ja *Hemmo* 2003a, s. 276

²⁰³ Tarpeellisten tietojen antamatta jättäminen puolestaan merkitsee positiivisen tiedonantovelvollisuuden laiminlyöntiä, ks. tästä jäljempänä luku 4.3.1.

²⁰⁴ Tavallisesti tiedonantovelvollisuuden rikkominen ilmenee vasta sopimuksen päättämisen jälkeen virhevastuuna, mutta virheellisten tietojen antaminen voi joissain tilanteissa olla myös peruste neuvottelujen katkaisulle, ks. *Hemmo* 2003a, s. 217–218.

²⁰⁵ *Hemmo* 2003a, s. 299

²⁰⁶ Ks. *Björkdahl* 2007, s. 312.

mutta joissain tilanteissa osapuoli voi kuitenkin olla perustellusti haluton jatkaamaan neuvotteluja, jos myyjä on luonut liian positiivisen kuvan.²⁰⁷ Toisaalta esimerkiksi *neuvottelutaktisia* lausumia ei voida milloinkaan pitää virheellisen tiedon antamisena.²⁰⁸

Sopimuksen pätemättömyyteen johtava neuvottelukäyttäytyminen on selvästi tuottamukSELLISTA.²⁰⁹ Väärinkäytöksen kohteeksi joutuneella osapuolella ei voi olla velvollisuutta jatkaa neuvotteluja sopimuksesta, joka voitaisiin saattaa lain nojalla pätemättömäksi.²¹⁰ Vastuun kannalta ei käsittääkseni ole merkitystä, millä sitovuusasteella neuvottelut ovat, sillä väärinkäytökset rikkovat aina toisen osapuolen luottamuksen vähintäänkin neuvottelunnettelyn asianmukaisuuteen, jota taas edellytetään neuvottelujen alusta asti.²¹¹ Havaitessaan väärinkäytöksen neuvotteluissa loukatulla osapuolella on oikeus katkaista neuvottelut ja vaatia korvausta.²¹² Loukatun osapuolen voidaankin normaalitilanteessa olettaa katkaisevan neuvottelut,²¹³ ainakin silloin, kun neuvottelukumppani syyllistyy hylättävään menettelyyn.

Toisaalta voidaan kysyä, voiko loukattu osapuoli aina vapaasti katkaista neuvottelut niissä tilanteissa, joissa sopimuksen pätemättömyys korjautuisi neuvottelukumppanin vilpittömän mielen perusteella? Asetelma on siis se, että kolmas taho käyttää heikkoihin pätemättömyysperusteisiin verrattavaa menettelyä,²¹⁴ ja neuvottelukumppani on tämän suhteen vilpittömässä mielessä²¹⁵.

²⁰⁷ Ks. *Lehtinen* 2006, s. 221, joka toteaa, että due diligence -selvitys käytännössä määrää sen, ostaako ostaja yrityksen vai ei.

²⁰⁸ *Björkdahl* 2007, s. 315. Osapuolet voivat neuvotteluissa sanoa, että tiettyä seikkaa ei voida mitenkään hyväksyä tai että käsillä on viimeinen tarjous, mutta tosiasiasa kysymykset ovatkin vielä neuvoteltavissa. Ks. myös rajanvedosta kielletyn ja sallitun (neuvottelutaktisen) painostuksen välillä *Cooter – Ulen* 2004, s. 271, joiden mukaan: ”*A promise extracted as the price to cooperate in creating value is enforceable, and a promise extracted by a threat to destroy value is unenforceable.*”

²⁰⁹ Ks. *Ämmälä* 1991, s. 552.

²¹⁰ Ks. *Taxell* 1972, s. 141, joka pitää OikTL 3 luvun pätemättömyysperusteista culpa in contrahendo -vastuun erityistapauksena.

²¹¹ Vrt. kuitenkin *Hemmo* 2003a, s. 221, joka esittää ajatuksen, että vilpillinen käyttäytyminen vasta neuvottelujen loppuvaiheessa voisi rajoittaa vastuuta, kun muuten prosessin aikana menettely on ollut asianmukaista. Ajatuksena on se, että asianmukaisen menettelyn aikana kuluriski säilyy osapuolilla. Katson kuitenkin, että pätemättömyysperusteisiin verrattavat väärinkäytökset ovat niin hylättäviä, että vastuuta ei tule rajoittaa.

²¹² *Mäenpää* 2010, s. 334. Aina osapuoli ei kuitenkaan havaitse vilppiä, jolloin osapuolet saattavat hyvinkin tehdä pätemättömyysperusteen rasittaman sopimuksen.

²¹³ *Hemmo* 2003a, s. 218

²¹⁴ Vaikka tapauksessa KKO 2007:72 ei ollut kysymys neuvotteluvastuusta, sen tosiseikasto toimii esimerkkinä siitä, että kaupan ulkopuolisella taholla voi olla merkittävä intressi järjestelyssä. Tapauksessa kiinteistöyhtiön osakkeiden kaupassa maksukykyiseksi arvioitu ostaja otti vastattavakseen myyjän velan, josta kaupan ulkopuolinen pankki puolestaan oli

Osapuolten välinen luottamus ei välttämättä rikkoudu ulkopuolisen menetellessä hylättävällä tavalla. Toisaalta iso transaktio, kuten yrityskauppa, sisältää usein jo itsessään niin merkittäviä riskejä, että sen valmistelussa yhdenkin järjestelyyn osallisen, vaikkakin suunnitellun kaupan ulkopuolisen väärinkäytös yleensä rikkoo loukatun osapuolen luottamuksen koko projektin toteuttamiseen.²¹⁶ Jos loukattu osapuoli tässä tilanteessa sinänsä ymmärrettävästi katkaisee neuvottelut, vilpittömässä mielessä olevan neuvottelukumppanin mahdollinen luottamus sopimuksen syntymiseen saattaa rikkoutua. Kolmannen tahon menetellessä hylättävällä tavalla tulisi loukatun osapuolen informoida neuvottelukumppaniaan tästä.²¹⁷ Koska pätemättömän sopimuksen neuvotteluun ei ole velvollisuutta, katson, että loukattu osapuoli voi katkaista neuvottelut ilman vastuuta informoituaan väärinkäytöksestä neuvottelukumppaniaan. Informointi poistaa neuvottelukumppanin vilpittömän mielen, jolloin solmittu sopimuskin voitaisiin katsoa pätemättömäksi myös heikkojen pätemättömyysperusteiden yhteydessä. Oikea vastuutaho tässä tilanteessa on väärinkäytökseen syyllistynyt kolmas taho.

Pätemättömyysperusteille on ainakin liikesuhteissa asetettu yleisesti melko korkeat vaatimukset.²¹⁸ Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että myös OikTL 3 luvun väärinkäytös-

antanut pankkitakauksen. Järjestelyssä ostaja antoi pankille pankkitakauksen vastatoumuksen. Ostajan tarkoituksena oli lisäksi rakentaa kiinteistöyhtiön vuokraoikeudella hallitsemalla tontilla oleva keskeneräinen rakennus loppuun, mikä oli myös pankin etujen mukaista, sillä pankilla oli kiinnitys kiinteistöyhtiön vuokraoikeuteen rakennuksineen.

²¹⁵ OikTL 33 §:n mukainen tietämisvaatimus (”niistä tietoinen tai täytyy olettaa niistä tienneen”) poikkeaa sanamuodoltaan 28–31 §:stä (”tiesi tai piti tietää”). Yleislauseke ei näytä edellyttävän loukatun osapuolen vastapuolelta selonottovelvollisuutta, jolloin vilpillisen mielen vaatimus olisi korkeampi kuin yksityiskohtaisemmissa pätemättömyysperusteissa. Vanhemmassa soveltamiskäytännössä eroa ei ole tehty, ks. KKO 1968 II 33 ja KKO 1969 II 3. Uudemman oikeuskäytännön perusteluissa tietämisvaatimus on kuitenkin kirjoitettu sanamuotoa vastaavaksi, ks. esim. KKO 1985 II 58, KKO 2000:121 ja KKO 2008:57. Ks. myös *Wilhelmsson* 1978, s. 56–57 ja *Hemmo* 2003a, s. 368–369, jonka mukaan yleislausekkeen soveltamiskynnys olisi tietoisuuden osalta korkeampi kuin muissa pätemättömyysperusteissa, vaikka käytännössä ero onkin vähäinen näyttöä koskevan ”täytyy olettaa tienneen” -lievennyksen vuoksi. Vrt. *Ämmälä* 1993, s.112–113, joka katsoo, että vilpittömän mielen vaatimus on kaikkien perusteiden kohdalla yhtä korkea.

²¹⁶ Ks. *Lehtinen* 2006, s. 203–228, joka on hahmotellut kansainvälisen kaupan sopimusverkkoa. Sopimusverkkoajatus on helposti siirrettävissä myös yrityskauppajärjestelyyn, johon osallistuu useita eri tahoja, jossa on useita eri sopimuksia, jonka päämääränä on yrityksen omistusoikeuden siirtyminen ja *jossa yhdenkin sopimussuhteen häiriö saattaa kaataa koko järjestelyn* (kurs. tässä). Ks. myös edellä luku 2.2.2., s. 19, jossa esitettiin ajatus yrityskaupasta monen tahon välisenä projektina.

²¹⁷ Ks. *Karhu* 2008, s. 110–111, joka toteaa, että osapuolilla on velvollisuus informoida toista osapuolta mahdollisista häiriötilanteista. Tässä hylättäviin neuvottelumenettelyihin eli negatiivisiin velvoitteisiin liittyy loukatun osapuolen positiivisia velvoitteita, jotka on kuitenkin perusteltua esittää tässä yhteydessä, koska näillä on läheinen liityntä toisiinsa.

²¹⁸ Ks. esim. KKO 1997:67, jonka otsikossa viitataan OikTL 29, 31 ja 33 §:ään. Tapauksessa venäläisellä yhtiöllä oli ollut saatavan siirtoon ja tavarantoimituksiin perustuvia saatavia suomalaiselta varattomalta yhtiöltä. Venäläisen yhtiön edustajat olivat vaatineet ky-

perusteita lähellä oleva käyttäytyminen, joka ei vielä kuitenkaan aiheuttaisi sopimuksen pätemättömyyttä, voi olla tuottamuksellista ja rikkoa neuvottelukumppanin luottamuksen menettelyn asianmukaisuuteen.²¹⁹ Pelkästään sopimuksen pätemättömyyteen johtavasta käyttäytymisestä pidättäytyminen ei useinkaan täytä hyvän neuvottelutavan vaatimuksia.

4.2.2. Sopimuksentekotarkoituksen puuttuminen

Sopimusneuvottelujen käymistä ilman todellista tarkoitusta solmia sopimus voidaan epäilemättä pitää hylättävänä ja kiellettyinä neuvottelukäyttäytymisenä.²²⁰ Käymällä neuvotteluja ilman tarkoitusta sopimuksen tekemiseen osapuoli antaa toiselle neuvotteluosapuolelle virheellisen kuvan sopimisen mahdollisuudesta²²¹. Neuvottelujen tarkoituksena tuleekin aina olla sopimuksen tekeminen,²²² tai oikeammin sen tutkiminen, onko sopimuksen tekemiselle olemassa edellytyksiä.²²³ Neuvotteluja ei saa jatkaa, kun sopimuksentekotarkoitus puuttuu. Neuvotteluihinhan kuuluu olennaisesti juuri se, että sopimuksentekotarkoitus voi kadota kesken prosessin. Neuvotteluja käyvä saa luottaa siihen, että vastapuolella on neu-

seisen suomalaisen yhtiön osittain omistavaa liikemiestä antamaan näistä veloista henkilökohtaisen velkasitoumuksen. Venäläisen yhtiön edustajat olivat uhanneet saattaa liikemiehen liiketoiminnassaan noudattamat menettelyt viisumiviranomaiset tutkittavaksi, ellei tämä suostuisi antamaan velkakirjaa. Liikemies oli tämän jälkeen muokannut velkakirjaa ja antanut sen myöhemmin venäläiselle yhtiölle. Painostuskeinot katsottiin sallituksi.

²¹⁹ Ks. *Hemmo* 2003a, s. 218–219.

²²⁰ *Saarnilehto* 2009, s. 69. Ks. myös PECL Art. 2:301:(3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party (kurs. tässä). Vastaavasti myös UPICC Art. 2.1.15(3). Vrt. *Björkdahl* 2007, s. 296–297, joka katsoo, että neuvottelujen alkuvaiheessa tällainen käyttäytyminen ei itsessään ole hylättävää, vaan siihen on liittyttävä muita hylättäviä päämääriä. Sopimuksentekotarkoituksen puuttuminen voi kuitenkin täyttää esimerkiksi OikTL 33 §:n edellytykset kunnianvastaisesta ja arvottomasta menettelystä, ks. *Mäenpää* 2010, s. 334. *Hemmo* 2003a, s. 219 pitääkin tilannetta väärinkäytösperusteiden erityistapauksena. Tässä tutkimuksessa tilannetta käsitellään kuitenkin erikseen sen vuoksi, että tavallisesti edellä käsitellyt väärinkäytösperusteet, kuten pakottaminen ja kiskominen, ovat selvästi toiseen osapuoleen kohdistuvia ja havaittavia toimia, kun taas sopimuksentekotarkoituksen puuttuminen ei ole yleensä ulkoisesti havaittavissa. Väärinkäytöksestäkin huolimatta sopimus voi helposti sinällään syntyä ja olla väittevaraisesti pätemätön. Sopimuksentekotarkoituksen puuttuessa sopimuksen syntyminen ei taas yleensä tule kyseeseen kuin poikkeuksellisesti, ks. esim. KKO 2010:23.

²²¹ Ks. *Hemmo* 2003a, s. 219 ja *Kleineman* 1993–94, s. 449. Esimerkiksi ns. strukturoidussa kaupassa myyjällä voi olla suuri kiusaus järjestää tarjouskilpailu vain selvittääkseen yrityksen markkina-arvo, ks. strukturoidusta kaupasta jäljempänä luku 4.4.3., s. 69–72.

²²² KM 1990:20, s. 136–137 ja *von Hertzen* 1983, s. 229–230

²²³ Ks. *Häyhä* 2000b, s. 169.

votteluja jatkaessaan vilpitön tarkoitus.²²⁴ Sen puuttuessa toisen osapuolen todellinen mahdollisuus päästä sopimukseen on olennaisesti heikompi kuin, mihin neuvotteluja käyvä voi normaalisti perustellusti luottaa.

Neuvottelujen käymiseen voi sopimuksenteon lisäksi olla monenlaisia motiiveja, jotka eivät yleensä ole hyväksyttäviä. Yrityskaupan neuvotteluissa osapuolet vaihtavat tietoa kaupan kohteesta, jolloin neuvotteluosapuoli voi pyrkiä selvittämään mahdollisesti tämän kanssa kilpailevan kohdeyrityksen liikesalaisuuksia.²²⁵ Neuvottelujen motiivina voi olla myös esimerkiksi yrityskauppaprosessin hidastaminen usean ostajakandidaatin neuvotteluissa: vahvan ostohalukkuuden indikoinnin perusteella myyjä saattaa turhaan pidättäytyä neuvotteluissa muiden ostajakandidaattien kanssa, jotka saattavat olla vilpillisen neuvottelijan kilpailijoita.²²⁶ Vielä pidemmälle vietyä vilpillinen neuvottelija saattaa pyrkiä sulkemaan muut neuvottelijat kokonaan pois vaatimalla lock out -tyyppistä neuvotteluvaiheen sopimusta²²⁷.

Vaikka neuvottelujen käyminen ilman sopimuksentekotarkoitusta on ilmeisen hylättävää, vastuun perusteena siihen liittyy kuitenkin merkittävä näyttöä koskeva ongelma.²²⁸ Sopimuksentekotarkoituksen puuttuminen voi olla erittäin hankala näyttää toteen, koska tarkoitus tai sen puute ei yleensä ole ulkoisesti havaittavissa ja koska neuvotteluosapuolilla on lähtökohtaisesti vapaa neuvottelujen katkaisuoikeus. Neuvotteluvapauden periaatteen nojalla neuvotteluista vetäytymistä ei tarvitse mitenkään perustella²²⁹. Neuvottelujen päätyttyä tilanne näyttäytyykin yleensä samanlaisena riippumatta siitä, onko neuvotteluista vetäytynyt osapuoli tullut johtopäätökseen, että sopimus ei ole kannattava, vai onko osapuolelta jo pidemmän aikaa tai jopa alun perinkin puuttunut sopimuksentekotarkoitus. Näitä tilanteita joudutaan arvioimaan kokonaisuutena, ja välilliset seikat, kuten neuvotteluista vetäytyneen muu toiminta, voivat olla vaikutuksellista tässä suhteessa.

²²⁴ Ks. *Farnsworth* 1987, s. 238, joka toteaa, että neuvotteluissa osapuolet ottavat riskin siitä, että neuvottelut katkeavat liiketoiminnallisista syistä, mutta eivät riskiä neuvottelujen katkeamisesta asiaankuulumattomien syiden perusteella.

²²⁵ Ks. *Farnsworth* 1987, s. 229–231.

²²⁶ *ibid.* s. 236

²²⁷ Ks. näistä jäljempänä luku 4.4.2., s. 62–64.

²²⁸ Näyttöongelma on ollut esillä yhdysvaltalaisessa tapauksessa *Heyer Products Co. v. United States*, jossa hyväksyttiin sopimuksentekotarkoituksen puuttuminen vastuun perusteeksi, mutta jossa kantaja ei onnistunut näyttämään, että valtionhallinnon yksikkö olisi hylännyt kantajan tarjouksen vain sillä perusteella, että kantaja oli aiemmin todistanut senaatin kuulemisessa kyseistä valtionhallinnon yksikköä vastaan. Tosin täytyy muistaa, että riitaprosessi on Suomessa hyvin erilailla järjestetty.

²²⁹ *Saarnilehto* 1999, s. 223 ja *Hemmo* 2003a, s. 219. Vrt. kuitenkin KKO 2009:45, jonka perusteluissa todetaan, että tietyissä tilanteissa ”perusteeton vetäytyminen voi johtaa korvausvastuuseen”.

4.2.3. Salassapitovelvollisuuden ja hyödyntämiskiellon rikkominen

Luottamuksellisen tiedon suojalla on yrityskaupan valmistelussa aivan erityinen merkitys, koska neuvotteluissa saattaa periaatteessa siirtyä kaikki yrityksen salassa pidettävät tiedot. Osapuolten onkin vältettävä saamansa salassa pidettävä tiedon levittämistä sekä tällaisen tiedon hyväksikäyttämistä neuvottelujen ulkopuolella²³⁰. Salassa pidettävän tiedon levittäminen tai käyttäminen muualla, jos tämä tulee ilmi, rikkoo osapuolten välisen luottamuksen, jolloin neuvottelut yleensä katkaistaan. Osittain epäselvää on kuitenkin, mitä tietoa salassapitovelvollisuus ja hyödyntämiskiello koskee²³¹.

Liike- ja yrityssalaisuuksia suojataan kilpailu- ja rikoslainsäädännöllä. Oikeudettomasti hankittujen *liikesalaisuuksien* käyttö ja ilmaisuus on kielletty (SopMenL 4.1 §²³²). Näiden kieltojen tahallisesta rikkomisesta tuomitaan RL 30:4–6: n tarkoitamissa tilanteissa (yritysvakoilu, yrityssalaisuuden rikkominen, yrityssalaisuuden väärinkäyttö) sakkoon tai vankeuteen (SopMenL 10.2 §).²³³ Sopimusneuvotteluissa kysymykseen voi tulla erityisesti rangaistus *yrityssalaisuuden* rikkomisesta luottamuksellisessa liikesuhteessa (RL 30:5.1.3). Määritelmien mukaan yrityssalaisuus on laajempi termi kuin liikesalaisuus,²³⁴ mutta niitä on käytetty myös synonyymeina.²³⁵ Molempien edellytyksenä on kuitenkin jonkinasteinen salassapi-

²³⁰ Ks. *Hemmo* 1999, s. 84. Luonnollisesti tietoa on voitava käyttää sopimusneuvotteluissa, sillä juuri tähän tarkoitukseen siitä hankitaan ja annetaan, ks. *Häyhä* 2000b, s. 169. Ks. myös PECL Art. 2:302: If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party (kurs tässä). Vastaavasti myös UPICC Art. 2.1.16. Vastuu tällä perusteella on ollut esillä ruotsalaisessa tapauksessa NJA 1998, s. 633.

²³¹ *Mäenpää* 2010, s. 338. Ks. myös PECL Art. 2:302 kommentaari, s. 194 ja UPICC Art. 2.1.16 kommentaari, s. 62, joissa todetaan, että salassapitovelvollisuus ei koske yleisesti kaikkea neuvotteluissa vaihdettua tietoa, vaan tieto on joko eksplisiittisesti tai implisiittisesti määritettävä luottamukselliseksi.

²³² SopMenL:ssa ei kuitenkaan ole vahingonkorvaukseen oikeuttavaa säännöstä, eikä SopMenL:n mukaisia kieltotuomioita määräävä markkinaoikeus voi tuomiota vahingonkorvausta. Tapauksessa KKO 1997:181 SopMenL 1 §:n vastainen menettely katsottiin kuitenkin VahL 5:1:n tarkoittamaksi erityisen painavaksi syyksi taloudellisten vahinkojen korvaamiselle.

²³³ Lisäksi tietyin edellytyksin salassapitorikoksesta (RL 38:1) tai salassapitorikkomuksesta (RL 38:2) tuomitaan laissa säädetyn salassapitovelvollisuuden rikkomisesta. Salassapitorikos ja -rikkomus täydentävät yrityssalaisuusrikoksia, ks. *Vapaavuori* 2005, s. 110 ja 115.

²³⁴ Ks. liikesalaisuuden määritelmästä SopMenL:ssa HE 114/1978 vp, s. 14 ja yrityssalaisuuden määritelmästä RL 30:11.

²³⁵ Ks. *Castrén* 2006, s. 904 sekä *Vapaavuori* 2005, s. 29–30 ja siinä viitattu.

totarkoitus ja -intressi. Liike- ja yrityssalaisuudet ovat joka tapauksessa tietoa, jota ei voida tarkasti etukäteen määritellä.²³⁶

Rikosoikeudellinen tahallisuus ja tuottamus täyttänevät myös siviilioikeudellisen tuottamuksen edellytykset.²³⁷ Vaikka SopMenL 4 §:n vastaisesta menettelystä ei voida tuomita rangaistukseen esimerkiksi puuttuvan tahallisuuden vuoksi, menettely on kuitenkin lainvastaista²³⁸, eikä lainvastainen menettely pääsääntöisesti voi olla hyväksyttävää siviilioikeudellisesti.²³⁹ Liike- ja yrityssalaisuudet kuuluvat siis (siviilioikeudellisen) salassapito-velvollisuuden ja hyödyntämiskiellon alaan. Neuvotteluissa halutaan kuitenkin yleensä pitää salassa myös sellaista tietoa, joka ei saa liike- tai yrityssalaisuussuojaa.²⁴⁰ Tiedot ovat sellaisia, joita ei paljastettaisi, ellei se olisi välttämätöntä kaupan toteuttamiseksi.²⁴¹ Luottamuksellisuus ja hyödyntämiskielto voitaneen ylettää myös merkitykseltään vähäisempiin tietoihin, sillä muunkinlaisen tiedon levittäminen tai hyödyntäminen rikkoo usein osapuolten välisen luottamuksen.²⁴² Kieltojen kattavuus on kuitenkin edellä todetulla tavalla epäselvä, joten asiasta tulisi sopia tarkemmin osapuolten välillä.²⁴³

²³⁶ Ks. HE 114/1978 vp, s. 14 ja HE 66/1988 vp, s. 92. Kysymys on viime kädessä uskotavan näytön esittämisestä siitä, mitä voidaan pitää liike- tai yrityssalaisuutena, ks. KKO 1989:39, jossa pakkaus koneita valmistavan yhtiön entinen työntekijä oli suunnitellut uuden koneen, jossa mekaanisia yksityiskohtia oli ratkaistu samalla tavoin tai samalla periaatteella kuin entisen työnantajan koneissa. Vastaajan ei näytetty ilmaisseen tai käyttäneen hyväkseen mitään vain yhtiön koneille ominaista erityistä ratkaisua, toimintaperiaatetta tai -ohjetta. Ks. myös KKO 1984 II 177, jossa sahatavaran käsittelylaitosten piirustuksista, kustannuslaskelmista ja tarjouksista otetut valokopiot katsottiin liikesalaisuuksiksi. Piirustuksista useimmat sisälsivät leiman, jonka mukaan piirustukset jäävät yhtiön omaisuudeksi, eikä niitä saa ilman sen suostumusta jäljentää, esittää tai luovuttaa kilpailijalle taikka muulle asiattomalle henkilölle.

²³⁷ Ks. *Routamo et al.* 2006, s. 122.

²³⁸ Tällaiseen menettelyyn voidaan aina puuttua kiellolla, jota yleensä tehostetaan uhkasakolla (SopMenL 6.3 §).

²³⁹ Ks. *Routamo et al.* 2006, s. 94 ja *Hemmo* 2005b, s. 25–26

²⁴⁰ Yrityskaupan neuvotteluissa pääsääntöisesti neuvottelujen käyminenkin halutaan pitää salassa. Tieto yrityskaupan neuvotteluista saattaa levitessään aiheuttaa merkittävää epävarmuutta erityisesti työntekijöissä, asiakkaissa ja toimittajissa. Tieto prosessin hitaudesta tai mahdollisesta neuvottelujen katkeamisesta aiheuttanee myös epävarmuutta, sillä se saattaa herättää epäilyjä yrityksen liiketaloudellisista edellytyksistä vähentäen näin potentiaalisten ostajaehdokkaiden ostohalukuutta, ks. *Stilton* 2008, s. 11–12. Pelkästään salassapitotarkoitus ei kuitenkaan tee tiedosta liike- tai yrityssalaisuutta, ks. *Castrén* 2006, s. 905.

²⁴¹ Ks. *Vapaavuori* 2005, s. 140 ja *Hemmo* 1999, s. 83.

²⁴² Ks. edellä luvussa 4.2.1., s. 40–41, esitettyä ajatusta myös pätemättömyysperusteita lähellä olevan käyttäytymisen tuottamuksellisuudesta.

²⁴³ *Hemmo* 1999, s. 83. Ks. tarkemmin jäljempänä luku 4.4.2., s. 60–62.

Luottamuksellisuuden ja hyödyntämiskiellon rikkominen voi joskus olla puhtaasti ”vahinko”²⁴⁴, mutta toisinaan se voi liittyä edellä käsitellyyn sopimuksetarkoituksen puuttumiseen²⁴⁵, jolloin se on selvästi hylättävää. Käytännössä sopimuksetarkoituksen puuttuminen ilmeneekin hyödyntämiskiellon rikkomisena, esimerkiksi tiedon käyttämisenä vilpillisen neuvottelijan omien tuotteiden parantamiseen. Luottamuksellisuutta ja hyödyntämiskielloa voidaan perustella reaalisesti sillä, että muussa tapauksessa sopimuksetarkoituksen puuttuminen voisi useissa tapauksissa olla mahdotonta näyttää toteen. Luottamuksellisuus ja hyödyntämiskiello tukevat sitä, että neuvotteluihin osallistuvat vain ne, joilla on tosiasiaassa tarkoitus solmia sopimus.

4.2.4. Neuvotteluyksinoikeuden rikkominen

Yhtenä mahdollisena lojaliteettiin perustuvana neuvotteluvaiheen velvoitteena on oikeuskirjallisuudessa esitetty pidättäytyminen neuvotteluista kolmansien tahojen kanssa. Markkinatalouteen kuuluu kuitenkin niin olennaisena osana kilpailu, joka toteutuu esimerkiksi mahdollisuutena valita sopimuskumppani, että ainakaan mitään yleistä velvollisuutta pidättäytyä kilpailevista neuvotteluista ei voi olla.²⁴⁶ Edes sopimussuhteissa, joissa lojaliteetti on yleisesti vahvempaa kuin neuvotteluvaiheessa, ei ole yleistä kilpailevan toiminnan kielltoa.²⁴⁷ Jotta tällainen velvollisuus voisi poikkeuksellisesti tulla kysymykseen, on neuvottelujen täytynyt edetä jo (III)-sitovuusasteelle, jolloin osapuolilla on velvollisuus solmia sopimus toistensa kanssa.²⁴⁸ Eri asia on, että kilpailevat neuvottelut saattavat joissain tilanteissa olla osoitus esimerkiksi puuttuvasta sopimuksetarkoituksesta²⁴⁹.

4.3. Toimintavelvoitteet

4.3.1. Tiedonantovelvollisuus

Neuvotteluvaiheen positiivisista velvoitteista tavallisimmin esitetään tärkeimpänä tiedonantovelvollisuus. *Osapuolilla on oltava riittävä tietoperusta sopimuksen tekemiseksi.*²⁵⁰

²⁴⁴ Ks. *Cooter – Ulen* 2004, s. 122, jotka viittaavat erääseen empiiriseen tutkimukseen liikesalaisuussuojan tehokkuudesta.

²⁴⁵ Ks. edellä luku 4.2.2.

²⁴⁶ Ks. *Björkdahl* 2007, s. 337 ja *Farnsworth* 1987, s. 279.

²⁴⁷ Ks. *Björkdahl* 2007, s. 338.

²⁴⁸ Muutoin velvollisuus voinee perustua vain nimenomaiseen sopimukseen, ks. *Farnsworth* 1987, s. 279–280. Ks. tarkemmin jäljempänä luku 4.4.2., s. 62–64.

²⁴⁹ Ks. *Björkdahl* 2007, s. 340.

²⁵⁰ Ks. *Mäenpää* 2010, s. 334, *Hemmo* 2003a, s. 217 ja *Wilhelmsson* 1999, s. 179. Oikeuskäytännössä lojaliteettiperiaatteesta johtuva tiedonantovelvollisuus on ollut esillä ainakin ratkaisuissa KKO 1993:130, KKO 2007:72 ja KKO 2008:91, joista jälkimmäisin tosin liit-

Tiedonantovelvollisuus merkitsee tietoja antavan kannalta yleensä sitä, että neuvoteltava sopimus muotoutuu tälle epäedullisemmaksi, kuin mitä se olisi ollut ilman tiedonantovelvollisuutta.²⁵¹ Tietoja vastaanottava puolestaan pääsee parempaan sopimukseen. Tiedonantovelvollisuudet siis yleensä tasapainottavat sopimusta.²⁵²

Vaikka yleensä tiedonantovirheiden arviointi tulee kysymykseen virhevastuun yhteydessä, tiedonantovelvollisuuden laiminlyönti voi myös rikkoa osapuolten välisen luottamuksen jo neuvotteluvaiheessa ja olla siten neuvotteluvastuun perusteena.²⁵³ Oikeuskirjallisuudessa tiedonantovelvollisuuden laajuutta on lähestytty tavallisesti ääri vaihtoehtoista. Toisessa ääripäässä osapuolilla ei olisi mitään positiivisia tiedonantovelvollisuuksia ja asiantunte muksen hyödyntämistä ei rajoitettaisi millään tavalla. Toisessa ääripäässä edellytettäisiin tiedon täydellistä tasapainoa, eikä asiantuntemusta saisi hyödyntää millään tavalla. Samalla molemmat ääri vaihtoehdot on myös hylätty.²⁵⁴ Yrityskauppojen toimintaympäristössä on tärkeää, että tiedollista ylivoimaa on mahdollista hyödyntää. Hyödyntämisoikeus kannustaa toimeliaisuuteen ja hankkimaan tietoa, mikä puolestaan on toimivan vaihdannan edellytys.²⁵⁵ Toisaalta tiedonhankinta myös lisää transaktiokustannuksia, mikä voi muodostua vaihdannan esteeksi.²⁵⁶ Täysin rajoittamaton tiedon hyödyntämismahdollisuus ei siis ole tehokasta.

*Tiedonantovelvollisuudet ovat hyvin riippuvaisia yksittäistapauksen olosuhteista.*²⁵⁷ Tiedonantovelvollisuuden laajuuteen vaikuttavat sekä sopimustyyppi että osapuolten asiantun-

tyi kuluttajasopimukseen. Luonnollisesti tiedon on oltava jollain tavalla merkityksellistä, jotta tiedonantovelvollisuudesta on edes mielekästä puhua, ks. *Annola* 2005, s. 78.

²⁵¹ *Hemmo* 2003a, s. 278

²⁵² Aina näin ei kuitenkaan ole, vaan esimerkiksi yrityskaupassa tiedon lisääntyminen merkitsee samalla laajempaa käsitystä kohteesta, mikä voi osaltaan jopa lisätä maksuhalukkuutta, sillä tällöin hinnanmäärittelyssä ei tarvitse ottaa huomioon yhtä paljon piileviä riskejä, ks. hinnan ja riskin yhteydestä esim. *Timonen* 1997, s. 184.

²⁵³ *Hemmo* 2003a, s. 276.

²⁵⁴ Ks. *Wuolijoki* 2009, s. 83, *Annola* 2005, s. 69 ja *Hemmo* 2003a, s. 278.

²⁵⁵ Ks. tiedonhankinnasta investointina *Mankowski* 2006, s. 332–333.

²⁵⁶ Ks. transaktiokustannuksista yleisesti esim. *Timonen* 1997, s. 91–95. Tiedonantovelvollisuuden arvioinnissa voi siksi olla merkitystä sillä, kumman osapuolen on helpompi hankkia tietoa, ks. *Nicander* 1995–96, s. 46. Ks. myös *Mankowski* 2006, s. 336, joka toteaa: ”the lesser the investment the higher the likelihood of a duty to inform”

²⁵⁷ *Annola* 2005, s. 76 ja *Munukka* 2007, s. 153

temus.²⁵⁸ Yrityskauppa on sopimustyyppiltään lähtökohtaisesti irtaimen kauppa,²⁵⁹ jolle on tyypillistä se, että myyjä tuntee kaupan kohteen ostajaa paremmin.²⁶⁰ Asiantuntemuksen osalta yrityskaupoissa on oletettava osapuolten tasavertaisuus.²⁶¹ Seuraavassa pyritään hahmottelemaan tiedonantovelvollisuuden laajuutta yrityskaupan valmistelussa käytännössä tärkeimpien kysymysten osalta.

Myyjän tiedonantovelvollisuus voidaan nähdä ostajan selonottovelvollisuuden vastinparina.²⁶² Yrityskaupoissa *käytäntönä* onkin, että ostajakandidaatti suorittaa neuvotteluvaiheessa niin sanotun due diligence -tarkastuksen, jonka tekemättä jättäminen on hyvin poikkeuksellista.²⁶³ Ostajan on tarkastusprosessissa tiedettävä, mitä tietoja tämä kohdeyrityksestä haluaa,²⁶⁴ ja myyjän on vain vastattava ostajan esittämiin kysymyksiin *rehellisesti ja totuudenmukaisesti*.²⁶⁵ Myyjä toteuttaa näin tiedonantovelvollisuutensa, eikä myyjä

²⁵⁸ Wuolijoki 2009, s. 93 ja Hemmo 2003a, s. 278. Ks. sopimustyyppin osalta myös Halila, H 1981, s. 131–134.

²⁵⁹ Ks. Lindholm – Hakoranta 1997, s. 76–82 sekä Wilhelmsson et al. 2006, s. 8 ja 11. Neuvotteluvastuunkin arvioinnissa analogiapohjaa tiedonantovelvollisuuksiin voidaan hakea KauppaL:n virhesäännöksistä (17–20 §), jotka asiallisesti merkitsevät usein tiedonantovelvollisuutta neuvotteluvaiheessa. Ks. KauppaL:n merkityksestä yleisenä sopimusoi-keudellisena mallina esim. Wilhelmsson et al. 2006, s. 28–31 ja Häyhä 2000a, s. 42. Ks. myös Halila, H – Hemmo 2008, s. 27, jotka korostavat sitä, että KauppaL:a ei voi yleisesti soveltaa kaikkiin lailla sääntelemättömiin tilanteisiin, vaan analogisen soveltamisen osalta on tarkasteltava yksittäisiä oikeuskysymyksiä.

²⁶⁰ Hemmo 2003a, s. 279. Liiketoimintakaupassa kysymys voi olla osittain myös kiinteistökaupasta, mutta se ei muuta asetelmaa, että myyjä on tavallisesti paremmassa tiedollisessa asemassa.

²⁶¹ Ks. liikesopimuskumppanien tasavertaisuudesta Lehtinen 2006, s. 253–257. KauppaL:ssakaan tarkoituksena ei ole erityisesti suojata kumpaakaan osapuolta, ks. HE 93/1986 vp, s. 14. Tosin voidaan huomauttaa, että “erityisesineen” (jollaiseksi toimivaa yritystäkin voidaan kuvata) kaupassa KauppaL:n on tarkoitettu suhtautuvan myyjän vastuuseen hie- man lievemmin kuin “lajiesineen” kaupassa, ks. HE 93/1986 vp, s. 18. Ks. myös Wilhelmsson 1987, s. 57–58, joka puhuu tässä yhteydessä sopimusten asiasisältöön liittyvistä muo- dollisista suojaroleista.

²⁶² Ks. selonottovelvollisuuden ja tiedonantovelvollisuuden välisestä suhteesta Halila, H 1981, s. 92–95 ja Munukka 2007, s. 157–158. Neuvotteluvaihe voidaan ymmärtää siten, että siinä osapuolet pyrkivät lisäämään sopimusta koskevaa tietoa arvioidakseen sopimuk- senteon edellytyksiä, ks. Häyhä 2000b, s. 169.

²⁶³ Ks. Immonen 2011, s. 31, Stilton 2008, s. 50, Wist et al. 2001, s. 426. Ks. due diligence -tarkastuksista yleisesti myös Syrjänen 2001, s. 96–98 ja 106–114.

²⁶⁴ Ks. esim. KKO 2007:72, jonka perusteluissa tämä pääsääntö on todettu: ”Sopimuksen tekoon liittyvien velvoitteiden kannalta voidaan pitää lähtökohtana sitä, että – – asiakas on itse selvittänyt rahoitettavaksi pyytämäänsä *hankkeeseen sisältyvät riskit* – –”

²⁶⁵ Wuolijoki 2009, s. 93 ja Lindholm – Hakoranta 1997, s. 88. Myyjää koskee passiivinen rehellisyysvaatimus, ks. Kurkela 2003, s. 17.

yleensä ole aktiivisesti velvollinen kertomaan ostajalle tietämistään kaupan kohteen puutteista, vaikka ostaja ei kyseisistä seikoista osaisikaan kysyä.²⁶⁶ Tämän velvollisuuden laiminlyönti voidaan pääsääntöisesti katsoa tuottamukselliseksi.

Pääsääntö ei kuitenkaan ole poikkeukseton. Ensiksi myyjä voi kieltäytyä antamasta ostajan antamaa tietoa, jos tähän on perusteltu syy. Tärkeimmän poikkeukset tiedonantovelvollisuudesta lienevät sopimuksen mukainen salassapitovelvollisuus²⁶⁷, osapuolten kilpailuasetelma²⁶⁸ ja henkilötiedot²⁶⁹. Toiseksi myyjällä ei voida katsoa olevan pääsäännön mukaista tiedonantovelvollisuutta vielä neuvottelujen alkuvaiheessa.²⁷⁰ Myyjä voinee neuvottelujen

²⁶⁶ KauppaL:ssa ainoa nimenomainen tiedonantovelvollisuutta koskeva säännös on 19 §:ssä, joka koskee ”sellaisena kuin se on” -ehtoa tai muuta vastaavaa varaumaa käyttäen tehtyä (yleensä) käytetyn tavaran kauppaa. Säännöksen perusteella virhevastuu syntyy, jos myyjä on ennen kaupantekoa laiminlyönyt antaa ostajalle tiedon kaupan kohteen ominaisuuksia tai käyttöä koskevasta *olennaisesta seikasta*, josta *myyjän täytyy olettaa tienneen* ja josta *ostaja perustellusti saattoi olettaa saavansa tiedon*. Lisäksi edellytetään, että laiminlyönnin voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan (19.1,2 §). Tätä *minimistandardia* laajempi tiedonantovelvollisuus syntyy epäsuorasti muiden virhesäännösten (17–18 §) osalta, sillä myyjän on vastuun välttääkseen ilmoitettava ostajalle säännösten kannalta merkityksellisistä puutteista, ks. *Wilhelmsson et al.* 2006, s. 105.

²⁶⁷ Ks. *Mäenpää* 2010, s. 337. Toisaalta joitakin salassapitovelvollisuuden alaisia tietoja on luovutettava lähes poikkeuksetta yrityskauppaneuvotteluissa, jotta sopimukseen olisi edes mahdollista päästä. Normaalit yrityskauppaneuvottelut kävisivät mahdottomiksi, ellei esimerkiksi kohdeyrityksen salassapitovelvollisuuksien alaisista liikesuhteista saisi antaa tietoa due diligence -tarkastuksessa, ks. *Vapaavuori* 2005, s. 142.

²⁶⁸ Ks. *Wist et al.* 2001, s. 445–446, jotka huomauttavat siitä, että due diligence -tarkastusta ei saa käyttää kilpailua rajoittaviin tarkoituksiin (kilpailuoikeudellisesti sensitiivisen informaation siirtämiseen), eikä tietoa liittyen esimerkiksi hintoihin, osto- tai luottoehtoihin, valmistuskapasiteettiin tai yritysstrategiaan tarvitse luovuttaa.

²⁶⁹ HenkTL:a sovelletaan aina henkilötietojen automaattiseen käsittelyyn sekä muuhun henkilötietojen käsittelyyn, jos henkilötiedot muodostavat tai niiden on tarkoitus muodostaa henkilörekisteri tai sen osa (2.2 §). Nykyään due diligence -tarkastus tehdään usein ns. sähköisessä datahuoneessa, jolloin HenkTL tulee sovellettavaksi. Myös perinteisen datahuoneen käyttäminen voi edellyttää HenkTL:n vaatimusten noudattamista. Henkilötietojen käsittelylle (kuten tietojen luovuttamiselle, ks. 3.1,2 §) on aina oltava peruste (ks. 8 §), joka ei useinkaan ole käsillä.

²⁷⁰ Kantani on jossain määrin epävarma. KauppaL:n mukaan virhevastuu syntyy, ellei tietoja ole annettu viimeistään ennen sopimuksen päättämistä, mikä ei sinänsä tarkenna tiedonantamisen ajankohtaa neuvotteluvaiheessa. Oikeuskäytännöstä voidaan esittää ruotsalainen oikeustapaus NJA 1991, s. 808, jossa ostajien asiamies oli esittänyt kysymyksen koskien kaupan kohteena olleen kioskiliikeytoiminnan viranomaislupaa. Myyjät olivat todenneet viranomaislupan olevan kunnossa, mikä ei myyjien tietien pitänyt paikkaansa. HD katsoi, että kysymyksessä ei ollut lupaus, eivätkä myyjät olleet siten vilpillisiä, sillä asiamies oli esittänyt kysymyksen *ennen osapuolten varsinaisia sopimusneuvotteluja*. Huomionarvoista on se, että neuvottelujen vaiheella oli merkitystä tiedonantamisen arvioinnissa, vaikka mielestäni viittaus aikaan ennen ”varsinaisia neuvotteluja” on epäonnistunut.

alussa niin halutessaan jättää kertomatta kaupan kohteeseen liittyviä merkityksellisiäkin seikkoja, vaikka ostaja mahdollisesti esittäisi näitä seikkoja koskevia kysymyksiä. Tässä vaiheessa luottamus sopimuksen syntymiseen ei vielä ole perusteltu, eikä myyjän lojaliteettivelvollisuus sen vuoksi ole kovin laaja.²⁷¹ Reaalisesti tiedonantamisen vaihteellisuutta voidaan perustella arkaluontoisen tiedon leviämisen hallinnalla. Liikesalaisuuksien suojaamiseksi tietoa ei voida olettaa annettavan pelkästään sillä perusteella, että osapuolet ovat muodostaneet jonkinlaisen neuvottelukontaktin.²⁷²

Tiedon antamatta jättämiseen voi kuitenkin liittyä neuvotteluvastuun perustava tuottamus silloin, kun tiedot annetaan myöhemmässä vaiheessa, jolloin osoittautuu, että yritys ei täytäkään sitä, mitä ostajakandidaatti perustellusti voisi odottaa. Tuottamus liittyy tällöin siihen, että myyjä on jättänyt antamatta sellaisen olennaisen tiedon, että jos tieto olisi annettu heti sitä kysyttäessä, ostaja ei olisi jatkanut neuvotteluja, luottamusta ei olisi ehtinyt rakentua, eikä turhia kustannuksia olisi siten syntynyt. Tällöin tulee aiheelliseksi pohtia, onko yritykselle määritettävissä objektiivista *normaalistandardia*²⁷³. Yritykset ovat käytännössä niin toisistaan poikkeavia, että normaalistandardin määrittäminen on erittäin hankalaa, ellei jopa mahdotonta, ja tällainen standardi lienee joka tapauksessa suhteellisen alhainen. Onkin selvää, että mikä tahansa puute yrityksessä ei voi tiedonantamisen vaiheistamisessaan oikeuttaa korvaukseen, sillä sopimuksenteon kannalta merkittävät seikat ovat useimmiten subjektiivisia²⁷⁴. Näistä seikoista myyjän ei voi perustellusti olettaa olevan selvillä,

Tapauksessa myyjät tuomittiin hinnanalennukseen virheen perusteella, koska nämä eivät olleet neuvottelujen kuluessa oikaisseet ostajien virheellisiä käsityksiä kaupan kohteesta.

²⁷¹ Tosin myyjän luonnollisesti kannattaa antaa joitakin tietoja, jotta sopimusneuvottelut etenevät. Muuten rationaalinen neuvottelukumppani katkaisee neuvottelut.

²⁷² Ks. *Vapaavuori* 2005, s. 141, joka korostaa tiedon leviämisen tosiasiallisen hallinnan merkitystä. Vaikka neuvottelujen käyminen muun syyn kuin sopimuksetarkoituksen perusteella on yleensä hylättävää, tämän tarkoituksen puuttuminen voi olla erittäin hankalaa näyttää toteen, ks. edellä luku 4.2.2.

²⁷³ Ks. *Lindholm – Hakoranta* 1997, s. 88–89, joiden mukaan normaalistandardi voisi liittyä tilinpäätöstietojen lainmukaisuuteen, yhtiön liiketoiminnan lainmukaisuuteen (ml. viranomaisluvut) ja eri omaisuuserien minimitasoon (omaisuutta on voitava käyttää yhtiön liiketoimintaan).

²⁷⁴ Ks. *Lehtinen* 2006, s. 221, joka toteaa, että due diligence -selvitysten tulokset käytännössä määräävät sen, ostaako selvityksen tehnyt ostajaehdokas yrityksen vai ei. Yrityskauppa on ainutkertainen projekti, joten jos yrityksessä on jokin korjauskelvoton puute, jota ostaja ei voi hyväksyä, neuvottelut katkeavat, sillä tällöin ei ole mahdollista päästä molempia osapuolia tyydyttävään sopimukseen.

ellei ostaja ole näistä ilmoittanut. Jos myyjä kuitenkin tietää tällaisista ostajan subjektiivisista odotuksista, voi myyjälle syntyä aktiivinen velvollisuus korjata ostajan erehdys.²⁷⁵

Yrityskaupoissa voidaan lähteä siitä, että ostajan on tehtävä kaupan kohteen tarkastus, vaikka myyjä ei tähän nimenomaisesti kehottaisikaan.²⁷⁶ Tarkastuskäytännön yleisyyden vuoksi myyjän voidaan implisiittisesti olettaa kehottaneen ostajaa tekemään tarkastus, ellei olosuhteista muuta erityisesti johdu. Tarkastusvelvollisuus syntyy jo esimerkiksi sen perusteella, että myyjä varaa tarkastukseen mahdollisuuden.²⁷⁷

Korkein oikeus on ratkaisussa KKO 2007:72 käsitellyt hieman vastaavaa tilannetta, joka kuitenkin erosi yrityskauppatilanteesta siinä, että tapauksessa oli kysymys pankin ja tämän asiakkaan välisestä suhteesta. Osapuolten edut olivat osittain yhteneväiset toisin kuin normaalissa yrityskauppatilanteessa. Huomionarvoista on kuitenkin se, että tapauksessa oli kysymys kahden liikekumppanin välisestä suhteesta (vaikkakin pankin asiakas oli vielä perustettava yhtiö, jonka lukuun yksityishenkilö toimi).

Tapauksessa pankin asiakas oli ostanut kiinteistöyhtiön osakkeita, jotka oikeuttivat kiinteistöyhtiön vuokraoikeuden nojalla hallitsemalla kiinteistöllä sijaitsevassa keskeneräisessä hallirakennuksessa olevien huoneistojen hallintaan, tarkoituksenaan rakentaa hallirakennus valmiiksi. Pankki oli sopinut rahoittavansa asiakkaansa osakeoston. Kaupan osapuolten ja osakkeiden kauppakirjan mukaan kaupan kohteeseen ei kohdistunut rasitteita. Asiakas ei ollut hankkinut ennen kaupan tekoa kiinteistöä koskevaa rasiustodistusta, joka tavanomaisesti hankitaan vastaavissa järjestelyissä ja joka oli myös helposti saatavissa kiinnitysrekisteristä. Pankilla oli kiinnitys kiinteistöyhtiön tontin vuokraoikeuteen rakennuksineen, mikä olisi ilmennyt rasiustodistuksesta.

Ratkaisun perustelujen mukaan se, että asiakas ei ollut vielä rahoitusjärjestelyn neuvotteluvaiheessakaan hankkinut kiinteistön rasiustodistusta oli jo sellaisenaan osoitus asiakkaan puutteellisesta asiantuntemuksesta mitä tuli kauppaan liittyviin oikeudellisiin kysymyksiin ja niiden selvittämisen tärkeyteen. Pankin oli rahoitusalan ammattilaisena täytynyt havaita asiakkaansa tietämyksen puute. Korkein oikeus katsoi, että pankin olisi lojaliteettivelvollisuuden perusteella ainakin tullut kiinnittää asiakkaansa huomio siihen, että tällä olisi ollut käytettävänä selvitys, jonka pohjalta yleensä muodostetaan riittävä kuva hankkeen riskeistä vastaavissa järjestelyissä.

²⁷⁵ Hultmark 1991-92, s. 704

²⁷⁶ KauppaL ei aseta ostajalle omatoimista velvollisuutta tarkastaa kaupan kohdetta. Riskin siirtäminen ostajalle edellyttää, että myyjä on kehottanut ostajaa tekemään tarkastuksen ja ostaja on laiminlyönyt tämän kehotuksen. Lisäksi edellytetään, että seikka olisi tullut havaita tarkastuksessa (20.2 §).

²⁷⁷ Lindholm – Hakoranta 1997, s. 90. Lisäksi oman etunsa vuoksi ostajan on syytä tehdä tarkastus, sillä muuten sopimusehdot muotoutuvat yleensä sellaisiksi, että ostaja ei voi virheenä vedota kaupan kohteen puutteellisuuteen, ks. Häyhä 2000a, s. 48.

Yrityskaupoissa ratkaisun KKO 2007:72 mukaisesti tietävämällä osapuolella voi olla aktiivinen velvollisuus kiinnittää neuvottelukumppanin huomio riittävään selvitykseen myös niissä tilanteissa, joissa myyjä on kaupan kohteen suhteen tiedollisesti huonommassa asemassa kuin ostaja, eikä tältä voida kohtuudella edellyttää omatoimista selonottoa. Ostaja on tällöin niin sanotussa sisäpiiriasemassa²⁷⁸. Käytännössä tällainen tilanne voi tulla kysymykseen yrityksen toimivan johdon (management buy-out) tai tähän verrattavan tahon (esimerkiksi pääomasijoitusyhtiö, jolla on ennestään hallituspaikan perusteella tosiasiallisen sisäpiiriläisen asema²⁷⁹) ostaessa yrityksen ulkopuolisilta yksityissijoittajilta²⁸⁰ tai pienyrittäjiltä²⁸¹.

Käsittääkseni muunlaisissa neuvotteluasetelmissä tiedollisesti paremmassa asemassa olevalla osapuolella voi syntyä aktiivinen tiedonantovelvollisuus *kaupan kohteesta* vain hyvin poikkeuksellisesti. Jos myyjänä on muu kuin yksityishenkilö, vaikkakin täysin ulkopuolinen, tämän voidaan olettaa hankkivan sopimuksen tekemiseksi tarvittavat tiedot, mikä käytännössä tarkoittaa vastaavaa selvitystä kuin, mitä ostajalta normaalitilanteessa edellytetään. Kun ostaja puolestaan toimii aktiivisesti yrityskauppamarkkinoilla, tämä oletetaan asiantuntevaksi pelkästään sillä perusteella, että osallistuu yrityskauppamarkkinoille, tai ellei tällä itsellä ole tarvittavaa asiantuntemusta oletetaan tämän hankkivan sen asiantuntijoilta²⁸².

²⁷⁸ Kysymys on *rakenteellisesta informaatioedusta* suhteessa neuvottelukumppaniin, jolloin olennaista on se, pidetäänkö informaatioetua ansaitusti saavutettuna vai ei, ks. *Annola* 2005, s. 83–87. Ks. myös informaatioedun tehokkuuteen perustuvasta hyväksyttävyydestä *Mankowski* 2006, s. 332–333. Sopimusoikeudellinen sisäpiiriasema ei välttämättä ole yhteneväinen arvopaperimarkkinaoikeudellisen sisäpiirimääritelmän kanssa.

²⁷⁹ Pääomasijoitustoiminnassa sijoitetaan kohdeyhtiön omaan pääomaan, minkä perusteella pääomasijoittaja pääsee vaikuttamaan yhtiön johdon valintaan, ks. Pääomasijoitusopas, s. 7–10. Vaikka yhtiön johdolla on velvollisuutena valvoa yhtiön ja sen kaikkien osakkeenomistajien etua (ks. OYL 1:8: ja HE 109/2005 vp, s. 40), tosiasiallisesti pääomasijoittajan valitsema hallituksen jäsen tai jäsenet välittävät tietoa usein pääasiassa pääomasijoittajalle, johon he ovat tavallisesti ainakin työsuhteessa.

²⁸⁰ Tällöin asetelma on siis sellainen, jollaiseksi päämies-agenttiteoria osakeyhtiön olettaa, ks. *Kraakman et al.* 2009, s. 35–36. Ks. yhtiöoikeuden keinoista kyseisen agentuuriongelman vähentämiseksi *mts.* s. 55–87. Ks. päämies-agenttisuhteista osakeyhtiöissä myös *Timonen* 1997, s. 162–169.

²⁸¹ Ks. ns. pienyrittäjän suojasta esim. *Wilhelmsson et al.* 2006, s. 12–13. Ks. myös CFR Art. 7, jossa CFR:n soveltamisala rajataan elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa vain sopimussuhteisiin, joissa vähintään yksi osapuolista on ns. pk-yritys. Vastaavaa ajattelutapaa voidaan katsoa ilmentävän myös ratkaisu KKO 2007:72, jossa sopimuksen osapuolina olivat asiantunteva pankki ja (perustetavan yhtiön lukuun toiminut) yksityishenkilö.

²⁸² Ks. *Lehtinen* 2006, s. 121–124, joka toteaa tämän kansainvälisen kaupan toimijoista. Sama voitaneen ongelmitta sanoa myös yrityskauppamarkkinoille osallistuvista. Vrt. kuitenkin KKO 2007:72. Vrt. myös KKO 1993:130, jossa lojaliteettiin perustuva tiedonantovelvollisuus syntyi, vaikka osapuolet olivat taloudellisesti yhdenvertaisia, mutta jossa toinen osapuoli oli sopimuksen mukaisen suorituksen asiantuntija.

Selonottovelvollisuus perustuukin keskeisesti olettamalle, jonka mukaan osapuoli kykenee täyttämään tämän velvollisuuden.²⁸³ Yrityskaupoissa ostajan selonottovelvollisuudesta voidaan edellä käsitellyn lisäksi poiketa myös silloin, kun tieto on sellaista, että se ei ole due diligence -tarkastuksissa havaittavissa.²⁸⁴ Tällöin myyjällä voi olla oma-aloitteinen velvollisuus kertoa sopimuksen kannalta olennaisista seikoista. Tyypillisesti seikka on sellainen, että se ei ole suoraan kaupan kohteeseen liittyvä tai se on *sisäpiiritietoa*.

Tapauksessa KKO 1985 II 58 kohdeyhtiön osakekannasta oli tehty ostotarjous, joka vastasi noin 750 markkaa osakkeelta. Ostotarjouksesta tiesivät vain kohdeyhtiön johtokunnan (hallituksen) jäsenet, jotka olivat päättäneet, että neuvottelut tarjoajan kanssa pidetään salassa yhtiön osakkeenomistajilta. Yhtiön taloudellinen tila oli suurien vaikeuksien jälkeen parantunut, mistä osakkeenomistajat olivat saaneet tiedon ja siten voineet olettaa osakkeiden arvon nousseen. Eräät yhtiön vähemmistöosakkeenomistajat olivat ostotarjouksesta tietämättä myyneet osakkeensa 120 markan hintaan kohdeyhtiön erään hallituksen jäsenen edustamalle kolmannelle yhtiölle. Kauppa katsottiin pätemättömäksi OikTL 33 §:n nojalla. Kohdeyhtiön hallituksen jäsenen olisi tullut informoida osakkeenomistajia korkeammasta ostotarjouksesta, jolla olisi ollut ilmeisen suuri merkitys vähemmistöosakkeenomistajien myyntipäätökseen.

Erityisesti ostajaa saattaa joissain tilanteissa koskea velvollisuus ilmoittaa myyjälle, mikäli vaikuttaa siltä, että tämä ei pysty täyttämään sopimusvelvoitettaan eli kauppahinnan maksamista. Pääsääntö kuitenkin on, että osapuoli kantaa riskin myös sopimuskumppaninsa maksukykyisyydestä, mikä soveltuu erityisesti yrityskauppaympäristöön.²⁸⁵ Koska yrityskaupat toteutetaan usein velkarahalla, velvollisuus voi liittyä tilanteisiin, joissa kaupan to-

²⁸³ *Häyhä* 2000a, s. 49. Ostajan selonottovelvollisuus on siis helppo hyväksyä helposti tarkastettavien tavaroiden kaupassa. Tämän mukaan voitaisiin kääntäen ajatella, että vaikeasti arvioitavissa sopimuksissa, kuten yrityskaupassa, vastapuolta tulisi avustaa tiedollisesti. Esimerkiksi taloudellisesti merkittävässä ja monimutkaisissa kiinteistökaupoissa tiedonantovelvollisuus on ensisijaisesti myyjällä, joka yleensä käyttää kiinteistöä ennen kauppaa, ks. HE 120/1994, s. 21. Vastuunjako tietoriskistä yrityskaupassa ei kuitenkaan ole perusteltua asettaa näin pelkästään sopimuksen monimutkaisuuden vuoksi, sillä myyjänkään ei voida yleensä kohtuudella edellyttää olevan selvillä kaikista yrityksen ominaisuuksista. Tätä puoltaa se, että useissa tapauksissa myyjä suorittaa oman ns. vendor due diligence -tarkastuksen ennen myyntiprosessin varsinaista aloittamista, ks. *Stilton* 2008, s.70–71

²⁸⁴ Ostajan laiminlyödessä tarkastuksen KauppaL 20.2 § estää ostajaa vetoamasta seikkaan, vain jos seikka olisi tullut havaita tarkastuksessa. Ks. myös *Annola* 2005, s. 78–83, joka puhuu *rationaalisesta informaatiokanavasta*. Kysymys on tiedon saavutettavuudesta.

²⁸⁵ Ks. *Björkdahl* 2007, s. 327–329. Esimerkiksi tiedot yleisestä ja alakohtaisestakin markkinatilanteesta, jolla voi sinänsä olla vaikutusta ostajan maksukykyyn, ovat myös myyjän hankittavissa (rationaalisessa informaatiokanavassa).

teuttaminen riippuu kolmannelta taholta saatavasta rahoituksesta. Tällainen edellytys tulee yleensä ilmoittaa myyjälle.²⁸⁶

Tiedonantovelvollisuus voi koskea myös toimivaltaa sopimuksen päättämiseen.²⁸⁷ Jos suunnitellun kaupan osapuolena on oikeushenkilö²⁸⁸, neuvotteluosapuolena on oltava tämän edustaja.²⁸⁹ Luonnollisesti neuvotteluosapuolena ja edustajana voi olla myös valtuutettu asiamies.²⁹⁰ Edustamiskelpoisuus ei kuitenkaan sinällään perusta toimivaltaa, vaan toimivallalla on oltava muu peruste.²⁹¹ Yrityskaupasta päättäminen kuuluu yleensä hallituksen toimivaltaan,²⁹² mutta tapauskohtaisesti toimivalta voi kuulua myös yhtiökokouk-

²⁸⁶ Esim. ratkaisun KKO 1984 II 181 vähemmistöön jääneen oikeusneuvoksen mukaan tapauksessa oli epäselvää, missä määrin urakoitsija oli tiennyt hankkeen riippuvan ulkopuolisesta rahoituksesta. Vähemmistön kannan mukaan rakennuttajan olisi tullut korvata urakoitsijalle kaikki neuvotteluvaiheen suunnittelukustannukset, jolloin siis rahoitukseen liittyvän tiedonantovelvollisuuden laiminlyönti olisi ilmentänyt tuottamusta.

²⁸⁷ Ks. *Björkdahl* 2007, s. 330–332. Toimivaltakysymys liittyy useimmiten sopimuksen pätevyuden arviointiin. Neuvotteluvastuun arvioinnissa tällä voi kuitenkin olla merkitystä niissä tilanteissa, joissa sopimus jää syntymättä, kun osapuoli on neuvotellut ilman toimivaltaa ja toinen osapuoli on voinut perustellusti luottaa neuvottelukumppanin toimivaltaan, ks. UPICC Art. 2.1.15 (*Negotiations in bad faith*) kommentaari, s. 60–61. Tapauksessa KKO 2011:21 kantajat tiesivät toisen neuvotteluosapuolen sopimuksentekomenettelystä, jossa toimivalta yhteistyösopimuksen päättämiseen oli toimitusjohtajalla tai hallituksella, eikä neuvotteluja käyneellä aluepäälliköllä, minkä vuoksi vastuuta ei syntynyt.

²⁸⁸ Kun transaktiomallina on liiketoimintakauppa, myyjänä on aina yhtiö. Yrityskaupoissa osapuolena on muutenkin usein yhtiö.

²⁸⁹ Käytännössä osakeyhtiö on tässä suhteessa merkityksellisin. Osakeyhtiötä edustaa hallitus tai toimitusjohtaja tälle kuuluvissa asioissa (OYL 6:25) taikka muu henkilö yhtiöjärjestyksen määräyksen perusteella (OYL 6:26).

²⁹⁰ Ks. eri valtuutusmuodoista esim. *Hemmo* 2003a, s. 500–513. Ks. myös HE 109/2005 vp, s. 88, jossa asia todetaan erikseen osakeyhtiöiden osalta.

²⁹¹ Edustamiskelpoisuus määrittää vain toimivallan ulkorajat, ks. *Hemmo* 2003a, s. 457–459. Osakeyhtiöissä toimivallan on perustuttava lakiin, yhtiöjärjestykseen tai (ylemmän) toimielimen päätökseen, ks. *Mähönen – Villa* 2006, s. 176. Osakeyhtiöissä toimivallan jako on lähtökohtaisesti kolmiportainen. Ylintä päätösvaltaa käyttävät osakkeenomistajat yhtiökokouksessa lain tai yhtiöjärjestyksen mukaisissa asioissa (OYL 5:2.1), hallituksen siirtämissä asioissa (OYL 6:7.2) tai yksimielisinä muissakin yksittäisissä asioissa (OYL 5:2.2). Hallituksella puolestaan on yleinen toimivalta kaikissa muissa asioissa (OYL 6:2.1), ellei asia kuulu toimitusjohtajalle (OYL 6:17.1). Toimitusjohtajan toimivalta sisältyy hallituksen toimivaltaan rajoittaen sitä, ks. HE 109/2005 vp, s. 79.

²⁹² Ks. *Mähönen – Villa* 2006, s. 139, joiden mukaan hallituksen vastuulla on päättää yhtiön toiminnan kannalta laajakantoisista operatiivisista toimista, joihin kuuluu mm. toiminnan huomattava laajentaminen tai supistaminen. Useimmissa tapauksissa toimivalta on siis hallituksella. Hallituksen toimivaltaa rajoittaa kuitenkin yhtiöjärjestyksen toimialamääräys (OYL 6:27.2). Oikeuskirjallisuudessa puolletaan toimialamääräyksen laventavaa tulkintaa, jolloin ns. toimialaliukumiin suhtaudutaan hyväksyvästi, ks. *Mähönen – Villa* 2011, s. 15 ja siinä viitattu.

selle²⁹³, toimitusjohtajalle tai jopa työntekijäasemassa olevalle henkilölle esimerkiksi ase-
mavaltuutuksen perusteella²⁹⁴. Katson, että ilman erityisiä syitä neuvottelukumppani voi
luottaa siihen, että hallituksella on yrityskaupassa toimivalta.²⁹⁵ Ellei näin ole, neuvottelu-
kumppania on informoitava asiasta. Toisaalta tämä tarkoittaa sitä, että luottamus muun ta-
hon toimivaltaan voi olla perusteltu vain poikkeuksellisesti.

4.3.2. Muita toimintavelvollisuuksia

Lojaliteettiperiaatteesta johtuvia muita positiivisia velvoitteita ovat esimerkiksi myötävai-
kusvelvollisuus, huolenpitovelvollisuus, reklamaatiovelvollisuus sekä vahinkojen estä-
misvelvollisuus.²⁹⁶ Luettelo on tuskin tyhjentävä. Näistä kaksi ensin mainittua vaikuttavat
jatkuvasti neuvottelujen kestäessä. Kaksi jälkimmäistä vaikuttavat puolestaan vasta epäsel-
vyystilanteissa tai neuvottelujen jo mahdollisesti katkettua.

Molemmilla osapuolilla on velvollisuus *myötävaikuttaa* yhteisen tarkoituksen toteuttami-
seen.²⁹⁷ Neuvotteluvaiheessa tämä osapuolten yhteinen tarkoitus on yrityskaupan solmimi-

²⁹³ Hallituksella voisi olla ilman nimenomaista OYL:n säännöstäkin velvollisuus siirtää yhtiökokouksen päätettäväksi erityisen merkittävä asiat, kuten yhtiön toiminnan kannalta huomattavan liiketoiminnan myynti, ks. *Mähönen – Villa* 2011, s. 11–12 ja siinä viitattu. Eri kirjoittajat ovat esittäneet nyrkkisääntöinä mm. prosenttilukuja liikevaihdosta, liikeomaisuuden arvosta, yhtiön arvosta, taseen loppusummasta jne. *Mähönen ja Villa* puoltavat kantaa, jonka mukaan hallituksella on toimivalta myydä yhtiön liiketoiminta tai tytäryhtiö, jos toimella tavoitellaan yhtiön tarkoituksen (voiton tuottamisen) toteuttamista ns. going concern -periaatteen mukaisesti, ks. *Mähönen – Villa* 2011, s. 17. Tämä kanta vaikuttaa perustellulta. Ks. myös KKO 1996:18, jossa yhtiötä yksin edustamaan oikeutettu toimitusjohtaja oli antanut yhtiön kiinteistöön kiinnitetyt haltijavelkakirjat vakuudeksi kommandiittiyhtiön veloista, jonka vastuunalainen yhtiömies tämä oli. Panttaus ei sitonut yhtiötä, koska vakuuden saajan ei ollut riittävällä tavalla varmistunut siitä, että panttaus *palveli osakeyhtiön liiketoimintaa* ja että toimella ei loukattu osakkeenomistajia ja velkojia.

²⁹⁴ Esimerkiksi pääomasijoitusyrityksessä yrityskauppojen tekeminen saattaa kuulua jopa työntekijäasemassa olevan työtehtäviin.

²⁹⁵ Käytännössä voi esiintyä tilanteita, joissa hallitus siirtää asian yhtiökokouksen päätettäväksi välttääkseen mahdollisen OYL:n mukaisen vahingonkorvausvastuun, mikä saattaa johtaa jo mahdollisesti valmiiksi neuvotellun yrityskaupan raukeamiseen ja vastuuseen toisen osapuolen neuvottelukuluista. Sama koskee tilanteita, joissa ylempi toimielin ottaa asian käsiteltäväkseen ja hylkää kaupan.

²⁹⁶ Ks. *Häyhä* 1996a, s. 315–317 ja *Taxell* 1977, s. 150–152.

²⁹⁷ *Karhu* 2008, s. 110. Ks. myös *Lehtinen* 2006, s. 212–213, joka korostaa sopimusverkon tarkoitusta lojaliteetin perimmäisenä kohteena. Tavallisesti myötävaikutusvelvollisuus nähdään vasta sopimussuhteessa vaikuttavana, jolloin sillä tarkoitetaan osapuolten velvollisuuksia, joiden täyttäminen luo edellytykset toisen osapuolten suoritukselle, ks. *Häyhä* 1996a, s. 316 ja *Ämmälä* 1994, s. 10. PECL ei myöskään nimenomaisesti perusta myötä-

nen. Neuvotteluvaiheen myötävaikutusvelvollisuus vaikuttaa ensimmäisestä neuvottelukosketuksesta aina kaupan solmimiseen tai neuvottelujen katkeamiseen saakka, mutta velvollisuus vaikuttaa eri vahvuisena eri vaiheissa. Äärimmillään kysymys on velvollisuudesta neuvotella sopimus loppuun. Näin vahva velvollisuus voi kuitenkin tulla kysymykseen vain (III)-sitovuusasteella, mikä pääsääntöisesti yrityskaupoissa edellyttää nimenomaista esisopimusta.²⁹⁸ Ennen tätä passiivisuus saattaisi tulla arvioitavaksi sopimuksentekotarkoituksen puuttumisena²⁹⁹, mikäli osapuoli pitää yllä neuvotteluja varsinaisesti kuitenkin pyrkimättä ratkaisuihin. Myötävaikutusvelvollisuudella on hyvin usein yhteys myös edellä käsitelyihin tiedonantovelvollisuuksiin³⁰⁰. Neuvottelukumppani on pidettävä ajan tasalla siitä, mitä neuvotteluissa on tapahtumassa, ja häiriötilanteista on ilmoitettava toiselle osapuolelle ja pyrittävä niiden selvittämiseen.³⁰¹

Erityisesti myyjää koskee *huolenpitovelvollisuus kaupan kohteesta*. Oikeusjärjestys ei perinteisesti velvoita ketään huolehtimaan omasta omaisuudestaan, mutta tällainen velvollisuus voidaan katsoa syntyvän, kun omistaja ryhtyy neuvottelemaan omistamansa yrityksen myymisestä.³⁰² Erityisen tärkeä tämä velvollisuus on ostajan suorittaman kaupan kohteen tarkastuksen jälkeen, mutta ennen kaupan solmimista³⁰³. Due diligence -tarkastuksessa ostaja saa kuvan kohdeyrityksestä, jolloin tämä voi perustellusti luottaa siihen, että yritys on myös kaupan toteuttamisen hetkellä vastaavassa kunnossa. Tarkastuksella ei sinänsä ole vaikutusta neuvottelujen sitovuuteen, mutta neuvottelujen jatkaminen tarkastuksen jälkeen osoittaa kuitenkin jonkintasoista luottamusta sopimuksen syntymiseen³⁰⁴. Käytännössä

vaikutusvelvollisuutta neuvotteluvaiheessa, ks. PECL Art. 1:202: Each party owes to the other *a duty to co-operate* in order to give full effect to *the contract* (kurs. tässä). Ks. kuitenkin *Munukka* 2007, s. 143, joka kuitenkin toteaa, että myötävaikutusvelvollisuus käsittää enemmän kuin pelkät sovitut suoritusveloitteet.

²⁹⁸ Vrt. *Grönfors* 1993, s. 75–76.

²⁹⁹ Ks. edellä luku 4.2.2.

³⁰⁰ *Munukka* 2007, s. 145 ja *Ämmälä* 1994, s. 10

³⁰¹ Ks. *Karhu* 2008, s. 110–111. Myyjän on esimerkiksi annettava ostajan due diligence -tarkastuksessa pyytämät tiedot sekä kieltäytymistapauksissa informoitava kieltäytymisestä mahdollisimman hyvissä ajoin.

³⁰² Ks. *Munukka* 2007, s. 171, jonka mukaan huolenpitovelvollisuus ennen varsinaista sopimusta on rajoitettua, mutta voi tulla kyseeseen sopimuksenkaltaisissa tilanteissa.

³⁰³ Kaupan tekemisen ja toteuttamisen välisenä aikana asiaa säännellään vaaranvastuun siirtymistä ja myyjän huolenpitovelvollisuutta koskevissa KauppaL 13–14 ja 72 §:ssä, jotka voisivat tulla analogisesti sovellettavaksi myös jos vaiheittaisuus hahmotetaan esisopimuksen avulla.

³⁰⁴ Ks. *Lehtinen* 2006, s. 221, jonka mukaan due diligence -selvitykset käytännössä määräävät, ostaako ostajakandidaatti yrityksen vai ei.

huolenpitovelvollisuus yrityskaupassa onkin vahvimmillaan, kun neuvotteluissa on saavutettu (II)-sitovuusaste. Huolenpitovelvollisuus luonnollisesti poistuu, mikäli neuvottelut päättyvät tuloksettomina.

Huolenpitovelvollisuus edellyttää ainakin jonkin tasoista hallintaa.³⁰⁵ Osakeyhtiössä johdon lisäksi suurella osakkeenomistajalla voi tosiasiallisesti olla hallinta yhtiöön ja sen omaisuuteen. Vastaavasti pieneltä osakkeenomistajalta ei voida edellyttää samanlaista huolenpitovelvollisuutta. Omistajilta voitaneen kuitenkin vain hyvin poikkeuksellisesti edellyttää samantasoista huolenpitovelvollisuutta kuin yhtiön johdolta.³⁰⁶ Kysymykseen voisi tulla tilanne, jossa omistajat tosiasiallisesti käyttävät määräysvaltaa ohi yhtiön johdon myös muodollisesti johdon toimivaltaan kuuluvissa asioissa. Olennaista huolenpitovelvollisuudessa on, että pelkkä liiketoimintariskin realisoituminen ei merkitse lojaliteettivelvollisuuden rikkomista.³⁰⁷ Myyjällä ei ole lupa neuvottelujen kestäessä olennaisesti lisätä liiketoimintariskijä, sillä tällöin kaupan kohde ei enää ole sitä, mitä ostaja voi perustellusti olettaa.

Reklamaatiovelvollisuus on myös neuvotteluissa tiedonantovelvollisuuden erityistapaus, joka koskee ennen kaikkea tilanteita, joissa toisen osapuolen odotukset sopimuksen syntymisestä ovat virheelliset. Tällöin osapuolen on ilmoitettava toiselle osapuolelle tämän erehdyksestä.³⁰⁸ Velvollisuus syntyy luonnollisesti vasta siinä tilanteessa, kun osapuoli huomaa tai tämän pitäisi huomata erehdys. Reklamaatiovelvollisuus syntyy, kun toisen osapuolen näkökulmasta neuvottelut ovat vielä (I)-asteella, mutta toinen osapuoli olettaa sitovuuden olevan jo (II)- tai (III)-asteella.³⁰⁹

Osapuolten *velvollisuus estää vahinkojen syntyminen* vaikuttaa silloin, kun neuvottelut päättyvät tuloksettomina ja kun neuvotteluriski on siirtynyt vastapuolelle.³¹⁰ Osapuolten

³⁰⁵ *Munukka* 2007, s. 172

³⁰⁶ Yhtiön johdon huolenpito- ja lojaliteettivelvollisuutta yhtiötä kohtaan (OYL 1:8) arvioidaan usein ns. liiketoimintapäätösperiaatteen nojalla, jolloin huomiota kiinnitetään siihen, että päätöksiä tehdään epävarmuuden vallitessa ja että yritystoiminnassa riskinotto on normaalia, ks. HE 109/2005 vp, s. 40–41 ja 194–195. Liiketoimintakaupassa omistajan eli yhtiön huolenpitovelvollisuus samaistuu johdon huolenpitovelvollisuuteen.

³⁰⁷ *Mähönen – Villa* 2006, s. 302

³⁰⁸ Ks. *Taxell* 1977, s. 152, joka kirjoittaa osuvasti lojaliteettiperiaatteen yhteydessä reklamaatiovelvollisuudesta, tosin sopimusrikkomustilanteisiin liittyen, että ”detta [lojalitetskravet] framträder i reklamationens syfte att skapa klarhet för motparten” Ks. *Munukka* 2007, s. 155, joka toteaa velvoitteen vaikuttavan ”prekontraktuellt”.

³⁰⁹ Reklamaatiovelvollisuuden laiminlyönti johtaa itse asiassa yleensä sopimussitovuuteen, eikä perinteiseen neuvotteluvastuuseen, mihin saa tukea esim. OikTL 4.2 ja 6.2 §:stä. Ks. myös *Adlercreutz* 1987, s. 499.

³¹⁰ Ks. KKO 1999:48, jonka perusteluissa todetaan, että ”vahingonkärsijän on kohtuuden mukaan pyrittävä torjumaan ja rajoittamaan vahinkoaan, urakkakilpailussa esimerkiksi hankkimalla saamatta jääneen urakan tilalle muita urakoita.”

velvollisuutena on pyrkiä minimoimaan vahingot, vaikka toinen osapuoli olisi menetellyt tuottamuksellisesti ja olisi velvollinen korvaamaan aiheutuneet vahingot. Velvollisuus vaikuttaa neuvotteluissa (II)- ja (III)-sitovuusasteella, sillä vain tällöin riski neuvottelukuluista on siirtynyt toiselle osapuolelle. Vahingonkorvaus voi estyä, mikäli loukattu osapuoli käyttäytyy tässä suhteessa huolimattomasti. Neuvottelujen aikana osapuolen ei tietenkään kannata ryhtyä turhiin kustannuksiin.³¹¹ Neuvotteluriskistä johtuen osapuoli kantaa tällöin riskin siitä, että turhia kustannuksia ei korvata, vaikka toinen osapuoli menettelisi neuvotteluissa tuottamuksellisesti ja neuvottelut myöhemmin katkeaisivat.

4.4. Disponoidut velvoitteet

4.4.1. Yleistä

Edellä on käsitelty neuvotteluvaiheessa osapuolille voimassa olevasta oikeudesta johtuvia lakimääräisiä velvoitteita³¹². Tässä luvussa tarkastelun kohteena ovat osapuolten neuvottelumenettelyä koskevat niin sanotut prekontraktuaaliset sopimukset, jotka ovat ensisijaisia neuvotteluvastuun arvioinnissa suhteessa lakimääräisiin velvoitteisiin.³¹³ Sopimusvapauden ensisijaisuudesta johtuen osapuolilla on oikeus sopia pääsopimuksen neuvotteluprosessista haluamallaan tavalla.³¹⁴ Neuvotteluvaiheesta voidaan sopia kirjallisesti, suullisesti tai jopa konkludenttisesti. Kirjallinen muoto on kuitenkin aina suositeltavaa.³¹⁵ Prekontraktuaaliset sopimukset voivat olla perinteisesti kaksipuolisia sopimuksia, mutta myös yksipuoliset sitoumukset ovat yhtälailla sitovia.³¹⁶

³¹¹ *Ämmälä* 1997, s. 24, hahmottaa tilanteet riskeiksi oikeudellisten velvoitteiden sijaan.

³¹² Velvoitteet voidaan jakaa toisaalta osapuolten disponoimaan materiaaliin ja toisaalta lakimääräisiin velvoitteisiin, jolloin lakimääräisiin velvoitteisiin luetaan myös säädännäisen oikeuden ulkopuoliset yleiset periaatteet, ks. *Hemmo* 1999, s. 78.

³¹³ *Hemmo* 2003a, s. 229. Ks. myös *Siltala* 2003, s. 260–261.

³¹⁴ Luonnollisesti prekontraktuaalisia sopimuksia koskevat kaikkia muitakin sopimuksia koskevat rajoitukset, kuten kohtuullisuusvaatimus.

³¹⁵ *Norros* 2008, s. 192

³¹⁶ Ks. alla KKO 1999:48 ja *Hemmo* 1999, s. 81. Luonnollisestikaan osapuoli ei voi yksipuolisesti heikentää neuvottelukumppanin asemaa, mutta yksipuolinen varauma – esimerkiksi annetuista tiedoista – lienee pätevä niin kauan kuin seikka, johon varauma kohdistuu ei ole vaikuttanut toisen osapuolen luottamuksen kehittymiseen.

Neuvottelumenettelyä koskevat sopimukset velvoittavat täysimääräisesti, erotuksen esimerkiksi edellä käsitellystä heikommin velvoittavasta aiesopimuksesta³¹⁷, eikä neuvottelujen sitovuusasteella ei ole tähän vaikutusta. Prekontraktuaaliset sopimukset voidaan kuitenkin sijoittaa neuvotteluvastuun yhteyteen, sillä niiden tarkoituksena on ainoastaan säännellä pääsopimuksen (ja siihen liitännäisten apusopimusten) syntymistä, eikä niillä yleensä ole itsenäistä merkitystä.³¹⁸ Mikäli osapuolet ovat sopineet jotakin neuvottelumenettelyn sisällöstä, näiden velvoitteiden rikkominen merkitsee sopimusrikkomusta sen täydessä merkityksessä. Prekontraktuaalisten sopimusten tekemisessä onkin oltava yhtä huolellinen kuin varsinaisen sopimuksen tekemisessä³¹⁹.

Tapauksessa KKO 1999:48 asunto-osakeyhtiö oli urakkatarjouspyynnössään sitoutunut noudattamaan tiettyjä rakennusalan urakkakilpailun periaatteita. Yhtiö oli näitä periaatteita, jotka olivat tulleet osapuolia sitoviksi sopimuksenteon ehdoiksi, rikkoen urakkatarjousten avaamisen jälkeen ryhtynyt neuvottelemaan tarjouksen tekijöiden kanssa urakkahinnoista ja hyväksynyt sen jälkeen muun kuin muun kuin alun perin edullisimman tarjouksen tehneen rakennusliikkeen uuden halvemman tarjouksen. Yhtiö velvoitettiin korvaamaan alun perin edullisimman tarjouksen tehneelle rakennusliikkeelle niin sanotun positiivisen sopimusedun mukainen vahinko.

Käytännössä prekontraktuaaliset sopimukset saattavat hyvinkin tulla kyseeseen yrityskaupoissa, jotka ovat taloudelliselta arvoltaan merkittäviä. Prekontraktuaalisen sopimisen transaktiokustannukset ovat tavallisesti pienet verrattuna koko yrityskaupan arvoon, mutta huolellisella sopimisella voidaan yleensä lisätä oikeusvarmuutta ja selkeyttä neuvotteluosapuolten välille³²⁰. Jotta vastuu prekontraktuaalisen sopimuksen perusteella voisi tulla

³¹⁷ Vrt. *Mäenpää* 2010, s. 338–339, joka mainitsee aiesopimuksen osana prekontraktuaaliisiin sopimuksiin liittyvää vastuuta. Tosin käytännössä on hyvin tavallista, että aikomusta ilmaisevissa dokumenteissa sovitaan samalla myös osapuolia täysimääräisesti velvoittavista ehdoista, mutta nämä ”sopimustyytit” (aikomusta ilmaisevat instrumentit ja toisaalta prekontraktuaaliset sopimukset) on kuitenkin erotettava toisistaan.

³¹⁸ Neuvottelumenettelyä koskeva sopiminen voidaan hahmottaa kahden sopimustason malliksi, jossa ensiksi sovitaan neuvotteluprosessia koskevista seikoista, minkä jälkeen näitä velvoitteita noudattaen neuvotellaan pääsopimuksesta ja siihen liittyvistä muista sopimuksista, ks. *Hemmo* 1999, s. 78–79.

³¹⁹ *Hemmo* 1999, s. 82

³²⁰ Ks. *Hemmo* 2005a, s. 52, joka kuitenkin huomauttaa, että neuvotteluvaiheesta sovittaessa neuvotteluprosessi muodostuu usein raskaammaksi, kun esivaiheena on neuvoteltava pääsopimuksen neuvottelumenettelystä. Ks. myös *Oker-Blom* 2000, s. 239–245, joka huomauttaa erityisesti niin sanotun strukturoidun yrityskaupan (ks. jäljempänä luku 4.4.3., s. 69–72) ylimääräisistä transaktiokustannuksista.

kysymykseen, ehtojen on oltava riittävän yksityiskohtaisia ja velvoitteiden riittävän konkreettisia.³²¹ Ehdon on oltava sellainen, että se voidaan ajatella täytäntönpantavaksi.³²²

Usein prekontraktuaaliseen sopimukseen kirjataan ehto, jonka mukaan osapuolilla on velvollisuus neuvotella vilpittömässä mielessä kaupan toteuttamiseksi (”duty to negotiate in good faith”). Tällaiset ehdot ovat sen verran epämääräisiä, että niillä ei ole vaikutusta arvioitaessa vastuuta *sopimuksen* perusteella. Ehto on esimerkki siitä, että jo yleisistä periaatteistakin johtuva velvollisuus kirjataan sopimukseen. Ehto ei sinänsä muuta velvoitteita verrattuna tilanteeseen ilman prekontraktuaalista sopimusta³²³. Tällaisilla lausumilla voi kuitenkin olla osapuolten luottamusta herättävä vaikutus, ja niillä voi olla siten vaikutusta arvioitaessa sitovuuden kehittymistä.

Seuraavassa tarkastelen ensiksi prekontraktuaalisia sopimuksia, joilla tarkennetaan lakimääräisiä velvoitteita (luku 4.4.2.). Tämän jälkeen käsittelen muita prekontraktuaalisia sopimuksia, joilla ei ole ainakaan suoraa yhteyttä neuvotteluvaiheen lakimääräisiin velvoitteisiin (luku 4.4.3.). Näkökulma tässä luvussa on jatkossa enemmän *sopimustekninen*. Edellä todettiin myös, että prekontraktuaalisilla sopimuksilla voi olla vaikutusta sitovuuden kehittymiseen erityisesti silloin, kun ne sitovat osapuolia tiukemmin neuvotteluihin tai muuten lisäävät luottamusta sopimuksen syntymiseen.³²⁴ Pohdin tässä luvussa sopimusten käsittelyn ohella myös ehtojen lojaliteettivaikutusta.

4.4.2. Lakimääräisten velvoitteiden tarkentaminen

Edellä käsittelin kiellettyjä neuvottelumenettelyjä, joihin luettiin pätemättömyysperusteisiin verrattavat väärinkäytökset, sopimuksentekotarkoituksen puuttuminen ja luottamuksellisuuden ja hyödyntämiskiellon rikkominen sekä neuvotteluyksinoikeuden rikkominen. Lisäksi käsittelin niin sanottuja neuvotteluvaiheen toimintavelvoitteita, joihin kuuluvat esimerkiksi tiedonantovelvollisuudet. Neuvotteluvaiheen velvollisuudet ovat jossain määrin epäselviä, minkä vuoksi niiden täsmentäminen sopimuksella on yleensä paikallaan. Näistä sopimuksella voi olla tarvetta tarkentaa lähinnä luottamuksellisuutta ja hyödyntämiskielltoa, neuvottelueksklusiviteettia sekä tiedonantovelvollisuutta.

³²¹ Ks. *Hemmo* 2003a, s. 227 ja 229, joka toteaa, että oikeusvaikutusten ankaruuden vuoksi prekontraktuaalisissa sopimuksissa ehtojen yksityiskohtaisuudelle olisi syytä asettaa varsin korkeat vaatimukset. Tapauksessa KKO 1999:48 näin oli.

³²² *Kurkela* 2003, s. 44. Esimerkiksi neuvottelueksklusiviteettiehto (ks. jäljempänä luku 4.4.2., s. 62–64) lienee täytäntönpantavissa. Osapuoli voisi luultavasti hakea tuomioistuimelta kieltotuomiota, jos toinen osapuoli neuvottelee sopimuksesta kolmannen kanssa.

³²³ Ks. ajattelutavasta *Hemmo* 1998, s. 33.

³²⁴ Ks. tarkemmin edellä luku 3.3., s. 28.

Muita neuvotteluvaiheen positiivisia velvoitteita ei ole yleensä tarpeellista tarkentaa, sillä velvoitteet ovat melko selviä. Ei myöskään ole mahdollista, että osapuolet voisivat pätevästi etukäteen vapauttaa itsensä kaikista lojaliteettivelvoitteista³²⁵ taikka luopua vetoamasta väärinkäytöksiin tai sopimuksentekotarkoituksen puuttumiseen, jotka ovat selvästi kiellettyjä sopimusneuvotteluissa. Hyvän tavan vastaiset sopimukset eivät sido.³²⁶

Salassapito- ja hyödyntämiskieltosopimus. Luottamuksellisuuteen ja hyödyntämiskieltoon liittyvät lakimääräiset velvoitteet ovat melko täsmentymättömiä,³²⁷ minkä vuoksi yrityskaupan neuvottelussa osapuolten tulisi tehdä salassapito- ja hyödyntämiskieltosopimus.³²⁸ Yrityskaupan neuvotteluissa liikesalaisuuksia tai muuten liiketoiminnan kannalta merkittäviä tietoja vaihdetaan huomattava määrä. Usein myös itse neuvottelut on syytä pitää salassa yleisen epävarmuuden hillitsemiseksi. Tarkoituksenmukaisinta yrityskaupan neuvotteluissa onkin yleensä sopia siitä, että *kaikki informaatio*, mukaan lukien neuvottelujen käyminen ja informaation siirtyminen, on salassa pidettävää³²⁹ ja että tietoa ei ole lupa hyödyntää muuten kuin neuvottelutarkoitukseen. Koska salassapitosopimusten rikkomustilanteissa vahinkoa voi olla hankala näyttää, on sopimusta hyvä tehostaa riittävällä sopimussakolla rajoittamatta kuitenkaan mahdollisuutta sakon ylittävään vahingonkorvaukseen³³⁰.

Yrityskaupassa on yleensä tärkeää sopia siitä, kenelle tietoa saa luovuttaa salassapitovelvollisuudesta huolimatta. Yleensä voidaan ilman sopimusmääräystäkin olettaa, että esimerkiksi ulkopuolisille oikeudellisille ja kaupallisille neuvonantajille voidaan salassapitosopimuksen estämättä luovuttaa informaatiota³³¹. Esimerkiksi rahoittajien, jotka usein tarvitsevat riskien arviointiin salassapitovelvollisuuden alaista tietoa, kuten due diligence

³²⁵ Karhu 2008, s. 106. Ks. PECL Art. 1:201: Good Faith and Fair Dealing (2) The parties may not exclude or limit this duty. Vastaavasti myös UPICC Art. 1:8(2).

³²⁶ Ks. esim. Saarnilehto 2009, s. 60.

³²⁷ Ks. edellä luku 4.2.3.

³²⁸ Hemmo 1999, s. 83. Tosin Hemmo 2005a, s. 330, huomauttaa tiedon leviämisen ja hyväksikäytön valvonnan vaikeudesta. Sopimus on kuitenkin tästä ongelmasta huolimatta aina suositeltava vaihtoehto, muun muassa sen mahdollistaman luontoissuoritusvaatimuksen ja kieltotuomion vuoksi. Ks. kieltovelvoitteen täytäntöönpanosta myös UK 7:16. Ks. myös salassapitosopimusten merkityksestä yleisesti Vapaavuori 2005, s. 151–154, joka korostaa erityisesti preventiivisyysvaikutusta.

³²⁹ On kuitenkin huomattava, että osapuoli voi olla velvollinen antamaan tietoa salassapitosopimuksesta huolimatta esimerkiksi viranomaisille taikka arvopaperimarkkinalainsäädännön perusteella. Pakottavasta lainsäädännöstä poikkeavasti ei tunnetusti voi sopia.

³³⁰ Ks. Hemmo 1999, s. 83. Potentiaalisen vahingon huomattavastikin ylittävä sopimussakko on meillä katsottu lähtökohtaisesti päteväksi, toisin kuin common law -maissa, ks. Kurkela 2003, s. 156–157.

³³¹ Hemmo 1999, s. 83–84.

-raportteja, osalta tämä ei ole kuitenkaan niin selvää. Myöskään silloin, kun ostaja on oikeushenkilö, ei aina ole selvää, kenelle tietoa saa oikeushenkilön sisällä luovuttaa. Kiellon henkilöllisiin rajoihin on tämän vuoksi hyvä kiinnittää huomiota. Lisäksi tulee huolehtia myös siitä, että henkilöt, joille tietoa näin luovutetaan, sitoutuvat osaltaan salassapitoon.

Yhden ostajaehdokkaan tilanteessa salassapito- ja hyödyntämiskieltoisuus menettää usein merkityksensä kaupan toteuttamisen jälkeen, sillä asiasta on tapana sopia myös kauppakirjassa. Kun kauppa toteutuu myyjällä ei luonnollisesti ole enää intressiä suojata kohdeyrityksen liikesalaisuuksia. Neuvottelujen katkeamisen varalta tässä tarkoitettu sopimus on kuitenkin syytä sopia olemaan voimassa määräämättömän ajan³³². Vaikka velvoitteet ovat voimassa neuvottelujen katkettuakin, on yleensä suositeltavaa, että sovitaan lisäksi luovutetun materiaalin ja tiedon palauttamisesta tai tuhoamisesta, mikäli se vain kohtuudella käytännössä on mahdollista.³³³ Näin tiedon leviämistä voidaan tosiasiallisesti estää tehokkaammin. Sama koskee myös erilaisia tiedon käsittelysääntöjä.

Edellä mainittujen näkökohtien lisäksi salassapito ja hyödyntämiskielto ovat, jos mahdollista, vieläkin tärkeämpiä silloin, kun neuvotteluissa on mukana useita ostajaehdokkaita, jotka saattavat olla toistensa ja kohdeyrityksen kilpailijoita. On selvää, että kaikkien kanssa ei voida toteuttaa yrityskauppaa, jolloin muut kuin lopullinen ostaja jäävät neuvottelujen jälkeen kilpailijoiksi. Salassapitosopimuksilla on tällöin myös lopullista ostajaa suojaava tehtävä, sillä lopullinen ostaja ei välttämättä saisi kaupan kohteesta sitä mahdollista kilpailuetua, jota on hankkimassa, ellei salassapito- ja hyödyntämiskielto kata kaikkia aikaisempia ostajaehdokkaita.³³⁴

Toisaalta tieto, jota kohdeyrityksestä luovutetaan ostajakandidaateille, on usein myyjän salassapitovelvollisuuden alaista, jolloin myyjä saattaa rikkoa kolmansien osapuolten kanssa tekemiään salassapitosopimuksia.³³⁵ Käytännössä yrityskauppaneuvottelut olisivat kuitenkin mahdottomia, ellei kohdeyrityksen kannalta merkittäviä tietoja voitaisi paljastaa ostajaehdokkailla. Jotta myyjä voi välttää vastuun kolmansia kohtaan, on erityisen tärkeää, että ostajaehdokkaat sitoutuvat salassapitoon.³³⁶

³³² Ks. *Hemmo* 2005a, s. 329, joka tosin huomauttaa siitä, että tiedon liiketoiminnallinen arvo saattaa usein hävitä lyhyessäkin ajassa.

³³³ *Wist et al.* 2001, s. 446

³³⁴ *Vapaavuori* 2005, s. 140–141

³³⁵ Kaupallisiin sopimuksiin liittyviin salassapitoehtoihin on yleensä tämän vuoksi syytä vaatia varaamaa yrityskauppojen osalta.

³³⁶ Ks. *Vapaavuori* 2005, s. 142–143, joka toteaa, että salassapitosopimusten tulkinnallakin voidaan päätyä siihen, että tällainen suoja osittain väistyy yrityskauppatilanteissa. Varsin-

Salassapitosopimus on yrityskauppaprosessissa yleensä ensimmäinen sopimus, joka tehdään tavallisesti heti ensimmäisen neuvottelukontaktin jälkeen. Salassapito- ja hyödyntämiskieltosopimus yleensä lisää osapuolten keskinäistä luottamusta, sillä tällöin myyjä voi antaa tietoa ilman suurta pelkoa, että tietoa käytetään väärin, ja toisaalta ostaja voi olettaa saavansa enemmän tietoa. Sopimuksella voi poikkeuksellisesti olla sitovuutta lisäävä vaikutus, vaikkakin osapuolten on ymmärrettävä, että tässä vaiheessa kaupan toteuttaminen on vielä huomattavan epävarmaa. Selvyyden vuoksi sopimukseen onkin suositeltavaa kirjata lauseke, jonka mukaan salassapito- ja hyödyntämiskieltosopimus ei perusta osapuolten välille muita kuin sopimuksessa mainittuja velvoitteita³³⁷.

Ekklusiviteetti. Sopimusneuvotteluissa lakimääräinen velvollisuus olla neuvottelematta muiden osapuolien kanssa voi tulla kyseeseen aivan poikkeuksellisesti,³³⁸ minkä vuoksi usein on tarpeellista erikseen sopia neuvotteluyksinoikeudesta. Kaupan kohteesta johtuen on yleensä ostajan intressissä sopia neuvottelueksklusiviteetista. Tällaisella ehdolla myyjä sitoutuu olemaan neuvottelematta kolmansien tahojen kanssa kohdeyrityksen kaupasta.³³⁹ Ostajan näkökulmasta ehto mahdollistaa riittävän ajan varaamisen due diligence-tarkastusten tekemiselle ja neuvottelujen käymiselle ilman pelkoa esimerkiksi siitä, että myyjä käyttää ostajaa vain ”koekaniinina” käyvän hinnan määrittämisessä.³⁴⁰

Ekklusiviteettisopimus ei velvoita osapuolia tekemään sopimusta, mutta yleensä ostaja on kuitenkin oikeutettu korvaukseen turhiksi käyneistä kustannuksista, mikäli myyjä rikkoo

kin silloin, kun neuvotteluissa on mukana vain yksi ostajaehdokas, voi myyjän olla perusteltua vaatia ostajalta ns. hold harmless -sitoumusta (ks. näistä ehdoista yleisesti *Hemmo* 2005a, s. 261–263), mikäli myyjä joutuu yrityskaupan yhteydessä oman salassapitorikkomuksensa vuoksi vastuuseen kolmatta kohtaan. Yrityskaupan salassapitosopimuksen noudattamisellahan tällaisten myyjän sopimusrikkomusten ei koskaan pitäisi tulla ilmi. Usean ostajaehdokkaan kohdalla tällaista sitoumusta on käytännössä mahdotonta saada, koska vahingon aiheuttajia voi olla useita, eikä rikkomuksen tekijää aina pystytä osoittamaan. Ostajakandidaatit eivät tietenkään halua sitoutua korvaamaan muiden ehdokkaiden aiheuttamia vahinkoja. Sama ongelma koskee myös sopimussakkoa usean ostajaehdokkaan tilanteessa. Voi olla vaikea näyttää, kuka ostajaehdokkaista on rikkonut salassapitosopimusta.

³³⁷ Yleensä lauseke tosin otetaan varmuuden vuoksi estämään sellainen sopimuksen tulkinna, että sopimus tarkoittaisi lisenssiä tai muuta immateriaalioikeuden luovutusta, ks. *Vaavuori* 2005, s. 227–228.

³³⁸ Ks. edellä luku 4.2.4.

³³⁹ Ks. *Hemmo* 1999, s. 84, joka huomauttaa siitä, että yrityskaupassa ostajalla ei yleensä ole mahdollisuutta kilpailuttaa kaupan kohdetta, kun taas myyjä voi ja käytännössä usein pitääkin neuvotteluissa mukana useita ostajaehdokkaita.

³⁴⁰ *Stilton* 2008, s. 27

sopimusta käymällä neuvotteluja muiden tahojen kanssa.³⁴¹ Eksklusiviteetista huolimatta myyjällä on yleensä oikeus katkaista neuvottelut hyvää neuvottelutapaa noudattaen, ellei tyydyttävään sopimukseen päästä, ja aloittaa tämän jälkeen neuvottelut kolmannen osapuolen kanssa yrityskaupan toteuttamiseksi.³⁴² Tällainen oikeus voi kuitenkin lykkääntyä, mikäli on sovittu kiinteästä määräajasta.

Eksklusiviteetista sovittaessa huomiota onkin kiinnitettävä erityisesti yksinoikeuden ajalliseen keston.³⁴³ Yksinoikeus voidaan sopia päättyväksi esimerkiksi tiettyä päivänä, jonka jälkeen myyjä on vapaa neuvottelemaan myös muiden ostajaehdokkaiden kanssa. Lyhyt eksklusiviteetti kannustaa ostajaa toimimaan kaupan toteuttamiseksi ripeästi, mikä yleensä onkin tarkoituksenmukaista, kun taas pitkällä yksinoikeudella voi olla päinvastainen psykologinen vaikutus. Varsinkin myyjän intressissä on huolehtia siitä, että eksklusiviteetti loppuu viimeistään silloin, kun neuvottelut osapuolten välillä katkeavat, jotta neuvotteluja voidaan jatkaa kolmannen tahon kanssa ostajan ollessa haluton jatkamaan neuvotteluja³⁴⁴. Ilman ajallisen keston täsmennystä sovellettaneen kohtuullisen ajan periaatetta.³⁴⁵

Eksklusiviteettisopimus saattaa lisätä osapuolten välistä keskinäistä lojaliteettia, koska tällöin ostaja voi perustellusti luottaa siihen, että myyjä ei neuvottele muiden kanssa, jolloin kyseisen ostajaehdokkaan todennäköisyys päästä sopimukseen on suurempi kuin usean os-

³⁴¹ Hemmo 2005a, s. 58. Eksklusiviteettisopimusta voidaan luonnollisesti tehostaa sopimussakolla, mutta sakkoehdolle ei ole samanlaista tarvetta kuin esimerkiksi salassapitosopimuksissa, koska vahingon näyttämiseen ei liity samanlaisia ongelmia. Tosin ostajan sisäisistä toiminnoista aiheutuneita kuluja ei välttämättä pystytä yksilöimään kovin helposti ilman tarkkoja resurssien seurantajärjestelmiä.

³⁴² Hemmo 2005a, s. 58

³⁴³ *ibid.*, s. 58

³⁴⁴ Ks. *Stilton* 2008, s. 28. Tosin ongelmia voi syntyä siitä, milloin neuvottelut katsotaan päättyneeksi. Joskus saatetaan edellyttää esimerkiksi kirjallista vahvistusta neuvottelujen katkaisusta. Myyjä saattaa myös pyrkiä vesittämään eksklusiviteetin katkaisemalla neuvottelut, vaikka sopimukseen pääseminen vaikuttaisikin todennäköiseltä, jos kolmas taho on tehnyt paremman tarjouksen. Täsmällinen aikamääre voi siksi olla hyvä vaihtoehto. Toisaalta taas sovittaessa pitkä täsmällinen aikamääre ostaja voi pyrkiä pelkästään hidastamaan tai estämään kauppa kolmannen tahon kanssa.

³⁴⁵ Hemmo 2005a, s. 58–59. Ks. kohtuullisen ajan määrittämisestä esim. *Saarnilehto* 2010a, s. 151–156. Tapauskohtaisesti kohtuullinen aika neuvottelujen käymiselle ja esimerkiksi due diligence -tarkastusten tekemiselle voisi olla esimerkiksi pienissä yrityskaupoissa (arvo alle 10 miljoonaa euroa) 2–3 kuukautta, keskisuurissa (arvo 10–100 miljoonaa euroa) 4–6 kuukautta ja suurissa (arvo yli 100 miljoonaa euroa) jopa 7–10 kuukautta, riippuen luonnollisesti myös siitä, missä neuvottelujen vaiheessa eksklusiviteetista sovitaan.

tajaehdokkaan neuvotteluissa.³⁴⁶ Luottamuksen lisääntymistä puoltaa myös se, että vasta eksklusiviteetista sopimisen jälkeen ostaja yleensä uskaltaa panostaa prosessin vaatimiin, joskus huomattaviinkin asiantuntijakustannuksiin.³⁴⁷

Lock-in -tyyppinen sopimus, jolla osapuoli sitoutuu neuvottelemaan ja solmimaan sopimuksen, ei puolestaan sellaisenaan ole tarpeeksi konkreettinen, jotta se voitaisiin panna täytäntöön. Tällaisilla ehdoilla voi kuitenkin myös olla osapuolten ai-
komusta ja siten myös lojaliteettia ja luottamusta korostava vaikutus. Ehtojen muotoilussa onkin oltava varovainen, jotta sopimussidonnaisuuden raja ei madal-
lu, ellei tätä ole tarkoitettu³⁴⁸.

Tiedonantovelvoitteista sopiminen. Yrityskaupan neuvotteluvaiheessa on jossain määrin epäselvää, rikkooko myyjä tiedonantovelvollisuuttaan jättäessään vastaamatta ostajan esit-
tämiin tiedusteluihin tämän suorittaessa due diligence -tarkastusta.³⁴⁹ Ainakin silloin, kun
prosessissa on mukana useita ostajaehdokkaita (mahdollisesti kilpailijoita), kun yrityksellä
on hallussaan merkittäviä liikesalaisuuksia tai kun kauppasopimukseen pääseminen on hy-
vin epätodennäköistä, voi olla perusteltua rajoittaa sopimuksella myyjän tiedonantovel-
lisuutta entisestään informaation haitallisen leviämisen estämiseksi³⁵⁰.

Edellä mainituissa tilanteissa myyjän on yleensä syytä pyrkiä sopimaan siitä, että kaikkea
materiaalia ja informaatiota, jota ostaja pyytää, ei tarvitse luovuttaa ainakaan kerralla. Tie-
donantovelvollisuuksista voidaan sopia siten, että alkuvaiheessa ostajaehdokkaiden sama
materiaali on vielä suhteellisen rajattua: tarkastus voi tässä vaiheessa rajoittua esimerkiksi
vain hallinnon ja tilinpäätöstietojen tarkastamiseen. Erityisesti kilpailuoikeudellisesti sensi-
tiivinen materiaali, kuten hintatiedot, on syytä jättää ainakin alkuvaiheessa pois³⁵¹. Kun os-
tajaehdokkaat vähenevät ja luottamus sopimuksen syntymiseen kasvaa, voidaan materiaa-
lia luovuttaa vähitellen yhä enemmän. Mitä salaisempaa tieto on, sitä myöhemässä vai-

³⁴⁶ Ks. vastaavan suuntaisesta, sopimuksen todennäköisyyteen pohjaavasta perustelutavasta
Hemmo 2003a, s. 220–221 ja *Hemmo* 2005a, s. 58.

³⁴⁷ *Stilton* 2008, s. 27

³⁴⁸ Ks. *Hemmo* 2005a, s. 58

³⁴⁹ Ks. edellä luku 4.3.1.

³⁵⁰ Mikään ei tietenkään estä osapuolia sopimasta myyjän oma-aloitteisesta tiedonantovel-
vollisuudesta. Käytännössä tällainen sopiminen voi kuitenkin olla haastavaa, sillä myyjän
on vaikea tietää, mikä on ostajan kannalta kussakin tilanteessa sellaista olennaista tietoa,
jota tämän tulisi oma-aloitteisesti antaa. Jos taas ostaja ja myyjä keskustelevat asiasta, ei ti-
lanne varsinaisesti eroa lakimääräisestä tilanteesta, jossa myyjän on periaatteessa annettava
kaikki ostajan kysymät tiedot.

³⁵¹ *Stilton* 2008, s. 22 ja *Wist et al.* 2001, s. 446

heessa ja harvemmalle ehdokkaalle sitä on syytä luovuttaa.³⁵² Sopimalla tietojen antamisen asteittaisuudesta ostajaehdokkaat eivät pääse perustellusti väittämään, että myyjä rikkoo neuvotteluvaiheen tiedonantovelvollisuuksiaan ”panttaamalla” tietoa.

Ostajan vahvasta selonottovelvollisuudesta johtuen myyjä ei useinkaan etukäteen voi tietää, mitä materiaalia ja informaatiota ostajaehdokkaat haluaa tarkastettavaksi.³⁵³ Tämän vuoksi tässä tarkoitettu sopimus on syytä muotoilla siten, että myyjälle jää jossain määrin vapaus vasta pyynnön tultua, päättää luovuttaako pyydetyn informaation vai ei. Lisäksi informaation asteittaisen luovuttamisen vuoksi sopimukseen olisi hyvä kirjata ehto, jonka mukaan myyjä ei vastaa annetun tiedon oikeellisuudesta ainakaan vielä alkuvaiheessa prosessia, sillä tällainen rajoitettu tieto voi helposti muodostua harhaanjohtavaksi puolittoudeksi.³⁵⁴ Toisinaan materiaali on myös niin laajaa, että myyjän ei voi kohtuudella olettaa itsekään perehtyvän sen oikeellisuuteen, eikä vastuu kaiken tiedon oikeellisuudesta vielä neuvotteluvaiheessa ole siksi yleensä perusteltua.³⁵⁵

Myyjän on kuitenkin oltava tässä suhteessa varovainen. Myöhään luovutettu olennainen tieto voi yllättää ostajaehdokkaan, jolloin tämä saattaa olla haluton jatkamaan neuvotteluja, tai esimerkiksi aiesopimuksissa alustavasti sovittuja asioita saatetaan vielä joutua avaamaan.³⁵⁶

Myyjän tiedonantovelvollisuutta tai vastuuta kaventavilla prekontraktuaalisilla ehdoilla on käsittääkseni lojaliteettia vähentävä vaikutus. Tällöin ostajan käsitys kaupan kohteesta ei ole nimittäin yhtä varmalla pohjalla kuin mitä se olisi, jos myyjä olisi velvollinen antamaan kaikki tiedot ostajalle tämän niitä ensimmäisen kerran pyytäessä. Tässä vaiheessa kaupan kohteeseen liittyy vielä huomattavia epävarmuustekijöitä, joten luottamus sopimuksen syntymiseen ei voi olla kovin perusteltua.

4.4.3. Riskinjaon täsmentäminen ja muu sopiminen

Tässä alaluvussa otetaan esille muita yrityskaupoille tyypillisiä tai suositeltavia prekontraktuaalisia sopimusehtoja, joilla osapuolet voivat säännellä neuvotteluvaiheeseen liittyviä

³⁵² Vapaavuori 2005, s. 141

³⁵³ Tosin due diligence -käytäntöjen perusteella myyjä voi jollakin asteella ennakoida tarvittavia tietoja. Ks. esim. legal due diligence -tarkastuksen eri osa-alueista *Syrjänen* 2001, s. 107–114. Ks. myös due diligence -kysymyslistaesimerkkiä *Listautumisopas*, s. 55–66.

³⁵⁴ Ks. ns. puolittouksista tarkemmin *Wuolijoki* 2009, s. 97–99.

³⁵⁵ Vapaavuori 2005, s. 229. Vastuukysymykset voidaan tarkentaa vasta kauppakirjassa.

³⁵⁶ Ks. Vapaavuori 2005, s. 141.

oikeuskysymyksiä. Yleisimmät tällaiset sopimuksella säänneltävät kysymykset yrityskauppoissa koskevat neuvottelukulujen jakamista, muotovaraumia sekä tarjousmenettelyjä (niin sanottu strukturoitu yrityskauppa).

Neuvottelukustannusten jakaminen. Vahva pääsääntö on, että yrityskaupan osapuolet toimivat neuvotteluissa omalla riskillään ja vastaavat siten omista neuvottelukustannuksistaan.³⁵⁷ Joissakin tilanteissa osapuolilla voi kuitenkin olla tarvetta sopia kustannusten jaosta haluamallaan tavalla, esimerkiksi kustannusten jakamisesta tasan tai jossain muussa suhteessa taikka vain tiettyjen kuluerien siirtämisestä toisen osapuolen vastattavaksi. Sopimuksella on erityistä merkitystä silloin, kun kustannusvastuu siirretään muulle kuin sille taholle, jolle kustannukset aiheutuvat.³⁵⁸

Yleinen varmuuden vuoksi käytetty ehto on, että osapuolet vastaavat kukin vain omista kustannuksistaan riippumatta siitä, kenen hyväksi tehdyistä toimista kustannuksia on syntynyt. Tällainen ehto ei tavallisesti poista sopimuksentekotuottamuserusteista vastuuta, vaan ehdolla varaudutaan vain tavanomaisista syistä johtuvaan neuvottelujen katkeamiseen³⁵⁹. Näin sopimukseen kirjataan jo yleisistäkin periaatteista johtuva riskinjako, mutta ehto voi rajoittaa vastuuta niissä tilanteissa, joissa neuvotteluriskin voidaan katsoa siirtyvän poikkeuksellisesti ilman osapuolen tuottamustakin.³⁶⁰

Ehdon kohdalla saattaa myös sen muotoilusta riippuen tulla pohdittavaksi, olisiko ehto itse asiassa vastuunrajoitus myös sopimuksentekotuottamuksesta johtuvasta vahingosta. Tällöin ehdon on oltava selkeästi muotoiltu ollakseen tehokas vastuunrajoitus³⁶¹. Vastuunrajoitusehto ei kuitenkaan poista missään tilanteissa vastuuta kvalifioidusta tuottamuksesta.³⁶² Neuvotteluissa tahallisuus tai törkeä tuottamuksellisuus voisi tulla kysymykseen selvimmin kiellettyjen menettelyjen osalta, kuten väärinkäytösten ja sopimuksentekotarkoituksen puuttumisen yhteydessä.

³⁵⁷ Tapauksessa KKO 1984 II 181 esillä ollut rakennusosalalle tavanomainen sopimuskäytäntö, jossa rakennuttaja yleensä vastaa neuvotteluajankohdista rakennussuunnittelun kustannuksista, vaikutti osaltaan kustannusten jakamiseen tasan ja siis yleisestä riskinjaosta poiketen. Yrityskauppamarkkinoilla vastaavaa käytäntöä ei ole.

³⁵⁸ Hemmo 2005a, s. 59–60

³⁵⁹ Hemmo 1999, s. 86–87

³⁶⁰ Ks. edellä luku 3.1., s. 23–24.

³⁶¹ Ks. KKO 1992:178, jonka perustelujen mukaan ”yleisenä tulkintaperiaatteena on, että vastuuvapautumislausekkeita on tulkittava suppeasti, etenkin jos ne on – sisällöltään epäselviä tai ylimalkaisia.”

³⁶² Ks. Hemmo 2005b, s. 322–323.

Kustannusvastuun jakamista koskeva ehto on käsittääkseni lojaliteetin kannalta melko neutraali. Jos kustannusvastuuta kuitenkin siirretään merkittävässä määrin toiselle osapuolelle, tämän osapuolen lojaliteettivelvollisuudet voivat jonkin verran kasvaa. Kun osapuoli sitoutuu korvamaan toiselle osapuolelle transaktion valmistelusta aiheutuneita kustannuksia, vaikka toimenpiteet olisi tehty tämän osapuolen hyväksi, voidaan normaalisti olettaa, että luottamus sopimuksen syntymiseen on jo verrattain korkea. Tällöin kustannuksista vastaavan osapuolen pyrkimyksenä on ehkä vain mahdollistaa kaupan toteuttaminen, jos se muuten olisi transaktiokustannusten vuoksi epävarmaa.

Muotovarauma. Yrityskauppojen yleisen huomattavan taloudellisen merkittävyyden vuoksi on suositeltavaa, että osapuolet sopivat niin sanotusta muotovaraumasta. Kysymys on siitä, että sopimus katsotaan syntyneeksi vasta, kun tietyt muodolliset edellytykset on täytetty. Vaatimus kirjallisesti muodosta³⁶³, toimivaltaisten edustajien allekirjoittamasta asiakirjasta tai tietyn tahon hyväksynnästä³⁶⁴ lienevät yleisimmät muotovaraumat. Näin välteään useimmat epäselvyydet siitä, milloin sopimus katsotaan syntyneeksi³⁶⁵. Tällaisella ehdolla voidaan selventää rajaa sitomattomien valmistelutoimien ja sitovuuden välillä.³⁶⁶

Konkludenttinen muotovarauma voidaan ehkä konstruoida esimerkiksi tapauksen KKO 2011:21 taustalle.³⁶⁷ Tapauksessa kaupan keskusliikkeen kauppiaina toimineet kaksi henkilöä olivat perustettavan yhtiön lukuun neuvotelleet keskusliikkeen aluepäällikön kanssa yhteistyösopimuksesta, jonka perusteella kauppiat siirtyisivät kauppiaksi toiselle kauppapaikalle, sekä tähän liitännäisestä luottomyyntisopimuksesta, jonka perusteella kauppiailta olisi oikeus ostaa tavaroita toimittajilta keskusliikkeen lukuun. Korkein oikeus katsoi selvitetyn, että sekä yhteistyösopimuksen että luottomyyntisopimuksen *sisällöstä* oli sovittu kauppiaitten ja aluepäällikön välillä ennen sopimuksen allekirjoittamista.

³⁶³ Nykyään kirjalliseen muotoon on useimmissa tapauksissa perusteltua rinnastaa myös erilaiset sähköiset menetelmät, ks. *Saarnilehto* 2009, s. 53.

³⁶⁴ Vrt. *Hemmo* 1999, s. 87, joka ei liitä tällaista varaumaa sopimuksen syntyedellytyksiä koskevaan sopimiseen. Mielestäni tämä kuitenkin rinnastuu muotovaraumaan, sillä kysymys on osapuolten sopimasta muodollisesta edellytyksestä sopimukselle.

³⁶⁵ *Hemmo* 2005a, s. 53

³⁶⁶ *Norros* 2008, s. 194

³⁶⁷ Koska ratkaisun perusteluissa todetaan, että ”tapauksessa ei ole väitetty, että osapuolet olisivat sopineet kirjallisen muodon noudattamisesta tai että sellaisen muodon noudattamista olisi edellytettävä asianomaisella alalla vakiintuneen käytännön perusteella”, on kyseenalaista, voidaanko ratkaisun perusteella ylipäättään arvioida muotovaraumia. Tapauksen tosiseikat ovat kuitenkin niin lähellä tilanteita, joissa muotovarauman vaikuttaa, että tapausta voidaan tässä yhteydessä käsitellä. Ratkaisun lopputulos ei olisi luultavasti muuttunut, vaikka nimenomaista muotovaraumaa olisi käytetty. ja tällöin todennäköisesti olisi säästyty myös koko oikeusprosessilta.

Keskusliikkeellä oli yhteissopimukseen liittyen käytäntö, jonka mukaan aluepäällikkö neuvotteli ja valmisteli kauppiaan kanssa sopimukset. Sopimukset edellyttivät kuitenkin vielä johtoryhmän käsittelyn jälkeen arvosta riippuen joko toimitusjohtajan tai hallituksen hyväksymistä. Tässä vaiheessa sopimuksen tekemisestä voitiin vielä luopua tai sen ehtoja muuttaa.

Korkein oikeus katsoi, että yhteistyösopimusta ei ollut syntynyt, sillä kyseisen yhteistyösopimuksen tekeminen sen taloudellisen merkittävyyden vuoksi kuului toimitusjohtajan toimivaltaan, vaikka myös aluepäällikön asemavaltuutusta pidettiin mahdollisena. Olennaista arvioinnissa oli se, että kauppiaat olivat aikaisemman käytännön perusteella tietoisia keskusliikkeen sopimuksetekomenettelystä. Heidän voitiin näin katsoa hyväksyneen sen, että sitova sopimus edellytti toimivaltaisen tahon hyväksyntää.³⁶⁸

Ellei sopimuksesta selvästi käy ilmi, mikä on muotovarauman sivuuttamisen oikeusvaikutus³⁶⁹, joudutaan kysymään, pidetäänkö sopimusperusteista muotovaraumaa varsinaisena muotovaatimuksena, jonka seurauksena on pääsopimuksen pätemättömyys, vai ohjeluontoisena muotovaatimuksena, jolloin muodolla on todisteluvaikutukseen rajoittuva merkitys.³⁷⁰ Aikaisemmin olettamana on pidetty ohjeluontoisuutta,³⁷¹ mutta tätä kantaa voidaan myös kritisoida. Jos transaktiotyypisissä sopimuksissa, jotka pääsääntöisesti muutenkin laaditaan aina kirjallisessa muodossa,³⁷² osapuolet vielä erikseen sopivat muotovaraumasta, on yleensä perustellumpaa olettaa, että sitovaa sopimusta ei voi syntyä, mikäli muotovarauma on sivuutettu.³⁷³

Toisaalta muotovarauman ohjeluontoisuuden puolesta voidaan esittää tilanne, jossa osapuolet ovat neuvotteluissa suullisesti lupautuneet allekirjoittamaan sopimuksen, minkä jälkeen toinen osapuoli vielä keinottelumaisesti pyrkii irtautumaan sopimuksesta.³⁷⁴ Vaikka muotovarauma katsottaisiinkin vain ohjeluontoiseksi, näyttövaatimus sopimuksen synty-

³⁶⁸ Ks. hieman vastaavasta tilanteesta myös KKO 1997:189.

³⁶⁹ Esimerkiksi muotoilu ”sopimus syntyy vasta kirjallisen sopimuksen allekirjoittamisella” on suositeltavampi kuin astetta epämääräisempi ”sopimus laaditaan kirjallisessa muodossa”, ks. *Hemmo* 2005a, s. 54.

³⁷⁰ *Hemmo* 2005a, s. 54. Jälkimmäisessä tapauksessa sopimus siis voidaan katsoa syntyneeksi, jos muuta näyttöä sopimuksen syntymisestä on riittävästi.

³⁷¹ Ks. *Muukkonen* 1958, s. 167 ja *Norros* 2008, s. 193 sekä siinä av:ssa 35 viitattu.

³⁷² Ks. *Lehtinen* 2006, s. 92–93 ja *Kurkela* 2003, s. 42.

³⁷³ *Norros* 2008, s. 194

³⁷⁴ Ks. *Hemmo* 2005a, s. 53. Muotovarauma on perusteltua sivuuttaa myös, jos osapuoli pyrkii irti sopimuksesta vetoamalla muotovaraumaan vielä sen jälkeen, kun on jo ryhtynyt sopimuksen täyttämiseen. Täytäntöönpanon aloittamisen jälkeen toinen osapuoli voi yleensä perustellusti luottaa siihen, että muotovirhe on hyväksytty, ks. *Norros* 2008, s. 194.

misestä on joka tapauksessa oltava suhteellisen korkea, ettei tarkoituksetonta sopimussidonnaisuutta synny.³⁷⁵ Lopputulos on siten hyvin lähellä varsinaista muotovaatimusta.

Toisaalta muotovarauman ei tulisi vaikuttaa vastuuseen neuvotteluvaiheen velvoitteiden tuottamuksellisen rikkomisen perusteella. Esimerkiksi maakaaren varsinaisen muotovaatimuksen noudattamatta jättäminen kiinteistökaupan esisopimuksessa (ks. MK 2:7.2) mahdollistaa korvauksen sopimuksen tekemisestä aiheutuneista kuluista (MK 2:8).³⁷⁶

Muotovaraumaa koskeva ehto merkitsee tiettyä, ainakin tosiasiallista sopimussidonnaisuuden jyrkentämistä. Tällöin osapuolten luottamus sopimuksen syntymiseen ei voine olla niin perusteltua kuin tilanteessa ilman nimenomaista muotovaraumaa. Näin on varsinkin silloin, kun samassa yhteydessä korostetaan valmistelutoimien sitomattomuutta³⁷⁷. Muotovaraumalla on siten yleensä lojaliteettia kaventava vaikutus.

Tarjouskilpailumenettelyt. Varsinkin niissä tilanteissa, joissa kaupan kohde on huomattavan iso tai potentiaalisia ostajia on useita, hyvin tavalliseksi menetelmäksi yrityskaupan toteuttamiseen on muodostunut niin sanottu strukturoitu kauppa³⁷⁸. Strukturoidun kaupan tavoitteena on myyjän kannalta kauppahinnan maksimointi ja muutenkin mahdollisimman edullisten ehtojen saavuttaminen verrattuna yksittäin neuvoteltuihin kauppoihin.³⁷⁹

Strukturoituun yrityskauppaan liittyy tavallisesti kaikki edellä mainitut prekонт-raktuaalisten sopimusten tyypit. Tyypillinen strukturoidun kaupan rakenne on seuraavanlainen³⁸⁰:

- (i) *Salassapitosopimukset*, joiden jälkeen ostajaehdokkaille voidaan luovuttaa enemmän tietoa.

³⁷⁵ Hemmo 2005a, s. 54

³⁷⁶ Ks. Klami-Wetterstein 2007, s. 496–500, joka näkee MK 2:8:n toisaalta tiukkaa muotovaatimusta ja toisaalta materiaalsen oikeuden tarpeita yhdistävänä säännöksenä.

³⁷⁷ Ks. samansuuntaisesti Hemmo 2005a, s. 55.

³⁷⁸ Strukturoitu yrityskauppa on terminä hieman harhaanjohtava, sillä ”strukturoitu” viittaa yleisesti minkä tahansa tyyppiseen rakenteeseen. Strukturoitu yrityskauppa viittaa kuitenkin tavallisesti huutokaupamallilla tai muulla kilpailullisella menetelmällä toteutettuun yrityskauppaan (ks. esim. Oker-Blom 2000, s. 236), jollaiseen sillä tässäkin viitataan.

³⁷⁹ Ks. Stilton 2008, s. 10–11. Strukturoidun kaupan tehokkuuden on kyseenalaistanut Oker-Blom 2000, s. 239–248, jonka kritiikki kohdistuu lähinnä menettelyn joustamattomuuteen ja siihen, että iso osa ylimääräisistä transaktiokustannuksista johtuu järjestelyyn osallistuvasta investointipankista.

³⁸⁰ Ks. Stilton 2008, s. 10–24 ja Oker-Blom 2000, s. 237–239.

- (ii) *Esitteen* (information memorandum) *laatiminen* ja *jakaminen* ostajaehdokkaille (vastuuta markkinointitiedoista voidaan tarkentaa tiedonantovelvollisuuksia koskevalla sopimuksella)
- (iii) Ostajaehdokkaiden *alustavat* (indikatiiviset) *tarjoukset*, joiden jälkeen osa ehdokkaista tiputetaan kilpailusta pois.
- (iv) *Informaation läpikäynti* (ostajan suorittamat kaupan kohteen tarkastukset ja johdon esittelyt eli ns. roadshow; voidaan tarkentaa tiedonantovelvollisuuksia koskevalla sopimuksella) ja myyjän antama *kauppakirjaluonnos*.
- (v) *Lopulliset tarjoukset*, joiden jälkeen mukana on yleensä yhdestä kolmeen ehdokasta (ostajaehdokkaille saatetaan korvata osa tarjouskustannuksista).
- (vi) *Neuvottelut* (riippuen menettelyä koskevasta sopimuksesta neuvottelumahdollisuus lopussa saattaa olla hyvinkin rajoitettua), joihin saattaa liittyä ekslusiviteettisopimus, ja *kaupan solmiminen*, johon voi liittyä muotovarauma.

Strukturoitua kauppaa ja muita erilaisia tarjouskilpailumenettelyjä voidaan arvioida edellä käsitellyn ratkaisun KKO 1999:48 perusteella.³⁸¹ Tapauksessa rakennuttajan sitouduttua yksipuolisesti urakkakilpailuperiaatteisiin³⁸² ne olivat tulleet rakennuttajaa ja tarjouksen tekijöitä sitoviksi sopimuksenteon ehdoiksi. Rakennuttaja syyllistyi sopimuksentekorikkomukseen rikkomalla näitä periaatteita³⁸³ ja oli siksi velvollinen korvaamaan positiivisen sopimusedun mukaisen vahingon alun perin edullisimman tarjouksen tehneelle. Vaihtoehtona tällä oli myös oikeus vaatia, että sopimus tehdään. Oikeusseuraamukset olivat siis merkittävät, minkä vuoksi yrityskaupan strukturoinnissa on oltava erityisen varovainen.

Tarjouskilpailumenettelystä tehty sopimus tai annettu sitoumus saattaa kaventaa huomattavasti yrityskaupan myyjän sopimusvapautta. Sopimusvapauden rajoitus liittyy tyypillisesti siihen, kenen kanssa ja minkä sisältöisenä sopimus voidaan tehdä.³⁸⁴ Myyjän intressissä on

³⁸¹ Ks. edellä luku 4.4.1., s. 58.

³⁸² Tapauksen perusteluissa viitattiin periaatteiden kolmeen kohtaan, joiden mukaan rakennuttajan ja urakoitsijan ei tule urakkakilpailussa neuvotella urakkatarjoushinnan muuttamisesta (7.1-kohta), rakennuttajan ja urakoitsijan ei tule käydä neuvotteluja, joiden tarkoituksena on alkuperäisen urakkatarjoushinnan alentaminen (7.5-kohta) ja rakennuttaja valitsee hyväksymiskelpoisista tarjouksista sen, joka taloudelliset, tekniset ja toiminnalliset seikat huomioon ottaen on hänelle edullisin (7.4-kohta).

³⁸³ Rakennuttaja ryhtyi neuvottelemaan tarjouksista ja hyväksyi muun kuin alun perin edullisimman tarjouksen tekijän uuden tarjouksen.

³⁸⁴ *Hemmo* 1999, s. 81. Tapauksessa KKO 1999:48 rakennuttajalla olisi ilmeisesti ollut oikeus hylätä kaikki tarjoukset, sillä urakkakilpailuperiaatteiden mukaan rakennuttajan tuli valita vain *hyväksymiskelpoisista* tarjouksista edullisin. Tosin hyväksymiskelpoisuuteen ei tapauksessa jouduttu ottamaan kantaa.

yleensä pidättää mahdollisimman suuri neuvotteluvapaus ja toisaalta riittävän pitkä tarjousten sitovuusaika. Ostajien näkökulmasta toivottavia ovat mahdollisimman pieni neuvotteluvapaus, erityisesti hinnan suhteen, sekä myyjän velvollisuus tehdä sopimus ainakin jonkun tarjouksen tekijän kanssa.³⁸⁵ Strukturoidussa kaupassa jonkinasteinen neuvotteluvapaus vielä loppuvaiheessakin on yleensä tarpeen johtuen kaupan kohteen monimutkaisuudesta.³⁸⁶ Ostajaehdokkaat saattavat myös tehdä erilaisia varaumia lopullisiin tarjouksiinsa.³⁸⁷

Tarjouskilpailumenettelyihin liittyy myös vaatimus kaikkien ostajaehdokkaiden asianmukaisesta ja yhdenvertaisesta kohtelusta.³⁸⁸ Tiukka yleinen yhdenvertaisuusvaatimus liittyy erityisesti julkisiin hankintoihin, mutta tällä on merkitystä myös yksityisten välisissä suhteissa³⁸⁹. Vaikka varsinainen neuvotteluvastuu tällä perusteella saattaakin olla epävarmaa, on joka tapauksessa kaikkien osapuolten etu, että strukturoidussa kaupassa ostajaehdokkaita kohdellaan yhdenvertaisesti.³⁹⁰ Myyjä ei nimittäin yleensä voi odottaa keskenään vertailukelpoisia tarjouksia, mikäli osapuolia ei ole pidetty esimerkiksi tiedollisesti samassa asemassa neuvottelujen kestäessä.

Strukturoituun kauppaan liittyy ostajien näkökulmasta huomattavia epävarmuustekijöitä. Ennen kaikkea kilpailevat ostajaehdokkaat ja usein salaiset tarjoukset lisäävät epävarmuutta kaupan todennäköisyydestä vielä jopa menettelyn loppuvaiheessa, sillä ehdokkaat eivät usein tiedä oman tarjouksensa menestymismahdollisuuksia.³⁹¹ *Huutokaupparakenne itsessään on siis omiaan vähentämään luottamusta ja lojaliteettia*. Kuitenkin erityisesti silloin, kun neuvotteluvapaus lopullisen tarjouksen jälkeen on pieni, voi neuvottelujen katkaisu loppuvaiheessa perustaa vastuun.³⁹² Muuten strukturoituun kauppaan liittyvien prekontraktuaalisten ehtojen vaikutusta yleiseen lojaliteettiin on pohdittu kunkin ehdon kohdalla erikseen. Tässä todetaan kuitenkin, että myyjän antama esitemuistio on usein laadittu markki-

³⁸⁵ Hemmo 2005a, s. 77

³⁸⁶ Ks. Oker-Blom 2000, s. 239.

³⁸⁷ Ks. Stilton 2008, s. 23. Tällöin ostajien kannalta riskinä voi olla se, että tarjous ei vastaa tarjouspyyntöä, jolloin myyjä ei ole velvollinen hyväksymään tarjousta mahdollisesta tätä koskevasta ehdosta huolimatta.

³⁸⁸ Ks. Hemmo 1998, s. 203 ja Saarnilehto 1999, s. 223.

³⁸⁹ Ks. Pöyhönen 2000, s. 95 ja 99.

³⁹⁰ Samansuuntaisesti Stilton 2008, s. 15, Hemmo 2005a, s. 78 ja Pöyhönen 2000, s. 95.

³⁹¹ Oker-Blom 2000, s. 243

³⁹² Jos menettelyyn liittyy jopa velvollisuus tehdä sopimus, kuten tapauksessa KKO 1999:48, voi kysymykseen tulla positiivisen sopimusedun mukainen vahingonkorvaus tai luontoissuoritusvastuu.

nointihengessä, eikä siinä välttämättä ole luottamusta herättäviä riittävän konkreettisia tietoja kohdeyrityksestä³⁹³.

Muita sopimuksella säänneltäviä kysymyksiä. Edellä käsiteltyjen seikkojen lisäksi prekontraktuaalisissa sopimuksissa voidaan sopia myös monista muista kysymyksistä. Yrityskauppojen neuvottelujen yhteydessä voi olla tarpeellista sopia esimerkiksi *riidanratkaisusta* siltä varalta, että neuvottelumenettelyn asianmukaisuudesta tai sopimuksen syntymisestä aiheutuu riitaa. Välimiesmenettely lienee tässä suhteessa käyttökelpoisiin, sillä yleisiltä tuomioistuimilta saattaa puuttua riittävä kokemus yrityskauppojen neuvotteluvaiheen rakenteen arvioimiseksi.³⁹⁴ Yrityskauppaneuvottelujen osapuolet ovat usein eri maista, mikä vuoksi voi olla perusteltua sopia pääsopimuksen syntyedellytyksiin tai neuvotteluvastuun arviointiin *sovellettavasta laista*.³⁹⁵ Lisäksi voidaan lakimääräisten oikeusseuraamusten lisäksi sopia myös sopimukseen perustuvista oikeusseuraamuksista, mikäli osapuoli rikkoo neuvotteluvaiheen velvoitteitaan.³⁹⁶ Tärkein sopimusperusteinen oikeusseuraamus lienee *sopimussakko*, jota on suositeltavaa käyttää erityisesti salassapitoehdon tehosteena.³⁹⁷

Tällaiset sisällöltään käytännössä melko vakioituneet sopimusehdot lienevät luottamuksen kannalta melko neutraaleja, mutta samoin kuin kustannusvastuun jakamisen osalta silloin, kun toinen osapuoli sitoutuu neuvottelukumppanille selvästi edullisiin ehtoihin (esimerkiksi välimiesmenettely ja lainvalinta toisen osapuolen selväksi eduksi tai selvästi potentiaaliset vahingot ylittävä sopimussakko) ilman mitään ilmeistä syytä, voidaan tilannetta ehkä arvioida niin, että toinen osapuoli pyrkii myönnytyksillä edesauttamaan transaktion toteuttamista, jolloin sekä luottamus että lojaliteetti ovat myös suhteellisen kehittyneet.

³⁹³ *Stilton* 2008, s. 15–17. Ks. konkreettisuusvaatimuksesta *Hemmo* 2003a, s. 299.

³⁹⁴ Ks. *Hemmo* 2005a, s. 60–61. Erilaiset vaihtoehtoiset riidanratkaisumenettelyt eivät neuvotteluvastuukysymysten ratkaisuihin useinkaan ole käyttökelpoisia, sillä ne perustuvat vapaaehtoisuuteen ja osaltaan myös neuvotteluihin. Jos jo neuvotteluista aiheutuu riitaa, ei ole luultavaa, että osapuolet pystyisivät näin ratkaisemaan neuvotteluja koskevat riitansa.

³⁹⁵ Ks. *Hemmo* 2005a, s. 61. Jos lainvalinta osoittaa muun kuin Suomen lakiin, tämän tutkimuksen tuloksista ei luonnollisesti ole hyötyä tilanteiden arvioinnissa.

³⁹⁶ Ks. *Kurkela* 2003, s. 148.

³⁹⁷ *Hemmo* 1999, s. 83

5. OIKEUSSEURAAMUKSET

5.1. Vahingonkorvaus

5.1.1. Yleistä

Mahdollisesti vieläkin tärkeämpää kuin selvittää neuvotteluvaiheen velvoitteiden sisältöä, on selvittää, mitä seuraa näiden velvoitteiden rikkomisesta. Tärkein neuvottelujen katkeamiseen perustuva oikeusseuraamus on ehdottomasti vahingonkorvaus,³⁹⁸ jota yleensä arvioidaan niin sanotun differenssiopin avulla.³⁹⁹ Neuvotteluissa aiheutunut vahinko on lähes poikkeuksetta puhtaasti taloudellista, joka tulee korvattavaksi neuvotteluvastuuta koskevien itsenäisten periaatteiden mukaisesti.⁴⁰⁰ Tässä alaluvussa käsitelen neuvotteluvastuuseen liittyvän vahingonkorvauksen yleisiä kysymyksiä. Jäljempänä käsitelen erikseen vahingon määrää, jossa yhteydessä puhutaan yleensä negatiivisesta (luku 5.1.2) ja positiivisesta (luku 5.1.3) sopimusedusta.

Kuten on aikaisemmin todettu, neuvotteluvastuu edellyttää pääsääntöisesti tuottamusta. Tämä ilmenee hyvin esimerkiksi ratkaisun KKO 2009:45 perusteluista, joiden mukaan kysymys oli siitä, onko menettely ollut moitittavaa. Korvausvastuu voi syntyä ”varsinkin silloin, kun toinen osapuoli on *tahallaan tai huolimattomuudesta* synnyttänyt neuvottelukumppanissaan perustellun luottamuksen – –.”⁴⁰¹

³⁹⁸ Ks. KKO 2009:45 ja KKO 1999:48. Lähtökohtana pidetään sitä, että vahinko jää vahingonkärsijän kannettavaksi. Tästä voidaan poiketa, kun on olemassa jokin oikeusperuste, kuten tuottamus tai ankaran vastuun perustava seikasto, jonka perusteella vahinko siirretään pois vahingonkärsijältä. Lisäksi edellytetään tunnetusti, että aiheutuneen vahingon ja toiminnan välillä on syy-yhteys. Ks. vahingonkorvauksen edellytyksistä yleisesti esim. *Routamo et al.* 2006, s. 33–34 ja *Hemmo* 1998, s. 5–6. Vahingonkorvauksen edellytysten täytyessä pyritään korvaus määrittämään täyden korvauksen periaatteen mukaisesti. Vastuuta rajoittaa kuitenkin erityisesti ennakoitavuusvaatimus, ks. *Hemmo* 1994, s. 144.

³⁹⁹ Vahinko määritellään toteutuneen ja hypoteettisen tapahtumankulun erotuksena, ks. *Hemmo* 2005b, s. 144. Täyden korvauksen periaate ja differenssioppi määrittelevät tavallaan korvauksen ideaalia. Ks. yleisesti differenssiopin ongelmista *Hemmo* 1994, s. 72–78.

⁴⁰⁰ Ks. vastuumuodosta edellä luku 2.1.2.

⁴⁰¹ Ilmaisuihin ”*tahallaan tai huolimattomuudesta*” tarkoitetaan nimenomaan tuottamusta, ks. esim. *Routamo et al.* 2006, s. 82–83. Tuottamusta ilmentäviä tosiseikastoja on käsitelty edellä pääluvussa 3 ja 4.

Yllä olevasta sitaatista voidaan päätellä, että korvausvastuu voisi tulla kysymykseen myös tuottamuksesta riippumatta. Korkein oikeus on siten jättänyt avoimeksi myös mahdollisen ankaran korvausvastuun.⁴⁰² Kysymys olisi siitä, että neuvottelumenettely on täysin asianmukaista, ja neuvotteluissa edetään (I)-sitovuusasteelta (II)-asteelle, kunnes jokin odottamaton käänne tekee sopimuksesta kannattamattoman.⁴⁰³ Kuten todettua, useimmissa tapauksissa tuottamuksen voidaan kuitenkin katsoa ilmenevän liian positiivisen kuvan antamisena.

Tuottamukseen liittyy olennaisesti kysymys todistustaakan jaosta. Koska neuvotteluvastuu vaikuttaa vakiintuneen itsenäiseksi vastuumuodoksi perinteisten vastuumuotojen välimaastoon⁴⁰⁴, ei ole selvää, noudatetaanko todistustaakan jaossa deliktivastuulle tyypillistä normaalia tuottamusvastuuta, jossa vahingonkärsijän on osoitettava vahingonaiheuttajan tuottamus, vai niin sanottua ekskulpatiovastuuta, jossa sopimusvelallisen on vapautuakseen vastuusta osoitettava menetelleensä huolellisesti.⁴⁰⁵ Neuvotteluvastuuta koskevassa oikeuskäytännössä (KKO 2009:45, KKO 1999:48 ja KKO 1984 II 181) ei ole selvästi otettu kantaa todistustaakkaan⁴⁰⁶. Oikeuskirjallisuudessa vallitsevana on ollut kanta, jonka mu-

⁴⁰² Mäkelä 2009, s. 365. Tuottamuksesta riippumaton vastuu tulee yleensä kysymykseen, kun elinkeinotoiminnassa on aiheutettu ilmeinen, yleensä henkilövahingon vaara ja kun tämä riski on toteutunut, ks. *Routamo et al.* 2006, s. 174–181 ja siinä viitatus oikeustapaukset, jotka kuitenkin huomauttavat myös ankaran vastuun laajentumistrendistä. Ks. myös *Hemmo* 2005b, s. 99, joka toteaa, että huomattavan spekulatiivisessa elinkeinotoiminnan harjoittamisessa ankara vastuu voisi tulla helpommin kyseeseen.

⁴⁰³ Ks. KKO 1984 II 181, jonka perusteluissa todetaan, että neuvottelujen katkeaminen ei johtunut kummankaan osapuolen moitittavasta menettelystä, vaan uskottava syy oli rahoituksen järjestämisen epäonnistuminen. Tapauksessa alan vallitsevalla käytännöllä oli kuitenkin huomattava merkitys vastuun jakautumisessa.

⁴⁰⁴ Ks. *Hemmo* 1998, s. 49, joka toteaa tuottamusta koskevan todistustaakan olevan yksi merkittävimmistä vastuumuotojen eroista. Muiden vahingonkorvauksen edellytysten osalta todistustaakka on vastuumuodosta riippumatta pääsääntöisesti aina vahingonkärsijällä, ks. esim. *Saarnilehto* 2010b, s. 57–66. Vrt. kuitenkin vahingon määrän osalta OK 17:6.

⁴⁰⁵ Ks. vastuumuodon ja todistustaakan yhteydestä *Lappalainen* 2001, s. 337–339 ja *Hemmo* 1998, s. 49–51. Tässä ei puututa tarkemmin tuomioistuimissa sovellettavaan näyttöarviointiin, jossa riittävän näytön osoittaminen saattaa tosiasiallisesti kääntää toiselle osapuolelle lähtökohtaisesti asetettavan todistustaakan, ks. ns. ylipainoperiaatteesta kokoavasti *Lappalainen* 2001, s. 329–333 sekä näytön riittävydestä ja arvioinnin joustavuudesta *ibid.*, s. 341–347. Joustava näytön arviointi on omiaan kaventamaan vastuumuotojen välisiä rajaa, ks. *Hemmo* 1998, s. 52–53.

⁴⁰⁶ Ainoastaan ratkaisun KKO 1984 II 181 hovioikeuden perusteluissa näyttötaakkaan on kiinnitetty huomiota: ”HO oli katsonut jutussa jääneen näyttämättä, että – – suunnittelutyö olisi perustunut kommandiittiyhtiön toimeksiantoon tai osapuolten väliseen sopimukseen taikka että kommandiittiyhtiö oli muullakaan perusteella vastuussa suunnittelukustannusten korvaamisesta osakeyhtiölle.” Koska hovioikeus vapautti kommandiittiyhtiön korvausvelvollisuudesta, jolloin vahinko siis jäi osakeyhtiön kannettavaksi, näyttötaakka sopimusentuottamuksesta (”muusta perusteesta”) oli osakeyhtiöllä. Tähän on kuitenkin suhtauduttava varoen, koska korkein oikeus kumosi hovioikeuden tuomion.

kaan sopimuksentekorikkomuksissa noudatetaan deliktisuhteille tyypillistä todistustaakan jakoa.⁴⁰⁷ Neuvottelujen katkaisun ei ole siten katsottu täyttävän ekskulpaatioperiaatteen vaatimuksia.⁴⁰⁸ Reaalisesti todistustaakan jakautumista voidaan perustella materiaalsen oikeuden tarpeilla, kokemusperäisellä todennäköisyydellä ja osapuolten näyttömahdollisuuksilla.⁴⁰⁹ Näistä ensimmäinen⁴¹⁰ ja jälkimmäinen⁴¹¹ näkökohta puoltavat deliktivastuulle tyypillistä todistustaakkaa, kun taas kokemusperäinen todennäköisyys ei auta todistustaakan asettamisessa⁴¹².

Mäkelä on tapauksen KKO 2009:45 kommentaarissaan kiinnittänyt huomiota osapuolten näyttömahdollisuuteen katsoessaan, että todistustaakka olisi asetettu ekskulpaatioperiaatteen mukaisesti.⁴¹³ *Mäkelä* perustelee kantaansa sillä, että ratkaisun perusteluissa on nimenomaisesti todettu, että vastaajalla ei ole ollut kanta-

⁴⁰⁷ Ks. *Hemmo* 1998, s. 207–208, *Saarnilehto* 1999, s. 233 ja *Routamo et al.* 2006, s. 477. Vrt. kuitenkin ratkaisun KKO 2009:45 johdosta *Mäkelä* 2009, s. 364.

⁴⁰⁸ Ks. *Hemmo* 1998, s. 207.

⁴⁰⁹ Ks. kokoavasti *Saarnilehto* 2010b, s. 67–76. Ainakin silloin, kun kaikki perusteet puoltavat samanlaista todistustaakan jakoa, ei tästä jaosta ole syytä poiketa, ks. *Halila, J* 1955, s. 306. Jälkimmäisin tekijä viittaa vahvasti prosessiekonomiaan ja oikeustaloustieteeseen.

⁴¹⁰ Materiaalsen sopimusoikeuden lähtökohtana on sopimusten sitovuus, minkä vuoksi tuottamusolettama on perustellumpaa asettaa sopimusta rikkoneelle, ks. *Lappalainen* 2001, s. 338. Neuvotteluvaiheessa lähtökohtana puolestaan on sitomattomuus, joten vastaavaa olettamaa ei voida perustella neuvottelujen katkaisutilanteissa.

⁴¹¹ Todistustaakka tulisi asettaa osapuolelle, jolla on paremmat näyttömahdollisuudet, ks. *Halila, J* 1955, s. 297–298. Jos sopimusvelkojalla olisi todistustaakka, jouduttaisiin todistelu usein kohdistamaan sopimusvelollisen yritysorganisaation sisäisiin seikkoihin, joista velkojan on yleensä erittäin vaikea ottaa selvää, ks. *Hemmo* 1998, s. 54. Neuvottelutilanteissa ei todistelu jouduta kuitenkaan kohdistamaan vastapuolen sisäisiin seikkoihin, vaan tuottamusarvointi kohdistuu lähinnä neuvottelumenettelyn asianmukaisuuteen, mikä taas on yleensä neuvotteluosapuolen havaittavissa. Tosin voidaan huomauttaa, että joidenkin perusteiden osalta tuottamustaakka saattaa kääntyä hyvinkin helposti juuri tämän näkökohdan vuoksi. Esim. sopimuksentekotarkoituksen puutteesta voi olla käytännössä mahdotonta esittää suoraa näyttöä, ks. tästä edellä luku 4.2.2.

⁴¹² Abstrakti ja huomattavan vakiintunut kokemusperäinen todennäköisyys voi auttaa asettamaan todistustaakan siten, että tuomiot vastaisivat mahdollisimman pitkälle todellista asiantilaa, ks. *Halila, J* 1955, s. 294–296. Neuvotteluista ei voida kuitenkaan sanoa, johtavatko ne vakiintuneesti sopimukseen vai katkeavatko ne tuloksettomina. Yleisesti on tiedossa, että neuvotteluissa saatetaan päästä sopimukseen, mutta myös se, että neuvotteluista saattaa aiheutua jälkikäteen ajatelleen turhia kustannuksia, ks. *Hemmo* 1998, s. 209.

⁴¹³ Ks. *Mäkelä* 2009, s. 364. *Mäkelän* mukaan vahingonkärsijän on huomattavasti vaikeampi esittää näyttöä siitä, että sopijakumppani on menetellyt vilpillisesti, kuin vahingonaiheuttajan siitä, että hänen menettelynsä on ollut moitteetonta. Tämä ei vastaa käsittääkseni vallitsevaa käsitystä. Lähtökohta nimittäin on, että henkilö on vilpittömässä mielessä ja käy sopimusneuvotteluja tositaroituksella, ks. *Saarnilehto* 1999, s. 233. Ks. todistustaakasta vilpittömän mielen osalta *Saarnilehto* 2009, s. 23, *Ämmälä* 1997, s. 12 ja *Halila, J* 1955, s. 160–161, joiden mukaan henkilön, joka väittää toisen olevan vilpillisessä mielessä, on näytettävä väitteensä toteen. Ks. vastaavasti myös PECL Art. 1:201 kommentaari, s. 116.

jan vastuulla olevasta seikasta johtuvaa syytä neuvotteluista vetäytymiseen.⁴¹⁴ Vastaajan olisi siten tullut esittää jokin hyväksyttävä syy vastuusta vapautumiseen, mikä sinänsä näyttäisi tukevan *Mäkelän* kantaa. Ekskulpaatiovastuun vapautumisperuste on kuitenkin osoitus *omasta huolellisuudesta*, eikä vahingonkäräjien hylättävästä menettelystä.⁴¹⁵ Vahingonkäräjien tuottamus on sitä vastoin yleensä vahingonkorvauksen määrää alentava tekijä ja se kaventaa vastuuta sekä normaalissa tuottamusvastuussa että ekskulpaatiovastuussa.⁴¹⁶ Luontevampi syy sille, että korkein oikeus on perusteluissaan tuonut seikan esille, lieneekin se, että neuvotteluosapuolen hylättävä menettely oikeuttaa katkaisemaan neuvottelut siitä huolimatta, että neuvotteluja ei muuten olisi lupa katkaista ilman vastuuta.⁴¹⁷

Suhtaudun varauksella siihen, että neuvotteluvastuutapauksissa näyttötaakka olisi yleisesti ekskulpaatioperiaatteen mukainen, koska näyttötaakkaan ei ole otettu nimenomaista kantaa.⁴¹⁸ Myös oikeustieteen vallitseva kanta ja asiasyyt puoltavat deliktivastuulle tyypillistä todistustaakan jakoa. Tosin näyttötaakka voi herkemmin kääntyä, kun neuvotteluissa lähesytään täyttää sopimusvastuuta ((III)-sitovuusastetta).

Vahinkojen ennakoitavuuteen⁴¹⁹ on myös syytä kiinnittää huomiota samasta syystä kuin todistustaakan jakoonkin. Neuvotteluvastuun perusteella korvattavaksi voi tulla sekä välittömiä että välillisiä vahinkoja,⁴²⁰ jotka molemmat tunnetaan sekä sopimus- että deliktivastuussa. Yleisesti voidaan kuitenkin sanoa, että sopimussuhteissa taloudellisia ja erityisesti välillisiä odotuksia on perustellumpaa suojata kuin deliktisuhteissa.⁴²¹ Neuvotteluvastuu si-

⁴¹⁴ Ks. *Mäkelä* 2009, s. 364.

⁴¹⁵ Ks. esim. *Taxell* 1972, s. 271. Yleensä todistelu tosin kohdistuu johonkin sopimusvelallisesta riippumattomaan ja odottamattomaan syyhyn, joka aiheuttaa suoritushäiriön, ks. *Hemmo* 2003b, s. 237 ja *Taxell* 1972, s. 289.

⁴¹⁶ Ks. esim. *Hemmo* 2005b, s. 207–208 ja *Hemmo* 2003b, s. 300–304.

⁴¹⁷ Tapauksessa saattoi olla kysymys myös ns. ylipainoperiaatteen soveltamisesta ja sen esiin tuomisesta, ks. edellä av. 405.

⁴¹⁸ Koska ekskulpaatio ei ole vallitsevan kannan mukainen, tuottamusolettama olisi ratkaisussa syytä nimenomaisesti tuoda esille, mikäli tästä olisi kysymys.

⁴¹⁹ Ennakoitavuutta voidaan pitää syy-yhteyden *laadullisena* edellytyksenä, ks. *Hemmo* 1994, s. 56–57 (kurs. tässä). Teoriassa neuvottelujen katkeamisesta voidaankin johtaa syy-yhteys hyvin monenlaisiin vahinkoihin tapahtumaketjussa, joka muodostuu vaihtoehdoksi sille, mitä muuten olisi tapahtunut, ks. *Routamo et al.* 2006, s. 324–325.

⁴²⁰ Ks. KKO 2009:45 ja *Mäenpää* 2010, s. 343. Ks. välittömien ja välillisten vahinkojen erottelusta ja erottelun ongelmista yleisesti *Hemmo* 1994, s. 286–290.

⁴²¹ Ks. *Hemmo* 1998, s. 154–157. Sopimussuhteissa velvoitteet ovat täsmentyneet suhteessa tiettyyn henkilötahoon, ja osapuolilla on keskinäisen kommunikaation perusteella laajempi käsitys suorituksen käyttötavasta ja siten myös suorituksen laiminlyönnin vahinkoseuraamuksista. Deliktisuhteissa puolestaan suojataan yleisesti kaikkia potentiaalisia vahingonkäräjijöitä, eivätkä näille aiheutuneet vahingot ole samalla tavalla ennakoitavissa. Vaihdamme ympäristössä on myös normaalia olettaa, että sopimukseen perustuvaa suoritusta tullaan käyttämään voiton hankkimiseen. Ks. myös *Häyhä* 2000a, s. 51–52, joka kuvaa so-

joittuu tässä suhteessa jatkumoon siten, että vahinkojen ennakoitavuuteen vaikuttaa huomattavasti neuvottelujen vaihe.⁴²² Samaan tapaan kuin sitovuus kehittyy (I)-asteelta syvemmäksi, myös välillisten vahinkojen ennakoitavuus lisääntyy.

5.1.2. Negatiivinen sopimusetu

Kun vahingonkorvauksen edellytykset ovat käsillä, lähtökohtana korvausta laskettaessa pidetään niin sanottua negatiivista sopimusetua.⁴²³ Korkeimman oikeuden neuvotteluvastuuratkaisuissa vahingonkorvauksen määrää on perusteltu seuraavasti:

KKO 2009:45 (osa perusteluista): Vahingonkorvausta määrättäessä lähtökohtana on, että loukattu osapuoli saatetaan samanlaiseen asemaan, missä hän olisi ollut, jos sopimusneuvotteluihin ei olisi ryhdytty.⁴²⁴

KKO 1999:48 (osa perusteluista): Jos sopimus on rikkomuksen vuoksi jäänyt syntymättä, loukatulle osapuolelle on korvattava ainakin sopimusneuvotteluista ja tarpeellisista valmistelutoimenpiteistä aiheutuneet, hukkaan menneet kustannukset.⁴²⁵

Toinen tapa määritellä negatiivinen sopimusetu on kuvata sitä vahingoksi, joka on aiheutunut vahingonkärsijälle tämän luottaessa sopimuksen syntymiseen.⁴²⁶ Negatiivisen sopi-

pimusta eräänlaisena vakuutuksena, jonka tarkoituksena on deliktisuhteissa vallitsevan epävarmuuden poistaminen. Ns. floodgate-argumentilla, jonka mukaan puhtaasti taloudellisten vahinkojen korvauskelpoisuutta tulisi rajoittaa sopimussuhteiden ulkopuolella, sillä muuten korvausvaatimukset voisivat muuttua täysin hallitsemattomiksi (ks. esim. *Mäenpää* 2010, s. 341) ei tämän vuoksi neuvotteluissa ole kovin painavaa merkitys.

⁴²² Neuvotteluissa velvoitteet ovat täsmentyneet nimenomaan neuvottelukumppaniin, mikä puoltaa tyypillistä deliktivastuuta laajempaa välillisten vahinkojen korvaamista. Samoin laajempaa vastuuta puoltaa se, että osapuolet voivat sopia neuvotteluvaiheesta ja vahinkojen korvaamisesta. Toisaalta erityisesti neuvottelujen alkuvaiheessa neuvottelujen katkaisun taloudelliset vaikutukset eivät vielä ole samaan tapaan ennakoitavissa kuin varsinaisissa sopimussuhteissa. Nämä käsitykset kuitenkin tarkentuvat neuvottelujen edetessä. Neuvotteluosapuolien tulee myös ymmärtää se, että kohdeyritykselle voi kaupan jälkeen olla monenlaista käyttöä, jolloin liiketoiminnan jatkaminen sellaisenaan on harvoin vaihtoehto.

⁴²³ Ks. esim. KM 1990:20, s. 255, *Hemmo* 2003a, s. 230 ja *Saarnilehto* 1999, s. 234. Tämän tutkimuksen jäsennyksessä sitovuuden on oltava (II)-asteella.

⁴²⁴ Negatiivisen sopimusedun käsitteestä vastaavasti myös KM 1990:20, s. 255, *Ämmälä* 1991, s. 547 ja *Taxell* 1972, s. 390. Negatiivisen sopimusedun arvioiminen edellyttää differenssiopille ominaisen hypoteettisen tapahtumakulun selvittämistä, ks. *Taxell* 1972, s. 391.

⁴²⁵ Tämä lausuma viittaa vahinkoihin, jotka yleensä luetaan negatiiviseen sopimusetuun, mutta se käsittää vain osan negatiivisesta sopimusedusta. Ks. myös *Hemmo* 2003, s. 231, joka toteaa, että negatiivista sopimusetua voidaan pitää suuntaa-antavana, mutta ei kuitenkaan liian sitovana.

⁴²⁶ *Hemmo* 1994, s. 88–89. Negatiivista sopimusetua onkin kutsuttu myös luottamuseduksi. Vrt. *Pöyhönen* 1988, s. 218, joka on erottanut negatiivinen sopimusedun luottamusedusta.

musedun tarkoituksena on poistaa sopimuksen valmistelusta aiheutuneet taloudelliset vaikutukset.⁴²⁷ Negatiivinen sopimusetu voidaan siten jakaa korvaukseen, joka palauttaa vahingonkärsijän tilanteeseen, jossa neuvotteluja ei ole vielä aloitettu, sekä toisaalta korvaukseen menetetyistä vaihtoehdoista.⁴²⁸ Seuraavassa pyrin selvittämään tavallisimpia negatiivisen sopimusedun mukaan korvattavia vahinkoja.

Tyypillisimmin korvattavia vahinkoja ovat *sopimuksen valmistelukustannukset*.⁴²⁹ Yrityskaupan valmistelun merkittävimmät kuluerät ovat yleensä asianajajien ja muiden konsulttien palkkiot⁴³⁰, jotka muodostuvat muun muassa due diligence -selvityksistä, fyysisistä neuvotteluista ja kirjeenvaihdosta⁴³¹ sekä transaktiomallin suunnittelusta ja kaupan dokumentaation laatimisesta. Lisäksi kustannuksia aiheutuu usein myös organisaation sisäisen työmäärän lisääntymisestä.⁴³² Tällaiset kustannukset ovat lähes poikkeuksetta ennakoitavia ja siten korvattavia⁴³³.

Korvattavia vahinkoja voivat olla myös *sopimuksen täyttämistoimenpiteistä aiheutuneet kustannukset*.⁴³⁴ Yrityskaupassa tällaisia kustannuksia ei ole yleensä kovin paljon, sillä kaupan kohde on jo olemassa, eikä omistusoikeuden siirto sinällään vaadi mitään erityisiä

⁴²⁷ *Ämmälä* 1991, s. 547. Vrt. *Craswell* 1996, s. 499–501, jonka mukaan luottamusedun korvaaminen voi olla oikeuskeinona huonoin vaihtoehto, koska se saattaa kannustaa osapuolia tehottomaan luottamukseen. *Craswellin* analyysi näyttää kuitenkin johtavan hyvin monimutkaiseen korvausjärjestelmään, sillä se perustuu osapuolten riskinottohalukkuuteen, joka taas hyvin tapauskohtaista.

⁴²⁸ Vahingonkärsijä olisi *mahdollisesti* solminut toiseksi parhaan sopimuksen, ellei käsillä olevia sopimusneuvotteluja olisi käyty, ks. ns. luottamusedusta ja vaihtoehtoiskustannuksista osana negatiivista sopimusetua esim. *Cooter – Ulen* 2004, s. 241–242. Ks. myös *Farnsworth* 1987, s. 228, joka toteaa, että menetetyt mahdollisuudet tulisi lukea osaksi neuvotteluihin perustuvaa korvausta, kunhan korvauksen muut edellytykset täyttyvät.

⁴²⁹ Tapauksessa KKO 1984 II 181 korvattavaksi tuli tarjouksen antamista varten tarvittavien piirustusten ja muiden rakennussuunnitelma-asiakirjojen hankkimisesta sekä suunnittelutöistä aiheutuneita kuluja.

⁴³⁰ Nämä saattavat nousta kaupan koosta riippuen jopa satoihin tuhansiin euroihin.

⁴³¹ Käytännössä asianajajat ja muut konsultit usein neuvottelevat kaupasta ja tekevät ns. liikaisen työn. Neuvottelutuloksista luonnollisesti raportoidaan päämiehille jatkuvasti.

⁴³² Esimerkiksi ylimääräisistä kokouspalkkioista tms. syntyvät kulut voivat kuulua tähän ryhmään. Näiden osoittaminen edellyttää tietenkin toimivia resurssien seurantarjestelmiä.

⁴³³ *Hemmo* 2003a, s. 231

⁴³⁴ Tapauksessa KKO 2009:45 korvattavaksi tulivat kustannukset rakennus- ja korjaustyöstä, joiden tarkoituksena oli muuttaa liiketilat vastaajan tarpeiden mukaisiksi. Tapauksessa korjaustyöt tehtiin vastaajan vaatimuksesta.

toimenpiteitä.⁴³⁵ Yrityskaupassa sovitaan usein kuitenkin erilaisista ehdoista, joiden täytymistä vaaditaan ennen kaupan toteuttamista.⁴³⁶ Kysymys voi olla esimerkiksi erilaisista suostumuksista tai luottamushenkilöiden vaihtamisesta,⁴³⁷ jotka pääsääntöisesti käyvät tarpeettomiksi, mikäli kyseisen tahon kanssa ei päästä sopimukseen. Neuvotteluvaiheessa osapuolille voi olla jo hyvin selvää, millaisia ehtoja kauppa edellyttää, minkä perusteella näiden toteuttaminen voi olla perusteltua jo ennen lopullisesti sitovan sopimuksen tekemistä. Varsinkin niissä tilanteissa, joissa transaktio halutaan toteuttaa mahdollisimman pikaisesti ja joissa neuvotteluosapuoli kehottaa ryhtymään näihin toimiin⁴³⁸, tällaiset kustannukset ovat ennakoitavissa.

Myös niin sanotut *disponointikustannukset*, jotka aiheutuvat siitä, että osapuoli tekee neuvoteltavaan sopimukseen luottaen sopimuksia kolmansien tahojen kanssa, saattavat tulla korvattavaksi.⁴³⁹ Jos neuvoteltava yrityskauppa kariutuu, kolmansien kanssa käydyt neuvottelut ja tehdyt sopimukset käyvät turhiksi. Vahinkoa syntyy tällöin ensinnäkin turhaan käydyistä neuvotteluista, mutta mahdollista on, että osapuoli joutuu kolmannen kanssa tekemänsä sopimuksen perusteella korvausvelvolliseksi. Yrityskaupan valmistelussa kysymys voi olla esimerkiksi kolmannelta taholta hankittavasta rahoituksesta. Ulkopuolinen velkarahoitus yrityskaupassa on hyvin tyypillisistä, joten varsinkin tästä johtuvat neuvottelukustannukset ovat helposti toisen osapuolen ennakoitavissa.

Negatiivisen sopimusetuun kuuluu myös menetetyistä mahdollisuuksista johtuva vahinko.⁴⁴⁰ Yrityskaupan luonteesta johtuen lähinnä myyjällä voisi olla mahdollisuus solmia vastaava sopimus.⁴⁴¹ Neuvottelujen katketessa myyjälle voikin aiheutua *vastaavan sopimuksen mukaisen voiton* suuruinen vahinko siitä, että tämä ei pysty tekemään samankal-

⁴³⁵ Yksinkertaisimmillaan osakkeiden omistusoikeus siirtyy kauppakirjan allekirjoittamisen yhteydessä.

⁴³⁶ Ks. edellä luku 3.6., jossa todettiin, että on joskus epäselvää, tuleeko yrityskaupan vaiheittaisuus hahmottaa esisopimuksen vai lykkäävien tai purkavien ehtojen avulla.

⁴³⁷ Ks. edellä luku 3.5. Täytäntöönpanotoimien rahallinen arvo ei yrityskaupassa luultavasti ole samaa luokkaa kuin sopimuksen valmistelukustannukset, vaikka täytäntöönpanotoimenpiteiden suorittamiseenkin käytetään tavallisesti asianajajia tai muita konsultteja.

⁴³⁸ Ks. KKO 2009:45.

⁴³⁹ *Ämmälä* 1991, s. 559 ja *Hemmo* 2003a, s. 232–233.

⁴⁴⁰ Tapauksessa KKO 2009:45 korvattavaksi tulivat vuokratuotot, jotka jäivät saamatta, kun vaihtoehtoinen vuokrasopimus jäi tekemättä.

⁴⁴¹ Ks. *Hemmo* 1999, s. 84 av. 12, joka toteaa, että ostajilla ei yleensä ole mahdollisuutta kilpailuttaa ostokohdetta samaan tapaan kuin myyjällä on mahdollisuus pitää mukana useita ostajakandidaatteja.

taista sopimusta kolmannen tahon kanssa.⁴⁴² Tällöin lähestytään jo huomattavasti positiivista sopimusetua, sillä vaihtoehtoinen sopimus saattaa periaatteessa olla jopa samanarvoinen kuin neuvottelujen kohteena ollut sopimus. Erityisesti niin sanottujen strukturoitujen yrityskauppojen yhteydessä korvaavan sopimuksen mukainen voitto on usein suhteellisen helposti näytettävissä ja myös ennakoitavissa.⁴⁴³ Potentiaalisesti kummallekin osapuolelle syntyviä vahinkoja, mutta huomattavasti vaikeammin ennakoitavia, ovat menetykset, jotka syntyvät siitä, että osapuolet käyttävät aikaansa liiketoiminnan sijaan yrityskaupan valmisteluun.⁴⁴⁴ Luonnollisesti negatiiviseen sopimusetuun kuuluu vain yksi, periaatteessa toiseksi parhaan vaihtoehdon mukainen vahinkoerä.

Negatiiviseen sopimusetuun kuuluvat aina myös kulut, jotka liittyvät *suoraan vahinkotahtumaan*.⁴⁴⁵ Tällaisia kuluja voi aiheutua esimerkiksi vahingon estämisestä sekä vahingon selvittämisestä, mitkä lienevät täysin toisen osapuolen ennakoitavissa.

5.1.3. Positiivinen sopimusetu

Positiivinen sopimusetu liitetään tavallisesti vasta sitoviin sopimukseen.⁴⁴⁶ Positiivisen sopimusedun mukainen korvaus turvaa vahingonkäräjälle sopimuksen mukaisen taloudellisen hyödyn.⁴⁴⁷ Neuvottelujen katkeamiseen perustavassa korvausvastuussa tällainen korvaus voi tulla kysymykseen vain poikkeuksellisesti.

⁴⁴² Ks. *Hemmo* 1994, s. 95. Kysymys on siis voitosta, jonka myyjä olisi saanut, mikäli tämä olisi solminut toiseksi parhaan sopimuksen. Myyjän on vahingonvälttämismääräysten mukaisesti (ks. edellä luku 4.3.2., s. 56–77) perusteella kuitenkin pyrittävä tekemään korvaava sopimus, mutta aina se ei ole mahdollista esim. muuttuneen markkinatilanteen vuoksi.

⁴⁴³ Toisaalta tällöin myös korvaavan sopimuksen tekeminen on helpompaa, mutta aina se ei kuitenkaan ole mahdollista.

⁴⁴⁴ Periaatteessa voidaan ajatella, että arviointiperustana käytetään esimerkiksi taloudellisia historiatietoja, mutta tällaiset seikat eivät ole yleensä toisen osapuolen havaittavissa.

⁴⁴⁵ Ks. *Ämmälä* 1991, s. 558, joka puhuu suoritushäiriöön liittyvistä kuluista. Suoritushäiriöstä puhuminen neuvottelujen katkeamisen yhteydessä ei ole luontevaa, koska neuvotteluvaiheessa osapuolilla ei ole vielä suoritusvelvoitteita, mutta kustannusten luonne on kuitenkin samankaltainen. Vahingot syntyvät vasta, kun neuvotteluissa ilmenee häiriöitä.

⁴⁴⁶ Ks. KauppaL 67.1 §, jonka mukaan vahingonkorvaus käsittää korvauksen kuluista, hinnanarosta, saamatta jääneestä voitosta sekä muusta välittömästä tai välillisestä vahingosta, joka *sopimusrikkomuksesta* on aiheutunut. Ks. myös HE 93/1986, s. 123 ja *Taxell* 1972, s. 254, joka käyttää positiivisesta sopimusedusta termiä ”avtalsersättning”. Tämän vuoksi edellytyksenä on pääsääntöisesti, että neuvottelut ovat edenneet (III)-sitovuusasteelle.

⁴⁴⁷ *Hemmo* 2003b, s. 261

KKO 1999:48 (osa perusteluista): Jos sopimus on rikkomuksen vuoksi jäänyt syntymättä – – voi tulla kysymykseen sopimuksen saamatta jäämisestä johtuvan taloudellisen menetyksen eli niin sanotun *positiivisen sopimusedun korvaaminen, jos siihen on erityisiä perusteita*. – – Sellaisia perusteita voidaan katsoa silloin, kun sopimuksentekorikkomus kohdistuu lakiin perustuvaan velvoitteeseen solmia sopimus edullisimman tarjouksen tehneen kanssa. – – Samalla tavoin on asiaa arvioita, kun velvoite perustuu sopimukseen menetellä sopimuksenteossa tietyllä tavalla.

Erityinen peruste positiivisen sopimusedun korvaamiselle voi siis olla sopimus tai sitoumus menetellä sopimuksenteossa tietyllä tavalla.⁴⁴⁸ Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että mikä tahansa prekontraktuaalinen sopimus voisi synnyttää positiivisen sopimusedun mukaisen korvausvastuun, vaan sopimuksen on kohdistuttava nimenomaan *sopimuksen syntyedellytyksiin*. Yrityskaupassa positiivisen sopimusedun mukainen korvausvelvollisuusriski liittyy ennen kaikkea niin sanottuihin strukturoituihin menettelyihin, jotka voidaan rinnastaa tapauksen KKO 1999:48 tilanteeseen. Mikäli myyjä tällaisessa menettelyssä sitoutuu joillain edellytyksillä solmimaan sopimuksen, saattaa positiivisen sopimusedun mukainen korvausvastuu tulla kysymykseen, ellei sitoumuksen mukaista velvollisuutta täytetä.

Toinen positiivisen sopimusedun korvaamisen erityistilanne voisi olla myös erityisen törkeä sopimuksentekotuottamus.⁴⁴⁹ Tämä saattaisi liittyä lähinnä selviämisiin kiellettyihin sopimuksentekomenettelyihin, kuten selkeisiin väärinkäytöksiin, sopimuksentekotarkoituksen puuttumiseen tai luottamuksellisuuden rikkomiseen.⁴⁵⁰ Positiivisen sopimusedun korvaaminen tällä perusteella on kuitenkin käsitteellisesti hyvin epätodennäköistä, vaikkakaan ei välttämättä kokonaan poissuljettua.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ Tapauksessa KKO 1999:48 rakennuttaja oli sitoutunut hyväksymään tarjouskilpailussa annetuista tarjouksista edullisimman. Kun rakennuttaja oli sittemmin hyväksynyt muun kuin alun perin edullisimman tarjouksen, rakennuttaja velvoitettiin maksamaan alun perin edullisimman tarjouksen tehneelle positiivisen sopimusedun mukainen korvaus.

⁴⁴⁹ Ks. *Hemmo* 2003a, s. 233 ja *ibid.* s. 230 av. 52, joka viittaa tapaukseen NJA 1989 s. 614, jossa todetaan, että positiivinen sopimusetu voi tulla kysymykseen “i vissa kvalificerade fall av s k culpa in contrahendo.” Ks. lisäksi *Hemmo* 1994, s. 253–260, jonka mukaan törkeä tuottamus voi olla korvausvelvollisuutta laajentavaa silloin, kun kysymys vahinkojen ennakoitavuudesta on epäselvä. Tuottamusasteen vaikutus tulisi siten arvioitavaksi vasta ennakoitavuusarvioinnin jälkeen.

⁴⁵⁰ Ks. edellä luku 4.2. Neuvotteluvaiheen positiivisten velvoitteiden (ks. edellä luku 4.3.) rikkomisena ilmenevä tuottamus olisi hyvin ongelmallista katsoa niin törkeäksi, että sen perusteella jopa positiivinen sopimusetu voisi tulla korvattavaksi, sillä neuvotteluvaiheessa osapuolten intressit ovat tunnetusti vastakkaiset. Neuvotteluvaiheessa ns. toimintavelvoitteet ovat ylipäättään kyseenalaisia, saati, että niiden rikkomisesta voisi seurata missään tilanteissa positiivisen sopimusedun mukainen korvausvastuu.

⁴⁵¹ Vertailukohtana voidaan pitää esimerkiksi OikTL 3 luvun selvästi tuottamuksellisista väärinkäytöksistä johtuvaa sopimuksen pätemättömyyttä, jonka seurauksena korvataan tavallisesti negatiivinen sopimusetu, ks. *Ammälä* 1991, s. 552–553.

Sopimusetujen merkittävin ero on sopimuksen valmistelukustannusten kuuluminen negatiiviseen sopimusetuun ja sopimuksen mukaisen voiton kuuluminen positiiviseen sopimusetuun.⁴⁵² Positiiviseen sopimusetuun ei sen määritelmän mukaan kuulu eriä, jotka sopimuksen sitoessa eivät muodostu turhiksi kustannuksiksi.⁴⁵³ Tällaisia ovat ainakin sopimuksen valmisteluun ja sopimuksen täyttämiseen liittyvät kustannukset⁴⁵⁴.

Positiiviseen sopimusetuun kuuluu siis *saamatta jäänyt voitto* (KauppaL 67.1 §), joka on kuitenkin hyvin ongelmallista määritellä, kun vastuu perustuu katkenneisiin neuvotteluihin.⁴⁵⁵ Neuvotteluvaiheessa sopimuksen arvohan ei yleensä ole täsmällisesti vielä tiedossa.⁴⁵⁶ Käytännössä yrityskaupan valmistelussa saamatta jääneen voiton korvaaminen voi tulla kyseeseen lähinnä strukturoiduissa menettelyissä, jos sopimuksentekoodellytykset ovat riittävän täsmällisesti määriteltä. Muuten saamatta jäänyttä voittoa ei voida luotettavasti määritellä.

Tilanteesta riippuen positiivinen sopimusetu käsittää usein myös muita vahinkoeriä. Kun sopimus jää tekemättä, osapuolilla on velvollisuus tehdä korvaava sopimus, mikäli tämä on mahdollista.⁴⁵⁷ Tekemättä jääneen ja korvaavan sopimuksen välinen *hinnanero* voi olla korvattavaa vahinkoa (KauppaL 67.1 §).⁴⁵⁸ Vaikka sopimuksen valmistelukustannukset eivät sisälly positiiviseen sopimusetuun, *katesopimuksen valmistelukulut* sen sijaan voivat sisältyä tähän.⁴⁵⁹ Siinä tapauksessa, että korvaavaa sopimusta ei voida tehdä, erilaiset *dis-*

⁴⁵² Hemmo 1994, s. 97

⁴⁵³ *Ammälä* 1991, s. 559 ja *Taxell* 1972, s. 356. Kysymys on toisien sanoen eristä, jotka jäisivät velkojan kannettavaksi, mikäli sopimus olisi täytetty oikein.

⁴⁵⁴ Ks. tarkemmin näistä vahinkoeristä edellä luku 5.1.2. Tilanne on tietenkin eri, jos näiden kustannusten jaosta on sovittu jotain muuta.

⁴⁵⁵ Ks. *Saarnilehto* 1999, s. 234 ja *Farnsworth* 1987, s. 223, jotka huomauttavat positiivisen sopimusedun mukaisen korvauksen käytännöllisestä vaikeudesta.

⁴⁵⁶ Usein neuvotteluvaiheessa käytetyt ns. indikatiiviset ehdot (ks. edellä luku 3.4., s. 31) antavat suuntaa, mutta perusongelma on edelleen se, että osapuolilla ei ole suojattua oikeutta sopimukseen. Vaikka sopimuksen arvo sinänsä olisi tiedossa, sille on ongelmallista perustaa korvauksen määrä, koska sopimus voi kaikesta huolimatta jäädä syntymättä. Ks. *Farnsworth* 1987, s. 223, joka toteaa osuvasti: ”An award based on [the expectation] interest would give the injured party the ‘benefit of the bargain’ that was not reached.”

⁴⁵⁷ Yleensä tämä tulee kysymykseen vain myyjän osalta, ks. edellä av. 441.

⁴⁵⁸ Ks. *hinnanero*sta KauppaL 68–69 §. Osapuolella ei tietenkään oikeutta sekä neuvottelusta sopimuksesta saamatta jääneeseen voittoon että *hinnaneroon*, sillä tällöinhän osapuolta ylikompensoitaisiin. *Hinnanero* on tavallaan saamatta jäänyt voitto, joka kaventuu *katesopimuksen* tekemisen vuoksi.

⁴⁵⁹ Ks. HE 93/1986, s. 124.

ponointikulut käyvät turhiksi ja saattavat olla korvattavia vahinkoja. Positiiviseen sopimusetuun kuuluvat myös *suoraan vahinkotapahtumaan liittyvät kulut*, kuten vahingon selvittämiskustannukset.

5.1.4. Yhteenveto

Edellä tarkastellun perusteella voidaan todeta, että negatiiviseen ja positiiviseen sopimusetuun sisältyy toisiaan vastaavia eriä, jotka yksittäistapauksissa voivat olla periaatteessa jopa saman suuruisia. Esimerkiksi negatiivinen sopimusetu sisältää valmistelukustannuksia ja positiivinen sopimusetu korvaavan sopimuksen valmistelukustannuksia. Positiiviseen sopimusetuun kuuluu olennaisena osana sopimuksen mukainen voitto, kun taas negatiiviseen sopimusetuun voi sisältyä menetetyn sopimuksen mukainen voitto. Kolmatta tahoja kohtaan syntyvä vahingonkorvausvelvollisuus ja turhiksi käyneet muut disponointikulut voivat tulla korvattavaksi sekä negatiivisen että positiivisen sopimusedun mukaan.

Näiden käsitteiden tiukkaa seuraamista olennaisempaa onkin tarkastella vahinkojen ennakoitavuutta. (II)-sitovuusasteella ennakoitavia ovat yleisesti sopimuksen valmistelusta syntyvät erilaiset (yleensä välittömät) vahingot. Laajempaa korvausvastuuta voidaan puoltaa erityisesti strukturoitujen yrityskauppojen yhteydessä, jossa ostajalle on selvää, että myyjällä on mahdollisuus solmia vastaava sopimus kolmannen tahon kanssa ja että käsillä olevat neuvottelut saattavat rajoittaa tätä mahdollisuutta. Toisaalta lähinnä strukturoitujen kauppojen yhteydessä myyjän sopimusvapaus saattaa olennaisestikin kaventua ja johtaa (III)-asteen sitovuuteen, mikä puoltaa sopimuksen mukaisen voiton ja huomattavienkin välillisten vahinkojen korvaamista.

5.2. Muut seuraamukset

5.2.1. Luontoissuoritusvastuu

Vaikka vahingonkorvaus on tärkein oikeusseuraamus neuvottelujen katkettua, luontoissuoritusvastuu ei kuitenkaan ole täysin poissuljettua. Luontoissuoritusvastuu voi tulla kysymykseen vastaavissa tilanteissa, joissa korvattaisiin positiivisen sopimusedun mukainen vahinko. Nämä seuraamukset ovatkin yleensä keskenään *vaihtoehtoisia* ja velkojalla on mahdollisuus valita näiden välillä.

KKO 1999:48 (osa perusteluista): Jos sopimus on rikkomuksen vuoksi jäänyt syntymättä – – voi tulla kysymykseen sopimuksen saamatta jäämisestä johtuvan taloudellisen menetyksen eli niin sanotun positiivisen sopimusedun korvaaminen, jos siihen on erityisiä perusteita. – – [Loukatulla osapuolella] on myös tällöin *oikeus vaatia, että sopimus tehdään hänen kanssaan*.

Yrityskaupan osalta oikeus sopimuksen tekemiseen tarkoittaa yleensä asiallisesti samaa kuin luontoissuoritusvelvollisuus, vaikka periaatteessa oikeus vaatia sopimuksen tekemistä sisältää vielä jotain neuvotteluvaraa ehdoista, jotka eivät liity pääsuoritusvelvollisuuteen⁴⁶⁰. Osakekaupassa myyjä voidaan velvoittaa luovuttamaan osakkeet ja liiketoimintakaupassa liiketoimintaan kuuluva omaisuus, eikä erillistä sopimuksen tekemistä vaadita. Ostaja puolestaan voidaan velvoittaa suoraan maksamaan kauppahinta.

Yrityskaupassa luontoissuoritusvastuulla on erityistä merkitystä, sillä kaupan kohteen monimutkaisuuden vuoksi varsinkin välillisten vahinkojen osalta vahingonkorvauksen edellytykset täyttyvät vaikeammin. Luontoissuorituksen jälkeen ostaja voi käyttää yritystä esimerkiksi erilaisissa sarjajärjestelyissä, joiden ennakoiminen neuvottelukumppanille on usein mahdotonta, puhumattakaan niiden tuottaman hyödyn ennakoimisesta.

Luontoissuoritusvastuu kuitenkin poistuu, mikäli suoritus on tosiasiallisesti *mahdoton*.⁴⁶¹ Tämä ei välttämättä merkitse vahingonkorvausvastuun poistumista.⁴⁶² Yrityskaupan yhteydessä mahdottomuus voisi tulla kysymykseen lähinnä kaksoisluovutustilanteissa, joissa osakkeet tai liiketoiminta kuuluvat sivulliselle tai silloin, kun kaupan kohde syystä tai toisesta tuhoutuu⁴⁶³. Mahdottomuuden syyllä ei sinällään ole merkitystä.⁴⁶⁴

⁴⁶⁰ Tilanne rinnastuu tällöin esisopimukseen, ks. edellä luku 3.6. Yrityskaupassa ainakin kaupan kohteen omistusoikeuden siirtyminen ja kauppahinta on oltava selvillä, jotta luontoissuoritusvastuu voisi tulla kysymykseen.

⁴⁶¹ *Hemmo* 2003b, s. 198. Myös suorituksen liikavaikeus voi olla luontoissuorituksen esteenä, mutta yrityskaupan yhteydessä on käytännössä vaikea kuvitella tilannetta, jossa luontoissuoritusvelvollisuus poistuisi tällä perusteella.

⁴⁶² *Hemmo* 2003b, s. 199

⁴⁶³ Esim. liiketoimintakaupassa liiketoimintaomaisuutta saattaa fyysisesti tuhoutua.

⁴⁶⁴ *Taxell* 1972, s. 196

5.2.2. Velvoitteiden voimassapysyminen

Osa neuvotteluvaiheen velvoitteista jää voimaan neuvottelujen katkettua.⁴⁶⁵ Neuvotteluvaiheen velvoitteet pysyvät voimassa joko sen vuoksi, että velvoite on luonteeltaan sellainen, että sen on tarkoitus pysyä voimassa neuvotteluiden katkettua, tai koska näin on erikseen sovittu.⁴⁶⁶ Sillä ei sinänsä ole merkitystä, liittyykö neuvottelujen katkeamiseen tuotamusta vai ovatko neuvottelut katkenneet täysin asianmukaisesti.⁴⁶⁷

Neuvotteluvaiheen negatiivisista lakimääräisistä velvoitteista luonteeltaan tällaisia ovat erityisesti salassapitovelvollisuus ja hyödyntämiskielto.⁴⁶⁸ Velvoitteiden tarkoituksena on suojata luottamuksellista informaatiota, mikä ei sinänsä ole riippuvaista siitä, neuvottelevatko osapuolet sopimuksesta vai eivät. Liikesalaisuussuoja on periaatteessa ajallisesti rajoittamaton.⁴⁶⁹ Nämä velvoitteet ovat erityisen merkityksellisiä, sillä niiden rikkomisesta yrityskaupan neuvotteluissa voi aiheutua vahinkoa, joka on paljon suurempi kuin sopimuksen valmistelukulujen korvaaminen. Erikseen voidaan myös sopia, että suoja on lakimääräistä laajempi, jolloin voidaan sopia myös suojan ajallisesta kestosta.⁴⁷⁰

Neuvottelueksklusiviteetti on luonteensa puolesta velvollisuus, joka sijoittuu neuvotteluvaiheeseen. Neuvottelujen katkettuakin velvollisuus pidättäytyä muiden kanssa neuvotteluista olisi selvästi markkinatalouden periaatteiden vastaista.⁴⁷¹ Tilanne saattaa kuitenkin olla toinen, jos osapuolet ovat pyrkineet tehostamaan velvoitetta⁴⁷² sopimalla kiinteästä ai-

⁴⁶⁵ Oikeuskirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota lähinnä sopimuksen päätyttyä voimaan jääviin velvoitteisiin, ks. esim. *Nicander* 1995–96, s. 48–49, *Munukka* 2007, s. 142 ja *Lindfelt* 2011, s. 198–202. Sama ongelma liittyy kuitenkin myös tilanteisiin, joissa sopimukseen ei päästä ja neuvottelut katkeavat tuloksettomina.

⁴⁶⁶ Ks. sopimusvelvoitteiden osalta *Lindfelt* 2011, s. 202. Ks. myös UPICC Art. 7.3.5 (3): *Termination does not affect any provisions in the contract for the settlement of disputes or any other term of the contract which is to operate even after termination* (kurs. tässä).

⁴⁶⁷ Kaikilla velvoitteilla ei luonnollisesti ole jälkimmäisessä tilanteessa merkitystä.

⁴⁶⁸ Ks. PECL Art. 2:302: *If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded.* – – (kurs. tässä). Vastaavasti myös UPICC Art. 2.1.16. Ks. näistä velvoitteista tarkemmin edellä luku 4.2.3.

⁴⁶⁹ HE 114/1978 vp, s. 14–15.

⁴⁷⁰ Ks. *Lindfelt* 2011, s. 206–207 ja *Nicander* 1995–96, s. 48–49.

⁴⁷¹ Ks. edellä luku 4.2.4.

⁴⁷² Tällä tavalla voidaan estää se, että osapuoli ei sovitusta velvoitteesta huolimatta pyri irtautumaan neuvotteluista ja aloittamaan sen jälkeen välittömästi neuvottelut kolmannen

kamääreestä, jona aikana neuvottelueksklusiviteetti on voimassa. On kuitenkin selvää, että sovittu määräaika ei voi olla kovin pitkä.⁴⁷³

Positiivisista velvoitteista neuvottelujen katkeamisen jälkeen vaikuttaa lähinnä vahinkojen estämisvelvollisuus.⁴⁷⁴ Luonnollisesti tämä velvollisuus vaikuttaa neuvottelujen katkettua vain niin kauan kuin vahinkoa voi syntyä. Erityisesti sopimussuhteissa osapuolilla on usein velvollisuus tehdä korvaava sopimus,⁴⁷⁵ mikä yrityskaupan yhteydessä voi koskea lähinnä myyjää. Ostajalla korvaavia sopimuksia ei yleensä ole tarjolla. Neuvotteluissa tämä velvollisuus voi tulla kysymykseen lähinnä niissä tilanteissa, joissa neuvottelut ovat edenneet (III)-sitovuusasteelle.⁴⁷⁶

Prekontraktuaalisissa sopimuksissa voidaan sopia myös muista ehdoista, joiden tarkoituksena on jäädä voimaan neuvottelujen katkettua. Tällaiset ehdot liittyvät ennen kaikkea neuvotteluissa ilmeneviin ongelmatilanteisiin: riidanratkaisu, sovellettava laki ja sopimussakko.⁴⁷⁷ Näillä ehdoilla on merkitystä vain häiriötilanteissa, joten on luonnollista, että ne pysyvät voimassa myös neuvottelujen päätyttyä tuloksettomina.

osapuolen kanssa. Eksklusiviteetillä saattaa olla parempi teho, kun eksklusiviteetille on varattu tietty määräaika, jonka puitteissa osapuolten on pyrittävä sopimukseen.

⁴⁷³ Oikeuslähteistä ei tähän kysymykseen juuri löydy johtoa, mutta markkinatilanteiden vaihtelut ja yrityskauppaneuvottelujen normaalin keston huomioon ottaen esimerkiksi kuukauden mittainen kieltä neuvottelujen katkeamisen jälkeen vaikuttaisi useimmissa tapauksissa kohtuuttomalta. Uuden kaupan neuvottelut vievät nimittäin useita kuukausia, joten vaikuttaisi kohtuuttomalta, jos tätä aikaa vielä jouduttaisiin neuvottelukiellon vuoksi pidentämään.

⁴⁷⁴ Ks. edellä luku 4.3.2., s. 56–57.

⁴⁷⁵ Ks. Hemmo1998, s. 151–152.

⁴⁷⁶ Ks. velvollisuudesta katesopimuksen tekemiseen vahingonvälttämistarkoituksessa KKO 1999:48. (II)-sitovuusasteella katesopimuksen tekemistä ei voida helposti perustella. Velvollisuus katesopimuksen tekemiseen tarkoittaisi sitä, että myyjän olisi luovuttava kohdeyrityksestä, vaikka katkenneissa neuvotteluissa ei olisi ollut mitenkään varmaa, että osapuolet olisivat päässeet myyjää tyydyttäviin ehtoihin. Myös hinnaneron laskeminen olisi käytännössä hyvin vaikeaa.

⁴⁷⁷ Ks. UPICC Art. 7.3.5 (3): *Termination does not affect any provisions in the contract for the settlement of disputes or any other term of the contract which is to operate even after termination* (kurs. tässä). Ks. näistä ehdoista edellä luku 4.4.3., s. 72.

6. LOPUKSI

Tutkimuksessa on tarkasteltu yrityskaupan valmisteluun perustuvaa vastuuta ja pyritty siten tarkentamaan sitä, mitä sopimusneuvottelujen sitomattomuudella tarkoitetaan. Tutkimuksessa on pyritty osoittamaan, että neuvotteluvapautta ja neuvottelujen sitomattomuutta rajoittaa niin sanottu neuvottelulojaliteetti, joka joissain tilanteissa voi merkitä ainakin tiettyä sitovuutta. Sitomattomuuden rajoja on pyritty lähestymään luottamusteoreettisesta, vaihdannan etua painottavasta näkökulmasta, jolloin sopimusvastuu voidaan hahmottaa vaiheittain kehittyväksi. Tämä on perusteltua erityisesti yrityskaupoissa, joissa kauppaa edeltävä neuvotteluprosessi kestää käytännössä useita kuukausia. Neuvotteluprosessin aikana osapuolet pyrkivät eri keinoin selvittämään, onko projektin toteuttaminen mahdollista. Tutkimuksessa neuvottelut on jäsennetty sitovuudeltaan kolmeen vaiheeseen.

Yrityskaupat ovat usein taloudellisesti hyvin merkityksellisiä, ja niihin sisältyy huomattavia riskejä. Vahvana lähtökohtana onkin, että sopimusvastuuta (perinteisessä mielessä) yrityskaupassa ei synny ennen kuin kokonaisuudesta on päästy yksimielisyyteen ja usein vähäisiltäkin vaikuttavat kysymykset on täsmennetty nimenomaisesti. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että osapuolilla ei olisi muita velvoitteita tai että mitään vastuuta neuvotteluissa ei voisi syntyä. Yrityskaupan neuvottelujen ja vaihdannan tosiasiallinen rakenne merkitsee sitä, että osapuolille voi syntyä perusteltuja odotuksia jo ennen kuin kaikista yksityiskohdista on päästy yksimielisyyteen. Erityisesti osapuolten erilaisilla nimenomaisilla välinstrumenteilla sekä prekontraktuaalisilla sopimuksilla voi olla luottamusta herättävä vaikutus. Osapuolet voivat näin hallita neuvotteluvaiheen epävarmuutta ja sitoa toisiaan tiukemmin yrityskaupan toteuttamiseen. Mitä yksityiskohtaisempaa osapuolten neuvotteluvaiheen kommunikaatio on, sitä helpommin neuvotteluvastuu voi syntyä.

Neuvotteluvaiheessa osapuolille asetetaan myös tiettyjä käyttäytymisvelvoitteita, joista osa jää voimaan myös neuvottelujen katkettua. Yrityskaupassa merkittävimmät lakimääräiset neuvotteluvaiheen velvoitteet vaikuttavat olevan negatiivisia. Väärinkäytöksille asetetaan kuitenkin liikesuhteissa verrattain korkeat vaatimukset ja sopimuksentekotarkoituksen puuttuminen on ongelmallista näytön kannalta. Yrityskaupassa erityisen merkityksellisiä ovatkin salassapitovelvollisuus ja hyödyntämiskielto, sillä neuvotteluissa voi siirtyä huo-

mattava määrä liikesalaisuuksia. Positiivisista velvoitteista erityisesti tiedonantovelvollisuuden on todettu jonkin verran poikkeavan perinteisestä irtaimen kaupasta. Myyjän tiedonantovelvollisuus on yrityskaupan neuvotteluvaiheessa normaalia kapeampi yhtäältä ostajan laajan selonottovelvollisuuden ja toisaalta tietojen merkittävyyden vuoksi. Lakimääräisten velvoitteiden lisäksi osapuolet voivat sopia neuvottelumenettelystä. Suhteessa oikeustilaan ilman sopimusta tärkeimpiä prekontraktuaalisia ehtoja ovat salassapito, neuvotteluyksinoikeus sekä erityyppiset strukturoinnit.

Neuvottelujen katkeamisen oikeusseuraamuksista tärkein on vahingonkorvausvastuu. Vahingonkorvaus edellyttää lähes poikkeuksetta tuottamusta, erityisesti yrityskaupassa, jossa hyvin vahva pääsääntö on kustannusten kuuluminen osapuolelle, joka niihin ryhtyy. Tuottamus voi ensinnäkin liittyä perusteettoman luottamuksen herättämiseen tai passiivisuuteen toisen osapuolen luottamuksen herättyä. Jos tämä osapuoli katkaisee neuvottelut, on neuvotteluriski perusteltua siirtää tälle. Tuottamus voi liittyä myös neuvotteluvaiheen velvoitteiden rikkomiseen, mikä yleensä rikkoo toisen osapuolen luottamuksen neuvottelumenettelyn asianmukaisuuteen. Tällöin toisella osapuolella on vapaa neuvottelujen katkaisuoikeus ja oikeus korvaukseen. Sopimusneuvotteluissa syntyneistä vahingoista on yleensä perusteltua korvata ainakin sopimuksen valmisteluun liittyviä välittömiä kustannuksia. Yrityskaupan valmistelussa välilliset vahingot, kuten menetetyn sopimuksen mukainen voitto, ovat helpommin korvattavia erityisesti strukturoitujen kauppojen yhteydessä. Toisaalta tällöin kysymykseen voi helpommin tulla täysi sopimusvastuu jopa luontoissuorituksen muodossa.