

OIKEUSTIEDE

JURISPRUDENTIA

XXXVII

2004

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN VUOSIKIRJA

Toimitusneuvosto

Pekka Vihervuori, puheenjohtaja

Antti Jokela

Matti Ilmari Niemi

Pekka Timonen

Toimittaja

Leena Halila

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300, f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© 2004 kirjoittajat ja Suomalainen Lakimiesyhdistys

ISSN 0355-8215

ISBN 951-855-238-X

ISBN 978-951-855-734-3 (verkkokirja)

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2004

Johanna Harsu

**DUE DILIGENCE
-TOIMEKSIANTO
JA ASIANAJAJAYHTIÖN
KORVAUSVASTUU**

Sisällys

1	JOHDANTO	49
1.1	Asianajotoiminnan vastuuriskeistä	49
1.2	Tutkimuksen kohde ja tutkimustehtävät	51
1.3	Tutkimustapa ja tutkielman rakenne	54
2	TARKASTELTAVASTA TOIMEKSIANTOTYYPISTÄ	56
2.1	Yrityskaupan kohteen ennakkotarkastuksen merkitys	56
2.2	Asianajajayhtiön rooli	62
2.3	Vastuusuhteiden täsmentäminen	63
3	TUOTTAMUS OIKEUSPERUSTEENA	66
3.1	Yleistä tuottamusvastuusta	66
3.2	Asianajajayhtiön huolellisuusvelvoitteita sääntelevä normisto .	67
3.2.1	Professiovastuu	67
3.2.2	Hyvä asianajajatapa	70
3.3	Tuottamuserviöinti due diligence -toimeksiannossa	74
3.3.1	Lähtökohtia	74
3.3.2	Vastuu tarkastusmenetelmien asianmukaisuudesta	78
3.3.3	Vastuu annetusta informaatiosta	85
3.4	Tuottamuksen asteen merkitys	93
4	VAHINGONKORVAUSVASTUUN MUUT EDELLYTYKSET	96
4.1	Korvattava vahinko	96
4.2	Syy-yhteysvaatimus	100
4.3	Vahingon ennakoitavuus	104
5	VASTUUSUHTEET	108
5.1	Vastuu omalle päämiehelle	108
5.1.1	Vastuu toimeksiantosuhteessa	108
5.1.2	Tuottamusta koskeva todistustaakka ja korvauksen määrä	110

5.2	Vastuu kolmannelle	112
5.2.1	Yleistä	112
5.2.2	Korvauksen edellytykset sopimuksen- ulkoisessa suhteessa	115
5.2.3	Sopimuksenkaltaisuus-argumentti ja kolmannen perusteltu luottamus	119
5.3	Vastuun jakautuminen usean korvausvelvollisen kesken	126
6	VASTUURISKIEN ENNAKOINTI	129
6.1	Toimimisvelvollisuuksien rajoittaminen toimeksiantosopimuksessa	129
6.2	Vastuunrajoituslausekkeet	132
6.3	Due diligence -raportin sanamuodot ja varaumat	136
7	KOKOAVIA NÄKÖKOHTIA	138
	LÄHTEET	141
	LYHENTEET	149
	DUE DILIGENCE ASSIGNMENT AND LIABILITY OF A LAW FIRM	150

Due diligence -toimeksianto ja asianajajayhtiön korvausvastuu

1 JOHDANTO

1.1 Asianajotoiminnan vastuuriiskeistä

Liikejuridisten asianajotoimeksiantojen hoitamiseen ovat viime vuosikymmeninä vaikuttaneet monet toimintaympäristöä muovaavat tekijät, kuten markkinoiden ja siten myös asiakaskunnan kansainvälistyminen sekä esimerkiksi kilpailu- ja arvopaperimarkkinaoikeuden harmonisointiyhteistyö Euroopan unionissa. Toimintaympäristön muutokset ovat asianajoalalla näkyneet liikejuridiikkaan erikoistuneiden toimistojen kasvuna ja toimeksiantojen hoitamiseen liittyvien riskien laajenemisena.¹ Asianajajan toimenkuvan monipuolistuminen etenkin liikejuridisissa toimeksiannoissa on saanut aikaan vastuutilanteita, joissa toimeksiannon virheelliseen toteuttamiseen liittyvä vahingonkorvausriski voi nousta määrältään huomattavan suureksi ja ylittää moninkertaisesti asianajajayhtiön vastuukyvyn. Tällaiset ylisuuren vastuuriikin tilanteet tulevat lähinnä kysymykseen suurten likeyritysten kanssa tehtävien laajojen toimeksiantosopimusten yhteydessä, jollaisia ovat esimerkiksi rajat ylittäviin yrityskauppoihin (*cross-border transactions*) ja pörssilistautumisiin liittyvät toimeksiantosopimukset. Mainitunlaiset toimeksiannot eivät kuulu perinteisen asianajotoiminnan ydinalaan.

Vastuukysymyksiin liittyy olennaisesti myös keskustelu mahdollisuudesta rajoittaa vastuuriiskejä; erilaisten vastuunrajoitusten käyttö näyttääkin lisääntyneen asiantuntijapalveluiloilla sekä kotimaassa että muualla. Laajojen tilintarkastusskandaalien vaikutukset ovat yhtäältä ilmenneet pyr-

¹ Ks. Halila – Hemmo 1996 s. 191 ja Asianajajatutkimus 2002 s. 6.

kimyksenä kiristää neuvonantajapalveluiden valvontaa² ja toisaalta myös asiantuntijaorganisaatioiden lisääntyneenä tarpeena ennakoida ja rajoittaa ylisuuren vahingonkorvausvelvollisuuden syntymistä. Oman lisänsä vastuukysymyksiin tuovat asianajajien ammattikunnan erityinen yhteiskunnallinen rooli ja ammattieettinen sääntely. Näitä kysymyksiä käsiteltiin myös Pohjoismaisessa lakimieskokouksessa Helsingissä elokuussa 2002, jolloin tuotiin esiin vastuunrajoituslausekkeiden perusteltavuus esimerkiksi due diligence -toimeksiannoissa. Perinteisesti vastuunrajoituslausekkeisiin on asianajotoiminnassa kuitenkin suhtauduttu torjuvasti.

Vastuukysymykset due diligence -toimeksiannoissa eivät ole jääneet akateemisen keskustelun tasolle Pohjoismaissakaan. Syksyllä 2002 ruotsalaista asianajotoimistoa uhkasi sadan miljoonan kruunun korvausvaatimus sen toteuttaman due diligence -tarkastuksen perusteella.³ Asianajotoimisto oli uutisten mukaan laiminlyönyt huomauttaa päämiehelleen yrityskaupan kohdeyhtiön liiketoiminnan kannalta olennaiseen sopimukseen sisältyneestä omistajanvaihdoslausekkeesta, jonka oikeusvaikutuksiin kyseisen sopimuksen vastapuoli vetosi yrityskaupan toteuduttua. Tällä oli huomattavan haitalliset taloudelliset vaikutukset kohdeyhtiön liiketoiminnalle, minkä vuoksi päämiehen todettiin harkinneen vahingonkorvausvaateen esittämistä asianajotoimistoa vastaan. Tämä ruotsalainen tapaus ei kuitenkaan ole johtanut oikeudenkäyntiin yleisissä tuomioistuimissa, mikä olisikin tällaisissa liike-elämän sopimusriidoissa harvinaista: riidat pyritään ratkaisemaan muissa kuin julkisissa menettelyissä. Näin ollen saatavilla ei ole oikeuskäytäntöä siitä, miten asianajajayhtiön vastuu määräytyy due diligence -toimeksiannossa pohjoismaisen oikeuden mukaan. Kuvattu tapaus joka tapauksessa osoittaa, että aihe on ajankohtainen myös täällä. Tapaus kysymyksenasetteluineen muodostaakin eräänlaisen kehysten tälle tutkielmalle.⁴

² Yhdysvalloissa Sarbanes-Oxley Actin säätäminen vuonna 2002 oli lainsäätäjän nopea reaktio Enron ja Worldcom -skandaaleihin. Laissa on otettu huomioon myös juridisten neuvonantajien vastuu (lain 307 § ”*professional responsibility for lawyers*”). Tästä myös *Patrick* 2003 s. 929–933. Myös Enron-skandaalissa osa ryhmäkanteista kohdistui Enronin käyttämiin ulkopuolisiin asianajotoimistoihin (Artikkeli ”*Leaning on the Lawyers*” osoitteessa <http://www.law.com/regionals/ca/stories/edt0411a.shtml>, viittauspäivä 10.11.2003).

³ Tiedot tapauksesta perustuvat ruotsalaisen *PointLex*-tietokannan uutisartikkeleihin (23.10., 24.10., 25.10., 5.11. ja 7.11.2002) osoitteessa: http://www.pointlex.se/pub/standard.asp?art_id=21528&iM=, viittauspäivä 23.10.2003.

⁴ Tapauksesta tarkemmin sivulla 64.

1.2 Tutkimuksen kohde ja tutkimustehtävät

Keskeisin kysymys, johon pyrin tutkielmassa vastaamaan, on se, millä edellytyksillä asianajajayhtiö voi joutua vahingonkorvausvastuuseen toteuttamansa yrityskaupan kohteen oikeudellisten ominaisuuksien ennakkotarkastukseen liittyvän *legal due diligence* -toimeksiannon (jäljempänä *due diligence* -toimeksianto) perusteella. Tällöin on otettava kantaa siihen, milloin asianajajayhtiön toimintaa tai laiminlyöntiä voidaan pitää tuotantumuksellisena ja *due diligence* -toimeksiannon suorittamista siten virheellisenä. Olennainen kysymys tutkielmassa onkin, mikä on profesiovastuun mukanaan tuoman huolellisuusvelvoitteen sisältö ja laajuus tällaisissa yrityskaupan kohteen ennakkotarkastukseen liittyvissä toimeksiannoissa.

Tutkielmassa on myös tarkoitus selvittää, keitä kohtaan asianajajayhtiö voi joutua vastuuseen. Tutkimus painottuu kuitenkin asianajajayhtiön vastuuseen omaa päämiestään kohtaan toimeksiantosopimussuhteessa. Käsiteltävässä tyyppitilanteessa vastuuseen vaaditun asianajajayhtiön päämies on *ostaja*, jonka neuvonantajana asianajajayhtiö on tehnyt yrityskaupan kohteen *due diligence* -tarkastuksen. Tutkielmassa otetaan kuitenkin myös erityiskysymyksenä lyhyesti kantaa siihen, millä edellytyksillä asianajajayhtiö voi joutua vastuuseen kolmatta tahoa kohtaan. Tutkimuksen yhtenä tarkoituksena on myös selvittää, miten asianajajayhtiö voi ennakolta varautua mahdollisen vastuun syntymiseen.

Tässä tutkielmassa tarkasteltavaksi toimeksiantotyyppiksi on valittu *due diligence* -toimeksianto erityisesti sen vuoksi, että toimeksiantoon liittyvä potentiaalinen korvausmäärä saattaa ylittää huomattavasti asianajajayhtiön vastuukyvyn. Tällaisissa toimeksiannoissa vastuunrajoitustarkastelu on mielekkäämpää kuin perinteisten asianajotoimeksiantojen yhteydessä, joissa vastuunrajoitukseen on suhtauduttu torjuvammin.⁵ Toinen erityispiirre valitussa toimeksiantotyyppissä on se, että sen sisältämä neuvonanto poikkeaa jossain määrin perinteisestä oikeudellisesta neuvonannosta ja asianajajan roolista oikeudenkäyntiasiamiehenä.⁶ Yrityskauppaprosessiin osallistuvat toimijat oletetaan tässä melko tasavertaisiksi, mutta myös mahdolliset pienyrittäjänäkökohdat otetaan tarvittaessa huomioon.⁷

⁵ Tästä esim. *Peltonen DL* 2001 s. 20–23.

⁶ Asianajotoimistojen roolia yrityskaupoissa kuvaa esimerkiksi Kauppalehden artikkeli 12.9.2003: ”Isojen asianajotoimistojen rooli yritysjärjestelyissä on muuttunut. Kun se aikaisemmin rajoittui pääosin lakiasioihin liittyviin lausunnonantoihin ja kauppakirjojen laatimiseen, on sen rooli nyt lähestynyt investointipankin työkuvaa.”

⁷ Asianajajayhtiön päämiehet eri yrityskauppajärjestelyissä voivat olla asiantuntumuksetaan taikka taloudellisilta resursseiltaan hyvin erilaisia: esim. suuri pörssi-yhtiö, teollinen sijoittaja, venture capital -sijoittaja tai pienyritys. Tarkastelussa on toki erilaisten toimijoiden osalta tällöin eroja.

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan due diligence -toimeksiantoa muusta yrityskaupaprosessista erillisenä toimeksiantona, vaikka käytännössä asianajajayhtiö toimiikin yleensä yrityskaupoissa ostajan neuvonantajana myös päätöksentekoa ja kauppakirjojen laatimista koskeissa asioissa, jolloin toimeksianto käsittää yrityskauppaan liittyvän neuvonannon kokonaisuutena. Tässä tarkastelun kohteena on kuitenkin vain se, onko asianajajayhtiö tarkastanut kaupan kohteen tarpeellisessa laajuudessa ja onko tarkastuksen tulokset raportoitu asianmukaisesti. Tutkielmassa ei sitä vastoin käsitellä sitä, miten due diligence -tarkastus olisi otettava huomioon kauppakirjan sopimusehdoissa ja esimerkiksi ns. takuiden ja vakuutusten (*representations and warranties*) laajuudessa.

Tutkimuskohdetta on lisäksi jo otsikkotasolla rajattu siten, että vastuubjektiksi on valittu asianajajayhtiö.⁸ Perustelen tätä rajausta ensinnäkin sillä, että oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa omaksutun kannan mukaan toimeksiantosopimus katsotaan tehdyksi päämiehen ja asianajajayhtiön välillä. Tämän vuoksi päämiestä kohtaan korvausvastuussa on ensisijaisesti asianajajayhtiö.⁹ Toinen perustelu tarkasteltavan vastuubjektin valintaan on käytännöllinen: due diligence -toimeksiannon hoitaa yleensä suurehko asianajajayhtiö, jolla on tähän kooltaan tarvittavat resurssit – yhden miehen praktiikka rajautuu tämän vuoksi tutkimuksen ulkopuolelle. Mahdollista yksittäisen luonnollisen henkilön korvausvastuuta sekä vastuun kanavoinnin merkitystä asianajajayhtiön työntekijöiden osalta ja osakkaiden välillä ei käsitellä tässä tutkimuksessa.¹⁰ Tutkimuksessa ei myöskään laajasti pohdita mahdollisia takautumiskysymyksiä tai sitä, kuka on epäonnistuneen yrityskaupan mahdollinen ensisijainen vastuubjektiksi.

Kolmas rajaus liittyy käsiteltävään vastuutyyppiin. Tutkielmassa käsiteltäväksi tulee vain asianajotoimiston siviilioikeudellinen vastuu, joka ilmenee asianajajan velvollisuutena suorittaa toimeksianto asianmukaisella ammattitaidolla ja huolellisuudella. Tutkimus kohdistuu erityisesti hyvän asianajajatavan sisällön määrittelyyn due diligence -toimeksiannossa.¹¹

⁸ Yleisessä kielenkäytössä asianajajayhtiöstä käytetään yleensä nimitystä ”asianajotoimisto”. Koska asianajajan *toimipaikasta* käytetään laissa nimitystä asianajotoimisto (AAL 11 § ja SAL:n sääntöjen 40 §) ja sanan ”asianajotoimisto” liittämistä osaksi toiminimeä on lisäksi erityissäännökset, käytän tässä tutkielmassa vastuubjektina ”asianajajayhtiötä”.

⁹ Ks. esim. *Peltonen DL 2001 s. 8* ja *Halila – Hemmo 1996 s. 194*.

¹⁰ Tältä osin viitataan *Peltosen* kirjoituksiin, joissa on käsitelty monipuolisesti asianajajan vastuukysymyksiä, esim. *Peltonen DL 2001 s. 5–16*.

¹¹ Ks. *Peltonen DL 2001 s. 4*.

Mikäli asianajaja ei täytä velvollisuuksiaan, sovellettavaksi voivat tulla siviilioikeudelliset seuraamukset, joihin kuuluvat palkkioon kohdistuva hinnanalennus sekä vahingonkorvausvastuu. Tutkielma kohdistuu erityisesti jälkimmäiseen.¹²

Jotta asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuus voisi syntyä edellytetään tuottamuksen ohella luonnollisesti myös vahingon syntymistä. Asianajotoimeksiantojen yhteydessä aiheutuneet vahingot ovat lähinnä varallisuusvahinkoja. Sopimusoikeudessa varallisuusvahinkojen korvaaminen on yleisesti hyväksytty, mutta sopimussuhteen ulkopuolella niiden korvaaminen on rajoitetumpaa. Tästä syystä näitä vastuumuotoja tarkastellaan tutkielmassa osittain erillisissä jaksoissaan. Vahingonkorvausvelvollisuuden syntyminen edellyttää lisäksi syy-yhteyttä yhtäältä tapahtuneen vahingon ja toisaalta siihen johtaneen teon tai laiminlyönnin välillä. Syy-yhteyksysymyksiä sekä korvauksen määrää käsitellään tässä tutkimuksessa kuitenkin suhteellisen yleisellä tasolla, sillä yksityiskohtaista oikeuskäytäntöä ei asiasta ole.

Koska due diligence -toimeksiannolla tarkoitetaan tässä tutkimuksessa ostajatahon toteuttamaa kaupan kohteen ennakkotarkastusta *yrityskaupan yhteydessä*, yrityskaupan käsitettä on myös syytä täsmentää. Yrityskaupan käsite on merkitykseltään laaja: se kattaa kaikki sopimus- tai muut järjestelyt, jotka kohdistuvat toimivan yrityksen tai liiketoiminnallisen kokonaisuuden omistukseen ja joiden seurauksena omistajalle kuuluva määräamisvalta siirtyy toisiin käsiin.¹³ Tässä tutkimuksessa yrityskaupalla tarkoitetaan sekä järjestelyä, jossa kaupan kohteena ovat yrityksen osakkeet tai osuudet (osakekauppa) taikka kohdeyrityksen liiketoiminta ja sitä palveleva omaisuus (nk. substanssikauppa). Tutkimuksessa ei kuitenkaan ole mahdollista käsitellä kattavasti due diligence -toimeksiannosta sellaisen järjestelyjen yhteydessä, joissa arvopaperimarkkinalaki yksityiskohtaisine sijoittajansuojaan liittyvää tiedonantovelvollisuutta koskevine sääntelyineen tulee sovellettavaksi. Tämän vuoksi tarkastelun ulkopuolelle on rajattu julkisesti noteerattujen yhtiöiden osakkeita koskeviin järjestelyihin

¹² Käytännössä vapaaehtoinen hinnanalennus lienee yleinen ja ensisijainen ratkaisu, koska liike-elämän riitaisuudet pyritään lähtökohtaisesti sopimaan. Tämä on erityisen tärkeää etenkin asiantuntijapalveluita tarjoaville yrityksille, joiden keskeisimpiä kilpailuvaltteja on hyvä ja luotettava imago.

¹³ Yrityskauppakäsitteen sisältö vaihtelee lainsäädännössä sen mukaan, minkä oikeudenalan näkökulmasta sitä arvioidaan. Tapahtuman juridiseen arviointiin tässä tutkimuksessa terminologinen ero ei lähtökohtaisesti vaikuta. Yrityskaupan käsitteestä esim. *Timonen* 1997 s. 6 ja *Immonen* 2000 s. 2.

liittyvät erityiskysymykset.¹⁴ Due diligence -tarkastustyypeistä pörssilistautumista edeltävä due diligence -tarkastus (*IPO due diligence*) sekä esimerkiksi myyjän tai kohdeyhtiön itse toteuttama due diligence -tarkastus (*vendor's due diligence*) on rajattu tämän tutkimuksen ulkopuolelle myös siksi, että tarkoituksensa lisäksi niihin liittyvät vastuurelaatiot poikkeavat tämän tutkimuksen tyyppitilanteesta.¹⁵

Vastuukysymysten lähempi tarkastelu on tässä rajattu koskemaan Suomen oikeutta. Sovellettavan lain määräytyminen luetaan oikeudenalajaottelun mukaan kansainväliseen yksityisoikeuteen, minkä vuoksi se ei lähtökohtaisesti kuulu tämän velvoiteoikeudellisen tutkielman alaan. Käytännössä tällainen tiukka oikeudenalajaottelu on harhaanjohtavaa: yritysjärjestelyiden osapuolet ovat yhä useammin eri valtioista, jolloin lainvalintaa koskevat kysymykset ovat hyvinkin olennaisia. Tämän tutkimuksen rajoissa ei kuitenkaan ole mahdollisuutta käsitellä lainvalintakysymyksiä. Perusoletuksena onkin, että due diligence -toimeksiannon toteuttaa suomalainen asianajajayhtiö, jonka toimintaa ja velvollisuuksia arvioidaan Suomen lainsäädännön perusteella. Lähtöolettamuksena on myös, että kaikkiin tarkasteltaviin oikeussuhteisiin sovelletaan tai on sovittu sovellettavan Suomen lakia.

1.3 Tutkimustapa ja tutkielman rakenne

Tutkielmassa käytettävä tutkimustapa on lainopillinen, toisin sanoen voimassa olevaa oikeutta systematisoiva ja tulkitseva. Lähtökohtana on Suomen oikeus ja erityisesti sen sopimus- ja velvoiteoikeudellinen normisto. Keskeisessä osassa on myös asianajo-oikeudellinen säännöstö, josta mainittakoon laki asianajajista (AAL, 12.12.1958/496) sekä Suomen Asianajajaliiton (SAL) säännöt ja ohjeet. Pelkkien säädöstekstien taikka lainsäätäjän tarkoitusta selventävien esitöiden pohjalta tutkimusongelmiin ei kuitenkaan saada suoraa vastausta. Argumentoinnin tukena käytetäänkin pohjoismaisessa oikeuskäytännössä ja -doktriinissa kehitettyjä neuvonantajan vastuuta koskevia periaatteita.¹⁶

¹⁴ Due diligence -tarkastuksissa voi ilmetä ongelmallisuuksia osakeyhtiöoikeudellisista, arvopaperimarkkinaoikeudellisista taikka kilpailuoikeudellisista syistä sen vuoksi, että käsiteltävä tieto yleensä liittyy yrityksen liikesalaisuuksiin ja sen ilmoittaminen vain jollekin joukolla voi olla laissa kiellettyä. Näihin erityiskysymyksiin ja mahdollisiin tiedonantovelvollisuuden laiminlyöntitilanteisiin, salassapitovelvollisuuden rikkomiseen liittyviin vastuutilanteisiin taikka osakkeenomistajien yhdenvertaisuutta koskeviin kysymyksiin ei tässä tutkimuksessa puututa.

¹⁵ Vahingonkorvausvastuusta listautumisen yhteydessä on kirjoittanut *Hidén* 2002.

¹⁶ Tutkielmassa otetaan huomioon myös muita aineettomia neuvonantajapalveluita tarjoavia asiantuntijoita koskevaa oikeuskäytäntöä. Näiden yhtäläisyyksistä ja analogiamahdollisuuksista asianajajatoimeksiantoon esim. *Hemmo* DL 1995 s. 569–570.

Omalajista lainsäädäntöä asianajajien saati yleensä asiantuntijoiden vastuusta ei ole, ja asiaa koskeva oikeuskäytäntökin on hajanaista. Tutkimuksessa käytetään siksi myös muita kuin perinteisiä lainopillisia kysymyksenasetteluja. Joihinkin esiin tuleviin kysymyksiin etsitään ratkaisua oikeusperiaatteiden ohella reaalisisistä argumenteista.¹⁷ Oikeuspoliittiset (reaaliset) argumentit ymmärretään tässä tutkielmassa yleisinä argumentteina, joiden avulla tarkastellaan eri ratkaisuvaihtoehtojen taloudellista tarkoituksenmukaisuutta eri intressitahojen kannalta.¹⁸

Varteenotettavia näkökulmia eritoten liike-elämän sopimus- ja vahingonkorvauskysymyksiin tuo myös oikeustaloustiede; law and economics -suuntaus onkin saanut jonkin verran sijaa myös pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa.¹⁹ Vaikka tämän tutkielman tarkoitus ei ole edustaa oikeustaloustieteellistä tutkimusotetta, saattavat taloustieteelliset argumentit kuitenkin täsmentää reaalista argumentointia.²⁰ Tällöin esiin tulevat tehokkuus- ja tarkoituksenmukaisuuskysymykset, jotka ilmenevät pohdintoina soveliaasta vastuunkantajasta sekä eri osapuolten mahdollisuudesta ennakoita riski.

Vaikka tutkielma on rajattu koskemaan Suomen oikeutta, ei tämä kuitenkaan merkitse sitä, että muita oikeusjärjestyksiä koskeva tarkastelu sivuutettaisiin. Argumentoinnissa otetaan huomioon ulkomaisessa oikeuskirjallisuudessa esiintuotuja näkökohtia. Puhdasta oikeusvertailua tutkielma ei kuitenkaan sisällä.²¹ Erityisesti pohjoismainen oikeus muodostaa kuitenkin tärkeän vertailukohteen Suomen oikeuden kannalta: asianajo-, vahingonkorvaus- ja sopimusoikeutemme ovat hyvin yhteneväisiä, minkä vuoksi muussa pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa esitetyt kannanotot

¹⁷ Edellä mainitut reaaliset, eli teleologiset argumentit kuuluvat *Aarnion* mukaan niin sanottuihin sallittuihin oikeuslähteisiin. *Aarnio* 1989 s. 220–221. Oikeusperiaatteita ja oikeuspoliittisia argumentteja on pidetty *Aarnion* nimeen yhdistetyn oikeuslähteopin mukaisesti sallittuina oikeuslähteinä. Ne eivät ole oikeudellisesti velvoittavia, mutta niihin saa vedota. Voidaan toki *Tuorin* tapaan myös katsoa, että kyse ei ole (itsenäisistä) oikeuslähteistä. Oikeuspoliittiset (reaaliset) argumentit ovat hänen mukaansa näkökohtia, joita käytetään oikeuslähteiden, kuten lainsäädännön, tulkinnaissa oikeuslähteiden antaman informaation täsmentämisessä. *Tuori* 2000 s. 175 ja 195.

¹⁸ Sopimusoikeudellisia argumentteja mm. lojaliteetti ja hyvä tapa, taloudellinen rationaalisuus sekä tarkoituksenmukainen vastuunjako. Näistä esim. *Hemmo* 2003a s. 57–59.

¹⁹ Tästä esim. *Hemmo* 2003a s. 24. Oikeustaloustieteen sisällä teoreettisten lähtökohtien kirjo on kuitenkin huomattava eikä talousteoria tarjoa yhtenäisiä perusoletuksia, joita sopimusoikeuteen voitaisiin yleisesti soveltaa.

²⁰ Ks. *Timonen* 1997 s. 119–130.

²¹ Oikeusvertailulla tarkoitetaan yleensä oikeusjärjestelmien välisten erojen syvällisempää analyysiä ja ymmärtämistä. Oikeusvertailun määrittelystä ks. esim. *Kiekkava* 2003.

ovat varauksin vartenotettavia myös täällä.²² Vertailu muihin oikeusjärjestyksiin on perusteltua myös sen vuoksi, että due diligence -toimeksiannot yrityskauppojen yhteydessä ovat tulleet osaksi suomalaista käytäntöä muualta, erityisesti common law -oikeuskulttuurista. Kansainvälinen näkökulma ilmenee myös asianajo-oikeudellisessa tarkastelussa: asianajo-oikeudellinen säännöstö ja periaatteet ovat maailmanlaajuisesti hyvin yhteneväisiä.²³ Due diligence -toimeksiannon tarkempaa sisältöä ja käytänteitä on tutkittu myös erityisesti asiantuntijahaastatteluin sekä tutustumalla saatavilla oleviin due diligence -tarkastuslistoihin ja -raportteihin.

2 TARKASTELTAVASTA TOIMEKSIANTOTYYPISTÄ

2.1 Yrityskaupan kohteen ennakkotarkastuksen merkitys

Yrityskaupoilla ja muilla yritysjärjestelyillä muokataan yrityksen omistusrakennetta ja sen toimintaa. Yritysjärjestelyille on hyvin erilaisia syitä ja tavoitteita.²⁴ Liiketaloudellisilla ehdoilla ja periaatteilla toteutetussa kaupassa molempien osapuolten suurimmat odotukset kohdistuvat kuitenkin useimmiten kauppahintaan: myyjä haluaa mahdollisimman korkean hinnan omaisuudestaan kun taas ostaja vastaavasti haluaa kaupan kohteen mahdollisimman edullisesti. Yrityksen lopullinen kauppahinta määräytyy myyjän ja ostajan neuvottelujen perusteella. Neuvottelujen lähtökohdaksi on molempien osapuolten määriteltävä kaupan kohteen arvo.²⁵ Tässä arvonmäärityksessä yleensä ulkopuolisten asiantuntijoiden toteuttamat due diligence -tarkastukset ovat keskeisessä asemassa.²⁶ Tarkastusten perusteella laaditut yrityksen tilaa kuvaavat raportit muodostavat erään perustan kauppaneuvotteluille.

Due diligence on liike-elämässä vakiintunut termiksi, jolla yleensä tarkoitetaan suunnitellun yrityskaupan ostajapuolen kohdeyhtiössä suoritta-

²² Pohjoismaisesta lainsäädäntöyhteistyöstä esim. *Hemmo* 2003a s. 43.

²³ Tästä esim. *Tarkka* DL 2001 s. 732–737.

²⁴ Yrityskauppojen tavoitteina mainitaan usein esimerkiksi kasvu, synergiaedut, kansainvälistyminen, laajentuminen uudelle toimialalle, rahoituksen uudelleenjärjestely, jne. Näistä esim. *Immonen* 2000 s. 10–13.

²⁵ Arvonmäärityksestä esim. *Blomquist ym.* 1997 s. 87–88 ja *Koivu – Myllymäki* 1999 s. 180–182.

²⁶ Tarkastuksilla on myös muita käytännöllisiä tavoitteita, kuten kohdeyrityksen tulevan haltuunoton valmistelu.

maa (ennakko)tarkastusta.²⁷ Due diligence -tarkastukset ovat tulleet käyttöön Suomessa 1980-luvulta alkaen sekä yrityskauppojen että arvopapereiden liikkeeseenlaskun yhteydessä. Oikeuskirjallisuudessa on arvioitu, että nykyisin ostajan yrityskaupan yhteydessä suorittama due diligence -tarkastus on vahva pääsääntö myös pohjoismaisissa yrityskaupoissa.²⁸ Käsite ”due diligence” voidaan sananmukaisesti suomentaa ”asianmukaisen huolellisesti”, mutta täälläkin ennakkotarkastusta yrityskaupassa kutsutaan yleisesti englanninkielisellä termillä due diligence.

Due diligence -tarkastukset ovat lähtöisin angloamerikkalaisesta rahoituskäytännöstä: ne perustuvat Yhdysvaltojen arvopaperilainsäädännön vastuunormeihin²⁹, joissa neuvonantajille on säädetty velvollisuus varmistua annettujen tietojen paikkansapitävyydestä riittävän huolellisesti, jotta nämä voisivat myöhemmin välttää toimeksiantojen hoitamiseen liittyvän vastuun. Huolellisuusvelvollisuutensa täyttääkseen neuvonantajat laativat raporteja tekemistään tarkastuksista. Näillä raporteilla voidaan osoittaa, että riittävää huolellisuutta on noudatettu. Ajan mittaan käytäntöä on ryhdytty soveltamaan myös muihin transaktioihin kuin listautumisanteihin.³⁰

Seuraavan sivun kuviossa 1 on havainnollistettu due diligence -tarkastuksen ajoittuminen *yrityskauppaprosessissa*.³¹ Due diligence -tarkastus

²⁷ Kurkela – Ståhlberg DL 2001 s. 914. Yrityskaupan yhteydessä myyjä tekee usein oman due diligence

-tarkastuksensa. Tällaista tarkastusta kutsutaan nimellä *vendor's due diligence*. Tästä myös mm. Blomquist ym. 1997 s. 20 ja Wist – Oker-Blom – Pöntynen JFT 2001 s. 427.

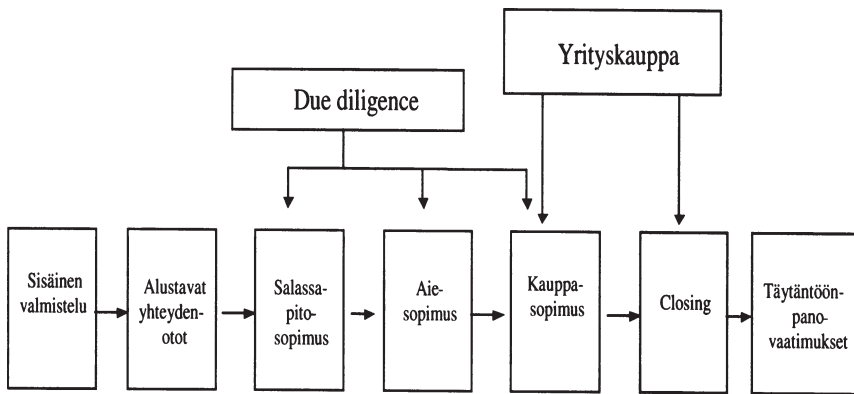
²⁸ Wist – Oker-Blom – Pöntynen JFT 2001 s. 426, samoin Kersby JT 1997 s. 143, Lindholm – Hakoranta DL 1997 s. 82 sekä Gustafsson 2001 s. 125.

²⁹ Mm. U.S. Securities Act 1933, Section 11. Ks. Myös Lindholm – Hakoranta DL 1997 s. 82 ja Black's 1990 s. 457, jossa käsite määritellään seuraavasti: ”such measure of prudence, activity, or assiduity, as is properly to be expected from, and ordinarily exercised by, a reasonable and prudent man under the particular circumstances; not measured by any absolute standard, but depending on the relative facts of the case.”

³⁰ Lindholm – Hakoranta DL 1997 s. 83. Yhdysvalloissa muilla kuin arvopaperin liikkeenlaskijalla on mahdollisuus vapautua Securities Act Section 11:n mukaisesta vastuusta osoittamalla noudattaneensa riittävää huolellisuutta (ns. *due diligence defence*). Tästä myös Hidén 2002 s. 176–181. Listautumisanteja edeltävää due diligenceä kutsutaan IPO (*Initial Public Offering*) due diligenceksi. Sen ensisijaisena tavoitteena on luoda perusta arvopaperin liikkeeseenlaskijan mahdollisuuksille täyttää hänelle AML:ssa säädetty tiedonantaja huolellisuusvelvoitteet. Muiden yritysjärjestelyiden, kuten osakekauppojen, liiketoimintakauppojen ja fuusioiden yhteydessä tarkastusta kutsutaan perinteiseksi M&A due diligenceksi. Eroavaisuudet tarkastustyyppien välillä näkyvät esimerkiksi siinä, kumpi osapuolista, myyjä vai ostaja, tekee tai teettää tarkastuksen. Lisäksi tiedonintressit ja käytettävät tietolähteet voivat erota. Jaotteluista esim. Syrjänen 2001 s. 96.

³¹ Kuvio on mukailtu Saanion 2003 luentomateriaalista s. 11.

on yksi vaihe yrityskauppasopimukseen tähtäävässä sopimuksentekotilanteessa, jolle on ominaista kaupan kohteeseen liittyvän tiedon suuri määrä ja tiedon jakaantuminen epätasaisesti myyjä- ja ostajatahon välille. Due diligence voi olla neuvottelujen taustalla aina ns. *closingiin* eli kaupan toteutumiseen saakka. Tarkastukset tehdään yleensä vaiheittain ja niiden laajuus perustuu lähtökohtaisesti yrityskaupan osapuolten – ostajan ja myyjän – väliseen sopimukseen. Käytännössä yrityskauppa- ja neuvottelutaktiikat saattavat kuitenkin johtaa siihen, että myyjä ei anna ostajan käyttöön heti kaikkea sovittua informaatiota, vaan luovuttaa osan vasta juuri ennen due diligence -tarkastukselle varatun ajan päättymistä, mikä saattaa vaikeuttaa ostajan tekemää tarkastusta ja tiedon analysointia.



Kuvio 1. Yrityskaupprosessi

Käytännön tilanteissa due diligence -tarkastuksissa onkin kyse eräänlaisesta pelistä, jota käydään tiedon disponoinnilla.³²

Lähtökohtaisesti due diligence -tarkastukset painottuvat yleensä yrityskaupan valmisteluun, minkä vuoksi tässä tutkimuksessa käsitteellä tarkoitetaan kaupan kohteen ennakkotarkastusta.³³ Tarkastuksessa kohdeyh-

³² Prusila 8.1.2004.

³³ Lindholm – Hakoranta DL 1997 s. 82. Koska due diligence -tarkastus merkitsee kohdeyritystä koskevien luottamuksellisten tietojen saattamista ostajan tietoon, myyjä pyrkii yleensä estämään due diligence -tarkastuksen ennen sitovan sopimuksen tekoa. Tällöin ostaja tyypillisesti vaatii kauppakirjaa allekirjoitettaessa (*signing*) tiettyjä erityisehtoja, joiden toteutuminen on edellytyksenä lopullisen kaupan toteutumiseksi (*closing*). Due diligence voi kohdistua myös kaupan toteutumisen jälkeiseen aikaan. Tämä voi olla välttämätöntäkin esimerkiksi silloin, kun yrityskaupan osapuolet ovat kilpailijoita. Due diligence voidaan myös suorittaa kaupanteon jälkeen, mikäli on sovittu, että joitain sopimuskohtia tarkastetaan due diligence -tutkimuksen tulosten perusteella. Tästä Kurkela – Ståhlberg DL 1997 s. 915.

tiön ominaisuuksia arvioidaan taloudellisesta, oikeudellisesta ja verotuksen näkökulmasta. Varsinkin suurissa yrityskaupoissa myös myyjä tekee kohdeyhtiöstä oman due diligence -tarkastuksensa mahdollisten myöhempien riitaisuuksien varalta, mutta tällainen myyjän toteuttama tarkastus on myös keino valmistautua kauppahintaneuvotteluihin sekä selvittää kaupan toteuttamisedellytykset esimerkiksi kilpailuoikeuden kannalta.³⁴ Kokonaistavoitteena due diligence -prosesseissa on varmistua siitä, että yrityskaupalla on mahdollista saavuttaa sille asetetut tavoitteet.³⁵ Due diligence -tarkastus tehdäänkin käytännössä päätöksenteon tueksi sekä yrityksen arvon määrittelemiseksi.³⁶

Sopimusoikeuden näkökulmasta ostajan yrityskaupan yhteydessä tekemä due diligence -tarkastus on perusteltu – ennen muuta ostajan selontoveltvollisuuden sekä myyjän tiedonantovelvollisuuden toteuttamiseksi. Nimenomaista yrityskaupan kohteen ennakkotarkastusvelvollisuutta ei kuitenkaan Suomen laissa ole eikä tällaisen vapaaehtoisen tarkastuksen oikeudellisesta merkityksestä ole lainsäädäntöä.³⁷ Due diligence -tarkastuksen merkitystä voidaan kuitenkin hahmottaa kauppalain (KL) dispositiivisten säännösten näkökulmasta, vaikka oikeuskirjallisuudessa onkin esitetty eriäviä kantoja siitä, sovelletaanko esimerkiksi osakkeiden kaupassa virhearvioinnin ja myyjän vastuun osalta kauppalakia vai velkakirjalakia.³⁸ Vallitseva oikeuskäytännönkin vahvistama kanta on kuitenkin se, että kauppalaki soveltuu myös osakekauppoihin. Sillä, onko järjestelyn kohteena osakkeet vai liiketoiminta, ei eroa siten ole KL:n virhearviointi-

³⁴ *Blomquist ym.* 2001 s. 20–29. Myyjä tekee usein oman due diligence -tutkimuksensa ennen kuin ostaja tarkastaa myyjän ostajalle kokoaman aineiston (*vendor's due diligence*). Yritysmyynti on usein järjestetty siten, että tarjousmenettelyn kautta haetaan ostajakandidaatit laatimalla näille erityinen tarjousesite (*information memorandum*) myytävästä kohteesta. Nämä ostajakandidaatit saavat tutustua myyjien valmistamaan aineistoon ns. data roomissa. Kun lopullinen ostajakandidaatti on valittu, tämä suorittaa yleensä oman täydentävän due diligence -tarkastuksensa.

³⁵ *Koivu – Myllymäki* 1999 s. 180.

³⁶ Ks. esim. *Pöyhönen* 2001 s. 74.

³⁷ Tästä *Lindholm – Hakoranta* DL 1997 s. 83–87. Oikeuskirjallisuudessa on käyty myös keskustelua siitä, ovatko due diligence -tarkastukset yrityskaupoissa tulleet kauppalain esitöissä tarkoitettulla tavalla kauppataivaksi (vrt. HE 93/1986 s. 65). Nimenomaista laissa säädettyä velvollisuutta kaupan kohteen tarkastukseen ei ole suurimmassa osassa muutaakaan oikeusjärjestyksiä. Vertailuja ovat tehneet esim. *Kersby* JT 1997 s. 147–150 sekä *Gustafsson* 2001 s. 125–149.

³⁸ Ks. erityisesti *Lindholm – Hakoranta* DL 1997 s. 75–92 sekä *Mäntysaaren* kommentit edelliseen 1997 s. 314–420.

pykälien näkökulmasta.³⁹

Ostajan korostunutta selonottovelvollisuutta yrityskaupoissa ei kuitenkaan ole johdettavissa suoraan kauppalaain säännöksistä. Oikeuskirjallisuudessa due diligence -tarkastuksen on katsottu merkitsevän vähintään sitä, että ostajan tosiasiaa katsotaan havainneen sen, mitä hänen kauppalaain mukaan *olisi pitänyt havaita*.⁴⁰ KL:n 20 §:n 1 momentin mukaan ostaja ei saa virheenä vedota seikkaan, josta hänen täytyy olettaa tietneen kauppaa tehtäessä. ”Tietoisuusvaatimusta” täsmennetään KL 20 §:n 2 momentissa seuraavasti:

”Jos ostaja on ennen kaupantekoa tarkastanut tavaran tai ilman hyväksyttävää syytä laiminlyönyt noudattaa myyjän kehotusta tarkastaa se, hän ei saa virheenä vedota seikkaan jonka hänen olisi pitänyt tarkastuksessa havaita, ellei myyjä ole menetellyt kunnianvastaisesti ja arvottomasti.”

Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, ettei ostaja voi virheenä vedota seikkoihin, jotka hänen olisi pitänyt havaita due diligence -tarkastuksessa. Tekemänsä due diligence -tarkastuksen perusteella ostajan katsotaan näin ollen hyväksyneen kaupan kohteen siltä osin, kuin ostaja on siihen perehtynyt taikka sen olisi tullut siihen perehtyä.⁴¹ Se, mitä ostajan olisi pitänyt havaita, arvioidaan tapauskohtaisesti ostajan yleisen aseman ja asiantuntemuksen perusteella. Jo asiantuntija-asema ankaroiittaa kauppalaain esitöiden mukaan selonottovelvollisuutta.⁴² KL 20 §:n esitöissä on lisäksi todettu, että pelkkä se tosiasia, että ostaja havaitsee virheen, ei kuitenkaan ole riittävä myyjän vastuun poissulkemiseksi. Merkitystä on lisäksi sillä, että ostaja ymmärtää virheen tosiasiallisen merkityksen kaupan toteutumisen kannalta.

Ostajan ennakkotarkastuksen ohella due diligence -tarkastusten päämääränä on myös myyjälle erityisesti KL 19 §:ään perustuvan *tiedonantovelvollisuuden toteuttaminen*, mikä tapahtuu ennen muuta luovuttamalla ostajan pyytämä due diligence -materiaali tämän käyttöön. Tämä voidaan myös toteuttaa kokoamalla ostajan tarkastettavaksi tarkoitettu aineisto tiettyyn tilaan (ns. *data room*), johon ostajalle neuvonantajineen myönnetään

³⁹ Kauppalaain soveltuvuus osakekauppoihin todettiin korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2001:35. Ks. myös *Hidén* 2002 s. 30. Sen sijaan esim. CISG:n 2 artiklan d-kohdassa osakekaupat on rajattu soveltamisalan ulkopuolelle, minkä vuoksi CISG soveltuu vain liike-toimintakauppaan.

⁴⁰ *Lindholm – Hakoranta* DL 1997 s. 91 ja *Blomquist ym.* 2001 s. 23.

⁴¹ *Lindholm – Hakoranta* DL 1997 s. 91.

⁴² HE 93/1986 s. 65

pääsy sovittuna ajankohtana. Tarkastusta täydennetään yleensä myös haastatteluin sekä lisäinformaatiopyynnöin. Mikäli ostaja ei tarkastuksessa havaitse jotakin seikkaa, tämä joutuu lähtökohtaisesti kärsimään tästä aiheutuneen vahingon. Näin ollen ennakkotarkastuksen sallimalla myyjä pyrkiikin tosiasiallisesti rajoittamaan virhevastuutaan. Tiedonantovelvollisuuden tehokas toteuttaminen edellyttää kuitenkin, ettei myyjä ole menetellyt kunnianvastaisesti ja arvottomasti.⁴³ Mitä laajemman ja perusteellisemmän tarkastusoikeuden ostaja saa, sitä rajoitetumpi on kuitenkin periaatteessa myyjän vastuu.⁴⁴ Selonottovelvollisuutensa laiminlyönyt ostaja ottaakin tietoisien riskien siitä, että kauppa sitoo häntä sellaisenaan mahdollisesta virheestä huolimatta. Ostajan selonottovelvollisuuden laiminlyönti on siten vaikutuksiltaan rinnastettava virheeseen, josta ostaja on ollut tietoinen sitoutuessaan sopimukseen.

Yrityskaupassa selonottovelvollisuuden arvioinnissa on lähdettävä siitä, että alaan ja yritysmaailmaan perehtyneet sopijakumppanit solmivat kaupan riittäviksi katsomiensa neuvottelujen jälkeen. Ostajan toteuttamalle kohdeyhtiön tarkastukselle voidaankin asettaa varsin korkeita vaatimuksia. Jos ostajalla ei ole kykyä arvioida kohdeyrityksen ominaisuuksia, on hänen lähtökohtaisesti turvaututtava asiantuntija-apuun suorittamassaan tarkastuksessa.⁴⁵ Yrityskaupan riskien minimoimiseksi ostaja lähes poikkeuksetta teettää asiantuntijoilla muun muassa oikeudellisen sekä taloudellisen tarkastuksen kohdeyhtiön tilasta.⁴⁶

⁴³ Kysymys tiedonantovelvollisuuden epätäydellisestä toteuttamisesta voi aktualisoitua esimerkiksi silloin, kun myyjä on koonnut data roomiin runsaasti myös sellaista materiaalia, jolla ei ole relevanssia yrityskaupan toteuttamisen kannalta. Mikäli tarkastukseen on käytettävissä vain lyhyt aika, tällainen materiaalin paljous saattaa olennaisesti vaikeuttaa ostajan toteuttamaa tarkastusta erityisesti silloin, kun materiaali on koottu epäjohtonmukaisesti. Myös esimerkiksi se, ettei myyjän data roomissa esillä olevista dokumenteista laatima luettelo vastaa todellista asiantilaa, voinee johtaa siihen, ettei myyjä voida katsoa täyttäneen tiedonantovelvollisuuttaan tehokkaalla tavalla. Näistä *Prusila* 8.1.2004.

⁴⁴ *Hakoranta – Lindholm* DL 1997 s. 84.

⁴⁵ Asiantuntijoiden käytöstä tarkastuksessa on hallituksen esityksessä kauppalaiksi (HE 93/1986 s. 65) todettu, ettei ostajan syyksi yleensä voida lukea niiden käyttämättä jättämistä. Koska merkittävässä yrityskaupoissa kuitenkin säännönmukaisesti käytetään ulkopuolisia asiantuntijoita, jää kysymys velvollisuudesta käyttää asiantuntijoita käytännössä koskemaan vain pienempiä yrityskauppoja.

⁴⁶ Yrityksen kohteen ennakkotarkastuksissa käytetään muun muassa investointipankkien, strategiakonsulttien, tilintarkastajien ja asianajajien palveluita. Tästä esim. *Blomquist ym.* 2001 s. 22. Yrityskaupan kohteen ennakkotarkastuksen eri osa-alueita kutsutaan *business, legal, financial, tax ja environmental due diligenceksi*.

2.2 Asianajajayhtiön rooli

Kaupan kohteen ”oikeudellinen” ennakkotarkastus (*legal due diligence*) on due diligence -tutkimusten keskeinen osa-alue, jonka suorittavat yleensä ostajan lukuun toimivat asianajajat tai muut lakimiehet.⁴⁷ Ostajan ennakkotarkastus kohdistuu pääasiallisesti sellaisten riskien ja vastuiden kartoittamiseen, jotka eivät ilmene kohdeyhtiöstä yleisesti saatavilla olevasta informaatiosta, kuten tilinpäätöstiedoista.⁴⁸ Legal due diligencessä tarkastetaan muun muassa yhtiöoikeudellinen dokumentaatio,⁴⁹ kohdeyrityksen sopimuskannat, kuten esimerkiksi työ- ja toimisopimukset,⁵⁰ vuokra-, toimitus-, edustus-, jakelu- ja jälleenmyyntisopimukset,⁵¹ vireillä olevat oikeudenkäynnit tai oikeudenkäyntien uhat, immateriaalioikeudet,⁵² ympäristöasiat, lupa-asiat, velat, vastuut ja saatavat sekä vakuutukset. Asianajajayhtiön tehtäviin due diligence -toimeksiannossa kuuluu sopimuksien analysointi, yrityskauppojen sisältämien riskien kartoittaminen sekä esimerkiksi oikeudenkäyntien seikkaperäinen tutkiminen. Tärkeä osuus analyysissä on riskin taloudellisen vaikutuksen hahmottaminen.⁵³

Due diligence -tarkastuksen ensisijainen tarkoitus onkin antaa ostajalle selkeä kuva kohdeyrityksestä ja sen arvosta sekä vähentää tuntemattomiin vastuisiin liittyvää riskiä. Ostajan due diligence -prosessi pitää sisällään kohdeyritystä koskevan aineiston keräämisen, sen analysoinnin sekä raportoinnin. Aineisto kerätään sekä julkisista lähteistä että kysymyslistoilla suoraan kohdeyrityksiltä. Käytännössä due diligence -tarkastus voi vaikuttaa yrityskaupan toteuttamispäätökseen, kauppahintaan, kaupan rakenteeseen, kauppaehtoihin ja myyjän takuiden ja vakuutusten sisältöön sekä myyjän ja ostajan väliseen riskien jakamiseen.⁵⁴

Tarkastusten ja aineiston analysoinnin perusteella laadittavan raportin kirjoittaminen ajoittuu yleensä due diligence -prosessin loppuun, mutta

⁴⁷ Kurkela – Ståhlberg DL 1997 s. 915.

⁴⁸ Tästä esim. Wist – Oker-Blom – Pöntynen JFT 2001 s. 426 ja Kurkela – Ståhlberg DL 2001 s. 915.

⁴⁹ Tästä mm. Blomquist ym. 2001 s. 83 ja Saanio 2003 s. 21.

⁵⁰ Ks. Blomquist ym. 2001 s. 85 ja Saanio 2003 s. 22–23.

⁵¹ Olennaisten sopimusten osalta tarkistetaan erityisesti se, rajoittavatko ne yhtiön tulevia hankkeita ja vaikuttaako esimerkiksi omistajanvaihdos sopimusten jatkuvuuteen (ns. *change of control* -lausekkeet, siirtokiellot ja purkuehdot). Tästä Blomquist ym. 2001 s. 84 ja Saanio 2003 s. 22–26.

⁵² Ks. Blomquist ym. 2001 s. 85 ja Saanio 2003 s. 22 ja 24.

⁵³ Samoin Koivu – Myllymäki 1999 s. 184–185.

⁵⁴ Blomquist ym. 2001s. 18–20. Ks. myös Lauriala 2001 s. 100–101 ja 147–149.

käytännössä päämiestä tiedotetaan olennaisista havainnosta tarkastusten ja neuvotteluiden edetessä. Raporttiin kirjataan tarkastetun aineiston lyhyt kuvaus sekä tärkeimmät havainnot. Raportissa keskeisintä on tiivistäminen, johtopäätösten tekeminen sekä toimenpidesuosituksen antaminen. Jokaisen tutkittavan osa-alueen kohdalla tulisi pohtia, mitkä ovat sellaisia seikkoja, jotka saattavat kaataa koko kaupan tai mitä ehdottomia tarpeita ja vaatimuksia ostajalla on kullekin toiminnolle sekä mikä niiden merkitys on jatkossa, mikäli yrityskauppa toteutuu.⁵⁵

Due diligence -raportit koostuvat käytännössä seuraavista osista: 1) toimeksiannon kuvaus; 2) tiivistelmä tärkeimmistä havainnoista (ns. *executive summary*); 3) itse raportti sekä 4) raportin liitteet⁵⁶. Jotta due diligence -tarkastus täyttäisi tavoitteensa, tarkastustyö suositellaan käytännössä priorisoitavaksi siten, että olennaiset transaktion ja sen tarkoituksen vaarantavat riskit kartoitetaan ensin.⁵⁷ Toisen havaintoryhmän muodostavat riskit ja puutteet, jotka olennaisesti vaikuttavat järjestelyn sopimusehtoihin. Kolmas havaintoryhmä on sellaiset riskit ja puutteet, jotka voidaan korjata ja joilla ei ole olennaista vaikutusta sopimuskokonaisuuteen.

2.3 Vastuusuhteiden täsmentäminen

Asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuus voi tulla edellä esitetyn perusteella kysymykseen silloin, kun väitetään, että sen toteuttaman due diligence -tarkastuksen ja siitä laaditun raportin perusteella yrityskaupan kohteesta on tehty virheellinen arvonmääritys. Kaupan kohde ei tällöin olekaan ollut sellainen, mitä raportin perusteella on ollut aihetta olettaa. Myyjä olisi toki ensisijainen vastuusubjekti vahingosta, joka aiheutuu sen vuoksi, ettei yrityskaupan kohde ole odotetunmukainen. Vaatimuksia ei kuitenkaan välttämättä voida esittää myyjä kohtaan: yrityskaupan kohteessa ei voida katsoa olevan virhettä esimerkiksi sen vuoksi, että ostajan olisi pitänyt havaita väitetty puute KL:n edellyttämällä tavalla tekemässään due diligence -tarkastuksessa. Tällöin ostajan voidaan katsoa hyväksyneen

⁵⁵ Saanio 2003 s. 33. Samoin Koivu – Myllymäki 1999 s. 183 ja Blomquist ym. 2001 s. 46–47.

⁵⁶ Toimeksiannon kuvauksesta esim. Blomquist ym. 2001 s. 46. Tiivistelmäosasta eli *executive summary*stä esim. Blomquist ym. 2001 s. 46. Tiivistelmän todetaan olevan usein ainoa dokumentti, jonka toimeksiantajalla on lukea perusteellisesti neuvotteluprosessin aikana. Tiivistelmässä listataan tärkeimmät havainnot ja annetaan niiden osalta toimintasuosituksia. Ks. Saanio 2003 s. 30.

⁵⁷ Ks. myös Blomquist ym. 2001 s. 19 Näitä kutsutaan ns. *deal breakereiksi* ja ne voivat estää kaupan syntymisen.

kaupan kohteen sellaisenaan.⁵⁸

Erityisesti silloin, kun ostaja ei voi kohdistaa vaatimuksiaan myyjään, herää kysymys, missä laajuudessa ostaja voi kompensoida kärsimäänsä tappiota (ylisuuri kauppahinta) kohdistamalla vaatimuksia huolimattomasti toimineeseen asianajajayhtiöön.⁵⁹ Ostajan näkökulmasta vahingonkorvausvaade on tällöin kytköksissä tämän käsitykseen siitä, että kaupan kohde on virheellinen. Mikäli vahingonkorvausta vaaditaan due diligence -toimeksiannon perusteella asianajajayhtiöltä, on vahingonkorvausvelvollisuuden aiheuttava syy kuitenkin *suoritusvirhe toimeksiannon toteuttamisessa*. Lähtöoletuksena tässä tutkielmassa onkin tällöin se, että väitetty yrityksen arvoon alentavasti vaikuttava seikka ”olisi pitänyt havaita” due diligence -tarkastuksessa. Tämä edellyttää käytännössä sitä, että seikkaa koskeva tieto olisi ollut tarkastajien saatavilla esimerkiksi datahuoneessa tai se on muutoin asianmukaisesti toimitettu ostajan ja tämän neuvonantajien käyttöön. Mikäli due diligence -toimeksiannon toteuttavalla asianajajayhtiöllä ei kuitenkaan ole ollut todellista mahdollisuutta tutustua tällaiseen tietoon tarkastusta tehdessään, ei asianajajayhtiön vastuu tule kysymykseen. Seuraavassa on täsmennetty tarkasteltava vastuutilanne ja kysymykset, joihin tutkimuksessa otetaan kantaa.

⁵⁸ Vrt. myös *Välimäki* DL 2000 s. 959–973, joka toteaa, että *asuntokaupoissa* sopimuksen ulkopuolisten tahojen merkitys on lisääntynyt, mikä on monipuolistanut kysymyksenasettelua myyjän tiedonanto- ja ostajan selonottovelvollisuuden välillä. Asiantuntijoiden lausunnot vaikuttavat usein ratkaisevasti kaupantekopäätökseen. Välimäki toteaa, että asianajajayhtiön käyttäminen saattaa laajentaa ostajan selonottovelvollisuutta kaventaen samalla piilevän virheen alaa. Tällainen kysymyksenasettelu on relevantti myös yrityskaupoissa, joissa ulkopuolisten asiantuntijoiden rooli on erityisen korostunut.

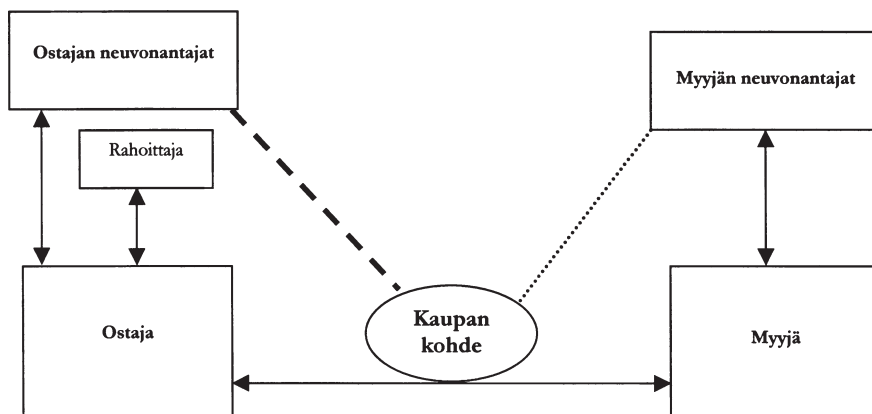
⁵⁹ Näin väitetään tapahtuneen johdannossa mainitussa tapauksessa. Tapaus liittyy norjalaisen Schibstedin vuonna 1998 toteuttamaan yrityskauppaan, jossa se hankki Svenska Dagbladetin. Schibstedin neuvonantajana yrityskaupassa toimi ruotsalainen asianajajayhtiö. Se ei ollut uutisten mukaan huomionnut due diligence -tarkastuksessa kilpailijoiden Svenska Dagbladetin ja Dagens Nyheterin välistä sopimusta näiden omistamasta Pressens Morgontjänst -jakeluyrityksestä. Sopimuksessa olleessa ns. *change of control* -lausekkeessa määrättiin, että mikäli Svenska Dagbladetin omistajuus vaihtuu, Dagens Nyheterillä on oikeus ostaa Svenska Dagbladetin osuus (20 %) Pressens Morgontjänstistä sopimuksessa määrättyllä hinnalla. Yrityskaupan jälkeen Dagens Nyheter *change of control* -lausekkeeseen vedoten hankki Svenska Dagbladetin osuuden osakkeiden nimellisarvosta eli artikkelin mukaan ”pilkkahinnalla”. Koska jakeluyritys oli huomattavan tärkeä Svenska Dagbladetin liiketoiminnalle, Dagens Nyheter myöntyi joulukuussa 2000 myymään puolet Pressens Morgontjänstin osakekannasta 97,5 miljoonan kruunulla Svenska Dagbladetille. (Point-Lex uutistietokannan 23.10., 24.10., 25.10., 5.11. ja 7.11.2002 julkaistut artikkelit, www.pointlex.se/pub/standard.asp?art_id=21528&iM=, viittauspäivä 23.10.2003).

TILANNE:

1. Asianajajayhtiö on tehnyt ostajan toimeksiannosta kaupan kohteen ennakkotarkastuksen;
2. Due diligence -raportissa väitetään annetun puutteellista tai virheellistä tietoa kaupan kohteesta; ja
3. Yrityskaupan kohteen taloudellinen tai oikeudellinen asema ei vastaa odotettua, jolloin ostaja arvioi maksaneensa siitä liian korkean hinnan.

KYSYMYKSET:

1. Voiko asianajajayhtiö joutua vastuuseen ja keitä kohtaan vastuu voi syntyä?
2. Millä perusteella vahingonkorvausvelvollisuus syntyy ja onko vastuun sisältö ja määrä sama vastuumuodosta riippumatta?
3. Miten aiheutunut vahinko määritellään ja miten asianajajayhtiön vastuun laajuus määräytyy?



Kuvio 2. Yrityskaupan valmisteluun ja toimeenpanoon osallistuvia

Yllä kuviossa 2 on kuvattu toimijoita, jotka osallistuvat yrityskaupan valmisteluun ja sen toteuttamiseen. Tässä tutkielmassa käsiteltävässä tyyppitilanteessa vastuuseen vaaditun asianajajayhtiön päämies on kohdeyrityksen ostaja, jonka neuvonantajana asianajajayhtiö on toteuttanut kaupan kohteen oikeudellisen ennakkotarkastuksen. Sopimussuhteita kuviossa on ensinnäkin myyjän ja potentiaalisen ostajan välillä: nämä sopivat keskenään due diligence -tarkastuksen toteuttamisesta ja laajuudesta.⁶⁰ Kaupan toteutuessa nämä sopivat myöhemmin varsinaisessa kauppakirjassa myös

⁶⁰ Kuviossa sopimussuhteita on kuvattu nuolin. Katkoviivat puolestaan kuvaavat neuvonantajien tekemiä due diligence -tarkastuksia.

due diligence -tarkastuksen merkityksestä ja kaupan kohteen muista ominaisuuksista. Tarkasteltavassa tilanteessa ostajan ja tämän neuvonantajien – kuten asianajajayhtiön – välillä on toimeksiantosopimussuhde. Asianajajayhtiön mahdollinen vastuu raporttiin luottanutta kolmatta, kuten raioittajaa, kohtaan on sen sijaan sopimussuhteen puuttumisen vuoksi deliktiperusteista.

3 TUOTTAMUS OIKEUSPERUSTEENA

3.1 Yleistä tuottamuvastuusta

Se, jolle on aiheutunut vahinkoa, joutuu aina lähtökohtaisesti kärsimään häntä kohdanneen vahingon, elleivät tietyt edellytykset täyty. Ensinnäkin edellytetään *oikeusperustetta* (tuottamus tai tahallisuus), johon vedoten vahinko voidaan siirtää jonkun toisen korvattavaksi. Toiseksi vastuun perusteena olevan teon ja *vahingon syntymisen* välisen suhteen, *syy-yhteyden*, tulee täyttää tietyt vaatimukset.⁶¹ Oikeusperustetta, korvattavaa vahinkoa, syy-yhteyttä ja adekvaattisuusvaatimusta koskevat kysymykset ovat relevantteja sekä sopimus- että sopimuksenulkoisessa vastuussa, minkä vuoksi niitä on seuraavissa jaksoissa 3 ja 4 tarkasteltu yhdessä.

Perusedellytys asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuudelle sekä sopimus- että sopimuksen- ulkoisessa suhteessa on, että asianajajayhtiön voidaan katsoa toimineen tuottamuksellisesti. Sopimussuhteessa tuottamus on todistelun kannalta presumoitua, sillä todistustaakka on tällöin pääsääntöisesti käännettyä (ns. ekskulpaatiovastuu). Tämä tarkoittaa sitä, että vahingonkorvausasiassa vastaajana olevan asianajajayhtiön tulee vastuun välttämiseksi osoittaa toimineensa huolellisesti toimeksiantoa toteuttaessaan ja kumota täten kantajapuolen väite oikeusperusteen olemassaolosta. Sopimuksenulkoisessa vahingonkorvausasiassa todistustaakka tuottamuksesta on sen sijaan pääsäännön mukaisesti vahingonkorvausta vaativalla kantajalla.⁶²

Toimeksiantosopimussuhteessa tuottamus ilmenee sopimusvelvoitteiden rikkomisena:⁶³ toimeksiantoa ei tällöin ole suoritettu riittävän huolellises-

⁶¹ Korvausvastuun perusedellytyksistä mm. *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 30–35.

⁶² *Lappalainen ym.* 2003 s. 559.

⁶³ Vastuu voi toki perustua myös *tahallisuuteen*, mutta selvät tahallisuustilanteet on rajattu tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

ti, minkä vuoksi siinä voidaan katsoa olevan virhe. Aineettomien neuvontapalvelujen kohdalla suorituksen asianmukaista täyttämistä ei yleensä voida erottaa velalliseen kohdistuvista huolellisuusvaatimuksista.⁶⁴ Näin on myös due diligence -toimeksiannon virheellisyyttä määritettäessä. Jos asianajajayhtiö on osoittanut riittävää huolellisuutta velvoitteidensa täyttämässä, suoritusvirhettä ei ole tapahtunut. Mikäli menettely on sen sijaan ollut huolimattomaa, vahingonkorvauksen edellytykset saattavat täytyä. Myös sopimukseenulkoisessa vastuutarkastelussa tuottamus on erityinen oikeusperuste, jonka nojalla vahingonkärsinyt voi vyöryttää vahingon toisen kannettavaksi.⁶⁵ Tuottamusarviointi onkin siten olennainen sekä sopimus- että sopimukseenulkoisessa suhteessa – arvioinnin tarkempi sisältö vaihtelee kuitenkin vastuumuodoittain.

Koska yhtenäistä neuvontapalveluita koskevaa lainsäädäntöä ei ole ja yleiset vastuunormit ovat sopimussuhteissa tältä osin rajoittuneet kauppa-kaaren 18 luvun melko ylimalkaisiin ”toimitsijoita ja asiamiehiä” koskeviin oikeusohjeisiin, on neuvonantajien vastuuta ja tuottamusta määritettäessä turvaututtava ensisijaisesti oikeuskäytäntöön ja yleisiin oikeusperiaatteisiin.⁶⁶ Neuvonantajapalveluita koskevan pohjoismaisen doktriinin mukaan asianajajayhtiön tuottamusta ja huolellisuusvelvoitteita voidaan arvioida ensinnäkin ns. *professiovastuun* näkökulmasta.⁶⁷ Lisäksi asianajajien professiota ammattikuntaa koskee myös alan oma eettinen normisto, *hyvä asianajajatapa*.

3.2 Asianajajayhtiön huolellisuusvelvoitteita sääntelevä normisto

3.2.1 *Professiovastuu*

Asianajajien, kuten myös lukuisien muidenkin erityisalojen ammattilaisten toiminnassa heijastuu aseman mukanaan tuoma korotetun huolellisuuden vaatimus.⁶⁸ Tätä on oikeustieteessä kuvattu käsitteellä *professiovas-*

⁶⁴ Tästä esim. *Hemmo* 1997 s. 183.

⁶⁵ *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 37–38. Tässä tutkimuksessa käsitteitä huolimattomuus ja tuottamus käytetään rinnan.

⁶⁶ Ks. *Halila – Hemmo* 1996 s. 152–153. Tilanne on samanlainen myös Ruotsissa, ks. *SOU* 2002:41 s. 32–33.

⁶⁷ *Professiovastuusta* ks. myös tilintarkastajan vastuuta oikeustaloustieteen näkökulmasta tutkinut *Aspholm* 2002 s. 38–39.

⁶⁸ Asianajajien ammattikuntaa muistuttavia professioita ovat esimerkiksi tilintarkastajien, konsulttien ja kiinteistönvälittäjien ammattikunnat. Näistä esim. *Jørgensen* 2001 s. 8–9, samoin *Hemmo* DL 1995 s. 569–570.

tuu. Huolellisuusarviointia korottavat erityisasiantuntijan tiedot ja taidot sekä tämän riskinarviointikyky.⁶⁹ Myös oikeuskäytännössä asiantuntijuus on mainittu huolellisuusvelvoitteita lisääväksi perusteeksi.⁷⁰ Vaatimukset ovat tällöin korkeammat kuin määrittelemätöntä ihmisryhmää koskevissa tilanteissa. Näin ollen suhteellisen lievänkin tuottamuksen voidaan katsoa aiheuttavan asiantuntijan vastuun.⁷¹

Asianajajan vastuuta pidetään oikeuskirjallisuudessa professiovastuun eräänä alalajina, jonka erityispiirteitä ovat muun muassa erityisen oikeudellisen asiantuntemuksen vaatimus sekä päämiehen oikeus luottaa asianajajan ammattitaitoon. Luottamus perustuu asianajotoiminnan erityiseen julkiseen luonteeseen ja asianajajan asemaan asianajajaliiton hyväksymänä jäsenenä.⁷² Myös pohjoismaissa professio- ja neuvonantajavastuuta koskevassa doktriinissa on korostettu asiantuntija-aseman mukanaan tuomaa luottamusta.⁷³ Luottamukseen on viitattu myös oikeuskäytännössä esimerkiksi korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 1992:44:

”A on siten esiintynyt julkista luottamusta herättävässä asemassa, mutta jättänyt riittävästi noudattamatta tuon luottamuksen perusteena olevaa asianajajan tunnollisuutta ja tehtävänsä vaatimaa tasapuolisuutta.”

Tapauksessa oli kyse sopimussuhteen ulkopuolisesta vastuusta, jolloin tarkasteltavana olivat VahL 5:1 mukaiset ”erityisen painavat syyt”. Niiden olemassaoloa perusteltiin tapauksessa asianajajan asemalla ja sillä, että asianajajalla on Suomen Asianajajaliiton sääntöjen mukaan erityinen velvollisuus toimia tunnollisesti.⁷⁴ Erityiseen ammattitaitoon perustuva tuottamusarvioinnin kiristyminen soveltuukin yhtä lailla sopimuksenulkoiseen kuin

⁶⁹ Professiovastuusta (*professionsansvar*) esim. *Kruse* 1974 s. 7–12, *Jørgensen* 2001 s. 1–13, *Heuman* 1986 s. 22–24 ja *Kleineman SvJT* 1998 s. 188.

⁷⁰ Ks. uusimmasta oikeuskäytännöstä korkeimman perustelut tapauksessa KKO 2001:128, jossa korkein oikeus viittasi tilitoimistopalvelujen ja verokonsultoinnin ammattimaiseen harjoittamiseen ja siihen, mitä tilitoimiston olisi asiantuntijana toimeksiantoa hoitaessaan pitänyt havaita.

⁷¹ *Hemmo* 1998 s. 42–43. Samoin *SOU* 2002:41 s. 33. Ks. myös investointipankin huolellisuusvelvoitteista *Lauriala* 2001 s. 136–137.

⁷² *Wiklund* 1973 s. 1, *Heuman* 1986 s. 22 ja *Peltonen DL* 2001 s. 5.

⁷³ Ks. *Heuman* 1987 s. 22–23.

⁷⁴ Tapauksesta esim. *Hemmo* 1998 s. 74. Luottamusperiaatetta osittain vastaavasta anglo-amerikkalaisesta käsitteestä ”*fiduciary duty*” ks. esim. *Patrick* 2003 s. 916. Yleensä tunnollisuus- ja lojaliteettivaatimukset liittyvät nimenomaan toimeksiantosuhteeseen, jolloin kolmanteen kohdistuva vastuu voidaan pyrkiä torjumaan päämieheen kohdistuvaan luottamusasemaan vedoten.

sopimusperusteiseenkin vastuuseen, sillä ankaroitettun tuottamusarvioinnin oikeuspoliittiset perustelut pätevät kummassakin vastuumuodossa.⁷⁵

Professiovastuun sisältöä on oikeuskirjallisuudessa hahmotettu apukäsittein. Erityisesti neuvontapalveluihin kuuluu pohjoismaisessa doktriinissa ensinnäkin työntulos- ja toimintavastuun erottelu:⁷⁶ neuvontapalveluja koskevien sopimusten onkin katsottu lähtökohtaisesti kuuluvan *työntekösopimukseen* eikä työntulosopimukseen. Tanskassa ja Ruotsissa erottelua on käytetty myös virallislähteissä; niihin viitattiin esimerkiksi ruotsalaisessa mietinnössä SOU 2002:41, joka koskee kuluttajille tarjottavia taloudellisia neuvonantajapalveluita.⁷⁷ Neuvonantajapalveludoktriinin mukaan neuvonantajien vastuun arvioimisessa ei yleensä ole lähtökohtana lopputuloksen tarkastelu (*ansvar för resultat*) vaan se, miten tehtävä on suoritettu. Näin myös asianajajan tuottamusvastuu on kuvattavissa toimintavastuuksi (*ansvar för metod och åtgärder*).⁷⁸ Pelkkä neuvon virheellisyys tai toivotun tuloksen saavuttamatta jättäminen ei välttämättä ole sopimusrikkomus. Sen sijaan asianmukaisesta työprosessista poikkeaminen voi ylittää tuottamuskyynnyksen.⁷⁹ Pohjoismaisessa doktriinissa tätä kuvataan käsitteellä ”metodivastuu” (*metodansvar*).

Edellä mainitun metodivastuun lisäksi ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa on erotettu asiantuntijan ns. informaatiovastuu (*”informationsansvar”*) sekä siihen sisältyvä ns. pedagoginen vastuu (*”den pedagogiska plikten”*).⁸⁰ Esimerkiksi asianajaja voi joissakin tapauksissa joutua vahingonkorvausvastuuseen siitä huolimatta, ettei hän ole suorittanut itse toimeksiantoa huolimattomasti. Mikäli asianajaja on antanut juridiset neuvonsa siten muotoiltuina, että päämies on ymmärtänyt annetun ohjeen sisällön väärin ja tehnyt epäselvien ohjeiden perusteella ”vääriä päätöksiä”,

⁷⁵ Hemmo 1998 s. 42. Samaan tapaan *Kivimäki* 1924 s. 72.

⁷⁶ Ks. esim. *Hemmo* 1998 s. 46–48.

⁷⁷ SOU 2002:41. Huomionarvoista ruotsalaisissa esitöissä on se, että niissä viitataan avoimesti oikeustieteessä kehitettyihin käsitteisiin; tässä mietinnössä viitataan erityisesti *Kleinemanin* kirjoituksiin. Suomessa vastaavanlainen avoin viittaaminen tieteisoppiin on virallislähteissä harvinaisempaa. Tanskassakin neuvonantajapalveluita on käsitelty mietintötsollalla (Rådgiverudvalget: Rådgiveransvar. Erhvervsministeriet (1998)). Tästä myös *Kleineman SvJT* 1998 s. 187.

⁷⁸ *Peltonen DL* 2001 s. 5. Tästä myös *Heuman* 1986 s.25. Metodivastuusta myös SOU 2002:41 s. 34–35 ja s. 60–61. Ks. myös *Saxén* 1995 s. 27.

⁷⁹ Ks. esim. *Mäntysaari DL* 2000 s. 246–269 verokonsultin vastuusta. Samasta yleisemmin *Saxén* 1995 s. 38–39.

⁸⁰ Tästä mm. SOU 2002:41 s. 32–39. Mietinnössä viitataan tältä osin myös *Kleinemaniin* (1998 s. 187).

asianajaja voi joutua vastuuseen päämiehelle näin aiheutuneesta vahingosta.⁸¹

Myös uudessa kotimaisessa oikeuskäytännössä on korostunut asiantuntijapalveluita tarjoavien aktiivisten *tiedonanto- ja neuvonantovelvollisuuksien vaatimukset*,⁸² jotka vastaavat sisällöltään edellä esitettyä ”informaatiovastuuta”. Asiantuntevammalla osapuolella on oikeuskäytännössä katsottu usein olevan velvollisuus antaa tarpeellisia tietoja esimerkiksi sopimukseen liittyvistä riskeistä. Tämän on myös varmistuttava siitä, että sopimuskumppani on ymmärtänyt sopimussuhteen kannalta olennaiset seikat. Toimeksiantajan oma asiantuntevuuskaan ei välttämättä vähennä tiedonantovelvollisuutta: onhan asiantuntijapalvelun käyttö jo sellaisenaan osoitus siitä, että toimeksiantaja katsoo palvelun tarjoajan itseään asiantuntevammaksi ja odottaa saavansa toimeksiannosta lisäarvoa.⁸³

Edellä professiovastuusta esitetty tarjoaa vain yleisiä suuntaviivoja asianajajayhtiön tuottamusta arvioitaessa. Olennainen kysymys on yleensä se, millaisella mittapuulla asianajajan velvollisuuksien sisältö tulee asettaa. Lähtökohtana oikeuskirjallisuudessa mainitaan yleensä objektiivisin kriteerein asetettu huolellisen keskivertoasianajajan vaatimustaso. Tällöin asianajajan suoritusta verrataan samaan ryhmään kuuluvien henkilöiden vastaavanlaisen toimeksiannon yhteydessä tekemiin suorituksiin.⁸⁴ Käytännössä edellä esitetyllä professiovastuulla tarkoitetaan asianajotoiminnassa sitä, että toimeksianto suoritetaan ammatillista standardia noudattaen.⁸⁵ Asianajajilla tämä huolellisuusvaatimus tarkoittaa ennen muuta *hyvän asianajajatavan* noudattamista.

3.2.2 Hyvä asianajajatapa

Asianajotoiminnan sisällöllisiä vaatimuksia ei ole määritelty lainsäädännössä yksityiskohtaisesti, vaan asianajajille on asetettu yleinen velvollisuus

⁸¹ *Heuman* 1987 s. 110–117. Samasta *Wiklund* 1973 s. 332–333 kappaleen 21.6 ”*Klara och rediga formuleringar*” alla.

⁸² Tällaisista sivuvelvoitteista ja niitä koskevasta oikeuskäytännöstä ks. esim. *Hemmo* 2001 s. 59–62 ja *Mäntysaari* DL 2000 s. 59–62.

⁸³ *Hemmo* 2003b s. 290–291.

⁸⁴ *Peltonen* 1994 s. 316 ja *Kruse* 1974 s. 9.

⁸⁵ Ks. esim. *Kruse* 1974 s. 9, *Heuman* 1986 s. 24, *Kleineman* SvJT 1998 s. 189. Samoin *Saxén* 1995 s. 80–81. Eri alojen erityissäätely vaikuttaa tuottamusarviointiin, esim. lakisääteisen tilintarkastajan on tässä ominaisuudessaan noudatettava hyvää tilintarkastustapaa. Ks. esim. *Aho – Vänskä* 1996 s. 81–110. Hyvään tilintarkastustapaan on tuottamusarviointissa viitattu myös KKO:n ratkaisussa KKO 1997:103. Vastaavasti kiinteistönvälittäjien vastuusta esim. *Jokimäki* 2001 s. 62–63.

suus noudattaa hyvää asianajotapaa. Asianajotoiminnan eettiset perusteet on kirjattu asianajajalain niin sanottuun yleissäännökseen (AAL 5.1 §), jonka mukaan asianajajan tulee rehellisesti ja tunnollisesti täyttää hänelle uskotut tehtävät sekä *kaikessa toiminnassa* noudattaa hyvää asianajajatapaa. Asianajotoiminnan ala on käytännössä tulkittu laajaksi, minkä vuoksi se käsittää lähtökohtaisesti myös yrityskauppakonsultoinnin.⁸⁶

Lainsäädännössä on vain muutamia täsmällisiä asianajotoimintaan liittyviä käyttäytymisnormeja. Edellä mainitun yleislausekkeen lisäksi asianajaja on Suomen Asianajajaliiton (SAL) sääntöjen 38 §:n mukaan velvollinen noudattamaan toiminnassaan liiton vahvistamia ohjeita. Hyvän asianajotavan vähimmäisvaatimukset onkin ilmaistu yleislausekkeen ohella myös *hyvää asianajotapaa koskevana ohjeina*.⁸⁷ Hyvä asianajotapa on oikeudellinen standardi kuten ”hyvä kauppatapa” ja ”hyvä vakuutustapa”. Se ei ole ennalta tarkasti määritelty, vaan yhteiskunnan mukana kehittyvä tapanormikokonaisuus.⁸⁸

Tapaohjeet saavat *Ylöstalon ja Tarkan* mukaan lisää painoarvoa siitä, että ne vastaavat suurilta osin muualla samanlaisen oikeuskulttuurin maissa vallitsevia vaatimuksia: asianajajaoikeudellinen säännöstö ja periaatteet ovatkin kansainvälisesti hyvin yhteneväisiä.⁸⁹ Yleisesti hyväksyttäviä ja laajalaisia asianajotoiminnan sääntöjä on laadittu myös kansainvälisesti. Näistä tärkeimpiä ovat International Bar Associationin (IBA) piirissä laaditut hyvää asianajajatapaa koskevat kansainväliset säännöt.⁹⁰ Nämä ovat kuitenkin suositusluontoisia säännöstöjä eikä niitä Suomessakaan ole erityisesti vahvistettu asianajajien noudatettavaksi. Sen sijaan Euroopan unionin asianajajaliittojen neuvoston (CCBE) Euroopan unionin asianajajien tapaohjeet sitovat suomalaisia asianajajia AAL 5 §:n 1 momentin yleissäännöksen ja SAL:n liittokokouksen päätöksen mukaisesti ETA:n alueella kansainvälisissä toimeksiannoissa.⁹¹ Ristiriitaisuus useiden sovellettavien tapaohjeiden välillä ratkaistaan lähtökohtaisesti ns. *ankarimman säännön periaatteella*.⁹²

⁸⁶ Ks. myös *Peltonen* 1994 s. 315 sekä myös *Halila – Hemmo* 1996 s. 193.

⁸⁷ Hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet (9.6.1972).

⁸⁸ Tästä mm. *Roschier-Holmberg* DL 1970 s. 505–506. Säännöt täsmentyvät SAL:n kurinpitolautakunnan ratkaisukäytännön myötä. Siten kurinpitopäätöksiä voidaan käyttää apuna arvioitaessa asianajajan vahingonkorvausvelvollisuutta. Tapaohjeet eivät kuitenkaan sääntele hyvää asianajajatapaa tyhjentäväsi.

⁸⁹ *Tarkka – Ylöstalo* 2001 s. 244. Ks. myös *Tarkka* DL 2001 s. 732–737.

⁹⁰ IBA:n ”Hyvää asianajajatapaa koskevat kansainväliset säännöt” ja IBA: General Principles of Ethics for Lawyers. Ks. myös *Halila H.* 1988 s. 33, 110 ja 220.

⁹¹ *Tarkka – Ylöstalo* 2000 s. 244–245.

⁹² *Tarkka* DL 2001 s. 734.

Hyvää asianajajatapaa koskeva yleislauseke (AAL 5.1 §) ei ole yleisluontoisuudestaan huolimatta vailla käytännöllistä merkitystä. Siinä on ilmaistu, millä tavalla asianajajan voidaan odottaa suhtautuvan tehtäviinsä ja miten hänen voidaan vaatia hoitavan ne. Asianajajalaista ilmenee *Ylöstalon* ja *Tarkan* mukaan myös se, että vaatimusten täyttämättä jättäminen ei ole vailla oikeudellisia seuraamuksia.⁹³ Vahingonkorvausoikeudelliseen ratkaisuun voivat heidän mukaansa vaikuttaa esimerkiksi asianajotehtävän erityislaatu sekä AAL 5 §:n 1 momentin velvoitteet. Niihin on myös nojaututtu oikeuskäytännössä. Tapaohjeet eivät kuitenkaan sido tuomioistuimia korvausvastuun edellytyksiä harkittaessa.⁹⁴

Hyvän asianajotavan vastainen menettely toimeksiantoa toteutettaessa voikin olla vahva indisio sopimusrikkomuksesta taikka deliktiperusteisesta tuottamuksesta. Esimerkiksi *Taxell* toteaaakin, että mikäli asianajaja on menettelyt vastoin tapaohjeisiin kirjattuja keskeisiä peruseriaatteita, ei varsinaista tuottamusarviointia tarvitse tehdä.⁹⁵ Tämä ei tarkoita sitä, että vahingonkorvausvastuu olisi tuottamuksesta riippumatonta.⁹⁶ *Halilan* ja *Hemmon* mukaan tapaohjeiden sivuuttaminen ei myöskään automaattisesti johda vahingonkorvausvastuuseen,⁹⁷ vaikka esimerkiksi *Routamo* ja *Ståhlberg* yksioikoisesti ja perusteluitta ovatkin todenneet, että tapaohjeen laiminlyönti johtaa korvausvastuuseen.⁹⁸ Tiukasti ottaen ammattikuntien eettiset normit, kuten hyvä asianajajatapa, kuuluvat kyllä oikeudelliseen vastuukenttään, sillä niiden rikkomiseen on liitetty oikeudellisia sanktioita. Eri asia on kuitenkin se, onko eettisen normin rikkomisen ja vahingonkorvausvelvollisuuden välillä välitön yhteys⁹⁹. Tuottamusarviointi on näet kurinpitomenettelyssä ja vahingonkorvausvelvollisuutta arvioitaessa erilainen. Vastuu on kurinpitomenettelyssä yleensä ankarampaa kuin tavanomainen tuottamustuu vahingonkorvausoikeudessa.¹⁰⁰

⁹³ *Tarkka – Ylöstalo* 2000 s. 81–82. Tätä lausumaansa he eivät kuitenkaan samassa yhteydessä tarkenna.

⁹⁴ *Peltonen* 1994 s. 315–316.

⁹⁵ *Taxell* 1993 s. 117. Samansuuntaisesti myös *Saxén* 1995 s. 26–27.

⁹⁶ Ks. *Hemmo* 1994 s. 250–251.

⁹⁷ *Halila – Hemmo* 1996 s. 202. Samoin myös *Heuman* 1987 s. 25. ”Ofta hävdas att begreppet god advokatssed är av betydelse för culpabedömning i skadeståndsmål. Någon absolut koppling anses dock inte föreligga.”

⁹⁸ *Routamo – Ståhlberg* 1995 s. 133.

⁹⁹ Ks. *Kleineman* NJM 1999 s. 444–445 ja *Haapanen* 2003 s. 21.

¹⁰⁰ Samanlaiset kysymyksenasettelut ovat relevantteja myös esim. urheilun eettisiä ohjeita sovellettaessa, ks. *Halila H.* DL 2003 s. 770 sekä journalistien eettisten ohjeiden osalta. Mikäli vahingonkorvausvelvollisuus perustetaan yhä useammin ammattikunnan eettisiin ohjeisiin, saattaa näillä ammattikunnilla olla kannustin muuttaa tapaohjeiden sisältöä löyhemmiksi.

Asianajajan hyvään asianajajatapaan perustuva siviilioikeudellinen vastuu ilmenee ensisijaisesti velvollisuutena suorittaa toimeksianto asianmukaisella ammattitaidolla ja huolellisuudella. Ensisijaiset velvoitteet ovat luonnollisesti suhteessa päämieheen: hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden 1 §:ssä todetaankin, että *asianajaja on velvollinen lakia ja hyvää asianajajatapaa noudattaen parhaan kykynsä mukaan valvomaan päämiehen oikeutta ja etua*. Asianajajatoimeksiannon laadullisia ominaisuuksia painotetaan myös tapaohjeiden 2 §:ssä, jossa todetaan, että asianajajan tulee *rehellisesti ja tunnollisesti* täyttää kaikki hänelle uskotut tehtävät.

Toimeksiannon suorittamista tapaa täsmennetään tapaohjeiden 22 §:ssä, jonka mukaan toimeksiannot on hoidettava *huolellisesti ja täsmällisesti ja tarpeellisella joutuisuudella sekä päämiehelle tarpeettomia kustannuksia aiheuttamatta*. Samassa yhteydessä vaaditaan myös, että *asianajajan antama lainopillinen neuvo on perustettava asian vaatimiin tutkimuksiin*.¹⁰¹ Tämän on niin ikään huolehdittava siitä, että hän kykenee suoriutumaan kaikista toimeksiannoistaan.¹⁰² Asianajajan vallassa onkin päättää, ottaako hän asianajotehtävän vastaan vai ei; tästä määrätään tapaohjeiden 11 §:ssä. Toimeksiantojen vastaanottamiseen liittyvästä asianajajien nimenomaisesta *torjuntavelvollisuudesta* on erikseen määrätty tapaohjeiden 13.2 §:ssä. Ohjeen mukaan asianajajan on torjuttava tehtävä, jos on olemassa jokin seikka, joka ilmeisesti estää asianajajaa vapaana sivuvaikutteista tai asian edellyttämällä joutuisuudella ja tarmolla valvomasta toimeksiantajan etuja. Aikapula sekä mahdolliset sivuvaikutteet aiheuttavat myös kansainvälisten tapaohjeiden mukaan torjumisvelvollisuuden.¹⁰³

Vaikka torjuntavelvollisuuden yhteydessä tapaohjeissa ei olekaan esitetty nimenomaista osaamisvaatimusta,¹⁰⁴ oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että asianajajan on torjuttava tarjottu toimeksianto myös silloin, mikäli hän on epävarma omista kyvyistään hoitaa se.¹⁰⁵ Esimerkiksi CCBE:n

¹⁰¹ Ks. myös CCBE:n tapaohjeiden 3.1.2-kohta: ”asianajajan tulee neuvoa ja edustaa päämiestään joutuisasti, huolellisesti ja ahkerasti.”

¹⁰² Halila – Hemmo 1996 s. 197.

¹⁰³ Nämä periaatteet ilmenevät myös kansainvälisistä hyvää asianajajatapaa koskevista koonoksista. Ks. esim. CCBE:n tapaohjeet 3.1.3-kohta. ”Asianajaja ei saa ottaa vastaan toimeksiantoa, jos hän ei muiden työtehtävien vuoksi ehdi sitä viivytyksittä hoitamaan.” ja samoin IBA:n *General principles for ethics of lawyers*, 10 kohta.

¹⁰⁴ Ks. Peltonen DL 2001 s. 6, joka pitää puutteena sitä, ettei tapaohjeissa ole tällaista vaatimusta.

¹⁰⁵ Heuman 1987 s. 22–24 ja Ylänkö 1985 s. 70. Ks. myös IBA:n hyvää asianajajatapaa koskevat kansainväliset säännöt, 4-ohjeen kolmas kappale: ”Sanotusta syystä asianajat menettelevät väärin, jos he ottavat hoitaakseen asian, jota he eivät voi hoitaa ... tarpeellisella pätevyydellä.”

tapaohjeiden 3.1.3-kohta sisältää tämän periaatteen: ”*Jos asianajaja tietää tai hänen pitäisi tietää, ettei hän kykene saamaansa tehtävää hoitamaan, hänen on siitä luovuttava tai ryhdyttävä yhteistyöhön sellaisen asianajajan kanssa, joka pystyy tehtävään.*” Jos sopimuksen täyttäminen edellyttää erityistaitoja, voi näiden ominaisuuksien puuttuminen aiheuttaa korvausvastuun syntymisen.

Asianajajan tietotaidosta ja osaamisesta voidaan AAL 3 §:n kelpoisuusvaatimuksiin perustuen yleisellä tasolla todeta, että hänen kuuluu tavanomaisissa toimeksiannoissa oikeustieteen kandidaatin tutkinnon aineopinnojen tason juridiikan hallitseminen. Tältä pohjalta asianajajan tutkimusvelvollisuus vaihtelee asian laadun ja merkityksen mukaan.¹⁰⁶ Oikeuskirjallisuudessa asianajajaosaamiseen on liitetty myös erityinen ”spesialistivastuu” (*specialistansvar*).¹⁰⁷ Tästä esimerkiksi *Ylänkö* toteaa, että mikäli asianajaja on maininnut tietyn oikeudenalan erityiseksi toimialakseen, tästä seuraa korostuneempi huolellisuusvelvoite: häneltä voidaan tällöin odottaa enemmän kuin tavalliselta erikoistumattomalta asianajajalta.¹⁰⁸

Kuten yllä esitetystä huomataan, asianajajan toimintaa ja huolellisuutta säättävät normit ja ohjeet ovat melko väljiä eikä yksityiskohtaista sääntelyä ole. Hyvää asianajajatapaa koskevat kirjoitetut normit eivät siten suoraan määrittele asianajajayhtiön huolellisuusvelvoitteen sisältöä *due diligence*-toimeksiannossa,¹⁰⁹ mutta jotain tulkinta-apua siitä voidaan saada arvioitaessa asianajajayhtiön tuottamusta.

3.3 Tuottamusarviointi *due diligence* -toimeksiannossa

3.3.1 Lähtökohtia

Käsiteltävässä toimeksiantotyyppissä asianajajayhtiön huolellisuusvelvoitteen tasoa kuvaa osaltaan jo yllä esitetty *due diligence* -käsitteen määritelmä.¹¹⁰ ”*Asianmukaisen huolellisesti*” on kuitenkin hyvän asianajajatavan lailla avoin määre, josta ei saa konkreettista tukea asianajajayhtiön tuotta-

¹⁰⁶ *Halila – Hemmo* 1996 s. 197.

¹⁰⁷ *Heuman* 1987 s. 88–94, samasta *Peltonen* DL 2001 s. 6 ja *Kleineman* SvJT 1998 s. 189.

¹⁰⁸ *Ylänkö* s. 1985 s. 69. Samoin myös *Kivimäki* 1924 s. 77 ja *Taxell* 1993 s. 98–99.

¹⁰⁹ *Kersby* JT 1997 s. 151.

¹¹⁰ Käsitteestä esim. *Haussila* 2002 s. 305. Arvopaperien liikkeeseenlaskun yhteydessä mahdolliset vastuussa olevat voivat virhevastuun välttääkseen vedota siihen, että he ovat noudattaneet toimissaan asianmukaista huolellisuutta (*due diligence*).

musarvioinnissa. Tuottamusarviointi ei olekaan palautettavissa miksiäkään laskukaavaksi: kunkin asianajotoimeksiannon sisältö ja vaikeusaste vaikuttavat sen arviointiin, onko asianajaja aiheuttanut vahingon tuottamuksellisesti.¹¹¹

Tuottamusarviointi varsinkin due diligence -toimeksiannon kaltaisessa immateriaalisia palveluja koskevassa toimeksiannossa on tarkan lainsäädännön ja oikeuskäytännön puuttuessa usein hankalaa. Lähtökohdaksi arvioinnissa voidaan ottaa se, että toimeksiannon suorittaa *juridiikan erityisasiantuntija* ja tuottamusarviointi koskee *virheellisiä tietoja* voimassa olevasta oikeudesta tai muusta asianajajayhtiö asiantuntemukseen kuuluvasta seikasta.¹¹² Due diligence -toimeksiannon hoidettavakseen ottavien asianajajayhtiöiden oletettaneen lähtökohtaisesti olevan spesialisteja alallaan,¹¹³ minkä vuoksi näiltä voidaan edellyttää erityistä taitoa. Näin ollen keskeinen arvioinnissa huomioonotettava seikka on myös edellä kuvattu *professionivastuu* sekä siihen liittyvä *luottamus* asianajajan ammattitaitoon.¹¹⁴ Tietyn asiantuntemuksen edellytyshän on myös vaikuttanut päämiehen päätökseen teettää due diligence -tarkastus asianajajayhtiöllä sen sijaan, että päämies olisi ryhtynyt tarkastustyöhön itse. Tämän lisäksi on otettava huomioon, että annetut tiedot otetaan *päätöksenteon perustaksi*:¹¹⁵ due diligence -raportti yleensä toimeksiantajan tukena yrityskauppaneuvotteiluissa.

Tuottamusarvioinnissa otetaan huomioon myös muita yleisiä näkökohtia, joilla on yleisesti merkitystä vastuutarkastelussa. Toimeksiantosuhteessa tällaisia seikkoja ovat esimerkiksi sopimusehtojen sisältö¹¹⁶ sekä palkkion suuruus.¹¹⁷ *Kersbyn* mielestä due diligence -toimeksiannoissa pelkästään

¹¹¹ *Heuman* 1987 s. 25. Tämä yksittäisen tapauksen olosuhteiden mukaan määräytyvä huolellisuus ja tarkkaavaisuus korostuu due diligence -käsitteen määrittelyssä myös anglosaksisissa maissa Vrt. U.S. Securities Act of 1933, Section 11:ssa annetaan due diligence defence -suoja sille, joka voi todistaa tehneensä sellaisen kohtuullisen tarkastuksen (*reasonable investigation*), jonka huolellinen mies suorittaisi hoitaessaan omaa omaisuuttaan ja hän ei tiennyt eikä hänen pitänytkään tietää annettujen tietojen virheellisyydestä.

¹¹² *Kersby* JT 1997 s. 155. *Kivimäki* 1924 s. 84 ja 173. Vaikka päämiehen oma korkea asiantuntemus ei lähtökohtaisesti vaikuta asiantuntijatoimeksisaajan tuottamusarviointiin, *Samuelssonin ja Sjøgaardin* (1993 s. 39) mukaan päämiehen *oma myötävaikutus* saattaa kuitenkin alentaa korvausmäärää.

¹¹³ *Kersby* JT 1997 s. 160–162.

¹¹⁴ *Kersby* JT 1997 s. 155. Ks. myös *Unger* NJM 2002 s. 571-586 ja *Tvede-Møller* NJM 1999 s. 159.

¹¹⁵ Tästä myös *Koivu – Myllymäki* 1999 s. 181.

¹¹⁶ Ks. esim. *Taxell* 1972 s. 95 ja *Saxén* 1995 s. 32. Myös erityiset toimiohjeet voivat määrittää vaadittavan huolellisuuden tasoa.

¹¹⁷ *Heuman* 1987 s. 13–18 ja 28–29. Samoin *Saxén* 1995 s. 30.

asianajajayhtiöiden yleinen palkkiotaso korottaa lähtökohtaisesti huolellisuusvelvoitetta. Myös verokonsultin vastuuta tutkinut *Mäntysaari* viittaa OikTL 6 §:n 2 momentista ja KL 19 §:n 1 momentin 3 kohdasta ilmeneviin periaatteisiin ja toteaa, ettei esimerkiksi verokonsultin työprosessi ole asianmukainen, jos se on olennaisesti huonompi kuin asiakkaalla palvelusta maksamansa hinta ja muut olosuhteet huomioon ottaen on ollut perusteltua aihetta edellyttää.¹¹⁸ Näillä perusteilla asianajajayhtiön huolellisuusvelvoitteet onkin yleensä asetettava korkealle due diligence -toimeksiantoa toteuttaessa.

Myös hyvän asianajajatavan vaatimukset korottavat huolellisuusvelvoitetta. Hyvä asianajajatapahan tulee noudatettavaksi myös due diligence -toimeksiannossa:¹¹⁹ asianajajien on lain mukaan noudatettava sitä *kaikesa toiminnassaan*. Due diligence -toimeksianto tosin eroaa perinteisemmistä juridisista toimeksiannoista siinä, että se saattaa sisältää varsinaisen oikeudellisen neuvonannon ohella myös kannanottoja, joiden voidaan katsoa olevan luonteeltaan liiketaloudellisia: kuten edellä jaksossa 2.2 on esitetty, asianajajayhtiön tulee joidenkin tehtyjen havaintojen perusteella arvioida riskin taloudellisia vaikutuksia sekä antaa päämiehelle toimintasuosituksia. Ulkoprosessuaalinen neuvontapalvelukin on kuitenkin *Wiklundin* mukaan selvästi asianajotoiminnan piiriin kuuluvaa, minkä vuoksi hyvä asianajajatapa tulee myös tällöin noudatettavaksi.¹²⁰ Toisaalta voidaan *Heumanin* tapaan todeta, etteivät tarkoituksenmukaisuuskannanotot ("*lämplighetsråd*") kuuluu asianajotoiminnan piiriin.¹²¹

Tätä mieltä on myös esimerkiksi *Mäntysaari*, joka toteaa, että asianajajan toiminnalle asetettavia vaatimuksia sovelletaan vain asianajajan "luontaiseen" toimintaan eikä asianajajan antamaan liiketaloudelliseen neuvontaan.¹²² Hän viittaa tässä yhteydessä myös *Kruseen*, joka on todennut, että: "*advokaten konsulteras således ikke her som egentlig sagkyndig, og ansvarsspørsmålet bør derfor bedømmes tilsvarende 'mildare'*".¹²³ Koska erilaiset yrityskauppoihin liittyvät toimeksiannot ovat keskeinen osa liikejuridiikkaan erikoistuneiden asianajotoimistojen palveluita, katson kuitenkin, että tässäkin toiminnassa on noudatettava hyvää asianajajatapaa. Lisäksi

¹¹⁸ *Kersby* JT 1997 s. 161–162. Ks. myös *Mäntysaari* DL 2000 s. 268.

¹¹⁹ *Kersby* JT 1997 s. 151.

¹²⁰ *Wiklund* 1974 s. 11.

¹²¹ *Heuman* 1987 s. 21. Ks. liiketoiminnallisten arviointien oikeudellisesta virhearvioinnista investointipankkien tarjoamien neuvontapalvelujen osalta *Lauriala* 2001 s. 139–141.

¹²² *Mäntysaari* DL 2000 s. 270.

¹²³ *Kruse* 1974 s. 67.

professionivastuun mukanaan tuoma korotettu huolellisuusvelvoite liittyy joka tapauksessa kaikkeen sellaiseen neuvonantoon, johon asianajajayhtiön voidaan perustellusti olettaa erikoistuneen. Eri asia on se, että kaikkien due diligence -raportissa esitettyjen kannanottojen osalta tiedon virheellisyyteen perustuvan korvausvastuun arviointi ei välttämättä ole yhtä ankaraa.¹²⁴ Asianajajan puoleen on käännytty nimenomaan oikeudellisten neuvojen saamiseksi, jolloin tuottamusarviointi koskee erityisasiantuntijan juridista eikä esimerkiksi liiketaloudellista tarkoituksenmukaisuutta koskevaa neuvonantoa.¹²⁵ Varsinainen liiketaloudellista päätöksentekoa koskeva riski lienee tässä suhteessa aina päämiehellä.¹²⁶ Lisäksi tuottamuksen astetta arvioitaessa voi arvioinnin ankaruudessa olla eroa myös sillä, vaaditaanko asianajajayhtiötä vastuuseen tämän antaman faktatiedon vai ko tämän ”näkemysten” ja mielipiteiden virheellisyydestä.¹²⁷

Neuvonantajapalveludoktriinin avulla hahmotettuna asianajajayhtiön huolellisuusvelvoite due diligence -toimeksiannossa voidaan nähdäkseni jakaa osiin. Kyse seuraavissa alajaksoissa 3.3.2–3.3.3 ei ole käsiteläinopista¹²⁸, vaan oikeusdoktriinissa kehitettyjä käsitteitä käytetään tässä tutkimuksessa asianajajayhtiön toiminta- ja huolellisuusvelvoitteiden sisällön hahmottamiseen ja ryhmittelyyn.¹²⁹ Tuottamus voi ilmetä: (i) ensinnäkin kohdeyhtiön ennakkotarkastusvaiheessa, jolloin tarkastelussa on käytettyjen työmenetelmien asianmukaisuus sekä tarkastuksen laajuus (ns. *metodivastuu*); taikka (ii) toisaalta tiedonanto- ja neuvontavelvollisuuk-

¹²⁴ Samansuuntaisesti liiketaloudellisesta neuvonannosta asianajotoiminnassa *Wiklund* 1974 s. 11.

¹²⁵ *Heuman* 1987 s. 21.

¹²⁶ Voitaneen katsoa, että asianajajalla on vastuu ilmoittaa päämiehelleen eri toimintavaihtoehtoihin liittyvistä riskeistä, mutta vastuu itse päätöksenteosta on kuitenkin viimekädessä aina päämiehellä. Oma erityiskysymyksensä tässä yhteydessä on lisäksi se, miten *due diligence* -raportin juridinen merkitys hahmotetaan. Ks. esim. *Unger* NJM 2002 s. 578: ”*due diligence -rapport kan innehålla inslag av rådgivning*”. Vrt. myös *Hemmo* 2001 s. 57–58, joka toteaa yleisesti, että dokumenttien sitovuusaste saatetaan ymmärtää eri kulttuureissa eri tavoin.

¹²⁷ Vrt. *Haapanen* 2003 s. 90, jonka mukaan pelkkä liiketoiminnallista päätöstä koskevan mielipiteen esittäminen ei yleensä johda *tilintarkastajan* vastuuseen. Ks. myös näkemystiedosta kiinteistöarviointitoiminnassa *Kasso* 2001 s. 568. Ks. myös *Ylänkö* 1985 s. 58, joka toteaa, että taloudellisiinkin seikkoihin liittyviä ohjeita antaessaan asianajajan on pitädyttävä neuvon antamisesta, ellei hänellä ole riittäviä edellytyksiä asian arvostelemiseen.

¹²⁸ Käsiteläinopista ks. esim. *Makkonen* 1998 s. 22–26.

¹²⁹ Asianajajan toimintavelvoitteita voidaan ryhmitellä monella tavalla, ks. esim. *Ylängön* jako toimintavelvoitteeksi kutsumaansa päävelvoitteeseen ja sivuvelvoitteisiin *Ylänkö* 1985 s. 39–41.

sien laiminlyöntinä tarkastusta koskevan raportin laatimisvaiheessa (ns. *informaatiovastuu ja siihen liittyvä pedagoginen vastuu*).

3.3.2 Vastuu tarkastusmenetelmien asianmukaisuudesta

Asianajajayhtiön ns. metodivastuuta tarkasteltaessa on huomiota kiinnitettävä erityisesti due diligence -toimeksiannon toteuttamisessa käytettyihin työmenetelmiin sekä tarkastuksen laajuuteen ja kohdentamiseen. Kuten edellä on esitetty, asianajotoimeksiannot on tapaohjeiden 22 §:n mukaan hoidettava huolellisesti, täsmällisesti ja tarpeellisella joutuisuudella sekä päämiehelle tarpeettomia kustannuksia aiheuttamatta. Lisäksi asianajajan lainopillinen neuvo on perustettava asian vaatimiin tutkimuksiin. Nämä kehykset määrittävät *asianajo-oikeudellisesta näkökulmasta* myös due diligence -toimeksiannon suorittamistapaa ja laajuutta. Käytännössä edellä mainittujen vaatimusten yhteensovittaminen saattaa kuitenkin osoittautua hankalaksi: huolellinen työ näyttäisi edellyttävän perinpohjaista tarkastusta, kun taas joutuisuus ja kustannusnäkökohdat sekä aikapula transaktion toteuttamisessa saattavat johtaa summaarisemman tarkastustavan valintaan.

Sopimusoikeudellisesta näkökulmasta due diligence -tarkastuksen laajuus on mitoitettava lähtökohtaisesti siten, että ostajan selonottovelvollisuus tulee asianmukaisesti toteutetuksi. Asianajajayhtiöhän ottaa käytännössä due diligence -toimeksiannolla vastatakseen ostajan selonottovelvollisuuden kaupan kohteen oikeudellisista ominaisuuksista. Asianajajayhtiön ”huolellinen toiminta” ja ”asian vaatimat tutkimukset” on due diligence -toimeksiannossa nähdäkseen suhteutettava siihen, mitä ostajalta voitaisiin edellyttää tämän selonottovelvollisuuden täyttämiseksi yrityskaupassa.

Kuten edellä jaksossa 2.1 on todettu, KL 20.2 §:n mukaan ostaja ei lähtökohtaisesti voi vedota virheenä seikkoihin, jotka hänen olisi pitänyt havaita tarkastuksessa. Ostajan erityisen korkea ammattitaito ja ymmärrys ostettavasta yrityksestä voivat laajentaa ostajan tarkastusvelvollisuutta ja ostajan voidaan tällöin helpommin edellyttää havaitsevan puutteet.¹³⁰ Koska asiantuntija-asema ankaroiittaa vakiintuneen oikeuskäytännön ja kauppailain esitöiden mukaan selonottovelvollisuutta, lienee asianajajayhtiön toteuttaman tarkastuksen laajuudelle asetettava lähtökohtaisesti korkeat vaatimukset. Asianajajayhtiön voidaan myös olettaa ymmärtävän tekemiensä havaintojen tosiasiallinen merkitys kauppailain esitöiden edellyttämällä

¹³⁰HE 93/1986 s. 65. Ks. myös *Hultmark* 1992 s. 184–185.

tavalla.¹³¹ Koska toimeksiannon vastaanottavan asianajajayhtiön edellytetään olevan perehtynyt liiketoimintaan ja alan juridiikkaan ja koska yritys-kauppaan liittyy huomattavia taloudellisia arvoja, asianajajayhtiöltä edellytetään varsin laajaa selonottovelvollisuutta.¹³²

Due diligence -tarkastusten laajuudelle ei kuitenkaan kansainvälisestikään ottaen ole määritettävissä mitään tiettyä standardia.¹³³ Käytännön lähtökohdan asianajajayhtiön toteuttaman tarkastuksen laajuudelle muodostaa kuitenkin aina se, mitä ostajan ja myyjän välillä on due diligencen laajuudesta sovittu ja mitä informaatiota myyjä tai kohdeyritys on valmis esittämään. Koska ostajataho usein suorittaa due diligence -tarkastuksen omasta aloitteestaan, saa ostaja neuvonantajineen suorittaa tarkastuksen haluamassaan laajuudessa saatavilla olevasta informaatiosta, jolloin nämä kantavat riskin tarkastuksensa kattavuudesta.¹³⁴

Tarkastuksen laajuuteen on oikeuskirjallisuudessa katsottu voivan vaikuttaa muun muassa yrityskaupan toteuttamistapa, virheiden todennäköisyys, kohdeyrityksen ominaisuudet ja koko, tarkastuksen toteuttamisen vaikeusaste, tarkastukseen käytettävissä oleva aika ja rahavarat sekä myyjän antamien takuiden ja vakuutusten kattavuus.¹³⁵ Tämän vuoksi tarkastuksen tekevien juristien olisi myös ymmärrettävä järjestelyn luonne ja yksityiskohdat, ostajan odotukset sekä kohteena olevalle liiketoiminnalle tyypilliset riskit ja kauppatavat, jotta tarkastus voidaan suorittaa asianmukaisessa laajuudessa ja oikeansisältöisenä.¹³⁶ Asianajajayhtiön toiminta voitaneen siten katsoa huolimattomaksi silloin, kun se ei ole selvittänyt edellä mainittuja seikkoja ennen tarkastukseen ryhtymistä.¹³⁷

¹³¹ HE 93/1986 s. 65.

¹³² Lindholm – Hakoranta DL 1997 s. 91. Vrt. myös Tilintarkastajien ”selonottovelvollisuus” apporttiomaisuuden maksamisesta tapauksessa KKO 2001:36: ”Tilintarkastajat ovat antaneet oman todistuksensa pyrkimättä millään tavoin ottamaan selvää siitä, oliko osakkeet luovutettu Instinct Oy:lle sen oikeuksia turvaavalla tavalla, hekin ovat kumpikin omalla tuottamuksellaan myötävaikuttaneet yhtiön kärsimän vahingon syntymiseen.” Tilintarkastajat tuomittiinkin osaltaan vastuullisiksi aiheutuneeseen 20 miljoonan markan vahinkoon.

¹³³ Blomquist ym. 2001 s. 25.

¹³⁴ Prusila 8.1.2004. Mikäli tarkastusta on kuitenkin estetty tai hankaloitettu ostajan neuvonantajista riippumattomista syistä, ei näiden voitane katsoa olevan vastuusta tällaisista syistä aiheutuneista virheistä.

¹³⁵ Lindholm – Hakoranta DL 1997 s. 91 ja 104; Schmitz 1996 s. 6 ja Baker – Jillson 1992 s. 16.

¹³⁶ Blomquist ym. 2001 s. 21 ja Saanio 2003 s. 9.

¹³⁷ Yleensä ennen due diligence -tarkastusta päämiehen kanssa neuvotellaan näistä seikoista. Ks. Saanio 2003 s. 13, joka toteaa, että aloituskokous asiakkaan kanssa on aina välttämätön. Samoin Blomquist ym. 2001 s. 20–21.

Käytännössä ostajaosapuolelle yrityskaupoissa asetettu laaja huolellisuus- ja tutkimisvelvollisuus ilmenee selonottovelvollisuutena *ainakin* sopimuksen tärkeistä ja keskeisistä yksityiskohdista sekä velvollisuutena tarkistaa tärkeimmät myyjän antamat perustiedot yrityksestä.¹³⁸ Tätä näkemystä tukee myös välitystuomio 22.4.1988 (puheenjohtaja Silkko, jäsenet Immonen ja Sivenius), jossa todettiin seuraavaa: ”*koska riidanalainen seikka oli kauppasopimuksen perin keskeinen kohde, sen sisällön selvittäminen on myös luonnostaan kuulunut ostajan selonottovelvollisuuden piiriin.*” Lisäksi erityisesti silloin, kun ostajataho havaitsee tarkastuksessa jotakin normaalista poikkeavaa tai edes epäilee jonkin ominaisuuden puutteellisuutta, hänellä on oikeuskirjallisuudessa katsottu olevan velvollisuus tutkia kyseistä seikkaa tarkemmin.¹³⁹ Samansuuntainen vaatimus oli esillä myös kiinteistönvälittäjän vastuuta koskeneessa KKO:n ratkaisussa 2001:121, jossa *ristiriitaiset tiedot* ostettavasta kohteesta saivat korkeimman oikeuden perustelujen mukaan aikaan asiantuntijan laajemman selonotto- sekä tiedonantovelvollisuuden.¹⁴⁰

Yrityskaupoissa kaupan kohteen moniulotteisuus sekä tarkastukseen käytettävissä olevan ajan rajallisuus saattavat kuitenkin usein johtaa vain pintapuoliseen tarkastukseen tai pistokokeina toteutettavaan tarkastukseen.¹⁴¹ Laaja selonottovelvollisuus ja asianajajayhtiön korotettu huolellisuusvelvoite tarkoittavat tuskin sitä, että *kaikki* saatavilla oleva materiaali tulisi tarkastaa kattavasti. Huolellisuutta arvioitaessa onkin erityisesti kiinnitettävä huomiota asianajajayhtiön metodeihin ja siihen, mihin erityiskysymyksiin tarkastus kohdistetaan.¹⁴² Samaan tapaan myös *Hellnerkin* toteaa asiantuntijan vastuun osalta yleisesti, että mikäli tämän toiminta vastaa sitä tasoa, mitä asiantuntijalta yleensä vastaavassa tilanteessa edellyte-

¹³⁸ Hultmark 1992 s. 183.

¹³⁹ Tästä Hultmark 1992 s. 182, samoin Blomquist ym. 2001 s. 22.

¹⁴⁰ Tapauksessa KKO 2001:121 (Ään. 3–2) kiinteistönvälittäjältä edellytettiin aktiivista selonotto- ja tiedonantovelvollisuutta rautatien rakentamista koskevan asemakaavan suhteen. Kiinteistönvälittäjä oli saanut asunto-osakeyhtiön isännöitsijältä alueen kaavoitustilannetta koskevia tietoja, jotka olivat ristiriidassa viranomaisen kaavoitustilanteesta antamien tietojen kanssa. Kiinteistönvälittäjä oli KKO:n enemmistön mukaan laiminlyönyt tiedonantovelvollisuutensa ostajalle jättäessään antamatta tiedon siitä, että kohteen viereen mahdollisesti suunniteltiin rautatietä. Eri mieltä olleet jäsenet olivat sen sijaan totesivat, että myyntineuvottelijalla oli oikeus luottaa kaavoitusviranomaiselta saamiinsa tietoihin.

¹⁴¹ Lindholm – Hakoranta DL 1997 s. 91.

¹⁴² Kersby JT 1997 s. 153. Myös Ruotsin asianajajaliiton puheenjohtaja Axel Calissendorff totesi kommentoidessaan edellä mainittua Schibstedt-tapausta seuraavasti: ”*för att inte riskera skadestånd för vårdlös rådgivning måste advokatbyråer använda en metod som är aktsam och 'up to standard'*” (PointLexin 25.10.2002 julkaistu uutisartikkeli osoitteessa: www.pointlex.se/pub/standard.asp?art_id=26514&iM=, viittauspäivä 23.10.2003).

tään, asiantuntijan ei voida katsoa toimineen huolimattomasti.¹⁴³ Näin ollen asianajajayhtiön toiminnan voidaan katsoa olevan huolimattomasta esimerkiksi silloin, kun tarkastusta ei kohdisteta sellaisiin kysymyksiin, jotka yleensä ovat vastaavien transaktioiden kannalta merkityksellisiä.¹⁴⁴

Asianajajayhtiöt voinevatkin välttää vastuun osoittamalla noudattaneensa yleisesti käytettyjä tarkastusmenetelmiä. Tällöin vertailukohteena voidaan pitää esimerkiksi yrityskauppoja koskevia käytännön käsikirjoja, joihin on koottu yleisluontoisia tarkistuslistoja tutkimuksen keskeisimmistä tarkastuskohteista.¹⁴⁵ Tällaisten listojen johdonmukainen noudattaminen on eräs lähtökohta asianajajayhtiön huolellisesti valitun työmenetelmän osoittamiseksi. Erilaiset tarkastuslistat ovat kuitenkin vain malleja, ja ne täytyy sen vuoksi mukauttaa vastaamaan kunkin tarkastettavan liiketoiminnan erityispiirteitä.

Asianajajayhtiön työmenetelmien asianmukaisuutta voidaan havainnollistaa esimerkein. Asianajajayhtiön voitaneen katsoa toimineen huolimattomasti silloin, jos selvityksen kohteena olevalle liiketoiminnalle keskeisten seikkojen tarkastus on laiminlyöty. Esimerkiksi korkean teknologian tai life science -yrityksen ollessa kaupan kohteena, huolimattomana voitaisiin pitää sitä, ettei kohdeyrityksen immateriaalioikeuksia tarkasteta kyllin kattavasti – nehan ovat tyypillisesti tällaisen yrityksen keskeisin varallisuus. Lisäksi oikeuksien rekisteröitävyyttä, suoja-alaa ja -aikaa, siirrettävyyttä ja muita julkisista rekistereistä saatavilla olevia tietoja voidaan pitää selkeästi oikeudelliseen tarkastukseen ja juristin erityisasiantuntemukseen kuuluvina seikkoina. Ostajakin varmasti ymmärtää näiden oikeuksien liiketaloudellisen merkityksen, mutta asianajaja kykenee lähtökohtaisesti ammattitaitoisemmin selvittämään oikeuksien tarkemman sisällön ja huomaamaan mahdolliset ongelmat transaktion toteuttamiselle.

Toimialasta riippumatta kaikissa yrityskauppatilanteissa myös sellaisia yleisesti tärkeitä seikkoja, jotka on aina tarkastettava huolellisesti. Esi-

¹⁴³ Hellner 1995 s. 137. Ks. myös legal opinion -kirjeiden osalta esim. Howe 1989 s. 287–290. ”At common law, a negligence standard is applied to legal opinions; a lawyer is expected to exercise the standard of care that would be exercised by another attorney of ordinary skill performing a similar task.”

¹⁴⁴ Vrt. tilintarkastajan vastuuta koskenut tapaus KKO 1997:103: ”Yhtiölle vahinkoa aiheuttaneet teot ovat tyypillisesti sellaisia, joita ammattitilintarkastajan kuuluu erityisesti tarkailla.”

¹⁴⁵ Tästä esim. Hagström 1999 s. 174–175. Yleistä tarkastuslistoista Blomquist ym. 2001 s. 35–38 sekä legal due diligence -tarkastuslistaesimerkki s. 83–86. Samoin myös Reed Lajoux – Elson 2000 s. 359–371. Yleensä myös due diligence -toimeksiantoja tekevilla asianajajayhtiöillä on omat sisäiset mallinsa ja standardinsa tarkistuslistoiksi, joiden tarkempi sisältö räätälöidään kuhunkin tilanteeseen sopiviksi.

merkiksi kohdeyhtiön (keskeisistä) sopimuksista tulisi tarkistaa ainakin sellaiset sopimuskohdat, joilla on merkitystä yrityksen luovutustilanteissa.¹⁴⁶ Mikäli tarkastusta ei ole kohdennettu esimerkiksi sopimusten voimassaoloon vaikuttaviin siirtokieltoja tai purkuehtoja (esim. *change of control*) koskeviin lausekkeisiin, voitaneen asianajajayhtiön toiminnan katsoa olevan huolimaton.

Asianmukaisen metodin ja hyväksyttävien työprosessien noudattamisen arvioinnissa voidaan myös ottaa huomioon se, kuka tarkastustyön tekee.¹⁴⁷ Ellei toisin ole sovittu, asianajajalla on oikeus käyttää apulaisia *due diligence* -toimeksiannossa.¹⁴⁸ Toimeksiantosopimushan tehdään yhtiön kanssa, minkä vuoksi päämies on hyväksynyt, että toimeksiannon hoitamiseen osallistuu muukin yhtiön työntekijä kuin toimeksiannosta vastaava osakas. Tällöin kuitenkin *apulaisten valinnassa* on ensinnäkin noudatettava riittävää huolellisuutta.¹⁴⁹ Asianajajan huolimattomuus voi myös ilmetä siinä, että esimerkiksi työntekijän *ohjaus tai valvonta on laiminlyöty*.¹⁵⁰ Kokemattomien apulaisten käyttämisessä riskinä on se, etteivät he tiedä, minkälaisia ongelmia transaktioon tyypillisimmin liittyy. Tällöin tarkastusta ei välttämättä osata kohdentaa oikein.¹⁵¹ Huolellinen toiminta edellyttäneekin, että ennen varsinaiseen tarkastukseen ryhtymistä projektiin osallistuvien kesken selvitetään toimeksiannon tavoitteet.¹⁵²

Asianajajayhtiö on saattanut syyllistyä myös hyvän asianajajatavan rikkomiseen, mikäli ei ole tapaohjeiden 13 §:n määräämällä tavalla torjunut tehtävää, johon yhtiöllä ei ole tarvittavia resursseja.¹⁵³ Tuottamusedelly-

¹⁴⁶ Esim. *Blomquist ym.* 2001 s. 84.

¹⁴⁷ *Blomquist ym.* 2001 s. 42. Käytännössä kohdeyhtiötä koskevan dokumentaation tarkastavat ja listaavat usein asianajajayhtiön nuoremmat avustajat asianajajaosakkaan työn painoutuessa havaintojen tarkempaan analysointiin ja raportin muotoiluun.

¹⁴⁸ Pääsääntönä sopimusoikeudessa on, että ellei suorituksen henkilökohtaisesta täyttämistä nimenomaan sovita, toimeksisaajalla on oikeus käyttää apulaista toimeksiannon suorittamisessa. Ks. *Hemmo* 1998 s. 118–120. Kuitenkin silloin, kun kyse on asianajotoimeksiannon kaltaisesta velvoitteesta, jossa henkilökohtaisilla ominaisuuksilla merkitystä esimerkiksi *Kivimäki* 1924 s. 201–202 ja *Ylänkö* 1986 s. 30–31 ovat olleet sitä mieltä, että apulaisten käyttämiseen vaaditaan päämiehen suostumus. Tätä ei kuitenkaan *due diligence* -toimeksiannoissa edellytetä.

¹⁴⁹ Ks. *Peltonen DL* 2001 s. 8 ja *Hemmo* 1998 s. 118–120.

¹⁵⁰ Vrt. HAO 3 §, jonka mukaan asianajajan tulee ohjata ja valvoa toimistonsa henkilökunnan työtä ja huolehtia erityisesti siitä, että myös avustavat lakimiehet noudattavat hyvää asianajajatapaa. Kaikki *due diligence* -toimeksiannon suorittamiseen osallistuvat henkilötän eivät välttämättä ole asianajajia. Heidänkin tuottamuksensa kuitenkin rinnastetaan asianajajayhtiön tuottamukseen ja myös heidän on noudatettava hyvää asianajajatapaa.

¹⁵¹ Tästä esim. *Hagstrøm* 1999 s. 173–174.

¹⁵² Ks. myös *Saanio* 2003 s. 13, joka pitää tällaista aloituskokousta pakollisena.

¹⁵³ *Heuman* 1987 s. 22–24 ja *Ylänkö* 1985 s. 70. Ks. myös *Hemmo* 2003b s. 246.

tyksen voidaan katsoa täyttyvän ainakin silloin, kun asianajajayhtiö ei ole ilmoittanut, ettei tällä ole riittäviä valmiuksia asian kokonaisvaltaiseen selvittämiseen.¹⁵⁴ Toimeksiannon torjuminen kokonaan ei siten ole aina välttämätöntä. Olennaista on se, että päämiestä on informoitu riskeistä siten, että päämies myös ymmärtää selvittämättömien seikkojen merkityksen ja kykenee perustellusti päättämään mahdollisista jatkotoimenpiteistä. Eräs vaihtoehto on myös edellä mainitun CCBE:n tapaohjeiden 3.1.3-kohdan mukaisesti ryhtyä yhteistyöhön toisen asiantuntijan kanssa. Tämä voisi tulla kysymykseen esimerkiksi bio- tai lääkealan yritystä koskevassa kaupassa, jonka merkittävin varallisuus koostuu immateriaalioikeuksista.¹⁵⁵ Mikäli päämiehelle ei lainkaan ehdoteta ulkopuolisen asiantuntijan käyttämistä sellaisissa erityisasiantuntemusta vaativissa asioissa, joihin asianajajayhtiö itse ei ole erikoistunut, sen toimintaa voitaneen pitää huolimattomana.¹⁵⁶

Hyvää asianajajatapaa koskevien tapaohjeiden asettamia vaatimuksia toimeksiannon suorittamisesta (”huolellisesti ja täsmällisesti”; ja ”tarpeellisella joutuisuudella sekä päämiehelle tarpeettomia kustannuksia aiheuttamatta”) sekä kysymystä siitä, onko tarkastusten suorittaminen pistokokeenomaisesti huolellista, voidaan lopuksi arvioida myös talusteoreettiselta kannalta. Tällöin due diligence -tarkastuksen laajuutta voidaan arvioida transaktiokustannusten näkökulmasta.¹⁵⁷ Osapuolten kannalta on tarkoituksenmukaista pyrkiä pitämään transaktiokustannukset mahdollisimman pieninä, koska ne kaventavat sopimuksesta saatavaa hyötyä. Sopimuksen päättäminen edellyttää usein riittävää informaatiota sopimuksen kohteesta – tässä tapauksessa kohdeyrityksen tilasta. Koska informaation hankkiminen aiheuttaa transaktiokustannuksia, ei mahdollisimman täydellisten tietojen hankkiminen aina ole taloudellisesti järkevää.¹⁵⁸ Yritys-

¹⁵⁴ Ks. myös *Hemmo* 2003b s. 290–291. Vrt. myös tapaus KKO 2001:128.

¹⁵⁵ Tällöin voi joskus olla tarkoituksenmukaista käyttää due diligence -toimeksiannossa esimerkiksi patenttiasiantuntijan apua ja pyytää tältä lausuntoa esimerkiksi ulkomailla suojatuista oikeuksista. Oma kysymyksensä, johon tässä yhteydessä ei ole mahdollisuutta puuttua on se, mikä on asianajajayhtiön vastuu päämiehelle näistä ulkopuoliselta asiantuntijalta saaduista tiedoista. Ks. problematiikasta esim. *Unger* NJM 2002 s. 570.

¹⁵⁶ Ks. myös *Yläkö* 1985 s. 48. Samansuuntaisesti myös *Salminen* 16.1.2004, jonka mielestä erityisesti kirjallisen toimeksiantosopimuksen puuttuessa due diligence -tarkastukseen toteutettavakseen ottanut asiantuntija vastaa lähtökohtaisesti kaikista niistä toimenpiteistä, jotka vastaavaan tarkastukseen normaalisti kuuluisivat.

¹⁵⁷ *Timonen* 1997 s. 91–92. Sopimusoikeudessa transaktiokustannuksilla tarkoitetaan esimerkiksi sopimuksen valmisteluun kuluva voimavaroja, kuten kustannuksia, aikaa ja vaivaa.

¹⁵⁸ *Hemmo* 2003 s. 26. Samasta verokonsultoinnin osalta myös *Tikka* 1999 s. 300 ja tilintarkastuksen osalta *Haapanen* 2003 s. 38.

kaupoissa ostajien neuvonantajilla lienee kuitenkin transaktiokustannuksista huolimatta lähtökohtaisesti suhteellisen laaja ennakkotarkastusvelvollisuus. Tämä on kohtuullista etenkin silloinkin, kun ostettavan yrityksen arvo ja siten myös kauppahinta ovat huomattavia.¹⁵⁹ Tarkastuksesta aiheutuvat kustannukset ovat tällöin perusteltavissa.¹⁶⁰ Lisäksi nähdäkseeni tarkastuksen laajuuden tarkoituksenmukaisuuden arviointi transaktiokustannusten näkökulmasta on ensisijaisesti päämiehen eikä asianajajayhtiön vastuulla.

Näin ollen tarkastuksen laajuudesta tulee käytännössä sopia yhdessä päämiehen kanssa. Tällöin tarkastuksen ja siten myös vastuun laajuuteen vaikuttavat palkkion suuruuden ohella luonnollisesti käytettävissä oleva aika. Samaa mieltä on myös *Kersby*, joka toteaa, että pienen yksityiskohdan huomioimisen laiminlyöntiä tuskin pidettäisiin huolimattomana ja asianajajayhtiön korvausvastuun aiheuttavana varsinkin silloin, kun tarkastuksen suorittamiseen on ollut asianajajayhtiöstä riippumattomasta syystä käytettävissä vain hyvin lyhyt aika ja tarkastettavaa materiaalia on ollut runsaasti.¹⁶¹ Tällöinkin edellytettäneen, että tarkastuksen suppeudesta on sovittu päämiehen kanssa tai tämän voidaan olettaa muutoin olevan tietoinen aikapulan aiheuttamista vaikutuksista tarkastuksen laajuuteen.¹⁶² Tällaisissakin tilanteissa asianajajan on huolellisesti toimiakseen noudatettava tarkastuksessaan tiettyä ”minimistandardia” sekä kertoa päämiehelleen riskeistä, joita summaariseen tarkastukseen liittyy. Viime kädessä asianajajayhtiön on kuitenkin itse arvioitava due diligence -toimeksiannon tarkoituksenmukainen laajuus ja tarkkuus.¹⁶³

¹⁵⁹Toisaalta ostajan ollessa esimerkiksi pienyrittäjä on otettava huomioon se, että kaupan onnistumisella on ostajalle erityisen suuri merkitys ja mahdolliset virheet due diligence -toimeksiannon toteuttamisessa saattavat johtaa suhteellisesti vakavampiin seurauksiin kuin suurten ja kantokykyisten liikeyritysten kohdalla. Pienyrittäjällä ei ole myöskään mahdollisuutta arvioida taikka kantaa yrityskauppaan liittyvää riskiä yhtä hyvin kuin suuryrityksellä.

¹⁶⁰Ks. myös *Lindholm – Hakoranta* DL 1997 s. 82. Huolellisuusvelvoitteesta ja kustannuskysymyksistä investointipankkitoiminnassa ks. *Lauriala* 2001 s. 136–138.

¹⁶¹*Kersby* JT 1997 s. 161. Katso myös ns. toleranssirajasta *Hemmo* 2003b s. 114–117.

¹⁶²*Kersby* JT 1997 s. 156. Ks. myös *Blomquist ym.* 2001 s. 38, jossa todetaan, että summaarisen tarkastuksen hoidettavakseen ottava asiantuntija ottaa tietynlaisen ammattiriskin, minkä vuoksi vastuuta pyritäänkin tällaisissa tilanteissa rajoittamaan varaumin ja vastuunrajoituslausekkein.

¹⁶³Ks. *Hemmo* NJM 2002 s. 58–59 ja *Halila – Hemmo* 1996 s. 197.

3.3.3 Vastuu annetusta informaatiosta

Metodivastuun ohella asianajajayhtiön vastuuta voidaan arvioida edellä mainitun ns. *informaatiovastuun* näkökulmasta.¹⁶⁴ Tällöin tarkastellaan sitä, mikä vastuu asiantuntijalla on antamansa tiedon sisällöstä ja sen ymmärrettävyydestä. Asiantuntija- asemastaan huolimatta asianajajalla ei kuitenkaan yleensä katsota olevan suoraa vastuuta antamansa tiedon paikkansapitävyydestä, mikäli menetit toimeksiannon toteuttamisessa ovat olleet huolellisia.¹⁶⁵ Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että asianajajan vastuun kannalta ratkaisevaa on se, miten tehtävä on suoritettu. Vaikka tavoiteltua lopputulosta ei olisi saavutettu, ei vastuuta synny, jos tehtävä on suoritettu asianmukaisella huolellisuudella.¹⁶⁶ Tulosvastuun (*ansvar för resultat*) epäämisen puolesta erityisesti asianajajan oikeudenkäyntiasiamiesroolissa puhuu sekin, ettei lopputulos riipu pelkästään asianajajan taidoista.¹⁶⁷ Asianajajalla ei siten ole sellaista vastuuta toimeksiantojen suorittamisesta, että päämiehen asia tulisi aina voida hoitaa voitollisesti.¹⁶⁸ Mitään estettä ei tosin ole sille, ettei asianajajayhtiö voisi nimenomaisesti velvoittautua vastuuseen myös työn tuloksesta.¹⁶⁹

Näyttäisi kuitenkin olevan hankalaa määritellä sitä, mitä tällainen ”voitollisuus” tai tulosvastuu due diligence -toimeksiannossa tarkoittaisi. Tarkoittaisiko se vahvistusta siitä, että siltä osin kuin raportissa ei ole toisin mainittu ”yrityskaupan kohde on täysin virheetön”? Vai tarkoittaisiko se

¹⁶⁴ Vrt. SOU 2002:41 s. 35–36: ”Härmed avses ansvar för den information som rådgivaren förmedlar – eller underlåter att förmedla till klienten. Även frågan om hur informationen förmedlats är av betydelse.”

¹⁶⁵ Esim. *Heuman* 1987 s. 25–26 toteaa, että ns. *ansvar för resultat* tulee lähinnä kyseeseen vain yksinkertaisten ja selvien oikeuskysymysten osalta. Samoin SOU 2002:41 s. 60–61. Ks. myös *Kasso* 2001 s. 568, joka toteaa että kiinteistöarvioitsijan korvausvastuusta, että sen tulisi aina perustua konkreettiseen virheeseen tai laiminlyöntiin arvioita laadittaessa, ei pelkästään loppupäätelmään tai lopputulokseen.

¹⁶⁶ *Verner* 1993 s. 27 ja *Heuman* 1987 s. 25–28. *Rogers ym.* 1995 s. 6: ”It is recognised throughout the world that lawyers, in common with other professional advisers, are not usually under a strict liability to guarantee the results sought by their clients. Rather, they are obliged to use the degree of skill and care expected from a competent member of the profession.”

¹⁶⁷ *Halila – Hemmo* 1996 s. 198. Ks. myös *Mäntysaari* DL 2000 s. 245 ja s. 273, joka toteaa ratkaisun KKO 1999:80 hämärtävän työnteko- ja työntulosopimusten välistä eroa ja lisäävän verokonsulttien vastuuta. Samasta tapauksesta myös *Tikka* 1999 s. 295–307, joka katsoo, että vastakkainenkin lopputulos olisi ollut tapauksessa yhtä hyvin mahdollinen.

¹⁶⁸ *Halila – Hemmo* 1996 s. 198 ja *Hemmo* 1998 s. 46–48. Asianajajilla voi kuitenkin joissain tapauksissa tulosvastuukin, esimerkiksi laadittaessa standarditestamenttia päämiehen ohjeiden perusteella.

¹⁶⁹ *Mäntysaari* DL 2000 s. 252.

sitä, että kaikki mahdolliset saatavilla olevat tiedot virheistä ja potentiaalisista riskeistä on listattu ja juridisesti kattavasti analysoitu? Onko ”oikein ja huolellisesti” laaditulla due diligence -raportilla tietyt oikeusvaikutukset, jolloin raporttia voitaisiin pitää eräänlaisena takuuna kaupan kohteen ominaisuuksista? Vastaus esitettyihin kysymyksiin näyttäisi lähtökohtaisesti olevan kielteinen: due diligence -raportit sisältävät lisäksi usein runsaasti varaumia, minkä vuoksi raporttia ei nähdäkseen voida kaikilta osiltaan pitää takuuna taikka ehdottomana lausumana kaupan kohteen oikeudellisista ominaisuuksista.¹⁷⁰ Kuitenkin joidenkin yksittäisten kysymysten osalta vastuu tiedon paikkansapitävyydestä voidaan katsoa syntyvän.¹⁷¹

Tarkastettavaksi annettuun tietoon liittyvä ongelma saattaa myös olla se, missä määrin asianajaja voi luottaa tarkastamiensa asiakirjojen aitouuteen ja pätevyuteen, saadun tiedon oikeellisuuteen sekä esimerkiksi myyjän tarkastusta varten antamasta informaatiosta laatimaan indeksiin.¹⁷² Yleensä ei ole mahdollista (eikä tarkoituksenmukaistakaan) tarkastaa esimerkiksi kohdeyrityksen kolmansien kanssa solmimista sopimuksista sitä, että kaikilla sopimukset allekirjoittaneilla on ollut siihen valtuudet. Tämähän edellyttäisi kaikkien kolmansienkin yhtiöiden sopimusten allekirjoitushetken kaupparekisteritietojen tarkistamista. Lisäksi usein edellytettäisiin tutustumista ulkomaisiin rekistereihin ja ehkä jopa ulkomaiseen yhtiöoikeuteen.

Tämän vuoksi due diligence -raporteissa yleensä tehdään tiettyjä oletuksia tarkistettujen asiakirjojen pätevyydestä. Näiden varaumien avulla asianajajat rajaavat vastuunsa ulkopuolelle riskin siitä, että heidän tarkastamansa dokumentit eivät olisikaan olleet aitoja tai päteviä. Mikäli varau-

¹⁷⁰ Kersby JT 1997 s. 153. Ks. myös kiinteistöarviointitoiminnan vastuukysymyksistä *Kasso* 2001 s. 568, jonka mukaan arvioita ei koskaan tulisi ymmärtää hintatakuuksi vaan aina laatijansa näkemysksi kohteen todennäköisestä käyvästä arvosta. Korvausvastuu edellyttää, että arvion laatija on toiminut huolimattomasti. Ks. lainatransaktioissa käytettävien *legal opinion* -kirjeiden osalta mm. *Howe* 1989 s. 287–290. ”A lawyer is not an insurer or a guarantor of the opinion so long as he has not been negligent in rendering it.” Myös *Wood* 1980 s. 412 toteaa, ettei *legal opinion* ole takuu vaan lausunto. *Legal opinion* on muodoltaan tarkempi ja lausumiltaan ehdottomampi kuin due diligence -raportti, mutta sen ei silti katsota suoraan merkitsevän asianajajayhtiön antamaa takuuta. Sen vuoksi katsonkin, ettei takuuominaisuutta voida edellyttää myöskään due diligence -raportilta.

¹⁷¹ Tällainen voisi olla esimerkiksi ”joko–tai”-tyyppinen kysymys siitä, onko jokin sopimus voimassaoloa koskevan sopimusmääräyksen mukaan enää voimassa.

¹⁷² Vastaava ongelma liittyy siihen, missä määrin asianajajayhtiö voi luottaa muiden konsulttien laatimien raporttien ja lausumien oikeasisältöisyyteen. Vrt. myös yhtäläisyydet tilintarkastukseen ja oikeuteen luottaa kirjanpitoaineiston asianmukaisuuteen: tilintarkastajan ei tarvitse ilman erityistä perustetta epäillä kirjanpitoon vietyjen tositteiden oikeellisuutta. Ks. *Haapanen* 2003 s. 84–85.

maa ei ole tehty, tilanne on epäselvempi. Tällöinkin lähtökohtana on toki on se, että *kohteen myyjä* on ensisijaisesti vastuussa tarkastettavaksi antamansa informaation virheellisyydestä kauppalain tiedonantovelvollisuuden laiminlyöntiin liittyvien virhearviointityökalien perusteella (KL 17–19 §) taikka sen vuoksi, että myyjä on toiminut KL 20 §:n 2 momentin tarkoittamalla tavalla kunnianvastaisesti ja arvottomasti.

Viimeaikaisessa neuvonantajien vastuuta koskevassa oikeuskäytännössä on kuitenkin ollut havaittavissa ankarampaa asennoitumista esimerkiksi siihen, millä edellytyksin asiantuntija on saanut luottaa saamiinsa tietoihin. Erityinen tarkastusvelvollisuus- ja huomauttamisvelvollisuus voikin syntyä, mikäli asianajajayhtiöllä on *perusteltua aihetta epäillä jonkin dokumentin aitoutta tai pätevyyttä* (vrt. yllä tapaus KKO 2001:121). Näin ollen asianajajayhtiön vastuun voidaan ajatella tulevan kysymykseen myös silloin, mikäli tarkastettavaksi annettu materiaali antaa ilmeisen aiheen epäillä sen aitoutta: asiantuntijan ammattitaitoon kuuluneen huomata ainakin selvät väärennökset. Tietolähteen luotettavuutta on myös käsitelty tapauksessa KKO 1999:80. Korkeimman oikeuden perustelujen mukaan verokonsultilla ei ollut oikeutta tarkastamatta luottaa asiakkaaltaan saamiensa tietojen oikeasisältöisyyteen.¹⁷³

Edellä käsitellyn tiedon oikeasisältöisyyden ohella myös tiedonantovelvollisuuksien laajuudella on merkitystä tuottamusarvioinnissa. Asianantajien aktiivinen *tiedonanto- ja neuvontavelvollisuus* ovat yleisesti ottaen saaneetkin huomiota uusimmassa kotimaisessa oikeuskäytännössä.¹⁷⁴ Myös SAL:n kurinpitolautakunnan ratkaisussa tiedonantovelvollisuuden laiminlyöntiä on pidetty hyvän asianajajattavan vastaisena.¹⁷⁵ Neuvonantajapalveluita sivuavasta oikeuskäytännöstä onkin havaittavissa, ett-

¹⁷³ Ks. ratkaisun KKO 1999:80 perustelut, jossa todetaan, että konsultin olisi täyttääkseen toimeksiannon huolellisesti tullut varmistua siitä, että hänen saamansa tiedot olivat täsmälliset, eikä hän ole saanut luottaa vain päämiehen omaan asiantuntemukseen. Vrt. kuitenkin HAO 42.1 §, jonka mukaan asianajajalla *ei ole ilman erityistä aihetta* velvollisuutta tarkastaa päämiehensä hänelle antamia tietoja.

¹⁷⁴ Näistä esim. *Saxén* 1995 s. 106–109 ja *Peltonen* DL 2001 s. 6, jossa viitataan tapauksiin mm. KKO 1996:92 (takausvelkomusta koskeneeseen asianajotoimeksiantoon kuului velvollisuus selvittää päämiehelle pääsaatavan konkurssissa valvomisen merkitys takausvelkomuksen kannalta) ja KKO 1998:57 (kauppakirjan osapuolten lukuun laatinut kiinteistönvälittäjä oli velvollinen varmistumaan siitä, että ostaja tiesi kaupan kohteena panttauksesta ja sen merkityksestä maksun tekemiseen).

¹⁷⁵ Kurinpitolautakunta 20.11.1992: asianajaja oli puolisoiden yhteisestä toimeksiannosta laatinut kirjalliseen muotoon heidän keskenään neuvottelemansa sopimuksen avioeron varalta. Asianajaja oli velvollinen kiinnittämään päämiesten huomiota sopimuksen epäedullisiin veroseuraamuksiin, kun he eivät olleet vapauttaneet häntä verotuksen vaikutuksen arvioimisesta. Tapauksesta myös *Tarkka – Ylöstalo* 2001 s. 217.

eivät toimeksiantosopimuksen sanamuodot välttämättä ilmaise kaikkia asianajajayhtiön velvollisuuksia: varsinaisten päävelvoitteiden ohella asianajajayhtiön vastuuseen liitetään sivuvelvoitteita. Asiantuntijoiden sivuvelvoitteiden peruste ja sisältö ovat *Hemmon* mielestä kuitenkin tulkinnanvaraisia, koska kysymyksessä ovat lähinnä oikeuskäytännössä kehittyneet vaatimukset.¹⁷⁶

Asiantuntijan sivuvelvoitteisiin saattaa esimerkiksi toimeksiannosta sovittaessa kuulua sen varmistaminen, että tehtävä voidaan suorittaa sen sisältöisenä kuin asiakas on tarkoittanut sekä antaa tarpeellisia tietoja suoritukseen liittyvistä riskeistä: esimerkiksi asianajajayhtiön neuvonannosta ei ole asiakkaalle käytännössä hyötyä, mikäli tämä ei ymmärrä due diligence -raportissa saamansa tiedon käyttöedellytyksiä – tämä ajatus liittyy myös ns. neuvonantajan pedagogiseen vastuuseen. Sillä voidaan myös yleisemmin tarkoittaa sitä, että neuvonantajan on annettava tieto päämiehen kannalta ymmärrettävässä muodossa. Niinpä *Kleineman* toteaa, että vaikka asiantuntija antaisikin *oikeat tiedot* konsulttitehtävässään, hänen voidaan silti katsoa toimineen huolimattomasti, mikäli tiedot on annettu siten, että asiakas on voinut erehtyä niiden merkityksestä.¹⁷⁷

Sivuvelvoitteita ja asiakkaan tavoitteiden huomioon ottamista on oikeuskäytännössämme käsitelty esimerkiksi tapauksessa KKO 1999:19. Korkein oikeus totesi asiassa, että tilitoimistolla oli ollut erityinen velvollisuus huomauttaa asiakkaalleen siitä, ettei sopimusjärjestelyä ollut mahdollista toteuttaa sen sisältöisenä kuin toimeksiantaja oli edellyttänyt. Perusteluissa lausuttiin, että tilitoimiston tehtävänä ei ollut pelkästään pyydettyjen sopimusasiakirjojen laatiminen, ”*vaan sen on samalla pitänyt ottaa huomioon sen tiedossa olleet sopimusjärjestelyn tavoitteet*”.¹⁷⁸ Näin ollen myös due diligence -toimeksiannossa korostuu asianajajan velvollisuus selvittää, mitä tavoitteita päämies on asettanut yrityskaupalle.

Lähtökohtana asiantuntijan toimimisvelvollisuuksien laajuudessa on kuitenkin aina toimeksiantosopimus. Jos jokin toimenpide on nimenomaisesti jätetty toimeksiannon ulkopuolelle (ja esimerkiksi asiakkaan itsensä taikka kolmannen tahon suoritettavaksi), ei toimeksisaaja lähtökohtaisesti vastaa tällaisesta tehtävästä.¹⁷⁹ Näin argumentoitiin esimerkiksi asianajo-

¹⁷⁶*Hemmo* 2001 s. 59–62.

¹⁷⁷Tästä pedagogisesta vastuusta *Kleineman* SvJT 1998 s. 188, joka viittaa myös tapaukseen NJA 1994 s. 532. Se koski riskiä siitä, että konsultin esittämät valonkestävyyttä koskeneet tekniset mittaustulokset voitiin tulkita väärin. Ks. myös neuvonannon ymmärrettävyydestä lyhyesti *Ylänkö* 1985 s. 59–60.

¹⁷⁸Ks. yllä mainittu kiinteistönvälittäjän tiedonantovelvollisuutta koskenut tapaus KKO 2001:121.

toimeksiantoa koskevassa tapauksessa KKO 1996:92. Tämä periaate ei kuitenkaan näytä olevan myöhemmän oikeuskäytännön valossa ehdoton. Esimerkiksi tapauksessa KKO 2001:128 (Ään. 4–1) tilitoimistolla oli korkeimman oikeuden enemmistön mukaan *velvollisuus varoittaa* asiakastaan myös kommandiittiyhtiön yhtiöosuuden luovutuksesta aiheutuneista huomattavista veroseuraamuksista, *vaikka* luovutusta koskevan kauppakirjan laatimiseen liittyvä toimeksianto *ei ollutkaan käsittänyt veroseuraamusten selvittämistä*. Korkein oikeus ei siten antanut painoa sille, että asiakas oli liiketoimintansa uudelleenjärjestelyn yhteydessä ja tilitoimiston edustajan tietien käyttänyt myös liikejuridiikkaan erikoistuneen asianajotoimiston palveluita. Eri mieltä ollut oikeusneuvos sen sijaan katsoi tilitoimiston edustajan voineen olla perustellusti siinä käsityksessä, että verotuskysymykset oli selvitetty muualla ts. asianajotoimistossa.¹⁸⁰

Edellä esitetty tapaus saattaa aiheuttaa epäselvyyttä siitä, miten asianajajayhtiön tiedonantovelvollisuudet määräytyvät legal due diligence -tarkastuksessa esimerkiksi silloin, kun jokin toinen asiantuntija toteuttaa verotuskysymyksiä koskevan tax due diligence -tarkastuksen taikka tarjoaa yrityskaupan strukturointiin liittyvää neuvonantoa. Ratkaisun KKO 2001:128 mukainen kanta saattaa tällöin herättää kysymyksen siitä, tulisiko legal due diligence -tarkastuksessa ja sitä koskevassa raportissa viitata myös sellaisiin seikkoihin, jotka kuuluisivat toisen asiantuntijan neuvonannon alaan. Jos asianajajayhtiö esimerkiksi kertoo *change of control* -lausekkeen voivan vaikuttaa yrityskaupan strukturointiin,¹⁸¹ tuleeko sen tässä yhteydessä varoittaa päämiestään myös vaihtoehtoisten yrityskauppamuotojen (esim. osake- ja substanssikaupan) verokohtellullisista eroista?

Koska tilitoimiston vastuuta koskevassa tapauksessa KKO 2001:128 toimeksiantajana oli pieni henkilöyhtiö, ratkaisulla ei liene suurta ennakkotapausarvoa sellaisessa yrityskauppatilanteessa, jossa asianajajayhtiön

¹⁷⁹ Ks. *Hemmo* 2001 s. 59. Asiantuntija ei ole saanut tällaisesta tehtävästä vastikettakaan.

¹⁸⁰ Ks. oikeusneuvos Tulokkaan eriävä mielipide tapauksessa KKO 2001:128. Vrt. myös *Kleinemanin* esimerkki yritysjärjestelyiden verotuskysymyksiin liittyen *Kleineman* NJM 1999 s. 461.

¹⁸¹ Tällaisten juridisten ongelmien identifiointi kuuluu asianajajayhtiön vastuupiiriin due diligence -tarkastuksessa ja edellä mainituilla seikoilla saattaa olla olennainen merkitys esimerkiksi yrityskauppamuodon valintaan: mikäli jossakin kohdeyrityksen sopimuksessa on erityisehtoja sopijapuolen omistajanvaihdostilanteissa (ns. *change of control* -lauseke), johtaa kohdeyrityksen myynti *osakekauppana* ko. lausekkeen oikeusvaikutusten aktuaalisoitumisen: osakekauppan merkitsee kohdeyrityksen omistajanvaihdosta. Sen sijaan liiketoimintakaupassa *change of control* -lausekkeella ei välttämättä ole samanlaista merkitystä, sillä kaupan kohteena on tällöin yrityksen tietty, kauppakirjassa määritelty varallisuus ja itse yrityksen omistusrakenne säilyy muuttumattomana.

päämiehenä (tai muuna due diligence -raportin perusteella vahingonkorvausta vaativana) on suuri yritys, jolla on kokemusta toimialasta ja yritys-kauppakäytännöistä. Mikäli päämies on kuitenkin pienyrittäjä, voi edellä mainitulla tapauksella olla merkitystä asianajajayhtiön toimintavelvollisuuksia arvioitaessa.

Suuremmisakin transaktioissa edellä esitetty kysymyksenasettelu toimimisvelvollisuuksien laajuudesta ja due diligence -tarkastusten eri osa-alueiden päällekkäisyyksistä saattaa käytännössä aktualisoitua kuitenkin myös siitä syystä, että eri osa-alueiden due diligence -tarkastukset toteutavien asiantuntijoiden toimeksiantosopimukset eivät välttämättä ole yksityiskohtaisesti muotoiltuja taikka keskenään yhteensovitettuja. Tämän lisäksi tarkastuksista saatu tieto ei välttämättä kulje eri asiantuntijoiden välillä.¹⁸² Ongelmia aiheuttaa myös se, että toimeksiantosopimukset yksityiskohtaisuudestaan huolimatta voivat olla standardimuotoon laadittuja, jolloin yksittäistapauksen olosuhteet saattavat aiheuttaa tulkintaongelmia tarkastusten laajuudesta ja alasta. Ellei nimenomaisesti ole sovittu, että jokin asiantuntijoista ottaa vastatakseen due diligence -tarkastusten yhteensovittamisen, päämiehellä lienee kuitenkin yleisesti ottaen koordinointivastuu siitä, ettei eri osa-alueiden (*business, financial, legal, tax*) due diligence -tarkastuksista tiedottamiseen jää aukkoja.¹⁸³

Edellä mainitun pedagogisen vastuun merkitys korostuu asianajajayhtiön due diligence -tarkastuksen havainnoista ja niihin perustuvista analyyseistä laaditun kirjallisen raportin sanamuodoissa. Tarkastuksen lopullisena tavoitteenahan on esittää havainnot ja johtopäätökset jäsennellysti sekä antaa päämiehelle tarpeelliset toimitasuositukset.¹⁸⁴ Asianajajan luottamusasema huomioon ottaen on selvää, ettei tämä saa *tahallaan* jättää jotakin olennaista seikkaa mainitsematta raportissaan – tällainen menettely olisi räikeästi hyvän asianajajatavan vastaista. Tähän tulokseen on tultu myös SAL:n kurinpitolautakunnan ratkaisussa, joka koski asianajajan laatimaa puutteellista arviokirjaa.¹⁸⁵ Tuottamusarviointi raportin laadinnan

¹⁸² Mm. tästä syystä *Salminen* ei esimerkiksi suosittele asiakkailleen *tax due diligence* -tarkastusten taloudellisen ja oikeudellisen osan eriyttämistä eri asiantuntijayhtiöiden kesken. *Salminen* 16.1.2004.

¹⁸³ Erityisesti investointipankit ja tilintarkastajat käyttävät yrityskauppoihin liittyvässä konsultoinnissa yksityiskohtaisia toimeksiantosopimuksia (*engagement letters*) vastuunrajoituslausekkeineen, mutta (suomalaisilla) asianajajayhtiöllä käytäntö ei ole säännönmukaista. Tästä *Kull* 9.1.2004 sekä *Salminen* 16.1.2004. Ks. myös projektinhallinnan (*deal management*) järjestämisestä *Lauriala* 2001 s. 144–145.

¹⁸⁴ Tästä esim. *Blomquist ym.* 2001 s. 46–47 ja *Saanio* 2003 s. 27–33.

¹⁸⁵ Kurinpitolautakunnan ratkaisu 16.5.1997 (DL 1997 s. 791–792). Tapauksesta *Ylöstalo – Tarkka* 2001 s. 194–195.

osalta kohdistuukin siihen, *miten* havainnot on esitetty ja jäsenneilty. Keskeistä tässä on raportin kielellinen täsmällisyys ja rakenteellinen johdonmukaisuus.

Myös *Kersby* toteaa, että due diligence -raportin tulee olla niin selvä, että väärinkäsitysten ja virheellisten tulkintojen riski minimoituu.¹⁸⁶ Samoin *Gustafsson* huomauttaa, että liian pitkä ja monimutkainen due diligence -raportti voi muodostua laatijansa kannalta riskiksi.¹⁸⁷ Ongelmaksi voi muodostua se, että seikat, jotka ovat raportin laatijalle itselleen selviä, eivät välttämättä kirkastu lukijalle. Väärinymmärrykseen voi myös olla syynä kielellisen ilmaisun monitulkintaisuus taikka se, ettei havainnon juridista merkitystä ole selvitetty. Tällöin epäselvyyttä voi aiheuttaa se, ettei esimerkiksi *change of control* -lausekkeen oikeusvaikutuksia selvitetä asiakkaalle edellä mainitulla tavalla, vaikka itse lauseke olisikin raportissa mainittu.

Huolimattomuus voi nähdäkseni ilmetä myös siinä, ettei jotakin transaktion toteutumisen taikka toteuttamisen kannalta olennaista seikkaa ole asianmukaisesti korostettu. Huolimattomuutta lienee esimerkiksi se, että due diligence -havainto, jolla on olennaiset vaikutukset kauppahintaan, on mainittu vain raportin liitteissä: olisihan asianmukaisin esityspaikka olennaiselle tiedolle raportin tiivistelmäosa (ns. *executive summary*, ks. jakso 2.2 edellä). Tällaista raportin rakenteellisen epä johdonmukaisuutta voidaan pitää asianajajayhtiön huolimattomuutena erityisesti siksi, että due diligence -toimeksiantoja hoitavat juristit tietävät raportin tiivistelmäosan muodostavan ostajan erään keskeisen tiedonlähteen yrityskauppaneuvotteluissa. Näin ollen pelkkä havainnon mainitseminen raportissa, ei välttämättä poista asianajajayhtiön tuottamusta, mikäli tuon havainnon merkitystä ei ole korostettu asian edellyttämällä tavalla. Tuottamuksen lisäedellytys lienee myös se, että korostamatta jäänyt havainto on ollut raportin kokonaisuuden kannalta keskeinen.

Due diligence -raportin laadinnassa on huomiota *kiinnitettävä myös asianajajan ja päämiehen asiantuntemuksen eroon*.¹⁸⁸ Tiedonantovelvollisuus asiantuntijapalveluissa korostuu erityisesti silloin, kun toimeksiantaja ei ole perehtynyt alaan ja kun hän ei ole käyttänyt apunaan muita asiantuntijoita.¹⁸⁹ Raportoinnin yksityiskohtaisuus ja painotukset saattavatkin käytännössä vaihdella esimerkiksi sen mukaan, onko päämies teollinen ostaja

¹⁸⁶ *Kersby* JT 1997 s. 162.

¹⁸⁷ *Gustafsson* 2001 s. 146.

¹⁸⁸ *Kersby* JT 1997 s. 162. Ks. myös *Mäntysaari* DL 2000 s. 262.

¹⁸⁹ *Hemmo* 2003 s. 276.

vai finanssisijoittaja. Finanssisijoittajalla ei välttämättä ole kattavaa kuvaa toimialasta, minkä vuoksi tämä edellyttänee raportoinnilta enemmän kuin teollinen ostaja, jonka voidaan katsoa olevan asiantuntija alallaan.¹⁹⁰ Eri-tyisen tärkeää havaintojen merkityksen korostaminen on silloin, kun raportti on laadittu ulkomaiselle ostajalle. Jotta raportin lukijalla olisi todelliset mahdollisuudet ymmärtää havaintojen merkitys, huolellinen raportointi edellyttänee tarkempaa kuvausta Suomen oikeuden sisällöstä.¹⁹¹

Edellä on esimerkinomaisesti hahmotettu tilanteita, joissa asianajajayhtiön toimintaa voidaan pitää huolimattomana tuottamusedellytyksen täyttävällä tavalla. Kuten yllä on kuitenkin todettu, toimeksiantosuhteessa asianajajayhtiön tuottamus on pelkän päämiesvastaajan väitteen perusteella presumoitua. Näin ollen edellä esitetyillä esimerkeillä on suurin käytännön merkitys eritoten asianajajayhtiöiden sisäisessä suunnittelussa siitä, kuinka due diligence -toimeksiannot tulisi hoitaa ja järjestää, jotta mahdolliselta vastuulta voitaisiin välttyä.¹⁹² Lisäksi edellä on annettu esimerkkejä siitä, mihin seikkoihin vedoten asianajajayhtiö voisi korvausjutussa pyrkiä osoittamaan toimineensa edellytettyä huolellisuutta noudattaen.

Mitään absoluuttisia standardeja toimeksiannon suorittamiselle ei kuitenkaan voida määrittää. Käytännössä tuottamusarviointiin vaikuttanevat olennaisimmin se, mitä toimeksiannon toteuttamisesta on sovittu päämiehen ja asianajajayhtiön välillä sekä päämiehen erityisten toimiohjeiden sisältö,¹⁹³ tarkastukseen käytetty aika, tarkastettavan kohteen suuruus, palkkion määrä, asiakkaan liiketoiminta-ala ja tämän oma asiantuntemus. Koska due diligence -raportin ei voida katsoa olevan suora takuu kaupan kohteen ominaisuuksista, eivät sen sisältämät virheellisetkään kannanotot välttämättä saa aikaan asianajajayhtiön vastuuta automaattisesti. Keskeisintä vastuutarkastelun kannalta on, onko asianajajayhtiö noudattanut tarkastuksessaan asianmukaista metodia ja laatinut raporttinsa kyllin ymmärrettävästi sekä informatiivisesti.

¹⁹⁰Tästä esim. *Blomquist ym.* 2001 s. 32.

¹⁹¹Vrt. samantyyppinen periaate IBA:n tapaohjeiden 4 kohdassa. Vrt. myös legal opinion -kirjeiden osalta *Rogers ym.* s. 12–13: ”*In the case of a bond issue, an example of a third party would be a foreign purchaser. Thus the language of the opinion should be especially clear, unambiguous and understandable for any foreigner.*”

¹⁹²Vrt. investointipankkien toimintaohjelmista (*compliance program*) varautumistoimenpiteenä häiriötilanteisiin *Lauriala* 2001 s. 32–33.

¹⁹³*Saarnilehto ym.* 2001 s. 1016.

3.4 Tuottamuksen asteen merkitys

Tuottamuksen asteella ei lähtökohtaisesti ole merkitystä vahingonkorvausvelvollisuuden syntymiselle.¹⁹⁴ Näin ollen suhteellisen lievänkin huolimattomuuden voidaan katsoa aiheuttavan asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuuden.¹⁹⁵ Tuottamuksen aste voi sen sijaan vaikuttaa korvauksen sovitteluun ja siten korvattavan vahingon määrään.

Tuottamuksen asteen määrittelyllä saattaa olla erityistä merkitystä vastuuvakuutusturvan ja vastuunrajoituslausekkeiden tehokkuuden kannalta. Suomalaisen vastuuvakuutus käytännön mukaan vastuuvakuutusturva voidaan nimittäin menettää kokonaan tai osittain,¹⁹⁶ mikäli vahinko on aiheutettu *tahallisesti tai törkeällä tuottamuksella* (ns. kvalifioitu tuottamus).¹⁹⁷ Oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa on myös vakiintuneesti katsottu, että törkeällä huolimattomuudella aiheutettujen vahinkojen korvaamista rajoittavat vastuunrajoituslausekkeet voivat olla OikTL 36 §:n perusteella pätemättömiä jo sinänsä.¹⁹⁸ Tämä on myös mainittu OikTL 36 §:n esitöissä.¹⁹⁹ Näin ollen se, miten tavallisen ja törkeän huolimattomuuden raja määritetään due diligence -toimeksiannon virheellisessä toteuttamisessa, voi muodostua tärkeäksi kysymykseksi, sillä due diligence -tarkastusta koskevat toimeksiantosopimukset saattavat sisältää vastuunrajoituslausekkeitä.

Sopimus oikeudessa ei ole vakiintunutta määritelmää törkeälle huolimattomuudelle.²⁰⁰ Korkein oikeus totesikin tilintarkastajan vastuuta koskevassa tapauksessa KKO 1997:103, etteivät törkeä tuottamus sekä rajanveto esimerkiksi ”tavallisen” tuottamuksen ja törkeän tuottamuksen välil-

¹⁹⁴ Tuottamuksen astetta voidaan tarkastella neliportaisesti asteikolla lievä, tavallinen ja törkeä huolimattomuus sekä tahallisuus. Ks. *Hemmo* 2003b s. 288 ja *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 59–60.

¹⁹⁵ Ks. *Hemmo* 1994 s. 250–251.

¹⁹⁶ Asianajajien pakollisesta vastuuvakuutuksesta ks. esim. *Peltonen* DL 2001 s. 23–24.

¹⁹⁷ *Af Hällström – Ijäs* 2003 s. 18–19, samoin *Mäntysaari* DL 1997a s. 842.

¹⁹⁸ *Saarnilehto ym.* 2001 s. 606. Tämä on myös kansainvälisesti tunnustettu periaate. Oikeuskäytännöstä ks. törkeästä tuottamuksesta myös tiekuljetussopimustapaus KKO 1995:71. Ks. myös *Hemmo* 2003b s. 287–292, joka huomauttaa myös, ettei kvalifioitua tuottamusta koskevaa oppia kuitenkaan voida tulkita *e contrario* niin, että törkeää lievemällä huolimattomuudella aiheutetut vahingot käsittävän vastuun rajoittaminen olisi aina hyväksyttävää. Samasta *Saxén* 1995 s. 215.

¹⁹⁹ HE 247/1981 s. 15.

²⁰⁰ Ks. myös *Mäntysaari* DL 1997a s. 841–848, jonka mukaan kansainvälisistä sopimus-oikeuden normistoistakaan ei ole kattavasti saatavissa tulkinta-apua törkeän tuottamuksen määrittelemiseksi.

lä ole yksiselitteisesti määriteltävissä.²⁰¹ Ratkaisussa törkeän tuottamuk-
sen todettiin voivan tarkoittaa myös eri asioita jopa vakuutus sopimuslain
eri säännöksiä tulkittaessa. Tästä on katsottu voitavan päätellä, että moitit-
tavuuden astetta voidaan arvioida eri tavoin vakuutus oikeudessa kuin esi-
merkiksi yleisessä sopimusoikeudessa.²⁰² *Hemmo* on esittänyt KKO:n pe-
rustelujen viittaavan myös siihen, ettei törkeää tuottamusta välttämättä
määritellä yhtä tiukasti kaikissa tilanteissa, vaan arviointiin voi vaikuttaa
myös se, *minkä merkityksen* törkeä tuottamus kussakin yhteydessä saa.²⁰³

Sopimusoikeudellisessa oikeuskirjallisuudessaakaan ei ole yhtenäistä
määritelmää törkeälle huolimattomuudelle. Yleensä törkeän huolimatto-
muuden sisältö on mielletty kapea-alaiseksi.²⁰⁴ Onkin esitetty, että törkeä
huolimattomuus on kysymyksessä silloin, kun menettely on lähellä tahal-
lisuutta. Törkeätä huolimattomuutta voivat indikoida esimerkiksi korvaus-
velvollisen toiminnan selkeä piittaamattomuus²⁰⁵ taikka ryhtyminen eri-
tyisosaamista vaativiin toimiin, joihin tällä ei ole kykyä.²⁰⁶

Vahingonkorvausoikeudellisen tuottamuk-
sen astetta arvioidaessa pitä-
dytään pääasiassa objektiivisissa tekijöissä. Tuottamuk-
sen aste määräytyy
sen perusteella, *kuinka merkittävästi tekijän toiminta on poikennut edelly-
tettävästä huolellisuudesta* tai *kuinka liiallinen otettu riski on ollut*. Toi-
saalta myös tekijän *tiedoilla vahinkoriskistä* voi olla arvioinnissa täyden-
tävää merkitystä.²⁰⁷ Näin ollen jäljempänä jaksossa 4.3 käsiteltävä *vahin-
gon ennakoimattomuus* voi myös estää sen, että asianajajayhtiön huoli-
mattomuutta pidettäisiin törkeänä.

Törkeän huolimattomuuden määrittely on Suomen oikeuskäytännössä
useimmiten liittynyt kuljetussopimustilanteisiin. Tämän vuoksi edellä
mainittu törkeän huolimattomuuden rajan asettaminen korkealle liittyy tuon
alan erityispiirteisiin.²⁰⁸ Oikeuskäytännön rajallisuuden vuoksi törkeää

²⁰¹ Tapauksesta *Savela* 1997 s. 9–11. Tapauksessa oli kysymys siitä, oliko KHT-tilintarkas-
taja menetellyt törkeän huolimattomasti tilintarkastusta suorittaessaan ja oliko vastuu-
vakuutus korvaus tällä perusteella evättävissä.

²⁰² Ks. *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 60.

²⁰³ *Hemmo* 2003b s. 291, alaviite 93. Samansuuntaisesti *Hellner* 1995 s. 146. Ks. myös
Mäntysaari DL 1997a s. 854.

²⁰⁴ *Hemmo* 2003b s. 288. Ks. myös *Taxell* 1973 s. 97.

²⁰⁵ Ks. myös KKO:n perustelut tilintarkastajan vastuuta koskeneessa ratkaisussa KKO
1997:103: ”laiminlyönti, joka osoittaa ammatinharjoittajassa selvää piittaamattomuutta
menettelyssään.” Samasta *Taxell* 1972 s. 101. Ks. myös *Mäntysaari* DL 1997a s. 855.

²⁰⁶ *Hemmo* 2003b s. 288. Samasta *Taxell* 1972 s. 98–100 ja *Hellner* 1995 s. 146–147.

²⁰⁷ *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 60 ja *Mäntysaari* DL 1997a s. 849. Samansuuntaisesti
Taxell 1972 s. 98.

²⁰⁸ *Hemmo* 2003b s. 298–290.

tuottamusta ei välttämättä voida yleistää määriteltäväksi samansisältöises-
ti muissa yhteyksissä. Ruotsin oikeuskirjallisuudessa onkin esitetty, ettei
esimerkiksi irtaimen kaupassa ole samanlaisia perusteita törkeän huoli-
mattomuuden käsitteen rajoitetulle määrittelylle.²⁰⁹ Törkeän huolimatto-
muuden kynnyksitys voi ylittyä tavallista helpommin myös silloin, kun harjoi-
tettu toiminta edellyttää poikkeuksellista asiantuntemusta.²¹⁰ Näin ollen
myös asianajajayhtiön tarjoamien asiantuntijapalveluiden kohdalla on aja-
teltavissa, että törkeän huolimattomuuden kynnyksitys täyttyy helpommin. Koska
asiasta ei ole velvoittavia oikeuslähteitä, kysymykseen ei voida tässä yhtey-
dessä antaa täsmällistä vastausta.

Arvioitaessa sitä, onko vahinko aiheutunut asianajajayhtiön tuottamuk-
sesta, lienee joka tapauksessa perusteltua ankarointaa tuottamusarviointia
edellä kuvatun erityisammattitaidon vaatimuksen ja professiovastuun pe-
rusteella. Tämä tarkoittaa sitä, että vahingon katsotaan tällaisessa tilan-
teessa olevan helpommin asianajajayhtiön tuottamuksellisesti aiheuttama
vahingonkorvausvastuun synnyttävällä tavalla. Toinen kysymys on sen si-
jaan se, onko asiantuntijuuden merkitys yhtä olennaisessa asemassa har-
kittaessa sitä, täyttääkö asianajajayhtiön huolimaton toiminta törkeän tuot-
tamuksen edellytykset. Tällainen kvalifointi saattaa nimittäin olla myös
vahingonkärsijän kannalta epäedullista, sillä tällöin tämän varma, asian-
ajajien pakolliseen vastuuvakuutukseen liittyvä korvausturva saattaa pois-
tua.²¹¹ Näin ollen myös seuraamusargumentit saattaisivat yksittäistapauk-
sessa saada sijaa arvioitaessa sitä, onko toiminta ollut törkeän huolima-
tonta.

On mahdotonta määrittää yleisellä tasolla tarkasti sitä, millaista asian-
ajajayhtiön laiminlyöntiä voitaisiin pitää törkeän huolimattomana due di-
ligence -toimeksiannon toteuttamisessa. Kuitenkin esimerkiksi HAO 13
§:n mukaisen torjumisvelvollisuuden noudattamatta jättämistä voitaneen
tietyin edellytyksin pitää törkeän huolimattomana silloin, kun asianajaja-
yhtiö on ottanut vastaan toimeksiannon, johon sillä ei ole tarvittavia taito-
ja taikka resursseja. Samoin esimerkiksi koko kaupan toteutumisen vaa-
rantavan ns. *deal breakerin* tasoisen seikan huomiotta jättäminen lienee

²⁰⁹ Lundmark 1996 s. 141

²¹⁰ Hemmo 2003b s. 291.

²¹¹ Tästä myös Hemmo 1995 s. 585. Toisaalta erityisesti ulkomaiset yrityskaupakonsul-
taatiota tarjoavat neuvonantajat pyrkivät vastuunrajoituslausekkeissaan rajoittamaan kor-
vausvelvollisuutensa vain törkeällä tuottamuksella (*gross negligence*) aiheutettuihin va-
hinkoihin, minkä vuoksi tällaisissa tilanteissa vahingonkärsijän intressissä voi olla argu-
mentoida, että vahinko on aiheutettu nimenomaan törkeän tuottamuksellisesti. Tästä *Iso-
korpi*, 31.12.2003.

törkeän huolimattomuutta silloin, jos kyseinen havainto olisi ollut vaikeuksista huomattavissa huolellisia tarkastusmetodeita noudattamalla. Tuottamusarviointi edellyttäneenä lisäksi aina sen pohtimista, kuinka merkittävä huolimattomuus tai laiminlyönti on ollut sopimukseen liittyvien taloudellisten arvojen ja vahingonkärsijän odotusten kannalta – tällöin tuottamusarviointiin saattaa myös vaikuttaa asianajajayhtiön perimän palkkion määrä.

4 VAHINGONKORVAUSVASTUUN MUUT EDELLYTYKSET

4.1 Korvattava vahinko

Jaksossa 3 on käsitelty tuottamusta oikeusperusteena, johon vedoten vahinko voidaan sekä sopimussuhteessa että sen ulkopuolella vyöryttää aiheuttajansa korvattavaksi.²¹² Käytännössä asianajajayhtiön tuottamus ilmenee *tiedonantovirheenä*, joka liittyy joko väärin tietojen antamiseen tai tarpeellisten tietojen antamatta jättämiseen.²¹³ Jotta asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuus voisi tulla kysymykseen, edellytetään tuottamuksen (eli virheen) ohella sellaisen vahingon syntymistä, joka on syyhteydessä mainittuun tiedonantovirheeseen.

Asianajotoimeksiannoissa vahinko ilmenee pääsääntöisesti ns. *puhtaan varallisuusvahinkona*.²¹⁴ Due diligence -toimeksiannossa asianajajayhtiön vastuu perustuu siihen, että asianajajayhtiön antama virheellinen tai puutteellinen informaatio on aiheuttanut taloudellisen vahingon vahingonkärsijälle.²¹⁵ Jotta vahingonkorvausvelvollisuus syntyisi, tuon vahingon on oltava sovellettavan normiston perusteella *korvattava vahinko*.

Vastuutilanteeseen sovellettava normisto määräytyy sen mukaan, onko vahingonkärsijä asianajajayhtiön päämies (*sopimusvastuun toimeksiantosuhteessa*) vai jokin muu taho (*sopimuksenulkoinen eli deliktivastuu*). Sään-

²¹²Oikeusperusteen ohella korvausmuotojen käsitteistö ja kysymyksenasettelut ovat samankaltaisia myös monilta muilta osin: esimerkiksi kausaliteetti-, adekvaattisuus- ja sovittelukäsitteet tunnetaan molemmissa vastuumuodoissa.

²¹³Tällaisista laaturvirheestä asiantuntijapalveluissa esim. *Hemmo* 2003b s. 276 ja *Hemmo* 1997 s. 185.

²¹⁴*Peltonen* DL 2001 s. 4.

²¹⁵Samoin *Kleineman SvJT* 1998 s. 186 konsultin tiedonantovirheestä.

telyt eroavat Suomessa ensinnäkin siinä, että jälkimmäistä vastuumuotoa koskee yleislakina vahingonkorvauslaki (VahL).²¹⁶ Sopimuksenulkoiselle vahingonkorvausvastuulle on ominaista varallisuusvahinkojen rajoitettu korvattavuus: VahL 5:1:n mukaan taloudellisen vahingon korvaaminen edellyttää lähtökohtaisesti *erityisen painavia syitä*, kun kyse ei ole rikollisesta teosta taikka vahinko ei ole aiheutunut julkisen vallan käytöstä.²¹⁷

Sopimusvastuu on sen sijaan sopimustyyppikohtaisen lainsäädännön varassa: tietyn sopimuskyynnyksen ylittävän tunnusmerkistön täyttyessä sovelletaan joko sopimustyyppin osoittamaa erityislakia tai lainsäädännön puuttuessa *sopimusoikeuden yleisiä periaatteita*.²¹⁸ Jälkimmäisessä tapauksessa myös analogiat sopimustyyppiä lähellä olevasta lainsäädännöstä saatavat muodostaa sovellettavan normiston.²¹⁹ Taloudellisen vahingon korvaaminen ei ole deliktivastuun tapaan rajoitettua sopimussuhteessa: käytännössä sopimusvastuu suuntautuukin juuri varallisuusintressien suojaamiseen.²²⁰ Asianajajien vahingonkorvausvastuu päämiestä kohtaan perustuu KK 18 lukuun, jonka vähäisistä oikeusohjeista ei kuitenkaan saada tarkempaa tulkinta-apua vahingon ja korvausvelvollisuuden määrittelyssä. Muussakaan toimeksiantosopimuksia koskevassa lainsäädännössä ei ole määritely vahingon käsitettä.

Sovellettavasta normistosta riippumatta lainsäädännöstä ei siten saada tukea korvattavan vahingon tarkemmassa määrittelyssä. *Encyclopaedia Iuridica Fennicassa* vahinko on kuvattu vahingonkärsineen kannalta negatiiviseksi, äkilliseksi ja odottamattomaksi tapahtumaksi, josta on tälle jotakin haittaa.²²¹ Vahingonkorvausoikeudellisessa doktriinissa vahinko sen sijaan määritellään usein erotuksena kahden eri tapahtumakulun välillä (*ns. differenssioppi*). Todellisen tapahtumakulun saa aikaan vahinkoon joh-

²¹⁶ VahL 1:1:ssä rajataan sopimusvastuu lain soveltamisalan ulkopuolelle. Vahingonkorvauslain ilmentäviä periaatteita on kuitenkin oikeuskäytännössä sovellettu myös sopimusvastuuseen (esim. luotonantosopimusta koskeneessa ratkaisussa KKO 1991:42). Tästä esim. *Hemmo* 1998 s. 30–31.

²¹⁷ VahL:ssa ei kuitenkaan ole tarkasti määritelty puhtaan varallisuusvahingon sisältöä. Laissa todetaan vain, että varallisuusvahinkoja ovat sellaiset taloudelliset vahingot, jotka eivät ole yhteydessä henkilö- tai esinevahinkoon.

²¹⁸ *Aurejärvi* 1988 s. 129; samoin *Hemmo* 1998 s. 28–29.

²¹⁹ *Hemmo* 1994 s. 41–42. Tärkeimmän poikkeuksen sopimusperusteista vahingonkorvausta koskevan lainsäädännön vähäisyydestä muodostavat irtaimen omaisuuden kauppaa koskevan KL:n varsin yksityiskohtaiset säännökset. Ne sääntelevät sekä vastuun syntyedellytyksiä että korvattavaa vahinkoa. Ne voivat myös tarjota analogiamahdollisuuksia muita sopimustyyppijä silmällä pitäen.

²²⁰ *Hemmo* 1997 s. 275.

²²¹ *Encyclopaedia Iuridica Fennica* s. 922–923.

tava syy. Toinen tapahtumakulku on sen sijaan ainoastaan kuviteltavissa: mitä olisi tapahtunut, jollei vahinkoon johtavaa syytä olisi ollut (*hypoteettinen tapahtumakulku*).²²² Sekä sopimus- että deliktisuhteissa vahinko ilmenee siinä, ettei vahingonkärsijä pääse sellaiseen taloudelliseen asemaan, johon hän olisi päässyt ilman vahingon aiheuttamaa tekoa.²²³

Vahinkoa kärsineen näkökulmasta due diligence -raporttiin perustuvan tiedonantovirheen vaikutukset ovat tavallaan rinnasteisia siihen, mitä ostajan ja myyjän välisessä suhteessa voitaisiin pitää yrityskaupan kohteen virheestä aiheutuneena vahinkona. Seikat, joita voidaan pitää yrityskaupan osapuolten välisessä suhteessa kaupan kohteen laatu-, vallinta- tai oikeudellisena virheenä, voivat olla suuntaa-antavia myös määriteltäessä due diligence -raportin laatuvirheeseen perustuvaa vahinkoa. Samalla on kuitenkin huomautettava, ettei due diligence -raportti ole suoranainen takuu kaupan kohteen ominaisuuksista, eikä vastuuta sen sisältämisestä tiedoista sen vuoksi lähtökohtaisesti synny, mikäli asianajajayhtiön katsotaan toimineen huolellisesti toimeksiantoa suorittaessaan.²²⁴

Vahingon määrittelyä koskevaan kysymyksenasetteluun liittyy keskeisesti myös kysymys riskistä ja soveliaasta vastuunkantajasta.²²⁵ *Taloudellinen riski* kuuluu olennaisena osana yritystoimintaan. Kaikkeen sijoittamiseen liittyy aina markkinariski. Niinpä osakemarkkinoilla kurssien kehittymiseen vaikuttavat yhtiökohtaisten tekijöiden lisäksi esimerkiksi maailman- ja kansantalouden kehitys sekä markkinapsykologia.²²⁶ Myös osakemarkkinoiden ulkopuolella yritys-, markkina- ja esimerkiksi rahoituksen riskit vaikuttavat yritysten toimintamahdollisuuksiin ja arvoon. Voidaankin kysyä, onko jokin osa yrityskaupan yhteydessä syntyneestä vahingosta (ostajan) normaaliin liiketoimintariskiin kuuluvaa ja siksi asian-

²²²Routamo – Ståhlberg 2000 s. 30. Samoin Aurejärvi 1988 s. 130. Laajemmin asiasta Hemmo 1994 s. 72–84.

²²³Hellner 1995 s. 357.

²²⁴Virheistä yrityskaupoissa esim. Hultmark 1993 s. 93–97. Virheet jaetaan yleensä faktisiin virheisiin (tavara poikkeaa fyysisiltä ominaisuuksiltaan odotetusta), vallintavirheisiin (lainsäädännöstä tai viranomaisen päätöksestä johtuvan oikeudellisen esteen seurauksena ostaja ei voi käyttää tavaraa haluamallaan tavalla) ja oikeudellisiin virheisiin (kolmannella henkilöllä on tavaraan oikeus, jota ostaja ei ole sitoutunut hyväksymään). Karnell 1976 s. 272–273 on käyttänyt yrityskauppoihin liittyen myös käsitettä *arvovirhe (värdefel)*. Poikkeama odotetusta voi perustua vaikkapa virheeseen annetussa informaatioissa tai virheelliseen arvioon varojen arvosta.

²²⁵Soveliaasta vastuunkantajasta erityisesti Taxell 1972 s. 90–91, 309–310, 346–347 ja 363–364. Käsitteestä reaalisena argumenttina myös Hemmo 1994 s. 232–233.

²²⁶Ks. esim. Haussila 2002 s. 292. Riskien tunnistamisesta ja määrittelystä myös Keskitalo 2002 s. 246–247 ja Keskitalo 2000 s. 55–61.

ajajayhtiön korvausvastuun ulkopuolella.²²⁷ Vaikka asianajajayhtiön olisi-kin näytetty menetelleen huolimattomasti due diligence -toimeksiantoa toteuttaessaan, ei syntynyt vahinko näin ollen välttämättä ole sellainen, joka kuuluu asianajajayhtiön vastuun piiriin. Epäonnistuneiden yritys-kauppojen syynä on kuitenkin useimmiten liiketaloudellinen ylioptimismi, eivät niinkään suoranaiset virheet yrityskauppaprosessissa.²²⁸

Oleennaista asianajajayhtiön vahingonkorvausvastuun kannalta onkin, että kyseessä on ollut riski, jonka ennakoiminen on kuulunut sen vastuun piiriin.²²⁹ Tällöin kyseessä ovat lähinnä *oikeudelliset riskit* eivätkä *kaupalliset riskit*. Suurimmat riskeistä lienevät luonteeltaan kaupallisia, mutta myös toteutuneet oikeudelliset riskit voivat olla kohtalokkaita. Käytännön esimerkki kohdeyhtiön ylisuuresta vahingonkorvausriskistä on ABB:n hankinnan yrityksen asbestioikeudenkäynteihin liittyneet korvausvaatimukset.²³⁰ Myös ympäristökysymykset ja mahdolliset meneillään olevat taikka uhkaavat suuri-intressiset riidat saattavat vaikuttaa yrityksen arvoon ja kuuluvat yleensä legal due diligence -tarkastuksen alaan.

Asianajajayhtiön tiedonantovirheeseen perustuva (ja selkeästi asianajajayhtiön vastuunpiiriin kuuluva) vahinko voi ilmetä ensinnäkin *odottamattomana vastuuna*, jota raportissa ei ole mainittu. Tämä voi olla esimerkiksi velkasitoutumus, takaus tai mahdollinen vahingonkorvaus. Vahinko voi ilmetä myös *odotetun tulon menetyksenä* tai *saamatta jääneenä voittona*.²³¹ Näihin vahinkoihin voi olla syynä muun muassa se, että sopimus sivullisen kanssa on päättynyt tai patentti on rauennut. Tulonmenetykset voi olla myös esimerkiksi seurausta siitä, että liiketoiminnan harjoittamiselle

²²⁷ Esimerkiksi yhtiöoikeudessa osakeyhtiön toimitusjohtajan ja hallituksen jäsenten yhtiöoikeudellista vastuuta arvioitaessa on otettava yleensä huomioon se, että yritystoiminnassa tehdään virheratkaisuita, jotka on tiettyssä laajuudessa hyväksyttävä liiketoimintaan kuuluvina. Puhutaan ”*business judgement rule*” -ilmiöstä. Ks. esim. *Toiviainen* 1992 s. 283–284. Ks. myös *Lauriala* 2001 s. 139.

²²⁸ Eri tutkimusten mukaan jopa 2/3 yritysjärjestelyistä epäonnistuu. Ks. esim. *Erma* 2003 s. 34. Niinpä vuonna 1998 syntyneen DaimlerChryslerin markkina-arvo on noin viidessä vuodessa laskenut yli 60 %, minkä syyksi esitetään saavuttamattomia synergiaetuja ja kulttuurieroja.

²²⁹ Riskinjaosta myös *Taxell* 1993 s. 52–53.

²³⁰ Tapauksessa ostaja oli ollut tietoinen mahdollisista oikeudenkäynneistä, mutta oli aliarvioinut niiden laajuuden. ABB osti vuonna 1990 amerikkalaisen Combustion Engineering -yrityksen, jonka tekemissä kattiloissa oli käytetty asbestia. ABB ehti sittemmin myydä kyseisen amerikkalaisyrityksen, mutta vaatimukset asbestikorvauksista jäivät ABB:lle. Arviot vastuun suuruudesta ovat jopa 2–3 miljardiin dollaria. (Tapauksesta Forbes.comin artikkeli osoitteessa www.forbes.com/global/2003/0106/019_print.html, viitattauspäivä 21.5.2003.)

²³¹ KL 67 §:n vahinkomäärittelystä voi saada analogioin tukea vahingon määrittelyyn myös tässä yhteydessä.

ei ole ollut tarvittavaa lupaa. Tulonmenetystä aiheutuu lisäksi siitä, ettei jokin immateriaalioikeus olekaan siirtynyt kaupan kohteen mukana tai että tuota oikeutta rasittaa jonkin kolmannen oikeus.²³² Mitään normaalistandardia tai normaalikorvausta yrityskauppatilanteissa ei kuitenkaan voitane määrittää.²³³ Keskeisimpiä asianajajayhtiön vastuun rajaajia ovatkin syy-yhteyteen ja ennakoitavuuteen liittyvät periaatteet.

4.2 Syy-yhteysvaatimus

Asianajotoiminnassa aiheutettujen vahinkojen määrittelyssä sovelletaan yleisiä vahingonkorvausoikeudellisia periaatteita, joihin kuuluu edellä mainitun differenssiopin ohella syy-yhteyden vaatimus. Syy-yhteyden toteaminen muun muassa edellyttää, että asianajajayhtiön teon tai laiminlyönnin tulee olla vahinkoseurauksen (riittävä ja) välttämätön syy (*conditio sine qua non*).²³⁴ Tuottamusvastuun syntyminen edellyttää sekä sopimussuhteessa että sopimussuhteen ulkopuolella, että vahingonkärsijä pysyy osoittamaan vahingon ja vastuuperusteen välisen syy-yhteyden. Syy-yhteys todetaan yleensä asettamalla hypoteettinen kysymys: olisiko vahinkotapahtuma sattunut, vaikka vastuuperusteeksi väitettyä seikkaa ei olisi ollut.²³⁵ Tämän lisäksi vahingonkorvausoikeudessa yleensä edellytetään, että aiheutunut vahinko on *adekvaattinen* eli *ennalta-arvattava*.²³⁶

Peltonen toteaa, että asianajotoiminnassa aiheutuvien vahinkojen osalta differenssiopin merkitys korostuu etenkin tilanteissa, joissa on kysymys asianajajan laiminlyönnistä hakea muutosta tai suorittaa muu toimenpide määrääjässä. Tällöin joudutaan vertaamaan esimerkiksi lainvoimaiseksi jäänyttä päätöstä siihen hypoteettiseen lopputulokseen, joka olisi syntynyt, jos muutoksenhakuhakemus olisi asianmukaisesti tehty. Mikäli on katsottava, ettei päätös olisi muuttunut, vaikka toimenpide olisi tehty, ei käsillä ole korvattava vahinko.²³⁷

²³² Vrt. myös KL:n 41 §:ssä määritelty oikeudellinen virhe.

²³³ *Taxell* 1993 s. 173. Normaalikorvauksen käsitteestä myös *Hemmo* 1993 s. 235–236.

²³⁴ *Peltonen* 2001 s. 16, samoin *Kivimäki* 1924 s. 87. Ks. myös *Routamo – Ståhlberg* 1995 s. 241.

²³⁵ Tästä esim. *Routamo – Ståhlberg* 1995 s. 245–248.

²³⁶ Adekvaattisuusvaatimuksesta esim. *Routamo – Ståhlberg* 1995 s. 232–233. Adekvaattisuudesta laajasti myös *Hemmo* 1994 s. 144–244. Ks. myös *Schneider* 2002 s. 239 anglo-amerikkalaisessa oikeuspiirissä yleisesti käytetystä *foreseeability*-kriteeristä ja konsultin vastuun rajoittamisesta.

²³⁷ Ks. *Peltonen* DL 2001 s. 16–17, joka viittaa oikeudenkäyntiasiamiehen korvausvelvollisuutta koskeneeseen tapaukseen KKO 1983 II 88 Ks. myös *Kleinman SvJT* 1998 s. 187.

Vastaavalla tavalla olennainen kysymys tässä tutkimuksessa onkin, mitä olisi tapahtunut, jos due diligence -raportissa virheelliseksi väitetty informaatio olisikin annettu oikeansisältöisenä. Käytännössä tämä tarkoittaa hypoteesia siitä kauppahinnasta, jonka ostaja olisi ollut valmis maksamaan (ja myyjä hyväksymään), mikäli ostaja olisi saanut huolellisesti toteutettuun tarkastukseen perustuvat tiedot kohdeyhtiön ominaisuuksista. Hypoteettisia tapahtumainkulkuja voidaan ajatella olevan useita, esimerkiksi 1) ostaja ei olisi ollut valmis tekemään kauppaa lainkaan;²³⁸ 2) ostaja olisi voinut hankkia kaupan kohteen alemmalla kauppahinnalla;²³⁹ 3) myyjältä olisi ollut mahdollista saada kaupan kohteesta laajemmat takuut ja vakuutukset (*ns. representations and warranties*); 4) kauppa olisi strukturoitu toisin (esimerkiksi osakekauppa substanssikauppana), jolloin jokin tietty vastuuriiski olisi voitu rajata kaupan kohteen ulkopuolelle,²⁴⁰ taikka 5) *change of control*- tai sopimuksen siirtokieltilanteessa kolmannelta olisi ollut mahdollista saada suostumus omistajanvaihdokselle tai sopimuksen siirtoon ennen kaupan toteuttamista.

Hypoteettisen tapahtumainkulun määrittäminen saattaa olla vaikeaa, koska vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja on edellä esitetyllä tavalla lukuisia. Lisäksi syy-yhteyden toteennäyttäminen voi olla hankalaa.²⁴¹ Mahdollisten muiden tekijöiden vaikutusta tulee arvioida kysymällä, onko asianajajayhtiön laiminlyönti *riittävä* syy seuraukselle eli toisin sanoen, edellyttääkö seuraus myös mahdollisesti muita tekijöitä ensin mainitun ohella.²⁴²

²³⁸ Ks. erityisesti tilitoimiston vastuuta koskenut tapaus KKO 2001:128 ja sen sisältämät ”olisiko kauppaa lainkaan tehty” -pohdinnat. Verosta vahinkona laajasti myös *Haapanen* 2003 s. 109–120.

²³⁹ Ks. ”hinnalla millä hyvänsä” -pohdintaa eri mieltä olleen oikeusneuvos Tulokkaan lausunnossa tilitoimiston vastuuta koskeneessa tapauksessa KKO 2001:128: ”Veroa voidaan pitää korvattavana vahinkona, jos se olisi ollut vältettävissä toisin menetellen... Tältä osin näyttö viittaa siihen, että kaupan tekeminen on ollut A:lle tärkeitä ja hänen etujensa mukaista, mutta ei ehkä välttämätöntä mihin hintaan hyvänsä.”

²⁴⁰ Yritysjärjestelyn vaihtoehtoisista toteuttamistavoista ks. verokonsultointitapauksen KKO 1999:80 perustelut: ”Tämän vuoksi ei ole uskottavaa, että järjestelystä olisi kokonaan luovuttu, vaikka kommandiittiyhtiö olisi saanut luovutuksen veroseuraamuksista oikean tiedon. Toisaalta oli kuitenkin ajateltavissa, että järjestelyllä tavoiteltu kokonaistulos voitiin saavuttaa monella vaihtoehtoisella, monessa vaiheessa toteutettavalla tavalla”

²⁴¹ Toisin kuitenkin esim. *Kersby JT* 1997 s. 151, jonka mielestä kausaliteetin toteennäyttäminen on suhteellisen helppoa.

²⁴² Ks. esim. korkeimman oikeuden perustelut kiinteistönvälittäjän vastuuta koskeneessa tapauksessa KKO 2001:121 ”Ottaen huomioon käräjäoikeuden tuomiossa mainittu selvitys asuntojen hintatason laskusta kauppojen välisenä aikana ei kuitenkaan voida pitää selvitettyinä, että kauppahintojen erotus olisi kokonaan johtunut rautatiesuunnitelmaa koskevasta tiedosta”.

käytännössä yrityskauppatilanteissa ostajan käsitys kohdeyrityksen arvosta perustuneeksi lukuisiin eri tekijöihin.²⁴³ Lisäksi psykologiset tekijät ovat saataneet vaikuttaa kaupantekopäätökseen: usein pitkälle edenneiden yrityskauppaneuvottelujen myötä osapuolille kehittyy erityinen kaupantekotahto, mikä käytännössä vaikeuttaa kaupasta vetäytymistä siitäkkin huolimatta, että neuvotteluiden viimevaiheissa kohdeyrityksessä ilmenisikin sen arvoa alentavia seikkoja.²⁴⁴

Syy-yhteyksysymystä voidaan tästä näkökulmasta verrata myös siihen, mitä kausaliteetilta on oikeuskirjallisuudessa katsottu edellytettävän yrityskauppojen yhteydessä *myyjän ja ostajan välisessä suhteessa*. Syy-yhteyden toteennäyttämisen on yrityskaupoissa katsottu edellyttävän sitä, että annettu virheellinen tieto on sisällynyt faktamateriaaliin, jonka perusteella ostaja on määritellyt kauppahinnan.²⁴⁵ Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin esitetty erilaisia näkemyksiä siitä, minkälaisin edellytyksin kausaliteetin katsotaan täyttyvän yrityskaupoissa. *Hultmark* toteaa, että virheellinen tieto ei yksin aiheuta *myyjän* virhevastuuta ostajan ja myyjän välisessä suhteessa. Tämän lisäksi edellytetään, että virheellisen tiedon voidaan *olettaa vaikuttaneen kauppaan*.²⁴⁶ Hänen näkemyksensä on perusteltu myös kauppalain 18 ja 19 §:ien kanssa. Kummassakin edellytetään, että myyjän ennen kaupantekoa antamien tietojen voidaan olettaa vaikuttaneen kauppaan.

Nähdäkseni myös asianajajayhtiön antaman virheellisen tiedon osalta on lähdeittävä siitä, että due diligence -raportissa esitetyn tai esittämättä jätetyn voidaan todella olettaa vaikuttaneen ostajan kaupantekopäätökseen tai yrityskaupan ehtoihin. Mikäli laiminlyönti on ollut päämiehelle yhdenkään, ei syy-yhteyttä vahingon ja laiminlyönnin välillä ole.²⁴⁷ Vahingonkärsineen tuleekin osoittaa, että tämä on perustanut päätöksentekonsa due diligence -raporttiin sisältyneeseen virheelliseen tietoon (tai olennais-

²⁴³ On mahdollista, että vahingon syntymiseen ovat osaksi vaikuttaneet myös myyjän tiedonantovirheet. Ks. useista korvausvelvollisista erityisesti jakso 5.3.

²⁴⁴ *Prusila* 8.1.2004. Tällaisen kaupantekotahdon muodostumiseen voi vaikuttaa myös esimerkiksi johdon haluttomuus kirjata kuluiksi huomattavatkin summat, jotka ovat aiheutuneet tuloksettomiksi jääneistä kauppaneuvotteluista.

²⁴⁵ *Lindholm – Hakoranta* DL 1997 s. 86 ja *Blomquist ym.* 2001 s. 177.

²⁴⁶ *Hultmark* 1992 s. 133–134. *Hultmarkin* mukaan virheellisen seikan on täytynyt voida olettaa vaikuttaneen ostajan päätöksentekoon tai yrityskaupan ehtojen muodostumiseen. Toisaalta *Karnell* on korostanut kokonaisarviointia eli poikkeamalla on oltava merkitystä koko kaupan kannalta. *Karnell* 1973 s. 279.

²⁴⁷ Vrt. *Aurejärvi* 1988 s. 131, joka toteaa, että laiminlyönti saattaa olla joskus velkojalle edullinen. Rikastumiskiellosta myös *Hemmo* 2003b s. 265–268.

ten tietojen antamatta jättämiseen) ja tähän päätöksentekoon perustuva toiminta on saanut aikaan vahingon, jota ei olisi muutoin syntynyt.²⁴⁸ Vahingonkärsijän tuleekin lähtökohtaisesti näyttää, että tämä olisi toiminut toisin, mikäli raportti olisi laadittu huolellisesti. Mikäli vaihtoehtoista toimintatapaa sen sijaan ei olisi ollut käsillä, on toimeksiannon suorittamisessa tällöinkin voinut olla virhe, mutta tuo virhe ei välttämättä ole aiheuttanut vahinkoa. Tällöinkin asianajajayhtiöltä voitaneen kuitenkin vaatia tämän perimän palkkion palauttamista osittain tai kokonaan sillä perusteella, ettei toimeksiantoa ole toteutettu niin huolellisesti kuin olosuhteet huomioon ottaen on ollut aihetta edellyttää.²⁴⁹

Arvioitaessa due diligence -raportissa annettujen tietoja ja niihin luotaneen päätöksenteon välistä syy-yhteyttä voidaan jonkinlaisena vertailukohtana pitää myös sitä, mitä syy-yhteydestä on esitetty oikeuskirjallisuudessa AML 2 luvun 3 §:n mukaisen, arvopaperien liikkeeseenlaskun yhteydessä laadittavassa tarjousesitteessä annettuihin virheellisiin tietoihin perustuvasta vahingonkorvausvelvollisuudesta. Tietyt analogiapäätelmät syy-yhteydestä tältä osin oikeuskirjallisuudessa esitettyyn ovat mahdollisia, vaikka AML:n mukaiset tarjousesitteet ovatkin sijoittajansuojasäännösten vuoksi sisällöltään varsin yksityiskohtaisia esimerkiksi due diligence -raportteihin verrattuna. Olennaista on se, mitä tiedonantovirheen, päätöksenteon ja vahingon välisiltä yhteyksiltä on edellytetty. Syy-yhteyden arvioinnissa on oikeuskirjallisuudessa erotettu yhtäältä moitittavan toiminnan ja sijoituspäätöksen välinen syy-yhteys sekä toisaalta moitittavan toiminnan ja vahingon välinen syy-yhteys. Enemmistön kanta suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa lienee, että molempien osalta on edellytetään syy-yhteyttä. Syy-yhteyden vahinkoon onkin siten katsottu ensinnäkin edellyttävän, että sijoittaja on tehnyt päätöksensä virheelliseen informaatioon luottaen tai ainakin on todennäköistä, että harhaanjohtavat tiedot vaikuttivat sijoituspäätökseen. Lisäksi edellytetään, että vahinko on aiheutunut nimenomaan tästä informaation virheellisyydestä.²⁵⁰

Myös due diligence -toimeksiantojen yhteydessä edellytettäneen vastaavalla tavalla, että vahingonkärsijä näyttää päätöksentekonsa perustuneen due diligence -raportin virheellisiin tietoihin ja että vahinko on seurannut asianajajayhtiön tiedonantovirheestä. Tällöin vahingonkorvaukseen oikeutettu ei olisi sellainen ostaja (tai rahoittaja), joka ei ole pannut arvoa

²⁴⁸ Samansuuntainen vaatimus neuvonantajapalveluissa yleisemminkin, ks. SOU 2002:41 s. 41.

²⁴⁹ Ks. esim. *Kleineman SvJT* 1998 s. 200–201.

²⁵⁰ *Haussila* 2002 s. 292, *Rudanko* 1998 s. 372 ja *Pietarinen* 2001 s. 12.

annetuille tiedoille tai johon olennaisten tietojen puuttuminen ei ole vaikuttanut.²⁵¹

Voitaneen myös argumentoida, ettei päämiehellä välttämättä ole oikeutta vahingonkorvaukseen sellaisissa tilanteissa, joissa asianajajayhtiön suoritus poikkeaa vain jonkin merkityksettömän yksityiskohdan osalta edellytystä.²⁵² Esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1991:31 asunto-osakkeiden ostaja vaati hinnanalennusta, koska asunto-osakkeisiin kohdistunut osuus asunto-osakeyhtiön lainoista oli 8.418 markkaa suurempi kuin osakkeita myytäessä oletettu 50.114 markkaa. Vaatimus hylättiin, koska *eron ei katsottu olleen omiaan vaikuttamaan kauppahintaan*.

4.3 Vahingon ennakoitavuus

Vahinko ja syy-yhteys saattavat olla joissakin tilanteissa helpommin määritettävissä kuin toisissa. Mikäli due diligence -raportissa ei ole esimerkiksi huomioitu vireillä olevaa oikeudenkäyntiä, jossa myöhemmin tuomitaan maksettavaksi vahingonkorvauksia, vahinko, syy-yhteys ja korvauksen määrä lienevät melko helposti osoitettavissa.²⁵³ Vahingon määrä saattaa kuitenkin nousta poikkeuksellisen korkeaksi jonkin odottamattoman seikan vuoksi.²⁵⁴ Tällöin kohtuusnäkökohdat voivat edellyttää, ettei korvausvastuuta synny silloin, kun vahinkoon johtanut tapahtumankulku on poikkeuksellinen tai kun vahingon syntymisen jälkeen tapahtumankulku etenee poikkeuksellisesti. Sopimusperusteisessa ja sopimuksenulkoisessa vahingonkorvausvastuussa edellytetäänkin yleensä vahingon *ennakoitavuutta (adekvaattisuutta)*. Tämän rajoitusperiaatteen mukaan tietyt

²⁵¹ Ks. myös *Hidén* 2002 s. 4 ja s. 163–164. Merkitystä lienee myös sillä, millaisesta tiedonantovirheestä on kyse: onko kyse puhtaasti merkityksettömästä tai teknisestä virheestä, josta virhe käy selvästi selville, vai sellaisesta sisältövirheestä, jonka totuudenvastaisuus ei paljastu huolellisellekaan sijoittajalle.

²⁵² Ns. toleranssirajasta esim. *Hemmo* 1994 s. 50–53.

²⁵³ *Kersby JT* 1997 s. 151.

²⁵⁴ Vahinko voi olla määrältään odottamattoman suuri esimerkiksi seuraavanlaisessa tilanteessa: due diligence -tarkastuksessa ei ole otettu huomioon jokin kohdeyhtiön avainhenkilön työsopimuksen irtisanomisaikoja ja esimerkiksi kilpailukieltositoumusten puuttumista. Tällainen henkilö saattaakin siirtyä jonkin toisen yhtiön palvelukseen ja tehdä esimerkiksi odottamattoman innovaation, joka olisi muutoin kuulunut kohdeyritykselle yrityskeksintönä, jos keksinnön tekijä olisi ollut edelleen sen palveluksessa. Nyt tuotot innovaatiosta saakin kohdeyhtiön sijasta jokin kolmas yritys. Tällöin vahingon laatua, määrää ja syy-yhteyttä koskeva arviointi on erittäin hankalaa.

ennalta-arvaamattomat vahingot voivat jäädä korvausvastuun ulkopuolelle. Korvausvelvollisuus voi poistua myös silloin, kun syy-yhteys teon ja vahingon välillä on olemassa, mutta se on niin heikko, että seurausta ei voida pitää odotettuna.²⁵⁵

Vahingon ennakoitavuusedellytyksestä ei kuitenkaan ole säädetty erikseen laissa,²⁵⁶ vaan se on kehittynyt lähinnä oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa. Oikeuskäytännössä ennakoitavuuteen onkin melko usein vedottu vahingonkorvausvastuuta rajoittavana argumenttina:²⁵⁷ esimerkkeinä voidaan mainita mm. ratkaisut KKO 1991:42 (luotonantosopimuksen rikkominen ja ennalta-arvattavissa ollut vahinko) sekä ns. keilapallotapaus KKO 1997:199. Jälkimmäisessä kantajan korvauskanne hylättiin korkeimman oikeuden perustelujen mukaan yhtäältä sen vuoksi, ettei *vahingon suuruus ollut ennalta arvattavissa*, ja toisaalta sen vuoksi, että kantajan voitiin myös itse katsoa *myötävaikuttaneen* vahingon syntymiseen.²⁵⁸ Myös jo edellä jaksossa 3.3.2 mainitussa tilitoimiston vastuuta koskevassa ratkaisussa KKO 1999:19 voidaan havaita merkitystä annetun ennakoitavuudelle: korkein oikeus totesi toimeksisaajan voineen tehtävää vastaanottaessaan havaita, että toimeksiantajan tarkoituksesta poikkeaminen voisi aiheuttaa vahinkoa myös kolmannelle. Adekvaattisuus rajoittaa vastuun siten siihen vahinkoon, jonka vahingonaiheuttaja on tekohetkellä mieltänyt tai hänen olisi pitänyt mieltää seuraukseksi teostaan.²⁵⁹

Eräs ajateltavissa oleva vastuutilanne on se, että ostaja päättääkin olla hankkimatta kaupan kohteen asianajajayhtiön laatimaan due diligence

²⁵⁵ Ks. esim. *Saxén* 1995 s. 139 ja *Taxell* 1993 s. 178–179. Ennakoitavuusrajoituksen eroista vastuumuodoissa ks. esim. *Hemmo* 1998 s. 153–160.

²⁵⁶ Ennakoitavuusperusteista korvausvastuun rajoittamisesta ei ole Suomessa yleissäännöstä, mutta esimerkiksi KL 60 §:ssä ennakoitavuuskriteeri erottaa välittömät vahingot välillisistä ja KL 70.2 §:n mukaan vahingon ennakoitavuudella voi olla merkitystä vahingonkorvauksen sovittelussa. Rajoitusperuste ilmenee erityisesti CISG:n 74 artiklasta: ”*vahingonkorvaus ei saa olla suurempi kuin se vahinko, jonka sopimusta rikkonut osapuoli sopimusta tehtäessä ennakoiti tai jonka hänen olisi pitänyt ennakoida voivan seurata sopimusrikkomuksesta niiden tosiasioiden tai seikkojen valossa, jotka hän silloin tunsii tai jotka hänen olisi pitänyt tuntea.*”

²⁵⁷ *Hemmo* 1994 s. 158–159.

²⁵⁸ KKO totesi tapauksessa, että kantajan keilailukilpailussa voittamien erikoispalkintojen arvo poikkesi niin paljon tuolloin tiedossa olleista tavanomaisista palkintojen arvosta, ettei vastaaja ole kohtuudella voinut ottaa ennakolta huomioon keilapallon virheellisuuden vuoksi hylätyn suorituksen aiheuttaman vahingon määrää.

²⁵⁹ *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 247–248. Vrt. *Kivimäki* 1924 s. 84: ”tuottamukseksi riittää, että hänen olisi pitänyt arvata seuraamus syntyväksi, kuten huolellinen asianajaja olisi sen vastuutapauksessa arvannut”.

-raporttiin sisältyvän virheellisen havainnon perusteella.²⁶⁰ Esimerkiksi arvopaperimarkkinoita koskevassa oikeuskirjallisuudessa katsottu, että tarjousesitteen virheellisten tietojen perusteella sijoittamatta jättäneiden oikeutta vahingonkorvaukseen tulisi rajoittaa. Niitä, jotka ovat pidättäytyneet merkinnästä virheellisten tai puutteellisten tietojen perusteella, ei ole pidetty esimerkiksi ruotsalaisessa tai ulkomaisessa oikeuskäytännössä oikeutettuina vahingonkorvaukseen.²⁶¹ Tätä on perusteltu muun muassa korvausvastuun hallitsemattomalla laajenemisella (*ns. floodgate-argumentti*).²⁶² Arvopaperimarkkinoilla mahdollisia korvaukseen oikeutettuja voisi tällä perusteella olla lukematon määrä.

Vastaava argumentti ei kuitenkaan ole pätevä peruste due diligence -raporttiin M&A -transaktiossa luottaneen päämiehen tai rahoittajan korvausoikeuden rajoittamiseksi, koska potentiaalinen vahinko koskisi vain näitä, eikä asianajajayhtiön vastuu siten kohdistuisi arvopaperimarkkinoiden tapaan laajemmalle henkilöpiirille. Kuitenkin *ennakoitavuusvaatimus* saattaisi olla varteenotettava vastuun rajaamisen peruste myös silloin, kun vahingonkärsijä vaatii korvausta siitä, että on luopunut ostopäätöksestään raportin virheellisiin tietoihin luottaessaan. Näin syntynyttä vahinkoa ja korvausmäärää olisi erityisen hankalaa ennakoida.

Sopimussuhteessa ennakoitavuusvaatimus täyttynee helpommin kuin sopimuksenulkoisessa suhteessa: asianajajayhtiöllä on tällöin käsitys siitä, mihin päämies tarvitsee due diligence -tarkastusta ja millainen vahinko toiminta- ja huolellisuusvelvollisuuksien laiminlyönnistä voi aiheutua.²⁶³ Toimeksiantosuhteessa sopimuksen sisältö ja päämiehen sopimukselle asettamista tarkoituksistaan antamat tiedot ovatkin keskeinen peruste vahingon ennakoitavuutta arvioitaessa. Sen sijaan sopimuksenulkoisessa suhteessa asianajajayhtiöllä ei välttämättä ole samanlaista käsitystä siitä, millaisia vahinkoja jostakin tapahtumasta saattaa kolmannelle aiheutua.²⁶⁴ Sopimus- ja deliktivastuun ero ilmeneekin erityisesti ennakoitavuuden yhteydessä. Asianajajayhtiöllä on toimeksiantosopimussuhteessa nimen-

²⁶⁰ Esimerkkinä voidaan ajatella tilanne, jossa asianajajayhtiö on esittänyt sellaisen ”kaupan kaatavan” *deal breaker* -tasaisen havainnon, jota todellisuudessa ei olekaan olemassa taikka asianajajayhtiö on esimerkiksi arvioinut osapuolten markkinaosuusrajat väärin todeten, ettei yrityskauppaan voitaisi saada kilpailuviranomaisten lupaa, vaikka todellisuudessa tällaista estettä yrityskaupan toteuttamiselle ei olisi ollutkaan.

²⁶¹ Pietarinen 2002 s. 8–9.

²⁶² Floodgate-argumentista myös Hemmo 1998 s. 276–278.

²⁶³ Ks. Saxén 1995 s. 143–144.

²⁶⁴ Ks. kuitenkin alla jakso 5.2, jossa todetaan, että ennakoitavuudella voidaan myös joissain tilanteissa perustella asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuuden syntymistä sopimuksenulkoisessa suhteessa.

omainen tieto siitä, mihin suoritusta aiotaan käyttää ja että hän on sitoutunut velvoitteisiinsa tästä tietoisena.²⁶⁵ Sen sijaan ennakoimattomien riskien vaikutuksia ei voida ottaa huomioon palkkion määrässä.

Ennakoitavuusharkintaan voivat yleisesti ottaen vaikuttaa myös alan sopimus- ja vastuunrajoituskäytäntö sekä vastasuoritukset: joissakin tilanteissa toimeksisaajan saaman palkkion suuruus saattaakin antaa viitteitä tarkoitettusta riskinjaosta.²⁶⁶ Eri osa-alueiden due diligence -tarkastuksia tekevien asiantuntijoiden toimeksianto- ja vastuunrajoituskäytännöt vaihtelevat kuitenkin toimijoittain: suomalaiset asianajajayhtiöt *eivät* säännönmukaisesti solmi kirjallisia toimeksiantosopimuksia vastuunrajoituslausekkeineen,²⁶⁷ kun taas esimerkiksi tilintarkastusalalla näitä käytetään yleisesti.²⁶⁸ Asianajajayhtiöiden veloittamat palkkiot perustuvat yleensä tuntilaskutukseen taikka sovittuun kokonaishintaan.²⁶⁹ Sen sijaan huomattavista *success fee* -kaltaisista lisäpalkkioista, joiden maksamisen edellytys on yrityskaupan toteutuminen, ei yleensä Suomessa sovita.²⁷⁰ Tämän vuoksi korkeakaan palkkio ei mielestäni välttämättä sinänsä indikoi yrityskaupan toteuttamiseen liittyvän riskin siirtämistä asiantuntijalle.

Korvausvastuuta jaettaessa joudutaankin arvioimaan sitä, kumman sopimuspuolen vastuupiiriin riskin katsotaan kuuluvan.²⁷¹ Yrityskauppatilanteessa suurin mahdollinen taloudellinen hyöty tulee yrityskaupan osapuolille (ostajalle ja myyjälle), minkä vuoksi näille kuulunee myös suurin riski yrityskaupan ”epäonnistumisesta”. Lähtökohtaisesti due diligence -toimeksiantoja toteuttavat asianajajayhtiöt ovat myös kooltaan ja kanto-kyvyltään pienempiä kuin päämiehinään olevat, yrityskauppoja tekevät yhtiöt, minkä vuoksi *tarkoituksenmukaisempina vastuunkantajana* voitaneen lähtökohtaisesti ainakin ennakoimattomien vahinkojen osalta pitää yrityskaupan varsinaista osapuolta.²⁷² Arviointi on toki toisenlainen sel-

²⁶⁵ Hemmo 1998 s. 155–156.

²⁶⁶ Hemmo 1998 s. 154–155. Ks. myös Hemmo 2003b s. 296–298.

²⁶⁷ Kull 9.1.2004.

²⁶⁸ Salminen 16.1.2004.

²⁶⁹ Ks. myös Lappalainen ym. 2003 s. 334.

²⁷⁰ Sen sijaan ulkomailla erityisesti investointipankit käyttävät tällaisia success fee -lausekkeita yrityskauppoihin liittyvissä konsultointisopimuksissa. *Isokorpi* 31.12.2003.

²⁷¹ Hemmo 1994 s. 56. Samasta *Taxell* 1993 s. 52–53.

²⁷² Kun parin suurimman suomalaisen asianajajayhtiön liikevaihto on ollut noin 26 miljoonaa euroa vuonna 2002 (vrt. Kauppalehti 3.10.2003), esimerkiksi Suomen 300:ksi liikevaihdoltaan suurimman yrityksen liikevaihto vuonna 2002 oli tähän verrattuna nelinkertainen (104,6 MEUR) ja 400:ksi suurimman lähes kolminkertainen (74,0 MEUR) Tiedot perustuvat *Talouselämä*-lehden tutkimukseen ”500 suurinta 2002” osoitteessa <http://www.talouselama.fi/te500list.te>, viittauspäivä 23.12.2003).

laisessa tilanteessa, jossa päämies tai muu vahingonkärsijä on pienyritys, jolla ei ole kokemusta yrityskauppakäytännöistä.

5 VASTUUSUHTEET

Edellä on tarkasteltu vahingonkorvauksen perusedellytyksiä (oikeusperuste, korvattava vahinko, syy-yhteys ja ennakoitavuus) sekä sopimus- että deliktisuhteessa. Tässä jaksossa tarkastellaan vastuun tarkempaa sisältöä ja edellytyksiä eri vastuusuhteissa sekä vastuun jakautumista eri korvausvelvollisten kesken. Asianajajayhtiön velvollisuuksien ja korvausvastuun voidaan kuitenkin katsoa olevan laajimmillaan suhteessa päämieheen; oikeutetun luottamuksen vaatimukset ovat korostetussa asemassa juuri toimeksiantosuhteessa.²⁷³

5.1 Vastuu omalle päämiehelle

5.1.1 Vastuu toimeksiantosuhteessa

Kuten edellä on todettu, asianajotoimeksianto on toimeksiantosopimuksen laji. Toimeksiantosopimuksen määrittelyllä ei kuitenkaan ole ratkaisevaa merkitystä. Näin ollen asianajajan on korvattava päämiehelleen toimeksiantoa hoitaessaan tahallaan tai tuottamuksellisesti aiheuttamansa vahinko samojen periaatteiden mukaisesti kuin toimeksisaajien yleensäkin.²⁷⁴ Asianajajien vahingonkorvausvastuu päämiestä kohtaan perustuu KK 18 lukuun, ja se on lähtökohtaisesti *tuottamusvastuuta*. Tämä ilmenee epäsuorasti AAL 5 §:stä, jonka mukaan ”asianajajan tulee rehellisesti ja tunnollisesti täyttää hänelle uskotut tehtävät sekä kaikessa toiminnassaan noudattaa hyvää asianajotapaa”. Tuottamusvastuu onkin vakiintunut oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa toimeksiantosopimussuhteessa aiheutettujen vahinkojen korvausperusteeksi.²⁷⁵

²⁷³ Peltonen DL 2001 s. 5. Lojaliteetista yleisenä siviilioikeudellisena periaatteena erityisesti toimeksiantosuhteessa *Saarnilehto ym.* 2001 s. 118–119. Ks. myös *Rogers ym.* 1995 s. 12, jossa todetaan, ettei joissakin oikeusjärjestyksissä vastuu kolmatta kohtaan voi lainkaan tulla kysymykseen sen vuoksi, että vastuu syntyy vain päämiestä kohtaan toimeksiantosuhteen perusteella.

²⁷⁴ *Halila – Hemmo* 1996 s. 201.

²⁷⁵ *Taxell* 1972 s. 281, *Halila – Hemmo* 1996 s. 161 ja *Peltonen DL* 2001 s. 5.

Asianajotoimeksianto ei poikkea suuresti muista neuvonantajapalveluita koskevista toimeksiannoista.²⁷⁶ Toimeksiantosopimus on vapaamuotoinen sopimus, eikä asianajotoimeksiannoista ole tapana sopia kirjallisesti. Korvausvastuu syntyy sellaisten velvollisuuksien rikkomisella, joiden noudattamiseen asianajaja on sopimukset tekemiselle sitoutunut tai katsottava sitoutuneen päämiestä kohtaan.²⁷⁷ Asianajajayhtiöiden käytännöt vaihtelevat tässä suhteessa due diligence -toimeksiannoista sopimisessa, mutta pääsääntö suomalaisessa käytännössä näyttäisi olevan edelleen se, ettei näistäkään toimeksiannoista sovita kirjallisesti.²⁷⁸ Sen sijaan muut asiantuntijat kuten tilintarkastajat tekevät due diligence -toimeksiannoista yksityiskohtaisen kirjallisen toimeksiantosopimuksen ennen tarkastukseen ryhtymistä.²⁷⁹ Tämä helpottaa yhtäältä asiantuntijan vastuulle kuuluvien velvollisuuksien määrittelyä, mutta mahdollistaa toisaalta myös nimenomaisten vastuunrajoituslausekkeiden käytön.²⁸⁰

Mikäli toimeksiannosta ei ole sovittu kirjallisesti erityisessä toimeksiantosopimuksessa, määräytyvät asianajajayhtiön velvollisuudet sen mukaan, mitä asianajajayhtiön ja päämiehen välillä katsotaan sovitun toimeksiantoa edeltäneessä kirjeenvaihdossa ja suullisissa neuvotteluissa. Toimeksiannon sisällön selvittämistä edistää tällöin useiden asiantuntijoiden erityislainsäädäntöön perustuva dokumentointivelvollisuus: esimerkiksi asianajajia velvoittaa SAL:n sääntöjen 39 §, jonka mukaan liiton *jäsenen tulee pitää asianmukaisia tilejä ja luetteloita diaarimerkintöineen vastaanotetuista tehtävistä sekä niissä suoritetuista toimista*.²⁸¹ Silloinkin, kun toimeksiannon sisällöstä olisikin sovittu kirjallisesti, asianajajayhtiö on lisäksi velvollinen noudattamaan muita päämiehen tälle antamia toimioh-

²⁷⁶ Halila – Hemmo 1996 s. 190. Samasta Tiberg – Dotevall 1994 s. 25–33. Muissa toimeksiantosuhteissa omaksutut periaatteet soveltuvat myös asianajajan korvausvastuuseen joko suoraan tai analogioin.

²⁷⁷ Peltonen 1994 s. 315.

²⁷⁸ Kull 9.1.2004. Toisin kuitenkin esimerkiksi Saanio (15.10.2003), joka arveli asianajajayhtiöiden vastuunrajoituskäytännön due diligence -toimeksiannoissa olevan säännönmuukaista.

²⁷⁹ Salminen 16.1.2004.

²⁸⁰ Ks. myös Blomquist ym. 2001 s. 39, jossa todetaan, että ostajatahon ja asiantuntijoiden välille solmittava toimeksiantosopimus tehdään lähes poikkeuksetta kirjallisesti ns. *engagement letterin* muodossa. Erityisesti tilintarkastajat ja investointipankit laativat tarkkarajaisia toimeksiantosopimuksia vastuunrajoituslausekkeineen. Näitä ilmenee jonkin verran myös ulkomaisissa asianajotoimeksiannoissa. Tästä myös Isokorpi 31.12.2003.

²⁸¹ Mäntysaari DL 2000 s. 247. Ks. myös SAL Asiakirjojen säilyttämistä koskeva suositus (3.5.1991).

jeita.²⁸² Kuten edellä on kuitenkin todettu, saattaa asianajajayhtiöllä olla toimeksiantosuhteessa esimerkiksi joitakin tiedonantovelvollisuuteen liittyviä sivuvelvoitteita, joiden laiminlyönti saattaa myös aiheuttaa korvausvastuun.

5.1.2 Tuottamusta koskeva todistustaakka ja korvauksen määrä

Asianajajayhtiön sopimusperusteinen korvausvastuu päämiehelle on käännettyyn todistustaakkaan perustuvaa tuottamusvastuuta (ekskulpaatiovastuu).²⁸³ Tuottamusvastuu asiantuntijapalveluissa on oikeuskäytännössä ollut esillä esimerkiksi pankin notariaattitoimeksiantoon liittyvää vastuuta koskeneessa ratkaisussa KKO 1992:165, asianajajayhtiön vastuuta koskeneessa tapauksessa KKO 1996:92 sekä jo edellä mainitussa verokonsultointitapauksessa KKO 1999:80.²⁸⁴ Ekskulpaatiovastuussa ratkaisevaa on se, kykeneekö asianajajayhtiö näyttämään, että se on menetellyt huolellisesti toimintavelvoitteitaan täyttäessään.²⁸⁵ Näin ollen vastuu rakentuukin pääsääntöisesti käännetyn todistustaakan varaan.²⁸⁶ Sen sijaan todistustaakka vahingon syntymisestä, syy-yhteydestä ja vahingon määrästä on vahinkoa kärsineellä päämiehellä.²⁸⁷ Ellei vahingon määrästä kuitenkaan ole näyttöä tai se on vain vaikeuksin esitettävissä, se voidaan OK 17:6:n perusteella arvioida kohtuuden mukaan.²⁸⁸

Asianajajayhtiön vastuu voi syntyä periaatteessa lievänkin tuottamuksen perusteella. Vastuu toimeksiantosuhteessa kattaa varallisuusvahingot ja siinä noudatetaan lähtökohtaisesti täyden korvauksen periaatetta:²⁸⁹ tämä

²⁸² Ks. esim. *Ylänkö* 1985 s. 99, joka toteaa, että toimiohjeiden noudattamista on myös oikeuskäytännössä pidetty itsestään selvänä asiamiehen velvollisuutena. Ks. myös *Saxén* 1995 s. 32–33.

²⁸³ *Halila, J.* 1955 s. 288–290. Samoin *Peltonen* DL 2001 s. 5 ja *Halila – Hemmo* 1996 s. 161.

²⁸⁴ Tapauksessa KKO 1996:92 asianajajayhtiön kohdistettu korvauskanne hylättiin, koska se oli näyttänyt menetelleensä asiassa huolellisesti. Ratkaisusta 1999:80 erityisesti *Mäntysaari* DL 2000 s. 245–273 ja *Tikka* 1999 s. 303–307.

²⁸⁵ Ks. *Saarnilehto ym.* 2001 s. 539 ja *Hemmo* 2003b s. 236–237.

²⁸⁶ Ks. Myös *Halila, J.* 1955 s. 288, joka perustelee tätä sillä käytännöllisellä seikalla, että tarvittava todistamateriaali on yleensä juuri asianajajan tai muun toimeksisaajan hallussa. Samasta *Hemmo* 2003b s. 236–237. Näyttökysymysten varmistamiseksi *Saario* 2003 s. 15–19 toteaaakin, että kaikki materiaali, johon due diligence -tarkastuksen aikana on tutustuttu, tulisi dokumentoida tarkastuksen aikana.

²⁸⁷ Ks. esim. *Saxén* s. 133–137.

²⁸⁸ Ks. *Aurejärvi* 1988 s. 131, joka toteaa, että OK 17:6:a on käytännössä sovellettu melko väljästi. Ks. myös *Lappalainen ym.* 2003 s. 559.

²⁸⁹ *Peltonen* DL 2001 s. 5.

ilmenee myös KK 18:3:sta, jossa säädetään että ”asiamies ... vastatkoön kaiken vahingon”. KL 67 §:ssä suoritettu jako välittömiin ja välillisiin vahinkoihin ei siten ole toimeksiantosopimussuhteessa merkityksellinen, vaan pääsäännön mukaan sekä välittömät ja välilliset vahingot korvataan.²⁹⁰

Tiedonannon virheellisyyteen tai puutteellisuuteen perustuvan vahingonkorvauksen määrän laskeminen lienee kuitenkin yleensä hyvin hankalaa. Vahingonkärsijän tulee korvauksen johdosta päästä asemaan, jossa hän olisi ollut, ellei vahinkotapahtuma olisi sattunut (differenssioppi). Vahingonkärsijä ei siten saa joutua vahingon vuoksi taloudellisesti huonompaan asemaan kuin missä hän olisi ilman vahinkotapahtumaa, mutta vahinkotapahtumasta ei saa myöskään hyötyä.²⁹¹ Esimerkiksi verokonsultointitapauksessa KKO 1999:80 korkein oikeus totesi ensinnäkin, että veroseuraamuksista annetun tiedon virheellisyys oli aiheuttanut vahinkoa. Korkein oikeus huomautti kuitenkin myös, että vuokraoikeuden luovutuksesta aiheutuneesta veroseuraamuksesta oli aiheutunut kantajalle myös verotuksellisia etuja. Vahingon suuruuden arvioimisen vaikeutta kuvaa korkeimman oikeuden seuraava toteamus: ”luovutuksesta saadun edun määrä, joka on harkittava järjestelyn kokonaisuuden perusteella ja joka on riippuvainen useasta arvionvaraisesta tekijästä, ei kuitenkaan ole näissä olosuhteissa edes tarkasti laskettavissa”.²⁹²

Asianajajayhtiön vahingonkorvausvastuuta voidaan sovittaa sillä tavoin kuin sopimusperusteista vahingonkorvausta yleensäkin.²⁹³ Sovitteluharkintaan vaikuttavat esimerkiksi tuottamuksen ja toiminnan laatu sekä osapuolten vakuutusmahdollisuudet.²⁹⁴ Tuottamuksen asteen ohella korvauksen määrään voi vaikuttaa vahingonkärsineen oma myötävaikutus.²⁹⁵ *Peltonen* toteaa kuitenkin, että toimeksiantosuhteessa korvauksen epäminen

²⁹⁰ Sen sijaan em. ennakoitavuusvaatimus saattaa rajoittaa välillisten vahinkojen korvaamista. Samoin vastuunrajoituslausekkeissa välilliset vahingot on usein rajattu korvausvastuun ulkopuolelle. Eri asia kuitenkin on se, miten välilliset vahingot kussakin yksittäistapauksessa määritellään.

²⁹¹ *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 281.

²⁹² Tapauksesta myös *Tikka* 1999 s. 303.

²⁹³ *Halila – Hemmo* 1996 s. 202. Ks. myös *Peltonen* DL 2001 s. 17–19. Vastuuvakuutuksen kattamaa osaa vahingosta ei kuitenkaan voida ottaa huomioon sovitteluharkinnassa. Sovitteluperiaatteista neuvonantajapalveluissa myös *Kleineman* SvJT 1998 s. 206–209. Myös se, että neuvonantaja on laiminlyönyt ottaa saatavilla olleen vastuuvakuutuksen voi estää sovittelun.

²⁹⁴ Sovitteluharkinnasta sopimusvastuussa esim. *Hemmo* 2003b s. 316–322 ja *Hemmo* 1994 s. 51–158. Asianajajan pakollisesta vastuuvakuutuksesta esim. *Peltonen* DL 2001 s. 23–24.

²⁹⁵ *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 323.

tai sovittelu päämiehen oman tuottamuksen tai muun myötävaikutuksen perusteella tulee kysymykseen vain poikkeuksellisesti.²⁹⁶ Tämä näkemys lieneekin perusteltu perinteisemmissä, erityisesti yksityishenkilöitä koskevissa toimeksiannoissa, mutta nyt tarkasteltavana olevassa due diligence -toimeksiannon kaltaisessa liike-elämän juridiikkaan liittyvässä tapauksessa sovittelun rajoittamiselle ei välttämättä liity samanlaisia (oikeuspoliittisia) perusteita.

Mielestäni asianajajayhtiön vahingonkorvausvastuuta voidaan rajoittaa päämiehen oman myötävaikutuksen perusteella esimerkiksi niin sanotussa *management-buy-out*-kaupassa,²⁹⁷ jossa kohdeyhtiön ostaa sen toimiva johto. Tällöin päämies/päämiehet eivät useinkaan voine vedota asianajajayhtiön tiedonantovirheenä johonkin sellaiseen kaupan kohteen arvoon liittyvään seikkaan, josta he olisivat joka tapauksessa olleet itse paremmin selvillä johtaja-asemansa perusteella kuin due diligence -toimeksiannon toteuttanut asianajajayhtiö. Myötävaikutukseen voitaneen rinnastaa muisakin tilanteissa päämiehen oma asiantuntemus: vaikka vahingonkärsijän oma asiantuntemus ei lähtökohtaisesti vaikutakaan asiantuntijatoimeksi-saajan *tuottamusarviointiin*, se saattaa kuitenkin sovittelussa omaan myötävaikutukseen rinnastettavana seikkana alentaa korvausmäärää.²⁹⁸

5.2 Vastuu kolmannelle

5.2.1 Yleistä

Erilaiset asiantuntijapalvelujen tarjoajat – mukaan lukien asianajajat – ovat kansainvälisessä käytännössä joutuneet yhä useammin toimeksiantosuhteeseen nähden kolmansien esittämien korvausvaatimusten kohteiksi väitettyjen tiedonantovirheiden perusteella.²⁹⁹ Sopimusoikeudessa on kuitenkin ollut yleisenä lähtökohtana sopimuksen oikeusvaikutusten rajoittuminen

²⁹⁶ Peltonen 2001 s. 16.

²⁹⁷ Management-buy-out-kaupan erityispiirteistä ks. esim. Hultmark 1992 s. 269–272.

²⁹⁸ Vrt. Samuelsson ja Søgaard 1993 s. 39.

²⁹⁹ Tästä esim. Hunter 1997 s. 425. Samoin Rogers ym. 1995 s. 13 ”One of the concerns expressed about the development of liability to non-clients in the law is that it will lead to an excessive number of additional claims against lawyers: ‘opening of the floodgates’ argument.” Saman huomion tilintarkastajien vahingonkorvausvelvollisuudesta kolmanteen nähden tekee Mäntysaari (DL 1996 s. 175–176). Korvausvaatimukset saattavat olla mittavia tilintarkastajan toimeksiannosta laskuttamaan palkkioon ja tilintarkastusyhteisön varoihin nähden.

sopimuksen välittömiin osapuoliin (ns. *privity of contract* -oppi).³⁰⁰ Tämä kaksiasianosaissuhdetta painottava näkemys on vallitseva myös Suomen oikeudessa.³⁰¹ Siten sopimussuhteeseen nähden ulkopuoliset eivät lähtökohtaisesti voi saada oikeuksia toisten solmimien sopimusten perusteella. Tämän vuoksi toimeksiantosuhteeseen nähden kolmannen vahingonkorvausoikeudellinen asema suhteessa due diligence -toimeksiannon toteuttaneeseen asianajajayhtiöön tulee lähtökohtaisesti arvioitavaksi sopimuskensulkoisten vastuusääntöjen perusteella, joille on ominaista erityisesti varallisuusvahingon korvaamiseen liittyvät rajoitukset.³⁰² Tämä pääsääntö estää käytännössä due diligence -toimeksiannon toteuttaneen asianajajayhtiön korvausvastuun toimeksiantosopimussuhteeseen nähden kolmatta kohtaan tämän kärsimän taloudellisen vahingon osalta.

Privity of contract -oppiin liittyvien poikkeusten määrä on jatkuvasti lisääntynyt ja tarkkarajaista sopimus/delikti-jaottelua puoltavaa kantaa onkin jossain suhteissa arvosteltu, kun on otettu huomioon esimerkiksi nykyaikaisen taloudellisen toiminnan verkostoituminen.³⁰³ Erityisesti kuluttajaoikeudellisessa lainsäädännössä ilmenee monia poikkeuksia vastuun rajoittamisesta välittömään sopimussuhteeseen. Esimerkiksi kiinteistönvälitystoimeksiannossa välittäjä on erillisen vastuunormin perusteella vastuussa myös toimeksiantajansa vastapuolelle aiheutuneesta (taloudellisesta) vahingosta, jonka välittäjän virheellinen toiminta on aiheuttanut (KVVL 14 §).³⁰⁴ Myös kotimaisessa oikeuskäytännössä on muutamissa uusissa KKO:n ratkaisuissa tullut esiin mahdollisuus poiketa sopimuksen vaikutusten rajoittumisesta sopijapuolten välille.³⁰⁵ Vaikka varallisuusvahinkojen korvaaminen sopimuskensulkoisessa suhteessa on edelleen vahva pääsääntö, antaa edellä mainittu kehitys aihetta tarkastella sellaisia mahdolli-

³⁰⁰ Ks. klassisen sopimusoikeuden peruslähtökohdista ja *privity of contract* -opista esim. *Hemmo* 1998 s. 253. Samasta myös *Kiiha* 2002 s. 127–131 ja *Salmond – Heuston* 1992 s. 212–213.

³⁰¹ *Kivimäki – Ylöstalo* 1981 s. 253 ja 274 ja *Hemmo* 2003b s. 416–417. Samoin Ruotsin oikeudesta esim. *Hellner* 1996 s. 124.

³⁰² Myös kansainvälisesti deliktivastuun ensisijaisuudesta muihin kuin asianajajan omaan päämieheen ks. *Rogers ym.* 1995 s. 12–13: ”*More often than not it is accepted that lawyers may be subject of claims for negligence by non-clients under the general principles of law of delict or tort.*”

³⁰³ *Hemmo* 1998 s. 274–279, *Kiiha* 2002 s. 125. Ks. myös uuden varallisuusosoikeuden prosessikäsitteestä erityisesti *Pöyhönen* 2000 s. 144–146. Samoin *Lauriala* 2001 s. 24–25.

³⁰⁴ *Kasso* 2001 s. 492–493.

³⁰⁵ Ks. erityisesti asianajajan vastuuta koskenut ratkaisu KKO 1992:44 sekä tapaus KKO 1999:19, jossa oli kyse tilitoimiston vastuu kauppakirjan laatimiseen liittyneessä toimeksiannossa.

sia perusteita, joiden vuoksi asianajajayhtiön vastuuta kolmanteen nähden voitaisiin puoltaa erityistilanteissa.

Toimeksisaajan velvollisuuksista päämiehen vastapuolta kohtaan ei ole tarkkarajaisia normeja. Lähtökohtana yleisten toimeksiantosopimuksia koskevien periaatteiden mukaisesti on, *ettei* toimeksisaajalla ole erityisiä velvollisuuksia päämiehen vastapuolta kohtaan, tosin mikä tahansa menettely ei tule kysymykseen niin siviili- kuin rikosoikeudellisenkin sääntelyn vuoksi.³⁰⁶ Raja sopimusvastuun ja sopimuksenulkoisen vastuun välillä ei kuitenkaan ole tarkka. Esimerkiksi *Saxén* toteaa, että sillä, aiheuttaako virheellinen tiedonanto vahinkoa sopimuskumppanille vai jollekin kolmannelle, ei usein ole *käytännöllistä* eroa. *Saxénin* mielestä sanottu ei koske vain puhtaan varallisuusvahingon korvaamista, vaan yhtäläisyyksiä on tällöin myös *tuottamus- ja ennakoitavuusarvioinneissa*. Yleensä argumentti, johon tällaisissa tilanteissa voidaan vedota, on sopimuksenulkoisen suhteen erityiset *sopimuksenkaltaiset piirteet (avtalsliknande förhållande)*. Tällöin myös sopimuksen ulkoisessa suhteessa vastuun lähtökohdaksi voidaan ottaa sopimusperusteiset vahingonkorvausperiaatteet.³⁰⁷

Kun arvioidaan, keitä välittömän sopimussuhteen ulkopuolisia kohtaan asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuus voi syntyä, on lähtökohtana pidettävä sitä, että *due diligence* -raportti laaditaan yleensä omalle päämiehelle (tässä ostajalle).³⁰⁸ Näin ollen vain tämä saa pääsääntöisesti luottaa raportin tietoihin ja vain päämies voi siten olla oikeutettu vahingonkorvaukseen asianajajayhtiön tuottamuksen perusteella.³⁰⁹ Raportti saattaa kuitenkin olla tärkeä päätöksenteon perusta myös esimerkiksi rahoittajalle: yrityskaupoissa ostaja joutuu usein turvautumaan huomattavassa määrin ulkopuoliseen rahoitukseen.³¹⁰ Sen sijaan ostajan ”vasta-

³⁰⁶ *Halila – Hemmo* 1996 s. 2000, samoin *Kivimäki* 1924 s. 134.

³⁰⁷ *Saxén* 1995 s. 289. Ks. tiedonantovirheproblematiikasta myös *Hemmo* 2002 s. 17.

³⁰⁸ Yrityskaupprosessissa ostajan neuvonantajat saattavat tosin raportoinnissaan viitata toisen konsultin päämiehelleen laatimaan *due diligence* -raporttiin. Tällaisissakin tilanteissa saattaa aktualisoitua vastaavatyypinen sopimus ja kolmas -kysymyksenasettelu. Yleensä vastuuta pyritään kuitenkin ennakolta rajoittamaan esimerkiksi osoittamalla raportit vain tietyille vastaanottajille ja tiettyihin käyttötarkoituksiin. Käytännössä voi silti ilmetä epäselvyyksiä siitä, missä määrin toisten raportteihin voidaan tukeutua ja missä määrin pelkkä viittaaminen toisen asiantuntijan laatimaan raporttiin voi aiheuttaa neuvonantajan vastuun tällaisen raportin tiedonantovirheistä. Tästä myös *Isokorpi* 31.12.2003.

³⁰⁹ Tästä pääsäännöstä ks. *Kersby JT* 1997 s. 152.

³¹⁰ Ks. *Unger NJM* 2002 s. 578–579. ks. myös sivullisintressenttitilanteissa M&A -toiminnassa *Lauriala* 2001 s. 150–153. Sopimuksen kohteen tarkastamiseen sekä velalliseen maksukykyyn ja luotonantoon liittyvistä kolmikantatilanteista ks. myös *Hemmo* 1998 s. 300–303. Vrt. samantyyppisestä tilanteesta kiinteistönvälitystoiminnassa esim. *Jokimäki*

puolta” eli myyjää kohtaan asianajajayhtiö voisi tuskin joutua vastuuseen yrityskaupan kohteesta laatimansa puutteellisen due diligence -raportin perusteella tässä tutkielmassa tarkasteltavassa tyyppitilanteessa, koska myyjän oletettaneen joka tapauksessa tuntevan kaupan kohde parhaiten.³¹¹

Asianajajayhtiön mahdollista korvausvastuuta toimeksiantosopimuksesta ulkopuolista kohtaan voidaan lähestyä kahdesta eri lähtökohdasta. Ensinnäkin voidaan argumentoida, että VahL 5:1:n edellyttämä ”erityisen painavat syyt” -kriteeri täyttyy esimerkiksi sen vuoksi, että asianajajayhtiö on laiminlyönyt hyvän asianajajataivan noudattamisen due diligence -tarkastusta toteuttaessaan. Toisaalta kolmannen korvausoikeutta voidaan joissakin tapauksissa perustella edellä mainitulla *sopimuksenkaltaisuusargumentilla*. Tällöin varallisuusvahinkojen korvaamista puoltava vaikutus voi toteutua kahdella tavalla: sopimuksenkaltaisuutta saatetaan ensinnäkin pitää VahL 5:1:n mukaisena erittäin painavana syynä. Toinen vaihtoehto on katsoa, että sopimuksenkaltaisuus johtaa deliktivastuunormiston syrjäytymiseen ja siihen, että oikeussuhdetta arvioidaan sopimusperusteisten vastuunormien tuella. Näiden argumenttien menestymismahdollisuuksia pohditaan seuraavassa.

5.2.2 Korvauksen edellytykset sopimuksenulkoisessa suhteessa

Koska asianajajayhtiön ja due diligence -raporttiin luottaneen kolmannen kuten rahoittajan välillä ei ole sopimussuhdetta, asianajajayhtiön korvausvastuu määräytyy tällaista kolmatta kohtaan lähtökohtaisesti vahingonkorvauslain mukaan. Kysymys on tällöin VahL 2:1:n mukaisesta tuottamuvastuusta. Oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa vallitseva kanta on, että vahingonkärsijällä on pääsääntöisesti todistustaakka korvausvastuun

2001 s. 46–47, joka toteaa, että kiinteistönvälittäjän laatima arviokirja saattaa joutua tertiuksen, kuten rahoittajan, käsiin ja tämän luotonmyöntämistä koskevan päätöksenteon perustaksi. Samanlaiset kysymyksenasettelut voivat aktualisoitua myös asianajajayhtiöiden laatimien ja kolmansille osoittamien legal opinion -kirjeiden yhteydessä. Ks. esim. *Kleineman* 1987 s. 558 alaviite 99, jonka mukaan *legal opinion* on eräänlainen muodollinen todistus transaktion oikeudellisista edellytyksistä. Asianajajayhtiöt laativat kotimaisen päämiehensä sopijakumppania varten (esim. rahoittaja kuten ulkomainen pankki) lausunnon esimerkiksi lainatransaktion edellytyksistä sovellettavan lain valossa.

³¹¹ Vastuu oman päämiehen *vastapuolta* kohtaan saattaisi sen sijaan tulla ainakin hypoteettisesti kysymykseen esimerkiksi *myyjätahon* ja tämän neuvonantajien toteuttaman *vendor's due diligence* -tarkastuksen ja sen perusteella laaditun kohdeyrityksen tarjousesitteen (ns. *information memorandum*) perusteella. Tällöin voitaisiin kysyä, voisiko esitteen laatimiseen osallistunut asiantuntija asemassaan *myyjän neuvonantajana* vastata kohdeyhtiön osittajalle kaupan kohteen tarjousesitteestä poikkeavista ominaisuuksista.

edellytyksistä, kuten tuottamuksesta, vahingosta ja syy-yhteydestä sopimuksenulkoisessa suhteessa.³¹²

Mikäli asianajajayhtiön katsotaan tuottamuksellaan aiheuttaneen kolmannelle henkilölle *varallisuusvahingon*, vaaditaan korvausvastuun syntymiseksi myös jonkin VahL 5:1:ssä mainitun lisäedellytyksen täyttyminen. Varallisuusvahinkojen korvaamisen erityisedellytyksistä tulee tässä tutkimuksessa lähinnä kysymykseen se, onko korvausvastuun olemassaololle katsottava olevan vahingonkorvauslain edellyttämiä *erityisen painavia syitä*. Lainkäytön kannalta on kuitenkin pidetty ongelmallisena sitä, ettei VahL 5:1:n lopullista säännösversiota perusteltu lainvalmistelutyössä eikä säännöksen tarkoittamien ”erittäin painavia syitä” ole määritelty esitöiden tasolla.³¹³ Lain sanamuodot viittaavat kuitenkin siihen, että kyseessä ovat ”kohtalaisen harvoin syntyvät seikat”.³¹⁴ Näin ollen varallisuusvahingon korvaaminen sopimussuhteen ulkopuolella on lähtökohtaisesti hyvin rajoitettua erityisesti liike-elämässä toimivien välillä, mikä onkin perusteltua yleisen toimintavapauden suojaamisella.³¹⁵

Oikeuskäytännössä suurimman *erittäin painavat syyt* -tunnusmerkistöä koskevan ratkaisuryhmän muodostavat tilanteet, joita on arvioitu jollakin tavoin *hyvän tavan vastaiseksi*³¹⁶. Tämä voi ilmetä esimerkiksi jonkin elinkeinonalan sisäisten tapaohjeiden loukkaamisena.³¹⁷ Muita perusteita, joilla VahL 5:1:ssä mainittujen erityisen painavien syiden voidaan katsoa täytyvän, on oikeuskirjallisuudessa mainittu esimerkiksi tuottamuksen törkeys sekä oikeussuhteen sopimuksenkaltaiset piirteet.³¹⁸

Asianajajilla voikin olla lakiin ja hyvään asianajajatapaan perustuvia velvollisuuksia myös toimeksiantosuhteeseen nähden kolmatta henkilöä

³¹² Hemmo 1998 s. 49–50. Samasta ja pääsäännön poikkeuksista mm. Routamo – Ståhlberg 2000 s. 358–362. Ks. myös Hemmo 1998 s. 50, joka toteaa, että oikeussuhteen *sopimuksenkaltaiset piirteet saattavat* sopimuksenulkoisessa suhteessa muuttaa todistustaakan jaon käännetyksi todistustaakaksi. Myös tosiasialliset näyttömahdollisuudet voivat vaikuttaa todisteluun.

³¹³ Säännöksen lainsäädäntöhistoriasta Oikeusministeriön VahL 5:1:n korvaustarvetta koskevassa selvityksessä, Hemmo 2002 s. 6. Ks. myös Hemmo 1998 s. 62–65.

³¹⁴ Hemmo 1998 s. 71.

³¹⁵ Ylöstalo 1975 s. 241.

³¹⁶ Ks. Hemmo 1998 s. 71–72, joka viittaa professori Ylöstalon lainvalmistelun yhteydessä painottamaan hyvän tavan vastaisuuteen vahingonkorvausvelvollisuuden syntymistä puoltavan perusteena. Ks. myös Ylöstalo LM 1975 s. 241–242. Koska KKO:n oikeuskäytännössä tapaukset ovat olleet hyvin tosiseikastosidonnaisia, on laajempien suuntalinjojen määrittäminen *erityisen painavien syiden* -kriteerille ilman esitöiden tukea vaikeaa.

³¹⁷ Ks. erityisesti ratkaisut KKO 1991:79 (hyvän lehtimiestävän rikkominen) sekä KKO 1992:44 (hyvän asianajajatavan rikkominen).

³¹⁸ Hemmo 1998 s. 76–82.

kohtaan. Näin ollen asianajaja voi joutua korvaamaan myös toimeksiantajansa vastapuolelle tai muille sivullisille aiheuttamansa vahingon.³¹⁹ Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1992:44, joka koski asianajajan vastuuta toimeksiantosuhteeseen nähden ulkopuolista henkilö kohtaan, KKO:n enemmistö perusteli erittäin painavien syiden olemassaoloa asianajajan asemalla ja SAL:n sääntöjen mukaisella erityisellä velvollisuudella toimia tunnollisesti.³²⁰ Hyvää asianajajatapaa ei perusteluissa mainittu nimenomaisesti, mutta edellä mainittu tunnollisuusvaatimus on ilmaistu hyvää asianajajatapaa koskevissa ohjeissa, minkä vuoksi vastuun voidaan katsoa syntyneen hyvän asianajajatavan rikkomisesta. Asianajajalla voi usein olla ratkaisun KKO 1992:44 tavoin esimerkiksi perinnönjakokirjan tai lahjakirjan laatijana velvoitteita myös muita kuin toimeksiantajaa kohtaan. Tällaisissa tapauksissa vahingonkärsijällä on kuitenkin jonkinlainen intressisuhde ainakin jompaankumpaan toimeksiantosopimuksen osapuolista.³²¹ Vastavantuypinen velvoite ottaa kolmas huomioon on tunnustettu myös useissa muissa maissa.³²²

Hyvää asianajajatapaa koskevissa tapaohjeissa on määritelty kuitenkin vain muutamia sellaisia velvoitteita, jotka kohdistuvat suoraan kolmanteen, ja nämäkin velvoitteet liittyvät painostuksen (HAO 33§) tai harhaanjohtamisen kiellon (HAO 37§) kaltaisiin väärinkäyttötilanteisiin. Pääsääntöisesti asianajajilla ei kuitenkaan ole suoranaisia velvoitteita toimeksiantosopimukseen nähden kolmansia kohtaan, ja asianajajan uskollisuus- ja lojaalisuusvelvoitteet suhteessa päämieheen tämän etujen ajajana ovatkin yleisesti korostettuja.³²³ Asianajajalla ei ole velvollisuutta toimia päämiehensä vastapuolen oikeudellisena neuvonantajana, eikä tällä sen vuoksi ole oikeutta olettaa, että asianajajan arvio oikeustilasta kyseisessä tilanteessa olisi materiaalisesti oikea.³²⁴ Asianajajilla on lisäksi usein intressiristiriita mahdollisia kolmansia, kuten päämiehen vastapuolta kohtaa, mikä

³¹⁹ Peltonen 2001 s. 6 ja Halila – Hemmo 1996 s. 203.

³²⁰ Hemmo 1998 s. 72.

³²¹ Hemmo 1998 s. 281.

³²² Ks. esim. Rogers ym. s. 12–13: ”Various countries provide different examples: the lawyer may be deemed to owe a duty of care both to husband and wife, to both parties in a property transaction, or to lender and borrower, even though he has been instructed by only one of the parties.” Samasta Kleinman 1987 s. 463.

³²³ Ks. myös Tarkka DL 2001 s. 734, joka huomauttaa, että CCBE:n tapaohjeista puuttuu kokonaan vastapuolta kohtaan olevat velvollisuudet – vastaavat määräykset puuttuvat myös useista eurooppalaisista kansallisista tapaohjeista. Tähän vaikuttanee Tarkan mukaan asianajajan pääasiallinen tehtävä päämiehen etujen ajajana.

³²⁴ Wiklund 1973 s. 460. Ks. myös Heuman 1985 s. 18–19 sekä Kruse 1974 s. 83.

puoltaa sopimuksenulkoisen vastuun rajoittamista.³²⁵ Arvioitaessa sopimuksen vaikutusta kolmannen asemaan huomiota täytyykin kiinnittää erityisesti siihen, onko päämiehellä ja kolmannella yhteisiä intressejä vai onko heillä peräti intressiristiriita.³²⁶ Myös tapauksen KKO:1992:44 tosiseikasto edellytti hyvän asianajajatavan loukkaamisen lisäksi sen arvioimista, oliko vahingonkärsijällä *perusteltuja syitä luottaa* asianajajan toimivan myös hänen hyväkseen.

Vaikka asianajajayhtiön olisikin toimeksiantoa toteuttaessaan näytetty jossain suhteessa loukanneen hyvää asianajajatapaa, on huomattava, ettei hyvän asianajajatavan loukkaaminen ei kuitenkaan välttämättä ole aina *yhteydessä kolmannelle aiheutuneeseen vahinkoon*. Varallisuusvahinkojen korvausedellytyksiin voidaankin liittää ns. *normin suojatarkoitusvaatimus*.³²⁷ Tällöin asianajajayhtiön vastuun syntymiseksi edellytetään, että loukatun hyvää asianajajatapaa koskevan määräyksen on ollut tarkoitus suojata myös kolmannen etuja.³²⁸

Edellä mainittu suojatarkoitusargumentti huomioon ottaen lieneekin epätodennäköistä, että asianajajayhtiön vastuu due diligence -toimeksianton perusteella kolmatta kohtaan aktualisoituisi VahL 5:1:n perusteella ”ainoastaan” hyvää asianajajatapaa loukkaamalla – ainakaan silloin kuin asianajajayhtiön tuottamus ja hyvästä asianajajatavasta poikkeaminen on ollut lievää eikä tapaohjeen normilla ole ollut varsinaisesti tarkoitus suojata jotakin kolmatta.³²⁹ Due diligence -tarkastuksen kaltaisessa liikejuridisessa toimeksiannossa, jossa osapuolten oletettaneen lähtökohtaisesti olevan melko tasavertaisessa asemassa, eivät varallisuusvahinkojen korvaamisen edellytykset sopimuksenulkoisessa suhteessa täyty helposti pelkästään sen vuoksi, että asianajajayhtiön on jossain suhteessa laiminlyönyt tunnollisuusvelvoitettaan (vrt. KKO 1992:44). Nähdäkseni korvausvelvollisuuden syntymiseltä edellytetään joitakin lisäedellytyksiä, eikä pelkästään se, että asianajaja koskee professiovastuun kautta korotetun huolellisuusvelvoitteen vaatimus, saa aikaan vastuuta kolmanteen nähden. Toisin voidaan argumentoida korkeintaan silloin, kun vahingonkärsijänä

³²⁵ Ks. *privity of contract* -pääsäännöstä sekä asianajajan ja päämiehen luottamussuhteesta legal opinion -kirjeiden yhteydessä yhdysvaltalaisessa oikeudessa mm. *Howe* 1989 s. 291.

³²⁶ *Hemmo* 2003b s. 415.

³²⁷ *Hemmo* 1994 s. 127. Samasta myös *Saxén* 1995 s. 140–143 (*normens skyddsändamål*) sekä *Kleineman* 1987 s. 450 (*skyddat intresse*).

³²⁸ *Hemmo* 1998 s. 75.

³²⁹ Ks. *Hemmo* 1998 s. 76–77, joka toteaa, että teon moitittavuus ja tuottamuksen aste saattavat ainakin vaikuttaa osana erityisen painavia syitä.

on liike-elämän käytäntöihin perehtymätön pienyrittäjä, jolloin edelläkin esitetyt kantokykyvertailut eivät samalla tavoin puolla asianajajayhtiön vastuun rajoittamista.

5.2.3 Sopimuksenkaltaisuus-argumentti ja kolmannen perusteltu luottamus

Oikeussuhteen sopimuksenkaltaisuus on kansainvälisesti yleinen varallisuusvahinkojen korvaamista puoltava peruste, jolla myös Suomen oikeudessa voidaan perustella varallisuusvahinkojen korvausvelvollisuutta varsinaisen sopimussuhteen ulkopuolella.³³⁰ Sopimuksenkaltaisuus-argumentin varallisuusvahinkojen korvaamista puoltava vaikutus voi toteutua kahdella tavalla. Tällaista oikeussuhdetta saatetaan ensinnäkin pitää VahL 5:1:n mukaisena erityisen painavana syynä tai ainakin sen tunnusmerkistön yhtenä osana. Toinen lähestymistapa on katsoa, että sopimuksenkaltaisuus johtaa deliktinormiston syrjäytymiseen ja siihen, että oikeussuhdetta arvioidaan sopimusperusteisen vastuunormiston tuella. Voidaan myös ajatella tilanteita, joissa sopimuksenkaltaiset piirteet eivät ole riittävän vahvoja, jotta oikeussuhdetta arvioitaisiin sopimusvastuuna kaikkine siihen liittyvine oikeusvaikutuksineen, mutta joissa oikeussuhteen laatu on kuitenkin peruste *ainakin* varallisuusvahinkojen korvaamiselle.³³¹

Sopimuksenkaltaisuus VahL 5:1 *erityisen painavana syynä* voidaan yhdistää esimerkiksi KKO:n vakuutusyhtiöyönantajan korvausvastuuta koskeneeseen ratkaisuun 1990:26 (Ään. 3–2), vaikkakaan KKO ei täsmentänyt perusteluissaan näitä erityisen painavia syiden sisältöä. Myöhemmin oikeuskäytännössä on kuitenkin sopimuskaltaisten tilanteiden yhteydessä myös sopimusenulkoisissa suhteissa sovellettu yhä useammin *sopimusperusteista vastuunormistoa*.³³² Näissä tapauksissa kahden osapuolen tekemällä sopimuksella on usein ollut *selvästi havaittava sivullisintressenti*.³³³

³³⁰ Ks. *Salmond – Heuston* 1992 s. 214–215 ja 208 vastaavista brittiläisistä käsitteistä ”*special relationship*” ja ”*proximity*”, joiden perusteella varallisuusvahingot voivat tulla korvattaviksi *tort*-tilanteissa.

³³¹ Samasta *Hemmo* 1998 s. 78–82. Sovellettava normisto voi siten olla kombinaatio vastuunormien yleisistä opeista. Tästä myös. *Saxén* 1995 s. 288.

³³² Ks. sopimusperusteisen vastuun soveltamisalaa koskevasta kehityksestä esim. *Hemmo* 2002 s. 11 sekä oikeuskäytännöstä erityisesti ratkaisut KKO 1992:165, KKO 1994:80 ja KKO 1999:19.

³³³ Ks. *Hemmo* 2003b s. 420.

Sopimusvastuun laajentumista sopimussuhteen välittömien osapuolten ulkopuolelle on oikeuskäytännössä ilmennyt esimerkiksi sellaisissa asiakirjan laatimiseen liittyvissä toimeksiannoissa, joissa tuon asiakirjan kautta tehtävällä oikeustoimella on ollut tarkoitus hyödyntää myös kolmatta. Esimerkiksi tapauksessa KKO 1992:165 katsottiin, että lahjakirjan laatimista koskeva toimeksianto oli perustanut toimeksisaajankalle velvollisuuden valvoa myös lahjansaajan etua. Tämän velvollisuutensa täyttämiseksi pankki vastasi lahjansaajaa kohtaan *sopimussuhteita koskevien periaatteiden mukaan* vahingosta, joka aiheutui lahjakirjan laatimisen virheellisyydestä.

Vastaavalla tavalla ratkaisussa KKO 1999:19 korkein oikeus totesi, että kauppakirjan laatimista koskeneen toimeksiannon vastaanottaneen tilitoimiston tehtävänä oli päämiehen ohella ottaa huomioon myös toimeksiannon nähden kolmannen eli päämiehen sopijakumppanin etu. KKO muun muassa totesi, että toimeksiannon vastaanottanut tilitoimisto tiesi osapuolten yhteisestä tarkoituksesta. Tämän vuoksi tilitoimiston tehtävänä ei siten ollut pelkästään sopimusasiakirjojen laatiminen, vaan sen olisi pitänyt ottaa huomioon myös sopimusjärjestelyn tavoitteet. Ratkaisussa todettiin myös, että tehtävää vastaanotettaessa oli voitu havaita, että poikkeaminen mainitusta tarkoituksesta voisi aiheuttaa vahinkoa päämiehen sopijakumppanille. Korkein oikeus katsoikin tilitoimiston olevan laiminlyönnistään vastuussa päämiehensä sopijakumppanille ”sopimussuhteita koskevien periaatteiden mukaisesti”. Näin ollen toimeksisaajalla voikin olla yleisiä toiminta- ja tiedonantovelvollisuuksia toimeksiantajan sopimuskumppaniin nähden esimerkiksi toimeksiannon erityisen sisällön vuoksi.³³⁴

Vastanäkökohtana vastuun syntymiselle edellä mainitussa ratkaisussa korkein oikeus toi esiin sen, että toimeksiannon päämies suorittaa toimeksisaajalle *vastikkeen*, kun taas toimeksisaajan sopimuskumppani ei tällaista suoritusta tee. Yleensä sitoumusten vastavuorottomuus on argumentti välittömän sopimussuhteen ylittävän vastuun torjumiseksi. *Hemmo* huomauttaa tästä vastikkeellisuusargumentista, että joissakin tilanteissa voi olla mahdollista ajatella, että toimeksiantajan sopimuskumppanin katsoa *osallistuneen välillisesti vastikkeen maksuun*. Tällöin voidaan argumentoida, että osapuolten yhteisenä intressinä on hankkia asiantuntijan apua sopimusjärjestelyn toteuttamisessa. Sopimuksen tekoon liittyvät kustannukset vaikuttavat tällöin kummankin osapuolten sopimuksesta saamaan hyötyyn. Käytännössä on myös mahdollista, että toimeksiannon antaja valikoituu suhteellisen sattumanvaraisesti, jolloin aktiivisempi osapuoli ottaa

³³⁴Tästä ”harmaasta vyöhykkeestä” ks. *Hemmo* 2001 s. 61.

tehtävän hoitaakseen, vaikka kummallakin on yhtäläinen intressi avustajan käyttämiseen.³³⁵ Mainitunlaisilla argumenteilla on vastaavuuksia *Pöyhösen* hahmottelemaan uuteen varallisuusoikeuteen. Tällöin juridinen harkintakin muuttuu kokonaisvaltaisemmaksi, jolloin esimerkiksi ”kolmanesta” puhumisen sijasta voidaan puhua erilaisista *intressitahoista*.³³⁶

Suomalaisesta oikeuskäytännöstä ei kuitenkaan ole saatavissa tarkempaa tulkinta-apua sille, miten asianajajayhtiön korvausvastuuta mahdollista kolmatta kohtaan tulisi arvioida. Sen sijaan asianajajan vastuuta due diligence -toimeksiannossa Ruotsin oikeuden näkökulmasta tarkastellut *Kersby* toteaa, että tilanteeseen, jossa ulkopuolinen rahoittaja luottaa asianajajan päämiehelleen laatimaan due diligence -raporttiin, voidaan jossain suhteessa rinnastaa kiinteistönvälittäjän arviokirjan joutuminen rahoittajan käsiin ja tämän lainanmyöntämispäätöksen perustaksi.³³⁷ Tällaista problematiikkaa on käsitelty ratkaisussa NJA 1987 s. 692 (ns. Kone-tapaus) sekä uudemmassa tapauksessa NJA 2001 s. 878.³³⁸ Mainittujen ratkaisujen perustelut ovat varauksin varteenotettavia Suomessakin, tosin samalla on huomautettava, että Ruotsissa sopimuksenkaltaisuudella on argumentoitu laajemmin kuin meillä. Syy tähän on se, että Ruotsin skadeståndslagin 2 §:n sanamuodon mukaan puhdas varallisuusvahinko korvataan vain silloin, kun se on aiheutettu rikollisella teolla.³³⁹

Myös Ruotsin sopimusoikeus lähtee sopimuksen oikeusvaikutusten rajoittumisesta sopimuksen välittömiin osapuoliin.³⁴⁰ Kuitenkin esimerkik-

³³⁵ *Hemmo* 2003b s. 422. Ks. myös *Mäntysaari* DL 2000 s. 247, joka toteaa, että myös ulkomaisessa käytännössä suojataan sellaista kolmannen luottamusta neuvontapalvelujen tarjoajan antamiin neuvoihin, joista neuvonantajapalvelujen tarjoajan pitäisi olla tietoinen. *Vastikkeellisuudella tai vastikkeettomuudellakaan* ei *Mäntysaaren* mukaan ole aina itsenäistä merkitystä. Kolmatta voidaan joka tapauksessa suojata, vaikka neuvo olisi annettu ilmaiseksi.

³³⁶ *Pöyhönen* 2000 s. 140, 154 ja 169–173. Intressitahon käsitteestä *Pöyhönen* 2000 s. 173–176. Intressitaho vastaa oikeussubjektin käsitettä, mutta erona on, että intressitaho perustuu materiaalsiin kriteereihin, kuten yhteiseen liiketoimintariskiin tai käytännön toiminnan päällekkäisyyteen. Tästä myös *Kiiha* 2002 s. 227. Ks. myös *Lauriala* 2001 s. 31.

³³⁷ *Kersby* JT 1997 s. 152.

³³⁸ Ks. myös *Kasso* 2001 s. 569, joka esittelee vastaavan suomalaisen arviokirjatapauksen KKO 7.5.1997, Nro 1534, jolla ei kuitenkaan ole ennakkotapausarvoa tässä sen vuoksi, että eri oikeusasteiden perusteluissa tuoda julki sitä, mikä tällaisissa tapauksissa on varsinaisen korvausperuste. Tapauksessa oli kysymys omakotitalon omistajan oikeudesta vedota kiinteistönvälittäjän rahoittajapankin toimeksiannosta laatimaan, virheelliseksi väitettyyn omakotitalokiinteistöä koskevaan arviokirjaan.

³³⁹ Lain sanamuodon suppeus ei kuitenkaan ole estänyt varallisuusvahinkojen korvaamista koskevan oikeuskäytännön kehittymistä. Tästä mm. *Hellner* 1995 s. 88 ja *Saxén* 1995 s. 285.

³⁴⁰ *Kersby* JT 1997 s. 152.

si edellä mainitussa Kone-tapauksessa Ruotsin HD poikkesi tästä pääsäännöstä. Tapauksessa arviomies laati eräästä kiinteistöstä arviokirjan kiinteistön ostajan toimeksiannosta. Kyseistä arviokirjaa käytettiin kuitenkin myös lainanantopäätöksen perusteena. Kiinteistön ostajan konkurssissa havaittiin, ettei kiinteistö ollutkaan vakuusarvoltaan riittävä. Kaikki oikeusasteet tuomitsivat arviokirjan laatineen yhtiön vastuuseen lainanantajaa kohtaan, koska yhtiön oli näytetty toimineen huolimattomasti.³⁴¹

Alemmat oikeusasteet olivat hahmottaneet arviomiehen ja kiinteistön arviokirjaan luottaneen välisen suhteen sopimuksenomaiseksi, mutta HD luopui tällaisesta konstruktiosta todeten ensinnäkin, että arviokirjan *tarkoitus* on useimmiten toimia kiinteistöön kohdistuviin oikeustoimiin liittyvän *päätöksenteon pohjana* (esim. osto- ja vakuustilanteet). Toimeksiantajana voi tällöin olla yhtä lailla kiinteistön omistaja, lainanantaja taikka potentiaalinen ostaja. Tämän vuoksi arviokirjan laatijalle *täytyy olla selvää*, että useat eri tahot voivat käyttää arviokirjaa tällaisiin tarkoituksiin. HD totesi myös, että on usein väistämätöntä, että jokin muu kuin toimeksiantaja panee arvoa lausunnolle. Tämän vuoksi vastuun rajoittuminen vain toimeksiantajaa kohtaan ei vastaisi kiinteistö- ja luottomarkkinoiden tarpeita. Näillä perusteilla Ruotsin HD tuli seuraavanlaiseen lopputulokseen:

”Övervägande skäl talar för att *den som med fog satt sin tillit till ett värderingsintyg inte skall bära följderna av en skada som ytterst beror på att intygsgivaren föfarit vårdlöst*. Skadeståndsansvaret för den som *yrkesmässigt* åtar sig fastighetsvärderingar bör alltså i regel inte begränsas till skada som uppdragsgivaren lidit utan *omfatta också skada som åsamkats tredje man, såvida inte förbehåll om frihet från sådant ansvar gjorts i ingyget*.”³⁴²

Kleineman toteaa tapauksen perustuvan perustellun luottamuksen aikaansaamaan vastuuseen.³⁴³ Tapauksesta voidaan todeta, että sopimuksen kak-

³⁴¹ Tapauksesta myös *Kleineman* SvJT 1998 s. 201–203 sekä laajemmin *Kleineman* 1987 s. 421.

³⁴² Kursiivi lisätty. Ratkaisussa on huomionarvoista se, että HD:n viimeinen lausuma näyttäisi antavan mahdollisuuden *vastuun rajoittamiseen* kolmatta kohtaan, mikäli tällainen rajoitus käy ilmi arviokirjasta. Vastaavanlainen vastuun rajoittamisen mahdollisuus kolmanteen nähden näyttäisi olevan mahdollista myös Englannin oikeudessa kuuluisan tapauksen *Hedley Byrne and Co. Ltd. v. Heller and Partners Ltd.* [1964] A.C. 465 perusteella, joka koski luotonantajan maksukyvyistä tietoja antaneen pankin vastuuta. Ks. *Salmond – Heuston* 1993 s. 214–215. Tapauksesta myös *Kleineman* JT 2001 s. 626.

³⁴³ Ks. käsitteestä ”den befogade tillitens relevans”. *Kleineman* SvJT 1998 s. 202. *Kleineman* on nähnyt tapauksen kuvaavan professionivastuun laajentuneen myös ulkokontrahdillisiin suhteisiin.

siasiansosaissuhteeseen liittyvistä rajoituksista voidaan luopua ainakin silloin, kun jollakin sivullisella on läheinen intressi sopimukseen, jolloin hänen luottamustaan sopimuksen oikeaan suorittamiseen voidaan pitää perusteltuna. Perustellun luottamuksen suoja on ollut keskeisessä asemassa myös suomalaisessa oikeuskäytännössä.³⁴⁴ Käytännössä luottamuksen perusteltavuus sekä tällaisen intressiaseman suojaaminen riippuu kuitenkin oikeuspoliittisista arvostuksista ja siitä, kuka on tarkoituksenmukainen vastuunkantaja. Pääsääntö lienee, että yleensä vain tietyllä rajatulla piirillä voi olla sopimukseen kyllin läheinen suhde.³⁴⁵

Ruotsin oikeudessa asiantuntijan vastuuta sopimussuhteeseen nähden kolmatta kohtaan on täsmennetty uudemmassa ratkaisussa NJA 2001 s. 878, joka sekin koski kiinteistön arviokirjan käyttämistä lainanantopäätöksen perusteena. Tässä tapauksessa kiinteistönarvointiyhtiö oli laatinut kiinteistöstä arviokirjan, jota oli tarkoitus käyttää todisteena eräässä riitajutussa. Arviokirjaa pyytänyt toimeksiantaja käytti lausuntoa kuitenkin myöhemmin myös hakiessaan pankilta lainaa, joka tälle myönnettiin. Kun kiinteistö myöhemmin myytiin pakkohuutokaupalla toimeksiantajan velkojen maksuun, kiinteistön arvo osoittautui arviokirjassa mainittua arvoa alemmaksi, minkä vuoksi pankki kärsi luottotappion. Ruotsin HD totesi ensinnäkin kiinteistönarvointiyhtiön toimineen tuottamuksellisesti. Koska kiinteistön arviokirja oli kuitenkin tarkoitettu käytettäväksi todisteena eräässä riitajutussa eikä lainansaantimahdollisuuksien selvittämiseksi ja lainanantajapankki oli ollut tästä tietoinen, ei arviokirjan laatinut yhtiö ollut pankkiin nähden vahingonkorvausvelvollinen. HD totesi, ettei pankilla ollut perusteltua luottamusta (*”befogad tillit”*) perustaa lainanantopäätöstään kyseiseen arviokirjaan.³⁴⁶

³⁴⁴ Ks. perustellun luottamuksen merkityksestä Wärtsilän Meriteollisuus Oy:n konkurssiin liittyneissä valtion vastuuta koskeissa KKO:n ratkaisuissa 1999:32 ja 1999:33. Korvausvastuuta perusteltiin olennaisessa määrin luottamuksen suojaamiseen liittyvillä argumenteilla. Tapauksista myös *Hemmo* 2003a s. 50.

³⁴⁵ *Kleinman* 1987 s. 450. Vrt. myös perinteisen *privity*-opin rajoituksista *Schneider* 2002 s. 238–239, joka on tarkastellut yhdysvaltalaisen oikeuden kannalta ympäristökonsulttien vastuuta laatimistaan asiakirjoista. *Schneider* korostaa vastuun syntymiseksi erityissuhteen merkitystä (*special relationship*) sekä vahingon ennakoitavuutta (*foreseeability*). Hän viittaa tässä yhteydessä myös ”liberaaliin tapaukseen” *Grand Street Artists v. General Electric Co.*, D.N.J. 19 F Supp. 2d 242 (August 25, 1998), jossa ympäristökonsultti tuomittiin korvausvastuuseen kolmannen käsiin joutuneen ”*pre-purchase due diligence*” -raportin perusteella. Tapauksesta myös *Reed Lajoux – Elson* 2000 s. 453. Perinteisesti suhtautuminen välittömät sopijapuolet ylittävään vastuuseen on kuitenkin ollut myös Yhdysvalloissa torjuvaa *Schneider* 2002 s. 241.

³⁴⁶ Tapauksesta *Kleinman* JT 2001 s. 628–635.

Ratkaisussa mainitut *käyttötarkoitus* ja toimeksisaajan *tieto* siitä lienevätkin erityisen tärkeitä argumentteja arvioitaessa asianajajayhtiön vastuun laajentamista kolmanteen nähden due diligence -raportin virheellisten tietojen perusteella myös Suomen oikeuden valossa.³⁴⁷ Näin ollen korvausvastuun syntymiseltä lähtökohtaisesti edellyttäneenkin, että asianajajayhtiö on ollut tietoinen siitä, että kolmas perustaa päätöksentekonsa raporttiin. Näin ollen nyt tarkasteltavana olevassa toimeksiantotyypissä esimerkiksi rahoittajan oikeutta luottaa due diligence -raporttiin vähentää se, että toimeksiantajalla ja rahoittajalla on raportille eri käyttötarkoitukset ja että raportin laatimisessa sekä toimeksiannon toteuttamisen laajuudessa on lähtökohtaisesti otettu huomioon vain toimeksiantajan (ostajan) tarkoitus.³⁴⁸

Edellä mainittuun oikeutettuun luottamukseen sekä toimeksisaajan tietoon käyttötarkoituksista liittyy myös jo edellä käsitelty *ennakoitavuusvaatimus*. Tuottamusarvioinnin mielekkyydenkin kannalta on olennaista, että asianajajayhtiö olisi voinut due diligence -toimeksiantoa toteuttaessaan ennakoida vastuun syntymisen myös jotakin kolmatta kohtaan.³⁴⁹ Tuottamukselta vastuuperusteena edellytetäänkin, että arvioitavaan toimintaan liittyy ennakoitava vahinkomahdollisuus.³⁵⁰ Jotta asianajajayhtiön vastuuta suhteessa kolmanteen voitaisiin pitää edellä kuvatulla tavalla *sopimuksenkaltaisena*, edellyttäneenkin kolmannen kärsimältä vahingolta sellaista ennakoitavuuden astetta, joka yleensä liitetään sopimussuhteeseen. Tällöin vaadittaneen, että asianajajayhtiöllä näytetään olleen käsitys siitä, että sen laatimaa due diligence -raporttia käytetään myös esimerkiksi rahoituspäätöksen tekemiseen. Tällöin myös edellytettäneen, että tämä käyttötarkoitus on tullut nimenomaisesti esille ennen due diligence -toimek-

³⁴⁷Käyttötarkoituksesta, ennakoitavuudesta ja perustellusta luottamuksesta erityisesti sopimuksen kohteen tarkastukseen liittyvissä kolmikantatilanteissa ks. *Hemmo* 1998 s. 300–303.

³⁴⁸Tästä erityisesti *tax due diligence* -toimeksiantoihin liittyen *Salminen* 16.1.2004, jonka mielestä toimeksiantosopimukseen sekä due diligence -raporttiin kirjattu toimeksiannon tarkka kuvaus rajaavat tehokkaasti vastuun kolmatta kohtaan. Kuitenkin esimerkiksi *Kull* (9.1.2004) totesi venture capital -sijoittajan ja tämän transaktion rahoittajan tiedontarpeen kohdistuvan käytännössä samaan seikkaan, nimittäin kassavirtaan. Tämän vuoksi voidaan ajatella, että näille laadittavat raportit olisivat tarkoituksiltaan yhteneväisiä.

³⁴⁹Perustellun luottamuksen ja ennakoitavuuden merkityksestä yhdysvaltalaisessa oikeudessa legal opinion -kirjeiden yhteydessä ks. *Howe* 1989 s. 290. ”*The foregoing survey of the state of law regarding the duties and liabilities of attorneys in rendering opinion letter shows that an attorney may well be held personally liable to the addressee of his opinions or some other person when the attorney should have foreseen that the person would and did justifiably rely upon the opinion.*”

³⁵⁰*Hemmo* 1994 s. 165.

siantoon ryhtymistä. Mikäli tällaista tietoa käyttötarkoituksesta ja siihen liittyvistä vahinkoriskeistä ei ole ollut, ennakoitavuusvaatimus ei täyty.³⁵¹

Käytännössä tilanne on usein se, että päämies tarvitsee due diligence -raporttia myös rahoituksensa varmistamiseksi. Tällöin päämiehellä ei ole due diligence -raportista välttämättä täyttä hyötyä, mikäli sen käyttäminen rahoituspäätöksiä suunniteltaessa kielletäisiin.³⁵² Raportin osoittaminen pääsääntöisesti vain tietyille tahoille ja tiettyyn tarkoitukseen rajaavat kuitenkin käytännössä asianajajayhtiön vastuuta mahdollista kolmatta kohtaan: asiantuntijoiden raportointi on tarkoitettu vain toimeksiantajalle, eikä tällä ole yleensä oikeutta antaa raporttia ulkopuolisten käyttöön. Tästä on useimmiten sovittu jo mahdollisessa toimeksiantosopimuksessa ja asiasta mainitaan myös kirjallisessa raportissa.³⁵³ Mahdollisuus ottaa due diligence -raportti rahoituspäätöksen tueksi voidaan kuitenkin toteuttaa niin, että vaikka itse raportti osoitetaan vain päämiehelle, oikeus raportin hyödyntämiseen määrättyissä rajoissa myönnetään (jälkikäteen) myös rahoittajalle tälle erityisesti kohdistetulla kirjelmällä (ns. *reliance letter*).³⁵⁴

Lienee kuitenkin hyvin poikkeuksellista, että asianajajayhtiön vastuu syntyisi toimeksiantosopimukseen nähden kolmatta kohtaan. Onhan varallisuusvahinkojen rajoitetun korvaamisen periaate Suomen oikeudessa vahva pääsääntö. Lisäksi due diligence -raporteissa todetaan yleensä, että raportti on tarkoitettu *vain* päämiehen hyödynnettäväksi ja tämän erikseen *yksilöityihin tarkoituksiin*, mikä jo sinällään estää kolmannen perustellun luottamuksen syntymisen.³⁵⁵ Muina käytännön perusteina vastuun epäämiseen voidaan lisäksi mainita se, ettei kolmas ole suorittanut asianajajayhtiölle vastiketta tämän antamasta neuvonannosta ja toisaalta se, ettei

³⁵¹ Vrt. *Hemmo* 1998 s. 155–156 ja *Hemmo* NJM 2002 s. 60.

³⁵² *Isokorpi* 31.12.2003.

³⁵³ *Blomquist ym.* 2001 s. 45. Samalla kuitenkin todetaan, että raportti annetaan usein muille projektiin liittyville asiantuntijaryhmille, jotta näillä olisi käytettävissä prosessin aikana kerättyä tietoa ja jotta välttäisi päällekkäisyyksiltä.

³⁵⁴ *Kull* 9.1.2004. Tällöin se, jolle *reliance letter* osoitetaan, tulee myös sopimussuhteeseen asianajajayhtiöön nähden ja tälle myönnetään saman laajuinen oikeus käyttää due diligence -raporttia päätöksenteossa kuin päämiehellekin. Suomalaisilla tilintarkastusyhteisöillä ei kuitenkaan ole vastaavanlaista käytäntöä myöntää *reliance lettereitä*, vaan pääsääntönä on, ettei due diligence -raporttia saa missään tapauksissa antaa kolmannen käsiin. Tähän pääperuste on se, että due diligence -raportti on laadittu vain päämiehen tarpeet ja tarkoitus silmällä pitäen sekä tietyinä ajankohtana käytettäväksi. Kolmansien oikeus luottaa raportin tietoihin on rajattu pois erilaisin varaumin ja vastuunrajoituslausekkein sekä toimeksiantosopimuksessa että due diligence -raportissa. Tästä *Salminen* 16.1.2004. Koska markkinoilla toimivat rahoittajat pääsääntöisesti tuntevat tämän käytännön, ei vastuun syntymisen kolmatta kohtaan ole *Salmisen* mielestä todennäköistä.

³⁵⁵ Vrt. myös tapaus *NJA* 2001 s. 878.

asianajajayhtiöllä myöskään käytännössä ole laajoja mahdollisuuksia rajoittaa vastuutaan kolmanteen nimenomaisin vastuunrajoituslausekkein sopimussuhteen puuttumisen vuoksi.

5.3 Vastuun jakautuminen usean korvausvelvollisen kesken

Vastuurelaatioita pohdittaessa voidaan lopuksi lyhyesti arvioida myös kysymystä siitä, voiko asianajajayhtiö (ainakin alustavasti) välttää due diligence -toimeksiannon virheelliseen toteuttamiseen perustuvan korvausvastuun argumentoiden, että korvausvaade on ennenaikainen jonkin ensisijaisen korvausvelvollisen olemassaolon vuoksi. Vahingonkärsijällä voi näet olla valinnanmahdollisuus sellaisissa tilanteissa, joissa on useampia korvausvelvollisia. Tällöin nousee esiin kysymys siitä, vaikuttavatko vaihtoehtoiset kannemahdollisuudet toisiinsa.³⁵⁶

Myyjä olisi toki ensisijainen vastuusubjekti vahingosta, joka aiheutuu sen vuoksi, ettei yrityskaupan kohde ole odotetunmukainen. Vaatimuksia ei kuitenkaan välttämättä voida esittää myyjä kohtaan esimerkiksi seuraavilla perusteilla:

- a) Yrityskaupan kohteessa ei voida katsoa olevan virhettä sen vuoksi, että ostajan olisi pitänyt havaita väitetty puute KL:n edellyttämällä tavalla suorittamassaan due diligence -tarkastuksessa. Tällöin ostajan voidaan katsoa hyväksyneen kaupan kohteen sellaisenaan;
- b) Ostaja ei voi vedota kaupan osapuolten virheeseen myyjää kohtaan sen vuoksi, että yrityskaupan osapuolten sovittu takuu-aika on umpeutunut. Voi myös olla, että vaadittu korvausmäärä ylittää sovitun korvausvelvollisuuden ylärajan taikka vastaavasti alittaa korvattavan vahingon alarajan,³⁵⁷ tai
- c) Myyjä on varaton taikka purettu.³⁵⁸

³⁵⁶Vrt. *Hemmo* 1998 s. 341–343.

³⁵⁷Tässä yhteydessä on huomautettava, että asianajajayhtiö on saattanut ostajan juridisena neuvonantajana vaikuttaa myös näihin yrityskauppasopimuksen vastuunrajoitusehtojen muotoiluun, minkä vuoksi se ei lähtökohtaisesti voine välttyä vastuulta argumentoiden, että myyjä olisi ollut vastuussa jostakin seikasta, mikäli ostaja ei olisi tehnyt vastuunrajoitusten kannalta itselleen ”epäedullista” sopimusta.

³⁵⁸Ensisijaisen korvausvelvollisen olemassaololla voi olla merkitystä myös kolmatta kohtaan olevan vastuun rajoittamisessa. Samoin *Hemmo* 1998 s. 342. Toisaalta tällöin esimerkiksi ensisijaisen korvausvelvollisen varattomuus saattaa myös olla argumentti korvausvelvollisuuden laajentumiselle sopimuksenulkoiseen suhteeseen. Tästä ns. läpimurtoargumentista ks. esim. *Hemmo* 1998 s. 272.

Myyjä on kuitenkin toiminnallaan saattanut vaikeuttaa asianajajayhtiön vastuulla olleen due diligence -tarkastuksen toteuttamista, mikä saattaa ilmetä esimerkiksi data room -aineiston epäjohdonmukaisena kokoamisena. Tällöin voidaan jopa katsoa, ettei myyjä ole täyttänyt tiedonantovelvollisuuttaan taikka jopa toiminut KL 20.2 §:n tarkoittamalla tavalla kunnianvastaisesti ja arvottomasti.

Silloin, kun vaateita kuitenkin voitaisiin vielä esittää toista korvausvelvollista vastaan, voidaan myös kysyä, onko vahinkoa lainkaan aiheutunut, ennen kuin korvausta on pyritty hakemaan ensisijaiselta korvausvelvolliselta.³⁵⁹ Korvauskelpoisen vahingon yleisiin edellytyksiin näet kuuluu, että *vahingon voidaan katsoa lopullisesti aiheutuneen vaatimushetkellä*. Ellei näin ole ehtinyt tapahtua, korvausvaatimus hylätään *ennenaikaisena*. Välttävään vastuulta toimeksiantosopimussuhteessa asianajajayhtiö voisi tällöin pyrkiä argumentoimaan, että päämiesostajan tulisi ensisijaisesti vaatia korvausta kaupan kohteen myyjältä, ja toisaalta rahoittajan tulisi ensisijaisesti kohdistaa korvausvaateensa omaan sopimuskumppaniinsa eli ostajaan.

Ainakin silloin, kun valittavana on joko sopimus- tai deliktiperusteinen korvausvelvollinen, sopimusvelallista voidaan yleensä pitää ensisijaisena korvausvelvollisena.³⁶⁰ Nyt tarkasteltavassa tyyppitilanteessa toimijat ovat kuitenkin *erillisissä ja erisisältöisissä sopimussuhteissa vahingonkärsijään*³⁶¹, eikä edellä mainittu argumentti siten ratkaise esillä olevaa kysymystä korvausvelvollisien ensisijaisuusjärjestyksestä. Lisäksi eri korvausvelvollisia vastaan esitettyjen vaateiden perusteet ovat itsenäisiä: ostaja voisi lähtökohtaisesti vaatia *myyjältä* korvausta *kaupan kohteen virheestä* kauppalain virhearviointipykäliin (KL 17–19§) vedoten, kun taas asianajajayhtiöltä korvauksen peruste olisi *toimeksiannon huolimattomaan toteuttamiseen liittyvä virhe*. Kuten edellä on mainittu, päämies voisi joka tapauksessa vaatia asianajajayhtiöltä palkkion palauttamista osittain tai kokonaan tämän huolimattomasti toteuttaman toimeksiannon perusteella, vaikka varsinaista kausaalista vahinkoa ei näytettäisi syntyneen.

Loukatun *normin suojantarkoitus* taikka *syy-yhteyksien voimakkuuksien* ero voivat *ainakin vähentää asianajajayhtiön korvattavaksi tuomittavaa*

³⁵⁹ Ks. *Hemmo* 2003b s. 270–272, joka toteaa, että oikeuskäytännössä on omaksuttu varsin salliva suhtautuminen paitsi vahvistuskanteen myös suorituskanteen ajamiseen regressivaatimustapauksissa (esim. tielukjetusta koskeva ratkaisu KKO 2001:67).

³⁶⁰ *Hemmo* 1998 s. 342.

³⁶¹ Vastuu voi toisin sanoen perustua toimeksiantosopimukseen, rahoitussopimukseen, kauppasopimukseen taikka voi olla sopimuksenulkoista vastuuta.

määrää: asianajajayhtiön tuottamus voi nimittäin olla vain yksi syy-yhteyteen vaikuttaneista lukuisista tekijöistä.³⁶² Tällöin tulee arvioida, kenen toiminta on vaikuttanut määräävimmin vahingon aiheutumiseen.³⁶³ Lisäksi voidaan argumentoida, että asianajajayhtiöltä korvausta vaadittaessa huomio voi siirtyä pois vahingosta välittömästi tai pääasiallisesti vastuussa olevasta osapuolesta.

Esitettyyn vaatimuksen ennenaikaisuuskysymykseen ei ole mahdollista antaa yksiselitteistä vastausta, ja ratkaisu riippuu kunkin yksittäistapauksen olosuhteista. Kun verrataan kysymystä ensisijaisesta korvausvelvollisesta esimerkiksi *regressivaatimusten* esittämisajankohdasta oikeuskäytännössä esitettyyn, on tältäkin osin huomautettava, ettei ole selvää, missä määrin ensisijainen korvausvelvollinen (ts. oma välitön sopimuskumppani) voidaan jättää väliin.³⁶⁴ Lähtökohtana regressivaateiden esittämisessä on yleensä korvausvaatimusten esittämisen portaittaisuus, vaikka tämä tosin lisääkin prosessikustannuksia. Näitä monivaiheisia selvityksiä puoltaa kuitenkin se, että jokaisessa sopimussuhteessa on voitu käyttää *erilaisia sopimusehtoja ja lisäksi kunkin perimän vastikkeen määrä voi vaikuttaa vastuuseen*.

Useamman vastuuvollisen tilanteessa voidaan myös lisäongelmana joutua arvioimaan sitä, miltä osin kussakin sopimussuhteessa käytetyt sopimusehdot voivat tulla vastuuarvioinnin perusteiksi. Nämä ongelmat ovat relevantteja myös tässä yhteydessä: myyjällä ja asianajajayhtiöllähän on sopimuksissaan toisistaan poikkeavia määräyksiä vastuunrajoituksista ja virhevastuun laajuudesta.³⁶⁵ Tällöin esiin tulee kysymys siitä, missä määrin asianajajayhtiö voisi vedota esimerkiksi myyjän ja ostajan välisiin vastuunrajoituslausekkeisiin. Samaan tapaan voidaan sopimuksen ulkoisessa suhteessa kysyä, missä määrin asianajajayhtiö voi vedota toimeksiantosopimuksen sisältävän vastuunrajoituslausekkeen oikeusvaikutuksiin korvausta vaativaa kolmatta kuten rahoittajaa kohtaan. Pääsääntöisesti sopimuksen oikeusvaikutukset rajoittuvat kuitenkin tässäkin suhteessa sopimussuhteeseen.

Siltä osin kuin vahingonkärsijä voi kohdistaa sopimukseen perustuvan korvausvaatimuksen useisiin henkilöihin, aiheutuneen vahingon suuruus muodostaa joka tapauksessa enimmäismäärän korvauksille, joita eri vas-

³⁶²Vrt. Hemmo 1998 s. 342.

³⁶³Hemmo 2003b s. 433.

³⁶⁴Hemmo 2003b s. s. 434 alaviite 58. Nyt tarkasteltavana olevassa tilanteessa ei kuitenkaan ole täysin vastaavanlainen kysymyksenasettelu, sillä vahingonkärsinyt ostaja on sopimussuhteessa sekä myyjään (kauppasopimus) että asianajajayhtiöön (toimeksiantosopimus).

³⁶⁵Hemmo 1998 s. 282–283.

tuuvelvollisilta voidaan yhteensä saada.³⁶⁶ On kuitenkin todennäköistä, että vastuun enimmäismäärä on erilainen eri vastuusuhteissa. Esimerkiksi vastuunrajoituksista saattaa seurata, että myyjän korvausvastuu on suurempi kuin asianajajayhtiön. Tällöin ei ole estettä sille, että päämiesostaja saa myyjältä perityn korvauksen lisäksi asianajajayhtiöltä lisähyvitystä, kunhan tämän enimmäisvastuun määrää ei ylitetä.³⁶⁷

6 VASTUURISKIEN ENNAKOINTI

6.1 Toimimisvelvollisuuksien rajoittaminen toimeksiantosopimuksessa

Edellä on tarkasteltu asianajajayhtiön vahingonkorvausvastuun syntyedellytyksiä. Seuraavassa arvioidaan edellä esitetyn perusteella lyhyesti sitä, miten due diligence -toimeksiantoon liittyviä vastuuriskejä voidaan hallita ennen tehtävään ryhtymistä sekä toimeksiantoa toteuttaessa. Asianajajayhtiö voi pyrkiä rajoittamaan korvausvastuutaan kahdella tavalla. Ensinnäkin se voi rajoittaa toimimisvelvollisuuksiaan.³⁶⁸ Tämä voidaan pyrkiä toteuttamaan yhtäältä toimeksiannon sisällön määrittelyssä toimeksiantosopimuksessa taikka toisaalta rajoitetummin jälkikäteen erilaisin varauksin due diligence -toimeksiannon lopputuotteessa eli tarkastuksessa tehdyt havainnot kirjaavassa raportissa. Toinen keino on *korvattavien vahinkojen tai korvausmäärän* sopimusperusteinen rajoittaminen vastuunrajoituslausekkein toimeksianto-sopimuksessa.³⁶⁹

Lähtökohtana asianajajayhtiön toimimisvelvollisuuksien laajuudessa on aina toimeksiantosopimus. Kuten edellä on todettu, ongelmaksi toimimisvelvollisuuksien määrittelyssä saattaa kuitenkin muodostua se, ettei asianajotoimeksiantosopimuksia ole Suomessa yleensä tapana tehdä kirjallisina.³⁷⁰ Sen sijaan esimerkiksi tilintarkastusyhteisöt ja muut asiantuntijat

³⁶⁶ Ns. rikastumiskiellosta ks. esim. *Hemmo* 2003b s. 265.

³⁶⁷ Vrt. *Hemmo* 2003b s. 266–267.

³⁶⁸ *Hemmo* 1994 s. 568.

³⁶⁹ Vrt. vastuuriskien ennakoinnin mahdollisuuksista konsulttitoiminnassa *Schneider* 2002 s. 260–261 ja erityisistä toimintaohjelmista ("*compliance programs*") riskienhallintavälineinä investointipankkitoiminnassa *Lauriala* 2002 s. 32–33 sekä toimeksiantosopimuksesta tällaisen ohjelman osana s. 71–73.

³⁷⁰ Tästä *Kull* 9.1.2004. Saman havainnon pohjoismaisesta asianajokäytännöstä yleisesti tekee *Unger NJM* 2002 s. 585. Ks. myös *Halila – Hemmo* 1997 s. 194 ja *Hemmo* 1995 s. 573.

tekevät yleensä poikkeuksetta kirjallisen toimeksiantosopimuksen (ns. *engagement letter*) ennen due diligence -toimeksiantoon ryhtymistä.³⁷¹ Kirjallisten toimeksiantosopimusten etuna voidaan pitää sitä, että toimeksiantannon tarkoitus ja tarkastuksen painopisteet tulevat heti selvitettyiksi sekä todistettavasti ilmaistuksi. Nämä seikathan vaikuttavat myös tuottamusarvointiin, kuten yllä jaksossa 4 on todettu. Kirjallisiin toimeksiantosopimuksiin voidaan myös tehokkaasti liittää nimenomaiset vastuunrajoituslausekkeet.

Kuten edellä jaksossa 3.3.3 on esitetty, asianajajayhtiön toimimisvelvoitteiden tehokkaan toteuttamisen kannalta ei ole aina riittävää ryhtyä vain päämiehen pyytämiin toimenpiteisiin, vaan asianajajayhtiöllä voi olla velvollisuus antaa päämiehelleen neuvoja myös siitä, millainen toimeksiantannon raja-
aus on tarkoituksenmukainen. Mikäli jokin toimenpide on nimenomaisesti jätetty toimeksiantannon ulkopuolelle, ei toimeksiantaja kuitenkaan lähtökohtaisesti vastaa tällaisesta tehtävästä – näin argumentoitiin esimerkiksi yllä jaksossa 3.3.3 kuvatussa asianajotoimeksiantoa koskevassa tapauksessa KKO 1996:92. Kuten samassa alajaksossa kuitenkin todetaan, tämä periaate ei ole ollut ehdoton myöhemmässä oikeuskäytännössä: tili-toimiston vastuuta koskenut ratkaisu KKO 2001:128 antaneekin lisäsyyn asianajajayhtiöiden toimintavelvollisuuksien ja toimeksiantannon laajuuden tarkemmalle määrittelylle.

Toimintavelvoitteiden rajoittamista ei voida pitää hyväksyttävänä missä laajuudessa tahansa: esimerkiksi silloin, kun toimeksianto on laadultaan tavanomainen ja asianajajan perusammattitaitoon kuuluva, voidaan neuvoja ja toimenpiteitä koskevasta vastuusta vetäytymistä pitää hyvän asianajajata-
van vastaisena ja ehkä myös sopimusoikeudellisesti kohtuuttomana.³⁷² Sen sijaan esimerkiksi silloin, kun due diligence -toimeksianto joudutaan asianajajayhtiöstä riippumattomasta syystä toteuttamaan kiireessä ja tarkastetta-
vaa aineistoa kohdeyrityksestä on erityisen paljon, tuottamuvastuuta ei synny, mikäli asianajajayhtiö on toteuttanut toimeksiantannon riittävän huolellisesti ja selvittänyt päämiehelle toimeksiantannon rajoittamiseen liittyvät riskit.³⁷³

³⁷¹ *Blomquist ym.* 2001 s. 39. Samansuuntaisesti myös *Salminen* 16.1.2004, jonka mukaan esim. tax due diligence -toimeksiantoihin ei ryhdytä ennen yksityiskohtaisen toimeksiantosopimuksen allekirjoittamista.

³⁷² Ks. myös *Peltonen* DL 2001 s. 21, jonka mukaan AAL 5,1 §:n tunnollisuusvelvoitteista ei voida sopimuksin luopua. Sama koskee due diligence -toimeksiantannon toteuttavaa tilin-
tarkastajaa tämän professiota sääntelevien eettisten normien osalta. Tästä *Blomquist ym.* 2001 s. 39.

³⁷³ *Hemmo* DL 1995 s. 568. *Salminen* pitää toimeksiantannon laajuuden (*scope*) määrittelyä ennen tehtävään ryhtymistä tärkeänä – tämän vaiheen laiminlyöntiä hän pitää jo sinänsä

Toimenpiteiden riittävyyden arviointi jää tällöin päämiehen vastuulle.

Mikäli toimeksiannosta ei ole sovittu kirjallisesti erityisessä toimeksiantosopimuksessa, määräytyvät asianajajayhtiön velvollisuudet sen mukaan, mitä asianajajayhtiön ja päämiehen välillä *katsotaan sovitun* toimeksiantoa edeltäneessä kirjeenvaihdossa ja suullisissa neuvotteluissa. Tästä syystä on suositeltavaa, että due diligence -toimeksiannosta tehdään kirjallinen toimeksiantosopimus tai toimeksiannon sisältö vahvistetaan muulla tavalla kirjallisesti ja todistettavasti.³⁷⁴ Siten toimeksiannon tarkoitus ja sen rajoitukset tulevat todistettavalla tavalla selvitettyiksi mahdollisten näyttöongelmien varalta. On kuitenkin huomattava, että toimeksiannon rajauksissa saattaa aina ilmetä tulkinnanvaraisuutta. Lisäksi toimeksiannon sisältöä joudutaan usein tarkentamaan tehtävää toteutettaessa. Tällaiset muutokset olisi edellä mainitulla perusteella myös syytä tehdä kirjallisesti.³⁷⁵

Käytännössä kirjallisten toimeksiantosopimusten käyttö asianajotoimeksiannoissa ei kuitenkaan ole Suomessa yleistä.³⁷⁶ Tätä perustellaan etenkin sillä, että toimeksiantosopimuksesta neuvotteluun ja sen yksityiskohittaiseen muotoiluun saattaa kuluva huomattavastikin aikaa. Lisäksi toimeksiantosopimukseen yleensä liittyvistä varaumista ja vastuunrajoituslausekkeista neuvottelu voi luoda eräänlaisen vastapuoliasetelman asianajajayhtiön ja tämän päämiehen välille, mikä saattaa vähentää osapuolten välistä luottamusta.³⁷⁷ Neuvotteluissa saattaa myös nousta esiin kysymys asianajajayhtiön lopullisesta palkkiosta, mikä ei välttämättä ole asianajajayhtiön näkökulmasta tässä vaiheessa toivottavaa.

huolimattomana. Erityisen tärkeää *Salmisen* mielestä on kirjata toimeksiantosopimukseen se, mitä *ei ole* yhteisesti sovittu tarkastettavaksi, mikäli kyseinen seikka muutoin kuuluisi olennaisesti esim. tilintarkastajan tekemän tax due diligencen alaan. Tällöinkin asiantuntijalla on hänen mielestään myös erityinen korostamisvelvollisuus ko. seikan suhteen, jotta toimeksiantaja ymmärtää näin ottamansa riskin. *Salminen* 16.1.2004.

³⁷⁴ Toimeksiannon vahvistamiseksi voidaan käyttää toimeksiannon vahvistuskirjettä (esim. Asianajajaliiton malli osoitteesta: <http://www.asianajajaliitto.fi/uploads/v09dsscwg4a16fm.pdf>, viittauspäivä 3.11.2003). Vahvistusilmoitustakin käytettäessä sopimuksen sisältö määräytyy lähtökohtaisesti sopimusta edeltäneiden tarjouksen ja vastauksen perusteella vahvistuskirjeen ollessa näihin nähden toissijaisessa asemassa. Vahvistuskirjeen oikeudellisesta luonteesta *Hemmo* 2003b s. 276–282. Ks. myös financial due diligence -toimeksiantokirjemalli *Blomquist ym.* 2001 s. 48. Ks. Myös toimeksiannon kuvauksesta (uppdraagsbeskrivning) vastuunhallinnan muotona *Unger NJM* 2002 s. 585.

³⁷⁵ Ks. *Blomquist ym.* 2001 s. 44 ja *Tikka* 1999 s. 299.

³⁷⁶ Tästä *Kull* 9.1.2004.

³⁷⁷ Tästä myös *Unger NJM* 2002 s. 584.

6.2 Vastuunrajoituslausekkeet

Mikäli due diligence -toimeksiannosta tehdään kirjallinen toimeksiantosopimus, toimeksiannon toteuttavat asiantuntijat pyrkivät sisällyttämään sopimukseen yleensä myös nimenomaisen vastuunrajoituslausekkeen.³⁷⁸ Kysymykseen voi tulla korvausvastuun rahamääräinen yläraja tai vahingokolajikohtainen rajoitusehto, jolla esimerkiksi vastuu välillisistä vahingoista suljetaan pois.³⁷⁹ Tällaiset sopimusehdot ovat Suomen oikeuden mukaan lähtökohtaisesti tehokkaita, sillä sopijapuolilla on sopimusvapautensa perusteella oikeus järjestää sopimusperusteinen vahingonkorvausvastuunsa haluamallaan tavalla. Yhtäältä *asianajo-oikeudellinen* ja toisaalta yleinen *sopimusoikeudellinen* normisto saattavat kuitenkin muodostaa rajoituksia vastuunrajoituslausekkeiden käytölle due diligence -toimeksiannoissa.³⁸⁰

Asianajotoiminnassa vastuunrajoituslausekkeisiin on Suomessa etenkin aikaisemmin suhtauduttu torjuvasti.³⁸¹ Tätä on perusteltu lähinnä asianajoeettisillä näkökohdilla. Sen sijaan muussa konsulttitoiminnassa vastuun rajoittaminen on meilläkin tavanomaista: konsulttitoiminnan yleisissä sopimusehdoissa (KSE 1995) määrätään, että muun sopimuksen puuttuessa konsultin vahingonkorvauksen yläraja on konsultin kokonaispalkkion määrä.³⁸² Ehdolla on lisäksi rajattu vastuun ulkopuolelle epäsuorat ja välilliset vahingot. Onkin ajateltavissa, että asianajotoiminnassakin olisi tarvetta rajoittaa vastuuta vastaavanlaisin ehdoin.³⁸³

³⁷⁸ Tax due diligencen osalta *Salminen* 16.1.2004 ja *Tikka* 1999 s. 304. Ks. myös *Blomquist ym.* 2001 s. 38.

³⁷⁹ *Hemmo* DL 1995 s. 568–571 ja *Blomquist ym.* s. 43–44. Ks. myös *Hemmo* 2003b s. 282–283.

³⁸⁰ *Hemmo* DL 1995 s. 574. Samoin esim. tilintarkastustoiminnassa hyvä tilintarkastustapa saattaa asettaa rajoituksia vastuunrajoituslausekkeiden käytölle. Ks. *Haapanen* 2003 s. 130–133.

³⁸¹ Tästä esim. *Peltonen* DL 2001 s. 22–23. Samoin *Ylönen* 2001 s. 160–162. Ks. myös *Halila – Hemmo* 1996 s. 202–203.

³⁸² Tällainenkin vastuunrajoitusehto on kuitenkin tullut oikeuskäytännössä sivuutetuksi sillä perusteella, että sen on katsottu olleen ristiriidassa sopimuksen muun sisällön kanssa. Ks. KKO 2003:26, jossa vastuuvakuutuksen vakuutusmäärää koskeneen ehdon katsottiin antaneen tilaajalle perustellusti aiheen olettaa vahingonkorvausvastuun ylärajan olevan suurempi kuin konsultin perimän palkkion määrä.

³⁸³ Silloinkin, kun palkkion määrä on sovittu *vahingonkorvauksen* ylärajaksi, on ajateltavissa, että toimeksiantaja voisi vaatia *vahingonkorvauksen lisäksi hinnanalennuseurauksena palkkion palauttamista* argumentoiden, ettei toimeksiantoa ole toteutettu asianmukaisen huolellisesti. Tällaisen lisävaatimuksen tehokkuus on kuitenkin oikeuskäytännön puuttuessa epäselvä.

Tarkasteltaessa vastuunrajoituslausekkeiden sitovuutta *asianajo-oikeudellisesta* näkökulmasta lähtökohtana on niiden tehokkuus: AAL:ssa tai hyvää asianajajatapaa koskevissa ohjeissa ei näet ole nimenomaisesti kielletty vastuunrajoitusehtojen käyttämistä.³⁸⁴ Mahdollisuus käyttää vastuunrajoituslausekkeiden käyttöön asianajotoimeksiannoissa päinvastoin nyttemmin ilmaistu Asianajajaliiton vastuuvakuutusta koskevassa ohjeessa.³⁸⁵ Ohjeen mukaan asianajajat voivat rajoittaa vastuutaan suhteessa päämieheen enintään Asianajajaliiton kulloinkin vahvistamaan vastuuvakuutuksen *vähimmäisvakuutusmäärään saakka*³⁸⁶ edellyttäen, että tämä on *toimeksiannon laatuun ja muihin olosuhteisiin nähden perusteltua*.³⁸⁷

Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, etteivät asianajajat voi luopua vastuunrajoituksin AAL 5,1 §:n tunnollisuusvelvoitteista.³⁸⁸ Lisäksi hyvin pitkälle menevä asianajajan vastuun rajoittaminen voi olla asianajajan uskollisuus- ja lojaalisuusvelvollisuuden vastaista (vrt. HAO 2 §).³⁸⁹ Toimeksiannon laatuun ja muihin olosuhteisiin nähden perusteltuna voitaneen sen sijaan pitää vastuunrajoitusta ainakin sellaisessa toimeksiannossa, johon liittyy aidosti ylisuuri vastuuriski.³⁹⁰ Nähdäkseni due diligence -toimeksianto yrityskauppaan liittyvässä neuvonannossa tyypillisesti tällainen toimeksianto. Vastuun rajoittamisen on lisäksi katsottu oikeuskirjallisuudessa voivan tulla kysymykseen lähinnä vain isojen ja vastuukykyisten liikeyritysten kanssa tehtävissä toimeksiantosopimuksissa. Poikkeuksellisen suurten asianajovahinkojen kohdalla näiden edellytysten voidaan *Hemmon* mielestä yleensä katsoa täyttyvän, sillä useiden miljoonien arvoisen intressin hallitseminen viittaa jo sinänsä suureen taloudelliseen kantokykyyn.³⁹¹ Kun toimeksiantajana on pieni yritys tai toimeksiantoon ei liity poikkeuksellisia vahinkoriskejä, on vastuunrajoituksen hyväksyttävyyden asianajo-oikeudellisesta näkökulmasta kyseenalaisempi.

Sopimus-oikeudellisesta näkökulmasta asianajotoimeksiantoon liittyvän vastuunrajoitusehdon sitovuus edellyttää ensinnäkin sitä, että se on tullut

³⁸⁴ *Hemmo* DL 1995 s. 572–573.

³⁸⁵ Ks. Asianajajaliiton vastuuvakuutusta koskevien ohjeiden 6 § (23.5.1997, muutettu 11.1.2001). Vastuunrajoitusta ei saa ilman erityistä syytä käyttää kuluttajasuhteissa.

³⁸⁶ Asianajajien on otettava pakollinen vastuuvakuutus asianajotehtävässä aiheutetun varallisuusvahingon varalta: tuon vastuuvakuutuksen vakuutusmäärän tulee olla vähintään miljoona markkaa (n. 168.188 euroa).

³⁸⁷ Samantyyppiset lausumat ovat antaneet Ruotsin asianajajaliitto sekä CCBE. Näistä *Kersby* JT 1997 s. 159 ja *Unger* NJM 2002 s. 582. Ks. myös *Kivikari – Tarkka* DL 2000 s. 546.

³⁸⁸ *Peltonen* DL 2001 s.21.

³⁸⁹ Ks. myös *Wiklund* 1973 s. 341 ja *Heuman* 1987 s. 31.

³⁹⁰ Ks. myös *Hemmo* DL 1995 s. 574.

³⁹¹ *Hemmo* DL 1995 s. 579. Ks. myös *Peltonen* DL s. 23.

sopimuksen osaksi. Mikäli vastuunrajoituksesta on sovittu yksilöllisesti, sen sopimuksen osaksi tulemiseen ei liity erityisiä ongelmia. Mikäli kyseessä on sen sijaan asianajajayhtiön käyttämä vakioehdon kaltainen sopimusmääräys, se voi menettää merkityksensä vakioehtojen liityntää koskevien normien vuoksi taikka ankarien ja yllättävien ehtojen korostamista koskevan vaatimuksen kautta.³⁹² Mikäli vastuunrajoitusehdot ovat vakioehtojen tapaan nähtävissä ainoastaan esimerkiksi sähköisessä muodossa asianajajayhtiön kotisivuilla ilman, että päämies allekirjoittaa ne sisältävän sopimusasiakirjan, voidaan ehtojen sitovuutta pitää lähtökohtaisesti vähäisenä. Vahingonkorvausprosessissa jouduttaisiin myös näyttöongelmien eteen kysyttäessä, huomautettiin asiakkaille ehtojen olemassaolosta ja syntykö ehtojen ja toimeksiannon välille riittävä liityntä.³⁹³ Näin ollen päämiehen tulisivatkin käytännössä allekirjoittaa vastuunrajoituslausekkeen sisältämä asiakirja liityntäongelman välttämiseksi.

Vaikka vastuunrajoitusehdon katsottaisiin sinänsä tulleen toimeksiantosopimuksen osaksi, saattavat sen sitovuuteen kuitenkin vaikuttaa myös kohtuuskäytökohdat. Vastuunrajoitusehtoihin liittyy usein kohtuuttomuuden mahdollisuus, minkä vuoksi vastuunrajoitusehto voidaan katsoa OikTL 36 §:n perusteella kokonaan tai osittain pätemättömäksi.³⁹⁴ Korkeimman oikeuden mukaan vastuuvapautumislausekkeitä on tulkittava suppeasti, etenkin jos ne ovat yksipuolisesti laadittuja ja sisällöltään epäselviä tai ylimalkaisia.³⁹⁵

Koska ostajan muut yrityskauppakonsultointia tarjoavat neuvonantajat, kuten tilintarkastustoimistot ja pankkiiriliikkeet, käyttävät yleisesti vastuunrajoituslausekkeitä due diligence -toimeksiantoissaan, on mahdollista, että asianajajayhtiöstä tulisi päämiehen näkökulmasta ainoa ns. ”*deep pocket*” vastuunkantaja mahdollisissa vahinkotilanteissa, mikäli vastuunrajoitusehtojen käyttöä asianajotoiminnassa ei sallittaisi. Tämä ei kuitenkaan liene kohtuullista eikä tarkoituksenmukaistakaan. Argumentointi liittyy tällöin myös siihen, kenen vastuulle liiketaloudellinen päätöksenteko ja siihen liittyvät riskit käsillä olevassa tilanteessa selvimminkin kuuluvat. Lisäksi kantokykyvertailut asianajajayhtiön ja päämiehen välillä vaikuttavat vastuunrajoitusehtoja koskevaan kohtuusharkintaan: ehtoja voidaan pitää

³⁹² Ks. *Wilhelmsson* 1995 s. 56–75. Ankarien ja yllättävien ehtojen korostamista koskeva oppi on kehittynyt oikeuskäytännössä ja -tieteessä.

³⁹³ *Hemmo* DL 1995 s. 575.

³⁹⁴ Ks. HE 247/1981 s. 15. Tilanne on sama Ruotsissa, ks. *Kersby* JT s. 158–159.

³⁹⁵ Ks. KKO:n rakennusurakkaa koskenut ratkaisu KKO 1992:178. Ks. myös yllä jakso 3.4, jossa on todettu, ettei tahalliseen tai törkeään huolimattomaan sopimusrikkomukseen syylistynyt voi vedota vastuutaan rajoittaviin ehtoihin. Ks. myös *Rogers ym.* 1995 s. 11.

sitovana vähintäänkin silloin, kun toimeksiantajana on taloudellisesti kantokykyinen yritys.³⁹⁶ Due diligence -toimeksiannot toteutetaan liike-elämän tilanteissa, ja asianajajayhtiön ja tämän päämiehen voitaneen yleensä yrityskauppatilanteessa katsoa olevan *neuvotteluasemiltaan* tasavertaisessa asemassa. Näistä syistä vastuunrajoituksia ei kuitenkaan pääsääntöisesti katsottane helposti kohtuuttomiksi. Näin on etenkin silloin, kun rajoitusehdon käyttämiselle on edellä mainittuja riskienhallintaan liittyviä rationaalisia syitä eikä ehdolla suljeta pois kaikkea sopimuksesta seuraavaa vastuuta.³⁹⁷

Vastuuvakuutuksiin kohdistuvien vahinkoriskien yleistyminen on jo nyt vaikuttanut vastuuvakuutusten hintaan ja saanut aikaan paineita vastuuvakuutuskäytäntöjen muuttamiseksi.³⁹⁸ Käytännöllinen syy vastuunrajoituslausekkeiden lisääntyvälle käytölle suuririskisissä toimeksiannoissa voi-kin olla se, että vakuutusyhtiöt saattavat jatkossa vaatia, että asiantuntijat käyttävät niitä toimeksiannoissa vastuuvakuutusturvan myöntämisen edellytyksenä.³⁹⁹ Suorien vastuunrajoituslausekkeiden käyttöä voidaan pitää hyvänä myös siitä syystä, että ne saattavat vähentää varaumien käyttöä neuvonannossa (ks. jakso 6.3 alla), jolloin asianajajayhtiön antamat lausumat ovat täsmällisempiä ja päämiehen näkökulmasta käyttökelpoisempia.⁴⁰⁰ Kuten yllä on todettu, saattaa toimeksiantosopimuksen ehdoista ja vastuunrajoituksista neuvottelemisen kuitenkin olla hankalaa erityisesti asianajajayhtiön ja tämän päämiehen luottamussuhde huomioon ottaen: on kiu-sallista, jos asianajajayhtiö joutuu suhtautumaan päämieheensä toimeksi-antosopimusta laadittaessa kuin potentiaaliseen tulevaan vastapuoleensa.⁴⁰¹

Vastuunrajoituslausekkeiden tehokkuutta koskevana erityiskysymyksenä voidaan erottaa vielä yllä kuvatulla tavalla asianajajayhtiön mahdollinen vastuu *kolmatta taho*a kuten due diligence -raporttiin luottanutta rahoittajaa kohtaan. Vaikka vastuunrajoitusehto katsottaisiinkin sitovaksi *toimek-*

³⁹⁶ Ks. myös *Hemmo* DL 1995 s. 579. Rajoitetun vastuun vaihtoehto voi olla korvausvelvollisen ajaminen konkurssiin. Asianajotoimeksiantojen kohdalla tästä mahdollisuudesta voidaan ajatella luovuttavan esimerkiksi sen vuoksi, että vastuussa olevan oikeushenkilön konkurssi ei lakkautta vastuuta, vaan se kohdistuu lopulta vastuunalaisiin asianajajiin. Samoin myös *Kleineman*. SvJT 1998 s. 208.

³⁹⁷ *Hemmo* 2003b s. 286.

³⁹⁸ *Hemmo* DL 1995 s. 567. Ks. myös *Tikka* 1999 s. 305.

³⁹⁹ Näin esim. *Kull* 9.1.2004. Samoin *Hemmo* 2003b s. 284.

⁴⁰⁰ Vrt. *Kleineman* JT 2001 s. 632.

⁴⁰¹ *Hemmo* DL 1995 s. 584, *Kleineman* NJM 1999 s. 474 ja *Isokorpi* 31.12.2003. Ks. vastuunrajoituskeskustelusta myös *Tvede-Møller* NJM 1999 s. 151–160, jonka mukaan vastuunrajoitusten lisääntyvä käyttö ei ole asianajotoiminnassa kaikilta osin toivottavaa.

siantosopimussuhteen osapuolten välillä, asianajajayhtiön ja päämiehen välisen toimeksiantosopimuksen ehdoilla *ei voida rajoittaa* asianajajayhtiön vastuuta kolmatta kohtaan. Tämän estää sopimusoikeuden peruslähdekohta, jonka mukaan sopimuksen oikeusvaikutukset rajoittuvat sopimuksen välittömiin osapuoliin. Näin ollen suoria keinoja vastuun rajoittamiseen asianajajayhtiön omin toimin ei ole.⁴⁰²

Vaikka vastuunrajoituslauseke ei olekaan tehokas kolmatta tahoaa kohtaan, saattaa rajoitusehdon (*disclaimer*) lisääminen esimerkiksi *due diligence* -raporttiin estää kolmannen *perustellun luottamuksen* syntymisen (vrt. yllä jakso 5.2.3).⁴⁰³ Lauseke toimii tällöin myös varauman kaltaisena *varoituksena* tiedon virheellisyyteen liittyvästä riskinjaosta. Samaan tapaan vastuunrajoituslauseke, joka on toimeksiantosuhteessa liitetty vain *due diligence* -raporttiin ilman, että siitä olisi yksilöllisesti neuvoteltu päämiehen ja asianajajayhtiön välillä, on sitovuudeltaan varsin vähäinen, ellei se ole yllä esitetyllä tavalla tullut sopimuksen osaksi vakioehtojen liityntää koskevien periaatteiden perusteella. Lauseke ei kuitenkaan ole täysin vailla juridista merkitystä, vaan sekin toimii varauman tavoin varoituksena informaation virheellisyyteen liittyvistä riskeistä.⁴⁰⁴

6.3 Due diligence -raportin sanamuodot ja varaumat

Kolmas vastuuriskien hallintakeino *due diligence* -toimeksiannossa on yllä mainittu mahdollisuus käyttää varaumia yrityskaupan kohteen ennakkotarkastuksessa tehdyt havainnot listaavassa *due diligence* -raportissa.⁴⁰⁵ Tyypillinen maininta *due diligence* -raporteissa on esimerkiksi se, että tarkastus on tehty vain Suomen oikeuden näkökulmasta, että se sisältää vain tiettyyn ajankohtaan liittyviä tietoja ja että raportti on tarkoitettu vain tietyille tahoille ja erikseen määriteltyyn tarkoitukseen.⁴⁰⁶ Raportit sisältävät yleensä myös standardiolettamia siitä, että tarkastetut asiakirjat ovat olleet alkuperäisiä ja että esitetyt jäljennökset ovat samansanaisia kuin alkuperäiset asiakirjat.

Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että varaumia on asianajotoimeksiantoja hoidettaessa mahdollista käyttää ainakin perustellusta syystä. Täl-

⁴⁰² Hemmo DL 1995 s. 583.

⁴⁰³ Kleineman JT 2001 s. 632

⁴⁰⁴ Vrt. Lauriala 2002 s. 203–204.

⁴⁰⁵ Blomquist ym. 2001 s. 39 ja Kersby JT 1997 s. 159–160

⁴⁰⁶ Blomquist ym. 2001 s. 45–46.

laisina perusteltuina syinä voivat tulla kysymykseen muun muassa tilanteet, joissa selvitys on tehty asianajajayhtiöstä riippumattomasta syystä aikapulassa tai tilanteissa, joissa kysymys on perustellusti tulkinnanvaraisesta asiasta. Myös silloin, kun tarkastettavan aineiston saatavuus ja due diligence -tarkastukseen käytettävissä oleva aika perustuvat ostajapäämiehen ja myyjän väliseen sopimukseen, lienee asianajajayhtiön tekemä tarkastuksen laajuutta koskeva varauma tehokas.⁴⁰⁷ Sen sijaan yksinkertaisissa ja selvissä asioissa varaumien tekemisen ei ole katsottava voivan rajoittaa asianajajan vastuuta virheellisestä neuvosta johtuvasta vahingosta.⁴⁰⁸ Lisäksi yleensä edellytetään, että varauma on esitetty päämiehelle yksilöitynä, perusteltuna ja selkeästi, sekä varmistuen siitä, että päämies ymmärtää sen merkityksen. Varauma on myös aiheellista esittää kirjallisesti ja todistettavasti mahdollisten näyttöongelmien välttämiseksi.⁴⁰⁹

Samaan tapaan kuin vastuunrajoituslausekkeiden käytön osalta, asianajajayhtiöt eivät voi varuumallakaan rajoittaa indispositiiviseen oikeuteen perustuvaa vastuuta (esim. kohtuuttomuus OikTL 36 §:n perusteella), eikä se vapauta asianajajayhtiötä velvollisuuksista, jotka seuraavat hyvästä asianajajatastavasta. Varauma ei siten välttämättä ole tehokas kaikilta osin. On esimerkiksi epätodennäköistä, että pelkkä due diligence -raporttiin kirjattu oletama siitä, että tarkastettu aineisto on ollut aitoa, suoraan poistaisi korvausvastuun, mikäli asianajajayhtiöllä on kuitenkin ollut perusteltu aihe epäillä jonkin asiakirjan aitoutta. Lisäksi liian laajat varaukset voivat johtaa siihen, ettei asianajajayhtiö tosiasiallisesti lainkaan anna päämiehelleen tämän pyytämää juridista neuvoa, jolloin toimeksiannon ei voida katsoa tulleen täytetyksi.⁴¹⁰ Tämän vuoksi varaumien tulee olla yhteensopivia sen kanssa, mitä toimeksiannon laajuudesta ja toteuttamistavasta on sovittu.⁴¹¹

Keskeisin etu varaumien käytössä riskienhallintavälineenä on se, että niiden avulla voidaan epäsuorasti rajoittaa vastuuta myös raporttiin luottanutta kolmatta kohtaan. Mikäli due diligence -raportissa todetaan, että se

⁴⁰⁷ *Prusila* 8.1.2004. Samansuuntaisesti myös *Blomquist ym.* 2001 s. 43.

⁴⁰⁸ *Peltonen* DL 2001 s. 21. Samasta myös *Heuman* 1986 s. 29 ja 31 ja *Wiklund* 1974 s. 341.

⁴⁰⁹ *Peltonen* DL 2001 s. 21. Varaumien käytöstä verokonsultoinnissa myös *Mäntysaari* DL 2000 s. 273.

⁴¹⁰ *Unger* NJM 2002 s. 574–576 ja *Heuman* 1987 s. 33.

⁴¹¹ Esimerkiksi *Salminen* (16.1.2004) ei pidä yksistään varaumien käyttöä vastuunrajoittajina riittävän tehokkaina. Hän katsookin, että seikka, joka normaalisti kuuluisi tietyn due diligence -tarkastuksen alaan on myös otettava huomioon raportissa, mikäli sitä ei ole nimellisesti rajattu toimeksiannon ulkopuolelle toimeksiantosopimuksessa.

⁴¹² Vrt. *Kleineman* ja *NJA* 2001 s. 632. *Unger* NJM 2002 s. 579. Samoin *Kull* 9.1.2004.

on laadittu vain asiakkaalle ja tiettyä transaktiota varten ja että raportin julkaiseminen kolmansille ja käyttö muihin tarkoituksiin on kiellettyä, ei kolmannen *perusteltua luottamusta* edellä jaksossa 5.2.3 esitetyllä tavalla synny.⁴¹²

Vastuunäkökohdat saattavat käytännössä vaikuttaa siihen, kuinka selkeää tietoa asiantuntijat välittävät asiakkailleen. Parhaassa tapauksessa asianajajayhtiön due diligence -raportissa tekemät varaukset toimivat hyvänä riski-informaationa toimeksiantajalle, mutta on yleisesti ottaen haitallista, mikäli asiantuntijat eivät uskalla antaa mitään neuvoja asiakkailleen ilman varauksia. Päämiehen näkökulmasta voi olla ongelmallista perustaa päätöksentekoa lausuntoon, joka on sanamuodoiltaan liian väljä ja joka ei tarjoa selkeitä toimintaohjeita. On myös mahdollista, etteivät potentiaaliset asiakkaat pidä liiketoimintamielessä kannattavana teettää due diligence -toimeksiantoa ulkopuolisella neuvonantajalla, mikäli ne kokevat, etteivät runsaasti varauksia sisältävät raportit tuo riittävää tiedollista lisäarvoa yrityskauppoihin liittyvään päätöksentekoon.

Viime kädessä kaikissa edellä kuvatuissa vastuuriskien ennakointiin ja hallintaan liittyvien keinojen käytössä on kyse yhtäältä siitä, kuinka kattavasta neuvonannosta päämiehet ovat valmiita maksamaan ja toisaalta siitä, kuinka suuria riskejä asianajajayhtiöt ovat halukkaita ottamaan. Asianajajayhtiöiden varautuminen vastuuriskeihin voi käytännössä muodostua kilpailutekijäksi. Asiantuntijan valintaan vaikuttavat tällöin palkkiotason⁴¹³ ohella neuvonannon kattavuus ja luotettavuus: oletettavaa on, että tarjottavan informaation kysyntä lisääntyy sen luotettavuuden ja täsmällisyyden parantuessa.

7 KOKOAVIA NÄKÖKOHTIA

Tässä tutkimuksessa tarkasteltu due diligence -toimeksianto liittyy yrityskauppasopimuksen valmisteluvaiheeseen. Vastuutilanteen aikaansaavat häiriöt ja riskit liittyvät keskeisesti siihen, että informaatio kaupan kohteesta on jakaantunut epätasaisesti yrityskaupan osapuolten ja näiden neuvonantajien kesken. Haasteellisen ennakkotarkastustilanteesta tekevät kaupan kohteen monitahoisuus sekä yrityskauppoihin liittyvät merkittävät intres-

⁴¹³Neuvonantoon liittyvien riskien ennakoimisesta aiheutuvat kustannukset, kuten vakuutuskustannukset, allokoituvat suoraan asiakkailta perittäviin hintoihin. Ks. *Hemmo* DL 1995 s. 577–578 ja *Tikka* 1999 s. 305.

sit. Olennaisimmat oikeudelliset kysymykset due diligence -tarkastuksissa liittyvät ostajan selonotto- sekä myyjän tiedonantovelvollisuuden väliin suhteeseen. Jos jokin kaupan kohteen arvoa alentava seikka olisi ollut ostajan havaittavissa ennakkotarkastuksessa, ei tämä voi lähtökohtaisesti vedota siihen kaupan kohteen virheeseen, mikäli myyjä on toteuttanut oman tiedonantovelvollisuutensa asianmukaisesti.

Kun asianajajayhtiö ottaa due diligence -toimeksiannossa ostajapäämiehensä puolesta tehtäväkseen yrityskaupan kohteen ”oikeudellisten ominaisuuksien” ennakkotarkastuksen, kuvatusa vastuu- ja tiedonjakoasetelmasta muodostuu eräänlainen kolmikantatilanne. Asianajajayhtiön korvausvastuu ostajapäämiestä kohtaan voi aktualisoitua silloin, kun kaupan kohteesta on tehty virheellinen arvonmääritys, mutta ostaja ei voi vedota myyjää vastaan seikkaan, jonka asianajajayhtiön olisi edellä esitetyllä tavalla pitänyt havaita ennakkotarkastuksessa. Mikäli ostaja on tällöin kärsinyt *taloudellisen vahingon* asianajajayhtiön tekemän due diligence -tarkastuksen virheellisiin havaintoihin luottaessaan (*syy-yhteyksivaatimus*), asianajajayhtiö voi joutua vahingonkorvausvelvolliseksi ostajapäämiestään kohtaan sillä perusteella, ettei toimeksiantoa ole toteutettu kyllin huolellisesti (*tuottamusvastuu*). Professiovastuussa keskeistä onkin se, että tehtävä on toteutettu asianmukaisella tavalla, toisin sanoen ammattikunnan huolellisia työmenetelmiä noudattaen.

Tutkimuksessa tarkasteltavassa asiantuntijan vastuusta (*professiovastuu*) ei ole Suomessa erityislainsäädäntöä eikä neuvontapalvelujen tarjoamien asiantuntijoiden vastuuta ole täällä tutkittu kattavasti. Näin ollen suuri osa tutkimuksessa esitetyistä kannanotoista perustuu oikeuskäytäntöön sekä pohjoismaiseen oikeuskirjallisuuteen. Vaikka tutkimuskohteeksi onkin valittu *asianajajayhtiön* vastuu *due diligence* -toimeksiannossa, monet tutkimuksessa esitetyt näkökohdat ovat vartenotettavia muissakin vastaavanlaisissa liikejuridisissa asianajotoimeksiannoissa. Tutkimustulokset ovat relevantteja myös muiden asiantuntijoiden toteuttamien due diligence -tarkastusten yhteydessä. Kullakin asiantuntijaryhmällä on toki oma ammatillinen ja eettinen normistonsa, joiden noudattamista toimeksiannon huolellinen hoitaminen edellyttää. Kuitenkin lähtökohta kaikkien asiantuntijoiden vastuussa on sama: asiantuntijuus korottaa huolellisuusvelvoitetta.

Tutkielmassa on tuotu esiin se, että vaikka tapaohjeiden rikkominen saattaa olla indisio tuottamuksesta toimeksiantosuhteessa, ei yhteys kurinpitomenettelyyn liittyvän hyvän (asianajaja)tavan vastaisuuden ja vahingonkorvausvelvollisuuden synnyttävän hyvien tapojen vastaisuuden välillä ole ehdoton. Kysymys liittyy yleisemmin siihen, mikä *juridinen* merkitys tietyn ammattikunnan eettisillä ohjeilla on. Kun asianajajayhtiö tarjoaa liike-

toiminnalliseen päätöksentekoon liittyvää konsultointia, herää kysymys, missä määrin hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet ovat relevantteja tuottamusarvioinnissa. Mikäli vahingonkorvausvastuu käytännössä perustetaan suoraan tapaohjeiden rikkomiseen, tulee harkittavaksi, pitäisikö hyvää asianajajatapaa koskeviin ohjeisiin tehdä muutoksia, jotta asianajajien perinteisestä oikeudenkäyntiasiamiesroolista poikkeavat neuvonantotilanteet tulisivat riittävästi huomioonotetuiksi.

Edellä esitetyllä on merkitystä myös asianajajayhtiön sopimuksenulkoista vastuuta arvioitaessa, sillä hyvän (asianajaja)tavan vastaisuus saattaa olla argumentti, jonka perusteella VahL 5:1:n varallisuusvahinkojen korvaamisedellytysten, ts. *erityisen painavien syiden*, voidaan katsoa täyttyvän. Tutkielmassa on kuitenkin esitetty, että sopimuksenulkoisessa suhteessa asianajajayhtiön vahingonkorvausvelvollisuuden syntyminen kolmatta, kuten esimerkiksi due diligence -raporttiin luottanutta rahoittajaa kohtaan, on epätodennäköistä. Ilmeisesti vain sellaisessa tapauksessa, kun asianajajayhtiön voidaan olettaa tienneen kolmannen perustavan päätöksentekonsa due diligence -raporttiin – ilman, että tätä on erityisesti kielletty – korvausvelvollisuus voisi tulla kysymykseen.

Huolellisuusarviointi on aina tapauskohtaisen harkinnan varassa. Koska tuottamusvastuussa todistustaakka kääntyy ja asianajajayhtiön tuottamus on siten toimeksiantosuhteessa kantajan väitteen perusteella presumoitua, on asianajajayhtiön korvausvelvollisuudelta vältyäkseen näytettävä toimineensa huolellisesti toimeksiantoa toteuttaessaan. Vastuu- ja näyttökysymyksiin on siten syytä varautua jo toimeksiantoon ryhdyttäessä ja sitä toteutettaessa. Koska asiantuntijapalveluita tarjoavien neuvonantajien maineella on yhä korostuneempi merkitys, saattaa pelkkä julkinen epäily asiantuntijan luotettavuudesta olla kohtalokas.

Sisäisellä laadunvalvonnalla on keskeinen rooli vahingonkorvausvastuuriskien hallinnassa. Riskeihin varautuminen voidaan osoittaa esimerkiksi toimintaohjelmin. Tällöin kysymykseen tulevat muun muassa henkilöstön kouluttaminen ja asianajajayhtiön menettelytapojen yhdenmukaistaminen. Riskinhallinnan näkökulmasta pohdittaviksi tulevat myös kirjallisten toimeksiantosopimusten yksityiskohtaisempi muotoilu sekä vastuunrajoitusehtojen käyttömahdollisuus. Tutkimuksessa on todettu, ettei vastuunrajoituslausekkeiden käyttämiselle due diligence -toimeksiannoissa ole suoria ammattieettisiä tai sopimusoikeudellisia esteitä. Käytännössä se, käytetäänkö toimeksiannoissa vastuunrajoitusehtoja, on asianajajayhtiöiden strategiseen liikkeenjohtoon kuuluva päätös. Vastuuriskien ennakointi voi siten muodostua asianajoalalla jopa kilpailutekijäksi.

LÄHTEET

Kirjallisuus

Aarnio 1989

Aarnio, Aulis: *Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja*. Juva 1989.
af Hällström – Ijäs 2003

Af Hällström, Esbjörn – Ijäs, Hannu: *Vastuuvakuutus*. Helsinki 2003.

Aho – Vänskä 1996

Aho Tuomas – Vänskä, Hannu: *Tilintarkastuslaki ja hyvä tilintarkastustapa*. Helsinki 1996.

Asianajotutkimus 2002

Suomen Asianajajaliiton teettämä Asianajajatutkimus 2002.

Aspholm 2002

Aspholm, Ingalill: Rättsekonomisk analys av revisors skadeståndsansvar i Norden. Julkaisussa *Ekonomi och samhälle*, Skrifter utgivna vid Svenska Handelshögskolan Nr 103. Helsingfors 2002.

Aurejärvi 1988

Aurejärvi, Erkki: *Velvoiteoikeuden oppikirja*. Jyväskylä 1988.

Baker – Jillson 1992

Baker, David – Jillson, Robert (toim.): *Due Diligence, Disclosures and Warranties in the Corporate Acquisition Practice*. Second Edition. Cornwall 1992.

Black's 1990

Black's Law Dictionary. Sixth Edition. St. Paul 1990.

Blomquist ym. 1997

Blomquist, Lars – Blummé, Nils – Simola, Anna-Maija: *Due diligence ja arvonmäärittäminen yrityskaupoissa*. Jyväskylä 1997.

Blomquist ym. 2001

Blomquist, Lars – Blommé, Nils – Lumme, Eero – Pitkänen, Tomi – Simonsen, Lennart: *Due diligence osana yrityskauppaa*. Jyväskylä 2001.

Encyclopædia Iuridica Fennica

Pirkko-Liisa Haarmann, Heikki E.S. Mattila, Risto Nuolimaa (toim.): *Encyclopædia Iuridica Fennica I*. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, C-sarja n:o 24, Helsinki 1994.

Erma 2003

Erma, Juhani: Luentomateriaali 1.10.2003 Helsingin yliopiston ja Asianajotoimisto Borenius & Kemppisen luentosarjalta ”Yrityskaupat käytännössä”.

Gruson ym. 1997

Gruson, Michael – Hutter, Stephan – Kutchera, Michael: *Legal Opinions in International Transactions*. Third Edition. London 1997.

Gustafsson 2001

Gustafsson, Leif: Due Diligence – Observations on Pre-Contractual Investigations in National and International Transactions. Juhlajulkaisussa *Borenius & Kemppinen 90 vuotta*, s. 125–149. Jyväskylä 2001.

Haapanen 2003

Haapanen, Petri: *Tilintarkastajan vahingonkorvausvastuu*. Lisensiaatintyö, Helsingin yliopisto 2003.

Halila H. DL 1999

Dopingista johtuva vahingonkorvausvelvollisuus urheilun lajiliitolle. *Defensor Legis* 2003 s. 761–776.

Halila H. 1988

Halila, Heikki: *Suomen asianajajaliitto yhdistyksenä*. Hämeenlinna 1988.

Halila J. 1955

Halila, Jouko: *Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia oikeussuhteita*. Porvoo 1955.

Halila – Hemmo 1996

Halila, Heikki – Hemmo, Mika: *Sopimustyypit*. Jyväskylä 1996.

Haussila 2002

Haussila, Petri: Yhtiön ja yhtiön johdon velvollisuudet ja vastuu arvopaperimarkkinoilla. Teoksessa *Yrityksen ja yhteisön vastuuriskit*, s. 245–324. Pieksämäki 2002.

Hellner 1996

Hellner, Jan: *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt, 2. häftet. Allmänna ämnen*. Tredje upplagan. Stockholm 1996.

Hellner 1995

Hellner, Jan: *Skadeståndsrätt*, Femte upplagan. Stockholm 1995.

Hemmo 2003a

Hemmo, Mika: *Sopimusoikeus I*, Jyväskylä 2003. Toinen, uudistettu painos.

Hemmo 2003b

Hemmo, Mika: *Sopimusoikeus II*, Jyväskylä 2003. Toinen, uudistettu painos.

Hemmo 2002

Hemmo, Mika: *Selvitys puhdasta varallisuusvahinkoa koskevan sääntelyn uudistamistarpeesta*. Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2002:26.

Hemmo NJM 2002

Hemmo, Mika: Professionsansvar för advokater och andra rådgivare – omfattning, försäkringsmöjligheter och friskrivningsklausuler. Julkaisussa *Förhandlingarna vid Det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors 15–17 augusti 2002*. Del II. s. 58–61. Jyväskylä 2003.

Hemmo 2001

Hemmo, Mika: Sopimuskonfliktien syistä ja niiden torjunnasta. Juhlajulkaisussa *Asianajotoimisto Borenius & Kemppinen 90 vuotta*, s. 51–70. Jyväskylä 2001.

Hemmo 1998

Hemmo, Mika: *Sopimus ja delikti: Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuumuodoista*. Jyväskylä 1998.

Hemmo DL 1995

Hemmo, Mika: Vastuunrajoitusehdoista asianajotoimeksiannossa. *Defensor Legis* 1995, s. 566–586.

Hemmo 1994

Hemmo, Mika: *Vahingonkorvauksen määräytymisestä sopimussuhteissa. Siviilioikeellinen tutkimus*. Vammala 1994.

Heuman 1987

Heuman, Lars: *Advokatens rättsutredningar. Metod och ansvar*. Stockholm 1987.

Hidén 2002

Hidén, Paulus: *Listautuminen ja vahingonkorvausvastuu*. Vantaa 2002.

Howe 1989

Howe, Richard R.: Rethinking Legal Opinion Letters: The Duties and Liabilities of Attorneys in Rendering Legal Opinions. *Columbia Business Law Review* 1989, s. 283–305.

Hultmark 1992

Hultmark, Christina. *Kontraktsbrott vid köp av aktie. Särskilt om fel*. Stockholm 1992.

Hunter 1997

Hunter, Barry D.: Liability of Issuer's Counsel in the Wake of Central Bank of Denver – To Whom Is the Lawyer's Due Diligence Due? *Kentucky Law Journal* 1997, s. 413–435.

Jokimäki 2001

Jokimäki, Antti: *Kiinteistönvälittäjän oikeudellinen vastuu ja velvollisuudet*. Saarijärvi 2001.

Jørgensen 2001

Jørgensen, Stig: Et funktionsbestemt professionsansvar. *Rettid* 2001 s. 1–13.

Kasso 2001

Kasso, Matti: *Asunto- ja kiinteistökauppa*. Jyväskylä 2001.

Karnell 1976

Karnell, Gunnar: Om värdefel vid överlåtelse av rörelsedrivande aktiebolag. Juhlajulkaisussa *Festskrift till Knut Rodhe. Studier i krediträtt och associatoinrätt*. Stockholm 1976 s. 271–310.

Kersby JT 1997

Kersby, Sara: Due diligence – särskilt om advokats ansvar vid dess genomförande. *Juridisk Tidskrift* 1997–1998, s. 143–163.

Keskitalo 2000

Keskitalo, Petri: *From Assumptions to Risk Management. An analysis of risk management for changing circumstances in commercial contracts especially in the Nordic countries. The theory of contractual risk management and the default norms of risk allocation*. Jyväskylä 2000.

Kiekkbaev 2003

Kiekkbaev, Djalid I.: Comparative Law: Method, Science or Educational Discipline. Julkaisussa *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 7.3, September 2003 (osoite: http://www.ejcl.org/73/art73-2.html#N_7_, viittauspäivä 5.11.2003).

Kiiha 2002

Kiiha, Jarkko: *Yritystoiminnan ulkoistaminen ja sopimusvastuu*. Saarijärvi 2002.

Kivikari – Tarkka DL 2000

Kivikari, Pirkko – Tarkka, Olli: Asianajajien kansainvälisistä tapaohjeista. *Defensor Legis* 2000 s. 541–552.

Kivimäki 1924

Kivimäki, T. M.: *Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu*. Helsinki 1924.

Kivimäki – Ylöstalo 1981

Kivimäki, T. M. – Ylöstalo, Matti: *Suomen siviilioikeuden oppikirja*. 4. painos. Juva 1981.

Kleineman JT 2001

Kleineman, Jan: Om den befogade tillitens skadeståndsrättsliga relevans. *Juridisk Tidskrift* 2002 s. 625–635.

Kleineman NJM 1999

Kleineman, Jan: Etisk och rättsligt ansvar för skatterådgivning. Julkaisussa *Forhandlingene ved Det 35. nordiske juristmøtet i Oslo 18.–20. august 1999*. Oslo 2000, s. 443–475.

Kleineman SvJT 1998

Kleineman, Jan: Rådgivares informationsansvar – en probleminventering. *Svensk Juristtidning* 1998 s. 185–211.

Kleineman 1996

Kleineman, Jan: Adjustment of the Tortious Liability of Professionals. Some reflections on current legal developments. Juhlajulkaisussa *Essays in Honour of Hugo Tiberberg*, s. 401–425. Stockholm 1996.

Kleineman 1987

Kleineman, Jan: *Ren förmögenhetsskada säskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*. Stockholm 1987.

Koivu – Myllymäki 1999

Koivu, Eila – Myllymäki, Juha-Pekka: Tarkastajan tehtävät due diligence -tutkimuksessa. *Tilintarkastus–Revision* 3/99 s. 180–186.

Kurkela – Ståhlberg DL 1997

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

Kruse 1974

Kruse, A. Vinding: *Advokatansvaret*. København 1974. 3. udgave.

Lappalainen ym. 2003

Lappalainen, Juha (päätoim.): *Oikeuden perusteokset. Prosessioikeus*. Juva 2003.

Lauriala 2001

Lauriala, Jari: *Kontrolli, riski ja informaatio. Tutkimus kasvuyrityksen rahoittamisesta ja transaktioihin liittyvistä juridisista- ja liiketoimintariskeistä, sekä niiden hallitsemisesta velvoite- ja yhtiöoikeudellisin keinoin modernin varallisuus oikeuden ympäristössä*. Saarijärvi 2001.

Lindholm – Hakoranta DL 1997

Lindholm, Tomas – Hakoranta, Eeva: Myyjän virhevastuusta ja kaupan kohteen ennakkotarkastuksesta yrityskaupassa, *Defensor Legis* 1997, s. 75–93.

Lundmark 1996

Lundmark, Thorsten: *Friskrivningsklausuler, giltighet och räckvidd. Särskilt om friskrivning i kommersiella avtal om köp av lös egendom*. Göteborg 1996.

Makkonen

Makkonen, Kaarle: *Luentoja yleisestä oikeustieteestä*. Kolmas laitos. Helsinki 1998.

Mäntysaari DL 2000

Mäntysaari, Petri: Verokonsultin vastuusta. *Defensor Legis* 2000, s. 245–273.

Mäntysaari DL 1997a

Mäntysaari, Petri: Törkeä huolimattomuus ja tilintarkastajan vastuuvakuutus. *Defensor Legis* 1997, s. 841–861.

Mäntysaari DL 1997b

Mäntysaari, Petri: Lisää myyjän virhevastuusta osakkeiden kaupassa. *Defensor Legis* 1997, s. 314–320.

Mäntysaari DL 1996

Mäntysaari, Petri: Tilintarkastajan vahingonkorvausvelvollisuus kolmanteen nähden. *Defensor Legis* 1996, s. 175–195.

Patrick 2003

Patrick, Kathy: The Liability of Lawyers for Fraud under the Federal and Statute Securities Law. *St. Mary's Law Journal* 2003, s. 915–940.

Peltonen DL 2001

Peltonen, Jukka: Asianajajan vahingonkorvausvastuusta sekä sen laki- ja sopimusperusteisista rajoituksista, *Defensor Legis* 2001, s. 4–30.

Peltonen 1994

Peltonen, Jukka: Asianajajan ja asianajajayhtiön vahingonkorvausvastuusta. Juhlakirjassa *Asianajajan työkentältä*, s. 310–336. Jyväskylä 1994.

Pietarinen 2003

Pietarinen, Päivi: Arvopaperimarkkinain mukainen vahingonkorvaus – arvopaperimarkkinain, vahingonkorvauslain ja yleisten vahingonkorvausoikeudellisten periaatteiden suhteesta tiedonantovelvollisuuden vastaisessa menettelyssä. *Edilex Edita Publishing Oy* 2003 (on-line). Osoite: <http://www.edilex.fi/metadata/799.pdf> (viittauspäivä 29.11.2003).

Pöyhönen 2001

Pöyhönen, Juha: Törkeä tuottamus ja vastuunrajoitusehdot. Juhlajulkaisussa *Asianajotoimisto Borenus & Kempainen 90 vuotta*, s. 73–97. Jyväskylä 2001.

Pöyhönen 2000

Pöyhönen, Juha: *Uusi varallisuus oikeus*. Jyväskylä 2000.

Reed Lajoux – Elson 2000

Reed Lajoux, Alexandra – Elson, Charles M.: *The Art of M&A Due Diligence. Navigating Critical Steps and Uncovering Crucial Data*. Martinsburg 2000.

Rogers ym. 1995

Rogers, Albert – Trotter, John – van Hassel, Wilhelm G. – Walsh, James R. – Kröner, Ralph P. (toim.): *Liability of Lawyers and Indemnity Insurance*. Kluwer Law International and International Bar Association. Cornwall 1995.

Roschier-Holmberg DL 1970

Roschier-Holmberg, Åke: Hyvä asianajotapa, *Defensor Legis* 1970 s. 505–511.

Routamo – Ståhlberg

Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli: *Suomen vahingonkorvausoikeus*. Jyväskylä 2000. Neljäs, uudistettu painos.

Saario 2003

Saario, Ari-Pekka: Due diligence -prosessi. Luentomateriaali 15.10.2003 Helsingin yliopiston ja Asianajotoimisto Borenus & Kempaisen luentsarjalta ”Yrityskaupat käytännössä”.

Saarnilehto ym. 2001

Saarnilehto, Ari (päätoim.): *Varallisuus oikeus*. Juva 2001.

Salmond – Heuston 1992

Heuston, R.F.V. – Buckley, R. A.: *Salmond and Heuston on the Law of Torts*. Twentieth Edition. London 1992.

Samuelsson – Sjøgaard 1993

Samuelsson, Morten – Sjøgaard, Kjeld: *Rådgivereansvaret*. København 1993.

Savela 1997

Savela, Ari: Törkeästä tuottamuksesta tilintarkastajan vastuuvakuutuksen kannalta. *Oikeustieto* 6/1997, s. 9–11.

Saxén 1995

Saxén, Hans: *Skadestånd vid avtalsbrott. HD praxis i Finland*. Stockholm 1995.

Schneider 2002

Schneider, Joel: The Expanding Liability of Environmental Consultants to Third Parties. *Villanova Environmental Law Journal* 2002, s. 235–262.

Syrjänen 2001

Syrjänen, Jani: Arvopaperimarkkinain mukaisen vahingonkorvausvastuun tuottamusedellytys ja due diligence. Teoksessa Ari-Matti Nuutila – Ari Saarnilehto (toim.) *Arvopaperimarkkinat*, 2001 s. 93–114.

Tarkka DL 2001

Tarkka, Olli: Hyvä asianajajatapa kansainvälisissä toimeksiantoissa. *Defensor Legis* 2001 s. 732–737.

Taxell 1993

Taxell, Lars Erik: *Skadestånd vid avtalsbrott*. Åbo 1993.

Taxell 1972

Taxell, Lars Erik: *Avtal och rättskydd*. Åbo 1972.

Tiberg – Dotevall 1994

Tiberg, Hugo – Dotevall, Rolf: *Mellanmansrätt*. Åttonde upplagan. Göteborg 1994.

Tikka 1999

Tikka, Kari S.: Vahingonkorvausvastuusta verokonsultoinnissa, Juhlajulkaisussa *Jukka Peltonen 60 vuotta*, s. 295–307. Vammala 1999.

Timonen 1997

Timonen, Pekka: *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely*. Helsinki 2002.

Tuori 2000

Tuori, Kaarlo: *Kriittinen oikeuspositivismi*. Vantaa 2000.

Toiviainen 1992

Toiviainen, Heikki: *Osakeyhtiön toimitusjohtajan asema. Oikeusdogmaattinen tutkimus vallasta ja sen sääntelystä*. Jyväskylä 1992.

Tvede-Møller NJM 1999

Tvede-Møller, Carsten: Due diligence -processens indtrængen i nordisk kontraktsp-raksis, Julkaisussa *Forhandlingene ved Det 35. nordiske juristmøtet i Oslo 18.–20. august 1999*, Del I. Oslo 2000 s. 151–182.

Unger NJM 2002

Unger, Sven: Professionsansvar för advokater och andra rådgivare – omfattning, försäkringsmöjligheter och friskrivningsklausuler. Julkaisussa *Förhandlingar vid Det 36 nordiska juristmøtet i Helsingfors 15–17 augusti 2002*, Del I. Jyväskylä 2002, s. 571–586.

Verner 1993

Verner, Jørgen: *Samvirkende advokaters erstatningsansvar og inbyrdes hæftelse*. København 1993.

Välimäki DL 2000

Välimäki, Kaj: Ulkopuolinen asiantuntija ja ostajan selonottovelvollisuus käytetyn asunon kaupassa. *Defensor Legis* 2000, s. 959–973.

Wiklund 1973

Wiklund, Holger: *God advokatsed*. Stockholm 1973.

Wilhelmsson 1995

Wilhelmsson, Thomas: *Vakiosopimus: sopimussidonnaisuudesta ja kohtuuttomista sopimusehdoista*. Tampere 1995.

Wist – Oker-Blom – Pöntynen JFT 2001

Wist, Tarja, Oker-Blom, Max ja Pöntynen, Inga: Due diligence med hänsyn till aktiebolags-, värdepappersmarknads- och konkurrensrättsliga aspekter. *JFT, Tidskrift Utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 2001, s. 426–451.

Wood 1980

Wood, Philip R: *Law and Practice of International Finance*. London 1980.

Ylöstalo LM 1975

Ylöstalo, Matti: Vahingonkorvauslain 5 luvun 1 §:n tulkintaa. *Lakimies* 1975 s. 238–243.

Ylöstalo – Tarkka 2001

Ylöstalo, Matti – Tarkka, Olli: *Asianajajan käsikirja*. Kuudes laitos. Porvoo 2001.

Ylänkö, Olavi 1985

Ylänkö, Olavi: *Asianajajan velvollisuuksista päämiestä kohtaan asianajotoimeksiantossa*. Vammala 1985.

Kotimaiset virallislähteet

HE 247/1981

Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 93/1986

Hallituksen esitys Eduskunnalle kauppalaiksi.

HE 187/2002

Hallituksen esitys Eduskunnalle velan vanhentumista ja julkista haastetta koskevan lainsäädännön uudistamisesta.

Ulkomaiset virallislähteet

SOU 2002:41

Konsumentskydd vid finansiell rådgivning. Betänkande från utredning om finansiell rådgivning till konsumenter.

OIKEUSTAPAUKSET

KKO 2003:26

KKO 2001:128

KKO 2001:121

KKO 2001:94

KKO 2001:67

KKO 2001:36

KKO 2001:35

KKO 1999:80

KKO 1999:33

KKO 1999:32

KKO 1999:19

KKO 1998:57

KKO 1997:103

KKO 1997:199

KKO 1996:92

KKO 1995:149

KKO 1995:71

KKO 1994:80

KKO 1992:165

KKO 1992:78

KKO 1992:44

KKO 1991:79

Johanna Harsu

KKO 1991:62
KKO 1991:42
KKO 1991:31
KKO 1990:26
KKO 1983 II 88

Ulkomaiset oikeustapaukset

Ruotsi:

NJA 2001 s. 878
NJA 1994 s. 532
NJA 1987 s 692

Englanti:

Hedley Byrne and Co. Ltd. v. Heller and Partners Ltd. [1964] A.C. 465

Yhdysvallat:

Grand Street Artists v. General Electric Co., D.N.J. 19 F Supp. 2d 242 (August 25, 1998)

Välitystuomiot

Välitystuomio 22.4.1988 (puheenjohtaja Silkko, jäsenet Immonen ja Sivenius).

HYVÄÄ ASIANAJAJATAPAA KOSKEVIA OHJEITA

Suomen asianajajaliiton hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet (9.6.1972).

Euroopan unionin asianajajaliittojen neuvoston (CCBE)

Euroopan Unionin asianajajien tapaohjeet (28.10.1988, muutettu 28.11.1998 ja 6.12.2002).

International Bar Association:

Hyvää asianajajatapaa koskevat kansainväliset säännöt (25.6.1956, muutettu 18.9.1986).

International Bar Association:

General Principles of Ethics for Lawyers (10.6.1995)

Vägledande regler om god advokatssed, Sveriges Advokatsamfund (9 november 1981)

HAASTATTELUT

Isokorpi

AA Nina Isokorpi, Roschier Holmberg Asianajotoimisto Oy. Haastattelu 31.12.2003

Kull

AA Ulf-Henrik Kull, Osakas, Roschier Holmberg Asianajotoimisto Oy.
Haastattelu 9.1.2004.

Prusila

AA, VT Jyrki Prusila, Osakas, Roschier Holmberg Asianajotoimisto Oy.
Haastattelu 8.1.2004.

Salminen

KHT Pauli Salminen, Partner, KPMG Tax & Legal. Haastattelu 16.1.2004.

LYHENTEET

AAL	Laki asianajajista (12.12.1958/496)
AML	Arvopaperimarkkinalaki (26.5.1989/495)
CCBE	Council of the Bars and Law Societies of the European Union (Euroopan Unionin Asianajajaliittojen Neuvosto)
CISG	Yleissopimus kansainvälisistä tavaran kauppaa koskevista sopimuksista (Convention on International Sale of Goods, Wien 1980, YK:n kauppalaki)
DL	Defensor Legis
ETA	Euroopan talousalue
EU	Euroopan unioni
HD	Högsta domstolen (Ruotsin)
HAO	Hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet. Vahvistettu 9.6.1972.
HE	Hallituksen esitys eduskunnalle
IBA	International Bar Association
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JT	Juridisk Tidskrift
KK	Kauppakaari
KVVL	Laki kiinteistöjen ja vuokrahuoneistojen välityksestä (15.12.2000/1074)
KL	Kauppalaki (27.3.1987/355)
KKO	Korkein oikeus
KSE 1995	Konsulttitoiminnan yleiset sopimusehdot
LM	Lakimies
NJA	Nytt juridisk arkiv, avd I (HD:s avgöranden)
OikTL	Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (13.6.1929/228)
OK	Oikeudenkäymiskaari
SvJT	Svensk Juristtidning
SAL	Suomen Asianajajaliitto
SOU	Statens offentliga utredningar
TTL	Tilintarkastuslaki (28.10.1994/936)
VahL	Vahingonkorvauslaki (31.5.1974/412)
VanhL	Laki velan vanhentumisesta 15.8.2003/728 (voimassa 1.1.2004 alkaen)
VanhA	Asetus määrääjasta velkomisasioissa sekä julkisesta haasteesta velkojille (9.11.1868)

DUE DILIGENCE ASSIGNMENT AND LIABILITY OF A LAW FIRM

In recent years, consulting and advisory businesses have been overshadowed by public distrust caused by widely reported instances of malpractice. Also lawyers have had their share of doubts. Regardless of whether having acted fraudulently or not, it is clear that public suspicions regarding the skills and reliability of a consultant may have severe adverse effects to the business of the respective consultant. To put differently, in order to succeed professional advisory businesses are very much dependant on repute. In addition to eventual goodwill losses, the amount of damages demanded by loss-suffering third parties in malpractice claims can easily exceed the risk carrying capacity of the negligent party. The professional liability of lawyers has also been subject to lively discussions in Nordic *fora*.

The role of a lawyer within the field of business law has developed considerably during the past decades, and it differs in many respects from the traditional trial lawyer role. Law firms are regularly consulted, *inter alia*, in connection with M&A transactions. Typical assignments in connection with transactions of this type are so-called legal due diligence investigations, where a law firm is, for the purposes of a potential acquisition of the investigated target company, instructed to carry out an exhaustive review of the target company from a legal perspective. The aim of the assignment is to analyze and report matters of material interest to the potential acquirer.

Assignments of this type involve new kinds of risks for law firms in terms of extended liabilities. The objective of this study is to examine the scope of the liabilities of a law firm in connection with a due diligence assignment. To summarize, this study examines the circumstances under which a law firm may be liable to indemnify its client, *i.e.* the purchaser, in case the target company fails to have the expected characteristics because the law firm has failed to report some material findings, and due to this the purchase price has been set too high. This scenario is partly based on a case reported in the Swedish media. Also the possibility of success of eventual third party claims, made for example by investors in the transaction, is assessed.

The professional liability of lawyers reflects by and large the practices and regulations issued by the Finnish Bar Association. Also Finnish case

law relating to the contractual and tort liability of professionals is relevant in the context of this study. However, as the results of this study indicate, professional liability has not been comprehensively discussed in Finnish legal literature as the relevant provisions of law are few and the number of related precedents has remained quite low. Consequently, references to other jurisdictions and especially Swedish case-law have been amply made.

The conduct of the professional relationship between a lawyer and her client is determined by the law of contract. However, the study indicates that like other professional advisers, lawyers are usually not under a strict liability to guarantee the results sought by their clients. Rather, they are obliged to use the degree of skill and care that can be expected from a competent member of the profession. The standard of care for professionals is usually set high, and it reflects the professional codes of conduct. These codes are closely connected with ethics and morality, but it should be observed that there is no automatic link between the breach of an ethical code and the required level of negligence triggering either contractual or tort liability.

Prerequisites for being held liable in respect of both contract and tort liability are in short as follows: 1) the client (or a third party) has suffered damages; 2) the damages fulfill the criteria of foreseeability; 3) the conduct of the law firm can in some respect be defined as negligent; and 4) there is a causal link between the negligence and the damage occurred. However, the assessment of aforementioned criteria differs with respect to the two different forms of liability, *i.e.* contractual and tort liability, and thus these two forms of liability are discussed in separate chapters of the study.

This study aims to assess the acceptability of explicit limitation of liability clauses in due diligence assignments and also to examine other strategies, the adoption of which may provide law firms with useful tools in the management of financial risks related to due diligence assignments. In theory, lawyers may contractually restrict their potential liability for negligent acts, but not for acts of gross negligence. However, whilst such contractual arrangements may be allowed from the perspective of contract law principles, only very rarely are they set up in practice. Moreover, limitations of liability may in some cases be in conflict with the professional codes of conduct for lawyers. There may also be practical difficulties and adverse effects with regard to professional repute involved in negotiating an agreement limiting the possible liability of the law firm before the actual assignment is commenced.

The results of this study indicate that the liability of a law firm may arise if the due diligence assignment is conducted negligently and a required level of attention has not been paid to a material fact within the scope of the assignment, which fact would have, if correctly reported, reduced the estimated value of the target company. However, it is not very likely that liability towards third parties could arise under Finnish law due to the strict prerequisites for the compensation of financial loss set forth in Chapter 5:1 of the Damages Act. This study also indicates that it is possible for Finnish law firms to limit their liability in connection with due diligence assignments and other correspondingly risky assignments. However, the decision whether or not to adopt such risk management mechanisms is essentially a matter of business strategy.