

Sopimuksellinen riskienhallinta ohjelmistotoimituksissa

Yritysjuridiikka
Maisterin tutkinnon tutkielma
Jaakko Autere
2008

Laskentatoimen ja rahoituksen laitos
HELSINGIN KAUPPAKORKEAKOULU
HELSINKI SCHOOL OF ECONOMICS



HELSINGIN KAUPPAKORKEAKOULU
Laskentatoimen ja rahoituksen laitos



SOPIMUKSELLINEN RISKIENHALLINTA OHJELMISTOTOIMITUKSISSA

Yritysjuridiikka
Pro Gradu –tutkielma
Jaakko Autere, k77191
Kevät 2008

Laskentatoimen ja rahoituksen laitoksen laitosneuvoston kokouksessa ____/____ 200__

hyväksytty arvosanalla _____

| | | |
|--|--------------------|-----------------|
| HELSINGIN KAUPPAKORKEAKOULU – LASKENTATOIMEN JA RAHOITUKSEN LAITOS | | |
| Yritysjuridiikka | | |
| Tekijä Jaakko Autere | | |
| Työn nimi Sopimuksellinen riskienhallinta ohjelmistotoimituksissa | | |
| Työn laji Pro Gradu –tutkielma | Aika Kevät 2008 | Sivumäärä 93 |
| <p>Tiivistelmä</p> <p>Tutkimuksen kohteena on ohjelmistotoimituksissa yritysten välillä Suomessa käytetyt sopimukset yleisesti ja erityisesti niissä käytetyt riskienhallinnan keinot. Erilaisten ohjelmistojen käyttö jokapäiväisessä elämässä yleistyy jatkuvasti. Useimpien ohjelmistojen käyttöä ei välttämättä edes tiedosteta, koska ne ovat sulautettuna arkipäiväisiin laitteisiin. Ohjelmistoalalla toimivien yritysten määrä on kohtalaisen suuri ja niiden tuotannon osuus Suomen bruttokansantuotteesta kasvaa nopeasti. Ohjelmistotoimituksiin liittyy potentiaalisesti suuria immateriaalioikeudellisia ja vastuuriskejä. Lisäksi alan sopimuksia on pidetty monimutkaisina kokonaisuuksina.</p> <p>Tutkimuksen toisessa luvussa selvitetään tärkeimpiä ohjelmistotoimituksiin soveltuvia sopimusten ulkopuolisia normeja. Tarkoituksena on avata normipohjan sisältöä toimittajan ja tilaajan välisten vastuiden sekä oikeuksien jakautumisen määrittämiseksi. Vastuunjaon osalta luvussa selvitetään soveltuvien dispositiivisten ja pakottavien normien sisältöä. Oikeuksien jakoon liittyen avataan ohjelmistoihin liittyviä säännöksiä tekijänoikeuslaista. Tässä yhteydessä on käsitelty erityiskysymyksenä myös vastuiden jakautumista liittyen avoimella lähdekoodilla tai kaupallisesti lisensoitujen valmiskomponenttien käyttöön ohjelmistotoimituksissa.</p> <p>Tutkimuksen kolmas luku käsittelee sopimussuhteiden vastuita ja vastuuperusteita yleisesti. Luvun tarkoituksena on selvittää sopimuksellista vahingonkorvausvastuuta, sopimustyyppin vaikutusta vastuuseen ja perusteita vastuusta vapautumiseen. Lisäksi luvussa on otettu esille ohjelmistotoimituksissa olennainen, sopimuksen ulkoinen vastuu liittyen immateriaalioikeusväitteisiin.</p> <p>Tutkimuksen loppuosassa avataan ohjelmistotoimitussopimuksissa käytettyjä vastuita jakavia, rajoittavia ja laajentavia lausekkeita sekä immateriaalioikeuksien jakoa tilaajan ja toimittajan välillä. Sopimuksellisen riskienhallinnan painopisteiksi osoittautuvat immateriaalioikeudet, salassapitoehdot sekä toimituksen laajuuden, sopimuskohteen ja yhteistyösuhteen määrittelyt. Yksittäisten lausekkeiden lisäksi myös sopimusten sisällöllä kokonaisuutena on vaikutusta riskienhallintaan. Laajalla sopimusinformaatiolla voidaan poistaa sopimuksen laatijasta johtuvia unohdusriskejä sekä ohjata sopimuspuolia riskejä ennaltaehkäiseviin toimintatapoihin. Ennaltaehkäisevät sopimustekniikat vaikuttavatkin olevan molempien osapuolten riskienhallinnan kokonaisuuden kannalta tehokkaampia kuin vastuiden toteutumisen seuraamuksia säätelevät lausekkeet.</p> | | |
| <p>Avainsanat Sopimukset, sopimusoikeus, ohjelmistotoimitukset, riskienhallinta</p> | | |

Sisällys:

| | |
|---|-----------|
| 1. Johdanto | 1 |
| 1.1 Tutkimuksen rajaukset..... | 3 |
| 2. Ohjelmistotoimitusten normipohja | 6 |
| 2.1 Ohjelmistotoimituksiin soveltuva dispositiivinen normisto | 6 |
| 2.1.1 Kauppalain soveltuvuus..... | 7 |
| 2.1.2 Muu dispositiivinen normisto | 11 |
| 2.2 Ohjelmistotoimituksiin vaikuttava pakottava lainsäädäntö | 13 |
| 2.2.1 Oikeustoimilaki | 15 |
| 2.2.2 Kilpailunrajoituslaki | 17 |
| 2.2.3 Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa..... | 19 |
| 2.3 Immateriaalioikeudet ohjelmistotoimituksissa | 21 |
| 2.3.1 Ohjelmistot ja tekijänoikeuslaki..... | 23 |
| 2.3.2 Avoimen lähdekoodin ja valmiskomponenttien käytön vastuuvaikutukset | 27 |
| 2.4. Yhteenveto..... | 30 |
| 3. Sopimussuhteiden vastuista yleisesti | 33 |
| 3.1 Luontoissuorituspakko | 33 |
| 3.2 Vahingonkorvausvastuu | 34 |
| 3.2.1 Ankaruus vastuu | 36 |
| 3.2.2 Kontrollivastuu..... | 37 |
| 3.2.3 Ekskulpaatiovastuu..... | 37 |
| 3.2.4 Tuottamusvastuu | 38 |
| 3.3 Sopimustyytit ja niiden vaikutus vastuun jakautumiseen | 39 |
| 3.3.1 Vakiosopimukset ja yksilölliset sopimukset..... | 40 |
| 3.3.2 Kertasopimukset ja kestosopimukset | 41 |
| 3.4 Yhteenveto..... | 43 |
| 4. Riskienhallinta ohjelmistotoimitussopimuksissa | 45 |
| 4.1 Sopimusten tulkintaan ja virhevastuuseen vaikuttavat lausekkeet | 46 |
| 4.1.1 Sopimuskieli ja lainvalinta..... | 47 |
| 4.1.2 Kauppalain soveltuvuuden tulkinta ja virhevastuu | 48 |
| 4.2 Sopimusten voimassaolo, päättymisen ja salassapitolausekkeet..... | 51 |
| 4.2.1 Sopimusten voimassaolo ja päättämismenettelyt..... | 52 |
| 4.2.2 Salassapitolausekkeet | 58 |
| 4.3 Käytetyt immateriaalioikeusehdot..... | 63 |
| 4.3.1 Käytetyt oikeuksienjakomallit | 64 |
| 4.3.2 Immateriaalioikeusehtojen soveltuvuus komponenttipohjaiseen kehitykseen | 67 |
| 4.4 Vastuuta rajoittavat ja laajentavat lausekkeet | 71 |
| 4.4.1 Sopimustyytit ja niiden vaikutus vastuisiin | 72 |
| 4.4.2 Vastuunrajoitukset ja -laajennukset | 74 |
| 4.5 Muut lausekkeet | 81 |
| 5. Loppupäätelmät | 83 |
| 5.1 Jatkotutkimuksen mahdollisuuksia | 88 |
| Lähteet | 89 |
| Oikeustapaukset | 92 |
| Liitteet | 93 |

Lyhenteet

| | |
|--------------------|---|
| BKT | Bruttokansantuote |
| BSD | Berkeley Software Distribution |
| CISG | United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) |
| EAT | IT2000 Erityisehtoja asiakaskohtaisen ohjelmiston toimittamisesta |
| EU | Euroopan unioni |
| GPL | GNU General Public License |
| HyödML | Laki hyödyllisyysmallioikeudesta 10.5.1991/800 |
| JIT 2007 | Julkisen hallinnon IT sopimusehdot 2007 |
| KauppaEdL | Laki kauppaedustajista ja myyntimiehistä 8.5.1992/417 |
| KauppaL | Kauppalaki 27.3.1987/355 |
| KilpailunrajoitusL | Laki kilpailunrajoituksista 27.5.1992/480 |
| KKO | Korkein oikeus |
| KOM | EU:n komission asetus |
| LG | Landgericht |
| LGPL | GNU Lesser General Public License |
| MIT | Massachusetts Institute of Technology |
| MPL | Mozilla Public License |
| TekijäL | Tekijänoikeuslaki 8.7.1961/404 |
| PatL | Patenttilaki 15.12.1967/550 |
| SopMenL | Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa 22.12.1978/1061 |
| VM | Valtionvarainministeriö |
| VTSE | Erityisehtoja tilaajan sovellushankinnoista (JIT 2007) |
| VYSE | Yleiset sopimusehdot (JIT 2007) |
| YK | Yhdistyneet Kansakunnat |
| YSE | IT2000 Yleiset sopimusehdot |

1. Johdanto

Ohjelmistoja löytyy nykyaikana melkein jokaisesta sähköllä toimivasta laitteesta, useimmiten niiden esiintymisen laajuutta ei välttämättä edes tiedosteta. Myös ohjelmistotoimittajien lukumäärä on runsas, vuonna 2006 tietojenkäsittelypalveluissa toimi Suomessa 4981 yritystä joiden yhteenlaskettu liikevaihto oli hieman yli 5,1 Miljardia euroa¹. Tutkimuksen mukaan IT-alan osuus Suomen BKT:sta on kaksinkertaistunut viimeisen 10 vuoden aikana². Ohjelmistojen tilaajia taas löytyy lähes joka ikiseltä toimialalta. Toisin sanoen myös sopimuksia ohjelmistotoimituksista tehdään paljon.

Alan toimijoiden ja tilaajien suuren lukumäärän takia, todennäköisesti myös erilaisia sopimuskäytäntöjä ja toimitustapoja löytyy runsaasti. Yleisesti IT alan sopimuksia on myös pidetty monimutkaisina kokonaisuuksina. Kuitenkin useissa tapauksissa osapuolet tutkivat sopimuksia tarkasti vasta ongelmatilanteissa. Koska ohjelmistotoimitussopimuksissa vaihdettava hyödyke on immateriaalinen, niin sopimukset voivat erota perinteisestä irtaimen kaupasta paljonkin.

Immateriaalisille hyödykkeille on ominaista, suhteellisen suuri valmistamiseen vaadittava panos ja valmiin hyödykkeen kopioinnin erittäin alhainen kustannus. Ehkä juuri tästä syystä uutiset immateriaalioikeuksiin liittyvistä oikeudenkäynneistä ja niihin liittyvistä suurista korvausvaateista, ovat tulleet melkein jokapäiväisiksi. Suuret korvausvaateet johtuvat yleensä juuri kopioinnin helppoudesta ja immateriaalioikeuksien globaalista luonteesta, sama hyödyke kelpaa usein myytäväksi melkein kaikkialla maailmassa.

Yritystoiminnassa on tosin aina riskinsä, sitä voidaan myös kuvailla riskin ottamiseksi halutulla asteella. Kaikkia riskejä ei kuitenkaan haluta eikä kannata kantaa it-

¹ Tilastokeskus 10.4.2008

² Ali-Yrkkö & Martikainen, 2008, 3. Nykyisin IT-alan osuus BKT:sta on noin 2 prosenttia.

se. Varsinkin immateriaalioikeuksiin liittyvät riskit ovat nykyään rahallisesti mitattuna useimmille yrityksille liian suuria kannettaviksi. Ohjelmistoalalla toimivat yritykset törmäävät immateriaalioikeudellisiin riskeihin, sekä niiden tuomiin haasteisiin sekä mahdollisuuksiin päivittäin. Näitä riskejä on mahdollista hallita monin keinoin, kuten toimintaohjeilla, vakuutuksilla ja sopimuksilla.

Lakimääräisellä suojalla immateriaalioikeuksia voidaan yleensä pitää omassa hallinnassa tehokkaasti. Mutta jos oikeudenhaltija haluaa hyötyä aineettomista oikeuksistaan rahallisesti, hänen täytyy yleensä myydä oikeus tai sen osa halukkaalle ostajalle. Oikeuksien myyntiin pätee yritysten välillä laaja sopimusvapaus, minkä lisäksi immateriaalisten hyödykkeiden kaupasta ei ole laajaa lainsäädäntöä³, täten sopimusten sisältö kasvaa erityisen merkittäväksi.

Ohjelmistoalalla toimivat yritykset joutuvat siis jokapäiväisessä toiminnassaan solmimaan sopimuksia, joista syntyvät vastuut voivat olla rahallisesti erittäin suuria, minkä lisäksi näitä sopimuksia koskeva lainsäädäntö on erittäin vähäistä. Tämä tarkoittaa sitä, että nämä yritykset ottavat normaalissa toiminnassaan merkittäviä riskejä. Näitä toiminnallisia riskejä on myös erittäin hankala kattaa vakuutuksilla, tai se on hyvin kallista.

Tästä syystä sopimukselliset keinot ovat tärkeässä asemassa ohjelmistoalan yritysten riskienhallinnassa. Tässä tutkimuksessa haluan selvittää ohjelmistoalan sopimusten yleisimpiä käytettyjä riskienhallinnan keinoja ja menetelmiä sekä mahdollisia samalla ilmeneviä sopimusten kehityssuuntia ja mahdollisuuksia. Tarkoituksenani on tutkia nimenomaan ohjelmistotoimitussopimuksia, koska juuri näistä sopimuksista koostuu suurin osa alan yritysten liikevaihdosta ja todennäköisesti myös riskeistä.

³ Immateriaalisten hyödykkeiden kauppaa voi kuvailla aineettomana vaihtona. Kun irtaimen kauppaa pääsuorite on *omistusoikeuden* luovutus, niin ohjelmistoissa se on yleisimmin *käyttöoikeus*. Näin ollen esimerkiksi kauppalaki ei lähtökohtaisesti tule sovellettavaksi koska omistusoikeus ei siirry.

1.1 Tutkimuksen rajaukset

Riski käsitteenä tarkoittaa potentiaalista tapahtumaa, joka voi johtua jostakin nykyhetken prosessista tai tulevaisuuden tapahtumasta, millä on arvoltaan negatiivinen vaikutus⁴. Riskin aste riippuu tapahtuman todennäköisyydestä ja mahdollisen negatiivisen vaikutuksen suuruudesta. Riskienhallinnan tavoitteena on yrittää mahdollisuuksien ja tarkoituksen mukaan ennakoita, valmistautua sekä minimoida tai välttää näitä tapahtumia ja niiden vaikutuksia. Minimitavoitteena voidaan pitää liiketoiminnan jatkuvuuden turvaamista olosuhteista riippumatta⁵.

Tämä tutkimuksessa käsitellen siis sopimuksellisia keinoja riskienhallintaan ohjelmistotoimitussopimuksissa. Jotta voitaisiin käsitellä sopimuksellista riskienhallintaa, niin ensin on selvitettävä lähtötaso ilman sopimusta. Tutkimuksen alkupuolella käyn läpi ohjelmistotoimitussopimukseen liittyvän normipohjan. Käsitellen myös vastuukysymyksiä sopimussuhteissa yleisesti. Tämän jälkeen tutkin alan sopimuksissa käytettyjä lausekkeita, joilla pyritään siirtämään, välttämään tai rajoittamaan dispositiivisten normien mukaista vastuunjako.

Rajaan tutkimuksen lisäksi vain sopimukseen tilaajaa varten tehdyistä tai muokatuista ohjelmistoista, koska näissä myös tilaajalla on vaikutusmahdollisuus sopimuksen sisältöön, toisin kuin valmisohjelmistotoimituksissa. Tilajaa varten tehtyjen ohjelmistojen immateriaalioikeusjako on myös moninaisempaa kuin valmisohjelmistojen toimitettaessa. Tilauksesta tehdyillä ohjelmistoilla on myös todennäköisesti tilaajalle valmisohjelmistojen suurempi merkitys. Näin ollen myös käytetyt sopimusehdot ja riskienhallintakeinot ovat moninaisempia ja tasapuolisempia kuin valmisohjelmistojen ehdoissa.

⁴ Wikipedia, Risk

⁵ Ettala 1987, 10

Lisäksi rajaan tutkimuksen vain yritysten välisiin sopimuksiin, jotta olisi mahdollista syventyä nimenomaan ohjelmistotoimitussopimuksille tyypillisiin riskeihin ja niiden hallintaan. En siis käsittele riskejä liittyen sopimuksiin kuluttajien kanssa ja tästä yrityksille syntyviin lisävelvoitteisiin. Keskityn myös pääasiassa vain suurten tai keskisuurten yritysten välisiin sopimuksiin. Näin mahdollinen heikomman suoja ei tule harkituksi sekä voin olettaa, että yrityksillä on varaa hinnoitella käsiteltävät hinnat markkinahintaisiksi, eivätkä ne ole vain riskinkarttaji, niin kuin erittäin pieni yritys voisi käytännössä olla.

Tutkimuksen aineistona käytän viittä suomalaisten yritysten itse omaan käyttöön laatimaansa sopimusta sekä IT2000 ehdoista⁶ YSE⁷ ja EAT⁸ liitteitä, että valtionhallinnon vuonna 2007 julkaisemista julkisen hallinnon IT-hankintojen JIT 2007 sopimusehdoista VYSE⁹ ja VTSE¹⁰ liitteitä. Julkisen hallinnon sopimusehtoja on tarkoitettu käytettäväksi kaikissa valtion ja kuntien IT hankinnoissa. IT2000 ehdoilla taas voidaan sanoa olevan asema tietotekniikka-alan yleisinä sopimusehtoina¹¹. Muut tutkimani sopimukset ovat alan suurten ja keskisuurten suomalaisten toimijoiden laatimia ja käyttämiä¹². Täten voin olettaa tutkimuksen aineiston antavan viitteitä, ainakin mahdollisilta yhteneväsyyksiltään myös alan kauppataavasta.

Koska aineistoni koostuu kokonaan Suomessa käytetyistä sopimuksista, niin tarkastelen myös sopimuksetonta tilaa vain suomalaisen normiston valossa, rajaten esimerkiksi kansainvälisen kauppalaain pääosin tutkimuksen ulkopuolelle. Käsiteltäessä Suomen normipohjaa, joissain tilanteissa tulkintaa lausekkeelle tai normille tietyssä yhteydessä voi joutua analogisesti etsimään kansainvälisistä lähteistä. Näissä tilan-

⁶ Tietotekniikka-alalla yleisesti käytössä olevat vakiosopimusehdot

⁷ IT2000 Yleiset sopimusehdot

⁸ Erityisehtoja asiakaskohtaisen ohjelmiston toimittamisesta

⁹ Valtion IT hankintojen yleiset sopimusehdot

¹⁰ Erityisehtoja tilaajan sovellushankinnoista

¹¹ Rekola, 22

¹² Tässä yhteydessä on myös syytä mainita, että neljä näistä sopimuksista on kirjoitettu englanniksi. Tämä voi vaikuttaa joidenkin näissä sopimuksissa esiintyvien käsitteiden ja lausekkeiden tulkintaan.

teissa otan huomioon myös kansainvälisiä lähteitä, mutta rajaan näiden käsittelyn minimiin.

Tarkastelen riskienhallintaa sekä toimittajan että tilaajan näkökulmasta. Joissakin aiheissa voin keskittyä enemmän riskinkantajan näkökulmaan, mutta toisaalta analysoitaessa riskienhallintaa toisen osapuolen näkökulmasta, myös toisen asema on helposti pääteltävissä, koska monesti riskienhallinnalla tarkoitetaan riskin siirtämistä osapuolelta toiselle. Varsinkin kun on kyse sopimuksellisista keinoista, jolloin oikeuksia ja velvollisuuksia jaetaan vain sopimuksen osapuolten kesken.

Tiivistettynä pyrin siis tutkimuksessani löytämään ohjelmistotoimitussopimuksissa Suomessa yleisesti käytetyt sopimukselliset riskienhallintakeinot, analysoimalla sekä näihin liittyvää suomalaista normipohjaa että kattavaa otosta yleisesti käytössä olevia lausekkeita. Toivon löytäväni otoksesta yhteneväisyyksiä, jolloin voin päätellä myös mitkä ovat alalle tyypilliset ja suurimmat riskit, joita pyritään hallitsemaan sopimuksellisesti. Poimittuani sopimuksista oleelliset riskienhallintaan liittyvät lausekkeet, vertaan niitä tarkastelemini normeihin, jolloin voin selvittää vastuunjaon siirtymiä ja riskienhallinnan laatua. Huomioin analyysissä myös lausekkeiden tehokkuutta, eli niiden mahdollisia taloudellisia vaikutuksia, sekä pätevyyttä pakottavan lainsäädännön perusteella.

2. Ohjelmistotoimitusten normipohja

Ohjelmistotoimitussopimukseen kuten muihinkin sopimukseen soveltuvat yleiset sopimusoikeuden periaatteet ja normit. Koska sopimussuhteisiin ei ole olemassa yleispätevää normistoa, niin normipohja pitää etsiä sekä sopimusoikeuden yleiset normit että alan erityispiirteet huomioiden. Suomessa vallitsevan, erityisesti yritysten välisen, laajan sopimusvapauden johdosta ensisijaisina normeina tulee käyttää sopimusehtoja. Sopimusehtojen ollessa puutteellisia tai tulkinnanvaraisia, niitä on täydennettävä dispositiivisilla normeilla. Myös sopimukseen vaikuttavat pakottavat säädökset tulee tilannekohtaisesti huomioida.

Tässä luvussa tarkastelen ensin ohjelmistotoimituksiin sovellettavaa dispositiivista ja pakottavaa lainsäädäntöä sekä toiseksi sopimusoikeuden vastuuperiaatteita. IT alan sopimukseen eniten vaikuttavia pakottavia normeja esiintyy lähinnä kilpailulainsäädännössä, laissa varallisuusoikeudellisista oikeustoimista sekä laissa sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa¹³. Dispositiivista normistoa löytyy esimerkiksi alan tavoista ja kauppalaista¹⁴. Myös tekijänoikeuslaki vaikuttaa ohjelmistotoimitussopimukseen huomattavasti.

2.1 Ohjelmistotoimituksiin soveltuva dispositiivinen normisto

Sovellustoimituksiin sovellettavia normeja voidaan tarkastella analysoimalla sopimuskohdetta ja alan yleistä sääntelyä. Ensisijaisina dispositiivisina normeina ovat alan kauppatapa ja osapuolten välille vakiintunut käytäntö. Nämä lähteet eivät kuitenkaan kata kaikkia riskienhallinnan kannalta olennaisia tulkittavia tilanteista, vaan

¹³ Kuluttajien kanssa solmituissa sopimuksissa myös kuluttajansuojalain pakottava normisto tulee huomioida

¹⁴ Kauppalaki ei yleensä suoraan sovellu ohjelmistotoimitussopimukseen, tästä lisää jäljempänä luvussa 2.1.1

pääasiassa vain kyseiselle alalle tyypilliset erityispiirteet, kauppataivasta ja käytännöstä seuraavat normit voivat myös olla hyvin tulkinnanvaraisia.

Osapuolten välisen vakiintuneen käytännön merkitystä ei ole myöskään mielekäästä tarkastella laajasti, koska tutkimuksen kohteena ei ole yksittäinen todellinen tilanne, vaan alalla yleisesti käytetyt sopimukselliset riskienhallintakeinot. Otan käytännön merkityksen kuitenkin tarvittaessa huomioon aineistoni ehtojen tarkastelussa, tilanteissa missä tietyissä lausekkeissa sillä voi olla merkitystä.

Alan käytännön tarkastelun suppean roolin johdosta, lähdän liikkeelle analysoimalla kauppalaia soveltuvuutta ja vaikutusta ohjelmistotoimitussopimuksiin. Luvun jälkimmäisessä osassa käyn läpi myös olennaiset osat kauppataivasta ja mahdollisesti sopimusten tulkintaan vaikuttavista muista normeista.

2.1.1 Kauppalaia soveltuvuus

Ennen kauppalaia materiaallisen sisällön analyysia täytyy selvittää, että tulisiko kauppalakiä ylipäättänsä soveltaa ohjelmistojen toimitukseen. Eli voidaanko ohjelmistoa sopimuksen kohteena pitää irtaimena omaisuutena. Kauppalakiä sovelletaan määritelmän mukaan kotimaiseen irtaimen omaisuuden kauppaan tietyin rajoituksin¹⁵. Kauppalakiä ei siis sovelleta palvelusopimuksiin. Se voidaan myös täysin syrjäyttää sopimusehdoilla, vakiintuneilla käytännöillä tai kauppataivalla.

Lähtökohtaisesti ohjelmistot eivät ole irtainta omaisuutta. Toisaalta jos sovellustoimitus on kiinteässä yhteydessä irtaimen omaisuuden kanssa, eli sovellus on sulautettu ohjelmisto tai toimitetaan esimerkiksi fyysisen säilytysmedian yhteydessä, niin soveltuvuutta tulisi arvioida tilannekohtaisesti. Kauppalaia sovellettavuus vain sen perusteella, että ohjelmisto toimitetaan esimerkiksi cd-levyllä, on kuitenkin kyseen-

¹⁵ KauppaL (1987/355) 1 Luku

alaista, koska sopimuksen varsinainen sisältö ja tarkoitus eivät tällöin todennäköisesti muutu¹⁶.

Myös silloin kun kyseessä on sulautettu ohjelmisto, niin kysymykseen tulee, että onko ohjelmiston yhteydessä oleva laite toimittajan oma tuote vai kenties tilaajan toimittajalle ohjelmiston kehitystä varten toimittama. Sovelluksen tilaajan toimittamassa laitteen on myös syytä arvioida, että onko laite olennainen osa toimitettavaa kokonaisuutta. Mikäli tilaajan toimittama laite on valmiin tuotteen olennainen osa, niin kauppalaki ei tällöinkään tulisi sovellettavaksi. Sen sijaan, jos sulautettu ohjelmisto toimitetaan yhdessä toimittajan myymän laitteen kanssa ja ohjelma on selvästi tarkoitettu käytettäväksi kyseisen laitteen yhteydessä, niin voidaan kauppalakia soveltaa myös ohjelmiston toimitukseen¹⁷.

Ratkaisevimpana kysymyksenä kauppalain sovellettavuuteen on kuitenkin pidettävä sitä, että siirtykö sopimuksen kohteen omistusoikeus tilaajalle vai ei¹⁸. Omistusoikeuden määrittely irtaimen omaisuuden on selkeämpää kuin immateriaaliseen omaisuuteen. Omistusoikeuden määrittelyä voidaan pitää täydellistä yksinoikeutta johonkin kohteeseen¹⁹, immateriaalioikeudet taas harvoin ovat täydellisiä yksinoikeuksia ensimmäisen oikeuden luovutuksen jälkeen. Immateriaalioikeuksien luovutuksiin kuuluu rajoituksia, esimerkiksi teoksen moraalioikeudet eivät ole luovutettavissa alkuperäiseltä tekijältä²⁰.

Kysymys omistusoikeuden luovutuksesta lienee selvä sellaisissa ohjelmistotoimitussopimuksissa, joissa ohjelmaan annetaan vain lisenssiehtojen mukainen käyttöoikeus, ja varsinainen omistusoikeus säilyy näin toimittajalla. Käyttöoikeus eli lisenssi voi olla hyvinkin laaja ja muistuttaa luovutettavuutensa ja muutostenteko-

¹⁶ Kts. Hemmo 1999, 23-24, jossa on todettu myös, että jos ohjelma on toimitettu esimerkiksi valmiiksi tietokoneeseen asennettuna, niin tällöin kauppalain soveltaminen olisi todennäköisesti riidatonta.

¹⁷ Hemmo 1999, 24, jossa hän myös esittää, että tällaisessa tilanteessa softwarin ja hardwaren toimitusten eriaikaisuuden ei tulisi myöskään muuttaa tilannetta.

¹⁸ Hemmo 1999, 24

¹⁹ Paasto 2004, 7

²⁰ Näistä rajoituksista tarkemmin luvussa 2.3

oikeuksien osalta omistusoikeutta, mutta silti se on useimmiten vain lisenssi ja oikeudet ovat rajoitetummat kuin omistusoikeudessa. Lisenssisopimukset ovat IT alalla yleisiä. Esimerkiksi JIT 2007 ja IT2000 ehdot ovat lisenssisopimuksia²¹. Toisaalta myös omistusoikeuden luovutukseen pyrkiviä sopimuksia käytetään usein, varsinkin kun toisella sopijapuolella on riittävän suuri määräävä valta sopimusneuvotteluissa ja sopimuksen tarkoitus sitä vaatii.

Periaatetta siitä, että omistusoikeus ei siirry pelkällä lisenssillä, tukee myös tekijänoikeuslaki. Tekijänoikeuslaissa säädetään, että työsuhteessa luodun ohjelman ja siihen liittyvien tietokantojen tekijänoikeus siirtyvät automaattisesti työnantajalle, jos toisin ei ole sovittu²². Tästä säännöksestä on todettu, että työsuhteessa tapahtuva oikeudenluovutus on laajempi kuin normaali sopimuserusteinen luovutus, tällöin myös normaalisti luovutuskelvottomat aatteelliset oikeudet siirtyvät työnantajalle²³. Tämä tukee entisestään kantaa, minkä mukaan omistusoikeus ei siirtyisi edes erittäin kattavien lisenssiehtojen myötä, eikä kauppalaki ei tulisi sovellettavaksi, koska lähtökohtaisesti koko omistusoikeus siirtyy vain erittäin harvoin.

Omistusoikeuden siirtymistä rajoittaa myös TekijäL 28 §, ” *Ellei toisin ole sovittu, ei se, jolle tekijänoikeus on luovutettu, saa muuttaa teosta eikä luovuttaa oikeutta toiselle.* ” Kirjaimellisesti tulkittuna tämä tarkoittaisi sitä, että sopimusehto, missä luovutetaan tekijänoikeus, sisältäisi vain käyttöoikeuden, jos luovutettavia oikeuksia ei ole tarkemmin määritelty. Tosin tämän pykälän soveltamista laajasti myös tietokoneohjelmiin voidaan kritisoida. Pykälää on tulkittu sovellettavan suppeasti niin, että se soveltuisi vain taiteellisia ja kirjallisia teoksia varten²⁴.

Toisaalta tekijänoikeuslaissa ohjelmiston tai tietokannan valmistajalle²⁵ määrättyyn yksinoikeuteen on sisällytetty ehdollisuus oikeuden rajoittumisesta työn määrälli-

²¹ Kts. VTSE-liite 7, sekä EAT-liite 10.

²² TekijäL 40 b §

²³ Koulu 2003, s.145

²⁴ Koulu 2003, 146

²⁵ HE 170/1997: Valmistajana pidetään työn tuottanutta yritystä, yhteisöä tai henkilöä.

sesti tai laadullisesti *olennaiseen* osaan²⁶, minkä lisäksi lain kolmannen luvun²⁷ määräyksissä mahdollistetaan tekijänoikeuden luovutus kokonaan. Tällä perusteella voinee olettaa, että omistusoikeus voidaan luovuttaa myös ohjelmistoon, mikäli sopimuksessa on nimenomaisesti ja tarkasti kuvattu omistusoikeuden eikä vain erilaisien käyttöoikeuksien luovutusta.

Kauppalaissa on myös toinen sen sovellettavuutta rajoittava säännös. Lain 2 § 2 momentin mukaan sopimukset, jotka koostuvat pääosin työ- tai palvelusuorituksista eivät kuulu lain soveltamisalaan. Tarkastelemissani sopimuksissa ohjelmistot tehdään tilauksesta asiakasta varten, jolloin suorituksen pääosa on työtä, vaikka tämän tuloksena syntyykin luovutettava hyödyke.

Kauppalakia ei kuitenkaan voi jättää kokonaan huomiotta, vaikka omistusoikeus ei siirtyisi ja suorituksen pääosa olisi työtä, sillä kauppalaista seuraa monia sopimusoikeudellisia yleisperiaatteita, joista ei muissa normeissa säädetä. Lisäksi ohjelmistojen kauppaa rinnastetaan irtaimen omaisuuden kauppaan pääosin tämän tutkimuksen ulkopuolella olevissa ja kansainvälisissä normeissa²⁸.

Nämä tulkinnat vahvistavat myös Suomen kauppalain sovellettavuutta. Kauppalain suora soveltaminen ei sen sijaan tule kysymykseen tämän tutkimuksen alueelle kuuluvien ohjelmistotoimitussopimusten yhteydessä, koska ne koostuvat pääosin työsuorituksista ja sopimuksen kohteen nimenomaisesti omistusoikeuden luovutuksesta ei ole sovittu.

²⁶ TekijäL 49§

²⁷ TekijäL 3 luku

²⁸ Tietokoneohjelmien on katsottu kuuluvan kansainvälisen kauppalain, Yhdysvaltojen Uniform Commercial code:n sekä kuluttajansuojalain soveltamisalan piiriin, Kts. Hemmo 1999, 24-25. Näiden lakien soveltamisella ei kuitenkaan tässä tutkimuksessa ole juuri merkitystä, koska tutkimus on rajattu kuluttajasopimusten ja kansainvälisten sopimusten ulkopuolelle.

2.1.2 Muu dispositiivinen normisto

Vaikka kauppalaki tulisikin ohjelmistotoimitussopimuksessa sovellettavaksi, niin muu dispositiivinen normisto voisi silti syrjäyttää suuren osan siitä. Mutta erityisesti silloin kun kauppalakia ei voida suoraan soveltaa, niin sopimuksessa vallitseva tila pitää tulkita muiden sopimuksen ulkopuolisten normien perusteella. Tässä esitettävän muun normiston tarkastelun tarkoituksena on antaa jonkinlainen käsitys alan erityispiirteistä ja kauppataavasta.

Koska aineistoni koostuu monien eri tahojen laatimista sopimuksista, niin oletan, että se kattaa alalla käytettyjä sopimuskäytäntöjä laajasti. Näin ollen myös kauppatappaa voisi päätellä sopimuskäytännön yhtenevistä osista. Vaikka käynkin kauppatappaa läpi pääosin vain tarpeen huomattessani aineistosta selkeitä kauppatappaan viittaavia yhteneväisyyksiä, niin ohjelmistojen kaupassa on yksi keskeinen kauppataavasta juontava normi, jonka haluan erityisesti ottaa esille, koska se poikkeaa paljon monesta muusta alasta ja se tulisi pitää mielessä alan sopimuksia tarkastellessa.

IT alalla on yleisesti hyväksytty totuus, että täysin virheistä vapaata ohjelmistoa on lähes mahdotonta tehdä, virheet ilmenevät monesti myös vasta pitkienkin aikojen kuluttua tuotteen käyttöönotosta ja hyväksymisestä. Lisäksi vaikka täysin virheetön tuote saataisiin tehdyksi, harva tilaaja on valmis maksamaan siitä koituvia kustannuksia²⁹.

Ohjelmistoihin jääneet virheet ovat yleensä merkityksiltään vähäisiä ohjelmiston käytön kannalta ja niiden täydellinen poistaminen olisi erittäin työlästä. Näin ollen rajahyöty täysin virheettömän tuotteen valmistamisesta tulee useimmissa toimituksissa hyvin matalaksi. Tästä johtuen ohjelmistojen toimituksiin on muodostunut ta-

²⁹Ohjelmistotuotteiden yleisestä virheellisyydestä kts esim. Ohjelmistoyrittäjät ry, 2006

vaksi toimittaa osittain virheellinen tuote, mutta virheiden ollessa vähäisiä, tuotteen on katsottu olevan sopimuksen mukainen³⁰.

Tapa on alalla yleisesti hyväksytty ja tiedossa, mutta alan kauppatapaan perehtymättömälle tilaajalle voi olla hyvinkin yllätyksellistä. Yleensä tätä alennettua virhevas- tuuta on myös tarkennettu sopimuksessa antamalla vähäiselle virheel- le määritelmä. Tämä kauppata- van dispositiivinen vaikutus poikkeaa olennaisesti sopimusoikeuden yleisestä normistosta. Lisäksi kauppata- pa syrjäyttää toimittajan olennaisinta velvol- lisuutta, eli tuotteen sopimuksenmukaisuutta.

Tutkimus on rajattu ohjelmistotoimitussopimukseen Suomessa. Silti yksi sopimuk- siin mahdollisesti vaikuttava normilähde on kansainvälinen kauppalaki³¹. Yksityi- sellä puolella sopimukset kirjoitetaan usein englanniksi ja niihin on sisällytetty lau- sekkeita, joita vastaavia periaatteita ei välttämättä löydy muusta suomalaisesta nor- mipohjasta. Jos käytetyt lausekkeet ovat mahdottomia kääntää tai niillä on selkeästi hieman erilainen merkitys kuin lähinnä vastaavalla suomenkielisellä käännöksellä tai lausekkeella, niin lausekkeen tarkoituksen tulkintaa voi joutua hakemaan kan- sainvälisestä kauppalaista ja sitä kautta myös mahdollisesti Suomen ulkopuolisten oikeusjärjestysten periaatteista.

Kansainvälisen kauppalain soveltamisessa on kuitenkin sama ongelma kuin kauppa- lain soveltuvuudessa, tietokoneohjelmistot eivät yksiselitteisesti kuulu sopimukses- sa määritettyjen tuotteiden piiriin, valmisohjelmistojen on kuitenkin katsottu olevan irtaimen tavaran määritelmän mukaisia³². Tähän liittyen on keskusteltu, että tulisiko kaikkien ohjelmistojen kuulua lain piiriin. Kanta asiaan on edelleen negatiivinen, mutta todennäköisesti lakia voi, sen ollessa tarpeellista, soveltaa analogisesti ohjel-

³⁰ Ohjelmistojen yleisestä virhetoleranssista kts. esim. Hemmo 1999, 31-32

³¹ CISG, 796/1988

³² LG München HKO 24667/93

mistotoimituksiin laajemmin kuin Suomen kauppalakia, johtuen sen tulkinnan myönteisestä kannasta valmisohjelmistoihin³³.

Ohjelmistotoimitussopimuksia varten säännelty dispositiivinen normisto ei ole siis kovin laajaa, vaan sopimusten aukkoja voi joutua usein hakemaan analogisesti tutkimalla enemmän alan kauppatapaa ja osapuolten välisiä käytäntöjä, tai laeista jotka eivät ole varsinaisesti säädetty ohjelmistojen vaihdantaan soveltuviksi. Tämä korostaa entisestään kattavan sopimuksen laatimisen tarpeellisuutta, jos vallitsevista sopimusvelvoitteista halutaan olla varmoja ja sopimukseen liittyviä riskejä hallita. Normipohjan ollessa näinkin tulkinnanvarainen monessa vastuukysymyksessä on lähes mahdotonta ennustaa tarkkaa oikeustilaa. Tämän voi päätellä myös siitä, että alan sopimuskäytäntöön kuuluvat monesti erittäin laajat sopimukset.

2.2 Ohjelmistotoimituksiin vaikuttava pakottava lainsäädäntö

Sopimussuhteissa vaikuttavaa pakottavaa lainsäädäntöä tulisi arvioida tilanne- ja sopimuskohtaisesti, koska sovellettava pakottava normisto vaihtelee monesti paljon riippuen sopimuksen kohteesta, sopijapuolista sekä sopimusympäristöstä. IT alan ohjelmistotoimitussopimukseen soveltuu kuitenkin joitakin pakottavia normeja joiden voidaan katsoa vaikuttavan alan sopimukseen melkein aina.

Pakottavalla normistolla voi olla normien tarkoituksesta riippuen erilaisia vaikutuksia sopimukseen. Pääasiallinen vaikutus on sopimuksen tai sen osan pätemättömyys. Pätemättömyyden olennaisin vaikutus taas on sopimukseen tai sen ehtoon liittyvän suoritusvelvollisuuden lakkaaminen, sekä siihen liittyvän sopimuksellisen korvausvelvollisuuden päättyminen³⁴.

³³ Cox, 2000

³⁴ Hemmo 1997, 193-194

Pakottavasta lainsäädännöstä johtuvalla pätemättömyydellä on tarkoitus suojata joko sopijapuolen tai julkisia intressejä. Pätemättömyysperusteen soveltaminen joko viran puolesta tai vain väitteestä riippuu hyvin pitkälle siitä kenen suojaksi pätemättömyysperuste on tarkoitettu³⁵. Väitteenvaraisuudesta taas seuraa, että pätemättömyysperuste voidaan jättää huomiotta loukatun osapuolen näin tahtoessa, vaikka perusteena olisikin pakottava lainsäädäntö, tällöin pätemättömyys korjaantuu loukatun osapuolen hyväksynnällä³⁶. Sopimuksellisen riskienhallinnan kannalta tämä loukatun osapuolen valinnanmahdollisuus oikeuskeinoissa heikentää entisestään sopimuksen tai sen osan synnyttämien velvollisuuksien ennustettavuutta ja näin myös hallittavuutta³⁷.

Toinen olennainen pätemättömyysperusteen vaikutusta jakava tekijä on pätemättömyyden laajuus. Pätemättömyys voi olla osa- tai kokonaispätemättömyyttä. Arvio osa- ja kokonaispätemättömyyden välillä tulisi tehdä tarkastellen sopimusta kokonaisuutena sekä pätemättömyysperusteen normipohjaa. Pääasiallisesti kyseeseen tulee sopimuksen osapätemättömyys, kun pätemättömyys ei poista sopimuksen tarkoituksenmukaisuutta. Kun pätemättömyysperuste kohdistuu sopimuksen olennaiseen osaan, mitä ei voida dispositiivisilla normeilla korvata, niin kyseeseen tulee kokonaispätemättömyys. Kun kyseessä on julkisten intressien suojaus, niin arvioitavaksi tulee voidaanko sopimuksen pääasiallinen tarkoitus vielä säilyttää, kun julkisia etuja rikkovat ehdot syrjäytetään, sekä kuinka laajasti lainvastaiset ehdot tulee saattaa tehottomiksi, jotta julkisen intressin kokonaisuus säilyy positiivisena³⁸.

Ohjelmistotoimitussopimusten ollessa usein yleisiltä, osapuolten sopimussuhdetta määrittäviltä ehdoiltaan kestosopimusluonteisia, mutta yksittäisten toimitusten osalta enemmänkin kertasopimuksia, on myös mielenkiintoista arvioida, millä tavalla

³⁵ Julkisia intressejä suojaavat perusteet voidaan pääasiallisesti katsoa otettavan huomioon viranpuolesta

³⁶ Kts Hemmo 1997, 204-206

³⁷ Toisaalta myös *Ex officio* sovellettavien pätemättömyysperusteiden kohdalla on samanlainen lopputuloksen epävarmuus, koska jos pätemättömyysperuste ei koskaan tule viranomaisille ilmi, sopimuspuolet todennäköisesti jatkavat toimintaansa sopimussuhteessa pätemättömän ehdon mukaisesti, aivan kuten tapahtuu jos väitteenvaraisen pätemättömyysperusteen loukattu osapuoli ei perusteeseen vetoa.

³⁸ Hemmo 1997, 210-212

yhden toimitussopimuksen kokonaispätemättömyys vaikuttaa koko sopimussuhteen. Varsinkin tällaisessa tilanteessa arvio on hyvin olosuhdesidonnaista ja yhtä yleistystä ei voida tehdä., voidaan kuitenkin sanoa, että erillisten toimitussopimusten yhteenkuuluvuuden perusteella, myös ehdoiltaan täysin pätevä sopimus voidaan purkaa³⁹.

2.2.1 Oikeustoimilaki

Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (1929/228) säätelee suomalaista sopimusoikeutta sopimuksen synnyn, valtuutusten ja pätemättömyyden osalta. Tutkimukseeni liittyen näistä olennaisin vaikutus on lain pätemättömyysperusteilla. Sopimuksellinen riskienhallinta tuskin voi olla tehokasta, jos riskienhallintaan tarkoitettujen lausekkeiden ei ole oikeudellisesti päteviä.⁴⁰

Oikeustoimilain pätemättömyysperusteista suurin osa on korjaantuvia. Loukattu osapuoli voi omalla toiminnallaan tai hyväksynnällään saattaa sopimuksen päteväksi, vaikka sitä rasittaisikin pakottavan lainsäädännön mukainen pätemättömyys. Loukkaava osapuoli ei toisaalta voi saattaa pätemättömyyttä mitättömäksi.

Oikeustoimilain pätemättömyysperusteet suojaavat pääosin väärinkäytöksiltä⁴¹ ja ovat enimmäkseen tarkoitettu suojaamaan osapuolta, joten suojan kohde voi myös hyväksyä kohtaamansa väärinkäytöksen. Väärinkäytösperusteita ovat pakko, petollinen viettely, kiskominen sekä kunnianvastainen ja arvoton menettely. Tutkimukseeni kannalta kaikkia näitä perusteita voidaan tarkastella, mutta olennaiset huomiotavat tilanteet ovat lähinnä osapuolen olennaisesti parempi tieto tai tietotaito sopimuksen kohteesta sekä tilaajan suuri riippuvuus toimittajasta.

³⁹ Kts esim. KKO 1974 II 80, jossa kiinteistökauppa julistettiin puretuksi siihen liittyneen rakentamissopimuksen tullessa puretuksi laiminlyönnin vuoksi.

⁴⁰ Kts Hemmo 1997, 194 pätemättömyyden seurauksista. Riskienhallinta ei voi olla tehokasta, koska nimellinen hallittu vastuun siirtäminen ja tai vastapuolen käyttäytymisen hallinta positiivisen sopimusedun mukaisen vahingonkorvauksen uhalla menettää vaikutuksensa.

⁴¹ Hemmo 1997, 228

Kunnianvastainen ja arvoton menettely on käytännössä yllämainituista väärinkäytösperusteista tärkein. Siihen vedotaan perusteista useimmin, tämä johtuu siitä, että tämän perusteen alaiseen toimintaan voidaan lukea myös muiden väärinkäytösperusteiden mukainen toiminta. Toisaalta tähän väärinkäytösperusteiden yleislausekkeeseen sisältyy sopimukseen vetoavan suurempi tietämisvaatimus pätemättömyyden aiheuttavista olosuhteista kuin lain muihin väärinkäytösperusteisiin, ero on kuitenkin käytännössä vähäinen. Kunnianvastaisuutta ja arvottomuutta arvioidaan ratkaisijan subjektiivisten näkemysten lisäksi yleisillä sopimusoikeudellisilla menettelytavoilla, alan sopimuskäytännöllä ja elinkeinoelämän kirjatuuilla ja vallitsevilla moraalinormeilla⁴².

Kunnianvastaiseen ja arvottomaan menettelyyn voidaan vedota esimerkiksi osapuolen tiedollisen ylivoiman⁴³, erehdyksen⁴⁴, kolmannen osapuolen suojan⁴⁵ tai osapuolen alentuneen ymmärryskyvyn yhteydessä. Viimeksi mainittu tuskin voi kuitenkaan olla kyseessä kahden yrityksen välisessä liikesopimuksessa.

Oikeustoimilain näkökulmasta pätemättömyyttä aiheuttavaa pakkoa tulkitaan yleisesti käytetyksi, kun oikeustoimen solmimiseen on liittynyt oikeudenvastainen teko tai laillista painostuskeinoa on käytetty oikeudettomien etujen hankkimiseen⁴⁶. Kiskominen voi tulla kysymykseen kun osapuolten välillä on olennainen suoritusvelvollisuuksien epätasapaino, lisäksi edellytetään, että tämä epätasapaino on syntynyt osapuolen hyväksikäytettyä toisen pulaa, ymmärtämättömyyttä, kevytmielisyyttä tai osapuolesta riippuvaista asemaa⁴⁷. Petollinen viettely taas osapuolen erehdyttämistä tai erehdyksen hyväksikäyttämistä, sille ei tarvitse asettaa hyötymis- tai vahingoittamistarkoitusta, jotka ovat edellytyksenä sen rikosoikeudellisessa vastineessa pe-

⁴² Hemmo 1997, 242-243

⁴³ KKO 1985 II 58

⁴⁴ KKO 1971 II 2

⁴⁵ KKO 1962 II 80

⁴⁶ Hemmo 1997, 232

⁴⁷ Hemmo 1997, 238-239

toksessa. Petollinen viettely on myös läheisessä yhteydessä yleiseen sopimukseen liittyvään tiedonantovelvollisuuteen⁴⁸

Oikeustoimilain väärinkäytösperusteiden ongelmana ovat niiden tulkintavaikeudet. Loukkausten rajoja ei voida aina yksiselitteisesti määrittää, koska lain perusteet ovat sanamuodoiltaan subjektiivisia. Toimittajan kannalta sama tilanne voi tuntua hyvinkin erilaiselta kuin tilaajan kannalta, joka voi tuntea itsensä pakotetuksi tilaamaan samalta toimittajalta lisätoimituksia esimerkiksi tiukkojen immateriaalioikeusehtojen takia.

Tässä tutkimuksessa ei ole kuitenkaan olennaista käydä läpi oikeustoimilain pätevämmämyysperusteiden yksityiskohtaista analyysia, koska ne eivät ole sopimustyyppikohtaisia. Tässä esiin otettu lain sisältö on tarkoitettu informatiivisluonteiseksi, otan sen huomioon aineiston analyysissa tarpeen mukaisesti.

2.2.2 Kilpailunrajoituslaki

Käyn tässä luvussa läpi Kilpailunrajoituslain pääkohdat. Koska kilpailuoikeus on monesti hyvin tulkinnanvaraista ja monimutkaista, niin täysin kattava analyysi sen vaikutuksista ohjelmistotoimitussopimukseen ei ole tässä yhteydessä mahdollista. Lakia on harmonisoitu EU direktiiveillä, joten samoja periaatteita sovelletaan koko EU:n alueella, tämä helpottaa myös sopimusten laatijoita, mutta ei poista tarvetta tutustua sopimuksen määrittelyjen mukaan sovellettavaan lakiin⁴⁹.

Laki kilpailunrajoituksista (1992/480) on tarkoitettu suojamaan yhteiskunnan intressiä⁵⁰. Hallituksen esityksessä⁵¹ lain yleisenä tavoitteena on ”terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun turvaaminen vahingollisilta kilpailunrajoituksilta.” Määritel-

⁴⁸ Hemmo 1997, .235-236

⁴⁹ Huimala & Pirttilä 2005, 5

⁵⁰ Kts. HE 162/1991, luku 1.1

⁵¹ HE 162/1991

mänsä mukaan se turvaa kuluttajan etua ja elinkeinotoiminnan harjoittamisen vapautta perusteettomilta esteiltä ja rajoituksilta⁵².

Koska lain mukaiset pätemättömyysperusteet ovat tarkoitettu julkisen intressin suojaksi, niin kilpailua rajoittavia lausekkeita ei voida saattaa päteviksi osapuolten toiminnan perusteella. Lain tavoitteen ollessa yhteiskunnan intressi, niin kilpailunrajoituslain mukainen pätemättömyys ei yleensä johda kokonaispätemättömyyteen, vaan sopimus säilyy päteviltä osiltaan voimassa, jos mahdollista⁵³. Laki rajaa pätemättömät lausekkeet kolmeen pääluokkaan, horisontaalisiin sekä vertikaalisiin kilpailunrajoituksiin että määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön.

Kilpailunrajoituslaki ei ole useimpien ohjelmistotoimitussopimusten osalta olennainen, markkinarajoitusten ja myös ohjelmistoja koskevan EU:n teknologiansiirron ryhmäpoikkeusasetuksen⁵⁴ takia. Ryhmäpoikkeusta sovelletaan myös suoraan Suomen kilpailunrajoituslain tulkinnassa⁵⁵. Ryhmäpoikkeusasetus sallii kilpailua rajoittavia lausekkeita, jos sopijapuolten yhteenlaskettu markkinaosuus ei ole vertikaalisesti ainakin 30 prosenttia tai horisontaalisesti 20 prosenttia⁵⁶, eikä kilpailua rajoittava sopimusehto ole niin sanotun mustan listan ehto, jolla määrätään minimihintaa tai rajoitetaan lisenssin alueellista käyttöä merkittävästi.

Ennen kuin kilpailunrajoituslain, markkinaosuuden tai ryhmäpoikkeuksen soveltuvuutta lähdetään arvioimaan, tulisi ensin arvioida rajoittaako sopimus merkittävästi kilpailua, jos vastaus on kielteinen, niin soveltuvuutta ryhmäpoikkeukseen ei tarvitse edes analysoida vaan sopimus on kilpailunrajoituslain näkökulmasta pätevä⁵⁷.

⁵² KilpailunrajoitusL, 1§

⁵³ Kts esim. Hemmo 1997, .283

⁵⁴ KOM 772/2004, artikla 9.

⁵⁵ Kilpailuvirasto, 2004

⁵⁶ Markkinaosuuden laskemisesta kts. esim. Humala & Pirttilä 2004, 11-13

⁵⁷ Huimala & Pirttilä 2004, 5-6

Kilpailun rajoittuvuus analysoidaan arvioimalla tilaa, mikä vallitsisi, jos sopimusta tai tiettyä sopimuksen ehtoa ei olisi. Eli esiintyisikö todellista tai mahdollista kilpailua, jos sopimusta tai sen ehtoa ei olisi tehty ollenkaan⁵⁸. Seuraavaksi rajoittavan ehdon tulisi vaikuttaa kilpailuun merkittävästi, eli kohdistaa kielteisiä vaikutuksia markkinahintoihin, tuotantoon, innovaatioon tai palvelujen valikoimaan tai laatuun⁵⁹.

Vaikka rajoitus olisi merkittävä, niin sopimus tai ehto voi olla silti ryhmäpoikkeuksen nojalla pätevä, mikäli ehto ei kuulu niihin vakavimpiin kilpailunrajoituksiin, jotka on listattu asetuksen 4 artiklassa. Tämän niin sanotun mustan listan ulkopuoliset sopimusehdot ovat lähtökohtaisesti aina päteviä⁶⁰.

Tyypillisimmin kilpailunrajoituslaki voisi vaikuttaa ohjelmistotoimitussopimuksiin, jos sopimuksen lisenssiehdot rajoittavat hintoja tai lisenssin sisältävän tuotteen jakelua. Jakelua rajoittavat ehdot ovat tosin tiettyin edellytyksin sallittuja⁶¹. Myös sopimusehdot jotka rajoittavat samantyyppisen ohjelman toimittamista muille voi olla pätemätön lain perusteella.

2.2.3 Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa

Lailla sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa on ohjelmistotoimituksissa yllättävänkin suuri merkitys. Sen tärkein piirre ohjelmistoalan kannalta on liikesalaisuuksien luovutuksen säätely. Ohjelmisto ja siihen liittyvä materiaali saavat suojaa muista laeista vasta kun ne ovat ylittäneet teoskynnyksen, eli käytännössä kun ohjelmiston koodia on kirjoitettu niin paljon, että sitä voidaan pitää tekijänsä omaperäisenä tuotoksena⁶².

⁵⁸ EU:n komission tiedonanto EYVL C 101, 27.4.2004, kohta 12.

⁵⁹ Huimala & Pirttilä 2004, 6

⁶⁰ Mustan listan ehdot ovat lähinnä hintoja, tuotantoa, myyntialueita ja tutkimusta sekä kehitystä rajoittavia ehtoja että ehtoja joilla jaetaan markkinoita osapuolten kesken.

⁶¹ Kts. KOM 772/2004, artikla 4.

⁶² Kts. luku 2.3.2 tekijänoikeuksista

Kuitenkin ohjelmiston suurin arvo voi olla sen toimintaperiaatteessa, ideassa tai algoritmeissa. Nämä eivät kuitenkaan missään vaiheessa saa tekijänoikeuden suojaa, vaan ovat tekijänoikeuslain estämättä vapaasti kaikkien käytettävissä. Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa suojaa kuitenkin myös ideoita ja toimintaperiaatteita hyväksikäyttöä vastaan siinä määrin kun ne on ilmaistu ulkopuoliselle, niin että tämän tulisi käsittää tietojen olevan luottamuksellisia. Tietojen tahallinen hyväksikäyttö on lain perusteella kriminalisoitu.

Lain 4 § säätelee liikesalaisuuden, teknisen esikuvan sekä teknisen ohjeen suojaa. Ensimmäinen momentti on yleislauseke, joka kieltää liikesalaisuuden oikeudettoman hankkimisen, sen yrittämisen ja oikeudettomasti hankitun tiedon hyväksikäytön. Toisessa ja kolmannessa momentissa säädetään työsuhhteessa saadun tiedon hyväksikäyttöä ja neljännessä kolmannen osapuolen hyväksikäyttöä, jos hän saa tiedon sen oikeudettomasti hankkineelta.

Lain suoja-alassa on muutamia ohjelmistotoimitussopimusten kannalta ongelmallisia kohtia. Ensinnäkin liikesalaisuuden määrittely on jätetty avoimeksi. Liikesalaisuuden määrittelyä voidaan kuitenkin tarkentaa muilla lähteillä, hallituksen esityksessä laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta⁶³ on viitattu rikoslain 30 luvun 11 §:ssä käytettyyn liikesalaisuuden määrittelyyn:

”Yrityssalaisuudella tarkoitetaan rikoslaissa liike- tai ammattisalaisuutta taikka muuta vastaavaa elinkeinotoimintaa koskevaa tietoa, jonka elinkeinonharjoittaja pitää salassa ja jonka ilmaiseminen olisi omiaan aiheuttamaan taloudellista vahinkoa joko hänelle tai toiselle elinkeinonharjoittajalle, joka on uskonut tiedon hänelle. Yrityssalaisuudelle pidetään tunnusomaisena, että se sisältää elinkeinotoimintaa koskevaa tietoa. Yrityssalaisuuden alalajeja ovat määritelmän mukaan liike- ja ammattisalaisuudet. Yrityssalaisuus voi koskea paitsi tuotteiden valmistusmenetelmiä ja tuotekehittelyä myös kaupallis-taloudellisia, hallinnollis-organisatorisia ja yhteiskunnallisia tietoja. Rikoslaissa tarkoitettuna yrityssalaisuuden tunnusmerkkejä ovat myös tiedon haltijan salassapitotahto ja salassapitointressi sekä tiedon tosiasiallinen salassapito.”⁶⁴

⁶³ HE 30/1998

⁶⁴ HE 30/1998

Määritelmää on samassa hallituksen esityksessä täydennetty myös know-how:n kuulumisesta liikesalaisuuteen. Eri lähteistä yhdisteltynä liikesalaisuus onkin määritelty jo kohtuullisesti, mutta silti jäljelle jää paljon tapauskohtaista tulkintaa. Korkeimman oikeuden ratkaisujen KKO 1991:11 ja KKO 1984-II-43, voidaan kuitenkin päätellä, että ainakin yrityksen toimintaan liittyvä yksityiskohtainen dokumentaatio ja piirustukset, saavat lain mukaista suojaa.

Ratkaisussa KKO 1989:39 on päädytty koneen suunnittelua koskevassa tulkinnassa siihen, että samantapaiset periaatteet teknisille ratkaisuille eivät taas ole saaneet laitaa suojaa. Eli toisin sanoen yleisluontoisten ideoiden ja periaatteiden suoja taas on tämän lain nojalla heikkoa.

Lisäksi lain 10 §:ssä olevat rangaistussäännökset edellyttävät tuottamusta. Lain 4 § myös suojaa vilpittömän mielen perusteella kolmatta, joka on saanut tietoonsa liikesalaisuuden alaista tietoa Tietokoneohjelmien tapauksessa, ideoiden ja periaatteiden ollessa arvokkaita, lain ei voida katsoa antavan ohjelmistoille yritysten riskienhallinnan kannalta kovin laajaa suojaa.

2.3 Immateriaalioikeudet ohjelmistotoimituksissa

Tässä luvussa käyn läpi ohjelmistotoimituksiin liittyvää immateriaalioikeudellista lainsäädäntöä. Immateriaalioikeuksilla on ohjelmistosopimuksissa hyvin monitahoinen rooli. Koska varsinainen tuote ei ole fyysinen, niin immateriaalioikeudet myös määrittävät sopimuksen tarkoitusta ja täydentävät sopimuksen kohteen kuvausta. Luonnollisesti immateriaalioikeuksilla voi olla sopimuspuolille myös hyvin suuri liiketoimintastrateginen rooli.

Immateriaalioikeuksien jako osapuolten välillä vaikuttaa myös osapuolten mahdollisiin vastuisiin ja intresseihin sopimuksen pääsuoritteiden luovuttamisen jälkeen.

Toimittajalle voi syntyä vastuita luovuttamistaan oikeuksista kolmatta osapuolta kohtaan ja tai intressejä valvoa ohjelmiston sovittua käyttöä luovutuksen jälkeen. Tilaajalla taas voi immateriaalioikeuksien jaon perusteella olla erilaisia intressejä valvoa tilaamansa ohjelmiston käyttöä omassa toiminnassaan ja tai toimittajan tai kolmansien osapuolten toiminnassa.

Immateriaalioikeudet antavat tietyin rajoituksin lakisääteisen yksinoikeuden suojan kohteen käytölle. Immateriaalioikeuksiin kuuluu tekijänoikeudet, patentit, know-how, liikesalaisuudet, tavaramerkit, mallisuoja, toiminimi sekä verkkotunnukset. Sekä ohjelmistojen suojan että sopimuksellisen riskienhallinnan kannalta olennaisista näistä oikeuksista on tekijänoikeus, se antaa laajan mutta suhteellisesti heikon suojan ohjelmistolle⁶⁵. Riskienhallinnan kannalta on olennaisinta tarkistaa, että mitään yllämainituista oikeuksista ei luovuteta tai rajoiteta sopimuksen tarkoitusta laajemmassa mittakaavassa.

Tietokoneohjelmistot eivät saa sellaisenaan Suomen laissa saa mallisuoja⁶⁶, eivätkä ne ole myöskään kovin helposti patentoitavissa⁶⁷. Toisaalta koska patenttisuoja on erittäin vahva, sopimuksissa olisi aina hyvä huomioida myös vastuunjako vähintään kolmansien osapuolten patenttiloukkausten osalta. Tässä tutkimuksessa ei ole tarkoituksenmukaista käydä läpi tarkemmin patentteihin tai mallisuojaan liittyviä säännöksiä, niiden mukaisten oikeuksien sopimukselliseen jakoon pätevät samanlaiset vaatimukset kuin tekijänoikeuksiin. Mainittakoon myös, että patenttisuoja on tekijänoikeussuojaa vahvempi, mutta huomattavasti suppeampi.. Tietokoneohjelmien tapauksessa mahdollisia patenttiloukkauksia on myös erittäin vaikea havaita etukäteen, koska patentit eivät yleisesti sisällä lähdekoodia, mistä loukkaus olisi helpon

⁶⁵ Takki 2002, 46

⁶⁶ HyödML 1§

⁶⁷ PatL 1§. Kts. myös EU:n komission hylätty direktiiviehdotus (2002/0047/COD) tietokoneella toteutettujen keksintöjen patentoitavuudesta. Tosin voidaan sanoa patenttien merkityksen ohjelmistojen suojauksessa myös huomattavasti lisääntyneen sulautettujen ohjelmistojen jatkuvan osuuden kasvun myötä, kts. Esim Välimäki 2005, 94-100.

tunnistettavissa. Patenttien suuren lukumäärän takia kaikkien mahdollisten patenttirikkomusten tarkistaminen on käytännössä myös melkein mahdotonta⁶⁸.

Know-how:n ja liikesalaisuuksien suojaa käsiteltiin jo edellisessä luvussa. Todettakoon vielä, että niiden suoja ei ole ollenkaan niin kattavaa kuin patenttien tai tekijänoikeuksien, osittain niiden saama suoja ovat myös päällekkäistä. Tutkimuksessa käyn immateriaalioikeuksista läpi pääasiassa vain tekijänoikeuksia liittyen tietokoneohjelmistoihin.

Käsiteltäessä oikeuksien jakoa ohjelmistotoimitussopimuksissa, ensiksi on hyvä kiinnittää huomiota sopimuksen tarkoitukseen ja sitä kautta tarpeelliseen ohjelmiston lisensointimalliin. Riskienhallinnan kannalta lisensointimallit voidaan luokitella kolmeen luokkaan. Kaikkien oikeuksien luovutukseen, jolloin huomiota tulee kiinnittää siihen, että kaikki oikeudet todella siirtyvät. Toisena voidaan mainita rajoitettu lisensointi, eli yleisemmin lisenssisopimus. Kolmantena on samaan luokkaan edellisen kanssa kuuluva, mutta erityisesti riskienhallinnan kannalta oman asemansa saava lisensointi avoimella lähdekoodilla.

Erilaisissa lisensointimalleissa jaetaan lähinnä tekijänoikeuslain tuottamia oikeuksia. Seuraavaksi käyn läpi tekijänoikeuslaista ohjelmistotoimitussopimusten riskienhallinnan kannalta huomioitavia seikkoja. Käsitellen avointa lähdekoodia sisältävät sekä muut komponenttipohjaiset ohjelmistotoimitukset omassa luvussaan, koska niihin liittyvissä sopimuksissa on monia ainoastaan niihin liittyviä erityispiirteitä.

2.3.1 Ohjelmistot ja tekijänoikeuslaki

Tietokoneohjelmistot ovat suojattuja tekijänoikeuden perusteella⁶⁹. Tekijänoikeus syntyy automaattisesti ohjelmiston tekijälle, se antaa yksinoikeuden kopioida⁷⁰,

⁶⁸ Laine & Välimäki 2004, 903

saattaa yleisön saataviin sekä muuttaa ohjelmistoa, sama pätee sekä ohjelmistoon kokonaisuutena että sen osiin⁷¹.

Ohjelmistojen suojan periaatteet on saatettu EU-maissa yhtenäisiksi Euroopan Neuvoston direktiivillä 91/250/ETY, tämä takaa lain olennaisimpien kohtien yhtenevyyden myös kaikissa muissa EU-maissa. Lain 1 § rinnastaa ohjelmiston kirjalliseen teokseen:

” Kirjallisena teoksena pidetään myös karttaa sekä muuta selittävää piirustusta tai graafista taikka plastillisesti muotoiltua teosta sekä tietokoneohjelmaa.”

Hallituksen esityksessä 161/1990 suojan kohteeksi rajataan lisäksi vain ohjelmiston ilmaisumuoto, ei sen ideaa, periaatteita, algoritmeja tai logiikkaa. Tietokoneohjelmisto on esityksessä määritelty joukoksi käskyjä, jotka saavat tietokoneen suorittamaan halutun toiminnon. Eli toisin sanoen suojan kohteena on teoskynnyksen ylittävä tietokoneohjelmiston koodi⁷². Samalla tavalla toimivan ohjelmiston saa siis tekijänoikeuslain estämättä tehdä vapaasti, jos samaa teoskynnyksen ylittävää koodin osaa tai kokonaisuutta ei kopioida.

Lain määrittelyissä tietokoneohjelmiston suoja-aika on 50 vuotta tekijän kuolemasta. Kun ohjelmistolla on useita tekijöitä, niin aika lasketaan viimeisen tekijän kuolemasta. Tietokannoilla suoja-aika on 15 vuotta tietokannan valmistumisesta. Suoja-aika on käytännössä koko ohjelmiston elinikä, koska ohjelmistot eivät teknologian kehittyessä ole näin pitkään kaupallisesti arvokkaita.

⁶⁹ HE 161/1990 Ohjelmiston tulee ylittää teostasoon, eli siinä tulee ilmetä tekijän luova ja omaperäinen panos, jotta ohjelmisto saa suojan. Samalla on todettu, että suurin osa markkinoilla olevista ohjelmistoista ylittää tähän tasoon.

⁷⁰ Tässä yhteydessä lienee hyvä mainita, että teknisesti käytännössä kaikki tietokoneohjelman käyttö sisältää myös ohjelman kopiointia, esimerkiksi ohjelman suorittaminen tietokoneella on samalla sen kopiointia.

⁷¹ TekijäL 2 §

⁷² Sillä missä muodossa tai millä ohjelmointikielellä koodi on, ei ole katsottu olevan merkitystä, vaan kaikki ilmenemismuodot kuuluvat yhtäläillä suojan piiriin. Myöskään fyysisellä alustalla ei ole tässä merkitystä.

Tietokoneohjelmien tekijänoikeutta työ- ja virkasuhteissa syntyneisiin ohjelmistoihin on tarkennettu lain 40 b §:ssä. Sen mukaisesti oikeus ohjelmistoon, siihen välittömästi liittyvään teokseen sekä tietokantaan siirtyy työnantajalle, jos muuta ei ole sovittu. Tämän mukainen käytäntö on ollut voimassa jo ennen nimenomaisen säännöksen voimaantuloa ja sitä voidaan hyvinkin pitää alan yleisenä tapana⁷³. Tämä on sopimuksellisen riskienhallinnan kannalta ainakin tilaajalle hyödyllistä, koska tilaaja voi olettaa toimittajan omistavan itse kehittämänsä ohjelmiston tekijänoikeuden.

Myös lain 27§:n 2 momentti on sopimuksissa huomioon otettava kohta, siinä täsmennetään, että kappaleen luovutukseen ei sisälly tekijänoikeuksien luovutuksia, jos muuta ei ole sovittu. Eli jos sopimuksessa mainitaan vain ohjelmiston luovutus, niin lähtökohtaisesti muita tekijänoikeuksien luovutuksia, kuin käyttöoikeuden luovutus ei samalla tapahdu. Tähän erityisesti tilaajan tulisi kiinnittää huomiota.

Tekijänoikeuslain 28§ tarkentaa oikeuksienluovutuksen laajuutta. Mikäli muuta ei ole sovittu, niin luovutettua oikeutta ei saa luovuttaa eteenpäin tai muuttaa, vaan kyseessä on lähtökohtaisesti vain yksinkertaisen käyttöoikeuden luovutus. Kyseinen säännös poikkeaa huomattavasti irtaimen tavaran omistusoikeuksien siirtymisestä. Vain rajoitettujen oikeuksien siirtyminen voi olla tilaajalle hyvinkin yllätyksellistä ja haitallista. Muutos- ja luovutusoikeuksien puuttuessa lisenssinsaajan kaupalliset oikeudet jäävät hyvin rajallisiksi.

Jos 28 § sovelletaan laajasti, niin käytännössä se myös tarkoittaisi, että työnantajalle 40 b §:n perusteella siirtyvä tekijänoikeus olisi muutos- ja luovutuskelvoton, koska näiden siirtymistä ei ole missään pykälässä nimenomaisesti sallittu. Mikäli oikeuksien siirtymistä tarkastellaan työsopimuksen tarkoituksen perusteella, niin tulkinta on kuitenkin todennäköisesti, että työsuhteeseen perustuvassa saannossa myös muutos- ja luovutusoikeudet siirtyvät⁷⁴. Sama tulkinnanvarainen tilanne voi syntyä myös

⁷³ HE 161/1990

⁷⁴ Kts esim. Koulu 2003, 146

silloin kun ohjelmistotoimitussopimuksen tarkoituksesta tai sopimuksenkohteen määrittelystä on tulkittavissa muuta kuin lisenssiehdoista. Siksi luovutus- ja muutusoikeuksien selkeä sopiminen on yleensä kaikkien sopimuspuolten intressi.

Lain 25 j §:n 1 pykälässä on joitakin lisenssinsaajalle annettuja lievennyksiä edellisestä. Sen mukaan ohjelman laillisesti hankkinut saa tehdä ohjelmaan sellaisia muutoksia, jotka ovat tarpeen määritettyyn käyttötarkoitukseen. Lain sanamuodon mukaan muutoksen saa tehdä vain se joka on laillisesti ohjelman hankkinut. Tämä momentti voidaan tosin disponoida sopimusehdoilla, toisin kuin saman pykälän kolme seuraavaa momenttia. Niissä kappaleen haltijalle annetaan indispositiivinen oikeus valmistaa ohjelmasta ja tietokannasta varmuuskopiot, jos se on käytön kannalta tarpeen, sekä tutkia ohjelman toimintaperiaatteita sen käytön puitteissa. Näiden pakottavien säännösten tarkoituksena on varmistaa, että ohjelman kappaleen haltijalta ei voida sopimuksellisesti kieltää ohjelman käyttöä⁷⁵.

Toinen lisenssinhaltijan yksinoikeutta rajoittava poikkeus on ohjelman rajapintojen kopioimisen ja kääntämisen salliminen kaikille tekijänoikeuslain 25 k §:ssä. Pykälän tarkoituksena on varmistaa eri ohjelmistojen ja laitteistojen keskinäinen yhteensopivuus. Se antaa ohjelman kappaleen tai vastaavan oikeuden haltijalle oikeuden, sopimuksien estämättä, hankkia tarpeelliset tiedot ohjelmiston osista joiden toiminnan selvittäminen on tarpeellista ohjelmiston, muiden ohjelmistojen sekä käyttäjien yhteen toimiviksi saattamiseksi. Muuhun tarkoitukseen koodin kääntäminen ja tai kopiointi ei ole pykälän nojalla sallittua⁷⁶. Tämän kaltainen lopputulos todennäköisesti syntyisi tosin jo kilpailulainsäädännön tulkinnasta. Säännöksen tavoitteena on selkeästi suojata julkista intressiä.

Tekijänoikeus ei periaatteessa ole koskaan kokonaan luovutettavissa. Lain 3 § rajoittaa oikeuden luovutukset niin sanottujen moraalisten oikeuksien osalta. Sen mu-

⁷⁵ 91/250/ETY

⁷⁶ 91/250/ETY

kaan teoksessa tulisi hyvän tavan vaatimusten mukaisesti ilmoittaa aina tekijän nimi eikä teosta saisi muuttaa loukkaavalla tavalla. Tietokoneohjelmien tapauksessa teollisesti valmistetussa ohjelmistossa tämä pykälä menettää pääosin merkityksensä. Hallituksen esityksessä 161/1990 on jo todettu, että alan hyvä tapa ei vaadi tekijän ilmoittamista ja että alan luonne huomioon ottaen muutokset ohjelmiin voivat hyvin harvoin tulkita loukkaaviksi.

2.3.2 Avoimen lähdekoodin ja valmiskomponenttien käytön vastuuvaikutukset

Avoimella lähdekoodilla lisensoitujen tai muiden valmiiden ohjelmistokomponenttien käyttäminen ohjelmistotoimituksissa ei sinänsä muuta sopimukseen vaikuttavaa normipohjaa, joten tämä kappale ei sillä perusteella kuuluisi omaan lukuun. Toisaalta komponenttipohjainen kehitysmalli lisää huomattavasti riskejä kolmannen väitteistä komponentteihin liittyvien tekijänoikeuksien, lisenssiehtojen sekä kokonaisvaltaisen valvonnan puutteen kautta. Näin ollen sen pitäisi normipohjan tavoin vaikuttaa osapuolten käyttäytymiseen. Siksi käsittelen aihetta tässä seuraavassa luvussa käsiteltävien sopimussuhteiden vastuiden sijaan.

Käyn tässä läpi tyypillisimpiä Open Source⁷⁷ – lisensointimalleja. Tarkkaa analyysia kaikista eri Open Source lisensseistä ei tässä yhteydessä ole mielekäästä tehdä⁷⁸. Avoimen lähdekoodin lisenssit voidaan riskienhallinnan kannalta jakaa kolmeen eri luokkaan. Salliviin lisensseihin, jotka eivät aseta juuri minkäänlaisia vaatimuksia koskien niiden käyttöä, yhdistelyä tai lisenssiehtoja⁷⁹, silloin kun tämän tyyppisellä lisenssillä olevia komponentteja yhdistellään muihin ohjelmistokomponentteihin. Pysyvät lisenssit jotka eivät juuri rajoita käyttöä, mutta velvoittavat että kaikkiin muunnelmiin sovelletaan samoja lisenssiehtoja. Tällöin eri lisenssien alaisten oh-

⁷⁷ Suomenkielinen ilmaisu on suora käännös Open Source käsitteestä. Lyhyesti käsite voidaan määritellä seuraavasti: ”Avoin lähdekoodi tarkoittaa ohjelmia, joita kuka tahansa voi korjata, kehittää, kopioida ja käyttää vapaasti.” (fi.wikipedia.org Avoin Lähdekoodi). Tarkan määritelmä löytyy mm. The Open Source Initiative järjestön kotisivuilta.

⁷⁸ The Open Source Iniativen hyväksymiä lisenssejä on tutkimuksen tekohetkellä 58.

⁷⁹ Esim. BSD ja MIT lisenssit

jelmistojen yhdistely on kuitenkin mahdollista⁸⁰. Kolmantena ovat tarttuvat lisenssit mitkä edellyttävät samojen lisenssiehtojen käyttöä koko ohjelmistossa johon tarttuvan lisenssin alaista lähdekoodia on yhdistetty⁸¹.

Mikäli omien tekijänoikeuksien lisensointia halutaan täysin kontrolloida, käytännössä ainoa Open Source lisensointitapa, millä tämä on mahdollista, on ensimmäisenä mainittujen sallivien lisenssien käyttö. Muut lisenssimuodot edellyttävät käyttäjänsä luopumaan laajalti myös omista tekijänoikeuksistaan ehtojen mukaisten komponenttien käytön yhteydessä. Harkinnanvaraisesti voidaan tietysti käyttää minkä tahansa Open Source lisensointimallin mukaisia komponentteja.

Kun komponenteista kokonaan tai osittain kehitettävän tietokoneohjelmiston tekijänoikeuksia halutaan hallita, niin tämä voidaan toteuttaa verrattain yksinkertaisesti, mutta useasti todella työläästi, tutustumalla kaikkien suunniteltavaksi käytettyjen komponenttien lisensseihin. Ainut sopimukselliseen riskienhallintaan vaikuttava tekijä tässä on, että ohjelmiston toimittaja varmistuu siitä, että hän ei luovuta edelleen laajempia oikeuksia kun hänellä itsellään komponenttien lisenssiehtojen mukaisesti on hallussaan, muutoin sopimusta voi tulla koskevaksi oikeudellinen virhe.

Tekijänoikeuksien hallintaa suurempana riskienhallintaan vaikuttavana asiana ovat kuitenkin vastuukysymykset. Kaikissa Open Source lisensseissä sekä useimmiten myös kaupallisten ohjelmistokomponenttien lisensseissä, vastuu immateriaalioikeuksien loukkauksista on rajattu komponentin toimittajan ja kehittäjien osalta kokonaan pois tai sitä on ainakin rajoitettu merkittävästi. Lisäksi komponentteja omassa tuotannossaan käyttävällä toimittajalla ei usein käytännössä ole mahdollisuuksia selvittää kaikkia mahdollisia komponentteihin liittyviä kolmansien osapuolten immateriaaliloukkauksia⁸².

⁸⁰ Esim. LGPL ja MPL

⁸¹ Esim. GPL

⁸² Laine & Välimäki 2004, 901-902

Tämä voi aiheuttaa toimitettavaan ohjelmistoon kohdistuvia tekijänoikeus- ja tai patentt loukkausväittämiä, joissa toteutuessaan on yleensä kyse suurista korvaussummista. Loukkausväitteiden tapauksessa toimittajaa kohtaan voidaan esittää tilaajaan taholta myös väitteitä sopimusrikkomuksesta lisenssiehtojen tai koko tuotteen osalta. Koska näiden riskien toteutumisen hallinta on erittäin hankalaa, niin niihin on syytä varautua jo sopimuksissa.

Immateriaalioikeuksiin liittyvät väitteet voidaan kantajan toimesta esittää ketä tahansa oikeudenloukkaajaa vastaan, joten sopimuksettomassa tilassa ensisijaisesti vastuun joutuu kantamaan osapuoli jota vastaan väitteet kohdistetaan. Tilaaja voi tietysti toteutuneen vastuun johdosta esittää vahingonkorvausvaateita toimittajaa kohtaan, mutta tarkkoja säännöksiä tämän tyyppisen vastuun jakautumisesta ei ole, vaan vastuunjako olisi usein tulkittava tilannekohtaisesti⁸³.

Kirjallisuudessa on myös todettu, että lähimpänä normistona immateriaalioikeudellisiin virheisiin on kauppalain yleinen myyjän virhevastuu huomioimalla YK:n kauppalain 42 artiklan periaatteet. Sopimuksettomassa tilassa tilaaja voisi siis vaatia vahingonkorvausväitteitä kontrollivastuun mukaisesti, eli toimittajalla olisi vastuu vain niistä kolmannen immateriaalioikeusväitteistä, jotka hän kohtuudella olisi voinut tietää sopimusta solmittaessa. Käytännössä tämä rajaisi toimittajan vastuun siis ohjelmistokomponentin lisenssiehtojen rikkomuksiin sekä patenttirikkomuksiin yleisesti tunnetuista tai lähimpien kilpailijoiden patenteista⁸⁴.

YK:n kauppalain 42 artiklan periaatteet rajaisivat toimittajan vastuuta entisestään. Artiklan mukaan myyjän vastuu rajoittuu niihin immateriaalioikeusväitteisiin, ”josta

⁸³ Kts. esim. Laine & Välimäki 2004, 910 ”Kauppalain esitöissä huomautetaan, että oikeudellista virhettä koskevat säännökset eivät sovellu kolmannelle kuuluvan immateriaalioikeuden tilanteessa, vaan ”asiantila on jätetty avoimeksi”.”

⁸⁴ Laine & Välimäki 2004, 910

myyjä sopimusta tehtäessä oli tietoinen tai ei voinut olla tietämättä”⁸⁵. Lisäksi toimittaja välttyy vastuulta myös jos:

- ”a) ostaja sopimusta tehtäessä oli tietoinen oikeudesta tai vaatimuksesta tai ei voinut olla siitä tietämättä; tai
- b) oikeus tai vaatimus johtuu siitä, että myyjä on noudattanut ostajan toimittamia teknisiä piirustuksia, malleja, kaavoja tai muita täsmennyksiä.”⁸⁶

Tämän kaltainen vastuunjako on edullisempi toimittajan kuin tilaajan kannalta, koska tilaajalla on todennäköisesti vielä huonommat mahdollisuudet olla selvillä kolmannen immateriaaliloukkauksista tilaamassaan ohjelmistossa kuin toimittajalla. Varsinkin jos tilaaja ei saa käyttöönsä toimitettavan ohjelmiston lähdekoodia. Lisäksi tilaajan vastuu voi kasvaa edelleen hänen mahdollisesti luovuttaessa oikeuksia tilaamaansa ohjelmistoon eteenpäin. Näin ollen erityisesti tilaajan kannalta on erittäin oleellista sopia kattavasti vastuista kolmannen immateriaalioikeusloukkauksista vastaan.

2.4. Yhteenveto

Ohjelmistotoimitussopimuksissa varsinainen vaihdettava hyödyke on ohjelmisto, millä on tietty sovittu tarkoitus. Koska itse ohjelmisto ei ole fyysinen tuote, niin sen omistuksen voi jakaa käytännössä rajattomiin osiin. Immateriaalioikeuksista sopiminen on oleellinen osa ohjelmistotoimitussopimusta. Osapuolten tulisi siinä varmistaa oikeuksien tarkoituksenmukainen jako. Sopimuksen molemmille osapuolille voi tulevaisuudessa ilmaantua tarpeita luovutettavan ohjelmiston lisenssille, joita ei sopimuksentekohetkellä osata välttämättä tarkasti ennustaa.

Yleisesti ohjelmistotoimitussopimuksissa käytetään tekijänoikeuksien luovutuksiin eri laajuisia lisenssejä, kuitenkin myös muut mainitsemani immateriaalioikeudet ja niiden vaikutus tulisi huomioida sopimuksen kokonaisuutta arvioidessa. Viime vuo-

⁸⁵ CISG Art. 42

⁸⁶ CISG Art. 42

sina jatkuvasti yleistyneet Open Source lisensoinnit tuovat myös ohjelmistosopimusten vastuukysymyksiin paljon haasteita..

Osapuolten intressien laajuus ja siten myös rationaalisesti käyttäytyvien toimijoiden erilaisten lisenssiehtojen laajuus saattaa vaihdella huomattavastikin. Lisenssiehdot voidaan muotoilla hyvinkin monimutkaisiksi, koska tekijänoikeuden voi sen luonteen vuoksi jakaa teoriassa rajattomiin osiin. Ehtoja tarkastellessa kannattaa kiinnittää huomiota yleisimmin seuraaviin kohtiin: Käyttöoikeuden ja tarkoituksenmukaisen käytön laajuus, käyttäjä-, laite-, ajalliset-, alueelliset-, sekä alilisensointirajoitukset, yksinoikeus vai jaettu lisenssi, kaupalliset oikeudet, luovutus-oikeudet, muutosoikeudet, yhdistämisoikeus toisiin tuotteisiin, lisenssimaksut, muutosehdot, siirto-oikeus, escrow ehdot sekä lisenssin tuomat mahdolliset velvollisuudet⁸⁷.

Kuten komponenttipohjaisten ohjelmistojen käsittelyn yhteydessä tuli ilmi, immateriaalioikeuksien luovutukseen liittyy aina myös riski kolmannen osapuolen oikeuksien loukkaamisesta, täten olisi suotavaa myös varautua oikeudenloukkauksista syntyviin seurauksiin jakamalla vastuu sopimuksessa. Varsinkin kun vastuunjako sopimuksettomassa tilassa on epäselvä ja riskit suuret. Toimittajalla on usein parhaat mahdollisuudet hallita riskiä kolmannen osapuolen väitteistä, tämä on huomattavissa myös alan sopimuskäytännöstä, jossa vastuuta on yleisesti siirretty toimittajalle.

Lisähuomautuksena haluaisin mainita, että myös pätemättömät lausekkeet voivat tietyissä olosuhteissa toimia riskienhallintakeinoina. Osapuolet voivat yleensä vapaasti, pätemättömyydestä huolimatta, toimia sopimuksen mukaisesti. Tietyn lausekkeen tai koko sopimuksen pätemättömyys voi olla sopijapuolille myös hyvin epäselvää, eikä pätevyyden ratkaisevan oikeuskäsittelyn tai välimiesmenettelyn voida useinkaan katsoa olevan kannattavaa siitä seuraaviin kustannuksiin nähden.

⁸⁷ Kts. Hietala ym. 2004 310-314, IT sopimusten ja lisenssien muistilistoja

Toisaalta vastuuta siirtävistä tai vähentävistä lausekkeista ei ole yritykselle hyötyä, jos ne eivät ole oikeudellisesti päteviä. Riskienhallinnan tehokkuutta vähentää myös lausekkeiden mahdollinen sovittelu, vaikka ne eivät menettäisikään pätevyyttään kokonaan.

Sopimussuhteissa riskit ovat vastuiden täyttämättä jättämisen seuraamuksia. Niiden voi käsittää olevan mahdollisuuksien vastakohta, ne toteutuvat jos osapuoli ei kykene täyttämään velvollisuuksiaan, useimmiten myös vaikka velvollisuuksien laiminlyömisestä syynä olisi ulkopuolinen tekijä. Jotta osapuoli saisi sopimuksista hyötyä, sen täytyy rationaalisen liiketaloudellisen ajattelun mukaan myös kantaa vastuita. Sopimuksen tarkoituksena on jakaa vastuut ja oikeudet osapuolten kesken niiden tahdon mukaisesti. Sopimussuhteissa vastuut poikkeavat sopimuksen ulkopuolisesta vastuusta sopimuksia koskevan lainsäädännön ja suuremman lojaliteettivelvoitteen perusteella.

3. Sopimussuhteiden vastuista yleisesti

Sopimukset on pidettävä, *pacta sunt servada*, sopimuksissa vahingonkorvausvastuu syntyy jo siitä, että sopimukseen sitoutunut ei täytä velvollisuuksiaan⁸⁸. Sopimusperusteisen vastuun voi jakaa kahteen pääosaan: luontoissuorituspaktoon eli velvollisuuden täyttää velvoite sovituissa muodossaan *in natura*⁸⁹ ja vahingonkorvausoi-keudelliseen vastuuseen. Lisäksi osapuolten toiminnasta sopimuksen täyttämiseksi voi luonnollisesti aiheutua myös sopimuksen ulkoista eli deliktivastuuta. Tässä lu-
vussa käyn läpi sopimussuhteissa osapuolille syntyvää vastuuta ja sen täyttymispe-
rusteita.

Säännökset sopimussuhteisesta vastuusta eivät varsinaisesti ole sopimustyyppikoh-
taisia, mutta niiden läpikäyminen auttaa ymmärtämään osapuolten vastuun laajuutta
sopimusrikkomuksen tai dispositiivisen normin rikkomisen tapauksessa. Vastuupe-
rusteiden läpikäyminen myös selkeyttää sopimusten vastuunrajoituslausekkeiden
laajuutta ja niiden varsinaista merkitystä. Vastuunrajoitukset vastuun disponoinnin
ohella taas ovat olennainen osa riskienhallintaa.

3.1 Luontoissuorituspakko

Puhuttaessa luontoissuorituspakosta velvoiteoikeuden tehostejärjestelmässä⁹⁰ sen
synonyymina voi käyttää vastuuta täyttää velvoite sen sovituksen sisällön mukaisesti.
Luontoissuoritus ei siis tässä yhteydessä määritä velvoitteen sisältöä millään tavalla
ja voi koskea joko palvelun suorittamista, tuotteen hallinnan luovuttamista, rahasuo-
ritusta tai muuta sopimuksen aiheuttamaa velvoitetta. Luontoissuorituksena ohjel-
mistotoimitussopimuksissa voidaan näin ollen pitää toimittajan osalta pätevän li-

⁸⁸ Saarnilehto 1996, s.141

⁸⁹ Aurejärvi-Hemmo 1998, s. 78

⁹⁰ Aurejärvi-Hemmo 1998 , 78 luontoissuorituksen käsitteestä

senssin, sekä sopimuksen mukaisen ohjelmiston toimitusta ja tilaajan osalta sovitun vastikkeen suorittamista. Näiden lisäksi sopimuksissa voi luonnollisesti olla sopimuksen pääsuoritusta täydentäviä velvoitteita.

Kaikkien sopimusten lähtökohtana on, että osapuolet ovat velvollisia täyttämään luontoissuoritusvelvollisuutensa. Periaatteessa tämä tarkoittaa sitä, että osapuolet voivat sitoumuksia tehdessään luottaa aina siihen, että toinen voidaan teoriassa tuomita suorittamaan velvoitteensa sovitun mukaisesti⁹¹. Ehtoa jossa luontoissuoritus määriteltäisiin toiselle osapuolelle tahdonvaltaiseksi, tuskin voitaisiin pitää kohtuullisena, jos sopimusta edes katsottaisiin syntyneeksi tahdonilmaisun puutteen vuoksi.

Luontoissuorituspakon tehoa vähentää velvollisuuden täytäntöönpanon vaikeus oikeuden tai välimiehen tuomiolla⁹². Sopimusten osapuolia voidaan tuskin saada suorittamaan sopimuksen mukaiset pääsuoritteensa, jos tämä on tullut käytännössä mahdottomaksi esimerkiksi konkurssin takia. Sopimuksen osapuolten suoritteiden sisältö määritetään ohjelmistotoimitussopimuksissa yleisesti projektikohtaisella sopimuksella, kun taas vastuut yleisen käytännön mukaan jaetaan raamisopimuksissa.

3.2 Vahingonkorvausvastuu

Sopimusten keskeisin vastuunjaon luonne on vahingonkorvausvastuusta sopiminen. Sopimusperusteinen vahingonkorvausvastuu on jätetty vahingonkorvauslain soveltamisalan ulkopuolelle⁹³. Sopimussuhteessa vahingonkorvausvastuu ei välttämättä tarvitse syntyäkseen yleisen vahingonkorvausvastuun perusteena olevaa kärsittyä vahinkoa ja vahingon tuottamuksellista perustetta, jo pelkästään sopimuksen vastainen toiminta täyttää vahingonkorvauksen edellytykset ja vahingonkorvaus voi mää-

⁹¹ Aurejärvi-Hemmo 1998, 80

⁹² Aurejärvi-Hemmo 1998, 80

⁹³ Hemmo 2002, 3

räytyä sovitulla sopimussakolla. Tämä on riskienhallinnassa yleisesti käytetty keino. Sopivan kokoisella sopimussakolla osapuolten toimintaa saadaan vastuullisemmaksi, sekä voidaan kattaa seuraamuksiltaan pienempien riskien toteutumisesta aiheutunutta vahinkoa. Sopimussakkoa voidaan myös käyttää vahingonkorvauksen minimikorvauksena.

Sopimuksen osapuolten koosta ja asemasta riippuen, vahingonkorvauslaki ei jää sopimussuhteissakaan täysin merkityksettömäksi, kuten seuraavasta korkeimman oikeuden päätöksestä käy ilmi.

KKO 1985 II 51: Teollisuushallin suunnittelijan sopimusrikkomuksen johdosta rakennuttajalle tuomittavaa vahingonkorvausta soviteltiin vahingonkorvauslain 2 luvun 1 §:n 2 momentista ilmenevää periaatetta soveltaen. (kohtuusharkinta)

Vahingonkorvauslain soveltaminen sopimussuhteissa ei kuitenkaan ole automaattista, kun sopimuksen säännöksiin kaivataan täydennystä, niin ensisijaisesti sitä haetaan yleisistä periaatteista, joihin kuitenkin sisältyy myös yllä mainitussa KKO:n ratkaisussakin esille tullut vahingon sovittelu⁹⁴.

Sopimusperusteinen vastuu vahingoista kattaa kaikki osapuolten väliset vastuuperusteet, niin toimituksen myöhästymisen tai virheellisyyden kuin toimitetun hyödykkeen aiheuttamat vahingot. Todistustaakan laatua ja korvausten laajuutta voidaan arvioida erilaisten vastuuperusteiden nojalla. Seuraavissa luvuissa esittelen erilaisia vastuutyyppejä, esittely ei kata kaikkia mahdollisia vastuutyyppejä vaan vain yleisimmät sopimusperusteissa vastuussa esiintyvät vastuutyypit. Vastuutyypit ovat myös esitettynä hyvin pelkistetyksi, koska tässä yhteydessä laajempi esittely ei ole tarkoituksenmukaista.

⁹⁴ Saarnilehto 1996, 17

3.2.1 Ankara vastuu

Ankara vastuu ilmentää jo sanamuodossaan vastuun luonnetta. Ankara vastuu on tuottamuksesta riippumatonta vastuuta ja siitä olevat vapautumisperusteet ovat rajoittuneet vain ylivoimaisen esteen kaltaisiin perusteisiin. Ankara vastuu rajoittuu tilanteisiin jotka ovat määriteltyinä lainsäädännössä sekä ”poikkeuksellisen vaaralliseen toimintaan”⁹⁵.

Ohjelmistotoimitussopimuksissa ankara vastuu voisi tulla kysymykseen lähinnä vain jos ohjelmisto aiheuttaisi suoraa vahinkoa henkilöille tai omaisuudelle⁹⁶ tai joissakin immateriaalioikeuksien loukkauksissa. Myös tämänkaltaisia riskejä on kuitenkin syytä hallita, koska niiden seuraamukset ovat vakavia ja niitä myös toteutuu säännöllisesti. Esimerkiksi sulautettu ohjelmisto voi aiheuttaa käyttäjälleen vahinkoa muun muassa äänenvoimakkuuden säädön aiheuttamasta kuulovaurioista tai matkapuhelimen akun räjähtämisen yhteydessä. Open Source lisensoinnin yleistymisen myötä, myös oikeudellinen virhe kaupassa voi johtaa ankaraan vastuuseen, jos lisensoinnissa luovutetaan enemmän oikeuksia kuin omistetaan.

Ankaran vastuun toteutuessa myös muut kuin välittömät vahingot voivat tulla korvattavaksi, kuten esimerkiksi tulonmenetykset tai kolmansille osapuolille aiheutuneet vahingot. Henkilövahinkoihin liittyvät vastuunrajoitukset ovat sopimuksissa lähtökohtaisesti pätemättömiä ja vahingonkorvaukset määräytyvät vahingonkorvauslain perusteella, tällöin esimerkiksi henkilökohtaiset ansionmenetykset tulkitaan välittömiksi vahingoiksi⁹⁷

⁹⁵ Hemmo 2002, 75

⁹⁶ Tuotevastuu L 3-5§

⁹⁷ Mononen 2004, 135-137

3.2.2 Kontrollivastuu

Kontrollivastuun käsitettä kantava vastuuperuste tulee kauppalaista ja se kattaa myyjän viivästyksistä ja virheestä aiheutuvat välittömät vahingot. Se on myös kaikkein yleisin sopimusperusteinen vastuutyyppejä. Kontrollivastuun perusteella ei ole katsottu tulevan korvattavaksi välillisiä vahinkoja, koska sen peruste täyttyy suhteellisen helposti⁹⁸. Kontrollivastuun mukainen peruste täyttyy jos myyjä ei osoita, että virhe tai viivästys:

”johtuu hänen vaikutusmahdollisuuksiensa ulkopuolella olevasta esteestä, jota hänen ei kohtuudella voida edellyttää ottaneen huomioon kaupantekohetkellä ja jonka seurauksia hän ei myöskään kohtuudella olisi voinut välttää tai voittaa.” (KL 27 § 1)

Kyseisen lainsäädännön täsmällinen sisältö ja tulkinta ovat liian laajoja käsiteltäväksi tässä esityksessä. Perussääntönä voidaan kuitenkin pitää sitä, että myyjä vastaa aina oman organisaation sisällä tapahtuneista asioista ja vastuusta vapautumiseen kelpaavat ainoastaan ulkoiset syyt. Ulkoisten syiden vapauttavaa vaikutusta tulee kuitenkin perustella syiden yllättävyydellä, vain syyt joihin ei voida olettaa vaurauduttavan huolellisesti toimittaessa voivat vapauttaa vastuusta. Edelleen ulkoisen syyn häiritessä toimitusta myyjä on velvollinen ryhtymään kohtuullisiin toimenpiteisiin syyn vaikutusten poistamiseksi⁹⁹. Nämä ulkoiset syyt ovat useasti sopimuksissa myös rajattu vain *force majeure* syihin.

3.2.3 Ekskulpaatiovastuu

Ekskulpaatiovastuu oli ennen kauppalaista sääntämistä keskeisin sopimusoikeudellinen vastuuperuste¹⁰⁰. Ekskulpaatiooperuste ei täyty yhtä helposti kuin kontrolliperuste, vaikka vastuutyypit ovat samankaltaisia. Ekskulpaatiovastuun toteutumisen välttämiseksi sopimusta rikkoneen on pystyttävä todistamaan, että sopimuksen mukaisten

⁹⁸ Aurejärvi-Hemmo 1998, 135-136

⁹⁹ Aurejärvi-Hemmo 1998, 136-137

¹⁰⁰ Aurejärvi-Hemmo 1998 137

velvoitteiden täyttämättä jättäminen ei ollut hänen syytään. Rikkojan osoittaessa, että laiminlyönti on johtunut toisen osapuolen menettelystä, tapaturmasta tai ylivoimaisesta esteestä hän voi vapautua vastuusta¹⁰¹.

Kuten kontrollivastuussa myös eskulpaatiovastuussa toimittajalta edellytetään huolellista toimintaa, jotta vastuun välttäminen olisi mahdollista¹⁰². Erona kontrollivastuuseen voidaan kuitenkin huomata, että eskulpaatioperusteessa toimittajalta ei vaadita yhtä laajaa ennakkovarautumista ja huomioimista mahdollisiin virheen aiheuttajiin, vaan tavanomainen huolellinen toiminta riittää vastuusta vapautumiseen. Esimerkkinä eskulpaatio perusteesta vapautumisesta:

KKO 1997:9 Kantaja vaati kaupungilta korvausta koska hän oli jättänyt autonsa korjattavaksi kaupungin ammattioppilaitoksen korjaamolle josta auto oli varastettu. Samasta korjaamosta oli jo kaksi kertaa aikaisemmin varastettu auto murtautumalla sisään. Kyseissä tapauksessa murtautuminen oli tapahtunut eri tavalla kuin aikaisemmin, eikä koululla ollut aikaisempien murtautumisten perusteella erityistä aihetta varautua kyseiseen murtautumistapaan, niin katsottiin, että koulu oli noudattanut riittävää huolellisuutta toiminnassaan ja kanne hylättiin.

3.2.4 Tuottamusvastuu

Edelliset vastuutyypit ovat riippumattomia tuottamuksesta ja niissä todistustaakka on vastaajalla. Tuottamusvastuu, suora tuottamusvastuu ja tavallinen tuottamusvastuu ovat kaikki saman vastuutyypin nimityksiä. Tässä vastuutyypissä todistustaakka vastuun määräytymiseksi on kantajalla. Tuottamusvastuun merkitys sopimusoikeudessa on hieman epäselvä, koska sopimusoikeudellista vastuuta säätelevissä normeissa ei ole esimerkkejä tilanteista joissa todistustaakka olisi nimenomaan kantajalla¹⁰³. Soveltamisala selviää osittain kuitenkin kauppalaain valmisteluista, joissa katsottiin, että vastuuseen välittömistä vahingoista ei tulisi soveltaa kiinteää todistustaakkaa osapuolille, vaan näyttötaakkaa harkittaisiin tilannekohtaisesti¹⁰⁴.

¹⁰¹ Aurejärvi-Hemmo 1998, 139

¹⁰² Aurejärvi- Hemmo 1998, 138

¹⁰³ Aurejärvi-Hemmo 1998, 141

¹⁰⁴ Aurejärvi-Hemmo 1998, 141

Yleisesti voidaan päätellä ainakin välillisen vahingon syntymisen näyttövelvollisuus ja vahingon syy-yhteyden selvittäminen kantajan velvollisuudeksi, vaikka normaalisti sopimussuhteeseen muissa vastuuperusteissa voi riittää vain sopimusrikkomuksen näyttö. Kuitenkin pääasiallisesti välilliset vahingot tulevat arvioitavaksi ekskulpaatiosäännön mukaan¹⁰⁵.

Tuottamustyyppistä vastuuta voidaan käyttää sopimuksia tulkittaessa myös heikomman osapuolen suojana, asettamalla näyttövelvollisuus vahvemmalle osapuolelle. Tämä ei kuitenkaan tule todennäköisesti kysymykseen useimmissa yhteisöjen välisissä sopimuksissa, koska osapuolet ovat melkein aina lähtökohtaisesti harkittu tasavertaisiksi.

3.3 Sopimustyytit ja niiden vaikutus vastuun jakautumiseen

Riskienhallinnan analyysia helpottaa sopimusten jakaminen erilaisiin sopimustyyppisiin. Riskianalyysin kannalta sopimustyytit ovat oleellisia, koska sopimuksissa riskit liittyvät vastuiden epäsuotuisaan toteutumiseen. Suomen sopimusoikeudessa sopimustyyppi vaikuttaa vastuiden laatuun ja vastuuasteeseen, koska sopimustyyppistä saadaan viitettä osapuolten tarkoitettuun yhteistyön laajuuteen ja sitoutumisasteeseen. Eli sopimusrikkomustapauksessa rikkomuksen haitallisuuteen osapuolelle.

Kaikkia sopimuksia ei voida sopimusoikeudessa arvioida täysin samojen normien mukaisesti. Sopimustyytit jakavat sopimusten oikeusvaikutuksia eri vastuutyyppeihin, sitovuuden, kohtuullistamisen, tulkinnan ankaruuden ja vastuunjaon välillä. Varrallisuusosoikeudelliset sopimukset voidaan jakaa kolmeen eri luokkaan, minkä perusteella niihin sovellettavat normit myös vaihtelevat. Sopimusten jaottelun pääluokat ovat 1) vakiosopimusten ja yksilöllisten sopimusten erottelu, 2) kuluttajasopimus –

¹⁰⁵ Aurejärvi- Hemmo 1998, 141

liikesopimus jaottelu, sekä 3) kertasopimusten ja keistosopimusten erottelu¹⁰⁶. Tässä tutkimuksessa jätän kuluttajasopimus – liikesopimus jaottelun käsitellyn ulkopuolelle, koska se ei ole tutkimuksen rajauksen puitteissa oleellinen.

3.3.1 Vakiosopimukset ja yksilölliset sopimukset

Sopimuksen yksilöllisyys merkitsee sitä, että sopimuksen ehdot on sovittu yksilöllisesti osapuolten välillä käyttämättä valmiita ehtokokoelmia. Toinen edellytys yksilölliselle sopimukselle on se, että kumpikaan osapuolista ei tee jatkuvasti vastaavalaisia sopimuksia. Vakiosopimukset ovat taas yksilöllisen sopimuksen määrittelyn vastakohta, eli sopimuksen pohjalla käytetään tiettyä ehtokokoelmaa tai toisen osapuolen jatkuvasti käyttämää sopimusta¹⁰⁷.

Ohjelmistotoimitussopimusten analyysissä on haastavaa tehdä ero yksilöllisten ja vakioitujen sopimusten välille. Yleisesti voidaan sanoa, että ainakin yksittäisiä ehtoja tehdään puitesopimukseen paljon yksilöllisesti, mutta koska sopimukset ovat suhteellisen laajoja ja työläitä valmistella, niin yritykset useasti käyttävät kuitenkin kaikkien sopimuskumppaneiden kanssa pääosin samansisältöistä puitesopimusta. Puitesopimusten alle solmittavat kertasopimukset taas ovat hyvinkin yksilöllisiä, koska toimitettavat tuotteet määritellään tavan mukaan juuri niissä. Aineistostani IT2000 ja JIT 2007 ehtoja voi pitää vakiosopimusehtoina.

Sopimuksen yksilöllisyydellä tai vakiomuotoisuudella on väliä osapuolten vastuunjako koskevassa tulkinnassa. Vakioehtojen käytön on nähty olennaisesti vahventavan ehtojen laatijan määräysvaltaa sopimuksen sisällöstä¹⁰⁸. Vakioehtojen tulkinnassa epäselvyydet sopimusehdoissa onkin tästä syystä tulkittu ehtojen laatijan vahingoksi. Vakioehtoja on myös helpommin arvioitu kohtuuttomiksi kuin yksilöllisiä

¹⁰⁶ Hemmo 2003, 28

¹⁰⁷ Hemmo 2003, 30

¹⁰⁸ Hemmo 2003, 145

ehtoja¹⁰⁹. Tämä aiheuttaa vakioehtojen laatijalle suuremman vastuun ja riskin kuin sopimuksen toiselle osapuolelle.

Vakioehtoja ei kuitenkaan voida aina tulkita toisen osapuolen vahingoksi. Yhteisesti laaditut vakioehdot¹¹⁰ ovat lähtökohtaisesti molempia osapuolia tasapuolisesti sitovia. Silti kohtuullisuutta arvioitaessa voidaan tällöin kiinnittää huomioita laatijoiden keskinäisiin voimasuhteisiin¹¹¹. IT2000 ehdot ovat esimerkki yhteisesti laadituista vakioehdoista, niiden laatijoilla on ollut ehtoihin erilaiset intressit. Sekä yritysten omiin raamisopimuksiin että IT2000 ehtoihin pohjautuvat projektisopimukset voidaan kuitenkin usein suurelta osalta tulkita myös yksilöllisiksi niiden suurien sopimuskohtaisten määrittelytarpeiden takia.

3.3.2 Kertasopimukset ja kestosopimukset

Kerta- ja kestosopimusten välinen erottelu on tarpeellista erityisesti sopimusten päättymismenettelyn kannalta¹¹². Kerta- ja kestosopimuksista aiheutuvat vastuut ovat myös luonteeltaan hieman erilaisia. Kestosopimuksissa sopijapuolten välinen lojaliteettivelvoite¹¹³ korostuu erityisesti, koska kestosopimusten tarkoitus on usein jatkuvan yhteistyösuhteen luominen eikä kertasopimuksille tyypillinen yhden suorituksen vaihdanta¹¹⁴. Tämä voi lisätä vastuun ankaruutta kestosopimuksen sopimusrikkomuksissa. Kestosopimusten vaikutukseen vastuunjaossa vaikuttaa erityisesti myös osapuolten markkina-asema ja sopimuksen merkitys osapuolille.

Kertasopimuksissa osapuolten vastuut lakkaavat kun sopimuksen mukaiset suoritteet ovat suoritettu, sopimus puretaan tai osapuolet ovat passiivisia riittävän pitkän aikaa. Kestosopimuksen vastuiden päättäminen taas tapahtuu tavallisesti irtisanomi-

¹⁰⁹ Hemmo 2003, 30-31

¹¹⁰ Agreed documents

¹¹¹ Hemmo 2003, 146-147

¹¹² Hemmo 2003, 34

¹¹³ Velvollisuus ottaa huomioon vastapuolten etuja sopimussuhteessa, Hemmo 2003, 35

¹¹⁴ Hemmo 2003, 34

sella, mikä ei kertosopimuksissa yleensä ole mahdollista. Irtisanomisajalla tai irtisanomisehdoilla voidaan kestosopimuksessa korostaa sopimuksen merkitystä osapuolille. Sopimustyyppit eroavat myös siinä, että kertosopimuksen ollessa pätemätön osapuolilla on velvollisuus palauttaa tehdyt suoritukset, kestosopimuksissa tämä on usein mahdotonta¹¹⁵.

Myöskään kerta- ja kestosopimusten erottaminen toisistaan ei ole aina mahdollista. Raamisopimukset ovat usein tarkoitettu pitkäaikaista yhteistyötä varten. Lähes poikkeuksetta jo niiden tarkoituksen määrittelyssä puhutaan osapuolten välisestä yhteistyösuhteesta. Lisäksi raamisopimukset ovat usein myös voimassa pitkiä aikoja. Ehto jossa sopimuskausi jatkuu automaattisesti aina tietyn ajanjakson välein, jos sopimusta ei ole irtisanottu, on hyvin yleinen. Täten raamisopimuksen voi tulkita olevan voimassa toistaiseksi, koska yleensä ehdolla enneminkin rajoitetaan irtisanomismahdollisuuksia kuin tehdään sopimuksista määräaikaista.

Toisaalta raamisopimukseen sidotut toimituskohtaiset sopimukset ovat lähes aina sidottuja tiettyyn aikaväliin tai tietyn aikataulutetun toimituksen suorittamiseen. Näin ollen ne ovat taas hyvin kertaluonteisia. Yksittäisen sopimuksen kerta- tai kesto- luontoisuutta pitäisi kuitenkin aina harkita tarkastellen sopimuksen luonnetta suhteessa osapuolten välisen yhteistyön laatuun ja laajuuteen. Yksittäinen sopimus joka on solmittu raamisopimuksen ehtojen mukaisesti, voi hyvinkin olennaisesti liittyä koko osapuolten väliseen yhteistyöhön tai lukuisiin muihin kertosopimukseen, jolloin yksittäisen sopimuksen merkitys kasvaa huomattavasti.

¹¹⁵ Hemmo 2003, 34

3.4 Yhteenveto

Tässä luvussa käsitellyistä vastuuperusteista saa yleisen käsityksen vastuun aiheuttavien tapahtumien näyttötaakasta. Yleisimmin vastuu virheestä siis jää virheen tehneelle osapuolelle, jos hän itse ei pysty näyttämään olevansa syytön virheeseen. Luvun alussa mainitsemani sopimuksenulkoisen vastuu voi toteutua myös sopimussuhteissa. Tällöin korvattavaksi tulevat lähinnä vain henkilövahingot ja tuottamuksella aiheutetut esinevahingot. Henkilövahingoissa vastuuperuste on ankaran vastuun mukaista. Tässä tutkimuksessa käsittelen kuitenkin sopimussuhteita ja siksi jätin sopimuksenulkoisen vastuun tarkastelun ulkopuolelle.

Myös ohjelmistotoimitussopimuksissa kontrollivastuu on yleisin vastuun määrääytymisperuste. Tällöin siis välilliset vahingot jäävät usein vastuun ulkopuolelle. Ohjelmistotoimituksissa välilliset vahingot ovat kuitenkin suurinta riskiä aiheuttavia. Sopimuksettomassa tilassa toimittajan vastuu ohjelmistosta olisi siis suhteellisen rajattua, kun sovellettavana on Suomen laki¹¹⁶. Tilaajan on hankalampi kuvitella aiheuttavan toimittajalle suuria välillisiä vahinkoja.

Edellinen yhdistettynä kantajan mahdollisuuteen kohdistaa väitteensä immateriaali-oikeusloukkauksista ketä tahansa oikeuden loukkaajaa vastaan, ja toimittajan teoriassa parempaan mahdollisuuteen selvittää immateriaalioikeusriskit, aiheuttaa ohjelmiston tilaajalle huomattavan suuren vastuun verrattuna toimittajaan. Lisäksi tulisi muistaa, että ohjelmistojen virhevastuu on kauppataivan johdosta rajoitetumpaa kuin irtaimen kaupassa.

Sopimustyyppiäottelun selventämisellä tarkoitukseni oli taas korostaa sopimussuhteisen vastuun määrittymistä eri tavoilla. Näin myös riskien hallintaa täytyy muokata sopimustyyppiä vastaavaksi. Usein sopimusten vastuunjako tulkittaessa

¹¹⁶ Kansainvälisessä kauppalaissa välilliset vahingot tulevat laajemmin korvattavaksi.

sopimuksia pitäisi tarkastella tilannekohtaisesti, ottaen huomioon kaikki sopimuksen solmimiseen ja osapuolten tarkoituksiin sekä voimasuhteisiin liittyvät seikat.

Yksittäisissä kertatoimituksissa tilaajalle kohdistuu suuremmat riskit kuin keustosopimuksissa toimittajan korostuneen lojaliteettivelvoitteen takia. Ennen aineistoni tarkastelua, vaikuttavan normipohjan perusteella voisi olettaa siis sopimustyyppin vaikuttavan vastuunrajoituksen ja disponoinnin laajuuteen. Kertasopimusten ollessa yleensä arvoltaan keustosopimuksia vähäisempiä, laajojen ehtojen tekeminen voisi toisaalta muodostua sopimuksen arvon kannalta liian kalliiksi. Myös osapuolten voimasuhteet voivat tietysti vääristää etukäteen luonnolliselta tuntuva vastuunjakoa.

4. Riskienhallinta ohjelmistotoimitussopimuksissa

Tässä luvussa käyn läpi tutkimukseni aineistoa vertaillen sitä aikaisemmissa luvuissa määrittämäni ohjelmistotoimitusten normipohjaan. Tarkoitukseni on selvittää millä tavalla vallitsevia normeja halutaan sopimuksissa disponoida ja miten sopimuksen laatijan asema mahdollisesti vaikuttaa vastuunjakoon, eli toisin sanoen millä tavalla ja erityisesti mitä riskejä alan sopimuksissa halutaan hallita. Otan esille myös muutamia sopimuksissa esiintyviä lausekkeita, joiden tarkoituksesta joko ei ole normipohjaa, tai jota en ole aikaisemmissa luvuissa käsitellyt.

Viittaan aineistoni eri osiin analyysin yhteydessä seuraavasti. Viiteen yritysten itse laatimiin sopimuksiin viittaan yleisesti tilaajan laatimina sopimuksina tai tilaajan sopimuksina. Yksittäisen sopimuksen sisältöä tai viitteitä voin tässä yhteydessä sallassapitosyistä käyttää vain rajoitetusti. Julkisen hallinnon JIT 2007 yleisiin ehtoihin ja VTSE liitteeseen viittaan yksinkertaisuuden vuoksi vain JIT 2007 nimellä. IT2000 YSE ja EAT liitteisiin viittaan myös yhteisesti vain IT2000 ehdot termillä. Aineistosta käyttämäni JIT 2007 ja IT2000 ehdot ovat myös liitteenä tutkielman lopussa.

Analyysissa ja sen tulkinnassa tulisi pitää mielessä aineistoni sopimusten laatijoiden erilaiset intressit. IT2000 ehdot ovat laadittu yhteistyössä tilaajia ja toimittavia edustavien järjestöjen toimesta. JIT 2007 ehdoilla ei taas ole, niiden julkisen intressin vuoksi, juuri kaupallisia intressejä, mutta ne ovat silti tilaajan laatimat ehdot. Viisi yritysten omaa sopimusta taas ovat selkeästi laadittu enemmän tilaajan kuin toimitajan intressejä varten.

Aineistoni kattaa siis sopimuksia erilaisten intressiryhmien laatimina, IT2000 ehdot ovat yleisesti hyväksytyt ja laajasti käytössä¹¹⁷, julkisen hallinnon ehtoja käytetään

¹¹⁷Rekola, 22

lähes kaikissa valtion, kuntien ja kuntayhtymien ohjelmistohankinnoissa¹¹⁸, yksityisten yritysten laatimat sopimukset antavat hyvän näkemyksen tilaajapuolen yleisesti haluamista sopimusehdoista. Tämän perusteella oletan yleisesti kaikissa sopimuksissa käytössä olevien ehtojen myös antavan suuntaa alan kauppataivasta ja näin ollen voin tehdä myös dispositiiviseen normipohjaan liittyviä päätelmiä.

Käsittelen ehdot samassa järjestyksessä ja rakenteella kuin olen käsitellyt normipohjaa, eli tiettyä normia syrjäyttävät ehdot omissa luvuissaan, myös tässä luvussa käsittelen immateriaalioikeuksiin liittyvät ehdot omassa luvussaan niiden erityisluonteen vuoksi. Lopuksi otan esille myös muutamia normianalyysin ulkopuolisia sopimusehtoja ja niiden merkitystä riskienhallinnassa.

Oletuksenani analyysissa on, että yritykset ja tai sopimukset laatineet tahot ovat rationaalisesti käyttäytyviä ja siten haluavat toiminnassaan hallita riskejä sopivalla tasolla. Näin ollen myös riskit joita halutaan hallita ja osapuolten vastuiden jakautuminen, pitäisivät ilmetä sopimuksissa käytetystä lausekkeista. Voitaneen myös olettaa, että kaikki suurimmat alan sopimukseen liittyvät riskityypit tulisivat esille aineistossa. Niiden jättäminen dispositiivisten normien varaan voisi heikentää niiden toteutumisen seurausten ennustettavuutta, eikä näin olisi rationaalisen riskienhallinnan oletuksen mukaan loogista.

4.1 Sopimusten tulkintaan ja virhevastuuseen vaikuttavat lausekkeet

Tässä luvussa käsittelen sopimuslausekkeitä, joihin liittyvää normistoa olen käsitellyt edellä luvussa 2.1, liittyen kauppalakiin sekä alan kauppataivaan ja muuhun dispositiiviseen normistoon. Osa tässä luvussa käsittelemistäni lausekkeista tulee esille myös seuraavissa luvuissa, koska samat lausekkeet usein syrjäyttävät monia eri normeja. Tutkin aineistostani dispositiiviseen normistoon liittyen kauppalain sovel-

¹¹⁸ VM, 100/2007

tuvuutta, viittauksia muihin sopimusten tulkintaan vaikuttaviin normeihin sekä erityisesti virhevastuuta tarkentavia ehtoja.

4.1.1 Sopimuskieli ja lainvalinta

Kaikissa käsittelemissäni sopimuksissa sovelletaan Suomen lakia ja myös oikeuspaikka on Suomessa. Neljä viidestä yksityisten yritysten sopimuksista on kuitenkin kirjoitettu englanniksi, muut aineistoni sopimukset ovat suomenkielisiä. Vaikka sopimuksissa on valittu sovellettavaksi laiksi Suomen laki, niin englanninkielisiä sopimuksia tulkittaessa voidaan tarvita apua muista normeista. Tämä on mahdollista esimerkiksi silloin kun suomalaisesta normipohjasta ei löydy täysin vastaavaa ilmaisua kuin sopimuksessa on käytetty. Tulkintariskiä on kuitenkin kaikissa englanninkielisissä sopimuksissa pyritty pienentämään seuraavan tyyppisellä lausekkeella:

This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the substantive laws of Finland, excluding its choice of law provisions therein.

Tämä voi johtua edellä luvussa 2.1 mainitsemastani kansainvälisen normiston tietokoneohjelmiston Suomen lakia laajemmasta yhdistämisestä irtaimeen tai laajemmista vahingonkorvausvastuista. Toisaalta koska kaikki englanninkieliset sopimukset ovat tilaajan intressien mukaan laadittuja ja laajempi vahingonkorvaus- ja virhevastuu todennäköisesti olisi juuri tilaajan etu, niin todennäköisempi tulkinta tämän lausekkeen käytön syystä on varmuus oikeustilasta ja juuri tulkintariskin rajaaminen. Kaikissa paitsi yhdessä englanninkielisistä sopimuksista on käytössä myös *Entire Agreement* ehto, joten ilman varmuutta lainvalinnasta tulkintariski voisi muodostua liian suureksi.

Viittauksia muihin normeihin sopimuksissa ei juuri käytetä, kolmessa tilaajan sopimuksessa toimitusehdoissa viitataan *incoterms* tai *finnterms* ehtoihin. Toisaalta koska samoissa sopimuksissa toimitus on määritelty suhteellisen tarkasti myös muualla, niin näiden viittausten tarkoituksena on vain tehdä kyseisestä raamisopimuksesta

käyttötarkoitukseltaan laaja-alaisempi. Tämän kaltaiset ehdot viittaavat kuitenkin niin selkeästi toimituksiin, joihin kuuluu myös irtainta tavaraa, joten tutkimuksen rajauksen puutteessa jätän niiden vaikutuksen kokonaan käsittelemättä.

4.1.2 Kauppalain soveltuvuuden tulkinta ja virhevastuu

Käsittelin tutkielman alkupuolella kauppalain soveltuvuutta ohjelmistotoimitussopimukseen ja tulin siihen tulokseen, että kauppalaki ei suoraan sovellu, varsinkaan jos sopimuksessa ei ole nimenomaan sovittu omistusoikeuden luovutuksesta ohjelmiston immateriaalioikeuksiin. Vaikka omistusoikeuden siirtyminen takaisikin ohjelmiston immateriaalisiin oikeuksiin hieman laajemman oikeuden kuin kaikkien mahdollisten oikeuksien siirtyminen, niin tähän ei ole alan sopimuksissa ilmeisesti nähty tarvetta, eikä siihen ole juuri suoraan pyritty.

JIT 2007 ja IT2000 ehdoissa sekä yhdessä tilaajan laatimassa sopimuksessa ei ole edes pyritty kaikkien oikeuksien siirtymiseen. Sen sijaan kaikissa englanninkielisissä tilaajaan laatimissa sopimuksissa kaikki oikeudet on tietyin poikkeuksin pyritty siirtämään tilaajalle¹¹⁹. Halusin mainita sopimuskielen tässä yhteydessä, koska englanninkieliset sopimukset viittaavat selvemmällä tavalla myös sopimuspuolen kansainväliseen toimintaan, missä kaikki oikeudet voivat olla tarpeellisemmat kuin Suomessa toimittaessa. Englanninkielisissä sopimuksissa kolmessa neljästä on oikeuksien siirtoon kuitenkin käytetty seuraavan tyyllisiä ilmaisuja:

Title and all Intellectual Property Rights in and to the X (sopimuksen kohde) provided to the Customer under this Agreement shall vest in and be the sole property of the Customer.

Lauseke saattaa suoraan käännettyä kuulostaa siltä, että myös omistusoikeus sopimuksen kohteeseen siirtyisi, mutta sana *property* tässä yhteydessä viittaa ennemminkin kaikkiin mahdollisiin immateriaalioikeuksiin kuin omistusoikeuteen. Tätä

¹¹⁹ Käsittelen immateriaalioikeusehtoja tarkemmin luvussa 4.3

tulkintaa vahvistaa myös lainsäätäjän tulkinta sanan käännöksestä, ilmaisu *property of* on käännetty viittamaan oikeudenhaltijaan, kun taas vain ilmaisuilla *transfer of ownership* tai *are owned* on viitattu nimenomaan omistusoikeuteen¹²⁰.

Vain yhdessä näistä neljästä sopimuksesta, joissa kaikki oikeudet on haluttu siirtää, on tähän tarkoitukseen käytetty nimenomaisesti *ownership* muotoilua. Tämä vahvistaa jo ennakoimaani tilannetta, että kauppalaki ei tule suoraan sovellettavaksi ohjelmistotoimitussopimuksiin, koska ne sisältävät pääosin työsuoritusta ja varsinaiseen omistusoikeuden siirtymiseen ei myöskään sopimuksissa yleisesti pyritä.

Suurin vaikutus kauppalain soveltamattomuudella on virhevastuuseen. Alan kauppataapaa sovellettaessa vähäiset virheet sopimuksen kohteessa ovat sallittuja. Myöskään tätä ei ole tosin jätetty vain dispositiivisen normiston tulkinnan varaan. Toimituksen virheellisyyteen on otettu kantaa kaikissa paitsi yhdessä aineistoni sopimuksista¹²¹, joista kaikissa muissa paitsi IT2000 ja JIT 2007 ehtoissa on toimittajalle asetettu täysi virhevastuu, mikä seuraisi myös kauppalaista.

Yleisin tapa virhevastuun asettamiseen sopimuksissa on kuvailla virhe sopimuksen määräyksissä miksi tahansa poikkeamaksi sovitusta toimituksesta tai siihen liittyvästä aineistosta. Täysi vastuu virheestä taas seuraa toimituksen hyväksymismenettelyä määrittävästä ehdosta, missä sovitaan minkä tahansa virheen estävän toimituksen hyväksymisen. Tämän kaltainen lauseke siirtää toimittajalle huomattavasti alan kauppataapaa enemmän vastuuta ja riskiä toimituksesta, kuin mitä alan kauppataavasta seuraisi.

IT2000 ehtoissa, yhdessä tilaajan sopimuksessa ja JIT 2007 ehtoissa alan kauppataapaa taas on täydennetty sopimustekstissä. Virhevastuun määrittely on jätetty niissä

¹²⁰ Kts esim. direktiivi 2001/29/EC art 4 2§ missä englanniksi on käytetty ilmaisua *transfer of ownership*, mikä on suomenkielisessä direktiivissä ainoana ilmaisuna käännetty viittaamaan omistusoikeuteen, kun taas *property* on direktiivissä yksinomaan käännetty vastaamaan oikeudenhaltijaa. Direktiivissä 91/250/EEC art 2 2§ ilmaisulla *rights shall be owned* on viitattu TekijäL määräyksissä olevaan tekijän yksinoikeuteen, eli omistukseen, ja *property* sanaa on käytetty nimenomaisesti oikeudenhaltijan yhteydessä.

¹²¹ Yksi tilaajapuolen laatimista sopimuksista.

samaan tapaan tulkinnanvaraiseksi kuin kauppataivassa. Sallittuja virheitä on kuvailtu ilmaisuilla merkityksetön käytön kannalta, ei oleellinen virhe tai vähäinen virhe. Ongelmallista näissä määrittelyissä on, että niiden tulkinta on subjektiivista. Toisaalta jos sopimuskohteen käyttötarkoitus on kuvailtu selkeästi toimituskohtaisessa sopimuksessa, niin myös tämän tapaisten lausekkeiden kuten kauppataivankin tulkinta helpottuu. Tämä siis siirtää vastuuta riskinjaosta sopimusentekijälle, helposti voidaan myös päätellä, että nimenomaan tilaajapuolen sopimusta laativalle, koska virhevastuu jää todella sidotuksi sopimuskohteen määrittelyyn.

Tosin myös täyden virhevastuun asettavissa sopimuksissa virhe on määritelty poikkeumaksi sovitusta, niin myös tässä tapauksessa riski ja vastuu raamisopimuksen lausekkeiden pitävyydestä siirtyy sopimusdokumentaation määrittelijälle. Mitä tarkemmin kohde on määritelty, sitä helpompi myös poikkeama siitä on havaittavissa. Yleisesti ottaen ohjelmistotoimituksien sopimusdokumentaatioissa ei sopimuksen kohdetta ole mahdollista määrittää yhtä tarkasti kuin fyysistä tuotetta. Dokumentaatioon sisältyy monesti vain yleisluontoiset kuvaelmat toiminnallisuuksista, toimintaympäristöstä sekä käyttötarkoituksesta, ei tarkkaa sisältöä siitä miten kyseiset asiat tulisi toteuttaa.

Tämän lisäksi kaikissa paitsi yhdessä sopimuksessa, joissa toimittajalla on täysi virhevastuu, sopimukseen on sisällytetty *Entire Agreement* lauseke. Näin alan kauppataivan mukainen virhevastuu, jossa vähäinen tai merkityksetön virhe sallitaan, toteutuu käytännössä koko aineistossani. Tämä seuraa siitä, että toimitettavaa ohjelmistoa koskeva dokumentaatio mikä liitetään sopimukseen, ei todellisuudessa ole niin tarkasti kohdetta määrittävä, että jokainen ohjelmistossa oleva virhe olisi sopimuksen vastainen. Täytyy kuitenkin mainita, että täyden virhevastuun asettava sopimus on tulkinnaltaan virheiden suhteen joka tapauksessa tiukempi, kuin vähäisen virheen salliva sopimus.

Virhevastuuta on kaikissa muissa aineistoni sopimuksissa, paitsi IT2000 ehdoissa, myös laajennettu raamisopimuksen määrittelyissä kuvaillulla toimituksen laajuudella seuraavan kaltaisesti:

”Tilaaajan sovellus tarkoittaa tilaajaa varten tehtyä ohjelmaa tai sen osaa, toimittajan tilaajaa varten tekemiä valmisohjelmistojen laajennuksia, muutoksia, lisäyksiä (kuten liittymät), konfiguraatiota, parametroitua ja muita mahdollisia toimittajan osana käyttöönottoa toimittamia ohjelmistoja ja aineistoja, kuten konversiotyökaluja. Tilaaajan sovellukseen voi sisältyä myös valmisohjelmisto, mikäli sopimuksessa on niin nimenomaisesti sovittu. Tilaaajan sovellukseen sisältyy myös sen dokumentaatio.”¹²²

Tarkentamalla sovellukseen kuuluva aineisto jo sopimuksen määrittelyissä, toimituksen voidaan luottaa sisältävän kaikki haluttu sovellukseen liittyvä aineisto. Sama virhevastuu koskee näin ollen yhtäläillä sovellukseen liittyvää muuta aineistoa, kuin itse sovellusta. Tämä sopimustekniikka on erityisesti tilaajan etujen mukaista, koska näin tilaaja varmistaa myös sopimuskohteen käytön vaatiman muun aineiston kulumisen kaikkiin toimituksiin. Toisaalta toimittajan kannalta määrittely selkeyttää sopimusta luetteloidulla kaiken toimitukseen kuuluvan aineiston ja näin ollen myös mahdolliset kiistat toimituksen sisällön laajuudesta todennäköisemmin vältetään.

4.2 Sopimusten voimassaolo, päättymisen ja salassapitolausekkeet

Käsittelen seuraavaksi sellaisia ohjelmistotoimitussopimusten lausekkeita jotka liittyvät tai voivat tulla tulkittavaksi oikeustoimilain tai lain sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa perusteella. Eli käytännössä sellaisia lausekkeita, jotka liittyvät sopimuksen voimassaoloon, irtisanomiseen, muuttamiseen ja salassapitomääräyksiin. Aihealueen lausekkeista ei välttämättä suoraan ajattelisi, että niissä on tietylle alalle tyypillisiä ominaispiirteitä, mutta kuten käytännössä ilmenee, niin ohjelmistoalalla on sellaisia erityispiirteitä, jotka vaikuttavat myös näihin lausekkeisiin.

¹²² VYSE, 2.13

Luvussa 2.2 käsittelin pakottavan lainsäädännön yhteydessä myös kilpailunrajoituslakia. Tutkittuani aineistoa, sopimuksista ei kuitenkaan löytynyt selkeästi kilpailua rajoittavia, tai kilpailunrajoitukseen liittyviä lausekkeitä. Joidenkin immateriaalioikeusjakoon liittyvien ehtojen kohdalla voisi tulla kyseeseen kilpailunrajoituslain soveltaminen, mutta tähän tulkintaan vaikuttaisi huomattavasti sopimuspuolten markkina-asema. Koska tutkimukseni on rajattu tarkastelemaan alan sopimuksia yleisesti, niin en käsittele tässä luvussa näitä lausekkeitä.

4.2.1 Sopimusten voimassaolo ja päättämismenettelyt

Olen poiminut aineistostani oikeustoimilain nojalla tulkittaviksi tulevia lausekkeitä, jotka vaikuttavat osapuolten väliseen riskienhallintaan. Ensimmäisenä kysymyksenä tarkastelin helposti itsestään selvältä tuntuva asiaa, sopimuksen voimaantuloa. Tämän voisi kuvitella olevan sopimustyyppistä riippumatonta ja epäolennaista, mutta sopimuksen voimaantulopäivä vaikuttaa myös sopimuksen vastuiden syntymisajankohtaan.

Kuten normianalyysissäni jo mainitsin, niin ohjelmiston monesti arvokkain osa, sen idea ei juuri saa normipohjaista suojaa. Kuitenkin sovelluksen idean paljastamisen jo sopimuksenteon vaiheessa, voi monesti olla tarpeellista sopimuksen tekemisen kannalta. Näin myös sopimuksen voimaantulopäivä voi olla merkittävää riskienhallinnan kannalta.

Tässä suhteessa aineistoni sopimuksissa on ehkä yllättäen, mutta kuitenkin ymmärrettävästi eroja. Neljässä tilaajan laatimista sopimuksista ja JIT 2007 ehdoissa sopimuksen voimaantulopäivä on mainittu selkeästi heti ensimmäisellä sivulla. IT2000 ehdoissa sopimuksen voimaantuloon ei taas ole sopimusehdoissa otettu kantaa millään tavoin. Ilman määritettyä voimaantulopäivää sopimuksen velvoitteet sitovat kokonaisuudessaan kun sopimuksesta on yhteisymmärryksessä päästy sovintoon, eli yleensä käytännössä vasta allekirjoittamisvaiheessa.

Yhdessä tilaajapuolen laatimassa sopimuksessa taas on sopimuksen määräyksissä tarkennettu, että sopimus tulisi voimaan tietyn ajan kuluttua sen lähettämisestä, jos sopimukseen ei anneta kieltävää vastausta. Tämän tyyppinen ehto yleisissä ehdoissa on sopimuksen laatijan kannalta suuri riski, ensinnäkin koska kyseinen voimaantulosäännös on ilmoitettu sopimuksen määrittelyissä, ei varsinaisissa ehdoissa, toiseksi koska oikeustoimilain 8 § säädetään tarjouksen raukeavan, jos siihen ei anneta vastausta. Jos yleiset ehdot vain lähetetään toimittajalle, niin tapa vastaa juuri tarjousta ja tarjouksen tekijän ei olisi syytä luottaa sopimuksen syntyneen, jos vastapuoli on ollut passiivinen.

Sopimusten välillä olevia eroja voimaantuloajankohdassa voi selittää niiden käytettävällä sekä sopimustyyppi- ja jaottelun perusteella. Raamisopimukset, joissa voimaantulopäivä on määritelty heti ensimmäisellä sivulla, ovat selkeästi myös yhteistyösuhdetta määritteleviä kestopimuksia, kun taas sopimukset joissa voimaantulopäivään ei ole otettu kantaa, ovat tarkoitettu käytettäväksi sopimuksiin liitettävänä vakioehtoina.

Riskienhallinnan kannalta yleisistä vakioehdoista muodostuvat sopimukset ovat varsinaisen toimitussopimuksen laatijan kannalta haastavimmat kuin yhteistyösuhdetta määrittävään raamisopimukseen pohjautuvat, joka yleensä on solmittu ennen varsinaisia toimitussopimuksia. Yleisten vakioehtojen kanssa ohjelmiston arvokkaiden ideoiden suojaaminen sopimuksetekovaiheessa vaatisi jonkinlaisen esisopimuksen tai vähintään erillisen salassapitosopimuksen. Esisopimukset eivät normaallilaajuisissa toimituksissa ole alalla yleisesti käytössä, mutta erilliset salassapitosopimukset kylläkin.

Toinen hieman edelliseen jaotteluun liittyvä ja oikeustoimilain alaan kuuluva ehto on sopimuksen irtisanomisaika. Lähtökohtaisesti toistaiseksi voimassa olevien liikesopimusten irtisanomisaikaa ei ole lainsäädännössä määritelty. Jos määräystä ei täs-

tä sopimuksessa ole, niin irtisanomisen voi tehdä koska tahansa ja käyttää irtisanomisaikana kohtuullista aikaa¹²³.

Aineistossani vain kolmessa sopimuksessa on määritetty irtisanomisaika, näissä se on kolmesta kuuteen kuukauteen. Yhdestä raamisopimuksesta ja kaikista vakioehdoista yleinen irtisanomisaika puuttuu kokonaan, jolloin irtisanomiseen käytetään kohtuullista aikaa, mikä tuskin olisi yleisesti kolmea kuukautta pidempi.

Irtisanomisajan puuttuminen lisää osapuolten riskiä erityisesti pitkäkestoiseksi tarkoitetuissa yhteistyössä ja tai useampaan toimitukseen jaetuissa projekteissa. Tilaaja voi joutua vaikeaan tilanteeseen, jos tarkoituksena on tilata vakioehdoilla useammassa erässä ja toimitussopimuksessa tehtävä kokonaisuus, varsinkin jos toimittajia samaan kokonaisuuteen on useita, koska periaatteessa toimittajalla on mahdollista kieltäytyä samojen vakioehtojen käytöstä seuraavissa toimitussopimuksissa yhden sopimuksen päätyttyä.

Tilaajalle syntyy tästä ongelmia, jos tilaaja on tullut riippuvaiseksi toimittajasta joko toimittajan aikaisemmista toimituksista omistamien immateriaalioikeuksien tai yleisesti toimittajan kyseistä kokonaistoimitusta koskevan, muita toimittajia paremman osaamisen johdosta. Tässä vaiheessa uuden toimittajan etsiminen työn jatkamiseksi tai kokonaan uuden työn aloittaminen, immateriaalioikeuksien estäessä saman työn jatkamisen, on useimmiten erittäin kallis ja kannattamaton vaihtoehto. Yhteistyösopimuksiksi solmituissa raamisopimuksissa jo korostettu lojaliteettivelvoite voisi estää tämän tyyppisen neuvotteluaseman muutoksen toimittajan eduksi. Sopimustyyppien vaikutuksesta jatkan tarkemmin luvussa 4.4.

Riskienhallintaan liittyen sopimusten erityisistä irtisanomis- tai purkuperusteista voi päätellä suoraan monia riskejä joita sopimuksissa halutaan välttää. Koska tässä tutkimuksessa ei ole juuri tarkoituksenmukaista eritellä sopimuksen irtisanomisen tai

¹²³ Kts esim KKO:1985-II-130

purkamisen erilaisia oikeusvaikutuksia, niin käytän tässä molemmista perusteista synonyyminä irtisanomista. Aineistoni kaikissa sopimuksissa on lueteltu erityisiä irtisanomisperusteita.

Yleisimpänä irtisanomisperusteena on kaikissa sopimuksissa mainittu olennainen viivästys toimituksessa. Tämä ei sinänsä välttämättä ole niin erityinen, koska samanlainen tulkinta tulisi todennäköisesti myös dispositiivisista normeista, mutta olennaisinta tässä on sopimuksissa määritetty irtisanomisperusteen täyttävän viivästyksen aika. Monissa sopimuksissa tämä on jätetty tulkinnan varaan, mutta määritteyt ajat vaihtelevat 30 ja 60 päivän välillä.

Toiseksi yleisimpänä ja enemmän alan sopimuksille tyypillinen ehto esiintyy kolmessa tilaajan sopimuksessa sekä JIT 2007 ehdoissa. Se antaa tilaajalle mahdollisuuden irtisanoa sopimuksen mikäli toimittajan omistuspohjassa tai toimitusedellytyksissä tapahtuu olennaisia muutoksia. Tätä ehtoa voidaan tulkita kahdesta eri lähtökohdasta. Varsinkin tilaajapuolen laatimissa sopimuksissa suurimpana riskinä tämän ehdon takana on toimittajan päätyminen kilpailijan omistukseen. Tällä ehdolla turvataan omien liikesalaisuuksien säilymistä kilpailijoilta salassa. Toinen näkökulma ehtoon on toimitusvarmuus, omistuspohjan muutoksessa toimittajan liiketoiminnalliset intressit voivat muuttua ja toimitusvarmuus kärsiä.

Käytetyistä erityisistä irtisanomisperusteista on huomioitavaa, että ne antavat vain tilaajalle oikeuden irtisanoa sopimus. Vaikka yhtäläillä myös toimittajan intresseissä on välttää liikesalaisuuksien päätyminen kilpailijoille, jos esimerkiksi tilaajan omistus siirtyy kilpailijalle. IT2000 ja JIT 2007 ehdoissa on toimittajalle annettu sopimuksen irtisanomisoikeus jos maksu toimituksesta viivästyy IT2000 ehdoissa yli 20 päivää ja JIT 2007 ehdoissa yli 45 päivää.

Riskienhallintaa ohjelmistotoimitussopimuksissa on aineistossani tehty myös oikeustoimilain kannalta tulkinnanvaraisilla tavoilla. Kaikissa paitsi yhdessä tilaajapuo-

len laatimissa sopimuksissa on lausekkeitä, joiden pätevyys voi olla oikeustoimilain perusteella kyseenalaista.

Joissain tapauksissa alalla yleisesti käytetty indemnifikaatioehto immateriaalioikeusloukkauksista voisi tulla kohtuusharkintaan. Ehdon tekee mahdollisesti oikeustoimilain 36 § nojalla kohtuuttomaksi joissakin sopimuksissa sen ennalta määräämätön laajuus. Siinä toimittaja on veloitettu korvaamaan vahinkoja määrällisesti tai ajallisesti rajoittamattomasti immateriaalioikeusloukkauksväitteistä tilaajan lisäksi myös kaikille tilaajan asiakkaille, muille toimittajille sekä muille tilaajan vaikutuspiiriin kuuluville tahoille.

Sopimusperusteinen vahingonkorvausvastuu vanhenee Suomessa 10 vuodessa ja vanhenemisajan on katsottu alkavan sopimuksen tekohetkestä¹²⁴. Myös korvausvastuun laajuus toimittajalle ennalta tuntemattomia tahoja kohtaan sekä se, että vastuun piiriin kuuluisivat myös kaikki tilaajaan tulevat asiakkaat sekä toimittajat voi todennäköisesti tulla tulkituksi kohtuuttomaksi ainakin täydessä laajuudessaan. Lisäksi laajoissa indemnifikaatioehdoissa korvausvastuuta ei alenna se, että tilaaja on teettänyt sopimuskohteeseen muutoksia joista nämä immateriaalioikeudelliset väitteet voivat johtua.

Tilaajan laatimissa sopimuksissa esiintyy myös joitain muita oikeustoimilain kannalta tulkinnanvaraisia ehtoja. Nämä ovat enemmänkin sopimuskohtaisia, mutta haluan esimerkin vuoksi tuoda lausekkeitä tässä esille. Yhdessä sopimuksessa tilaaja on pidättänyt oikeuden muuttaa yksittäistä toimitussopimusta yksipuolisesti ja suullisesti, vaikka samaan sopimukseen on sisällytetty vaatimus muutosten sopimisesta kirjallisesti ja *Entire Agreement* ehto. Tulkinnanvarainen on myös yksipuolinen väitön irtisanomisoikeus mikä perustuu omaan subjektiiviseen harkintaan sopimusolosuhteiden muutoksista. Lisäksi ehdossa tilaajan vahingonkorvausvastuu myös tällaisen irtisanomisen yhteydessä on erittäin rajattua. Aineistossani esiintyy myös

¹²⁴ Kts esim KKO:2002:74

lauseke, jossa toimittajan vastuu, sen kohdatessa ylivoimaisen esteen, pysyy toimitusaikataulua lukuun ottamatta muuttumattomana. Kaikkia edellä mainittuja voitaisiin perustellusti harkita soviteltavan oikeustoimilain perusteella.

Ehto jonka haluan ottaa esille erillisesti, esiintyy alan alihankintasopimuksissa satunnaisesti, aineistossani sellainen on liitetty yhteen tilaajapuolen laatimaan sopimukseen. Sillä pyritään rajoittamaan tilaajan suoritusvelvoitetta sopimuksesta liittyen toimittajan vaikutusmahdollisuuksien ulkopuolisiin seikkoihin:

The Customer shall be liable to pay Subcontractor any compensation for the performance of the Services only to the extent the Customer receives payments directly relating to the Services performed by Subcontractor from such end-customer.

Jo lausekkeen sisällöstä käy ilmi sopimuspuolten välinen suhde, mikä tekee kyseisestä ehdosta entistä tulkinnanvaraisemman. Kyseessä ei ole kauppavedustajalain¹²⁵ tarkoittama edustus tai myynti päämiehen lukuun, eikä myöskään oman pääoman ehtoinen sijoitus, mikä olisi lähempänä kyseisen ehdon asettamaa riskipositiota. Mainittakoon että kyseisen ehdon käytön yhteydessä toimittajalle ei myöskään anneta oikeutta tutustua tilaajan ja tämän asiakkaan välisiin sopimuksiin.

Ohjelmistotoimitussopimuksien riskienhallintakeinot, varsinkin toisen osapuolen suhteellisen yksipuolisesti laatimissa ehdoissa voivat olla jo kohtuudellisuudeltaan kyseenalaisia. Tämä on laatijapuolen kannalta sikäli ymmärrettävää, että alan sopimuksista voi seurata erittäin suuria vastuita, virhevastuu toimituksesta on yleisesti vähäisempää kuin irtaimen kaupassa. Lisäksi immateriaalinen pääoma on sekä helposti kopioitavaa että yrityksille erittäin arvokasta.

Silti mielestäni varsinkin tulkinnanvaraisten ehtojen käyttö sopimuksissa ennemmin heikentää kuin vahvistaa niiden laatijan riskienhallintaa. Ehtojen mahdollinen riittäminen voi tulla osapuolelle erittäin kalliiksi, minkä lisäksi jos oma sisäinen

¹²⁵ KauppaEdL, 1 luku

toiminta on järjestetty luottaen näiden ehtojen olettamaan vastuunjakoon, niin operatiivisen toiminnan riskienhallinta ei välttämättä ole järjestetty varsinaisten riskien laajuiseksi, erityisesti jos ehtoja joudutaan sovittelemaan tai ne todetaan pätemättömiksi.

4.2.2 Salassapitolausekkeet

Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnasta liittyy ohjelmistotoimitussopimuksissa pääosin salassapitovelvoitteisiin. Tässä vaiheessa ei liene enää yllättävää, että ainoassakaan aineistoni sopimuksista, tai yleisesti alan sopimuksissa salassapitoa ei ole jätetty vain lain velvoitteiden mukaiseksi. Kaikissa aineistoni sopimuksissa on erilliset salassapitolausekkeet, joita täydentävät usein myös kokonaan erilliset salassapitosopimukset. Jätän erilliset salassapitosopimukset tässä tutkimukseni ulkopuolelle ja keskityn vain sopimusehtoihin sisällytettyihin salassapitoehtoihin.

Myös salassapitoehtojen kattavuus ja jaottelu osapuolten kesken vaihtelee ohjelmistotoimitussopimuksissa sopimuksenlaatijan intressien mukaan. Takki on jaotellut salassapitosopimusten peruseroja liittyen laatijan näkökulmaan¹²⁶, olen koonnut tämän jaottelun mukaiset tiedot aineistoni sopimuksista taulukkoon 1. Jaottelussa mainittuihin salassapitoon liittyviin sopimussakkoihin ja vastuunrajoituksiin otan kantaa luvussa 4.4. Jos sopijapuoli on julkisesti noteerattu yritys, niin laaja salassapitovelvoite on sopijapuolen intressissä ja itse asiassa välttämätön jo sopimusneuvotteluvaiheessa¹²⁷

¹²⁶ Takki 2002, 285-286

¹²⁷ Hemmo 2005, 55

Taulukko 1: Salassapitoehtojen jaottelu

| Salassapitoehtojen jaottelu | Tilaaajan sopimukset | IT 2000 | JIT 2007 |
|---|----------------------|---------|----------|
| Yksipuolinen sopimus (toimittajalle) | 1/5 | | |
| Molemminpuolinen sopimus | 4/5 | X | X |
| Kohteena kaikki tieto | 4/5 | | |
| Vain määritelty tieto | 1/5 | X** | X** |
| Kieltää käytön ja ilmaisun | 5/5 | X | X |
| Kieltää vain ilmaisun | 0/5 | | |
| Käyttökiellolle ei poikkeusta | 4/5 | | |
| Käyttökielto rajattu | 1/5* | X*** | X*** |
| Ajallinen rajoitus voimassaololle | 3/5 (5v) | | |
| Ei ajallista rajoitusta | 2/5 | X | X |
| Salassapitovelvoitteen poistava poikkeus (olemassa ollut tieto) | 5/5 | X | X |

* Käyttökielto vain merkitylle tiedolle

** Tämän lisäksi luottamukselliseksi ymmärrettävä tieto

*** Ammattitaidon ja kokemuksen käyttö sallittu

Takki on perustellut jakoa salassapitosopimusten eroista liittyen laatijan intresseihin sen mukaan, että oletetaanko vastapuolelta pääosin saatavan tietoa, vai annetaanko sitä myös itse. Oletuksena on, että jos sopimuksen laatija olisi pääosin tiedon vastaanottaja, niin sopimus olisi yksipuolinen ja ajallisesti rajoittamaton, jonka kohteena olisi kaikki tieto ja joka kieltäisi poikkeuksetta myös kaiken tiedon käytön ilmaiskiellon lisäksi.

Tutkimassani aineistossa yksikään sopimus ei täsmää Takin oletuksellisen jaon kanssa, vaan kaikissa tietyt elementit ovat sekoittuneet. Vain yksi tilaajapuolen laatima sopimus täyttää ensimmäisen oletuksen, eli salassapitoehto on yksipuolinen ja vain toimittajaa koskeva. Samassa sopimuksessa salassapidon alainen tieto on kuitenkin nimenomaan rajattu määriteltyyn aineistoon ja myös käyttökielto on rajattu vain tähän määriteltyyn tietoon.

Itse näkisin ohjelmistotoimitussopimusten riskienhallinnassa enemmän otettavan huomioon jo aikaisemmin mainitsemani immateriaalisen pääoman arvon sopijapuolille, kuin tilannekohtaisen tietotasapainon. Tässä jaottelussa molempien sopijapuol-

ten arvokkaimman pääoman intressiä suojataan tiukoilla ja laajoilla salassapitoehdoilla, jotka kattavat kaiken osapuolien välillä vaihdetun tiedon.

Kaiken tiedon määrittelemisellä salaiseksi tavoitellaan riskienhallinnan kannalta helpompaa tilaa poistamalla unohdus- ja tulkintariski sopimuksen tekijältä¹²⁸. Toisaalta tällöin myös salassapitovelvoitteiden noudattamisen tiukka valvominen on käytännössä melkein mahdotonta. Tämä on kuitenkin ilmeisesti asetettu vähäisemmälle merkitykselle kuin riski salassa pidettävän tiedon vuotamisesta. Kaiken tiedon tulkitsemista salassa pidettäväksi tukee myös jo edellä mainitsemani julkisesti noteeratun yhtiön velvollisuus pitää tiedot salassa.

IT2000 ja JIT 2007 ehdoissa taas on käytössä toinen tapa muotoilla salassa pidettävä tieto. Tämä tapa vähentää myös huolimattomuus- ja unohdusriskejä, mutta toisaalta on muotoilultaan tulkinnanvarainen salassa pidettävän tiedon määrittelynsalalta.

”Sopijapuolet sitoutuvat pitämään luottamuksellisena toisiltaan saamansa aineistot ja tiedot, jotka on merkitty luottamuksellisiksi tai jotka on sellaisiksi ymmärrettävä, sekä olemaan käyttämättä niitä muihin kuin sopimuksen mukaisiin tarkoituksiin.”¹²⁹

Samaan tapaan kuin laissa sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa, tässäkin liikesalaisuutta ei ole tarkasti määritelty. Myöskään *luottamukselliseksi ymmärrettävä tieto* ei ole sen tarkemmin määritelty, näin ollen salassapitoehdon laajuus muodostuu tilannesidonnaiseksi ja subjektiivisesti tulkittavaksi. Salassapidon alaisen tiedon määrittelevä ilmaisu *sellaiseksi ymmärrettävä tieto* viittaa siihen, että tässä, kuin myös lain salassapitovelvoitteen perusteella, vilpittömällä mielellä voi vapautua salassapitovelvoitteen rikkomisen seuraamuksista.

Koska ehdoissa ei ole vaadittu, että sopimuspuoli soveltaa vähintään saman laajuisia salassapitovelvoitteita myös kaikkiin työntekijöihinsä, eikä luottamukselliseen tie-

¹²⁸ Kts esim Takki, 286

¹²⁹ IT2000 YSE, 5.1

toon käsiksi pääseviä henkilöitä ole rajattu, tilanne jossa sopijapuolen työntekijä joka ei ole tietoinen, eikä tehtävänsä puolesta pitäisi olla tietoinen, sopimuksen alaisista velvoitteista ilmaisee luottamuksellista tietoa kolmannelle voi syntyä kohtuullisen helpostikin. Tällöin osapuoli voisi mahdollisesti vapautua vastuusta, kokonaan tai osittain, vilpittömän mielen suojalla.

Kaikissa aineistoni sopimuksissa salassapitovelvoitteeseen on tehty poikkeus jo ennestään julkisen tiedon osalta. Näiden tietojen ulottaminen salassapidon piiriin olisi sopijapuolten kannalta aina kohtuutonta, koska samalla jo sopimushetkellä molemmat osapuolet rikkoisivat sopimusta. Tällaisen tiedon määrittäminen luottamukselliseksi olisi jo yleisten oikeusoppien tuella mahdotonta¹³⁰. Julkinen tieto on sopimuksissa yleisesti määritelty seuraavan tyyllisesti.

Information which (i) was in the possession of the receiving party prior to disclosure hereunder; or (ii) has lawfully entered the public domain; or (iii) was disclosed by a third party without breach of any obligation of confidentiality owed to the disclosing party; or (iv) was independently developed by personnel of the receiving party having no access to the Information.

Tällaisen tiedon salassa pitäminen ei muutenkaan olisi osapuolten kannalta mielekästä. Sama poikkeus koskee myös tietojen käyttökieltoa.

Kaikissa tilaajan laatimissa sopimuksissa huomionarvoista on, että salassapito on laajennettu koskemaan myös kaiken tiedon käyttöä muuhun kuin sopimuksen tarkoituksen mukaiseen toimintaan. Tämä voi olla ongelmallista, koska myös kaiken tällaisen tiedon käyttöä on erittäin vaikea valvoa. Käytännössä tämä voisi myös estää sopimuspuolia harjoittamasta liiketoimintaansa rikkomatta sopimusta. Hallituksen esityksessä¹³¹ on otettu tavoitteeksi etteivät sopimukset rajoittaisi ammattitaidon ja kokemuksen hyödyntämistä. Lainsäädäntöön tätä tavoitetta ei ole kuitenkaan ole sisällytetty ja sopimussuhteessa saadun know-how:n hyväksikäyttö on jo SopMenL:n 4 § mukaan kiellettyä. Tästä tosin jää tulkinnanvaraiseksi mikä on tietotai-

¹³⁰ Hemmo 2005, 326

¹³¹ HE 9/86

don hyväksikäyttöä ja mikä yleistä ammattitaitoa. Lähtökohtaisesti hyväksikäytön kieltävän sopimuksen ehtoa on kuitenkin noudatettava¹³².

JIT 2007 ja IT2000 ehdoissa sopimuksesta syntyneitä, ja siihen liittyvää ammattitaitoa ja kokemusta saa käyttää myös muussa toiminnassaan. Know-how:n käytön kieltävien ehtojen taustalla on tarve suojata omaa liiketoimintaansa kopioinnilta ja näin syntyvältä kilpailulta ja itse kehitetyn tiedon vastikkeettomalta hyödyntämiseltä¹³³. Ratkaisuna ehdottomaan ja hieman ongelmalliseen hyödyntämiskieltoon on esitetty käyttökiellon alaiseksi tiedoksi kaikkea muuta paitsi muistinvaraista tietoa. Täten kaikkien toisen osapuolten kirjallisten dokumenttien kopiointi ja hyväksikäyttö olisi kiellettyä, mutta sopimuksen yhteydessä toimimisesta muistiin jäänyttä tietoa voisi käyttää¹³⁴.

Mielestäni tämän tyyppinen käytäntö parantaisi alan sopimusten riskienhallintaa, koska todennäköisesti sisäisen valvonnan selkeytyminen toisi suurempia etuja kun vastapuolen mahdollisesti kehittämän kilpailevan osaamisen riski toisi haittoja. Yleisesti täytyy myös muistaa, että sopimuspuolet eivät ohjelmistosopimuksissa yleensä ole kilpailijoita, ainakaan sopimuksentekohetkellä. Tätä näkökulmaa tukee jo erityisissä irtisanomisperusteissa esiintyvät omistuspohjan muutoksiin liittyvät irtisanomisoikeudet.

Ilman ajallisia rajoituksia salassapitovelvollisuus on lähtökohtaisesti voimassa määräämättömän ajan, koska siihen ei yleensä kohdistu sellaista toimintavapauden rajoittamista, mikä voisi tehdä rajattomasta ajasta kohtuuttoman¹³⁵. Ohjelmistotoimistussopimuksissa tiedon arvo yleisesti laskee huomattavasti nopean ajan kuluessa. Toisaalta salassapitovelvoitteet myös lakkaavat itsestään ajan myötä, sitä mukaa kun tietoja tulee julkiseksi. Aineistoni sopimuksissa kolmessa seitsemästä salassapi-

¹³² Kts esim KKO 1997:181

¹³³ Hemmo 2005, 329

¹³⁴ Rahnasto 2001, 88-89

¹³⁵ Hemmo 2005, 329

tovelvoitteen pituudeksi on sovittu viisi vuotta, lopuissa aikarajaa ei ole. Riskienhallinnan kannalta yli viiden vuoden salassapitovelvoitteilla ei liene merkitystä ohjelmistojen elinkaaren pituuden takia. Näin ollen en näe tältä osin aineistossani juuri eroja.

4.3 Käytetyt immateriaalioikeusehdot

Käsittelen tässä ohjelmistotoimitussopimuksissa käytetyt immateriaalioikeusehdot. Oikeuksien laajuus määrittää suurta osaa itse sopimuksessa vaihdettavasta hyödykkeestä. Oikeuksien jakoon vaikuttaa paljon osapuolten neuvotteluasema sekä toimitettavan ohjelmiston käyttötarkoitus. Rationaalisesti ajatellen luovutettavien oikeuksien määrä vaikuttaa myös toimituksen hintaan, koska teoriassa toimittajalle on edullisempaa, jos se voi myydä saman ohjelmiston tai sen osan myös muille oikeuksien niin salliessa. Tämä ei kuitenkaan täysin toteudu käytännössä juuri neuvotteluaseman sekä ohjelmistojen uudelleen käytettävyyden tilannekohtaisuuden vuoksi. Tässä tutkimuksessa ei ole sen rajausten puitteissa myöskään mahdollisuutta käsitellä oikeuksien luovutusten laajuuden suhdetta hintaan.

Luku on jaettu kahteen osaan käytettyihin sopijapuolten väliseen immateriaalioikeuksien jakoon sekä oikeuksien jaon soveltuvuuteen komponenttipohjaiseen kehitykseen ja tai avoimen lähdekoodin käyttöön. Tämä jako on perusteltua ohjelmistotuotteiden liiketoimintamallien takia¹³⁶. Usean valmistajan komponenttien käyttö koko-

¹³⁶Kts. Välimäki 2005, 54–56. Ohjelmistoa tai sen osaa tuotteena voi kuvailla osana jotakin järjestelmää. Sitä ei koskaan käytetä eristyksissä. Se on aina liitetty tai toimii yhdessä jonkun fyysisen alustan ja tai toisen ohjelmiston tai ohjelmistokomponentin kanssa. Jotta koko järjestelmä toimisi, niin eri ohjelmisto- ja laitekomponenttien tulee pystyä toimimaan jollakin tavalla yhdessä. Mikäli näin ei ole, ja järjestelmän komponenttien oikeudet ovat yksinoikeudella usean eri tahon hallussa, niin tämä voi johtaa järjestelmän toiminnan tehostomuuteen tai koko järjestelmän toimimattomuuteen, koska kaikkien järjestelmän parhaan mahdollisen toiminnan kannalta tarvittavien oikeuksien hankintakulut voivat helposti olla liian suuret verrattuna esimerkiksi kokonaan uuden järjestelmän tekemiseen.

naisessa järjestelmässä on yleensä tehokkaampi tuottaa ja näin ollen myös halvempaa tilaajalle, kuin alusta saakka saman toimittajan kehittämä järjestelmä.

4.3.1 Käytetyt oikeuksienjakomallit

Oikeuksien jakoon käytettyjen ehtojen tyyppiä voi ennustaa aineistostani kiinnittäen huomiota sopimuksen laatineeseen osapuoleen. Oletuksena siis on, että tilaajan laatimissa sopimuksissa oikeudet menisivät suureksi osaksi tilaajalle¹³⁷, IT2000 ehtoista voi olettaa, niiden toimittajapainotteisuuden takia, oikeuksien jäävän toimittajalle. JIT 2007 ehtojen oikeuksienjako on sinänsä mielenkiintoinen, koska ne ovat kyllä tilaajan laatimat ehdot, mutta tarkoitettu julkisiin hankintoihin, missä tilaajalla ei todennäköisesti ole sopimuksen kohteeseen liiketoiminnallisia intressejä. Oletuksena voi silti pitää, että tilaajan laatimassa sopimuksessa tilaaja on ottanut omat etunsa laajasti huomioon.

Kuten jo oletuksena oli, aineistoni sopimuksissa oikeudet ovat jaettu tilaajan intressien mukaan. Neljässä viidestä tilaajan laatimasta sopimuksesta tilaajalle siirtyy yksinoikeudella kaikki siirrettävissä olevat oikeudet. Kuten jo kauppalain soveltuvuutta sopimusehdoissa analysoidessani mainitsin, yhdessä näistä muotoilussa on käytetty vielä nimenomaan omistusoikeuden siirtoa.

Kaikkien oikeuksien siirto on tilaajan kannalta riskittömin vaihtoehto, tällöin toimitettua ohjelmistoa voidaan vapaasti käyttää myös tarkoituksiin joita ei sopimushetkellä välttämättä ollut tiedossa¹³⁸. Toimittajan kannalta kaikkien oikeuksien myöntäminen taas lisää riskiä, koska varmistunut siitä, että kaikki mahdolliset oikeudet

¹³⁷ Näin ei tosin aina ole, mutta koska aineistoni sopimukset ovat suhteellisen laajoja, joiden valmisteluun on mitä ilmeisimmin käytetty paljon resursseja, niin tästä on pääteltävissä, että ohjelmistotoimituksilla on tilaajalle suuri merkitys ja näin myös voidaan olettaa, että niiden oikeuksilla on suuri merkitys.

¹³⁸ Virhevastuuseen muu käyttö toki vaikuttaa alentavasti.

todella ovat toimittajan hallussa ja näin luovutettavissa¹³⁹. Komponenttipohjaisessa kehityksessä juuri tämä riski lisääntyy, mutta teoriassa myös alusta asti itse kehitettyyn sovellukseen voi kohdistua esimerkiksi kolmannen patenttioikeuksia.

Toisin kuin muissa tilaajan sopimuksista, yhdessä niistä on siirretty vain rajoitettu lisenssi, tästä on pääteltävissä, että ohjelmistot eivät välttämättä ole olennaisessa osassa tämän yrityksen liiketoiminnassa, vaan mahdollista saavutettua hintaetua arvostetaan enemmän. Myös IT2000 ja JIT 2007 ehdoissa oikeuksien siirtoon käytetään rajoitettua lisenssiä, jolloin oikeudet jakautuvat osapuolille tasapuolisemmin.

Näiden kolmen sopimuksen lisenssiehdoissa on hieman eroja toisistaan. Kaikissa on luonnollisesti tilaajalle annettu käyttöoikeus sopimuksen mukaiseen tarkoitukseen. Tässäkin siis riskiä on siirretty sopimuksen laatijan kannettavaksi. Käyttötarkoituksen määrittämisellä voidaan vaikuttaa huomattavasti myös lisenssin laajuuteen. Tällä ei sinänsä toimittajan riskienhallinnan kannalta ole merkitystä, mutta liiketoiminnan kannalta kylläkin.

Jos käyttötarkoituksessa ei ole rajoitettu käyttäjämääriä, alueellisia tai ajallisia rajoituksia, niin oikeus on lähtökohtaisesti rajaamaton näiltä osin. Toimittajalla voi joissain tilanteissa olla tarve hinnoitella tuotteensa näiden oikeuksien mukaan. Toisaalta tämä on yleisempää ennemminkin valmisohjelmistoissa, kuin tässä tutkimuksessa käsittelemissäni, nimenomaan sopimuskohtaisesti tehdyissä ohjelmistoissa. Samoja sopimuksia käytetään toki myös tilanteissa, joissa valmisohjelmistoa muokataan tilaajan käyttötärpeeseen, jolloin rämän tyyppiset rajoitukset lisenssiehdoissa olisivat toimittajan kannalta luonnollisia.

Kaikissa lisensseissä tilaajalle on annettu myös oikeus tehdä tai teettää kolmannella ohjelmistoon muutoksia ja tekijänoikeus näihin muutoksiin jää tilaajalle. Toimitta-

¹³⁹ Tämä riski voi tosin siirtyä myös tilaajalle, jos se luottaa tällaisissa tapauksissa täysin toimittajan sisäiseen riskienhallintaan ja riskin toteutuessa toimittaja ei pystykään vastaamaan siitä, jolloin kaikki vastuu immateriaalioikeusrikkomuksesta siirtyy tilaajalle.

jalla olisi mahdollista pitää yksinoikeus muutosten tekoon, mutta tämänkaltainen ehto voisi tulla pätemättömäksi EU:n vuonna 2004 yhtenäistettyjen kilpailusäännösten perusteella¹⁴⁰. IT2000 ehoissa tätä oikeutta teettää muutoksia kolmansilla on tehty toimittajan kannalta edullisemmaksi, pidättämällä toimittajalla laaja, myös kaupallisiin tarkoituksiin sopiva käyttöoikeus teetettyihin muutoksiin¹⁴¹.

Muutosoikeudella on tilaajalle riskienhallinnan kautta erittäin suuri merkitys. Ilman tätä oikeutta toimittaja on kyseisen toimituksen suhteen lähes monopolistisessa asemassa tilaajaan, jos kyseiseen järjestelmään tarvitsee koskaan tehdä minkäänlaisia muutoksia tai esimerkiksi se pitäisi tehdä yhteensopivaksi muiden järjestelmien kanssa¹⁴². Näitä muutostarpeita voi vielä sopimuksentekohetkellä olla vaikeata arvioida ja huomioida sopimuskohteen käyttötarkoituksessa.

IT2000 ehtojen toimittajamyönteisyys tulee ilmi myös kappaleen luovutusoikeuden puutteesta. JIT 2007 ehoissa ja tilaajan laatimissa ehoissa tilaajalla on myös oikeus luovuttaa kopio ohjelmistosta kolmannelle, JIT 2007 ehoissa tosin julkisen hallinnon sisäisellä rajoituksella. Tämä ehto pienentää tilaajan riskiä, koska täten tilaaja voi sisällyttää myös esimerkiksi omiin tuotteisiinsa kappaleen ohjelmistosta ja myydä sen osana tuotteitaan. Julkisen hallinnon tapauksessa ehdolla on ennakoitu mahdollisia valtionlaitoksien yhdistymisiä tai lakkaamisia, jolloin samat järjestelmät voitaisiin siirtää käyttöön toimittajasta riippumatta.

Ainoassakaan lisenssiehdossa ei kuitenkaan ole annettu tilaajille oikeutta siirtää itse lisenssiä kolmansille, tämä oikeus vastaisi jo lähes kaikkien oikeuksien luovutusta. Ehto lisäisi samalla toimittajan riskiä, jos indemnifikaatiovelvoite immateriaalioi-

¹⁴⁰ KOM 772/2004

¹⁴¹ IT2000 EAT, 10.6

¹⁴² Kts esim Talouselämä 7.3.2008 Missä ilmeisesti muutostenteko-oikeuksien puuttuminen oli osittain johtanut suuriin rahallisiin menetyksiin valtiolle. Sopimukset näille toimituksille oli tehty 2006 ennen JIT 2007 käyttöönottoa.

keusväitteistä on rajoittamattomalla vastuulla¹⁴³. Lisenssin siirto-oikeus lisääi tällöin toimittajan riskiä mahdollisten immateriaalioikeusväitteiden suuruudesta.

Immateriaalioikeuksiin viitataan sopimuksissa yleisesti vain immateriaalioikeus-sanalla. Näin ollen oikeuksien voi käsittää sisältävän myös patenttioikeudet, know-how:n, tavaramerkit ja muut mahdolliset immateriaalioikeudet. Oikeuksien merkitystä on kuitenkin kaikissa muissa aineiston sopimuksissa paitsi IT2000 ja JIT 2007 ehdoissa korostettu, avaamalla immateriaalioikeus sanaa seuraavankaltaisilla määritelmillä.

Intellectual Property Rights means patents, design patents, designs chip topography rights and other like protection, copyright, trademark and any other form of statutory protection of any kind and applications for any of the foregoing respectively as well as any trade secrets.

Oikeuksien listaaminen ei lisää riskiä, mikäli listasta ei jää haluttuja oikeuksia luettelematta. Mielestäni immateriaalioikeus-sanana avaaminen nimenomaan selventää sopimustilaa. Eri oikeuksien listaaminen vähentää sopijapuolelta mahdollisuutta riitauttaa immateriaalioikeus-sanana sisältöä esimerkiksi yrittämällä rajata sitä tulkinnallaan vain tekijänoikeuksiin. Ehdon viimeinen lause myös kattaa unohdusriskin yleisluontoisella määrittelyllään.

4.3.2 Immateriaalioikeusehtojen soveltuvuus komponenttipohjaiseen kehitykseen

Muiden kuin toimittajan valmistamien valmiiden ohjelmistokomponenttien¹⁴⁴ käyttö tilaajaa varten toimitettavassa ohjelmistossa on pääosin tilaajan edun mukaista. Useimmissa tapauksissa tämä laskee ohjelmiston tuottamisen kustannuksia. Alentuneet tuotantokustannukset monesti vaikuttavat suoraan ohjelmiston alhaisempaan hintaan, pois lukien toimittajan kasvanut riskipremio. Tähän riskipremion taas

¹⁴³ Vaikka indennifikaatiovastuu rajoittuisi vain tilaajaan, niin silti suurempi käyttäjämäärä lisää mahdollisten immateriaalioikeudellisten väitteiden riskiä.

¹⁴⁴ Sekä avoimella lähdekoodilla että kaupallisesti lisensoitujen komponenttien käyttö.

vaikuttavat ohjelmistotoimitussopimuksessa olevat immateriaalioikeus- sekä vastuuta jakavat ehdot. Immateriaalioikeusehtojen laajuus vaikuttaa toimittajan riskipreemioon siten, että toimittajan tulisi oikeuksien laajuuden mukaisesti varmistaa komponenttien lisenssien siirrettävyys. Vastuunjakoehdot taas vaikuttavat preemioon, joko rajaamalla toimittajan vastuun johonkin maksimiin, tai siirtämällä vastuu- ta oikeuksien loukkauksista.

Ohjelmistotoimitussopimuksissa komponenttien käyttö toimitettavassa ohjelmistos- sa on huomioitu rajoitetumpina yleisinä oikeuksienluovutuksina, tai komponentti- pohjaista kehitystä varten sovitulla poikkeuksilla muiden oikeuksien jaosta. Ylei- sesti voidaan sanoa, että mitä laajemmat oikeudet ohjelmistoon siirtyvät tilaajalle, niin sitä riskialttiimpaa tämä on toimittajalle sekä kolmannen immateriaalioikeudel- listen väitteiden että oikeudellisen virheen osalta.

Tilaajan riskiin taas vaikuttaa suurimmaksi osaksi vastuunjakoehdot. Useimmissa ti- lanteissa toimittajalla on immateriaalioikeuksien jaosta riippumatta paremmat val- miudet olla selvillä immateriaalioikeudellisista riskeistä. Käsittelen tässä luvussa pääosin riskiä toimittajan kannalta perustuen immateriaalioikeuksien jakoon, luvus- sa 4.4 otan esille vastuunjakoehdot.

Riskinjako aineistoni tilaajien laatimissa sopimuksissa on komponenttipohjaisen kehityksen osalta selkeää. Sopimuksissa joissa tilaajalle siirtyvät kaikki mahdolliset oikeudet, niin kaikki riski oikeuksien siirtymisestä ja hallinnasta on toimittajalla. Yhdessä näistä tilaajapuolen sopimuksista on kuitenkin poikkeuslausekkeella otettu huomioon myös komponenttipohjainen kehitys toimittajan kannalta.

Sopimuksessa on sen määrittelyissä annettu merkitys ennalta olemassa olevalle ma- teriaalille. Tällaiseksi materiaaliksi on katsottu kaikki ohjelmistot, tai sen osat, sekä niihin liittyvä aineisto, joka on kehitetty tai hankittu ennen sopimuksen toteuttamis- ta tai sopimuksessa sovitun kehitystyön laajuuden ulkopuolella. Immateriaalioikeu-

sehdoissa tämän materiaalin oikeuksien on taas määritelty kuuluvan sille, kenelle nämä oikeudet ovat kuuluneet ennen sopimuksen voimaantuloa. Tällä tavoin toimitajalle ei aseteta velvoitetta hankkia juuri kolmannen ohjelmistokomponentteihin kaikkia mahdollisia oikeuksia, joita olisi useimmiten myös lähes mahdoton saada.

Jotta tilaaja voi kuitenkin varmistua tilaamansa ohjelmiston soveltuvuudesta käyttötarkoitukseensa, ehtoa on laajennettu niin, että mikäli tällaista materiaalia on sisällytetty sopimuskohteeseen, niin toimittaja on velvollinen ilmoittamaan nämä liitetyt materiaalit lisenssiehtoineen ennalta tilaajalle. Toimittaja myös takaa ehdossa tilaajalle peruuttamattoman, ajallisesti, alueellisesti ja käyttäjämäärällisesti rajoittamattoman käyttöoikeuden tähän materiaaliin sopimuksessa sovittuun käyttötarkoitukseen¹⁴⁵. Lisenssi tähän *ennalta olemassa olevaan* materiaaliin on siis hyvin samantyyppinen kuin IT2000 ehdoissa tilaajalle myönnettävä lisenssi ohjelmistoihin.

Erona IT2000 ehtojen mukaiseen lisenssiin on kuitenkin muutosoikeuden puuttuminen. Tätä voisi pitää tilaajan kannalta hyvin riskialttiina, koska tilaajan kannalta juuri muutosoikeus on liiketoiminnallisesti lisenssin olennaisimpia osia. Ehdon laatijan kannalta tätä voi tarkastella kahdesta näkökulmasta. Rajoittamatonta muutosoikeutta voisi joissakin tapauksissa olla hankala tai kallis saada. Toisaalta tietyn laajuinen muutosoikeus on jo sisällytetty itse lausekkeen muotoiluun. Siinä poikkeuksellinen oikeudenjako toteutuu kun tällaista ennalta olemassa ollutta materiaalia on sisällytetty toimitukseen.

Tekijänoikeuksien kannalta ohjelmistokomponentin yhdistäminen toiseen komponenttiin vaatii teoksen muokkausta, joten jo tältä kannalta komponenttiin täytyy kuulua muutosoikeus. Muutosoikeusriski toimitettavan ohjelmiston osalta siis säilyy toimittajalla, mutta tilaaja ei kuitenkaan voi olla täysin varma siitä, että toimitettua ohjelmistoa voi täysin vapaasti muuttaa, jos siihen myöhemmin tarvetta ilmenee.

¹⁴⁵ Useimmat avoimen lähdekoodin lisenssit sallivat kuvatun mukaisen käytön, tosin joidenkin kohdalla liiketoiminnallinen hyödyntäminen on kielletty, kts. lisensseistä esim. www.opensource.org/

Mielestäni kyseisen kaltainen ehto on kuitenkin muotoiltu edistyksellisesti ja on sekä tilaajan, että toimittajan kannalta riskienhallintaa tehostava. Tilaajan tulee näin myös huolehtia omasta sisäisestä riskienhallinnastaan paremmin, kun kaikkea vastuuta ei ole siirretty toimittajalle. Ehto kuitenkin edellyttää toimittajan, välttyäkseen oikeudellisen virheen riskiltä ja mahdollisilta kolmannen väitteiltä, selvittämään ja luotteloimaan toimitukseen kuuluvat erilaiset lisenssiehdot. Näin ollen sopimusehto vahvistaa, sen mukaisesti toimittaessa, molempien sopimuspuolten kokonaisvaltaista riskienhallintaa¹⁴⁶.

Toisessa tilaajan laatimassa sopimuksessa, jossa kaikkia oikeuksia ei luovuteta tilaajalle, tilanne ohjelmistokomponenttien käytön kannalta on edellisen esimerkin mukainen, mutta sisältäen myös tilaajan muutosoikeuden. Tosin tässä sopimuksessa kaikki toimitukseen kuuluva aineisto on lisensoitu samalla tavalla, joten edellisen mukaisia sopimuksellisia kannustimia riskejä minivoivaan toimintaan ei ole. Tästä on huomattavissa miten sopimuksen muotoilulla voidaan, myös samanlaisella vastuunjaolla, edistää molempien osapuolten etua.

IT2000 ja JIT 2007 ehdoissa ohjelmistokomponenttien käyttöä ei ole immateriaali-oikeusehdoissa huomioitu. Toisaalta näissä molemmissa tilaajalle siirtyvät oikeudet ovat sen verran suppeat, että komponenttien käyttöä ei tarvitse erikseen mainita, koska niiden ei voi katsoa olevan esteenä komponenttien käytölle.

JIT 2007 ehdoissa on avoimen lähdekoodin käyttö huomioitu ehtojen muissa osioissa. Yleisten sopimusehtojen määrittelyihin on sisällytetty avoimen lähdekoodi.

*”Avoin lähdekoodi tarkoittaa ohjelmistoja, joiden käyttöä koskevat osoitteessa <http://www.opensource.org/> yksilöidyt käyttöoikeusehdot tai joiden käyttöoikeusehtoihin sisältyy vaatimus julkaista tai muuten luovuttaa lähdekoodi, jos tilaaja levittää sitä kolmansille osapuolille.”*¹⁴⁷

¹⁴⁶Tämän kaltainen menettely on alan toimijoilla toki muutenkin yleistä ja suotavaa, mutta lauseke antaa siihen myös suoria sopimuksellisia insentiivejä.

¹⁴⁷ VYSE, 2.1

Ilmaisua ei ole itse ehdoissa käytetty muualla kuin toimittajan takuuelvoitteiden sääntelyssä, mutta jo sen olemassaolo ilmentää, että avoimella lähdekoodilla lisensoitujen komponenttien käyttö on valtionhallinnossa yleistymässä. Muotoilua ja määrittelyn ottamista sopimustekstiin onkin pidetty positiivisena¹⁴⁸. Määrittely ja käytön mahdollisuuden mainitseminen myös lisäävät sopimusinformaation määrää ja näin ollen selventävät tulkintoja ja voivat vaikuttaa näin myös mahdolliseen vastuunlaajuuden arviointiin¹⁴⁹.

Aineistossani on siis käytössä kahdenlaisia komponenttipohjaisen kehityksen, toimittajan kannalta kohtuullisesti, mahdollistavia immateriaalioikeusehtoja. Joko komponentteja koskevat poikkeukset tai suppeampi oikeudenluovutus tilaajalle. Valinta edellisistä on liiketoiminnallinen ja sen perusteella ei voi tehdä yleisiä päätelmiä riskienhallinnasta.

Käytäntönä tehokkaimpaan esiintyvään riskienhallintaan näkisin sopimusinformaatiota täydentävät ja tiettyyn toimintaan kannustavat ehdot. Tällä tavoin informaatio sopijapuolille on mahdollisimman avointa ja riskienhallinta tehokkainta. Tämä toimintatapa helpottaa myös avoimen lähdekoodin komponenttien käyttöä sopimuksen kohteessa, mikä ensisijaisesti tuo hyötyä tilaajalle.

4.4 Vastuuta rajoittavat ja laajentavat lausekkeet

Vastuunrajoituksilla ja muilla vastuuta jakavilla lausekkeilla on ohjelmistotoimitus-sopimuksissa suuri merkitys osapuolten riskienhallinnassa. Potentiaalisten korvaussummien ollessa suuria jakoa ei ole yleisesti haluttu jättää vain dispositiivisten normien ja oikeuskäytännön varaan. Toisaalta kuten jo luvussa 3.3 tuli ilmi, niin myös sopimustyyppillä on vaikutuksensa vastuunjakautumiseen. Tässä luvussa käyn läpi

¹⁴⁸ Kts esim COSS:n ja Ohjelmistoyrittäjät ry:n lausunnot VYSE sopimusehdoista

¹⁴⁹ Saarenpää, 2007

tutkimieni sopimusten sopimustyyppit, minkä jälkeen tarkastelen niissä käytettyjä vastuuta suoraan jakavia ehtoja.

4.4.1 Sopimustyyppit ja niiden vaikutus vastuisiin

Luvussa 3.3 kävin läpi vakio- ja yksilöllisen sopimuksen sekä kerta- ja kestopimuksen eroja vastuiden laajuuteen. Erot eivät ole tosin mitattavissa suoraan sopimustyyppistä, mutta jäsentely sopimustyyppeihin antaa käsitystä siitä, että kenelle osapuolelle vastuun laajuuden arviointi riitatilanteessa olisi mahdollisesti edullisempaa¹⁵⁰.

IT2000 ehdot ovat selkeästi vakiosopimusehdot, jotka ovat sekä toimittaja että tilaajapuolta edustavien järjestöjen laatimat, joten niitä voitaneen tulkita yhteisiksi vakioehdoiksi. Niin kuin muitakin vakioehtoja, niin myös IT2000 ehtoja käytettäessä sopimus muodostuu helposti kertasopimukseksi, mikäli osapuolet eivät laadi erillistä sopimusta osapuolten pidempiaikaisesta yhteistyöstä. Osapuolet ovat siis yleensä IT2000 ehtojen tulkinnan suhteen tasapuolisessa asemassa ilman erityisesti korostettua lojaliteettivelvoitteita.

Vaikka JIT 2007 ehtoja on tarkoitus käyttää suurimassa osassa valtionhallinnon IT hankintoja, niin mielestäni ne ovat silti luonteeltaan enemminkin kertasopimus kuin kestopimus luonteiset¹⁵¹. Ehdot ovat myös yksipuolisesti laadittu, joten tilaajan tulisi tässä tapauksessa kiinnittää huomiota sopimuksentekoprosessiin, että ehdot tulevat varmasti osaksi sopimusta.

Aineistoni tilaajien laatimat sopimukset ovat myös selkeästi yksipuolisesti laadittuja vakioehtoja. Tässä suhteessa erityisesti jo aikaisemmin mainitsemani tulkinnanvaraiset ehdot eivät ole tilaajan riskienhallinnan kannalta välttämättä tehokkaita. So-

¹⁵⁰ Yleisesti jos vastuun laajuus on riitautettu, niin tässä tapauksessa sana edullisuus ei sovi todennäköisesti mukaan ollenkaan.

¹⁵¹ JIT 2007 ehdoissa ei ole myöskään määriteltyä irtisanomisaikaa tai muita pidempiaikaiseen yhteistyöhön viittaavia lausekkeita.

pimusten luonne taas jakautuu näissä kahtia. Kolme viidestä sopimuksesta on selkeästi kestopimuksia kohtalaisilla irtisanomisajoillaan. Osapuolilla on siten myös korostettu lojaliteettivelvoite. Yksi sopimuksista on taas selkeästi kertosopimusluonteinen.

Kolmantena muotoiluna tilaajan sopimuksissa on sopimus joka sisältää yleiset ehdot ja huomattavan laajan toimituskohtaisen sopimuksen. Sopimus on mitä ilmeisimmin tehty yrittäen maksimoida liiketoimintaprosessien tehokkuutta. Yleiset ehdot eivät sisällä juurikaan oikeuspaikasta riippuen vaihtelevia ehtoja, vaan tällaiset ehdot ovat yhdistetty toimituskohtaiseen sopimukseen. Tällöin samoja yleisiä ehtoja voidaan kylläkin käyttää maailmanlaajuisesti, mutta riskienhallinnan kannalta ratkaisu ei ole mielestäni paras mahdollinen.

Sopimuksen luonteesta vaikuttaa, että sopimus olisi tarkoitettu pidempiaikaiseen yhteistyöhön. Kuitenkin koska yleiset ehdot liitetään sopimukseen viittauksella, niin tilaajan tulee kiinnittää huomiota niiden kuulumiseen osaksi sopimusta. Tämän lisäksi yleiset ehdot ovat tässä sopimuksessa voimassa vain sopimuskohtaisesti, vaikka niissä viitataan tarkoitukseen osapuolten pidemmästä yhteistyöstä. Sopimusinformaatio on tässä tapauksessa siis ristiriitaista. Mielestäni sopimuksen kerta-tai kestopimus tarkoitus jää tässä sopimuksessa epäselväksi¹⁵².

Mielestäni varsinkin osapuolille tärkeissä toimituksissa riskienhallinnan kannalta paras vaihtoehto on pitkäkestoiset ja laajat raamisopimukset, mitkä voidaan selkeästi tulkita kestopimukseksi¹⁵³. Muunlaisissa toimituksissa taas selkeän kertosopimuksen voi olettaa palvelevan osapuolten etuja parhaiten.

¹⁵² Varsinkaan kun yleisissä ehdoissa ei ole myöskään määritetty irtisanomisaikaa toimittajalle.

¹⁵³ Tästä esimerkkinä jo aikaisemmin viittaamani Talouselämä lehden uutisoima valtion IT hankkeiden epäonnistuminen osittain sopimuskumppanien yhteistyöhaluttomuuden johdosta. Pitkäkestoista yhteistyötä varten laaditussa sopimuksessa lojaliteettivelvoite voisi estää tämän tapaisen sopijapuolen käyttäytymisen seuraamuksitta.

4.4.2 Vastuunrajoitukset ja -laajennukset

Sopimuksissa kaikki lausekkeet tuottavat osapuolille jollain tavalla velvollisuuksia ja näin myös vastuita. Tässä yhteydessä tarkoitan vastuulla vahingonkorvausvastuuta. Vahingonkorvausvastuuta jakavat lausekkeet määrittävät sopimuksen muiden lausekkeiden painoarvoa säätelemällä vastuiden rikkomisen seuraamuksen määrää. Tässä luvussa käyttäessäni vastuunjako termiä tarkoitan nimenomaan sen suhdetta vahingonkorvausvastuuseen.

Vahingonkorvausvastuuta säätelevät lausekkeet ovat selkeimmin riskienhallintaan vaikuttavia ehtoja. Niissä voidaan tarkentaa riskien rahallisia määriä sekä määritellä vastuu- ja vapautumisperusteita selkeästi. Käsittelemissäni sopimuksissa on kahden tyyppisiä vastuita jakavia lausekkeitä, sekä niitä laajentavia että rajoittavia. Vastuiden jakautumiseen ohjelmistotoimitussopimuksissa näyttää vaikuttavan paljon osapuolen neuvotteluasema, oheisesta taulukosta 2 käy helposti ilmi miten aineistoni sopimuksissa toimittajan vastuu on tilaajan laatimissa sopimuksissa kaikkein laajinta, JIT ehdoissa lähes yhtä laajaa ja IT2000 ehdoissa vähäisintä.

Taulukko 2: Vastuunrajoitukset ja -laajennukset

% = prosenttia kauppahinnasta

ei määr. = ei säännelty sopimuksellisesti

Laajennettu = Rajoittamaton korvaus loukkauksista välittömästi aiheutuvista kustannuksista

| Toimittajan vastuut | Tilaajan sopimukset | IT 2000 | JIT 2007 |
|------------------------------|---------------------------|-------------|-------------|
| Välittömät vahingot | 1M€ / Rajoittamaton | max. 15% | max. 100%* |
| Väilliset vahingot | 0 | 0 | 0 |
| Salassapitorikkomukset | ei määr. / Rajoittamaton | ei määr. | ei määr. |
| Immateriaalioikeusväitteistä | Laajennettu/rajoittamaton | Laajennettu | Laajennettu |
| Sopimussakko viivästyksistä | max. 10-15% | max. 7,5% | max. 7,5% |
| Takuu | 6kk-12v | 6kk | 12kk |

| Tilaajan vastuut | Tilaajan sopimukset | IT 2000 | JIT 2007 |
|------------------------------|--------------------------|-----------|-----------|
| Välittömät vahingot | ei määr. / 1M€ / 10% / 0 | max. 15% | max. 100% |
| Väilliset vahingot | 0 | 0 | 0 |
| Salassapitorikkomukset | ei määr. / Rajoittamaton | ei määr. | ei määr. |
| Immateriaalioikeusväitteistä | 0 | 0 | 0 |
| Sopimussakko viivästyksistä | 0 | max. 7,5% | 0 |

*Vahingonkorvauksesta ensimmäiset 7,5% on sopimussakon omaista tuottamuksesta riippumatonta korvausta

Taulukossa on lueteltu aineistoni sopimuksissa yleisimmin esiintyvien vahingonkorvausvastuuta määrittelevien lausekkeiden vastuiden määrät. Kuten jo muissa yhteyksissä on käynyt ilmi, niin myös immateriaalioikeudet ja salassapitoehdot näytävät tässäkin yhteydessä olevan ohjelmistotoimitussopimuksissa erityisessä asemassa. Vahingonkorvausvastuista on sovittu erikseen immateriaalioikeusloukkausten osalta kaikissa sopimuksissa ja salassapidon osalta melkein kaikissa. Tilaajan laatimissa sopimuksissa vain yhdessä salassapitovelvoitteen rikkomisen vastuusta ei ole erikseen mainintaa.

IT2000 ja JIT 2007 ehdoissa välittömien vahinkojen enimmäisvastuuta on rajoitettu suhteessa sopimuksen hintaan ja vastuu on molemmille osapuolille tasapuolinen. Tapa sopii näihin sopimuksiin sikäli, että ne ovat yleisiä ehtoja, joten todennäköisesti niitä ei käytetä ainakaan sellaisenaan erittäin suurissa sopimuksissa ja vastuun määrä pysyy kohtuullisena. IT2000 ehdoissa on huomioitavaa vastuun erittäin rajallinen määrä, tämä on toimittajan kannalta riskittömämpää, koska tilaajan on epätodennäköisempää aiheuttaa toimittajalle suuria vahinkoja kuin toisin päin. Vain 15 prosentin maksimivastuulla toimittajan riski on erittäin pieni, varsinkin kun on kyse välittömistä vahingoista, joissa korvaus ilman rajoitusta olisi lähtökohtaisesti täyden vahingon määrä.

Välittömien vahinkojen korvausvastuuta ei tilaajien laatimissa sopimuksissa ole rajoitettu yhtä paljon. Kahdessa viidestä korvausvastuu toimittajalle on miljoona euroa ja lopuissa rajoittamaton. Tämä voi kuvastaa osapuolten neuvotteluasemaa, varsinkin kun tilaajien itselleen asettamat korvausvastuut ovat huomattavasti pienemmät ja vaihtelevat paljon sopimuksittain. Kuten taulukosta 2 näkee, niin tilaajien laatimissa sopimuksissa vahingonkorvausvastuu on joskus rajattu tilaajalta jopa kokonaan pois. Nämä erilaiset käytännöt kuvaavat ennemminkin osapuolen neuvotteluasemaa ja riskinkantokykyä kuin alan käytäntöä. Varsinkaan tilaajan vastuun rajoittamista pienemmäksi kuin toimittajan ei voi perustella ohjelmistotoimitusten erityispiirteillä.

Välillisten vahinkojen kohdalla tilanne on toinen. Välittömät vahingot ovat poikkeuksia lukuun ottamatta rajattu molempien osapuolten korvausvastuun ulkopuolelle. Tämä myötäilee myös yleisiä Suomalaisia vahingonkorvausoikeudellisia periaatteita. Poikkeuksena rajoituksiin välillisistä vahingoista ovat immateriaalioikeus- ja sallassapitorikkomukset.

Vahingonkorvausvastuuta toimittajalle on yleisesti laajennettu kaikissa ohjelmistotoimitussopimuksissa kolmannen immateriaalioikeuksien loukkauksista. Vastuu on joko laajennettu tai rajoittamaton. Lauseke on yleisesti muotoiltu seuraavaan tapaan:

Supplier will indemnify and hold harmless the customer, its affiliates and their respective customers, subcontractors, distributors and contract manufacturers at its own expense against any liabilities, claims, actions, damages, losses, expenses and costs arising out of infringement or alleged infringement Intellectual Property Rights of third parties.

Käytännössä lauseke velvoittaa toimittajaa korvaamaan melkein kaiken välillisen ja välittömän vahingon mikä tilaajalle aiheutuu loukkauksesta johtuvasta kanteesta. Erityisen huomion arvoista tässä nimenomaisessa muotoilussa on, että toimittaja on vahingonkorvausvelvollinen tilaajan kuluista myös väitetystä loukkauksesta, riippumatta kanteen lopputuloksesta. Saman vaikutuksen tekevää muotoilua on käytetty kaikissa tarkastelemissani sopimuksissa.

Kyseistä vastuuta on neljässä viidestä tilaajan sopimuksesta vielä laajennettu. Laajennus on tehty kohtalaisen huomaamattomasti välillisten vahinkojen vastuunrajoitusten yhteydessä seuraavaan tapaan:

Neither Party shall be liable to each other in contract, tort or otherwise, whatever the cause thereof, for any loss of profit, business or goodwill or any indirect, special, consequential, incidental or punitive cost, damages or expense of any kind, howsoever arising under or in connection with this Agreement, except for claims and obligations of Infringement of Intellectual Property Rights or claims and damages based on breach of Confidentiality or in cases of intentional misconduct or gross negligence.

Tällä tavoin muotoiltuna kyseinen lauseke laajentaa idemnifikaatiovastuun myös siitä mahdollisesti aiheutuviin välillisiin vahinkoihin. Näin vastuu myös salassapitorikkomuksista muuttuu rajoittamattomaksi.

Myös tässä indemnifikaatiovelvoitteessa on sopimuksen laatijan mukaisia vivahte eroja, jotka kuitenkin voivat vaikuttaa vastuun määrään huomattavasti. Esimerkiksi IT2000 ja JIT 2007 ehdoissa vastuu koskee vain tilaajaa vastaan esitettyjä väitteitä, kun taas tilaajan laatimissa sopimuksissa vastuu on laajennettu ennalta määrittelemättömään laajuuteen ja koskee myös kaikkia tilaajan sidosryhmiä vastaan tehtyjä väitteitä. Lisäksi tilaajien ehdoissa vastuuta ei ole rajoitettu myöskään tuotteen sopimuksenmukaiseen käyttöön, kun taas IT2000 ja JIT 2007 ehdoissa vastuuta ei synny tuotteen sopimuksenvastaisesta käytöstä. Tilaajien laatimissa sopimuksissa vastuu näistä väitteistä on täten erittäin laajaa ja vastuun määrää on varsinkin toimitajan lähes mahdotonta arvioida ennalta.

Mikäli vastuuta immateriaalioikeusloukkauksista ei ole nimenomaisesti laajennettu, kuten neljässä tilaajan sopimuksessa. Se koskee vain immateriaaliloukkauksista tehtyjä väitteitä ja niiden aiheuttamaa vahinkoa. Muut osapuolille näistä aiheutuvat vahingot tulevat korvattavaksi muiden vastuunjaon normien perusteella. Tilaajalle aiheutuvat muut vahingot voivat olla esimerkiksi liikevaihdon menetys, mikä ei välillisenä vahinkona tule korvattavaksi. Välittömät vahingot esimerkiksi loukkauksen aiheuttaman lisätyön takia taas ovat korvattavia välittömien vahinkojen mukaisesti.¹⁵⁴

Myös salassapitorikkomusten kohdalla vahingonkorvausvastuuta on monesti laajennettu. Yhdessä viidestä tilaajan sopimuksista sekä IT2000 ja JIT 2007 ehdoissa salassapitorikkomusten vastuuta ei ole sopimuksellisesti rajoitettu tai laajennettu. Muissa korvausvastuu on molemmille osapuolille rajoittamatonta. Tämä on ymmär-

¹⁵⁴ Pois lukien esimerkiksi vahinko lisätyöstä, joka johtuu suoraan oikeudenloukkauksesta tilaajalle tehdystä väitteestä.

rettävää tiedon suuren arvon takia sekä salassapitoloukkausten vahinkojen monesti välillisen luonteen takia. Toisaalta rajaton korvausvastuu nimenomaan salassapitoehtoien rikkomisesta voi olla teoreettisesti todella laajaa, varsinkin koska kuten edellä havaitsin, niin salassapitoon liittyy useimmissa sopimuksissa myös tiedon käyttökielto. Toisaalta esimerkiksi liikevaihdon menetystä sopijapuolen yleisen ammattitaidon käyttämisestä, ja näin vahingon määrää voi olla todella vaikea todeta.

Vahingonkorvausvastuun laajuuden lisäksi, kaikissa aineistoni sopimuksissa toimittajalle on asetettu suoritusviivästyksistä määräytyvä sopimussakko. Sopimuksissa vahingonkorvausvastuu ei ole aina paras mahdollinen keino hallita riskiä, tämä joutuu sen joustamattomuudesta. Vahingon määrittely ei ole aina suoraviivaista ja oikeudenkäyntimenettelyt vahingon määrän ja tuottamuksen arvioimiseksi eivät ole kustannustehokkaita¹⁵⁵. Lisäksi ohjelmistotoimitussopimusten suoritushäiriöt ovat monesti ennakoimattomia. Sopimussakko on joustavampi ja kustannustehokkaampi menetelmä jakaa riskiä.

Sopimussakon määränä on aineistossani 7,5–15 prosenttia kauppahinnasta. Sakko kertyy asteittain jokaisesta viikosta, minkä toimitus myöhästyy. Viivästyksistä aiheutunutta vahinkoa voi olla ongelmallista näyttää toteen, varsinkin tästä syystä sopimussakko on tilaajan kannalta käytännöllinen ja joustava väline vahingonkorvausvastuun sääntelyn lisäksi¹⁵⁶. Toisaalta asteittain kertyvä sakko on myös toimitajan riskienhallinnan kannalta selkeä, koska sillä voidaan samalla rajoittaa viivästyksestä aiheutuva korvausvelvollisuus sopimussakon maksimimäärään¹⁵⁷, minkä lisäksi ennalta tiedossa oleva korvausvelvollisuus luo toimittajalle myös kannustimen pyrkiä sopimuksen ajalliseen täyttämiseen.

¹⁵⁵ Saarenpää, 2007

¹⁵⁶ Hemmo 2005, 233

¹⁵⁷ Aineistoni sopimuksissa tosin vain IT2000 ehoissa vahingonkorvausvastuu viivästyksistä on rajattu sopimussakkoon.

Kaikissa tarkastelemissani sopimuksissa viivästyssakon määräytyminen on muotoiltu pääosin samalla tavoin ajan mukaan asteittain kertyväksi, mikäli toimitusta ei ole sen virheellisuuden vuoksi hyväksytty sovittuun aikatauluun mennessä. IT2000 ehdot poikkeavat tässäkin muista aineistoni sopimuksista toimittajan eduksi. Niissä myös toimittaja on oikeutettu sopimussakkoon, mikäli viivästys aiheutuu tilaajasta. Muissa vain tilaajalla on oikeus sopimussakkoon.

Vaikka sopimussakko viivästyksille onkin käytössä lähes kaikissa ohjelmistotoimitussopimuksissa ja korvauksen määrän vaihtelu on kohtalaisen tasaista, niin tätä tuskin voidaan pitää kauppatapana¹⁵⁸, eikä sopimussakkoa voida täten soveltaa sopimuksissa joissa siitä ei ole nimenomaisesti sovittu. Sopimuksen laatijoiden on kuitenkin syytä kiinnittää huomiota sopimussakon olemassaoloon ja määrään sen ollessa yleinen ja käyttökelpoinen riskienhallintakeino ohjelmistotoimitussopimuksissa.

Viimeisenä käsittelemänäni vastuunjaon keinona ohjelmistotoimitussopimuksissa on takuu. Takuulla pyritään säätelemään toimittajan virhevastuun ajallista voimassaoloa. Takuu voi olla joko vastuuta rajoittava tai laajentava. Toimittajan virhevastuu ilman takuuta kestäisi tuotteen tavanomaisen käyttöään¹⁵⁹. Ohjelmiston ollessa periaatteessa kulumaton immateriaalinen tuote, niin tämä aika on todella tulkinnanvarainen. Toiseksi takuulla voidaan joko rajata virhevastuu vain takuu-aikaa koskevaksi, tai vain selkeyttää näyttötaakkaa ajallisesti.

Ohjelmistoissa lakisääteisen virhevastuuajan ollessa epäselvä takuun voidaan katsoa ilmentävän sitä aikaa, milloin ohjelmistossa olevat virheet tulisi jo käytössä havaita

¹⁵⁸ Jo sopimus- ja vahingonkorvausoikeuden yleiset periaatteet estävät sopimussakon määräytymisen dispositiivisista normeista. Sopimussakon luonne on ankaran vastuun tapainen ja ohjelmistotoimituksen viivästymistä tuskin voidaan pitää *vaarallisena* tai *poikkeuksellisen vahinkoriskin* aiheuttavana toimintana (Kts. Esim KKO 1997:48). Lisäksi sopimussakossa vahingonkärsijällä ei ole näyttötaakkaa vahingosta, mikä ei myöskään ole vallitsevien periaatteiden mukaista Kts esim Mononen 2004, 279.

¹⁵⁹ Hemmo 2005, 192-193

ja näin myös lakisääteinen vastuu voi olla takuuajan jälkeen erittäin rajoitettua¹⁶⁰. Näin ollen se, että rajoittuuko virhevastuu vain takuuseen, vai säilyykö se myös takuun loppumisen jälkeen voi olla ohjelmistojen osalta epäolennaista.

Käsittämäni aineiston ulkopuolelta on hyvä mainita ohjelmistotoimituksiin usein liittyvät ylläpitosopimukset, joissa toimittajan velvollisuudet voivat olla osittain samoja, kuin ne olisivat jo virhevastuun perusteella. Tosin käytäntönä on, että ylläpidon alettua työ kuitenkin korvataan ylläpitosopimuksen puitteissa. Myös tämä käytännön tapa tukee takuun virhevastuuajan rajoittavaa vaikutusta, vaikka virhevastuuta ei suoranaisesti rajoitettaisi takuuseen. Täten en myöskään tässä käsittele sen enempää takuulla säädeltyä yleistä virhevastuuta.

Vain yhdessä tilaajan laatimassa sopimuksessa takuuaikaa ei ole määritelty ollenkaan. Muissa aineistoni sopimuksissa se on neljässä 12 kuukautta ja kahdessa 6 kuukautta. Yleisesti käytettyjä takuuajkoja voitaneen soveltaa analogisesti kauppatapana määriteltäessä virhevastuun kestoa, koska takuu aika vain täydentää laissa valmiiksi olevaa virhevastuuta. Voidaankin siis todennäköisesti olettaa, että ohjelmistotoimituksissa toimittaja olisi velvollinen korjaamaan automaattisesti tuotteen toiminnallisuudessa esiintyvät häiriöt, ilman että tilaajan tarvitsisi sen kummemmin todistaa virhettä piileväksi virheeksi, ainakin puolen vuoden ajan toimituksesta. Olettama on toisaalta hyvin vahva, mutta todennäköisesti tämä on toimittajallekin kannattavampaa kuin liiketoiminnan kärsimisen tai oikeuskäsittelyn kustannusten riskien kantaminen.

Kun Suomen vahingonkorvausoikeudellisissa periaatteissa välittömät vahingot tulisivat korvattavaksi täysimääräisinä ja välillisiä ei korvata, niin ohjelmistotoimitus-sopimusten riskienhallinnan painopisteet näyttävät entistä selvemmillä. Vahingonkorvausvastuuta välillisistä vahingoista on molemmille osapuolille pääosin rajoitet-

¹⁶⁰ Varsinkin koska ohjelmiston täysin tarkkoja toiminnallisuuksia ei ole sopimuksissa yleisesti määritetty, jolloin jo virheen olemassaolon näyttäminen voi olla erittäin vaikeata.

tu. Toisaalta salassapito- ja immateriaalioikeusloukkausten osalta sitä on laajennettu huomattavasti. Selkeyttä sopimuksiin pyritään taas hakemaan kohtalaisella sopimussakolla. Sakkoa sovelletaan sellaisten riskien hallintaan joihin vahingonkorvaus olisi mahdollisesti liian jäykkä. Myös takuuajalla on dispositiivisten normien epäselvää virhevastuuta selkeyttävä rooli.

4.5 Muut lausekkeet

Käsittelen lopuksi vielä lyhyesti muita ohjelmistotoimitussopimusten riskienhallintaan liittyviä lausekkeitä, jotka eivät liity aikaisemmin tutkimuksessa käsittelemiini normeihin, mutta ovat kuitenkin merkityksellisiä riskienhallinnan kannalta. Nämä ovat vahingonkorvausvastuunjaon kannalta epäolennaisia, mutta tuottavat sopijapuolille alalle tyypillisiä negatiivisia sopimusvelvoitteita.

Olenneisimpana näistä ehdoista on selvästi lauseke, jossa ohjelmiston kehitykseen osallistuvat henkilöt tai vähintään projektin avainhenkilöt tulee määrittää sopimuksessa. Näitä henkilöitä ei yksittäisen toimituksen sopimuskauden kuluessa saa ilman tilaajan lupaa vaihtaa projektista pois. Tämä on erityisen tilaajan riskienhallinnan kannalta olennaista, ohjelmistokehitysprojektien onnistuminen on usein kiinni juuri henkilöistä, jotka ovat projektissa mukana. Tätä näkökantaa tukee myös se, että henkilöiden määrittelemisestä ja pysymisestä samassa projektissa koko kehityksen ajan on sovittu kaikissa aineistoni sopimuksissa.

Henkilöstön ja osaamisen tärkeyttä sekä liikesalaisuuksien valvontaa korostetaan välillä myös rekrytointikiellolla. Työntekijää ei voida sitoa työsopimuksen ehtoja pitävämmin, mutta sopimuskumppanin kanssa voidaan sopia sopimussakosta, jolla halutaan turvata oman henkilöstön säilyvyys tilanteissa joissa työntekijä työskentelee sopimuskauden aikana suoraan sopimuskumppanin alaisuudessa ja tämä halu-

aisikin palkata työntekijän suoraan itselleen. Tarkastelemissani sopimuksissa tosin vain kahdessa seitsemästä on käytössä rekrytointikielto.

Myös immateriaalioikeusjaon riskienhallintaa on tilaajan kannalta täydennetty ehdolla, jossa toimittaja sitoutuu tarjoamaan toimitetulle ohjelmistolle ylläpitoa kohtuullisin ehdoin tietyn ajan toimituksen jälkeen. Jos immateriaalioikeudet ovat jääneet lähes kokonaan toimittajalle, niin tämä lauseke antaa tilaajalle varmuutta myös ohjelmiston käytettävyydestä tulevaisuudessa, koska toimittajalla ei ilman ehtoa luonnollisestikaan olisi sopimuspakkoa tarjota ylläpitopalveluita. Toisaalta vaikka kaikki oikeudet olisivat siirretty tilaajalle, niin myös tällöin tilaajalle on todennäköisesti edullisempaa tilata ylläpito toimittajalta, joka jo valmiiksi tuntee ohjelmiston ja näin ollen selviää ylläpidosta todennäköisesti vähemmällä työllä, kuin toinen toimittaja joka ei ohjelmistoa etukäteen tunne.

Tarkastelemissani sopimuksissa ylläpitovelvoitteesta on sovittu kaikissa muissa paitsi IT2000 ehdoissa ja yhdessä tilaajan laatimassa sopimuksessa. Ylläpitovelvoitteen ajaksi on sovittu JIT 2007 ehdoissa yksi vuosi ja tilaajien laatimissa sopimuksissa 5-7 vuotta. Tästä ajasta voi myös kohtalaisesti päätellä alalla ennustetun ohjelmiston suurimman käyttöiän.

Viimeisenä riskienhallintaan liittyvänä lausekkeena haluan ottaa esille escrow lausekkeen. Siinä sovitaan ohjelmiston lähdekoodin ja usein myös dokumentaation tallentamisesta kolmannen haltuun. Tällä tavoin erityisesti tilaaja, jolle ei ole siirretty laajoja immateriaalioikeuksia, voi varmistua siitä, että sillä on mahdollisuus myös jatkossa saada ohjelmiston ylläpitoa ja jatkokehitystä. Tämä voi olla tarpeellista, jos toimittaja menee konkurssiin, alkuperäinen lähdekoodi häviää tai toimittaja ei vain enää suostu tarjoamaan ylläpitoa. Escrow lausekkeen sisältämissä sopimuksissa toisaalta osapuolten salassa pidettävää tietoa siirtyy kolmannelle osapuolelle jolloin tiedon menettämisen riskit kasvavat. Tämä lauseke ei aineistoni sopimuksissa ole käytössä kuin JIT 2007 ehdoissa.

5. Loppupäätelmät

Tutkimukseni perusteella ohjelmistotoimitusten sopimuksellisesta riskienhallinnassa on havaittavissa selviä painopistealueita. Näistä alueista voi myös päätellä alalle tyypillisimpiä riskejä, niihin on haluttu kiinnittää huomiota lähes kaikissa tarkastelemissani alan sopimuksissa. Yleisesti käytettyjen riskienhallinnan keinojen lisäksi, havaitsin aineistostani myös sopimustekniikoita, joilla voisi mielestäni kehittää alan sopimuskäytäntöjä ja sopimuspuolten liikesuhteita yleensä. Otan tässä esille myös näitä satunnaisesti esiintyneitä tekniikoita.

Kuten jo johdannossa mainitsin, niin immateriaalioikeudelliset riskit ovat alan yrityksille suuria. Tätä olettamaa puoltaa myös se, että niitä on pyritty sopimuksilla hallitsemaan varsin laajasti. Immateriaalioikeudellisia riskejä on tutkimukseni perusteella hallittu pääosin kohtalaisen perinteisin sopimusteknisin keinoin, vastuunrajoituksilla ja vastuunlaajennuksilla sekä tarkoitukseen sopivilla immateriaalioikeuksien jaoilla. Monissa tapauksissa vaikuttaa myös siltä, että paremmassa neuvotteluasemassa oleva sopimuspuoli pyrkii saamaan sopimuskohteeseen mahdollisimman laajat oikeudet¹⁶¹. Vaikka nämä oikeudet eivät olisi sopimuskohteen käyttötarkoituksen kannalta välttämättömät, niin laajemmilla oikeuksilla on liiketoiminnallisesti laajemmat käyttömahdollisuudet.

Tutkielman alussa en osannut suoraan olettaa toista hyvin tärkeitä riskienhallinnan aluetta, mikä kuitenkin tuli selvästi esille aineistosta. Aineistoni sopimuksissa käytettyjen lausekkeiden perusteella lähes kaikenlaisella tiedolla on ohjelmistoalan sopimussuhteissa hyvin suuri merkitys. Sopimuksissa tietoa on pyritty suojaamaan ja salaamaan monin eri tavoin. Käytettyjen lausekkeiden perusteella salassapidon

¹⁶¹ Tätä päättelyä tukee jo luvussa 4.3.2 toteamani oikeudenjaon epätasapainoisuus riippuen sopimuksen laatijasta. Aineistossani tilaajan sopimuksissa tilaaja on ollut vahvemmassa asemassa sopimusta tehtäessä. IT2000 ehtojen tapauksessa voitaneen kohtuudella olettaa, että niitä käytettäessä toimittaja on joko tiedollisesti tai muusta syystä, vahvemmassa asemassa kuin tilaaja. Tämä perustuu siihen, että ehdot vaikuttavat hyvin toimittajamyönteisiltä. Vahvassa neuvotteluasemassa oleva tilaaja tuskin suostuisi niiden käyttöön sellaisenaan.

merkitys on alalla verrattavissa immateriaalioikeuksien merkitykseen. Jälkikäteen ajateltuna tämä on hyvin loogista ja selvää. Immateriaalioikeudet kehittyvät arvokkaiksi juuri yrityksellä olevan tiedon ja tietotaidon avulla. Jopa jalostamaton tieto voi olla paljon arvokkaampaa kuin jo olemassa olevat immateriaalioikeudet, tietoon yleensä liittyvän potentiaalisen tuoton takia.

Riskejä tiedon suhteen on hallittu moninaisemmilla keinoilla kuin immateriaalioikeusriskejä. Monet erilaiset keinot voivat johtua siitä, että tiedolla on yrityksille monenlaista arvoa. Sillä voi olla negatiivista arvoa, jos sen paljastuminen tai vuotaminen olisi yritykselle haitallista, tai sen kilpailijoille hyödyllistä. Tiedon positiivinen arvo taas on ideoiden ja suunnitelmien odotettu tuotto. Sopimuksellisessa riskienhallinnassa salassapitoehtojen tiedon ilmaisukielto sopii paremmin negatiivisen ja käyttökielto positiivisen arvon aiheuttaman riskin hallintaan.

Salassapitoehtojen ja rajoittamattoman vahingonkorvausvastuun lisäksi, tietoon liittyvää riskiä on hallittu erilaisilla henkilöihin ja prosesseihin liittyvillä lausekkeilla. Rekrytointirajoitus on tästä selvä esimerkki, mutta myös mainitsemani projektin avainhenkilöiden nimeäminen vaikuttaa tietoriskiin. Henkilöiden sitominen vaikuttaa tilaajan tietoriskin hallintaan esimerkiksi tiedon suppeamman leviämisen kautta. Tilaajan riskienhallinnan kannalta positiivisena asiana on myös, alalla oleva tapa määrittellä toimitukseen liittyvää aineistoa ja toimitustapoja jo raamisopimuksissa. Virhevastuun laajennuksen lisäksi, nämä lausekkeet voivat myös laajentaa myyjän tiedon saantia. Riskien minimoimiseksi myös kaiken tarpeellisen tiedon saanti sopimussuhteessa on olennaista.

Kolmantena ohjelmistotoimitussopimusten riskienhallintakeinoista haluan ottaa esille toimitusvarmuutta ja yhteistyötä korostavat lausekkeet. Nämä liittyvät toisiinsa sikäli, että yhteistyön asteella ja osapuolten lojaliteetilla on todennäköinen vaikutus osapuolen sisäisen toiminnan priorisointiin. Hyvässä yhteistyösuhteessa toimitukset myös luultavammin tapahtuvat paremmin ajallaan. Viivästymisestä aiheutu-

vat sopimussakot kannustavat toimittajaa täsmällisempään toimintaan, mutta ovat myös tilaajan kannalta joustavia ja tehokkaita korvausinstrumentteja. Yhteistyötä voidaan korostaa pitkäaikaisilla sopimuksilla ja erilaisilla osapuolten vastuualueita selkeyttävillä lausekkeilla.

Toimittajan rajoitettua virhevastuuta ohjelmistotoimituksissa on pidetty kauppatapana. Ilmeisesti tätä rajoitetusta pidetään kuitenkin jossain määrin epäselvänä ja tai riskialttiina. Melkein kaikissa tarkastelemissani tilaajan laatimissa sopimuksissa, tämä virhevastuu on kauppataavasta poiketen siirretty toimittajalle täysimääräisenä. Luvussa 4.1.2 päädyin kuitenkin siihen päätelmään, että virhevastuu voi silti olla kauppataavan mukaista alennettua vastuuta, jos sopimuskohdetta ei ole sopimusaineistossa kuvailtu äärimmäisen tarkasti. Samoista tilaajan laatimista sopimuksista, missä virhevastuuta on teoriassa tiukennettu, löytyi myös monia pätevydeltään tukinnanvaraisia lausekkeita.

Vaikuttaakin siltä, että varsinkin kun osapuolen neuvotteluasema ohjelmistotoimituksissa on vahva, niin riskejä koitetaan hallita sopimuksella erittäin laajasti. Tämän kaltainen sopimustoiminta on mielestäni ristiriidassa edellä mainitun yhteistyöpyrkimyksen kanssa. Taustalla vaikuttaisi olevan hyvin liberalistinen sopimusideologia, missä päähuomio keskittyy potentiaalisten ongelmien juridisesti mahdollisimman edulliseen ratkaisuun¹⁶². Mielestäni tilaajan riskienhallinta ei tällöin toteudu parhaalla mahdollisella tavalla, koska juridisesti tiukkoja sopimusehtoja tehtäessä ei välttämättä kiinnitetä riittävää huomiota toisen osapuolen todelliseen kykyyn kantaa niistä syntyviä velvoitteita.

Sopimukselliseen riskienhallintaan on joissakin tutkimissani sopimuksissa kiinnitetty huomiota myös ennakoivalla tavalla. Osapuolta on sopimuslausekkeen avulla ohjattu toimintatapoihin, joilla voidaan pienentää riskien toteutumisen todennäköisyyttä. Ohjaus tapahtuu osapuolelle annettavalla positiivisella kannustimella. Toimies-

¹⁶² Kts esim. Nystén-Haarala 2002, 143

saan sopimuksessa kuvaillun mukaisesti, osapuoli voi esimerkiksi vapautua muuten sen kannettavina olevista vastuista. Tämä tapa voi hyvinkin olla riskienhallinnan kannalta erittäin tehokas. Myös luottamus toisen osapuolen toimintaan kasvaa, jos sen toimintatapoihin voidaan tällä tavalla vaikuttaa. Riskienhallinnasta tulee näin myös ennaltaehkäisevää, eikä vain vastuun toteutumisen seuraamuksiin keskittyvää.

Ohjelmistotoimitussopimukset ovat yleisesti ottaen suhteellisen laajoja. Niissä on paljon sellaisia lausekkeita, jotka eivät muuta vastuunjakoja dispositiivisesta normistosta. Laajaa sopimusta voi olla esimerkiksi helpompi käyttää eri maissa tehtäviin sopimuksiin. Merkittävämpänä asiana laajassa sopimuksessa pitäisin kuitenkin sen roolia informaation lähteenä. Kuvailevat ja ohjailevat lausekkeet parantavat myös juridiikkaa tuntemattoman henkilön edellytyksiä saada selvää sopimuksen koko sisällöstä. Lisäksi sopimuksiin on sisällytetty tulkintaa selkeyttäviä ja määrittäviä lausekkeita, mitkä vähentävät konfliktien todennäköisyyttä.

Laajat sopimukset voivat parhaimmillaan olla informaatioprosesseja, jotka ohjaavat osapuolten käytäntöjä. Hyvin toteutettuna tällainen sopimustyyli edesauttaa ennaltaehkäisevää riskienhallintaa ja pienentää vastuiden realisoitumisen todennäköisyyttä. Toisaalta hyvin laajoissa sopimuksissa on myös riskinsä. Laajasta sopimuksesta jää helpommin osia ilman tarpeellista huomiota, jolloin niiden antama informaatio ei leviä organisaatioihin. Tällöin jos toinen sopijapuoli luottaa toisen sisäistäneen sopimusinformaation omaan toimintaansa, niin osapuolten kokonaisvaltainen riskienhallinta itse asiassa huononee.

Toisena riskinä laajoissa ja käytäntöä ohjaavissa sopimuksissa on tulkintariski, jos osapuolet eivät käytännössä toimikaan sopimuksen mukaisesti. Tällöin vakiintunut käytäntö voi tulla vahvemaksi normiksi kuin sopimusteksti. Tämä voi muuttaa myös osapuolten vastuita. Angloamerikkalaiseen tapaan tehdyissä sopimuksissa sopimusasiakirjan merkitystä on korostettu käyttämällä Entire Agreement lausekkeita pienentämään tulkintariskiä.

Tulkintariskin pienentäminen on hyvin tuomioistuinkeskeinen tekniikka. Se ei edistä riskien ennakoimista, eikä ole joustava varsinkaan pitkäaikaisissa sopimuksissa, joissa osapuolten liikesuhde ja toimintaympäristö todennäköisesti elävät sopimus-suhteen aikana. Toisaalta tällä tavoin riskienhallintaa saadaan keskitettyä ja yhtenäistettyä yritystasolla, kun sopimuksen sisältöön ei sopimuksen voimassaoloaikana voida tilaus-toimitusketjussa vaikuttaa liian hajautetusti¹⁶³.

Sopimuksellinen riskienhallinta ei ole siis vain sopimusmallien ja juristien vastuulla. Ohjelmistotoimituksissa sopimuksenlaatijan osuus riskienhallintaan liittyy erityisesti sopimuskohteen määrittelyyn. Sopimukseen liitettävien ohjelmiston spesifikaatioiden on tilaajan kannalta syytä olla mahdollisimman tarkkoja, mutta myös toimivia ja hyvin suunniteltuja ratkaisuja. Varsinaisessa sopimusasiakirjassa käytetyt riskienhallintakeinot voivat olla hyödyttömiä mikäli toimitettavan tuotteen määritykset ovat puutteellisia. Tilaaja voi pahimmillaan saada täysin hyödyttömän tuotteen, vaikka toimittaja olisi toiminut täysin sopimuksen mukaisesti¹⁶⁴.

Salassapitosäännösten noudattaminen, immateriaalioikeudellisten riskien hallinta ja sopimuskohteen määritysten laatu ovat kaikki lopulta riippuvaisia yrityksen omista sisäisistä prosesseista. Sopimusten rooli informaation lähteenä korostuu alalla jatkuvasti. Jotta sopimuksellisesta riskienhallinnasta ja laajasta sopimusinformaatiosta olisi yritykselle hyötyä, niin sopimuksen sisältämä informaatio pitäisi sisäistää toiminnallisiksi riskienhallintaprosesseiksi. Sopimustoiminta olisi siis hyvä kytkeä selkeästi myös yritysten liiketoimintaprosesseihin, vain tällöin ennakoivasta sopimisesta on todella hyötyä liiketoiminnalle.

¹⁶³ Kts. Haapio 2002, 17-20. Tilaus-toimitusketjusta liittyen sopimukseen: Yhteen kauppatapahtumaan osallistuu lukuisia henkilöitä, jotka kaikki voivat vaikuttaa sopimuksen koko varsinaiseen sisältöön. Usean eri henkilöstöosaston osallisuus sopimuksen tekemisessä ja implementoinnissa lisää juridisia riskejä.

¹⁶⁴ Varsinkin tässä tapauksessa tulee esille liberaalisen ja sosiaalioikeudellisen sopimus ajattelun ero. Liberaalissa mallissa toimittajalla ei sopimusta kirjaimellisesti tulkiten ole vastuuta käyttökeltvottomasta tuotteesta, kun taas sosiaalioikeudellinen lojaliteettivelvoite voisi saattaa toimittajan vastuuseen myös sopimuksenmukaisesti toimittaessa. Liberaalisista ja sosiaalioikeudellisista periaatteista kts. esim. Nystén-Haarala 2002, 141-150.

5.1 Jatkotutkimuksen mahdollisuuksia

Tässä tutkimuksessa olen käsitellyt ohjelmistotoimituksia ja niistä tehtäviä sopimuksia vielä suhteellisen yleisellä tasolla. Olen saanut kartoitettua sopimuksissa käytetyt riskienhallintakeinot, avannut alan sopimusten erityispiirteitä sekä arvioinut niiden kehitysmahdollisuuksia, liittyen osapuolten kokonaisvaltaisen riskienhallinnan parantamiseen. Ohjelmistotoimituksiin liittyy juridisesti ongelmallisia piirteitä, kuten esimerkiksi virhevastuun laajuus. Kaikkien ongelmakohtien täysin tarkka analyysi tässä työssä ei kuitenkaan olisi ollut tarkoituksenmukaista eikä edes mahdollista.

Jatkotutkimusta ajatellen juridisia erityiskysymyksiäkin mielenkiintoisempänä pitäisin alan sopimuskäytäntöjen kehityksen tutkimista. Ohjelmistoteknologia on nopeasti kehittyvää. Lisäksi sopimuspuolilta vaaditaan suurta luottamusta toisiinsa. Alan sopimukset myös vanhentuvat teknologian ja toimintatapojen vanhentumisen myötä. Esimerkiksi Tutkimukseni aineistona olleet sopimukset eivät oikeustaloustieteellisesti ajatellen ole ideaaleja esimerkiksi avoimen lähdekoodin täyteen kaupalliseen käyttöön yritysten välisissä ohjelmistotoimituksissa. Myös kontrastit sopimusehdoissa ja toimijoiden liikesuhteiden käytännön toiminnassa voisivat antaa suuntaa sopimuskehityksen tarpeelle.

Lähteet

Kirjallisuus:

Aurejärvi, Erkki & Hemmo, Mika 1998. *Velvoiteoikeuden oppikirja* 2.painos. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä

Ettala, Juha 1987. *Riskienhallintastrategia*. Uudenmaan Kirjapaino Oy, Helsinki

Haapio, Helena 2002. *Jäikö jotain sopimatta?* Teoksessa Pohjonen, Soile (toim.) *Ennakoiva Sopiminen*. WSOY Lakitieto, Helsinki.

Hemmo, Mika 1999. Vuoden 2000 ongelma ja siviilioikeus. Teoksessa Kangas, Urpo (toim.) *Oikeustiede – Jurisprudentia XXXII: 1999*. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä

Hemmo, Mika 2002. *Vahingonkorvausoikeuden oppikirja*. WSOY Lakitieto, Helsinki

Hemmo, Mika 1997. *Sopimusoikeus I* 2.painos. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä

Hemmo, Mika 2003. *Sopimusoikeus II* 2.uudistettu painos. Talentum, Helsinki

Hemmo, Mika 2005. *Sopimusoikeus III*. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä.

Hietala, H. & Järvensivu, P. & Kaivanto, K. & Kyläkallio, K. 2004. *Yrityksen asiakirja- ja sopimusopas*. Karisto Oy, Hämeenlinna

Koulu, Risto 2003. *Immateriaalinen varallisuus konkurssissa*. WS Bookwell Oy, Porvoo

Mononen, Marko 2004, *Yritysten välinen tuotevastuu*. Talentum, Helsinki.

Nystén-Haarala, Soili 2002. *Kaukoviisas ennakoiva oikeusajattelu ja jälkiviisas tuomioistuinjuridiikka*. Teoksessa Pohjonen, Soile (toim.) *Ennakoiva Sopiminen*. WSOY Lakitieto, Helsinki.

Rahnasto, Ilkka 2001. *Salassapitosäännökset aineettomien oikeuksien täydentäjänä – keskeisimmät uudet konseptit sopimuksen laatijan kannalta*. Teoksessa Mylly, Tuomas (toim.) *Immateriaalioikeudet kansainvälisessä kaupassa*. Lakimiesliiton Kustannus Oy, Jyväskylä.

Saarnilehto, Ari 1996. *Vahingonkorvauslaki oikeuskäytännön valossa*. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku

Takki, Pekka 2002. *IT-sopimukset käytännön käsikirja*. Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä

Välimäki, Mikko 2005. *The Rise of Open Source Licensing*. Turre Publishing, Helsinki

Artikkelit:

Ali-Yrkkö, Jyrki & Martikainen Olli 2008. *Ohjelmistoalan nykytila Suomessa*. Elinkeinoelämän tutkimuslaitos, Helsinki

Cox, Trevor 2000. *Chaos versus uniformity: the divergent views of software in the International Community*.

Saatavissa, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/cox.html#ii>, 31.10.2007.

Laine, Juha & Välimäki Mikko 2004. *Vastuunrajoituksista kolmannen osapuolen immateriaalioikeusväitteille ohjelmistotoimituksissa*. Defensor Legis. 5/2004. 901-911

Huimala, Mikko & Pirttilä, Mikko 2004. *Teknologian Lisensoinnin Uudet Kilpailusäännöt*. Teoksessa Mylly, Tuomas & Saarnilehto Ari (toim.) *Teollisuus oikeudellisia Kirjoituksia VI*. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku

Paasto, Päivi 2004. *Absoluuttinen ja eksklusiivinen omistusoikeus : yhäkö käypä käsite*, Teoksessa *Lakimies 102 (2004)*. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki.

Rekola, Kimmo 2002. IT 2000 sopimusehdot vakiinnuttaneet asemansa Huomioi silti tarve sopia tapauskohtaisista ehdoista. *HETKY Helsingin Tietojenkäsittelyyhdistys ry:n jäsenlehti*. 2002/2. 22-25

Hallituksen esitykset:

Hallituksen esitys eduskunnalle 1) laeiksi sopimattomasta menettelystä elinkeino-toiminnassa annetun lain 6 §:n ja 2) markkinatuomioistuimesta annetun lain 6 a §:n muuttamisesta (HE 9/1986).

Hallituksen esitys Laeiksi yksinoikeudesta integroidun piirin piirimalliin sekä tekijänoikeuslain, oikeudesta valokuvaan annetun lain ja patenti- ja rekisterihallituksesta annetun lain muuttamisesta (HE 161/1990).

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista (HE 162/1991).

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun 1 §:n muuttamisesta (HE 170/1997).

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi (HE 30/1998).

Muut:

COSS 15.5.2007, Lausunto ehdotuksesta uudistetuiksi valtion IT-hankintojen yleiseksi sopimusehdoiksi (VYSE 2007)

Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs

Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society

EU:n Komission asetus (EY) N:o 772/2004, annettu 27 päivänä huhtikuuta 2004, EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta teknologiansiirtosopimusten ryhmiin (KOM 772/2004)

EU:n komission direktiiviehdotus 2002/0047/COD tietokoneella toteutettujen keksintöjen patentoitavuudesta

EU:n komission tiedonanto, Suuntaviivat EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan soveltamisesta teknologiansiirtosopimuksiin, EYVL C 101, 27.4.2004

IT2000 Tietotekniikka-alan sopimusehdot. Keskuskauppakamari & Suomenlogistiikka yhdistys ry, Tietotekniikan Liitto ry, Tietotekniikan Palveluliitto TIPAL ry

JIT 2007 Julkisen hallinnon IT-hankintojen sopimusehdot (JIT 2007)

Kilpailuviraston suuntaviivat kilpailunrajoituslain 5 §:n soveltamisesta horisontaalisiin kilpailunrajoituksiin, Kilpailuvirasto 6.5.2004

Neuvoston direktiivi 91/250/ETY, annettu 14 päivänä toukokuuta 1991, tietokoneohjelmien oikeudellisesta suojasta.

Ohjelmistoyrittäjät ry, lausunto Valtion tietotekniikkahankintojen sopimusehtojen uudistamishanke VM039:00/2006

Saarenpää, Ahti. Lausunto VYSE-sopimusehtojen vahingonkorvausehdoista 10.6.2007. Valtion tietotekniikkahankintojen sopimusehtojen uudistamishanke, loppuraportin liite 3 A.

Talouselämä 7.3.2008. Muukkonen, Henrik. *Tieto-Enator ryssi tietoyhteiskunta-hankkeita*. www.talouselama.fi/ 7.3.2008

Tilastokeskus www.stat.fi 10.4.2008. Liike-elämän palvelujen tilinpäätöstiedot 2005-2006, toimiala 72: Tietojenkäsittelypalvelu.

Valtionvarainministeriö, Tiedote 100/2007; Julkisen sektorin IT-hankinnoille uudet sopimusehdot 8.10.2007

Wikipedia, Avoin Lähdekoodi.

Saatavissa, http://fi.wikipedia.org/wiki/Avoin_1%C3%A4hdekoodi, 29.12.2007

Wikipedia, Risk. Saatavissa en.wikipedia.org/wiki/Risk, 3.10.2007

YK:n Yleissopimus kansainvälistä tavaran kauppaa koskevista sopimuksista, (CISG), A:16.9.1988, SK:796/1988

Oikeustapaukset

Korkein oikeus

KKO 1962-II-80
24667/93

KKO 1971-II-2

KKO 1974-II-80

KKO 1984-II-43

KKO 1985-II-51

KKO 1985-II-58

KKO 1985-II-130

KKO 1991:11

KKO 1989:39

KKO 1997:4

KKO 1997:9

KKO 1997:181

KKO 2002:74

Saksalaiset tapaukset

LG München HKO 8.2.1995

Liitteet

LIITE 1: IT2000 Yleiset sopimusehdot (YSE) ja Erityisehtoja asiakaskohtaisen ohjelmiston toimittamisesta (EAT-liite).

LIITE 2: Julkisen hallinnon IT-hankintojen sopimusehdot (JIT 2007); Yleiset sopimusehdot 2007 (VYSE) ja Erityisehtoja tilaajan sovellushankinnoista (VTSE).